

ASPECTOS APARENTEMENTE POLÉMICOS DE LA ACCIÓN INDIVIDUAL DE
RESPONSABILIDAD CONTRA ADMINISTRADORES POR ACTUACIÓN DE LA SOCIEDAD
EN CESACIÓN DE PAGOS

Efraín Hugo RICHARD¹

En RDCO pág. 441 a 462, número 238 septiembre octubre 2009, sección doctrina.

I – ANTECEDENTES RECIENTES.

Venimos haciendo conocer nuestra visión sobre la responsabilidad de administradores de sociedades que continuaban operando en cesación de pagos. Hoy es tema frecuente de la doctrina y jurisprudencia nacional y extranjera.

En un artículo sobre ese aspecto -en esta misma Revista n° 203, septiembre 2003, pág 553- titulado *Los administradores societarios y la insolvencia*, enfrentamos la problemática de esa actuación de sociedades en cesación de pagos, generando daños a los acreedores, planteando la responsabilidad de los administradores aún cuando se homologara un acuerdo en el tardío concurso preventivo o en A.P.E. de la sociedad. Se trataba de constatar sociológicamente un comportamiento, a nuestro entender antifuncional, y formalizar una respuesta jurídica, que era casi única. En esa ocasión dividimos la cuestión conforme al siguiente contenido: INTRODUCCIÓN donde se muestra el virus de la insolvencia. PRIMERA PARTE.: CAPITAL INSUFICIENTE donde se habla de los limitados alcances del Dto. 1297/02 respecto de la disolución de sociedades por pérdida de capital. SEGUNDA PARTE: RESPONSABILIDAD DE ADMINISTRADORES donde se plantea, ante la aparente irresponsabilidad de administradores por la insolvencia de su administrada, otro panorama de la cuestión para la tempestividad de las soluciones pre y concursales. TERCERA PARTE: ACTUACIÓN EN INSOLVENCIA COMO ILICITUD donde se abre al debate si la actividad prolongada de una sociedad en insolvencia puede ser calificada como actividad ilícita (19 LS). CUARTA PARTE: EXTRACONCURSALIDAD DE LAS SOLUCIONES donde se aborda la estrategia procesal, desvinculando la reparación del daño del concurso o la quiebra de la sociedad.

Luego estructuramos una segunda parte: *CRISIS DE SOCIEDADES: ACUERDOS CONCURSALES ABUSIVOS Vs. SOLUCIÓN PRIVADA* -n° 519, julio-agosto 2006-, donde continuábamos sistémicamente la cuestión, sosteniendo que “Las crisis económico financieras de las sociedades, en visión diferente a la tradicional, son afrontadas desde la óptica de la ley societaria, como un problema de los socios y de los administradores, enfrentando críticamente las soluciones concursales que castigan a los acreedores, con maniobras abusivas y lesivas del derecho de propiedad, enriqueciendo a los socios o adquirentes de sus paquetes accionario”.

Truffat apunta acertadamente² “Para hablar del mundo hay que describir la propia aldea³. Esta frase, que se apoya en la común naturaleza y dignidad de toda la especie humana, alcanza particular vigencia, se vivifica y potencia, cuando los destinatarios foráneos de la reflexión son personas que comparten, además de esa esencia y proyección común a todos los hombres, profundas raíces culturales”.

En aquél primer artículo mencionado acotábamos introductoriamente “2. La situación de hecho indica hoy una suerte de planificación de la insolvencia y del desbaratamiento de derecho de los acreedores, cuyas maniobras intuíamos, pero que pudimos comprobar documentalmente con el acceso a un expediente de petición de regulación de honorarios de un Estudio Jurídico frente a su cliente, donde se acompañaba toda la correspondencia intercambiada en orden a un concurso, el pago de

¹ Agradeceremos opiniones a ehrichard@arnet.com.ar Otros trabajos vinculados pueden verse en la página electrónica de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba www.acaderc.org.ar

² TRUFFAT, E. Daniel *La abusividad de la propuesta y la moralización de los concursos en lo atinente –precisamente a la oferta del deudor*” en *Jurisprudencia Argentina* 2008 – IV – fascículo 10 pág. 3, Ed. Abeledo Perrot, indicando que es su comunicacón al II Congreso Iberoamericano de Derecho Concursal realizado en Mérida.

³ Frase inspirada en el texto de Tolstoi que señalaba que había que pintar la propia aldea para conocer el universo.

créditos hipotecarios, la renuncia al privilegio, los arreglos con trabajadores para que votaran a favor un acuerdo con quitas monstruosas y con ciertos acreedores en igual sentido, incluso con tratativas interrumpidas al lograrse los 2/3 del capital. La ingeniería económica jurídica tiene por objeto que se verifique la menor cantidad de créditos no amistosos⁴, y luego “acordar” con cierto número de acreedores, particularmente privilegiados que se tienen que pagar sí o sí, para lograr la mayoría en los créditos quirografarios, por renuncia de privilegio, cesiones, subrogaciones y variantes, para enriquecer a los socios.

II – NUESTRA POSICIÓN.

Nos hemos dedicado a temas marginales de las crisis en las sociedades, de los deberes de los administradores y de la conexidad de ellas con la cesación de pagos de esa unidad patrimonializada, que deriva en la aplicación del derecho concursal sin advertir las previsiones de la ley específica de esos entes.

Tratamos siempre de atender a especiales fenómenos del comportamiento y las respuestas del derecho, que hoy van apareciendo en la legislación extranjera en forma expresa, al igual que la atención de la doctrina y la jurisprudencia.

Nos centraremos hoy en aspectos de validación de la acción individual de responsabilidad de terceros contra administradores societarios, específicamente por la actuación en estado de cesación de pagos, pues esta acción toma razón ante la insolvencia de la sociedad.

Esa falta de capacidad de la sociedad para atender sus obligaciones impone pensar en la posibilidad de desviar las acciones contra administradores o socios, particularmente por los acreedores generados por la operatoria en insolvencia, al continuar la actividad sin asumirse soluciones a la cesación de pagos⁵.

Esa posibilidad no se desvirtuará aún cuando la sociedad consiga la aprobación y homologación de un acuerdo con quita y espera.

Obviamente que la cuestión es más opinable cuando la sociedad no ha operado en cesación de pagos, imputándose a los administradores un error en la apreciación del grado de riesgo en que operaba la sociedad. Esto particularmente en acciones promovidas por accionistas, pues si la sociedad es solvente es difícil que los acreedores intenten esta acción cuando tienen un claro legitimado pasivo: la sociedad. Sobre este aspecto haremos referencia a una aparente disidencia o polémica.

III - SUPUESTOS.

Dos son los supuestos que preocupan.

El primero la insuficiencia patrimonial para el normal desenvolvimiento de la sociedad, muchas veces fruto de una infrapatrimonialización⁶ constitutiva. Es que frente a la libertad para constituir y ordenar la funcionalidad de sociedades comerciales, aparecen acotadas las facultades y deberes de los

⁴ Debe demitificarme la idea que, en la verificación tempestiva, sólo pueden legalizarse los créditos de fácil comprobación, contenidos en sentencias o títulos valores, que luego a su vez son cuestionados por no “haber acreditado la causa”, cuando sólo se requiere del acreedor indicar la causa de adquisición del título. Acreditamos haber verificado créditos derivados de complejas relaciones, asumiendo el Síndico sin dubitaciones su rol contolando la documentación del concursado y del verificador, cotejando la misma o estando a las disposiciones sobre contabilidad contenidas en el Código de Comercio. En tal sentido ntos. *Verificación de créditos y suspensión de las acciones de contenido patrimonial en los concursos*, pág. 163 libro Homenaje al Profesor Doctor Rdofo Oscar Fontanarrosa, Ediciones Universitarias, Servicio de Publicaciones de la UnN.R., Rosario 1981; *En torno a la concursalidad en la nueva Ley de Concursos. Fuero de atracción, suspensión de acciones de contenido patrimonial y verificación de créditos* pág. 45 a 76, En Libro “CONCURSOS Y QUIEBRAS I”, N° 10 Revista de Derecho Privado y Comunitario; *Proceso de verificación de créditos* p. 110 a 134, en Libro “LA REFORMA CONCURSAL LEY 24.522. HOMENAJE A HECTOR CAMARA” en número 4 año 1995, Revista DYE Derecho y Empresa, Rosario Univ. Austral.

⁵ RICHARD, EFRAÍN HUGO *Sistemas de prevención de la insolvencia – Responsabilidad de administradores societarios frente a la insolvencia* Comunicación al IV Congreso Argentino Español de Derecho Mercantil, Buenos Aires 5 y 6 de junio de 2008, en www.acaderc.org.ar

⁶ La aplicabilidad del art. 54 ter de la ley 19.550 requiere –en temas de responsabilidad como señala Lorenzetti en el caso Daverede-, como presupuesto indispensable que la sociedad “manipulada” sea insolvente, ya que, sino no habría razón para aplicar el remedio, pues no se produciría una utilización abusiva de la misma, salvo supuestos de imputación. En efecto la insolvencia de la sociedad no sería necesaria en supuestos de imputación del negocio para burlar derechos de terceros o los otros supuestos previstos por la norma.

administradores societarios para asegurar esa funcionalidad y afrontar las causales de disolución. Este afrontamiento importa una verdadera preconcursalidad privada, prevista en la legislación societaria por normas imperativas.

