

Falacia en la comparación de la propuesta de acuerdo (en el concurso de sociedades) con el mejor resultado de la liquidación de la sociedad para no considerarla abusiva

Efraín Hugo RICHARD

Publicado en Revista de las Sociedades y concursos, Director Ricardo A Nissen, año 11, 2010 – 2, pág. 3 y ss., Ed. Legis, Buenos Aires 2010.

El presente tema se encuentra vinculado al tratamiento de las acciones de recomposición patrimonial, por cuanto al interés de los acreedores el mismo estará ligado a que los bienes sometidos a liquidación no alcancen a satisfacer los créditos¹.

¹ El análisis de la eficacia de los actos celebrados por el fallido con anterioridad a la declaración de su quiebra debe hacerse a la luz del régimen legal vigente al momento de esa declaración, aun cuando aquél sufriera modificaciones con ulterioridad. Adoptar un criterio diverso -esto es, hacer prevalecer la nueva ley- implicaría tanto como atribuir a esta última un alcance retroactivo que no resulta conciliable con la protección de los derechos adquiridos bajo el régimen de una ley anterior y, en consecuencia, un desconocimiento de lo prescripto por los arts. 2 y 3 del Código Civil.

1. No debe buscarse la descripción del estado de cesación de pagos en el reflejo de las circunstancias meramente contables -balance entre activo y pasivo- ni en lo puramente jurídico. Es algo más amplio que ello, es un “estado” donde todas o algunas de esas circunstancias contribuyen a formar un cuadro característico y propio: el de la imposibilidad de cumplir regularmente, mediante medios ordinarios, con todos los acreedores.
2. La finalidad de la fijación del período de sospecha es preservar la garantía de los acreedores, asegurando una equitativa distribución del patrimonio del deudor. Desde esta perspectiva, si la declaración de la quiebra persigue que el patrimonio del fallido se emplee para satisfacer en proporción igual todas las obligaciones legítimas que éste hubiese contraído, es evidente la necesidad de establecer la fecha en que tuvo lugar la cesación de pagos, que fue razón y causa de la quiebra, para poder anular o hacer pasibles de anulación determinados actos que comprometen el común interés de los acreedores, sustrayendo en exclusivo beneficio de algunos una parte de los bienes que deben ser garantía de todos.
3. La ley concursal no impone un conocimiento técnico por parte del tercero respecto de la insolvencia del deudor sino, simplemente, que dicho tercero sepa o deba saber de las dificultades económicas que enfrenta el deudor. Así, lo que la normativa pretende no es la prueba de un conocimiento directo, sino uno que permita concluir a través de un juego de presunciones e indicios de que aquél sabía de algún modo que el deudor se hallaba en crisis.
4. En la revocatoria concursal, la acreditación de sus presupuestos no exige necesariamente la existencia de un elemento probatorio directo, bastando aportar indicios comprobados, y a partir de ellos y por vía de razonamiento lógico y atendiendo al razonamiento de normalidad (arts. 163 inc. 5 y 384 del Código Procesal) extraer las consecuencias que por su entidad y concordancia tengan suficiente aptitud para crear en el ánimo del sentenciante la convicción suficiente acerca del conocimiento que tuvo o debía haber tenido el tercero co-contratante del estado de cesación de pagos del deudor, posteriormente fallido.
5. Ante la previsión contenida en el art. 119 de la ley 24522, la prueba del efectivo conocimiento requerido es suficiente cuando de ella resulte que el tercero ha estado en “posibilidad” de percibir los signos reveladores de la insolvencia. La ley concursal no impone un conocimiento “técnico” por parte del tercero respecto de la insolvencia del deudor sino, simplemente, que dicho tercero sepa o deba saber las dificultades económicas que enfrentaba el deudor al momento de celebrarse el acto cuestionado.
6. Para la procedencia de la acción de revocatoria concursal, el acto objetado debe haber ocasionado un daño a los acreedores, el cual no es otro que el deterioro provocado en el patrimonio del fallido, al verse privado de una contraprestación equivalente al bien sustraído.
7. Si bien es cierto que el artículo 123 de la 19551 no contemplaba expresamente el recaudo de la existencia del perjuicio como un presupuesto para la declaración de ineficacia del acto, ello no implicaba que no fuera exigible, ya que verificándose el conocimiento de la insolvencia del fallido por parte del co-contratante, y pese a la onerosidad del acto, ello no obstaba a que tuviese que demostrarse la existencia del perjuicio, más allá de la circunstancia de que, en tales condiciones, resultaba presumible. Y esa presunción se encontraba implícita en la ley 19.551, en cuyo título de la sección III se refería expresamente a “los actos perjudiciales a los acreedores”, arrojándose de ese modo luz con respecto a que, también bajo la vigencia de la normativa anterior, era considerado indispensable para la declaración de ineficacia de un acto, que éste hubiera causado perjuicio a la masa de acreedores..

No obstante el valor liquidatorio de los bienes en un concurso suele usarse como justificativo para la homologación de la propuesta confiscatoria. Podríamos llegar a aceptar ese criterio en el concurso de una deudor persona física, pero nunca en el de una sociedad, pues ello sería olvidar los principios fundantes del régimen societario, y la elección de ese medio de organización formalizado por los fundadores, mantenido por los socios actuales y al que se encuentran unguidos los administradores elegidos, socios o no.

Se aceptan propuestas concursales predatorias en el concurso de sociedades, con obtención de mayorías opinable, bajo el argumento que la liquidación daría un dividendo menor a los acreedores.

Ello podría ser aceptable cuando es un tercero el que formula la propuesta dentro del marco del art. 48 LCQ, porque en otros supuestos la liquidación societaria oportuna siempre habría dado un resultado mejor, o existen acciones de responsabilidad contra controlantes o administradores de la sociedad que permitirán a los acreedores prever un mejor resultado.

La cuestión esta ligada a las vías de recomposición patrimonial no tradicionales, que pasan por las acciones individuales de responsabilidad societaria promovidas por acreedores contra controlantes o administradores societarios, o las llamadas de “inoponibilidad de la personalidad jurídica”, o por las iguales que puedan promover colectivamente los síndicos en el marco concursal.

Flota en alguna ideología un nivel de seguridad de la legalidad de una propuesta de acuerdo preventivo: el ser superior a la que se obtendría en la liquidación en la quiebra eventual.

