

Más quebrados o más responsables? Apuntes para un cambio de rumbo del Derecho Concursal argentino (tercera entrega).

Por Miguel Eduardo Rubín. Publicado en El Derecho los 5, 12, 19 y 26 de abril y 5 de mayo de 2018. En este caso se hace en siete entregas siendo esta la tercera.

Sumario: Primera entrega: 1. Una excusa para comprobar de dónde viene, donde está y hacia dónde se dirige el Derecho Concursal. 2. Para qué debiera servir el sistema legal concursal? 3. Otra vez sobre el A-B-C de la economía capitalista y la función que debiera cumplir el régimen concursal. 4. Breve introducción histórica sobre la extensión de la quiebra. 5. Plan de acción.

Segunda entrega: 6. Setenta y cinco años de Derecho Concursal italiano.

Tercera entrega: 7. Francia.

Cuarta entrega: 8. España.

Quinta entrega: 9. La *substantive consolidation* estadounidense.

Sexta entrega: 10. Argentina.

Séptima entrega: 11. Otra razón para desprenderse de la actual normativa de los arts. 160 y siguientes LCQ: terminar con las aventuras procesales. 12. Otra razón para desprenderse de la actual normativa de los arts. 160 y siguientes LCQ: terminar con las aventuras procesales. 13. La realidad en números: ¿estamos mejor que otros regímenes concursales en los cuales la extensión de quiebra no existe o está limitada a su mínima expresión? 14. Dónde queda el norte?

Tercera entrega:

7.- Francia.

7.1. Contexto histórico.

Durante de la baja Edad Media (siglos XIII a XV) no puede decirse que Francia fuera un país organizado¹. En consecuencia, tampoco había nada que se pareciera a una legislación comercial².

Allí también las diferencias entre los comerciantes eran resueltas por los comerciantes, y, cuando la insolvencia afectaba a alguno de ellos, frecuentemente se recurría a los rudimentos del Derecho Comunal italiano. Es así como se incorporó al embrionario procedimiento concursal a un funcionario independiente, se pudo invalidar ciertos actos de disposición perjudiciales para los acreedores y se comenzó a experimentar con la extensión de la quiebra a terceros.

Algo parecido a un régimen concursal (pero que tenía tintes de represión penal) se dio con la Ordenanza del Emperador Francisco del año 1536 (sólo válida para la ciudad de Lyon), plexo que ordenaba que los quebrados sean encarcelados hasta que paguen el total de lo debido. Y si bien se dictaron regulaciones similares para otras regiones, no hubo nada memorable hasta 1673 cuando se dictó la *Ordonnance* de Colbert, que, para muchos, fue el primer Código de Comercio, tan es así que fue seguido en otras latitudes³.

Ese cuerpo de normas se ocupó muy poco de la quiebra; y, cuando lo hizo, mantuvo el cariz sancionatorio de antaño. De hecho, el fallido tramposo podía recibir la pena de muerte.

Ya por entonces los cómplices y encubridores eran sancionados con multas y con una condena a devolver lo ilícitamente obtenido.

La aceptación legal de la responsabilidad limitada de los socios recién llegó con el *Code de Commerce* de Napoleón de 1807, que, en el art. 33, decía: "*Les associés ne sont passibles que de la perte au montant de leur intérêt dans la société*"⁴.

Sin embargo, el mismo Napoleón, impresionado por los negocios fraudulentos que se daban con frecuencia en la Francia posterior a la Revolución, exigió que la ley sea muy

¹ Valenzuela Viz, Sara, "La Baja Edad Media en Europa: evolución económica, social, política y cultural", <http://clio.rediris.es/n37/oposiciones2/tema36.pdf>.

² Parte de la información histórica que sigue fue tomada de la obra de Maffía, Osvaldo J. y Maffía, M^a Ofelia B. de, "Legislación concursal: introducción histórico crítica", ed. Zavalía.

³ Monéger, Joël, "*De l'Ordonnance de Colbert de 1673 sur le commerce au Code de Commerce français de septembre 2000: réflexion sur l'aptitude du droit économique et commercial à la codification*", *Revue Internationale de Droit Économique*, n^o 2004/2, t^o XVIII, pág. 130.

⁴ Rochat, Jean, "*The various uses of law: The société anonyme in France, 1807-1867*", http://graduateinstitute.ch/files/live/sites/iheid/files/sites/international_history_politics/users/stefano_ugolini/public/papers/Rochat.pdf.

severa con los quebrados y sus cómplices⁵. Tan es así que lo que hoy llamaríamos sentencia de quiebra también debía ordenar el arresto del quebrado en la cárcel de deudores, desgracia que sólo podía superar si su libertad era considerada útil para los acreedores.

Esa modalidad draconiana del Código de Comercio duró treinta años⁶. La ley de 1838 introdujo en el libro II del *Code* (referido a las quiebras) algunas reformas para atenuar sus medidas más severas. Contemporáneamente se abrió el cauce a las soluciones negociadas.

Tanto por lo avanzado de sus preceptos, como por ser uno de los símbolos de la pujanza económica gala, muchos países⁷, durante el siglo XIX, fueron adoptando el Código francés como modelo⁸. En gran medida resultó copiado por el Código sardo (que se llamó el código Albertino, por ser el Rey sardo Carlos Alberto quien lo sancionó)⁹ y que, una vez alcanzada la unidad del reino de Italia, rigió en toda la nación¹⁰.