El segundo resulta de la no asunción de la solución de las causales de disolución, sin planificar ante la crisis, sin convocar a los socios, continuando operando en cesación de pagos, vinculando a nuevos acreedores, a sabiendas que no podrán ser satisfechos normalmente.

Evidentemente se afecta al mercado e implica una competencia desleal.

IV - LA PREDICA

Nuestra visión era anterior a los artículos señalados precedentemente, la registramos formalmente en el año 1981⁷: “Las transformaciones ... conducirán a una sanción más rápida y más severa a los errores de la dirección. Las conversiones deberán ser más frecuentes y no tendrán éxito si no son decididas a tiempo... Es un hecho que la sociedad, alertada por ciertos conflictos recientes, tolera mal los despidos colectivos... lo que afecta a la vida de toda una colectividad... La irrupción de la noción de empresa en el derecho mercantil, ha obligado a reformulaciones sobre ... el sistema de organización jurídica de la empresa a través del derecho societario... Resulta advertible la complejidad y multiplicidad de las relaciones patrimoniales que genera la actuación empresaria, como actuación de intermediación masiva y organizada que la tornan creadora de riquezas y conveniente de conservar cuando el sujeto que las practica cae en insolvencia, pues genera un colapso en cadena frente al incumplimiento masivo y por la interrelación en los financiamientos... En el perfil subjetivo o dimensión subjetiva, se pone énfasis en las posiciones subjetivizantes de la empresa, basadas en la fungibilidad del empresario... Transportadas estas apreciaciones a la conservación de la empresa dentro del campo del derecho societario, concordamos con la posición de Alegría, Anaya, Cámara y Quintana sobre que esa protección se logra en forma mediata través de la protección del contrato o del aseguramiento de la relación societaria... Conforme tal criterio, el derecho societario debe brindar adecuadas tutelas –y así lo hace- para que la sociedad pueda cumplir su objeto... Esa disociación entre sociedad y empresa, apartando inclusive ésta del patrimonio de aquélla, permite distinguir entre los dirigentes que pueden ser alcanzados por su responsabilidad penal y patrimonial para satisfacer a los acreedores... Dentro de ese deslinde no preciso entre sociedad y empresa, se sostiene que la revolución en la empresa debe hacerse en el derecho societario (Garriguez... Galgano) ... Y si bien Ghidini afirma “decir que la empresa es actividad, es usar un término jurídico inapreciable, privado de consistencia”, debemos advertir que la realidad económica –que tiene siempre un concreto reflejo jurídico- marca otro rumbo basado en la *organización* de bienes. Es que este parece un campo todavía insuficientemente elaborado, pues frente a las categorías del derecho civil, la actividad se presenta con una fisonomía desconcertante para la dogmática tradicional⁸... la tutela de la actividad económica sana... Se encuentra vinculada esa finalidad de absolver el estado de cesación de pagos al interés general de impedir que prosigan actividades en cesación de pagos, aumentando geoméricamente los perjuicios y los riesgos en la colectividad en que actúa... La satisfacción de los acreedores y de la comunidad en general debe buscarse por un sistema *distinto del tradicional*: mantener viva la empresa, pues la insolvencia no elimina la empresa sino que mira el patrimonio de su titular, debiendo pretenderse que la empresa elimine la insolvencia en el medio, sea manteniéndola o no en el patrimonio de su original titular ... Al decir de Abadesa: la remodelación tiende a salvar la empresa, no a aquellos que deben sufrir la responsabilidad y riesgos de la insolvencia...”

En el año 1983 se introdujo el acuerdo extrajudicial ante la mera crisis basado en un plan razonable –que no se juzgaba, salvo fracaso y bajo un criterio de irrazonabilidad al tiempo de haberlo

⁷ *La conservación de la empresa*. Comunicación al recibir el Premio Academia por la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba el 21 de mayo de 1981 (publicado en Anales de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba Tomo XXV pág. 107 y ss.. Tiempos en que trabajábamos con el control de Héctor J. Cámara en la Cátedra de Sociedades (Derecho Comercial II) y de Francisco Quintana Ferreyra en la de Concursos (Derecho Comercial III)

⁸ Después hemos seguido trabajo sobre esos aspectos “Las relaciones de organización y el sistema del derecho privado”.

propuesto-, propio de la diligente conducta de un buen hombre de negocios –sobre lo que tanto hemos insistido⁹. Verdaderamente es un problema axiológico y jurídico –pero también económico-¹⁰.

Señalábamos la conducta que debían desenvolver los administradores societarios y particularmente ante el cambio de la legislación concursal pareció indispensable remarcar esa situación. Así lo postulábamos al prologar una sobresaliente tesis¹¹: “3. En la realidad económica de hoy la responsabilidad de los administradores societarios, situación calificada en el caso de grupos societarios, toma especial relevancia por las crisis que han llevado, incluso a pergeñar una nueva legislación concursal. Pero consideramos que la cuestión no se solucionará con esa legislación concurrencial, sino previniendo sobre la misma sociedad, imponiendo una adecuada inteligencia del rol de sus administradores y particularmente de su responsabilidad frente a la crisis preanunciada y no afrontada. ...4. No puede haber dudas de responsabilidad societaria, rayana en el delito, cuando los administradores no aplican las normas societarias sobre liquidación en caso de érdida de capital social, o la actuación con subcapitalización material aumentando el pasivo sin que razonablemente se avizore la posibilidad de su pago.... Debe darse congruencia a la ley de concursos con la ley societaria en orden a acciones de responsabilidad, vinculadas a las normas legales y jurisprudenciales creadas en Francia en tal sentido, como es la acción de *comblement* que es similar a los supuestos del art. 54 in fine ley de sociedades...”.

Nuestras conversaciones con Rojo y Olivera García¹², los cursos impartidos para el doctorado allá por el 94 en Castellón de la Plana (Jaume I) y Valencia atraídos por Embid Irujo y Cuñat Edo, y luego en Barcelona (Pompeu Fabra) en el 99 con Massagher, nos llevaron a remarcar la visión societaria y extrajudicial de las soluciones de la cesación de pagos, que sólo debían llegar al campo de la concursalidad judicial después de fracasadas otras soluciones.

En un anteproyecto de ley de concursos en el año 1994 introducimos nuestras ideas¹³.

Y hoy aquí estamos, volviendo a insistir sobre el punto.

V - LA ZONA DE INSOLVENCIA

Claro que frente a la crisis financiera-económica, incluso ante la cesación de pagos, de sociedades –lo que algunos llaman “zona de insolvencia” aún sin cesación de pagos- los administradores no pueden dejar de advertir la infrapatrimonialización, sobreendeudamiento o insuficiencia del flujo de caja para asumir las obligaciones contraídas o para cumplir el objeto social (empresa, al decir de Colombres y Girón Tena). Ello implica el mayor conflicto societario pues involucra la propia existencia de la sociedad al generar causales de disolución que precipitan la etapa liquidatoria.

Advertida la situación de crisis, imposible de soslayar por un administrador societario –buen hombre de negocios-, debe con diligencia actuar para paliarla –planificando-, llevando la cuestión a conocimiento y decisión de los socios, quiénes deben afrontar la cuestión por los diversos medios que prevé la legislación societaria de todos los países: reintegración o aumento del capital social, reorganización societaria o del negocio, capitalización del pasivo¹⁴ o disolución de la persona jurídica. Este es el verdadero sistema de prevención de la insolvencia en el caso de sociedades. No sólo de prevención de la insolvencia, sino de resolverla cuando ya se hubiera producido la cesación de pagos.

⁹ Cfme. nto. *El plan de empresa. Ética y responsabilidad del empresario* en “Estudios en honor de Pedro J. Frías”, citado, tomo III pág. 1187 y ss. , Ediciones El Copista, Córdoba 1994. ALBERTI, EDGARDO MARCELO *Una contribución de Efraín Hugo Richard al derecho concursal: El plan de empresa como recaudo del concurso preventivo* a pág. 949 II tomo “Derechos Patrimoniales Estudios en Homenaje al Profesor Emérito Dr. Efraín Hugo Richard”, Editorial Ad Hoc, Buenos Aires 2001, bajo la dirección de Laura Filippi y María Laura Juárez.

¹⁰ RICHARD, EFRAÍN HUGO *Ensayo sobre axiología del Derecho Concursal* en RDCO pág. 313 a 380 n° 235, Marzo/abril 2009.

¹¹ Prólogo al libro de Francisco Junyent Bas “Responsabilidad de los Administradores” 1ª ed. Córdoba junio 1996.

¹² De las que generosamente da cuenta Ricardo Olivera García “Anteproyecto de Ley de Concursos”, Ed. Universidad de Montevideo, Facultad de Derecho, Montevideo 1999, pág. 6.

¹³ Nto. *En torno a responsabilidad y concurso. Un “embrión” de proyecto*, en “De la insolvencia – II Congreso Iberoamericano” tomo II pág. 313. Ed. Fespresa, Córdoba 2000.

