

DESJUDICIALIZACIÓN DE LOS CONCURSOS: UN “OBITER DICTUM” DE LA CORTE

Efraín Hugo RICHARD¹

Publicado en Zeus Córdoba n° 376, año VIII, 23 de febrero de 2010, tomo 16, pág. 85/90.

En reciente fallo del 20 de octubre de 2009 la Suprema Corte de Justicia acogió planteos de arbitrariedad contra la sentencia homologatoria en el concurso de “Sociedad Comercial del Plata S.A. y otros s/ concurso preventivo”, basado en la afectación del debido proceso y del derecho de propiedad, ordenando que vuelvan los autos al tribunal de origen a fin de que se dicte nuevo pronunciamiento con arreglo a lo resuelto.

Al margen de la incógnita de cómo proseguirá este proceso, el fallo de la Corte apunta a aventar la falta de transparencia en que suelen transcurrir los procesos de aprobación de la propuesta de acuerdo –normalmente no integrada y por tanto improponible²- para la obtención de las mayorías necesarias para aprobar acuerdos que hemos calificado como predatorios y confiscatorios³, pues se alejan del esfuerzo compartido.

1. El fallo –a través del voto de la mayoría- resulta, en torno a la propuesta de acuerdo abusiva, una concordancia con el precedente “Arcángel Maggio S.A.”⁴.

No ingresaremos en esta oportunidad en los aspectos centrales del fallo en torno a la arbitrariedad, la obstaculización del voto, la afectación del derecho al debido proceso, lo predatorio de la propuesta y la afectación del derecho de propiedad o a la sustracción de uno de los principales activos a través de no ejercer una suscripción preferente sobre una controlada, que resultan claramente expresados en el voto mayoritario y en la ampliación de la Dra. Highton, que podemos resumir en la transcripción de dos líneas: se afectaba “al debido proceso y al ejercicio abusivo del derecho con grave afectación de la propiedad”⁵.

2. Centramos nuestra atención en un “obiter dictum” expresado contundentemente en un párrafo del voto mayoritario. Nos parece realmente iluminada la afirmación: “El proceso concursal, como última ratio preventiva que procura remediar el estado de cesación de pagos, atendiendo coetáneamente la protección de la empresa y la satisfacción del derecho de los acreedores”.

¹ Pueden verse nuestros trabajos sobre aspectos de la insolvencia societaria en la página electrónica de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba www.acaderc.org.ar

² Nto. “Integración de la propuesta de acuerdo en concurso societario (en torno a reciente fallo señorero)” en Jurisprudencia anotada de RDCO n° 234, Enero Febrero 2009, Ed. Abeledo Perrot, pag. 79.

³ Nto. “LAS LIQUIDACIONES SOCIETARIA, LA CONCURSAL Y EL ARGUMENTO DEL RESULTADO DE ESTA ÚLTIMA PARA HOMOLOGAR UNA PROPUESTA ABUSIVA”, en Zeus Córdoba, n° 353, Año VIII, 18 de agosto de 2009, tomo 15 pág. 169, Doctrina, y en Editorial Zeus, 10 de agosto de 2009, año XXXVI, Revista n° 15, tomo 110, pág. 785. Doctrina.

⁴ Lo que se apuntan Gabriela Boquin y Ricardo Augusto Nissen en *UN EJEMPLAR FALLO EN MATERIA DE TRANSPARENCIA DE LOS PROCESOS CONCURSALES*, en “El Cronista Comercial” del 21 de octubre de 2009.