Si bien a lo largo del siglo XX hubo múltiples reformas al régimen concursal francés, en punto a la persecución de la ilicitud relacionada con la quiebra el prejuicio anti-fallido se mantuvo.

7.2. La confusión de patrimonios y la quiebra en Francia.

⁵ Colson, Bruno, «*Napoléon et l'élaboration du Code de commerce (1805-1807)*», en Poulet, Yves, Wynants, Paul y Wéry, Patrick, «*Liber amicorum Michel Coipel*», ed. Editions Kluwer, pág. 3, <https://researchportal.unamur.be/en/publications/napol%C3%A9on-et-l%C3%A9laboration-du-code-de-commerce-1805-1807>.

⁶ Delplanque, Catherine, “El Código de Comercio de 1807”, <http://inmf.org/codecommerce.htm>

⁷ Como España, Portugal, Bélgica y Holanda en Europa, y Grecia, México, Venezuela, Perú, Bolivia, Uruguay y Paraguay fuera de ella.

⁸ Flume, Johannes W., “*Law and Commerce: The evolution of Codified Business Law in Europe*”, <https://doi.org/10.5235/2049677X.2.1.45>

⁹ Se ha dado una especie de ida y vuelta: antes, el Derecho italiano había influenciado al Derecho francés, y luego, el Código mercantil francés inspiró a buena parte de las normas del Código sardo.

¹⁰ El Código Albertino, si bien fue alterado en 1865, y éste, a su vez, resultó modificado por la reforma de 1882, como vimos, recién fue abrogado por el Código de 1942 (Castrillón y Luna, Víctor M., “La recodificación sustantiva del Derecho Mercantil”, <http://historico.juridicas.unam.mx/publica/rev/derpriv/cont/7/dtr/dtr1.htm>).

La noción de **confusión de patrimonios** nació en el Derecho Romano, aunque referida al Derecho Sucesorio¹¹. Se daba cuando el heredero recibía la herencia y su patrimonio y el del *de cuius* se amalgamaban en uno solo.

Como parte de la evolución de dicho ordenamiento, se le permitió al heredero que, durante cierto tiempo, pudiera mantener separado su patrimonio del patrimonio del difunto (lo que se denominó aceptación de la herencia **con beneficio de inventario**), lapso durante el cual podía tomar la decisión de quedarse con la herencia o abandonarla si estaba afectada por muchas deudas¹².

Podía ocurrir que, en ese interinato, el heredero fuera desaprensivo en el manejo de los bienes de su antecesor y que, por alguna razón, estos se mezclaran con los propios (por ejemplo, ovejas de uno y otro).

¿Cómo determinar lo que era de cada quién, sobre todo en momentos críticos? En supuestos en los cuales era imposible o muy dificultoso establecerlo, con criterio meramente práctico, se decidía que los patrimonios se habían confundido y que, por lo tanto, el beneficio de la separación había desaparecido¹³.

El problema y su solución pasaron al Derecho francés, y, de allí, al resto de Europa.

Naturalmente, nosotros también adscribimos a ese sistema¹⁴.

En la era napoleónica, en el Derecho de Familia, existió otra modalidad de **confusión de patrimonios**, pues en el matrimonio (sobre todo después de la muerte de uno de los cónyuges), dado los amplísimos poderes que tenía el marido sobre los bienes de su esposa, podía darse esa especie de anarquía entre los erarios¹⁵, lo que tenía especial interés en caso de insolvencia de uno de los cónyuges¹⁶.

¹¹ Mingorance Gosálvez, Carmen, "Los principios de confusión y de separación de patrimonios con relación al pago de las deudas", <https://libros-revistas-derecho.vlex.es/vid/confusion-separacion-patrimonios-deudas-243228>.

¹² Ponsa de la Vega de Miguens, Nina, "La aceptación de herencia con beneficio de inventario en Roma y en la reforma última al Código Civil Argentino", rev. Anales de la Universidad del Salvador nº 5, pág. 111.

¹³ Astolfi, Riccardo, "*Separazione dei beni del defunto da quelli dell'erede (Diritto romano)*", Novissimo Digesto Italiano, nº XVII, año 1970, pág. 1; Bonfante, Pietro, "*Della separazione del patrimonio del defunto da quello dell'erede nel diritto romano e nel diritto civile*", tº I "*Famiglia e successione*", <http://opac.uniroma1.it/SebinaOpacRMS/Opac?action=search&thNomeDocumento=RMS1591673T>.

¹⁴ Valdés Naveiro, Guillermo R., "Derechos hereditarios: venta forzada", E.D. 176-881; Méndez Costa, María J., "El heredero beneficiario y los acreedores tardíos", L.L. 1985-E, pág. 772.

¹⁵ Fradejas Rueda, Olga Mª, "Quiebra del cónyuge comerciante y Derecho patrimonial de la familia: la Presunción Muciana" (tesis doctoral), <http://biblioteca.ucm.es/tesis/19911996/S/0/S0014501.pdf>

¹⁶ Kemelmajer de Carlucci, Aída, "Primeras aproximaciones al tema insolvencia y régimen de bienes en el matrimonio", rev. Academia Nacional de Derecho, año 2001, pág. 385; Parra, Mª Ángeles, "Persona y patrimonio en el concurso de acreedores", ponencia presentada en las Jornadas de la Asociación de

La promiscuidad en el manejo de los bienes de dos o más personas no salió de ese ámbito durante siglos.