¹⁴ Porque es una solución llamar a los acreedores para dar una solución coherente y dejar en manos de éstos la empresa que no saben conducir, o incorporarlos a los riesgos de la misma con un plan sustentable.

Lejos de ello, en la realidad, como requiere Truffat, constatamos en los concursos societarios, que los socios son anoticiados formalmente ya no de la crisis sino de la cesación de pagos que padece la sociedad cuando son llamados a ratificar la presentación en concurso, sin que se haya intentando siquiera asumir la crisis –incluso cuando ya se ha generado el estado de cesación de pagos- a través de los medios societarios. Para peor aparece continuada la actividad societaria en cesación de pagos por mucho tiempo conforme a datos que se revelan documentadamente en los respectivos informes generales de los síndicos. O sea que esos administradores han actuado con clara conciencia de la dificultad de cumplir las obligaciones que en el futuro se contrajeran, generando daño a terceros, y a todos los intereses vinculados a la empresa, y no sólo a los socios. Y esta es la segunda e indubitable fuente de responsabilidad de los mismos.

El posterior concurso de la sociedad puede concluir en la presentación y homologación de un acuerdo con quitas y esperas predatorias¹⁵ –en la práctica el 80% de quita con esperas de 5 años y luego pago en largas cuotas que alcanzan los 20 años-, con la participación de terceros cesionarios de créditos afectados. Siempre que hay quitas y esperas se beneficia a los socios, perjudicando a los acreedores alcanzados por el acuerdo homologado, sin respetar ningún “esfuerzo compartido”. El concurso intenta satisfacer todos los intereses, y no sólo beneficiar a los socios¹⁶.

Afirma Truffat¹⁷ que se ha “reinvidicando jurisprudencialmente el deber de garantizar la supremacía de todo el orden normativo, (lo que incluye la aplicación de ciertos estándares que trae nuestra ley civil de sujeción de los actos privados a la “moral y buenas costumbres”, art. 21, 953, 1047 y 1071 Cciv)”...”¿Cómo traspolar estas ideas al concordato cuando éste es medio para superar la cesación de pagos y, en alguna medida, la superación se consigue precisamete por socializar las pérdidas, es decir, extender una cierta situación dañosa que afecta primordialmente a un sujeto (el cesante) –si bien con una inquietante aptitud contaminante respecto de quienes se relacionan patrimonialmente con él- a esos otros sujetos relacionados?”...”es posible que –cuando rigen reglas promercadistas desafortadas- esa finalidad termine comportando un negocio injusto, pues en vez de una socialización del daño, lo que comporte el mercado será una “traslación del daño a los acreedores”...”a)La necesidad de que la solución preventiva a obtener importe aquella que la doctrina argentina –tomando una frase feliz de la Ley de Emergencia 25561- denomina “el esfuerzo compartido”. Es literalmente inmoral que la solución concordataria devuelva al empresario (en general, en sociedades de capital, a los accionistas de la concursada) una empresa revitalizada y que todo el daño emergente de la cesación de pagos recaiga en exclusiva en los acreedores del sujeto así salvado. Esta posibilidad importaría consagrar el enriquecimiento incausado a favor de los antedichos. Cómo responder desde lo práctico a tal requerimiento es más difícil...la transferencia del equity (en general, por capitalización de créditos) a favor de los acreedores concurrentes; otras se contentarán con la prohibición de percepción de dividendos y otras retribuciones a los accionistas...”...”b. La necesidad de garantizar un reparto equitativo del daño...”...”c. La necesidad de que cualquier oferta de salvaguarda esté amparada en un auténtico plan de superación de la crisis. Único modo serio de advertir que se cumple efectivamente con la premisa “a” y que no se está frente a una simple promesa pronta a ser incumplida nuevamente...una exigencia ética para toda propuesta...en una deudor que no haya brindado información...”.

No tenemos duda que estas situaciones otorgan derecho a acreedores nacidos con posterioridad a la cesación de pagos –particularmente acreedores no profesionales- para promover acciones individuales de responsabilidad contra los administradores sociales que no afrontaron el problema por los medios societarios y descargaron el problema sobre esos acreedores en la forma preexpuesta.

¹⁵ RICHARD, EFRAÍN HUGO “Insolvencia societaria”, Ed. Lexis Nexis, Buenos Aires 2007.

¹⁶ RICHARD, EFRAÍN HUGO *El plan de empresa (o como asumir crisis tempestiva y extrajudicialmente)* en libro colectivo “Homenaje al Dr. Osvaldo J. Maffia” Cap. II pág. 217, Ed. Lerner Córdoba 2008, Instituto Argentino de Derecho Comercial y Fundación para la Investigación del Derecho Concursal y la empresa en crisis Pablo Van Nieuwenhoven. Coordinadores E. Daniel Truffat – Marcelo Barreiro – Carlos Roberto Antoni Piossek – Ramón Vicente Nicastro.

¹⁷ TRUFFAT, E. Daniel *La abusividad de la propuesta y la moralización de los concursos en lo atinente –precisamente a la oferta del deudor* en *Jurisprudencia Argentina 2008 – IV – fascículo 10* pág. 3, Ed. Abeledo Perrot, indicando que es su comunicación al II Congreso Iberoamericano de Derecho Concursal realizado en Mérida.

El factor de atribución es subjetivo, basado en la actuación culposa –cuando no dolosa- y en la relación de causalidad de esa actuación y el perjuicio generado a los acreedores a través de haber contratado en cesación de pagos y luego obtenido un acuerdo que soluciona el conflicto societario a través de la pérdida patrimonial de los acreedores.

La apreciación es de lege lata desde la legislación argentina, pero entendemos extensible a otras¹⁸.

La posibilidad de la promoción de esas acciones generará una previsión cautelar en administradores societarios para prevenir la crisis, anticiparse a la cesación de pagos en soluciones extrajudiciales y judiciales societarias, y recién fracasadas éstas presentarse tempestivamente en concurso.

VI – LOS ADMINISTRADORES Y LOS SOCIOS ANTE LA AVIZORACIÓN DEL PROBLEMA

Al advertirse una crisis, el deber inmediato de los administradores es determinar su profundidad, si la misma se mantendrá, que medidas cabe adoptar y su comunicación a los socios. Desde el punto de vista del análisis económico del derecho, de la metodología de la relación costo-beneficio es probable que los socios decidan no arriesgar más capital, incluso que se desinteresen del giro social si no se les asegura la posibilidad de un beneficio mediante la reorganización de la empresa.

Cuando el valor patrimonial de la sociedad no permite satisfacer su pasivo, los accionistas pierden interés en la gestión, y los acreedores en cambio pasan a tener interés fundamental en la prosecución exitosa de la actividad.

Se plantea así, como un objetivo hipotético la transferencia del control de la empresa en crisis, de los accionistas que carecen ya de incentivo y de los administradores que responden a ellos, a los acreedores que ven comprometido en ello su capital de riesgo¹⁹. En función de ello los acreedores deberían organizarse en categorías, con intereses uniformes, para intervenir en la vida de la sociedad²⁰.

Los acreedores de una sociedad en cesación de pagos deberían tener el mismo tratamiento, derechos y tutelas que los accionistas de una sociedad solvente, pero se encuentran en la misma situación de inversores sin derecho²¹, que no tuvieron en cuenta cuanto contrataron sin la información de esa situación o antes que se produjera el estado de cesación de pagos.

Se ha sostenido que el accionista que pudiendo hacerlo, legítimamente decida no recapitalizar la empresa insolvente debe pasar la propiedad de la misma a los acreedores²². Se trata de pensar en la responsabilidad de los socios por la tutela del patrimonio social frente a los acreedores, resultante en la obligación de aportar nuevos recursos financieros para mantenerla con vida²³, o sea operando con posibilidades de cumplir el objeto social, lo que es imposible si la sociedad esta en cesación de pagos y no se adoptan soluciones patrimoniales-financieras..

La realidad es bien distinta en nuestro país. Los accionistas desinteresados de invertir, apoyados por los administradores por ellos designados, actúan de otra manera: imponer a los acreedores quirografarios asumir la pérdida, enriqueciéndose.

Ello se tipifica cuando los socios desisten de seguir aportando porque no quieren o porque han perdido interés en el proyecto económico de la sociedad-empresa, o no tienen capacidad económica para hacerlo. La solución esta previsto en la ley de sociedades: invitar a terceros a suscribir el aumento de capital necesario para la continuación del giro o la capitalización de las deudas, o sea que los acreedores acompañen a los accionistas no sólo en el riesgo sino en el éxito futuro del negocio.

¹⁸ Una mejor justificación y una apreciación integral puede verse en nto. “Insolvencia societaria”, citado.

¹⁹ Esta es la idea que desenvuelve en proyección de reforma de la legislación falencial STANGHELLINI, LORENZO *Proprietà e controllo del'impresa in crisis* en Rivista delle Società anno 49° 2004 settembre-ottobre fascicolo 5°, Editorial Giuffrè Milano, pág. 1041 y ss. específicamente 1055. Esta idea se acerca a la que venimos desarrollando en torno a un derecho concursal societario, pero aplicando la legislación argentina vigente como veremos.