⁵ Como parangón de los comentarios a la Res. 125/2008 que impuso retenciones a la exportación de soja, sosteniéndose como límite de lo no confiscatorio el tercio, pese a ser una cuestión de derecho público, no advertimos la razón por la que no se aplica la misma jurisprudencia citada a impedir la confiscación de los créditos de los acreedores que no votaron, que lo hicieron negativamente o que no pudieron votar por el trámite a que estaban sometidos. Sobre el punto puede verse en los libros del “VI Congreso Nacional de Derecho Concursal y IV Congreso Iberoamericano de la Insolvencia”, Santa Fe 2006, Tema: CONCURSOS CON PROPUESTAS ÍRRITAS: *VISION BÁSICA CONSTITUCIONAL DE PROPUESTA ÍRRITA DE QUITA Y ESPERA* que presentamos con el Profesor Dr. José Luis PALAZZO, Tomo I pág. 715, bajo el Sub tema: Constitucionalidad de la propuesta

El calificar al concurso como “última ratio preventiva que procura remediar el estado de cesación de pagos”, reconoce directamente que existen otros remedios para afrontar la crisis en forma preventiva.

Sin duda la posibilidad de las soluciones negociadas extrajudicialmente.

Pero atiende, a nuestro entender, fundamentalmente a los recursos societarios para afrontar la crisis que registra imperativamente la ley societaria específica. Así lo venimos sosteniendo desde hace muchos años, por lo que el concurso aparece –cuando no se ha intentando previamente aquél- como abusivo⁶, y enrarecido por la posibilidad de un negocio como señala un calificado autor⁷. No debe olvidarse que una quita implica un empobrecimiento de los acreedores –como señala la Corte- y un enriquecimiento para el patrimonio social, y por ende de los accionistas– particularmente los de control-.

El derecho societario contiene un verdadero sistema preconcursal y resulta paradójico que en los concursos de sociedades –en los que el informe general del síndico suele dar cuenta que llevan varios años operando en cesación de pagos, no se advierta que los administradores han gestado un plan para afrontar la crisis y sometido a los socios para eliminar causales de disolución –pérdida del capital social y/o imposibilidad sobreviniente de cumplimiento del objeto social-⁸.

Afrontar las causales de disolución, importan una verdadera preconcursalidad privada, prevista en la legislación societaria.

3. Ante la afirmación de la Corte, el centro de la cuestión sería la omisión de la “preconcursalidad societaria”, o sea el uso de las técnicas concursales o preconcursales sin intentar las previsiones que marca el derecho específico de la organización societaria, a fin de beneficiarse con quitas y esperas impuestas por las mayorías logradas –con diversas “técnicas” como la relatada en el voto de la mayoría-.

Rescatando la cuestión y transfiriendo decididamente el sistema de preconcursalidad a la legislación societaria, se ha sostenido que “Después de todo lo que se ha indicado, parece razonable pensar que la quiebra de una sociedad anónima –o limitada o comanditaria por acciones- debería convertirse en una institución residual, ya que el sistema preconcursal

⁶ Nto. “Insolvencia societaria”, Ed. Lexis Nexis, Buenos Aires 2007, y nuestra comunicación al V Congreso Iberoamericano de Derecho Concursal, Montepulciano Italia septiembre 2009: *LA CRISIS DE LA ORGANIZACIÓN SOCIETARIA* y los precedentes allí indicados, que puede verse en la referida página electrónica.