A su vez la doctrina concursalista entiende que no es abusivo trasladar los problemas a los acreedores con inimaginables quitas y esperas, sólo acotadas por la “regla” del dividendo de liquidación.

Traemos esta temática como paradigma de los abusos que se alcanzan en el uso de la legislación concursal para cohonestar conductas ilícitas de socios y administradores para perjudicar a sus acreedores.

Las crisis de las sociedades deben ser abordadas conforme la legislación específica, anticipándose a la cesación de pagos y consiguiente pérdida del capital social e imposibilidad sobreviniente de cumplir el objeto social, como causales de disolución.

Se trata de una diligencia debida por la calidad del administrador de sociedades, al uso adecuado –y no desviado- de la organización jurídica adoptada por los fundadores y los posteriores socios –y confiada a los administradores- para el desempeño de una determinada empresa. Esa organización impone conductas imperativas que deben cumplirse cuando se advierte la crisis -que algunos llaman “actuación en zona de insolvencia”-, posibilitando el equívoco con “actuar en insolvencia”.

Así como la actuación en zona de insolvencia importa adoptar las medidas que obligatoriamente deben asumir esos administradores, convocando inmediatamente a los

8. Para evitar la procedencia de la acción de revocatoria concursal corresponde al tercero demandado: *i)* acreditar que del acto reprochado no deriva un perjuicio concreto, esto es, que el perjuicio no se relaciona causalmente con el daño, *ii)* que éste no subsiste en la actualidad, y *iii)* que el acto se realizó en condiciones normales del mercado (en cuanto al precio, plazo, interés, etc.), es decir, que constituyó para el deudor un acto ordinario y frecuente de su giro comercial.

9. Existen dos parámetros fundamentales para la procedencia de la revocatoria concursal: uno, el interés de los acreedores en la acción, en orden a la suficiencia de los bienes del activo para satisfacer los respectivos créditos, pues aunque el hecho sea dañoso si los bienes son suficientes para pagar todos los créditos concursales desaparece el presupuesto de la inoponibilidad; y otro, el daño concreto producido por el acto, toda vez que si no ha existido dicho daño la inoponibilidad tampoco puede acogerse

CNCom, Sala A, agosto 6 de 2009, “Pirillo Jose s/ Quiebra c/ Anmovi S.A.C.F.I.A.M. s/ Ordinario”.

socios para su aprobación y asunción de lo que correspondiere, posiblemente reintegración o aumento de capital social o imposibilidad sobreviniente de cumplir el objeto social –empresa- cuando ya se encuentran en insolvencia o cesación de pagos.

Continúa esa actuación ilícita en insolvencia con tratar de imponer propuestas de acuerdo preventivo predatorias de quita y espera que enriquecen a los socios al incrementarse el patrimonio social a través de quitas y esperas que se logran –vaya a saber porque medios- a los acreedores², y que luego se intenta justificar como no abusiva por ser mejor que la que se obtendría en la liquidación de la sociedad.

I – Conforme tales inadecuados criterios –a nuestro entender- en el caso “FACHADAS INTEGRALES S.R.L. S/ CONCURSO PREVENTIVO (ORIGINADA EN LA QUIEBRA PEDIDA POR ASTILLEROS NEPTUNO S.C.A.)”, donde con fecha 24 de octubre de 2006, el Juzgado de Primera Instancia rechazó el pedido de homologación de acuerdo y decretó la quiebra., tal decisorio fue revocado casi dos años después, el 8 de julio de 2008 por la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, sala C. Dos años de tramitación de la vía recursiva ante una declaración de quiebra, lo que no facilita la solución de cuestiones empresariales³.

1. De los fundamentos de la sentencia de la primera instancia entresacamos “La propuesta de acuerdo debe ser valorada ... su compatibilidad con los principios del orden público, la finalidad de los concursos y el interés general, ... las finalidades del concurso preventivo y los principios superiores que lo inspiran, entre los que se encuentra el de conservación de la empresa, la protección del crédito y del comercio, en general. En síntesis, el magistrado conserva siempre la potestad de realizar un control que trascienda la mera legalidad formal en todos aquellos supuestos en los que el acuerdo pudiera afectar el interés público, atendiendo al ordenamiento jurídico en su totalidad -arts. 953 y 1071 CCiv.-. Es decir, control de legalidad formal o extrínseco, que mira no sólo al cumplimiento de los requisitos establecidos por la normativa concursal, sino también el de legalidad sustancial o intrínseco, que apunta a velar por el respeto de los principios que conforman el total del orden jurídico, que desborda al mundo concursal (Cfr. CNCom., Sala A, “Arcángel Maggio”, del 30/04/2004, 2004-III-105). Se trata, por cierto, de un estándar de gran latitud cuya utilización en el campo concursal tendrá que ser usada por los jueces con prudencia y al solo efecto de excepcionalmente desestimar la aprobación de ciertos acuerdos que -sin ser fraudulentos- de modo manifiesto y sin justificación impongan sacrificios desmedidos y fuera de toda razonabilidad a acreedores disidentes que de otra suerte resultarían afectados por el acuerdo abusivo aprobado por mayorías (cfr Rouillon, Adolfo A. N., “Régimen de concursos y quiebras”, 2002, Ed. Astrea, p. 138)...4. Ahora bien, a raíz de una medida para mejor proveer dispuesta con el objetivo -entre otros- de saber si en la actual situación económico-financiera de la concursada y en las condiciones de mercado, la concursada se encuentra en posición de mejorar lo ofrecido a los acreedores, la sindicatura expuso que la deudora hoy no tiene actividad comercial ... y esto fue confirmado por la misma Ello así, no puede sino concluirse que el acuerdo alcanzado carece de sustento fáctico suficiente, porque inexistente empresa comercial.

² Sobre todos estos aspectos pueden consultarse nuestro “Insolvencia Societaria”, Ed. Lexis Nexis, Buenos Aires 2007 y numerosos artículos posteriores publicados en revistas especializadas, que pueden verse en la página citada en nota anterior.