²⁰ MAZZONI, ALBERTO *L'impresa tra diritto ed economia* en Rivista delle Società anno 53°/ 2008 pág. 668, especialmente 666.

²¹ STANGUELLINI ob. cit. pág. 1079

²² STANGHELLINI ob. cit. específicamente pág. 1072.

²³ “Ancora due sentenze della Suprema Corte tedesca in materia di abuso della responsabilità limitata e “Existenzvernichtungshaftung”” en Notizie Rivista delle Società luglio-agosto 2005 pág. 942.

Si fracasara la tratativa extrajudicial de esa capitalización recién aparecería lógica la presentación en concurso, formalizada temporáneamente con ese proceso. Y esa capitalización de los créditos quirografarios puede ser la propuesta superadora para lograr el acuerdo.

VII - LA CAPITALIZACIÓN.

Volvemos sobre una solución societaria, vinculada al “esfuerzo compartido”, que no es excluyente de otras soluciones: la capitalización (patrimonialización) para superar las causales de disolución, cuando no la cesación de pagos..

La capitalización tiene múltiples matices. Apremiar adecuadamente sus posibilidades depende del plan de negocios que formulen los administradores o los técnicos a que ellos se lo requieran.

Los resultados que prometa el plan de negocios permitirá analizar a los socios la conveniencia de reintegrar o aumentar el capital social. A su vez la posibilidad de invitar a terceros a integrarse a la sociedad por el buen negocio que resulta el adecuado cumplimiento de su objeto, la rentabilidad esperada, lo que puede permitir atender o reorganizar el pasivo exigible. Hemos intervenido en negocios donde los nuevos inversores aceptaron capitalizar con prima de emisión los fondos suficientes para satisfacer el pasivo, por la seguridad de las utilidades que se generarían una vez extinguido el mismo.

Y por último, acercar a los acreedores, proveedores, trabajadores, al desarrollo de la empresa, ofreciéndoles en intervenir en su giro a través de la capitalización. Se abre la solución referida prevista en el art. 197 LS de capitalizar el pasivo, o sea en ciertos casos traspasar la sociedad a los acreedores, o su control. Esta es también una previsión del art. 42 LCQ como modalidad de la propuesta de acuerdo.

La capitalización del pasivo trae un beneficio inmediato a los accionistas, directores o terceros que hayan garantizado una obligación capitalizada, pues se liberarán de esa obligación de garantía, fórmula que no esta gravada como impuesto a las ganancias, que en cambio aplica el impuesto a las ganancias sobre quitas y esperas concursales.

Adviértase los sistemas que en situaciones semejantes autorizan a los administradores a emitir acciones sin autorización de los socios²⁴.

Con visión egoísta –que se advierte cuando se descartan todas estas posibilidades para una postergada presentación en concurso planificando las mayorías para imponer un acuerdo de quita y espera predatorio-, puede no sólo analizarse la cuestión de la prima de emisión sino en la capitalizar con opciones de rescate de las acciones, o generando clases privilegiadas, con múltiples soluciones prácticas.

De decidir los socios no capitalizar ejerciendo su derecho de suscripción preferente, ni invitando a terceros o a los acreedores a la integración, deben tener por operada una causal de disolución –normalmente imposibilidad sobreviniente de cumplimiento del objeto social-, y asumir la liquidación con el menor costo posible, para que los acreedores cobren lo más posible.

No hacerlo implica faltar a su deber de buen hombre de negocios.

Seguir contratando con terceros en ese estado de cesación de pagos es violar el deber de lealtad. Lo que implica actuar con dolo (art. 931 C.C.).

El administrador de una sociedad tiene que formalizar un plan o mirada prospectiva, como medio para la discusión, información, explicación y control de su propia gestión²⁵. Los encargados de tomar decisiones de financiamiento o de planificar la funcionalidad de la sociedad, deben tener muy en cuenta ciertos *ratios* sobre la estructura del capital y del endeudamiento, que hacen a la salud financiera y funcionalidad de la sociedad, *ratios* sobre los que se ha acreditado empíricamente su utilidad²⁶, fundamentalmente para facilitar la apreciación de los acreedores. El no uso de esos *ratios*, particularmente cuanto se ha utilizado aportes irrevocables incorporándolos a la cuenta

²⁴ MIOLA, MASSIMO *Il sistema del capitale sociale e le prospettive di riforma nel diritto europeo delle società di capitali* en Rivista delle Società, 2005-50-1199, fasc. 6. pág. 1310

²⁵ MARZAL ANTONIO “Empresa y Democracia económica” Ed. Argot, Barcelona 1983.

²⁶ BEAVER, WILLIAM *Financial Ratios and Predictors of Failure*, en Empirical Research in Accounting, Sected Studies, suplemento del Journal of Accounti research, 1966, 77-111, donde se comparan los ratios financieros de 79 empresas que posteriormente fracasaron –ingresando en procedimientos concursales- con los ratios de 79 sociedades que permanecieron solventes, concluyendo que las 79 primeras registraban ratios de endeudamiento mayores que las otras 79 que permanecieron solventes.

patrimonial y no al pasivo, altera esos *ratios* o índices que todo empresario debe tener en cuenta²⁷, para determinar la viabilidad de la empresa, pero utilizando esos aportes con su incorporación al patrimonio neto y no al pasivo en la necesidad de mantener *ratios* óptimos y balances *maquillados*, a los efectos de mostrar a la sociedad saneada ante la mirada de acreedores.

Al no existir normas claras que impidan la continuación de la empresa en crisis –en nuestro país la imposibilidad sobreviniente de cumplimiento del objeto social- aumentando la posibilidad de fracaso ante una perspectiva incierta, la tutela de los acreedores resulta de la responsabilidad de los administradores sociales ante la insolvencia (cesación de pagos) de la sociedad²⁸.

Si los administradores, en su caso el representante legal, sigue contratando a sabiendas del estado de cesación de pagos y de la imposibilidad de cumplimiento, estarían generando a favor de esos acreedores una acción individual de responsabilidad²⁹. Sobre este esquema de *lege lata* anticipamos nuestra posición desarrollada desde hace más de diez años, particularmente habilitando la posibilidad que ante acuerdos predatorios homologados, los acreedores nacidos con posterioridad al estado de cesación de pagos pueden promover esas acciones individuales contra los administradores de la sociedad deudora.

La novación concursal no altera las acciones de responsabilidad contra terceros no concursados que no participan en la negociación ni en el acuerdo, cuando el daño ha devenido directamente de la actuación ilícita de los administradores.

Los administradores tienen el deber de asegurar la normal vida societaria –conforme al estándar de buen hombre de negocios- con la sociedad, los socios y los terceros. Verónica Martínez –jurista cordobesa, profesora y Juez con competencia especial en Concursos y Sociedades- imputó responsabilidad por la totalidad del pasivo verificado ante la acreditación “que los administradores no realizaron ninguna actividad tendiente a superar la insolvencia... Los administradores debieron tomar alguna medida activa para evitar continuar operando en esas condiciones, puesto que pesa sobre ellos el deber de no dañar y además, en respeto a tal normativa específica, en la ley de sociedades, que es impuesta sobre todo, en protección de terceros” (Sentencia n° 272, 25 julio 2006 en “Sindicatura de la quiebra de Sanatorio Privado Colon SRL c/ Moyano, Jorge Antonio y otro – Acción ordinaria – Acción de responsabilidad”), citando a su vez a Julia Villanueva³⁰ subrayando que “no se trata de responsabilidad objetiva, sino de exigirles que cumplan con el deber de responder que pesa sobre todo aquel que administra lo que no es suyo. Tampoco se trata de evaluar la gestión empresarial en términos de juzgar el acierto o desacierto del administrador en materia de mérito o conveniencia de las operaciones que integraron la actividad empresarial o su riesgo, sino de exigirles el cumplimiento de las aludidas normas de orden público que integran el derecho societario. Nos referimos a las normas pensadas en protección de terceros, obligación de la que no podrían ser dispensados, naturalmente, por ninguna asamblea de socios (art. 275 LS)”, continuando luego de esta misma autora “Sobre la base de parecidas consideraciones, autorizada doctrina sostiene que, cuando la sociedad se halla en *zona de insolvencia*, los administradores deben cumplir su deber fiduciario primordialmente a favor de los acreedores, evitando trasladar sobre éstos las pérdidas o dificultades que afecten a la sociedad”³¹.

VIII – ALGUNAS APARENTES DISCREPANCIAS QUE PUEDEN GENERAR POLÉMICA.

Hemos derivado al lector a los trabajos sobre responsabilidad señalados, y lo hacemos también respecto al que aparece en el nuevo libro del Instituto Argentino de Derecho Comercial en su Setenta

²⁷ CASADIO MARTINEZ, CLAUDIO ALFREDO en LA LEY 2007-C, 560.

²⁸ MIOLA ob. y pag. cit. pág. 1310..

²⁹ RICHARD, EFRAÍN HUGO *Ensayo en torno a buena fe e insolvencia societaria*, capítulo XLIX tomo I pág. 811 en libro colectivo “Tratado de la Buena Fe en el Derecho”, Coordinador Marcos M. Córdoba, Editorial La Ley, 2 tomos, 2ª Buenos Aires 2005.