⁷ TRUFFAT, E. Daniel *EL DERECHO CONCURSAL EN LOS TIEMPOS DE LA “GRAN CONTRACCIÓN* (en comunicación al Congreso citado en la nota anterior), apuntando: “Hace años que con la colaboración de queridos amigos, venimos señalando que –al menos en el derecho argentino “soplan nuevos vientos”. Y, de modo muy notable, ello ocurre en el ámbito societario y concursal ... Este escenario novedoso ... nos impone: *pensar el derecho*. Pensar en clave colectiva en pos de articular soluciones...La “concuralidad” en tanto técnica jurídica es, básicamente, una regla de reparto de pérdidas frente al fenómeno insidioso de la *cesación de pagos*. Su norte es evitar la propagación de tal fenómeno –dado que la imposibilidad de cumplimiento de un sujeto cualesquiera, bien puede desencadenar *en catarata* otras imposibilidades y así al infinito ...Librado a las solas fuerzas del mercado, la impotencia patrimonial de un cierto sujeto irrogaría, una guerra de todos contra todos, la eventual satisfacción del mas fuerte, la absoluta falta de atención de los derechos de los mas débiles y la directa desaparición del baldado....Pero además, y el tema toma otro cariz en vía preventiva, cuando se está frente a un sujeto recuperable..., cuando está en juego la preservación de fuentes de trabajo.... Este (o sus propietarios) no podrán, o –al menos- no deberán, “hacer negocio” de tal contribución colectiva, pero sí recibirán de tal esfuerzo común la provisión de condiciones mínimas para superar el mal momento (o, al menos, lo recibirá la empresa, si la solución consistiera entre otras medidas en el cambio de titulares). Un concurso rehabilitatorio que no contemple un “sacrificio compartido” sería un abuso”.

⁸ “*EL PLAN DE EMPRESA (o como asumir crisis tempestiva y extrajudicialmente)*” en libro colectivo “Homenaje al Dr. Osvaldo J. Maffía” 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.

previsto legalmente debería ser suficiente para impedir que la sociedad llegase a ser insolvente..”⁹.

4. La meditación que fluye es que -ante la afirmación de la Corte-, la sociedad que se concursara sin intentar los remedios societarios de bajo coste -asegurando la continuidad de la empresa y del empleo, aunque pueden comprometer parcialmente la titularidad de las participaciones sociales-, si intentara la homologación de un acuerdo de quita y espera se debería encontrar con una tacha inicial, metódica, de abusividad.

Es que como bien señala Dasso en su reciente ilustradísimo libro¹⁰ “el sistema jurídico más completo y lógico no es perfectamente inteligible hasta que se estudia en relación con otros sistemas legales... la persecución de la eficiencia se ha centrado en el resguardo de la empresa, motor de la economía capitalista instaurada en el mundo, y el nuevo objetivo, focalizado en el diagnóstico temprano de sus dificultades en forma de intervenir antes que la crisis sea patología irreversible ... La Ley Francesa del 23/07/67 introdujo una novedad digna de ser comentada: la separación entre el hombre y la empresa... de que se trata de un derecho de las empresas en dificultades, bastante diverso del derecho concursal clásico... (en el) convencimiento de que la función social de la empresa reside en un difícil equilibrio entre lo público y lo privado o, mejor dicho, entre lo social y lo privado”.

La afirmación de la Corte impondrá nuevos análisis en torno a la preconcursalidad prevista en el derecho societario, con normas sobre reorganización, capitalización, funcionalidad y liquidación, evitando afectar al mercado y a terceros. La actuación de administradores y socios de control a tenor de las normas societarias les pone a resguardo de cualquier intento de hacerlos responsables, lo que no acaece en el caso de no usar la vía preconcursal y recurrir en forma abusiva a la vía concursal.

Ojalá que el “obiter dictum” de la Corte imponga repensar en torno a las cuestiones de crisis que afectan no sólo las relaciones de derecho privado sino también las públicas. Baste leer las declaraciones del G 20 del 2 de abril de 2009 para avizorar la gravedad del problema, centrado hoy en la conservación del empleo.

5. No existe dudas de la corriente mundial en materia de crisis empresaria, concordando con Dasso en lo referido que “... la persecución de la eficiencia se ha centrado en el resguardo de la empresa, motor de la economía capitalista instaurada en el mundo, y el nuevo objetivo, focalizado en el diagnóstico temprano de sus dificultades en forma de intervenir antes que la crisis sea patología irreversible”, desjudicializando los procedimientos e imponiendo una planificación o reestructuración, separando incluso al empresario (socios y administradores) de la empresa viable de ser necesario.

En todos los sistemas la organización de la empresa lo es fundamentalmente a través del uso de la técnica societaria.