En Francia, desde la Ordenanza de 1563 y hasta entrado el siglo XX, buena parte de la Justicia Comercial estaba a cargo de los comerciantes (cónsules)¹⁷, en general, los más veteranos, que, sin mayores formalismos ni técnica jurídica, fallaban “*ex bono et aequo*”¹⁸.

En ese contexto, en los albores del siglo XX, se dieron algunos casos de dos o más comerciantes de poca monta que manejaban sus patrimonios de manera desordenada, lo que hacía muy dificultoso determinar cuál era la prenda común de los acreedores de cada uno. Ello era particularmente complicado cuando uno de ellos caía en quiebra.

En tales supuestos (es de imaginar que ello ocurría cuando la paciencia del cónsul se acababa) se decidía que todos los sujetos envueltos en ese enjambre patrimonial serían considerados en quiebra, exactamente igual como se hacía con los herederos que no tenían la prudencia de mantener sus bienes separados de los de la herencia, o con el matrimonio en el que no se podía determinar cuál era la hacienda que le pertenecía a cada uno de los cónyuges.

Desde luego, no había ninguna norma jurídica que respaldara esa clase de decisiones. No obstante, con el correr de los años, la acumulación de precedentes fue delineando principios que, colectados por los autores, llegaron a nuestras costas, donde la figura – premonitoriamente- alcanzó a transformarse en ley.

7.3. Otras ramificaciones de la extensión de la quiebra gala.

Si bien la extensión de la quiebra francesa contemporánea encuentra antecedentes en el siglo XIX¹⁹, recién en el siglo XX aquella noción de **confusión patrimonial** fue aplicada

Profesores de Derecho Civil,
<http://www.derechocivil.net/esp/Ponencia%20II.%20D.%AA%20Mar%EDa%20%C1ngeles%20Parra%20Luc%E1n.pdf>.

¹⁷ Pintos-Santiago, Jaime, “El Derecho Mercantil: evolución, concepto y reflexión a futuro de la disciplina”, <https://previa.uclm.es/CU/csociales/DocumentosTrabajo>.

Esa modalidad rigió en varios países de Europa y fue importada por nosotros en 1794 (Rodríguez, Benjamín M., “Una justicia no tan lejana: los comerciantes y el tribunal del Consulado de Buenos Aires, entre su fundación y los primeros años independientes”, *Revista de Historia del Derecho*, n° 47, enero-junio/2014, http://www.scielo.org.ar/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1853-17842014000100006).

¹⁸ Mantilla Molina, Roberto, “Derecho Mercantil”, 26ª ed., ed. Porrúa, pág. 38.

¹⁹ Bamd , Aurélien, «*L’extension de la procédure de sauvegarde: confusion de patrimoines ou fictivité de la personne morale*», <https://aurelienbamde.com/2017/10/17/lexension-de-la-procedure-de-sauvegarde-confusion-de-patrimoines-ou-fictivite-de-la-personne-morale/>.

para resolver casos de mayor complejidad. Fue así como, en la década del 60', a veces combinada con la naciente doctrina de la apariencia²⁰, se dieron insólitas decisiones imponiendo la quiebra derivada²¹.

Dicha doctrina también fue aplicada a otras situaciones como la de la denominada **sociedad ficticia**²².

Ninguna de las reformas del régimen concursal francés se ocupó del tema hasta el año 2005. Fue por entonces cuando la ley 2005-845²³ de reformas del régimen concursal²⁴ incorporó la **confusión de los patrimonios** en la nueva redacción del L 621-2 del Código de Comercio²⁵.

El mencionado dispositivo legal todo lo que dice es que *"la demande de l'administrateur, du mandataire judiciaire, du débiteur ou du ministère public, la procédure ouverte peut être étendue à une ou plusieurs autres personnes en cas de confusion de leur patrimoine avec celui du débiteur ou de efficacité de la personne morale"*.

Ninguna de las dos hipótesis de quiebra por extensión, esto es, la ocasionada por confusión de patrimonios (obviamente pensada para pequeñas quiebras²⁶), como la de la deudora persona jurídica **ficticia**, fue mínimamente explicada por la norma²⁷. De modo que las críticas que entre nosotros se le han dedicado a la confusión patrimonial (concepto

²⁰ En tales hipótesis ocasionalmente se hacía referencia al art. 441 del Código de Comercio, pero, en verdad, esa norma no permitía la quiebra por extensión, ni por confusión patrimonial, ni por aplicación de la teoría de la apariencia.

²¹ Solución que, incluso, aceptó la Corte de Casación (Cámara Comercial), por ejemplo, en la sentencia del 01/06/1965, <https://juricaf.org/arret/FRANCE-COURDECASSATION-19650601-JURITEXT000006969895>.

²² Corte de Casación (Cámara Comercial), sentencia del 17/01/1967, <https://juricaf.org/arret/FRANCE-COURDECASSATION-19670117-JURITEXT000006974482>.

²³ <https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=LEGITEXT000006052063>

²⁴ A las leyes a las que se les quiere dar importancia en Francia se les pone un nombre rimbombante. En este caso la ley se la denominó "De Salvaguarda de las Empresas" (*De Sauvegarde des Entreprises*) y tuvo por objeto modificar algunas normas del Título II del Código de Comercio dedicado a la Recuperación y Liquidación Judicial de las Empresas (*Redressement et Liquidation Judiciaire des Entreprises*).