³⁰ VILLANUEVA, JULIA *Breve introducción al estudio de las acciones de responsabilidad patrimonial en la quiebra* en “Conflictos en la insolvencia” Directores Nissen-Vitolo, Edición Ad. Hoc., Bs. As. 2005 pág. 281 y ss..

³¹ VILLANUEVA ob. cit. pág. 282, con cita a nosotros *Los administradores societarios y la insolvencia* en RDCO n° 203, set. 2003, pág. 553 y ss., y también RICHARD, EFRAÍN HUGO *Responsabilidad de administrador de sociedad en concurso preventivo* en *IX Congreso Argentino de Derecho Societario y V Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa*, Tucumán 2004, t. II pág. 689 y ss..

Aniversario “La responsabilidad de los Administradores en las Sociedades y los Concursos”³², donde desarrollamos la *Acción individual de responsabilidad de acreedores contra administradores societarios* (pág. 389).

También luce en ese libro el del distinguido joven –pero calificadísimo- jurista y compañero de ruta en el Instituto Iberoamericano de Derecho Concursal Javier Armando Lorente titulado: *Responsabilidad de los administradores sociales cuando la sociedad se encuentra en `zona de insolvencia` : Beneficios, peligros derivados de estas teorías* (pág. 325).

Nuestro cordial amigo, haciendo referencia a una posición que desarrolló en el Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa, en Tucumán en el año 2004, tiene a bien reconocer nuestra actitud pionera: “Aquel primer atisbo del problema de la responsabilidad de los administradores en la “zona de insolvencia”, aunque se inspiró en previos trabajos de Efraín Hugo Richard” –citando algunos desde el año 1998³³, “fue rápidamente adoptado por el profesor cordobés que lo utilizó en ulteriores enfoques, muchos de ellos que iban más allá de lo que habíamos inicialmente propuesto y, ciertamente, mucho más allá de lo que podíamos compartir”.

La afirmación de Lorente en aquél entonces –que ratifica- fué que “La norma prevista en el art. 279 LSC debe interpretarse con mayor rigurosidad cuando la sociedad se encuentra en insolvencia, pues entonces los deberes de diligencia y lealtad de administradores sociales (art. 59 y 274 LSC) hacia los socios deben subordinarse al deber de diligencia y lealtad que los mismos administradores tienen hacia los acreedores (terceros)”. Adviértase la rigurosidad –o sea agravamiento- que aconseja Lorente en la interpretación de la norma.

Sin perjuicio de señalar coincidencias, refiere alguna discrepancia, y de ella sólo nos preocupa la afirmación de pág. 344 “Nuestro encauzamiento de la cuestión siempre ha sido algo diferente al de Richard... Creemos que desde ese modo podemos evitar los abusos a los que puede prestarse la tesis de Richard que... puede ser utilizada por acreedores recalcitrantes para iniciar demandas extorsivas contra los administradores sociales”. Luego se refiere a los “fondos buitres” en tal actitud.

Esa idea nos aterroriza, pero la descartamos de plano. Baste ver nuestros trabajos en la sistemática constructivista que formalizamos sobre la empresa³⁴.

1. A ningún acreedor recalcitrante o extorsivo, y mucho menos a un “fondo buitre” se le ocurriría intentar usar nuestras ideas, pues estaría condenado a perder el juicio.

Nos hemos ilustrado con el informado artículo de Lorente –siempre acostumbramos leer y escuchar las ideas que apoyan, acotan o contradicen nuestras posturas³⁵-, que así se construye el derecho.

No hemos encontrado contradicción con las cuestiones que aborda y las que sustentamos en orden a acciones de responsabilidad por daño directo causado a acreedores no institucionales por deudas contraídas en estado de cesación de pagos –no en zona de insolvencia³⁶- por administradores de sociedades que no cumplieron las previsiones de la legislación societaria. Baste leer las conclusiones de pág. 427 en nuestro artículo publicado en el mismo libro colectivo, donde reproducimos las posiciones sustentadas desde largo tiempo. No hay atribución de responsabilidad objetiva, sino subjetiva con todos los recaudos que la misma exige, y ni siquiera abordamos la cuestión del daño indirecto sostenido por otros autores con mucha precisión (Nissen).

³² Ed. Legis. Publicación del IADC 2009, Buenos Aires mayo 2009.

³³ Nuestros trabajos citados por Lorente en nota 2, que reitera en nota 33, revelan nuestra preocupación, que es muy anterior como veremos-

³⁴ Nto. “Insolvencia societaria” citado.

³⁵ El ilustrado artículo de Daniel Vitolo –al que Lorente hace continuas referencias- *Responsabilidad de los directores al ingresar la sociedad en la zona de insolvencia LL 2005-A, 1207*, lo hemos utilizado reiteradamente, así por ejemplo en *El PLAN DE EMPRESA (o como actuar tempestiva y extrajudicialmente asumiendo crisis de sociedades)* en libro colectivo “Homenaje al Dr. Osvaldo J. Maffia” referido Cap. II pág. 217.

³⁶ El uso de la expresión “zona de insolvencia”, que no implicaría cesación de pagos, y las normas que autorizan trámites concursales ante la crisis, o ante el pedido de quiebra, pueden haber traído alguna aparente desinteligencia, obviamente sólo formal, pues se rescatan en todos los casos las acciones de responsabilidad de acreedores cuando se contrajo la obligación estando la sociedad en cesación de pagos y no fue advertida esa situación. En orden a lo interno es la expresión en Estados Unidos de Norteamérica “red flags”.

2. Ya recibimos alborozados un primer comentario ante nuestras prédicas de más de veinte años de otros miembros y amigos los colegas Marcelo Barreiro y E. Daniel Truffat en el artículo *Responsabilidad de administradores y representantes en la ley de quiebras: el deber fiduciario de la ley de sociedades, ¿se traslada a los acreedores?*³⁷ donde expresaban ciertas coincidencias en torno a las acciones de responsabilidad de acreedores contra administradores societario, pero entendiendo que preferían la postura de Lorente, que las admitía más acotadamente.

Esa recepción la hicimos inmediatamente en el artículo *ESTA LLOVIENDO ¡SE ACABO LA SEQUÍA! (En torno la insolvencia societaria: el esfuerzo compartido entre socios y acreedores, y la responsabilidad de administradores)*³⁸, donde los tranquilizábamos y apuntábamos las coincidencias.

Esas coincidencias eran notables aun con algún matiz y así se lo hicimos saber a los distinguidos colegas. Barreiro y Truffat recordaban respecto de la posición de Lorente —que contrastaría con la nuestra (¿?), pero influida por el derecho anglosajón, sobre el que alguna jurisprudencia hemos buceado en anteriores trabajos³⁹—, señalando ellos que “sin olvidar la responsabilización que cupiera por maniobras al inicio de la crisis, en lo que hace hincapié es en la transferencia —a favor de los acreedores— del *equity* cuando la empresa entra en cesación de pagos.

Como anticipamos, bien señalan Barreiro y Truffat⁴⁰ que “lo dirimente es poner la cuestión en manos de los socios. Éstos tal vez decidan la capitalización de la empresa o admitan su fusión por absorción con otro ente más saludable”. Si bien omiten señalar la más sensata, que es la capitalización de las deudas, luego la receptan cuando enfrentan equivocadamente nuestra visión con la de Lorente: “Se verá a continuación que sobre el punto hay dos visiones: una extrema (la de Richard) quien quiere que los administradores respondan, incluso, por la socialización de pérdidas que importan las soluciones preventivas⁴¹. Otra más moderada (la de Lorente) —que es la que nos resulta más cercana— donde lo que se pretende es que el énfasis del rescate de la empresa esté en preservar a ésta y al interés de los acreedores, antes que al interés de los socios”. Más adelante y concluyendo apoyan esa posición de Lorente “Ya no se trata tanto de que alguien responda por los ‘daños’ de la insolvencia sobre el patrimonio de un acreedor concreto (aunque esta hipótesis no es descartable) sino que —frente al desangelado fenómeno de la insolvencia— las cargas del daño se repartan equitativamente; siendo intolerable que el sacrificio de los acreedores permita a los socios tener una sociedad renacida. Si hay padecer deben sufrirlo todos, pero en especial los dueños. Si hay éxito deben gozarlo todos, pero en especial los acreedores”. Total acuerdo.

3. En ilustrado y lúcido trabajo del maestro y jurista Hector Alegría titulado *Diálogo de economía y derecho y convergencias culturales y sociales en la insolvencia*⁴², en el último capítulo (X) al referirse a los administradores de las sociedades en crisis (“El rol de los administradores ante la situación de insolvencia”), tiene a bien hacer una condescendiente referencia a algunos de mis trabajos en ese aspecto: “Un autor local que está trabajando el tema (Richard) dice: cuando se presenta la cesación de pagos o la insolvencia, el administrador tiene que variar su norte y ceñirse a una administración correcta de la empresa, a los pasos legales, administrativos o económicos financieros

³⁷ BARREIRO, MARCELO G. TRUFFAT, E. DANIEL *Responsabilidad de administradores y representantes en la ley de quiebras: el deber fiduciario de la ley de sociedades, ¿se traslada a los acreedores?* en *Doctrina Societaria y Concursal*, oct. 2005, t. XVII p. 1205 y ss.