³ Ntos. ANTE LA CRISIS: EL VIEJO CORAZÓN DEL DERECHO COMERCIAL en Libro colectivo “Conflictos Actuales en Sociedades y Concursos” Editorial Ad Hoc, pág. 3. Comunicación a las Jornadas de Institutos de Derecho Comercial, Comodoro Rivadavia 5/6 de septiembre de 2002, y EL VIEJO CORAZÓN DEL DERECHO CONCURSAL en el mismo Libro, pág. 7.

Cuando de un comerciante se trata, lo que importa a los fines del proceso concursal es darle la posibilidad de que a través de este remedio pueda reordenar su actividad para así, con las deudas paralizadas en su exigibilidad y los intereses suspendidos en su devengamiento, pueda ofrecer a los acreedores una propuesta de pago y la forma en que se pretende cumplirla. El concurso preventivo no es exclusivamente el modo de diferir el pasivo, sino que debe ser un período en el cual la ley brinda al deudor la posibilidad de reestructurar su negocio, para convertirlo de una unidad deficitaria en una unidad superavitaria;...5. Pero además, esto se conecta con lo normado por la LCQ. 45, en cuanto prevé que el deudor debe acompañar como parte integrante de la propuesta un régimen de administración. En efecto, las propuestas de acuerdo preventivo deben estar cimentadas en todos los casos por un plan de administración y saneamiento cuyo objetivo sea superar la situación económico-financiera de la concursada (cfr. Richard-Junyent Bas-Muiño, "Salvataje de la Empresa: ¿Una postulación sin respuesta en la ley concursal?, RDCO 1997-525, pto. I). Un juez no podría homologar un acuerdo que no previera su factibilidad en una formulación mínima en torno a la viabilidad, expresada conjuntamente o en forma inmediata a la fórmula de la quita o espera (id. pto. II, 5.). El concursado preventivamente debería presentar un régimen de administración que indique el plan de explotación de la empresa, acompañado de un presupuesto de recursos debidamente fundado, y la explicación de la reorganizaciones o modificaciones necesarias para hacer viable tal explotación (Heredia, "Tratado Exegético de Derecho Concursal", Ed. 2000, T. 2, pág. 78); lo cual acá no se ha hecho.

2. El Dictamen de la Fiscal General de Cámara apoyó la resolución de primera instancia, y agregó "... la deudora denunció como activo créditos por cobrar cuya cuantía supera casi tres veces el importe del pasivo verificado y declarado admisible (véase fs. 387 vta. y 436 de los autos principales). La homologación de un acuerdo celebrado en esas condiciones importaría para la concursada liberarse de sus deudas pendientes mediante pagos insignificantes, evitando las consecuencias de la declaración de quiebra en materia de inhabilitación (arts. 234 a 238 L.C.), responsabilidad (art. 160 a 171 LC.) y acciones persecutorias (art. 119 L.C.), si hubiere lugar", así también causales y nuevas merituaciones: "4. Sin perjuicio de ello, cabe mencionar que en el caso, el síndico no pudo exponer, en el informe general, la situación económica del deudor, porque éste no le suministró los elementos e información necesarios, que eran imprescindibles para que los acreedores evalúen la propuesta que les fue sometida a consideración. En efecto, el funcionario no tuvo acceso a los libros y demás registraciones contables de la concursada y además señaló que los estados contables presentados en oportunidad de solicitar la conversión de la quiebra en concurso preventivo, no muestran la realidad de la operatoria de la empresa No explicó por qué no aportaba documentación comercial, que era lo que se le estaba solicitando, ni tampoco clarificó la contradicción existente entre las fechas de certificación de los balances y la fecha de rúbrica del libro Inventario y Balances, que había sido puesta de manifiesto por el síndico en el informe general Como resultado de todo ello, el síndico no puede reconstruir el patrimonio de la concursada ..., lo cual era esencial para que los acreedores puedan evaluar la propuesta."

Adviértase que se denuncia una práctica sostenida: la desaparición de libros de contabilidad y documentación contable respaldatoria. Para los administradores de una sociedad llevar y conservar los libros es una obligación, no una carga, e impone la responsabilidad de los mismos. El justificativo de falta de actividad se enrola en la confesión de la existencia de una causal de disolución que imponía iniciar la liquidación

societaria, bajo el imperativo de asumir responsabilidades administradores y socios conforme el art. 99 LSA.

3. La Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, sala C el 08/07/2008, revocó esa resolución., con los siguientes argumentos: “Luego de la audiencia ..., la deudora presentó una nueva propuesta de acuerdo El síndico ...expresó sus reservas respecto a la posibilidad de cumplimiento de la propuesta de la deudora pero sin negar que la ofrecida ... fuese una mejora de la anterior ... El síndico informó que no pudo determinar el activo de la deudora... y que la empresa no tiene actividad ..., de lo cual se infiere que la alternativa de la quiebra y consiguiente liquidación de bienes que componen su activo, sería menos ventajoso desde el punto de vista de la posibilidad de cobro de los créditos que integran el pasivo, ya que arrojaría un resultado inferior al contenido económico de la propuesta (CN Com., Sala E, 10.10.03, en "Entertainment Depot S.A. s/ concurso preventivo"). Por otro lado, es de suponer que los acreedores al momento de votar favorablemente la propuesta lo hicieron con conocimiento de la referida inactividad empresarial de la sociedad concursada. Extremo éste -ausencia de actividad productiva actual de la deudora- que no es obstáculo, incluso, para negar la apertura del concurso, siempre que los recaudos formales requeridos a tal fin se encuentren cumplidos, máxime si se tiene en cuenta que las causas para el rechazo de tal petición se encuentran taxativamente enumeradas en el art. 13 "in fine" de la LCQ (esta Sala, 1.10.02, en "Rocayapa S.A. s/ concurso preventivo"). Luego, habida cuenta que el síndico admitió que la nueva propuesta importaría una mejora de la anterior (v. sus términos a fs. 154, especialmente primer párrafo), cabrá estimar la pretensión recursiva de la concursada.

Anticipamos algún comentario: adviértase a la fecha, la posición mayoritaria de nuestra Corte en sentido similar sobre la abusividad y confiscatoriedad de la propuesta en el caso “Comercial del Plata S.A.”. El mantenimiento de la actividad de una sociedad, más que en torno a la homologación o no de un acuerdo, debe vincularse a la imperatividad de las normas sobre constatación de causales de liquidación y apertura de etapa de liquidación, que brinda una solución de menor coste que una liquidación concursal y asegura el mejor resultado de la liquidación. El punto debe ligarse también a la integración de la propuesta de acuerdo con un plan o régimen de administración y disposición, pues su falta torna a la propuesta como inexistente o ilegal⁴.