Una reforma al sistema concursal –que sin duda ronda en el Congreso de la Nación¹¹- que no tuviera en claro esa situación –sin perjuicio de separar procedimientos especiales para consumidores u otras peculiaridades- implicaría una construcción sin cimientos, destinada a derrumbarse. Esa construcción debe comenzar con una integración de las normas societarias-concursales.

⁹ BELTRAN SANCHEZ, Emilio La responsabilidad por las deudas sociales de administradores de sociedades anónimas y limitadas concursadas en causa de disolución, en BOLAS ALFONSO, Juan (dir.) “La responsabilidad de los administradores de sociedades de capital”, Consejo General del Poder Judicial, Consejo General del Notariado, Madrid, 2000, p. 133, especialmente a pág. 154 parágrafo “5. Responsabilidad de los administradores por las deudas sociales e insolvencia de la sociedad”.

¹⁰ DASSO, Ariel A. “Derecho Concursal Comparado”, tomo 1, Ed. Legis, Buenos Aires 2009, 804 páginas.

¹¹ Jornadas sobre la Reforma Concursal del 27 de noviembre de 2009, organizadas por el Senado de la Nación, a las que fuéramos convocados con otros distinguidos amigos y juristas..

Es que –como señalámos precedentemente- las soluciones preventivas, tempranas – anticipándose a la cesación de pagos- no deben esperarse del APE sino de la aplicación de las propias normas societarias, al enfrentarse las causales de disolución y liquidación por pérdida del capital social o la imposibilidad sobreviniente de cumplimiento del objeto social. Las mismas no sólo puede adoptarse, sino que deben afrontarse por los administradores, con la correspondiente planificación y/o reorganización, sometida a consideración de los socios, que pasa básicamente por la reintegración del capital social, su aumento a través de la suscripción preferente de los mismos, o convocando a terceros e incluso a través de la prevista capitalización del pasivo, como forma de asumir el riesgo compartido.

No puede aceptarse que una sociedad recurra al concurso –o al APE- sin antes intentar las soluciones específicas de la ley 19550, al sólo efecto de enriquecerse con una quita y espera, evitando el acceso de nuevos socios, ni puede aceptarse que se indique que la ley concursal argentina no impone un plan de empresa, lo que surge tanto de la ley societaria como de la concursal, que debería anticiparse en la presentación en concurso y explicitarse en la documentación que “integra” la propuesta de acuerdo.

Para esclarecer el panorama, lejos de señalar porcentajes ínfimos que se obtienen en liquidaciones, debería determinarse los resultados que sociedades concursadas resultantes de los balances de las sociedades que lograron homologar acuerdos de quita y espera. Daniel Vitolo en el último Seminario de Mar del Plata –octubre 2009- enunció las ganancias multimillonarias que se obtuvieron en muchos de ellos a poco de homologado el acuerdo (p.ej. APE de Multicanal S.A. que distribuyó en el inmediato balance a la homologación más de Un mil ochocientos millones de dividendo).

6. Es evidente la posibilidad de las soluciones negociadas extrajudicialmente, fundamentalmente los recursos societarios para afrontar la crisis, desjudicializando esa prevención en el sistema preconcursal societario.

Resulta paradójico que en los concursos de sociedades –en los que el informe general del síndico suele dar cuenta que llevan varios años operando en cesación de pagos, no se advierta que los administradores han gestado un plan para afrontar la crisis y sometido a los socios para eliminar causales de disolución –pérdida del capital social y/o imposibilidad sobreviniente de cumplimiento del objeto social-, que lleven lisa y llanamente al aumento del capital social por los propios socios si no quieren perder posición, o incorporando a terceros o a través de la capitalización del pasivo contemplada expresamente en el art. 197.2 LS.