³⁸ Publicado en *Doctrina Societaria y Concursal*, Ed. Errepar, Buenos Aires diciembre 2005, n° 217, tomo XVII pág. 1532, donde expresaba “Me sentí sembrador cuando, al regreso del Primer Congreso Hispanoamericano de Derecho Concursal, realizado en Octubre del corriente año en Barranquilla Colombia, leí el trabajo de Marcelo C. Barreiro y E. Daniel Truffat, asistentes a ese Congreso, titulado, con claras referencias –concordancias y aparentes disensos- a “quien desde hace más tiempo ha venido postulando un juzgamiento y una consideración más severas de tales conductas en zona de insolvencia y durante los procesos concursales (inclusive los concursos preventivos)”. Mi agradecimiento por abrir el arcón de los recuerdos. Sensibilicé como agricultor en épocas de sequía: “¡albricias, esta lloviendo!”. Es que hace más de una década que vengo trabajando la cuestión desde diversos ángulos y era como arar en el mármol. Ni siquiera me enfrentaban... En el Congreso de Derecho Societario del 2001 en Rosario me apoyó Granados, pero de lege ferenda, aunque debo reconocer que en el Congreso de Derecho Societario del 2004 de Tucumán cuando expuse con más énfasis la posición, en primera fila vi los cabeceos afirmativos de Barreiro, Lorente y Truffat, al lado de los de Alberti, Farina, Otaegui y Veiga, todos como alentándome”.

³⁹ Entre otros, en *Los administradores societarios y la insolvencia*, cit., ps. 570/571.

⁴⁰ BARREIRO, Marcelo G. - TRUFFAT, E. Daniel *Responsabilidad de administradores...*, cit.

⁴¹ En realidad es por los daños causados acreedores nacidos con posterioridad a la cesación de pagos, que cristalizan al homologarse una propuesta predatoria de quita y espera.

⁴² Diario La Ley del 9 de mayo de 2007 pág. 1 a 10.

para la solución de la crisis, y si no lo hace responde ante los acreedores. No sólo a los accionistas que lo han nombrado sino también y fundamentalmente ante los acreedores” –que sin ser laxamente textual representa nuestra posición ante el evidente apartamiento de esas conductas que resulta del informe de los síndicos en concursos preventivos –que señalan cesaciones de pago de larga data sin que se adopte ninguna previsión antes de convocar a los socios a ratificar la presentación en concurso; o que resulta de los libros societarios si es que no se han incendiado o sustraído por terceros-. Sigue el distinguido jurista más adelante “La exposición completa de estos temas ha dado lugar a importantes aportes doctrinales, muestra lugares comunes que se entrecruzan. En efecto, ante una crisis el administrador debe tomar decisiones, a veces imaginativas y otras desafiantes. Si ese administrador está sujeto a rigores extremos, algunos juzgados sólo ex post o sobre presupuestos meramente formales, es altamente factible que limite su accionar, con perjuicio de la empresa y de su recupero. También esa rigurosidad puede incidir en la selección de nuevos administradores de una empresa en crisis, pues cabe que se restrinja o desaparezca la posibilidad de incorporar personas capaces, o bien que quienes acepten circunscriban su actividad y no sean eficaces para la solución”.

La realidad muestra otra situación. Situaciones muchas veces linderas a lo delictual son advertibles en concursos y quiebras, cuando no en acuerdos extrajudiciales, al operar en cesación de pagos sin poner la cuestión en manos de los socios, asumiendo las soluciones que prevé la ley de sociedades, afectando la continuidad de la propia empresa –como señala Alegría en el Capítulo VII punto 2.1- o a terceros con quienes contrata a sabiendas de la imposibilidad de cumplimiento normal.

Rescata Héctor Alegría la visión desde la escuela comercialista de Córdoba, de Cámara y Quintana, a la que hemos tratado de adherir desde una visión particular de la empresa y, obviamente, de su conservación como manifestación concreta de los intereses convergentes que sabiamente expone nuestro distinguido amigo, que se patentizan específicamente cuando se produce la crisis, refiriéndose a los “intereses diversamente vinculados” a través de la conservación de la empresa: los trabajadores, los proveedores, los clientes, la comunidad nacional, el mercado en su conjunto y el estado: “Los intereses mencionados gradúan, en mayor o menor medida, según el caso el giro y el contenido de las modernas legislaciones concursales”.

El mismo Alegría expresaba⁴³ “El concurso preventivo se demora, porque nuestros medios comerciales y financieros conceden crédito, muchas a veces a ciegas, mientras el deudor sigue aparentando una posición dinámica y solvente, aunque en realidad resulte después que era solamente un espejismo”.

Coherente con ello siempre hemos sostenido que es más seguro otorgar crédito a una sociedad que asume la crisis, extrajudicial o judicialmente –como preveían los arts. 125-1 y 125-2 de la ley 19551 –conforme la reforma introducida en el año 1983-, en cuya redacción tuvo protagonismo decisivo el pensamiento de este gran jurista argentino. En ese artículo recaló en el análisis de la magnitud de la crisis que habilita la aplicación de la legislación concursal. Recordamos la modificación que con esos acuerdos preconcursales, que imponían la necesidad de contar con una cierta planificación expuesta para asegurar la eficacia de los actos mientras no mediara irrazonabilidad. Esas normas motivaron nuestras primeras reflexiones sobre la necesidad de un plan de explotación o “plan de empresa”.

Basados en ello iniciamos nuestra cruzada de sostener que los administradores societarios debían afrontar la crisis tempestivamente, particularmente poniendo la cuestión en manos de los socios, siendo generar de responsabilidad la contratación con terceros en estado de cesación de pagos, y que la cuestión debía ser analizada por lo menos primariamente en la Memoria..

4. Ello es similar a reparos que nos formalizan los Dassos en nuestras fraternales discusiones en giras por congresos internacionales, al mismo tiempo que nos alientan a proseguir nuestro análisis sistémico, separándonos de discusiones sobre aspectos formales, meramente doctrinarios o procedimentales. Las mismas no son diferentes a las que motivaron las primeras reflexiones de Barreiro y Truffat

⁴³ en *Estructura y principios de la reforma concursal* p. 59 (“Algunas cuestiones de derecho concursal” Bs. As. Abaco 1975).

De ninguna forma pretendemos que el administrador asuma el riesgo del mercado o del error en la planificación, sino que tome conciencia que de una actitud omisiva o desleal puede resultar responsabilidad, lo que no acaecerá si hubiere errores –que no sean irrazonables- en el plan para enfrentar la crisis.

En ese entonces, como tranquilizamos oportunamente a Barreiro y Truffat, acordamos aspectos con Alegría. Jamás deben preocuparse los administradores que actúan con lealtad y la diligencia de un buen hombre de negocios, ni aún ante la cesación de pagos o insolvencia de la sociedad, menos frente a una mera crisis económica o financiera. No se espera de ellos que tengan necesariamente que superar ese estado patrimonial o financiero, sino meramente que lo afronten, en primer lugar frente a los socios –legislación societaria- y agotada ella –incluso la negociación privada con los acreedores- la concursal que, a través de la concursalidad intenta la unificación de acciones de intereses –como también refleja Alegría con su extraordinaria versación, integral visión de jurista comprometido.

Lo importante es bucear en el sistema jurídico, sin dogmatismo, tratando que el mismo satisfaga las necesidades generales de la convivencia, y en el caso del concursal de eliminar el antivalue que permite su aplicación: el estado de cesación de pagos o la crisis si –como pensamos- se debe actuar anticipatoriamente para evitar daños irreparables a la empresa y su contagio al mercado.

5. Ahora hacemos lo mismo. Tranquilizamos a Lorente. Debe descartarse toda posibilidad que desde la posición que sustentamos, acreedores desaprensivos intenten promover acciones de responsabilidad o siquiera molestar a administradores diligentes. Reiteramos, justamente con nuestra propia argumentación se rechazara la pretensión.

Si discrepamos en una de sus conclusiones, pero no queremos adelantarnos, lo dejamos para el final.

Nos preocupaba y nos preocupa, cierto mensaje que se irradiaba desde la práctica en torno a que los administradores podían operar con una sociedad en crisis –en cesación de pagos, no en zona de insolvencia- durante años sin riesgo alguno, imponiendo luego un acuerdo predatorio de quita y espera, empobreciendo a los acreedores y enriqueciendo a los socios.

Suponemos –y suponíamos- a administradores actuando en “zona roja de insolvencia” –o sea en cesación de pagos-, no en la zona gris –antes de la cesación de pagos- que tan bien describe Lorente con su locución “zona de insolvencia”. Administradores que contrataban dolosamente con terceros de buena fe –incluso no financistas profesionales-, contrariando el principio del art. 931 C.C. a sabiendas que no le cumplirían el contrato o el pago.

Parecía no existir una visión sistémica general, ni de societaristas ni de concursualistas. Y éstos recién se interesaron en el problema cuando las leyes societarias o concursales –y una incipiente jurisprudencia- imponen conductas a los administradores societarios que no asumen la crisis ni ponen la cuestión en manos de los socios presentándose tempestivamente en concurso si éstos no dieran las soluciones previstas en la ley societaria, bajo sanciones de responsabilidad, lo que Yadarola apuntaba desde hace años.