II – UN COMENTARIO FAVORABLE AL FALLO DE CÁMARA.

1. Claudio A. Casadío Martínez en *UNA VEZ MÁS SOBRE LA ABUSIVIDAD DE LAS PROPUESTAS (Propuesta abusiva y actividades desplegadas por el deudor concursado)*⁵ se pronuncia favorablemente sobre ese fallo de la Cámara marcado que “El precedente que hoy nos convoca aborda dos cuestiones que estimamos merecen un estudio diferenciado: por un lado el análisis del acuerdo presentado al magistrado concursal para su homologación a fin de determinar su posible abuso, y por otro la necesidad que el concursado se encuentre desplegando actividades productivas como condición indispensable para tal homologación... Conforme se desprende del fallo

⁴ Nos hemos referido también a este caso en *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.

⁵ En *LA LEY 16/02/2009, LA LEY 2009-A, 546*, se publicó el fallo con esta nota.

glosado la propuesta de pago ofrecida por el deudor consistía en el pago del 40% de los créditos quirografarios en “pesos”, con un plazo de gracia de tres años desde la homologación, en cinco cuotas anuales iguales y consecutivas, sin intereses ni actualización. Con referencias a las deudas originariamente contraídas en dólares la propuesta prevé su conversión a pesos, a una paridad 1 a 1.”

Al referirse al fallo de la Cámara, Casadio Martínez lo justifica “Al revocar la decisión de primera instancia la Sala C de la CNCom. toma en consideración que se ha verificado un pasivo quirografario de \$ 47.712,27 compuesto por cuatro acreedores, de los cuales tres, entre ellos el peticionante de la quiebra, atento que se trata de una quiebra convertida en concurso preventivo en los términos del art. 90 de la LCQ, prestaron su conformidad con la propuesta. - Asimismo se remarcó que como el síndico informó que no pudo determinar el activo de la deudora y que la empresa no tiene actividad, la alternativa de la quiebra y consiguiente liquidación de bienes que componen su activo, sería menos ventajoso desde el punto de vista de la posibilidad de cobro de los créditos que integran el pasivo, ya que arrojaría un resultado inferior al contenido económico de la propuesta”. Este es un punto oscuro pues no se registran antecedentes sobre los créditos a cobrar por la concursada, su verisimilitud, trámite de cobro en el dilatado proceso concursal y falta de documentación general referida.

El analista justifica el fallo revocatorio a tenor de su “test de abusividad”, en cuanto “No surgiría de precedente analizado que se hubiera incurrido en algunas de las maniobras que consideramos podrían llegar a viciar el acuerdo (v.gr. cesiones de créditos, categorización injustificada, propuesta residual, cesiones de créditos o renunciaciones de privilegios). Con referencia al desigual trato que se postula a los acreedores en moneda nacional y extranjera, estimamos que estamos ante una cuestión opinable, máxime la reciente historia económica de nuestro país, por todos recordada (v.gr. corralito, corralón, pesificación asimétrica, CER, entre muchos otros lamentables eventos) que no vicia indefectiblemente el acuerdo - Finalmente acotemos que somos de la idea que las circunstancias denunciadas por Sindicatura, a las que se refiere la Sra. Fiscal de Cámara, que podrían sintetizarse en una total falta de colaboración del concursado para con aquel, ello no desemboca inexorablemente, conforme nuestro criterio, en la quiebra, atento que para estas situaciones la LCQ prevé una sanción específica: la remoción de los administradores, conforme art. 17 LCQ y eventualmente la formulación de denuncias penales o disciplinarias al Consejo Profesional de Ciencias Económicas respectivo en cuanto al accionar del contador certificante de los Estados Contables, ante las irregularidades detectadas en su accionar, en caso de corresponder”.

Interesantísima la expresión de Casadio Martínez descalificando las “cesiones de créditos”, punto sobre el que hemos abundado⁶.

2. Pero sus referencias en torno al “test de abusividad” –tema altamente opinable-, en el caso resulta descalificado por la manifestación de la Fiscal General: “la deudora denunció como activo créditos por cobrar cuya cuantía supera casi tres veces el importe del pasivo verificado y declarado admisible”.

En cuanto a lo que él llama la “b. Justificación de la propuesta.”, apunta que “Si bien somos partícipes que sea obligatoria la presentación de la justificación de la propuesta o plan de empresa⁷, tal como hemos expresado en otras oportunidades, no

⁶ Nto. *LA CRISIS DE LA ORGANIZACIÓN SOCIETARIA*, comunicación como Presidente de la Comisión del mismo nombre, en el V Congreso Iberoamericano de Derecho Concursal, en Montepulciano, Italia, 23, 24 y 25 de septiembre de 2009, que puede verse en la citada página electrónica www.acaderc.org.ar

⁷ Casadio cita: “Para todos compulsar RICHARD, Efraín Hugo *El plan de empresa (o como asumir una crisis tempestiva y extrajudicialmente)* en “Libro en Homenaje al Dr. Osvaldo Maffia”, IADC y FiDeCEC, 2008, pag. 217”.

surge del fallo que se hubiera intimado a la concursada a presentarlo, razón por la cual estimamos que la omisión de confeccionar un plan de administración de sus negocios, conforme lo exige el art. 45 de la LCQ, ello es motivo *per se* para decretar la quiebra. Asimismo interpretamos que la LCQ no exige en su articulado que el deudor indique como pretende cumplir con las obligaciones asumidas, dejando la evaluación de tal circunstancia en manos de los acreedores”.

III – El “mejor interés de los acreedores”: propuesta vs. resultado de la liquidación en la quiebra.