7. Ante la conveniencia de afrontar las crisis en su inicio, antes que se instale en la empresa y propague al mercado la cesación de pagos, y de ser posible haciéndolo con los menores costos de transacción, extrajudicialmente y causando el menor daño a los intereses vinculados, la doctrina ha sido conteste, y el derecho comparado viene dando soluciones diversas, que ante las crisis los remedios deben aplicarse en la forma más rápida posible, evitando la profundización de esa crisis y su contagio, y la importancia capital de la prevención¹². Desde ese aspecto señalamos desde hace tiempo que las legislaciones mundiales

¹² Lo hacía Yadarola en el año 1925 *Proyecto de ley de quiebras* publicado en la Revista de la Universidad Nacional de Córdoba, año 1925, y reproducido en “Homenaje a Yadarola”, Córdoba 1963, Editorial Universidad Nacional de Córdoba, tomo I pág. 335, lo hizo nuestra legislación en el año 1983 y ahora lo remarca MAFFIA, Osvaldo J. *FRANCIA. LA LEY DEL 26/JULIO/05 SOBRE SALVAGUARDA DE LA EMPRESA*, en *El Derecho*, martes 25 de octubre de 2005: “conlleva la exigencia de intervenir cuando la situación de la empresa acusara una situación susceptible de comprometer la continuación de su actividad, vale decir, tempestivamente, por tanto antes de que se instalara el estado de insolvencia, tesitura político-legislativa que recoge la preocupación volcada en ese hito que fue el *Rapport Sudreau*, aún cuando anterior al mismo. ...Destacamos al pasar la claridad con que se expresa la primacía del mantenimiento de una empresa, postergando el amparo de los acreedores, posturas difíciles de conciliar fuera de las “expectoraciones entusiásticas” –Ortega- que encontramos en nuestras ingenuas, pintorescas exposiciones de motivos. ...El nuevo régimen concreta una antigua idea que es de justicia unir al trabajo inteligente y perseverante de Roger Houin, y resume el

otorgan soluciones a las crisis económico-financieras de las sociedades a través de ese propio medio técnico de la organización empresarial¹³.

No son ajenas a esas tendencias las soluciones contenidas en la legislación societaria mexicana en torno al capital social, su consistencia y su capacidad para el cumplimiento del objeto social (forma de darse la idea de empresa).

“La terapéutica debe adoptarse oportunamente, a imagen de las personas físicas que padecen alguna dolencia, en su oportunidad, y no tardíamente; es decir, cuando detectan los primeros síntomas de dificultades, y no al tiempo de la insolvencia... Los legisladores de diversos países apoyan dicha tesis, aunque no siempre con éxito... Un viejo adagio reza “más vale prevenir que curar”¹⁴.

Se trata, a la postre de situaciones de desequilibrio que ponen en peligro la supervivencia de una organización¹⁵, de una sociedad. Desequilibrios transitorios que pueden llegar a la permanencia del estado patrimonial. Nos permitimos apuntar que esos estados de “cesación de pagos” siempre son reversibles si no se agotaron los remedios societarios internos, llevando a preguntarse si puede presentarse en concurso judicial o extrajudicial una sociedad dentro de la cual los administradores o los socios no han intentado esos remedios para superar la crisis.

8. Lo importante y sobre lo que queremos centrar nuestra mirada, es en la norma de la legislación concursal mexicana, que apunta a los acuerdos concursales de aumento de capital, forma por demás equilibrada de solucionar los aspectos económico financieros de una infrapatrimonialización o infracapitalización material o substancial. Así el ARTICULO 155: “En caso de que en la propuesta de convenio se pacte un aumento de capital social, el conciliador deberá informarlo al juez para que lo notifique a los socios con el propósito de que éstos puedan ejercer su derecho de preferencia dentro de los quince días naturales siguientes a su notificación. Si este derecho no es ejercido dentro del plazo señalado, el juez podrá autorizar el aumento de capital social en los términos del convenio que hubiere propuesto el conciliador”.

Sin duda se refiere a un aporte de terceros o de la capitalización de deudas.