²⁵ Pernaud-Orliac, Philippe, «*Confusion des patrimoines*», <https://www.pernaud.fr/info/glossaire/9206663/confusion-des-patrimoines>

²⁶ En un reciente fallo la Corte de Casación entendió que había confusión patrimonial entre dos sociedades, una de las cuales explotaba una granja de propiedad de la otra, pues no había entre ellas ninguna compensación financiera (Corte de Casación, Cámara Comercial, sentencia del 15/11/2017, n° 16-20193, <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000036053770&fastReqId=1196405591&fastPos=3>).

²⁷ La ley no definió qué debe entenderse por **confusión de patrimonios** ni dio pistas para delinear el concepto.

al que nuestro plexo legal le agregó el calificativo de **inescindible**²⁸) son valederas para la normativa francesa.

A partir de la referencia a la sociedad **ficticia**²⁹ (en algún momento llamada sociedad **fantasma**³⁰) pirueta conceptual mediante³¹, se llegó a la quiebra por extensión a los **grupos empresarios**³².

Casi contemporáneamente a la sanción de la ley de reformas de 2005 se dio el perturbador caso “Metaleurop”³³ (equiparado por su trascendencia a otros escándalos financieros europeos como “Air Lib”, “Parmalat” y “Rover”³⁴), el que dejó, para las delicias de la

²⁸ Para ver qué supuso la Doctrina que el Legislador pretendió hacer incluyendo ese concepto: Rivera, Julio C., Casadío Martínez, Claudio A., Di Tullio, José A., Graziabile, Darío J. y Ribera, Carlos E., “Derecho Concursal”, ed. La Ley, 2ª ed., tº III, pág. 795; Vítolo, Daniel R., “Responsabilidad de terceros en caso de quiebra. Acciones de los acreedores”, Revista de Derecho de Daños, nº 2001-3, pág. 449; Graziabile, Darío J., “Manual de concursos”, ed. Abeledo-Perrot, pág. 783.

En realidad el vocablo **inescindible** y otros sinónimos, fueron frecuentemente empleados por la Doctrina francesa (así: Bouare, Marie, “*To be or not to be: Théorie de la fictivité et autonomie de la personne morale*”, <https://www.marie-bouare-avocat.com/>). Por eso, cuando importamos esa doctrina, la noción vino en el paquete, y, solo por eso, está en el art. 161 inc. 3 LCQ.

²⁹ El entorno jurídico francés es muy proclive a emplear vocablos de gran poder expresivo. Así, hace décadas que se hace referencia al **maître de l'affaire** para aludir a la persona humana o jurídica que, tras la apariencia de otra persona que se encuentra fallida, maneja sus destinos o dispone de sus bienes como si fueran propios sin ninguna (o con una mínima) compensación (Coipel, Michel, “*L'extension de la faillite au maître de l'affaire*”, <https://researchportal.unamur.be/en/publications/lextension-de-la-faillite-au-ma%C3%A0tre-de-laffaire>).

³⁰ Carrascosa González, Javier, “Sociedades fantasma y Derecho Internacional Privado”, Revista Electrónica de Estudios Internacionales nº 27, año 2014, www.reei.org/index.php/revista/num27/archivos/Estudio_CARRASCOSA_Javier.pdf

³¹ García Gutiérrez, Laura, “Reflexiones acerca de la regulación de la insolvencia de los grupos internacionales de sociedades en la Unión Europea”, Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid nº 31, 2015-I, pág. 205.

³² Grelon, Bernard y Dessus-Larrive, Carole, «*La confusion des patrimoines au sein d'un groupe*», Revue des Sociétés, nº 06/2006, pág. 281.

³³ Corte de Casación (Comercial), sentencia del 19/04/2005, nº 05-10.094, Juris-Data nº 2005-028189, rev. La Semaine Juridique Entreprise et Affaires nº 18, <http://www.lexisnexis.fr/>

Para una prolija descripción de los hechos puede verse: Danis, Marie y Szekely, Alexandra, «*Le rôle de la société mère en cas de défaillance*», https://www.lesechos.fr/26/05/2005/LesEchos/19421-059-ECH_le-role-de-la-societe-mere-en-cas-de-defaillance.htm#qAGY86Jt58RS7vY6.99.

³⁴ Grelon, Bernard y Dessus-Larrivé, Carole, «*La confusion des patrimoines au sein d'un groupe*», cit.

Doctrina, la teoría de las **relaciones financieras anormales**³⁵ y el concepto de *patron voyou*³⁶, ideas que adoptó la Jurisprudencia ulterior³⁷.

No es de extrañar entonces que la norma del L 621-2 del Código de Comercio fuera modificada, primero en el año 2008³⁸ y, luego, en el año 2014, por la Ordenanza n° 2014-326 (art. 16)³⁹, por cierto, por cuestiones de detalle.

Sin embargo, la figura, como la mancha de humedad en la pared que la permite, se extiende constantemente a otras hipótesis⁴⁰, incluyendo a supuestos de procedimientos preventivos⁴¹.

Como veremos a continuación, esa tendencia del Derecho Concursal francés, al menos en el plano legislativo, últimamente dio una vuelta a la esquina ideológica.