Ariel Ángel DASSO en “Derecho Concursal Comparado”, tomo 1, Ed. Legis, Buenos Aires 2009, que comentáramos públicamente, en la riqueza del aporte del distinguido profesor y amigo, pero más que nada están destinadas a incentivar a los interesados en estos estudios a bucear directamente en el material que nos entrega Dasso, buscando el aporte que les requiera el estudio o caso a que están abocados. En la parte I del capítulo IV, Dasso explica el sistema de la ley de 2005 de Chile. Nos detenemos en la explicitación del título XII “De los acuerdos extrajudiciales y de los convenios judiciales” “celebrados entre el deudor y uno o más acreedores... sólo obliga a quienes lo suscriben... La ley chilena... no recepta la tendencia de los ordenamientos actuales que establecen fórmulas avanzadas de acuerdos extrajudiciales con ulterior homologación”. Luego refiere al “convenio judicial preventivo” en el que “El síndico debe informar al tribunal sobre el contenido de la propuesta de convenio... que la suspensión de las acciones patrimoniales ... no se aplica a los juicios laborales... La ley exige un convenio único e idéntico para todos los acreedores, salvo acuerdo unánime... con lo cual se advierte una clara intransigencia frente ... a la categorización... de acreedores.... la ley permite que ... el deudor y los acreedores determinen que toda diferencia ... de cumplimiento se someta a un juez árbitro, pudiendo establecer la naturaleza del arbitraje”. Resulta muy interesante, y así lo explica Dasso, que “El sistema de voto permite advertir una notable fórmula destinada a la facilitación en la obtención del acuerdo: para obtener las mayorías, un acreedor con derecho a voto puede excluir a otro oponente al acuerdo, adjuntando... la suma que correspondería como monto probable de recuperación ... en la quiebra”. Se organiza un sistema de determinación de ese valor, de oposición y decisión. Se otorga posibilidad al “voto a los cesionarios de créditos cuando la cesión se hubiera producido antes de los 30 días a la fecha de formulación de la propuesta”. Este aspecto de la desinteresación del acreedor que se opone en la legislación chilena, permite a nuestro distinguido colega incorporar una parte II “La prueba concursal del *mejor interés de los acreedores* (*The best interest of creditors test*) y la exclusión del voto disidente”, con un análisis del derecho comparado –partiendo de la legislación de Estados Unidos de América-, la doctrina y jurisprudencia que, incluso en nuestro país, se ha gestado, con efectos opinables, que Dasso equilibra con la referencia “Es un presupuesto explícito en algunos casos, pero siempre tenido como vigente en forma implícita, que la propuesta o plan cualquiera fuere el proponente debe ser “justa y equitativa”, realizada de “buena fe”, aunque dicho término no tenga definición legal”. Hemos hecho algunos aportes sobre el punto que, sin duda, se seguirá debatiendo. La información que nos brinda el A. es fascinante, como también sus argumentos.

Dasso a pág. 329 caracteriza ese “mejor interés de los acreedores” explicando “Entre los requisitos que el juez de Bankruptcy estadounidense debe conceptuar cumplidos para la homologación (confirmation) de un plan enunciados supra, aparece dotado de fuerza condicionante inexcusable el llamado “best interest of creditors test”,

que consiste en determinar que en cada clase de acreedores o grupo o categoría de acreedores alcanzados, por el plan, cada acreedores, tanto si hubiere aceptado el plan como cuando se hubiere opuesto, reciba por el plan un porcentaje de su crédito genuino no inferior al que eventualmente recibiría en hipótesis de liquidación (U.S.Code, Tit. XI, Cap. XI, Secc. 1129 (a) (7) (A) (i) (ii)).

Señala luego en pág. 345: “Si desinteresarse a un acreedor es entre nosotros trampa y en otros ordenamientos derecho vigente; si proponer al acreedor la regla del dividendo de quiebra es ley fundante en una paratae del mundo concursal pero entre nosotros “abuso”, habremos de concluir que el debate en nombre de la “Moral” no tiene entidad para dirimir el conflicto que subyace en la crisis. Los decibeles de las argumentaciones alcanzarán tonos armónicos cuando recuperemos para el debate la frialdad del economista frente a los números –que de su crudeza se trata- y bajemos el dedo acusador de supuestas infamias, censores de conductas que no son sino comportamientos funcionales a conveniencias o intereses de ocasión”.

Creemos que se trata de una visión legal en relación a los intereses en juego cuando se usa para instrumentar la organización de una empresa la técnica “sociedad”, pues el dividendo concursal irrisorio contrariará todas las previsiones del sistema societario mundial. Socios y administradores están sujetos a ciertas reglas de las que no puede resultar que la liquidación oportuna de la sociedad genere un resultado inferior al dividendo concursal que se ha ofrecido y homologado en los últimos años en nuestro país. Sólo en circunstancias excepcionales de una catástrofe no asegurable podría darse una situación como la que se intenta ejemplificar.

IV – APOSTILLAS CON NUESTRA PREOCUPACIÓN

1. Accedimos a la cuestión a través del señalado artículo del gentil amigo Casadio Martínez, pues al no registrarse en su comentario la carátula del juicio concursal, supusimos con ligereza que se trataba de un deudor persona física.

Hasta ahí podía ser congruente como un empezar de nuevo, con que se le dé un respiro a un deudor para cobrar las deudas y pagar el pasivo, o empezar de nuevo, que es lo que supone Casadio Martínez –aunque mucho tiempo ha pasado en la tramitación del concurso y nada parece haber pasado, y todo resulta hipotético ante la falta de libros, reticencias a dar información al Síndico, ¿Qué juicios de cobro se habían iniciado, medidas cautelares para asegurar el resultado?

Por eso le solicitamos la carátula del juicio y de ser posible el fallo de la Cámara. Y al conocer que se trataba de una sociedad nos preocupamos por el mensaje que algunos podían inferir del fallo.

2. Al tratarse de una sociedad sin patrimonio y sin actividad se habían operado causales de disolución, y su liquidación no afectaba el cobro de los créditos⁸.

A la sociedad le habían pedido la quiebra y solicitó la conversión para eludir la y evitar acciones de responsabilidad y de integración patrimonial. Quizá que se pasaran los antecedentes a la justicia del crimen por falta de activo.

3. ¿Qué debían hacer los administradores de la sociedad, quizá los mismos socios ante la situación planteada durante años, pero aún antes de la petición de quiebra?

Como dicen todos los autores extranjeros y nacionales poner la cuestión en manos de los socios-Errepar septiembre.

⁸ Ver la referida comunicación al V Congreso Iberoamericano de Derecho Concursal, Montepulciano, Italia, 2009.