Ello debería asegurarse a través del sistema normativo, permitiendo pensar –ante la declinación del sistema concursal argentino- en hacerlo a través del régimen societario como explicamos, para que el recurso técnico organizativo de la sociedad cumpla como estructura su rol funcional, y receptor la tendencia de las soluciones privadas extrajudiciales, con la necesaria revisión del sistema de la legislación de fondo en forma previa a las del derecho concursal, como señala Dasso⁴⁴.

Lo que hay que dejar en claro es que toda quita (y también la espera, que es una forma de quita) implican un empobrecimiento de los acreedores a quienes se les impone y un correlativo

⁴⁴ DASSO, Ariel Angel “Tendencias actuales del derecho concursal” Ed. Ad Hoc, Buenos Aires 1999, págs. 46 y 47, con citas de Karsten Schmidt y Ragusa Maggiore, apuntando : “...en muchos casos la doctrina puso el acento en advertir que las dificultades provenían no ya del régimen específico, sino del ordenamiento común, focalizando los males en: a. la gran cantidad de garantías reales y mobiliarias sin desplazamientos y, b) la infracapitalización de las sociedades con responsabilidad limitada, c) la inexistencia de tipificación penal de las conductas de los sujetos del concurso. Este diagnóstico culmina con la exigencia de remediar primero las carencias del ordenamiento común o Derecho material”. Sin duda se corresponde con nuestra visión de bucear en el derecho societario y en el derecho civil sobre las medidas que deben adoptar los administradores y titulares de participaciones de personas jurídicas, y en las responsabilidades de los mismos.

enriquecimiento de los socios de la sociedad. La reestructuración patrimonial es inmediata y evidente al homologarse un acuerdo de quita y espera.

Lamentablemente no existe estadística ni referencias de las sociedades –ni de sus correctos administradores- que asumen la crisis dentro de las normas específicas que regulan esas organizaciones. Superándola, inclusive con abiertos aumentos de capital o liquidando ordenadamente y con el menor daño a la sociedad, a los socios, a los acreedores y al mercado. Es en los juicios concursales –preventivos o liquidativos- donde se advierten las conductas extrañas: nunca haber intentado remedios societarios, muchos años operando en cesación de pagos, todo ello certificado objetivamente en el informe general del síndico.

En “INSOLVENCIA SOCIETARIA”⁴⁵ señalábamos (Pág. 103 y ss.) “Lo significativo es que, con esa actuación tardía, en la vida interna de la sociedad al no adoptar ninguna de las medidas que prevé la legislación societaria, y presentarse tardíamente en concurso sin haber puesto previamente la cuestión en manos de los socios, han afectado profundamente a la empresa, para cuya conservación aparece como necesaria y justifica las resoluciones judiciales de homologación de quitas y esperas totalmente ajenas a las conductas de los mercados nacionales e internacionales. En definitiva, la actitud de los administradores —a los que a veces se suman los socios controlantes— ha afectado el normal desenvolvimiento de la empresa. - Sin embargo, la sociedad, aun en el marco de esa “cesación de pagos”, ha continuado su funcionamiento, en la mayoría de los casos disimulando con mayores o menores esfuerzos ese hecho. Y en ese marco es probable que la sociedad continúe asumiendo créditos, es decir contrayendo deudas (obligaciones de hacer, de no hacer o de dar), manteniendo o inclusive aumentando honorarios a directores, gerentes y/o asesores (que generalmente son los socios mayoritarios mismos). - O sea que contratan en insolvencia, a sabiendas o al menos representándose la posibilidad cierta del perjuicio que se les causaría a terceros, generando una afectación de la credibilidad de la empresa y de sus posibilidades, configurándose una actuación dolosa, por lo menos desde el punto de vista civil (arts. 931 y concs., CCiv.). ... Un perfecto plan de insolvencia ha sido puesto en marcha, quizás hasta en el marco de una silenciosa complicidad de los directores o gerentes, y síndico si lo hubiera. Y a ese plan se habrá de ejecutar por actos de comisión, y de omisión preferentemente. Por supuesto que los desarrollos empresarios siempre llevan un riesgo, pero ese plan ha sido realizado cuando los responsables del gobierno de la empresa no podían dejar de saber que ese riesgo por el que transitaban encontrándose en “cesación de pagos”, ya se enmarca en un riesgo jurídicamente desaprobado, transfiriéndolo a terceros al contratar con ellos a sabiendas que no podrán cumplir su compromiso (deslealtad), prevista por el Código Civil como dolo civil.

Ante la crisis el administrador societario debe planificar –y han coincidencia en ello con Lorente- intentando evitar que la sociedad caiga en cesación de pagos, poniendo la cuestión en manos de los socios. Difícilmente se le pueda cuestionar las medidas que adopte y que luego le lleven al estado de cesación de pagos. Es aquí donde no dubitamos que de seguir operando como si nada, sin convocar a los socios, contratando a sabiendas de que las obligaciones no podrán ser cumplidas, podrá asumir responsabilidad. Tampoco lo duda Lorente.

6. La pequeña –o gran- discrepancia se apunta en que aún de percibirse la cesación de pagos, no hemos aconsejado, ni aconsejaríamos, que los administradores de inmediato presenten a la sociedad en concurso. Claro que hemos sostenido que la falta de plazo no implica que no exista un tiempo prudente para la presentación, so pena de responsabilidad. Lo que sí no pueden dejar de hacer los administradores es poner la cuestión en conocimiento de los socios, supuestamente con propuestas superadoras.

Apunta Lidia Vaiser⁴⁶ –de quién siempre tomamos importantes ideas- que “Las causas del fracaso del concurso, en general, no se deben únicamente a los errores de política legislativa. La doctrina española señala, por ejemplo y como determinante, la ausencia de una cultura concursal,

⁴⁵ Buenos Aires 2007, Ed. Lexis Nexis, que ya citamos.

⁴⁶ La Vicepresidente del Instituto Iberoamericano de Derecho Concursal –en el cual militamos con Lorente-, se expresa así en *La crisis internaional y el derecho concursal* en *Doctrina Societaria y Concursal*, Ed. Errepar, Buenos Aires n° 259, junio 2009, tomo XXI, pág. 637.

motivada por múltiples aspectos, el demérito social, la resistencia de los empresarios para asumir las crisis, o los excesivos costos”. Con lo cual hemos coincidido.

Pero el camino que hemos señalado a esos administradores no es el del concurso temprano, sino el poner la cuestión en manos de los socios conforme la legislación societaria, tema en el que han acordado todos. “Lo dirimente es poner la cuestión en manos de los socios. Estos tal vez decidan la capitalización de la empresa o admitan su fusión por absorción con otro ente más saludable”⁴⁷.

La ley societaria brinda remedios de bajo coste de transacción que permiten, y de hecho lo hemos comprobado en la realidad negocial, salir airosamente de la crisis. Los concursos tienen un altísimo coste de transacción, demoras, entorpecimientos para la justicia, angustias para muchos.

Por eso, en estas líneas llevamos tranquilidad a Lorente –y ajustamos cualquier duda sobre nuestra posición-, y también a los administradores societarios que en el correcto manejo de esa extraordinaria técnica de organización nunca asumirán responsabilidad si afrontan oportunamente la crisis conforme la legislación societaria, ponen la cuestión a la decisión de los socios con algún plan de trabajo y, ante factores que impidan las soluciones previstas en la legislación específica, recién opten por los mayores costes de la presentación concursal tempestiva. O sea que la herramienta a usar sería la única disidencia –quizá superable- con Lorente: no vale la pena presentarse en concurso sin antes haber agotado la vía societaria. Es más, no usar esta puede ser percibida –en ciertos casos- como un aprovechamiento de la herramienta concursal para obtener un acuerdo abusivo o en fraude a la ley. Pero esta es otra cuestión⁴⁸.

De todos modos, nuestro agradecimiento al distinguido amigo y jurista Javier Armando Lorente –no sólo por el reconocimiento a Vitolo y nosotros-, sino porque con su ilustración e información fecunda el campo, no con disidencias sino con la razonabilidad y las congruencias, fertilizando la siembra que es alejar el fenómeno de la insolvencia, como el virus de la gripe A. Virus que contamina el mercado, imponiendo la idea de la planificación ante la mera crisis –con sus riesgos, más no de responsabilidades-, permitiendo avizorar buenas cosechas a través del funcionamiento eficiente de las previsiones societarias para mantener esa extraordinaria técnica de la organización empresaria.

Claro que la jurisprudencia americana sobre la que alerta Lorente las diferenciaciones, no es ajena a ambigüedades⁴⁹. También es necesario señalar que en acciones promovidas por accionistas en lo que el distinguido amigo llama la “zona de insolvencia” o sea la “red flags”, debe apuntarse que la restrictiva jurisprudencia de los tribunales de Delaware aceptan la responsabilidad cuando no existe buena fe, o sea dolo –ni siquiera culpa grave- por violación del deber de lealtad (*duty of loyalty*) y no meramente violación de la diligencia –activa u omisiva- (*duty of care*). No es el supuesto de acreedores vinculados en tiempos de cesación de pagos.