7.4. La actualidad y el porvenir.

³⁵ Reille, Florence, «*La notion de confusion des patrimoines, cause d'extension des procédures collectives*», ed. LexisNexis, pág. 37.

³⁶ Por ejemplo: Perrazi, Marie, «*Extension de procédure collective dans les groupes de sociétés*», https://www.parabellum.pro/Extension-de-procedure-collective-dans-les-groupes-de-societes_a223.html; Mazade, Olivier, «*«Patron voyou»: de la désignation publique à la sanction juridique L'affaire Metaleurop*», <http://journals.openedition.org/champpenal/8431>.

³⁷ Así: Corte de Casación (Comercial), sentencia del 16/06/2009, rev. Gazette des Procédures Collectives, n° 2009/4, pág. 4.

³⁸ Dray, Joan, «*L'extension de procédure dans les procédures collectives*», <https://www.legavox.fr/blog/maitre-joan-dray/extension-procedure-%C2%AB-dans-procedures-7628.htm>.

³⁹ Lucas, François X., «*Quelques nouveautés de l'ordonnance N°2014-326 du 12 mars 2014 dont les dispositions sont applicables depuis le 1^{er} juillet 2014*», <https://athena-mj.fr/2017/08/14/articles-about-ordonnance-du-12-mars-2014/>

⁴⁰ Corte de Casación (Comercial), sentencia del 05/04/2016, n° 14-19869, comentada por Bastos, Alexandre y Bouté, Guillaume, «*Procédures collectives: halte à l'extension*», <http://www.optionfinance.fr/services/lettres-professionnelles/la-lettre-des-fusions-acquisitions-et-du-private-equity-avec-cms-bureau-francis-lefebvre/les-actualites-de-la-rentree-2016/procedures-collectives-halte-a-lextension.html>.

Al respecto : Assako Mebalé, Stéphan, «*L'extension des procédures collectives d'appurement du passif aux dirigeants sociaux*», https://www.memoireonline.com/09/12/6115/m_Lextension-des-procedures-collectives-dappurement-du-passif-aux-dirigeants-sociaux7.html.

⁴¹ Menjucq, Michel, «*L'extension de procédure pour confusion de patrimoines passée au crible du règlement n° 1346/2000: une question à suspense!*», Rev. Procédures Collectives, año 2010, http://www.litec.fr/droit-document/article/revue-procedures-collectives/04-2010/004_PS_RPC_RPC1004RE00004.htm#.WjpZp9_iZpg.; Bamdé, Aurélien, «*L'extension de la procédure de sauvegarde: confusion de patrimoines ou fictivité de la personne morale*», <https://aurelienbamde.com/2017/10/17/lextension-de-la-procedure-de-sauvegarde-confusion-de-patrimoines-ou-fictivite-de-la-personne-morale/>

No obstante, en ocasiones, la Jurisprudencia puso límites (Galle, Philippe R., «*Limitation des actions en extension*», <http://www.editions-legislatives.fr/content/limitation-des-actions-en-extension>).

El régimen concursal francés (insisto: en lo que a las normas se refiere) recientemente cortó amarras con su tradición.

Todo comenzó cuando la Comunidad Económica Europea impulsó un cambio de orientación en los sistemas concursales de sus países miembros. Esa política tuvo un hito en la Recomendación 2014/135/UE que, como anticipé al revisar el régimen italiano, dispuso que los ordenamientos europeos debían adoptar un mecanismo de estilo norteamericano a favor de los deudores personas físicas⁴² para que, de algún modo, pudieran reiniciar prontamente su actividad productiva, liberándose de buena parte de las deudas contraídas anteriormente⁴³. Ello debían realizarlo antes del 14/03/2015⁴⁴.

En respuesta a esa iniciativa⁴⁵ Francia dictó la mencionada Ordenanza 2014-326⁴⁶ y su reglamento; plexo jurídico que fue complementado por la Ordenanza 2014-1088 del 26/09/2014⁴⁷. Esas dos Ordenanzas modificaron el Derecho Concursal, particularmente en lo que hace a los procesos concursales y preconcursales preventivos⁴⁸.

Si bien dicha reforma no estaba pensada para las empresas, de algún modo constituyó una invitación a sopesar de manera distinta el problema de la insolvencia⁴⁹ y, en particular, a terminar con la mirada prejuiciosa que, hasta no hace mucho, imperaba en la materia.

Ello, sumado al reciente cambio de rumbo de la Política Económica nacional, hizo que los aires frescos de la renovación llegaran al mundo empresarial, y, en lo que a este estudio interesa, a todo lo que rodea a las compañías en dificultades financieras.

⁴² Hubert, Justin, «*Les nouveaux défis juridiques de la titrisation aux États-Unis et en Europe*» (investigación realizada para la Harvard Law School), ed. Université Panthéon-Assas, <https://docassas.u-paris2.fr/nuxeo/site/esupversions/52a27e6d-9eee-4301-9a53-004fdf51f887>.

⁴³ Pérès, Arnaud y Schlumberger, Hadrien, «*La réforme du droit des faillites a-t-elle manqué d'ambition?*», *Revue Trimestrielle de Droit Financier*, n° 2, año 2014.