Al existir dos causales disolutorias: imposibilidad sobreviniente de cumplimiento del objeto social (art. 94.4 LSA) –es más abandonado ese cumplimiento- y la pérdida del capital social (art. 94.5 LSA)⁹, los socios debían resolver lo que dispone la ley de sociedades: reintegro o aumento del capital social o liquidación de la sociedad, con la disminución de costes que ello implicaba. Sin embargo agobiaron durante años al sistema judicial sin recurrir a la solución privada. La liquidación privada parecería la vía para cobrar deudas y satisfacer las acreencias. Obviamente la situación se encuadra en la situación prevista en el art. 99 LSA, por lo que los administradores societarios debieron haber reunido a los socios para que se procediera a la inmediata liquidación de la sociedad, que no excluye el concurso preventivo, pero que –en el caso- por la magnitud de los créditos a cobrar que conformaban el activo, hacía presumir que con sólo la espera se hubiera satisfecho los créditos de los acreedores y hubiera quedado una adecuada cuota de liquidación para los socios, la que sin duda incrementaron a través del acuerdo predatorio.

Sin duda los administradores de la sociedad concursada no actuaron con la diligencia y lealtad del buen hombre de negocios, que impone el art. 59 LSA (157 LSA, teniendo las mismas obligaciones que los directores de las sociedades anónimas), imponiendo satisfacer los daños que por ello causaran a la sociedad, los socios y los terceros. Situación de los terceros calificada por la situación concursal. Extraviaron los libros, la documentación y al no seguir operando justificaron así el no solicitar nuevos libros y reconstruir la contabilidad. No tenemos dudas que dieron de “alta” a la sociedad ante los organismos fiscales nacionales, provinciales y municipales, pues de no debían seguir formalizando sus declaraciones de ganancias, IVA, ingresos brutos, actividad comercial. Si no lo hicieron no hay duda que deben haber presentado sus declaraciones impositivas, que es como un balance para determinar la existencia o no de ganancias.

4. Adviértase el juego de balances presentados y su certificación incoherente, negándose a proporcionar información al síndico –lo que hubiera justificado la aplicación de las medidas previstas en el art. 17 2º párrafo LCQ-. En materia de sociedades la contabilidad es una obligación y no meramente una carga¹⁰, así la ley prevé que las asambleas “resolverán sobre los estados contables de ejercicio, para cuya consideración serán convocados dentro de los 4 meses de su cierre” (art. 159 LS), y de los que no se hace referencia sobre el trámite judicial extendido, sino sobre uno sólo de ellos presentado en forma irregular.

Los administradores sociales están obligados a tener un plan de negocios so pena de generárseles responsabilidad frente a la sociedad, los socios y los terceros¹¹, y la propuesta de acuerdo se integra con tres elementos, y una propuesta desintegrada no es propuesta. No es el juez el que tiene que reclamar su integración, sino el deudor -que intenta beneficiarse con quitas y esperas- el que debe hacerlo¹².

⁹ Nto. *FALTA DE PATRIMONIO SOCIETARIO: ¿puerta para la responsabilidad de administradores y socios de control?*, en *El Derecho*, 10 de diciembre de 2008, Buenos Aires.

¹⁰ MUGUILLO, Roberto Alfredo: “ASPECTOS CONTABLES PARA ABOGADOS”, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires 2008, 168 páginas. RICHARD, Efraín Hugo *¿Abusos en el proceso concursal?* en *La Ley* 24 de diciembre de 2008, pág. 1 y ss.

¹¹ CARLINO, Bernardo *GENETICA DEL PLAN DE NEGOCIOS (MÁS SOBRE LA CONTRIBUCIÓN DE E. H. RICHARD)* en *Jurisprudencia Argentina, Newsletter del 20 de marzo de 2009* y nuestro trabajo citado por Casadio Martínez.

¹² Nto. *Integración de propuesta de acuerdo (en concurso preventivo de sociedad)* en *Doctrina Societaria y Concursal*, Noviembre 2008, pág. 1081.

5. Y en cuanto a la abusividad de la propuesta puede verse la opinión de Arcaná, Juez de Mendoza, sobre la indeterminación del plazo que se configura con la expresión que se contará “a partir de la homologación”¹³, que en el caso en comentario ha sido dilatado por imperio de aplicación del sistema recursivo –dos años más de espera-. La falta de plazo cierto del plazo de gracia es una causal más de su abusividad.

Por último recordar que en materia societaria las quitas y esperas a los acreedores son en beneficio directo de los socios, y en el caso son manifiestamente confiscatorios, particularmente para el acreedor en dólares. Las declaraciones de inconstitucionalidad deberían ser pronunciadas de oficio¹⁴.

Ni hablar del argumento de que el resultado de la liquidación en cuanto el dividendo sería inferior al del acuerdo ofrecido. Sobre el punto existe un excelente trabajo del mismo Casadio Martínez *Propuesta concordataria: el test de abusividad y el síndico (un modelo en construcción)*¹⁵. En el caso de sociedades debe integrarse sin duda con el resultado de las acciones de responsabilidad contra los socios y administradores¹⁶ –cuando no de integración patrimonial-, indubitables en el caso, quizá también las de inoponibilidad de la personalidad jurídica dentro de la restringida tesis del fallo Palomeque si la infracapitalización que hoy ostenta brillantemente la sociedad era constitutiva. Bastaría que una sociedad no tenga bienes para que una propuesta del 2% a 10 años no fuera abusiva. Hemos dialogado con Casadio Martínez sobre el punto, señalando él mismo la fragilidad de la cuestión ante sociedades con capital constitutivo mínimo, mantenido durante la vida societaria y el tener que afrontar cuantiosas deudas... Por otra parte, si había deudas a cobrar y los socios no habían resuelto la liquidación de la sociedad por pérdida del capital social: ¿por qué la Cámara supone que se cobraría menos? Es al revés si confiaban en la gestión societaria, debió suponerse que cobrarían más al ejecutar las deudas, y por eso homologaban! No se hace referencia a ningún informe documentado sobre el punto, ni sobre la solvencia o insolvencia de socios y administradores.

Recuérdese la afirmación de la Fiscal General que los créditos a cobrar que se registraban en el activo triplicaban los créditos verificados.