En ese contexto resulta importante otorgar la preferencia a los socios. Claro que ello puede lograrse con mínimo costo en sede societario. Pero la ley mexicana mantiene ese derecho, porque quizá los socios no quisieron capitalizar la sociedad en el contexto de la legislación societaria por la crisis que atravesaba la sociedad. Se dice que cuando existen dificultades los socios ya no tienen interés de poner más dinero, pero tampoco se invita a los acreedores a participar en el negocio, y si se requiere a éstos un sacrificio que al alterar la composición del patrimonio les enriquece directamente.

gran tema del derecho concursal de las últimas décadas, a saber, la *prevención*. ... El *Rapport Sudreau* plantea con claridad y elocuencia el gran problema de aprehender cuanto antes las *dificultades* que sobrellevaba una empresa para permitir la intervención tempestiva, esto es, al surgir los problemas en medida tal que la empresa no alcanzara a neutralizarlos con sus medios normales, y esas dificultades pudieran comprometer la prosecución de su actividad. ...El tema específico de la nueva figura que nos ocupa, o sea la “salvaguarda de la empresa”, exhibe una extraña limitación si tenemos en cuenta las recordadas orientaciones en orden a *tempestividad*, lo cual presupone la ampliación subjetiva en orden a instancia (la experiencia de que el deudor demora cuanto puede su ocurrencia al tribunal es pandémica).”. Cfme. RICHARD, Efraín Hugo *Justicia y Derecho. Insolvencia societaria*: “El incumplimiento voluntario de ciertas obligaciones por un deudor en dificultades financieras puede llevar a la quiebra al acreedor prevision que se encontraba *in bonis*” en “Congreso de Academias Iberoamericanas de Derecho” pág. 631 y ss., Edición Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Córdoba 1999.

¹³ RICHARD, E.H. *Insolvencia societaria*, Ed. Lexis Nexis, Buenos Aires 2007 y los antecedentes en el mismo relacionados.

¹⁴ CÁMARA, Héctor *El concurso preventivo y la quiebra* Buenos Aires 1982, Ed. Depalma, t.III p. 1429.

¹⁵ CICHERO, Liliana *Las crisis empresariales y el acuerdo preventivo extrajudicial homologado* en La Ley Actualidad, página 1 del diario del 15 de marzo de 2001.

Pero con un acuerdo el horizonte negocial puede ser excelente y reconsiderando la situación decidirse a mantener su posición societaria. No dudamos que en el caso no sólo tendrían derecho de preferencia, sino también de acrecer si alguno de los consocios no ejercitara su derecho.

Con ese ingreso de capital se satisfacerán las obligaciones sociales que motivaron el concurso y cesará la situación de crisis, por lo que se habrá sobreseído la situación concursal con un bajo coste de transacción, aunque menor hubiere sido si lo hubieran adoptado con una simple asamblea societaria, sin recurrir a la judicialización de la crisis.

Lo referido tiende a reafirmar que la funcionalidad y la legislación societaria tienen hoy normas y recursos que permiten reencauzar las crisis patrimoniales. Son fundamentales las previsiones en torno a como debe procederse cuando se detecten o produzcan causales de disolución, facilitando la remoción de las mismas. De las vinculadas a aspectos patrimoniales con aumento o reintegración del capital social, aumento por capitalización de pasivos, solución esta última que debería anticiparse a la apertura de cualquier concurso.

Como señaló la jurisprudencia¹⁶ “la suficiente capitalización de la sociedad al momento de su constitución y posteriormente, durante todo el desarrollo de la actividad empresaria es la mejor manera de evitar la insolvencia de la sociedad, atento que ésta cuenta con mecanismos para obtener la financiación interna”, y –eventualmente- la capitalización del pasivo.

Lo “dirimente¹⁷ 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”. Claro que lo ideal es hacerlo a través de la funcionalidad societaria, sin presentación en concurso.