Se verá que la cuestión es bien distinta a la que perfila nuestro art. 59 LSA⁵⁰, o sea a los factores de atribución de culpa y dolo. La jurisprudencia de Delaware rechaza las acciones contra los administradores si no se acreditan circunstancias indicativas de la mala fe, considerada necesaria para hacer valer la responsabilidad de los directores en relación a sus deberes de control⁵¹.

⁴⁷ Reiteramos la cita: BARREIRO, Marcelo G. – TRUFFAT, E. Daniel *Responsabilidad de administradores y representantes en la ley de quiebras: el deber fiduciario de la ley de sociedades, ¿se traslada a los acreedores?* en *Doctrina Societaria y Concursal*, octubre 2005, citado.

⁴⁸ RICHARD, Efraín Hugo *Acuerdos preventivos abusivos o en fraude a la ley*, comunicación al Segundo Congreso Internacional de Derecho Comercial y de los Negocios, U.B.A. Buenos Aires julio de 2009 en www.acaderc.org.ar.

⁴⁹ ANDRELLI, G. *Doveri di controllo degli amministratori e crisi finanziaria: una decisione della Chancery Court del Delaware* en *Rivista delle Società*, anno 54º, 2009, marzo-giugno pág. 579.

⁵⁰ RICHARD, EFRAÍN HUGO Y MUIÑO, ORLANDO MANUEL *Derecho Societario*, Ed. Astrea, Buenos Aires 1999, pág. 229 y concordantes. RICHARD, EFRAÍN HUGO; RODRÍGUEZ, PABLO JAVIER Y VÉLEZ, HÉCTOR G. “Responsabilidad de administradores societarios y socios en supuestos de insolvencia en la concepción del Anteproyecto de Reformas a la ley de sociedades”, pág. 407, en Libro colectivo *Nuevas Perspectivas en el Derecho Societario y el Anteproyecto de Reforma a la Ley de Sociedades Comerciales*, coordinado por Daniel R. Vitolo y Marta G. Pardini, Editorial Ad Hoc, Buenos Aires abril 2005, también RICHARD, EFRAÍN HUGO “Responsabilidad de Administradores y Socios por no asumir tempestivamente la crisis” en *Problemas y cuestiones sobre las sociedades*, libro colectivo dirigido por Daniel R. Vitolo y Marta Pardini, Editorial Ad Hoc, Buenos Aires 2006, pág. 345, publicación de las XIII JORNADAS DE INSTITUTO DE DERECHO COMERCIAL DE LA REPUBLICA ARGENTINA Bahía Blanca, Pcia. de Buenos Aires, 26 y 27 de Octubre de 2006.

⁵¹ Citigroup Inc. *Shareholder Derivative Litigation*, 964, A ed 206 (Del. Ch. 2009). Si los administradores han organizado un adecuado sistema de control interno.

Se entiende que en ausencia de un conflicto de intereses, una insuficiencia del control puede ser censurado sólo si se demuestra que los administradores estaban al corriente de las dificultades que atravesaba la sociedad, apuntando al elemento subjetivo del conocimiento de las dificultades, sosteniendo esa jurisprudencia que la falta de vigilancia e inadecuada formulación del control no es sancionable, incluso aunque sea gravemente culposo, a menos que sea el fruto de una voluntaria sustracción de los administradores a su propia responsabilidad. No basta la mera presencia de señales premonitarias para considerar implícita la demostración de la mala fe de los administradores⁵². Claro está que esa jurisprudencia se refiere a una megasociedad, donde existía en el Estatuto una cláusula preventiva de renuncia a la acción de responsabilidad (conforme la Section 102(b) DGCL, protegiendo a los administradores del *duty of care*, más no del *duty of loyalty*, como hemos expresado.

Ya decía Truffat acertadamente⁵³ “... la asunción acrítica del modelo americano incurrió en la increíble contradicción de importar la flexibilidad y libertad negocial americana, pero dejando en el camino a la clave de bóveda del sistema: el poderoso juez de bancarrotas con que cuenta tal sistema, y que es el supremo garante del *fair play*”.

IX – APRECIACIONES FINALES.

De los propios términos de la presentación en concurso -aunque no fuere tardía-, del informe general del síndico o de otros elementos puede determinarse el incumplimiento de los deberes societarios del administrador y autorizar la promoción de acciones de responsabilidad individual por parte de ciertos acreedores, particularmente aquellos no informados con los que contrataron estando la sociedad en cesación de pagos. Este informe general en el concurso facilita la prueba de los extremos que podrán invocar esos acreedores, que -en otros casos- es bastante dificultosa⁵⁴.

El derecho de los acreedores también se perfila cuando el acuerdo es incumplido y ello resulta de la falta de un plan de reordenamiento o de la falacia o irrazonabilidad de ese plan que justificó el voto favorable de los acreedores.

La ley societaria contiene soluciones para afrontar la crisis en forma privada y extrajudicialmente, atendiendo las posiciones doctrinarias más modernas, considerando a su vez los menores costes de transacción y reglas de equidad básicas en la asunción de las crisis societarias, de base subjetiva.

Los acreedores débiles nacidos con posterioridad a la fecha en que la sociedad continuó operando en cesación de pagos, legitimados por la contratación dolosa de los administradores, podrán iniciar una acción individual de responsabilidad contra los mismos, en los términos previstos por la ley societaria.

Las acciones de responsabilidad, como la de imputabilidad aditiva (muchas veces denominada como de inoponibilidad de la personalidad jurídica⁵⁵), no requieren --como las acciones revocatorias concursales o de extensión de la quiebra- de un presupuesto de cesación de pagos o de declaración de quiebra para ampliar la legitimación o autorizar la promoción de acciones especiales.

Ha existido una ola de APES donde las sociedades concursadas buscaron –y lograron forzar la aplicación del art. 45 bis de la LCQ (trámite concursal) y sustancialmente obtener los beneficios de un APE (trámite extrajudicial) contrariando la petición prevista en el art. 74 LCQ, parecería con un plan trazado entre accionistas y administradores para que los problemas financieros de la sociedad fueran soportados exclusiva y excluyentemente por los bonistas, generando un enriquecimiento para los accionistas⁵⁶, confesado en sus balances inmediatos a la homologación de esos acuerdos predatorios.

⁵² ANDRELLI, G. *Doveri di controllo degli amministratori e crisi finanziaria: una decisione della Chancery Court del Delaware* citado.

⁵³ TRUFFAT, E. Daniel **LA ABUSIVIDAD DE LA PROPUESTA Y LA MORALIZACIÓN DE LOS CONCURSOS EN LO ATINENTE –PRECISAMENTE- A LA OFERTA DEL DEUDOR**, citado..

⁵⁴ Entienden los autores norteamericanos sobre la incerteza sobre la responsabilidad de administradores y confirmando las obligaciones de alegar y probar a cargo de los actores que hacen extremadamente gravosas estas acciones. RIBSTEIN L. *Another perspective on Citigroup and AIG* en “blogs.law.harvard.edu”.

⁵⁵ *Inoponibilidad de la personalidad jurídica: imputabilidad y responsabilidad* en Revista de Derecho Privado y Comunitario, Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe 2009, n° 2008 – 3 pág. 191 a 246.

⁵⁶ “Gli scandali statunitensi, europei e italiani conformano che “l’epicentro dei terremoti finanziari é pur sempre situato nel vertice della direzione suprema dell’impresa e cioè nelle scelte o azardate o contrarie alle regole di corretta amministrazione e elusive si norme primarie e secondarie o contrarie a diritto o dolosamente truffaldine –in un crescendo di “illegittimità” che può variare da caso a caso – poste in essere direttamente (sempre) dagli executive directors e con il concorso, attivo u omissivo, (quasi sempre) si non executive

Así concretamos como tesis que los acreedores sociales que acrediten: (a) haber sufrido daño (b) por el accionar de administradores de sociedades (c) asumiendo esas obligaciones en estado de cesación de pagos, (d) pueden promoverles acciones individuales de responsabilidad.

Obviamente que esas acciones están vinculadas al derecho de daños y a la clásica teoría general de la responsabilidad que comporta, para una obligación de medios⁵⁷. Si la actuación torpe de los administradores genera perjuicio a terceros, éstos pueden promover una acción individual de responsabilidad civil –societaria-, bajo los mismos presupuestos clásicos de la responsabilidad subjetiva, exigiéndose además de la infracción a la norma la concurrencia de la culpa, el daño y la relación de causalidad.

directors, di indipendent directos e degli organi societaria di controllo esterni al conseguio d'amministrazione (ove previsti dall'ordinamento" P. MONTALENTI, P. *La responsabilità degli amministratori nell'impresa globalizzata*, in AA.VV "Mercati Finanziari e Sistema del controlli", Milano 2005, 121.

⁵⁷ ARAYA, MIGUEL C. *Responsabilidad de los administradores de la Sociedad Anónima* en DERECHOS PATRIMONIALES Estudios en homenaje al Profesor emérito Dr. Efraín Hugo Richard, Editorial Ad Hoc, Buenos Aires 2001, bajo la dirección de Laura Filippi y María Laura Juárez, página 639 tomo II, especialmente pág. 647.