6. El mensaje de la jurisprudencia es alentador para deudores inescrupulosos: señores socios y administradores de sociedades comerciales, no se preocupen, no cumplan sus obligaciones, si les piden la quiebra conviértanla en concurso preventivo, pierdan los libros, no den informes al síndico, si no tienen bienes mejor pues podrán presentar propuestas confiscatorias de los créditos al argumentar que la liquidación daría menos, si no quieren planificar ni trabajar esperen la homologación y luego vendan la sociedad saneada. Cuanto menos haya y menos se informe mejor..., así se dará argumentos al juzgador para homologar propuestas abusivas *per se*. Hay que sacarse la venda como lo hizo la Corte en el caso “*Compañía General de Negocios SAIFE s/ pedido de quiebra por Mihanovich, Ricardo L.*”¹⁷.

¹³ Fallo y comentario en RICHARD, Efraín Hugo *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.

¹⁴ Nto. *Confiscatoriedad de la propuesta de quita abusiva en los concursos en ZEUS*, 1 de octubre de 2007 tomo 105 pág. 2, y los trabajos con el constitucionalista Prof. Dr. José Luiz PALAZZO allí citados.

¹⁵ en *Doctrina Societaria y Concursal de Errepar*, Febrero 2009 pág. 115

¹⁶ Nto. *RESPONSABILIDAD DEL DIRECTORIO POR OMISIÓN (no liquidarla ni presentarla en concurso y no llevar contabilidad en forma)*, en *Revista de las Sociedades y Concursos*, Ricardo Nissen Director, n° 43 año 2007 noviembre-diciembre año 9, pág. 127.

¹⁷ Nto. *ACTIVIDAD ILÍCITA DE SOCIEDAD EXTRANJERA (indirec doing business) Y SU QUIEBRA EN EL PAÍS (en torno a importantísimo fallo de la Corte)*, publicado en *elDial Express* del lunes 16 de marzo de 2009.

Señores acreedores: resignación. Más no tanto. Si los administradores y socios de esta sociedad tienen bienes, o si terceros se los llevaron en actos opinables¹⁸, recordar que existe la acción de inoponibilidad de la personalidad, que no impone que la sociedad esté en quiebra. Quizá hasta se pueda hablar de responsabilidad solidaria de los socios, y dudar si el efecto novatorio del acuerdo les alcanza, pero nunca los alcanzara si el reclamo es por el daño causado¹⁹.

Nuestra preocupación es que los administradores de sociedades que nunca tienen responsabilidad por tal, y los socios de sociedades con responsabilidad limitada, crean que pueden hacer cualquier cosa con ese maravilloso instrumento de organización que es la sociedad comercial, y se vean de repente sujetos a acciones de inoponibilidad o responsabilidad. No se trata de responsabilizarlos por el riesgo empresario, pero sí por

¹⁸ O no tan terceros:

1. El artículo 119 de la ley 24522 hace aplicación en materia concursal, de lo dispuesto en el artículo 969 del Código Civil, que atribuye a la insolvencia del deudor, el ánimo de defraudar a sus acreedor, y además imputa la complicidad del tercero en el fraude por vía presuncional si, en el momento de tratar con aquel, conocía ese estado de insolvencia.
2. En los casos previstos por el artículo 119 de la ley 24522, el perjuicio se presenta cuando el o los actos realizados por el fallido han contribuido, aunque no sea como consecuencia directa, a provocar o agravar la insuficiencia de activo para hacer frente al pasivo concursal, o cuando no siendo en sí mismo perjudicial el acto, por no agravar la insolvencia, fuera, sin embargo, violatorio de la *par conditio creditorum*.
3. Si el tercero conoce el estado de insolvencia, para liberarse de la declaración de ineficacia, debe probar que el acto no causó perjuicio al patrimonio del insolvente y de allí que la norma del artículo 119 de la ley 24522 establezca que los actos “podrán ser declarados ineficaces” a diferencia del artículo 118, que declara que “son ineficaces” los supuestos allí citados.
4. En los supuestos previstos por el artículo 119 de la ley 24522, la actividad probatoria del tercero puede consistir en a) demostrar que del acto reprochable no deriva en concreto el perjuicio, es decir, que el patrimonio no se relaciona causalmente con el daño; b) Que éste no subsista en la actualidad; c) Que el acto se realizó en condiciones normales de mercado, en cuanto a precio, plazo, interés, etc.); que constituyó para el deudor un acto ordinario de su giro comercial, inserto en la actividad normal de su explotación comercial o que la ineficacia del acto no beneficia a los acreedores o, en su caso, d) Que no existen acreedores privilegiados de mejor grado a los cuales el privilegio reputado ineficaz podría desplazar.
5. Si bien la carga de la prueba que debe aportar el síndico concursal cuando deduce la acción revocatoria, como una *conditio iuris* específica para su procedencia, debe ser positiva, rigurosa y convincente, empero, para su comprobación puede valerse de cualquier medio de prueba, inclusive de presunciones, aunque sean simples, si son graves, precisas y concordantes, que sirvan para formar convicción sobre el extremo requerido. Es decir, no exige necesariamente la existencia de un elemento probatorio directo, bastando aportar indicios comprobados y a partir de ellos y por vía de razonamiento lógico y atendiendo al razonamiento de normalidad, extraer las consecuencias que su entidad y concordancia tengan suficiente aptitud para crear en el ánimo del sentenciante, la convicción suficiente acerca del conocimiento que tuvo o debía haber tenido el tercero cocontratante del estado de cesación de pagos del deudor, posteriormente fallido.
6. La prueba del conocimiento del estado de cesación de pagos por el tercero contratante fallido a los efectos de lo dispuesto por el artículo 119 de la ley 24522, debe ser positiva, rigurosa y convincente, pero de acuerdo a la naturaleza del punto a demostrar, no exigiéndose, en la generalidad de los casos, la prueba de un conocimiento terminante y completo, pues éste solo lo tiene habitualmente el deudor.
7. La ley 24522 no impone un conocimiento técnico por parte del tercero respecto de la insolvencia del deudor, sino que, simplemente, dicho tercero sepa o deba saber de las dificultades económicas que enfrenta el deudor. Así, lo que la normativa pretende no es la prueba del conocimiento directo, sino un juego de presunciones o indicios de que el deudor se hallaba in crisis.
8. Uno de los factores relevantes para la procedencia de la acción revocatoria concursal, frente a la simulación, lo constituye la frecuencia en el trato, que debe inferirse de la previa relación entre los contratantes, presunción esta que debe tomarse como indicativa del conocimiento del comprador acerca del estado de la impotencia patrimonial del deudor.
9. No resulta razonable que el adquirente del inmueble de su cocontratante, luego fallido, hubiese entregado dinero a éste el dinero de la operación, y este último hubiese hecho lo propio respecto de la posesión material del inmueble a favor de aquel, en ambos casos con anterioridad a la escrituración de la compraventa y sin haberse firmado boleto de compraventa o instrumento alguno.