⁴⁴ Olivencia Ruiz, Manuel, “Concurso y precurso”, *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, n° 22, año 2015, pág. 23; Estupiñán Cáceres, Rosalía, “Exoneración de deudas y *fresh start*: Ley Concursal y Recomendación de la Comisión Europea de 12 de marzo de dos mil catorce”, *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, n° 22, año 2015, pág. 393.

⁴⁵ Aunque, por obra de la casualidad, la Recomendación de la CEE (cuyo proyecto era conocido desde hacía tiempo) y la sanción de la Ordenanza francesa, fueron publicadas el mismo día 12/03/2014.

⁴⁶ <https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000028720025&categorieLien=id>.

⁴⁷ <https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000029503068>.

⁴⁸ La segunda de las ordenanzas sólo corrigió detalles del texto de las normas (Lienhard, Alain, «*Réforme des procédures collectives: publication d'une ordonnance complémentaire*», *rev. Dalloz Actualité* del 29/09/2014, <https://www.dalloz-actualite.fr>).

⁴⁹ Perochon, Françoise, “Financiación de socios y reforma del Derecho Concursal francés”, *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal: Anales de doctrina, praxis, jurisprudencia y legislación*, n° 22, año 2015, pág. 343.

En esa orientación, primero se sancionó la ley Macron n° 2015-990 del 06/08/2015⁵⁰, que, entre muchos tópicos, modificó ciertas disposiciones relativas a la jurisdicción de los tribunales comerciales y algunos aspectos de los procedimientos colectivos⁵¹.

A continuación, el 18/11/2016, vino la ley 2016-1547⁵² de Modernización de la Justicia del Siglo XXI que, entre otras cosas, agregó ciertas disposiciones relativas al tratamiento de las empresas en crisis⁵³.

Inmediatamente después apareció la emblemática ley 2016-1691 del 09/12/2016⁵⁴, conocida como ley Sapin II, que, por medio de su art. 146, agregó al primer párrafo del referido L 651-2 del Código de Comercio una frase por la cual, la mera negligencia del directivo societario (*de jure* o *de facto*) en la gestión de la empresa, no acarrea su responsabilidad frente a los socios o los terceros⁵⁵.

Ello, que para nosotros es una obviedad⁵⁶, para el Derecho francés fue casi revolucionario⁵⁷.

⁵⁰ <https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000030978561&categorieLien=id>

⁵¹ Cigaina, Tommaso, «Loi "Macron": Cession forcée des actions en redressement judiciaire», https://www.parabellum.pro/Loi-Macron-Cession-forcee-des-actions-en-redressement-judiciaire_a679.html.

⁵² <https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000033418805&categorieLien=id>.

⁵³ Croze, Hervé, «Les actions de groupe dans la loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI^e siècle», rev. Portail Universitaire du Droit, La Gazette, n° 14, diciembre/2016, <https://univ-droit.fr/la-gazette-juridique/23139>; Bauerreis, Jochen y Ebersold, Viviane, «La réforme du droit des entreprises en difficultés financières. Impacts procéduraux et sociaux», http://www.alister-avocats.eu/IMG/pdf/2017.04.21-focus_re_forme_du_droit_des_entreprises_en_difficulte_-alister_aarpi-f.pdf.

⁵⁴ Pomposamente denominada Ley sobre Transparencia, Lucha contra la Corrupción y Modernización de la Vida Económica y que puede leerse en: <https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000033558528&categorieLien=id>.

⁵⁵ Reforma que, como era de esperar, generó unas cuantas críticas. Por ejemplo: Grapeloux, Sylvain, «Responsabilité personnelle du dirigeant. Loi Sapin 2: La simple négligence ne peut plus être retenue!», <https://fr.linkedin.com/pulse/responsabilit%C3%A9-personnelle-du-dirigeant-loi-sapin-2-la-grapeloux>

⁵⁶ Recordemos que nuestro art. 173 LCQ sólo castiga a quien obra con dolo y el art. 274 LGS extiende esa responsabilidad de los directores a la culpa grave (véase: Tévez, Alejandra N., "Responsabilidad por daños a la quiebra", DJ2003-2, pág. 146, online: AR/DOC/143/2001).

⁵⁷ Larrieu, Olivier, «Loi Sapin II et pratique des affaires: quelles conséquences pour l'entreprise?», <https://portail-ie.fr/analysis/1593/jdr-loi-sapin-ii-et-pratique-des-affaires-quelles-consequences-pour-lentreprise-33>.

La misma norma establece que la acción de responsabilidad contra los directivos de las empresas ya no podrá ser iniciada por el liquidador o el fiscal.

Sin embargo, hay un dato que permite inferir que los viejos prejuicios encontraron un punto de anclaje: las atribuciones del juez para evaluar el dolo o la negligencia del administrador social son muy amplias. El magistrado también cuenta con gran discrecionalidad, tanto para desestimar la acción en contra del directivo, como para establecer la medida de las pérdidas que deberá afrontar con su patrimonio.

Sin embargo, el régimen concursal francés ha dejado intactas a las normas sobre extensión de la quiebra. De ese modo el *ancien régime* se resiste⁵⁸ a adoptar en su reemplazo la **consolidación sustantiva** y la **consolidación procesal** de cuño estadounidense tal como lo había sugerido la malograda Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo del año 2012⁵⁹.