Franco Bonelli¹⁸ afronta el supuesto de la continuación de la gestión social después de la pérdida del capital social, con la responsabilidad de los administradores.

Resulta sorprendente que sociedades requieren los remedios concursales sin que se advierta que han intentado los remedios societarios. En la doctrina italiana se determina que la capitalización de la sociedad en crisis –sea la reconstitución del capital o la capitalización- o insolvente, requiere una decisión del órgano de gobierno, partiendo de la situación patrimonial determinada al tiempo de presentación en concurso preventivo conforme un balance extraordinario¹⁹.

¹⁶ Cám. Trabajo y Minas 4ª Nominación de Santiago del Estero, República Argentina, con fecha 15 de junio de 2005, en la causa “Salazar, Oscar E. c/ Florestal El Milagro SRL”, LLNOA 2005-1446.

¹⁷ 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, tomo XVII p. 1205 y ss.

¹⁸ En *La responsabilità degli amministratori di società per azioni*, Ed. Giuffré, nº 135 de los Quaderini di Giurisprudenza Commerciali,

¹⁹ “La ricapitalizzazione della società in crisi o insolvente richiede anzitutto, partendo della domanda di concordato preventivo o della dichiarazione di fallimento, l’elaborazione di un bilancio ordinario infrannuale o straordinario, redatto secondo criteri contabili consoni alle prospettive della ristrutturazione risultanti dal piano collegato alla proposta di concordato (Cfr. G.E. COLOMBO, *Bilancio d’esercizio e consolidato*, in *Trattato delle società per azioni*, diretto da G.E. Colombo e G.B. Portale, 7ª, Torino 1994, 28 ss.; M. CARATTOZZOLO, *I bilanci straordinari*, Milano, 1996, 579 ss.; P. AFAMENI *Perdita del capitale bilancio straordinari*, Milano 2004, 23 ss., 97 ss.. Tale “piano” potrà preveder infatti, secondo i casi, la continuazione dell’impresa, la dismissione di latuni cespiti o rami diazienda in funzione del suo risanamento e anche la totale cessazione dell’attività, nell’ottica di una liquidazione volontaria, prevedibilmente più profittevole, del patrimonio sociale...” GUERRERA, Fabrizio, MALTONI, Marco *Concordati giuziali e operazioni societarie di “riorganizzazione”* en “*Revista delle società*” anno 53, 2008 p. 18, especialmente pág. 62/3.

La doctrina italiana reitera que la reforma de la legislación concursal ha omitido una regulación orgánica de la crisis y de la insolvencia de la sociedad, perpetuando una laguna de la legislación concursal hace tiempo criticada por la doctrina²⁰. El futuro impone a la doctrina tratar de organizar a los acreedores de una sociedad ante el desorden de la actividad de sus administradores.

En la perspectiva del derecho societario, el fenómeno de la reorganización puede ser encuadrado en la estructura normativa de la sociedad de capitales, con operaciones referidas al aumento de capital, participaciones u opciones para superar la crisis. A diferencia de la constitución de la sociedad, la fase de la reorganización afecta no sólo a los suscriptores del capital sino a una pluralidad de sujetos extraños a la sociedad, pudiendo llegar a quedar en sus manos las decisiones sociales²¹. Se trata de usar de la “eficiencia” de los administradores societarios, ante la relativa eficiencia de todo sistema concursal cuando la crisis ya esta entronizada y los incumplimientos se han generalizado, potenciando los daños al mercado.

Se enfatiza²² “... pasar a ser un agente insolvente no es más que una decisión”. Decisión que muchas veces se adopta en la constitución misma de una sociedad, o traspasando los riesgos a otros agentes –p.ej. obligacionistas- y luego manteniendo conductas para maximizar las ganancias haciendo soportar el riesgo de la insolvencia a los acreedores, “...entendemos que el agente en cuestión decidirá ser insolvente cuando ello le sea más beneficioso que no serlo”, tal situación se advierte en las sociedades cuando no adoptan los administradores y los socios si son llamados a hacerlo, las medidas societarias para paliar la crisis, que las hay y muy buenas.