No debe confundirse el sistema francés de extensión de la quiebra con la *action en responsabilité pour insuffisance d'actif* (L 651-2 del Código de Comercio)⁶⁰, nombre que le impuso la reforma del 26/07/2005 a la anteriormente denominada *action en comblement de passif* (acción para cubrir los pasivos)⁶¹, que fue creada por la ley del 16/11/1940⁶² para demandar, en ciertos supuestos, a los administradores de las sociedades comerciales quebradas⁶³.

Correctamente caracterizada, no es más que una acción de responsabilidad civil por daños⁶⁴. Tal responsabilidad se da cuando el directivo, en la gestión de la empresa, persigue un interés personal, o cuando dispone de los bienes sociales como si fueran propios, o cuando continúa abusivamente la actividad de la compañía, por ejemplo, manteniendo injustificadamente una explotación deficitaria⁶⁵.

⁵⁸ Grelon, Bernard y Dessus-Larrivé, Carole, «*La confusion des patrimoines au sein d'un groupe*», cit.

⁵⁹ Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo (2012/0360 (COD) C7-0413/12) por la que se intentó modificar el Reglamento (CE) nº 1346/2000 sobre Procedimientos de Insolvencia, [http://www.europarl.europa.eu/meetdocs/2009_2014/documents/com/com_com\(2012\)0744_/com_com\(2012\)0744_es.pdf](http://www.europarl.europa.eu/meetdocs/2009_2014/documents/com/com_com(2012)0744_/com_com(2012)0744_es.pdf).

⁶⁰ Ardis, Nathalie, «*La responsabilité du dirigeant d'une entreprise en difficulté*», <http://www.plastiques-caoutchoucs.com/La-responsabilit-du-dirigeant-d.html>.

⁶¹ Dray, Joan, «*L'action en comblement de passif: passivité du dirigeant*», cit.

⁶² Esta norma es parecida a la del art. 2394 del Código Civil italiano que prevé una acción de responsabilidad contra los administradores «*per l'inosservanza degli obblighi inerenti alla conservazione dell'integrità del patrimonio sociale*» cuando «*il patrimonio sociale risulta insufficiente al soddisfacimento dei loro crediti*».

⁶³ Régimen que fue extendido a los gerentes de las SRL por el decreto n° 53-706 del 09/08/1953. Por su parte, el art. 6 de la Ordenanza 2010-1512 también lo declaró aplicable a los procedimientos de sobreendeudamiento del empresario individual de responsabilidad limitada.

⁶⁴ Goldenberg Serrano, Juan L., "Mecanismos de protección a los acreedores de una sociedad de responsabilidad limitada infracapitalizada. Análisis crítico y propuesta de solución", Revista Chilena de Derecho Privado nº 27, diciembre/2016, pág. 141, <http://www.redalyc.org/html/3708/370849390004/>.

⁶⁵ Some, Marcelin, «*La responsabilité des dirigeants sociaux dans la poursuite d'une activité déficitaire*», <http://www.some-avocat.com/la-responsabilite-des-dirigeants-sociaux-dans-la-poursuite-dune-activite-deficitaire/>; Martin-Serf, Arlette, «*Poursuite abusive d'une exploitation déficitaire dans un intérêt personnel*», Revue des Procédures Collectives, mayo/2013, n° 3, http://www.lexisnexis.fr/droit-document/article/revue-procedures-collectives/03-2013/089_PS_RPC_RPC1303CM00089.htm#.WjpOAN_iZpg.

Tan amplios conceptos⁶⁶ fueron utilizados con una notoria finalidad persecutoria⁶⁷; finalidad que conspiró contra la seguridad jurídica, sin conseguir los resultados esperados⁶⁸.

Acertadamente se apuntó que esta acción inicialmente fue pensada para los emprendimientos comerciales pequeños, en particular para aquellos en los cuales el administrador es, a su vez, el único socio o el socio mayoritario⁶⁹. No obstante, el ambiguo contenido de la norma, así como su interpretación por un sector de la Doctrina y de la Jurisprudencia, hizo que se ampliara a más y más hipótesis⁷⁰.

Esa corriente tiene motivos para cambiar. Recién vimos que el mentado L 651-2 del Código de Comercio, después de la reforma de la ley Sapin II, desprendiéndose de viejas aprensiones, se ha erigido en el principio basal de la responsabilidad de los directivos societarios. Esa regla pasó a tener particular relevancia respecto de la *action en responsabilité pour insuffisance d'actif*⁷¹.

También se han considerado faltas las inversiones arriesgadas, realizar operaciones fuera del propósito comercial de la compañía, falta de supervisión, o recurrir a medios ruinosos (Pernaud-Orliac, Philippe, «*Comblement de passif (ou action en responsabilité pour insuffisance d'actif)*», <https://www.pernaud.fr/info/glossaire/9206642/comblement-de-passif-ou-action-en-responsabilite-pour-insuffisance-d-actif->).

⁶⁶ La *action en comblement du passif*, según el art. 180 de la ley del 25/01/1995, apuntaba al dirigente social (de derecho o de hecho) que lleva a cabo una administración negligente contribuyendo a generar o agravar la insuficiencia patrimonial de la sociedad (De P. Blasco Gascó, Francisco, "Responsabilidad de los administradores y embargo de sus bienes en el concurso", <https://libros-revistas-derecho.vlex.es/vid/administradores-embargo-bienes-concurso-41264806>).

De su lado el L. 651-2 del Código de Comercio, al igual que los textos anteriores, no proporciona ninguna caracterización de lo que debe entenderse por **defectos de la gestión** del directivos societario que lleva a tan amplia responsabilidad.

⁶⁷ Miguens, Héctor, "Extensión de la quiebra y la responsabilidad en los grupos de sociedades", ed. Depalma, pág. 83.

⁶⁸ Dray, Joan, «*L'action en comblement de passif: passivité du dirigeant*», cit.

⁶⁹ De P. Blasco Gascó, Francisco, "Responsabilidad de los administradores y embargo de sus bienes en el concurso", cit.

⁷⁰ En el pasado reciente se usó como justificación para demandar a los administradores que no solicitan la apertura del procedimiento concursal en un plazo determinado para que indemnicen los daños que esa actitud ocasione (Bermejo Gutiérrez, Nuria y Rodríguez Pineau, Elena, "Normas de protección de acreedores: entre el Derecho de Sociedades y el Derecho Concursal", InDret 4/2006, <http://www.raco.cat/index.php/InDret/article/viewFile/122200/169320&a=bi&pagenumber=1&w=100>)

⁷¹ Dizel, Martine, «*L'action en insuffisance d'actif revue par la loi Sapin II*», <http://www.editions-legislatives.fr/content/laction-en-insuffisance-dactif-revue-par-la-loi-sapin-ii>.

No traje a cuento el L 651-2 del Código de Comercio francés porque sea un prodigio de redacción normativa. Desde ese punto de vista, nuestro art. 173 LCQ es de mejor factura técnica.

Lo que me interesa puntualizar es que, aquello que para el régimen argentino es causal de extensión de la quiebra, para el sistema jurídico francés es acción de responsabilidad por daños.

¿Qué ocurrirá con el Derecho Concursal francés después de las últimas reformas?

Se suele atribuir a Oliver Wendell Holmes⁷² la autoría del proverbio “Las leyes dicen lo que los jueces dicen que dice”, aforismo que tiene bastante de real.

Y puesto que las renovaciones legislativas no traen consigo el cambio de los jueces (que, como hemos comprobado, en Francia, en un elevado porcentaje, se los nota imbuidos de prejuicios anti-fallido) habrá que ver si lo que viene significará, en la práctica, una auténtica innovación.

Por momentos la Jurisprudencia parece no haberse enterado del cambio de la política legislativa pues, en algún caso, ha dispuesto la extensión de la quiebra basándose en la ya mencionada doctrina de la relación financiera anormal o de flujos financieros anormales⁷³.

En esa orientación, la Corte de Casación, incluso después de sancionada la reforma que exonera de responsabilidad a los administradores de hecho en casos de «*simple négligence dans la gestion de la société*»⁷⁴, norma que, como las demás de la mentada ley, debían aplicarse a los procedimientos de insolvencia en curso, condenó a un director *de facto* que, en palabras del tribunal, empobreció el negocio en interés personal, obligándolo a soportar todo el Pasivo, sin importar en cuánto había incidido su proceder en la insolvencia de la sociedad⁷⁵. Por si todo ello fuera poco, la Corte le impidió al sancionado enderezar una acción de regreso contra los directivos *de iure* para tratar de repetir lo pagado.

⁷² Juez de la Corte Suprema de los EE.UU. y autor del libro “*The Common Law*”.

⁷³ Morelli, Nicolas, «*Confusion des patrimoines: nouvelle illustration des éléments constitutifs appliqués au couple société civile/société d'exploitation*», *Revue des Sociétés* n° 2, febrero/2017, comentando la sentencia de la Corte de Casación, Cámara Comercial, del 27/09/2016, n° 14.29.278 (FP+B), Sté BJ 90 c Benoît ès qual).

⁷⁴ Brignon, Bastien, “*Propos introductifs*”, *rev. Journal des Sociétés* n° 153, junio/2017, pág. 11, https://www.jss.fr/JSS_AS_WEB/DOC/JdS/JdS_153.pdf

⁷⁵ Corte de Casación (Comercial), sentencia del 20/04/2017, n° 15-23600, <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000034469110&fastReqId=487003491&fastPos=1>.

Sin embargo, la misma Corte, no hace mucho, en otros casos, atenuó el impacto de esa doctrina recordando que los demandantes están obligados a demostrar el daño causado por el demandado a los acreedores⁷⁶ y la ilegalidad de su conducta⁷⁷. Y en una hipótesis en la cual se accionó contra varios gerentes puntualizó que se deben detallar las faltas cometidas por cada uno de ellos y su conexión con el daño sufrido por los acreedores⁷⁸. De manera que habrá que esperar que el tiempo decante una línea jurisprudencial más o menos previsible.

⁷⁶ Corte de Casación (Comercial), sentencia del 04/11/2014, nº 13-20652, <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000029744852>.

En esa línea: Camensuli-Feuillard, Laurence, «*Le principe de proportionnalité appliqué à l'action en responsabilité pour insuffisance d'actif*», rev. Bulletin Joly Sociétés del 01/04/2010, nº 4, pág. 364, <https://www.lextenso.fr/lextenso/ud/urn%3AJBS-2010-075>.

⁷⁷ Corte de Casación (Comercial), sentencia del 15/12/2009, nº 08-21906, <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000021512079&fastReqId=938976742&fastPos=1>.

⁷⁸ Corte de Casación (Comercial), sentencia del 10/01/2012, nº 10-28067, <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000025154031>.