9. Con esta visión se construye un sistema de preconcursalidad desde el derecho societario. Recuérdese que la ley de sociedades argentina autoriza el aumento de capital, la capitalización del pasivo -que es una forma de superar las dificultades y que en tal caso se extinguen las fianzas y garantías personales de terceros, impone la reintegración del capital social, y soluciones liquidatorias privadas al no poder alcanzarse el cumplimiento del objeto social –empresa-, si los socios no deciden remover el obstáculo, y otorga amplias formas y técnicas de reorganización y reordenamiento del negocio. Con Ángel Rojo mantuvimos muchas conversaciones sobre el punto antes de la formulación de los proyectos españoles, lo que nos llevó en el año 1995 a generar un ante proyecto novedoso en torno a la responsabilidad de administradores societarios por no haber afrontado la crisis y desde la óptica del derecho de daños²³.

Tender a ultranza a mantener a la empresa, si no se tiene en claro su viabilidad y el bien jurídico protegido, puede ser sinónimo de proteger al empresario incapaz o fraudulento, como

²⁰ NIGRO, A. *Le società per azioni nelle procedure concursali*, in *Trattato delle società per azioni*, diretto da G.E. Colombo e G.B. Portale, 9º, Torino 1993, 209 ss.

²¹ GUERRERA, Fabrizio, MALTONI, Marco *Concordati giuziali e operazioni societarie di “riorganizzazione”* en “Revista delle società anno 53, 2008 p. 22/3, D’ALESSANDRO A. *La crisi delle procedure concursali*, pág. 355; STANGHELLINI, Lorenzo *Creditori forti e governo della crisi d’impresa*, Fallimento 2006, 145 ss..

²² ACCIARRI, Hugo A.; CASTELLANO, Andrea y BARBERO, Andrea *El problema de la insolvencia en el Derecho de Daños. Un aporte para su análisis económico* en *Jurisprudencia Argentina 2008-1 Número especial “Derecho y Economía”* coordinador por Hugo A. Acciarri, Ed. Lexis Nexis, Buenos Aires 2008, doctrina, pág. 10 y ss.

²³ RICHARD, E.H. en “DE LA INSOLVENCIA, In *Momorian de Héctor Cámara y Francisco Quintana Ferreyra*, Editorial Advocatus, Córdoba 2000, comunicaciones al II Congreso Iberoamericano de la Insolvencia, *En torno a responsabilidad y concurso. Un “embrión” de proyecto*. Tomo III pág. 313. y *Daños causados por la insolvencia: Acciones individuales de responsabilidad contra administradores de sociedades* Tomo III pág. 549. 8º. Ausencia de sede y responsabilidad de administradores (II). Tomo III pág. 579. 9º. Pretensiones patrimoniales y contratos comprendidos en art. 20 ley 24.452, Competencia de árbitro frente al concurso. Tomo IV pág. 243.

lo señalaba R. Franceschelli²⁴. La responsabilidad social de la empresa, como concepto ético debe restablecerse y no puede sustituirse por un criterio pragmático de respaldo al empresario incapaz de autoprogramación.

Al observar la norma concursal y evaluarla, hemos planteado a su vez nuestra visión anticipatoria, de bajo costo de transacción, que permite alejar cualquier acción de responsabilidad contra administradores societarios, a través de los mecanismos de reintegración, integración o aumento del capital social. El “obiter dictum” de la Corte nos alienta en el empeño de encontrar soluciones de menor coste y que no afecten derechos de terceros al afrontar las crisis empresarias.

²⁴ *L'apprendistas stregone, l'elisir di lunga vita e l'impresa immortale* en Giur. Comm. 1982 I p. 575 y ss.