CNCom, Sala A, Noviembre 24 de 2008, “Lew Zalmon contra Pérez Andrea Nora sobre ordinario”.

¹⁹ Nto. “Insolvencia societaria”, Ed. Lexis Nexis, Buenos Aires 2007, y *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.

no asumirlo oportunamente y no actuar en la forma que prevé la ley de sociedades, que no puede ser soslayada ni aún en los procedimientos concursales.

Por otra parte también podrán pensar en la promoción de acciones de responsabilidad contra los administradores, indubitadamente los acreedores nacidos con posterioridad al estado de cesación de pagos, pero quizá también los anteriores ante la desatención de los negocios sociales objetivamente relatados por la primera instancia y la apelación fiscal.

Nuestro llamado de atención es para que el mensaje que trasunta este caso no aliente conductas claramente sancionables por el sistema jurídico, afectando no sólo a terceros con daños innecesarios, sino a la misma administración de justicia sometiéndola a trámites y costes que hubieran sido acotados por una adecuada conducta de administradores y socios dentro del sistema societario, incluso en un proceso de liquidación privada.

Son los socios, guiados por los administradores, los que deben adoptar las acciones que les impone la ley societaria ante la crisis o causales de disolución. Ley societaria a la que han recurrido para organizar la empresa. La situación en el caso imponía promover la etapa de liquidación de la sociedad, ante la existencia de causal de disolución. Pero la Cámara omitió ese análisis para limitarse a una visión conforme a la ley concursal sobre si se admite o no la homologación de un acuerdo cuando ya no existe “empresa”.

V – OTROS CRITERIOS DE INTEGRACIÓN PATRIMONIAL.

Con criterio de la eficiencia judicial venimos en comentar el importante decisorio en la causa “02261/1995 Banco Austral S.A. s/ Quiebra s/ Incidente de Revisión (promovido por PORCELLI, Luis A.), donde la Cámara en lo Comercial Integrada por María Elsa Uzal e Isabel Miguez, en ilustrado fallo, revocó la resolución de Primera Instancia en el incidente de Revisión intentado por un acreedor que habiendo operado en Buenos Aires directamente frente al Banco Austral S.A., esta Institución –actuando confesadamente con un contrato de colaboración- lo habría recibido para depósitos en plazo fijo en el Austral Bank International”, lo que motivó el rechazo en primera instancia y luego la revocación con extensos y profundos fundamentos por parte de las dos distinguidas camaristas.

Después de varios años del default del Banco, el cliente obtiene un reconocimiento judicial de su derecho, que posiblemente será difícil materializar económicamente. Pero si bien este es un Banco que no puede pretender un acuerdo judicial, sirve el caso para reflejar otro factor de atribución de responsabilidad que quizá transforme la liquidación ruinosa en exitosa: la aplicación del art. 19 L.S. por “actividad ilícita”.

Entendemos que el fallo de la Cámara se enrola en lo que ha señalado recientemente el Presidente de la Corte, el Prof. Dr. Ricardo Lorenzetti (“Los desafíos de la Justicia” en La Voz del Interior 13 de diciembre de 2009 pag. 10^a) sobre la conveniencia de “tomar decisiones adecuadas y actuar sobre el encauzamiento de la litigiosidad; la orientación del sistema hacia los resultados, es decir, decidir los conflictos, lo que requiere fortalecer las decisiones antes que las tramitaciones y las dilaciones”.

Haremos algunas referencias al correcto decisorio, pero nos entretendremos más en este mismo aspecto, mirando el desenlace que debería tener la actuación bancaria descripta.

1. PRÓLOGO

A un aspecto similar nos referimos en el ensayo QUIEBRA EN EL PAÍS DE SOCIEDAD “EXTRANJERA” (un fallo de la Corte basado en el indirect doing business)²⁰, en el que la Corte había dispuesto que se tramitara la quiebra en nuestros tribunales de la sociedad constituida en el extranjero, que se había desempeñado similarmente. Se trataba del caso Compañía General de Negocios, a quién se le pedía la quiebra, y el Banco a través del cual captaba clientes y depósitos en Argentina: Banco General de Negocios.

Nos preocupaba pues recién se disponía el trámite. No como en el caso que el derecho del acreedor ha quedado reconocido en la medida que lo solicitó. “En los tiempos que corren, el pensamiento procesal civil nacional se encuentra bifurcado entre dos corrientes de signos diversos y hasta diríamos que antagónicos, a los que se ha dado en llamar activismo judicial y garantismo procesal”²¹. En realidad el tema es más grave en materia comercial, donde el incumplidor aparece amparado por un hipergarantismo, con criterios ultraprocesalistas y una suerte de venda para ver la integralidad del problema.

Otro caso emblemático fue el que denominados “Curatola” y al que nos hemos dedicado junto al distinguido jurista Marcelo Camerini²².

2. LIGANDO CASOS. LA CAUSA. LA ACTIVIDAD.

A la par de poner de resalto el fallo de la Corte trataremos de dar algunas pinceladas en torno a otros efectos que generarán los hechos relatados en la resolución y que no podrán ser contradichos, generando incluso resoluciones de oficio como impone nuestra ley societaria.

2.1. En aquél supuesto nuestra Corte, con el voto unánime de sus Ministros ha resuelto el recurso de hecho en la causa “Compañía General de Negocios SAIFE s/ pedido de quiebra por Mihanovich, Ricardo L.” en fecha muy reciente (24/02/2009) revocando el fallo de la Sala “C” de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial confirmatorio del rechazo del pedido de quiebra formulado contra una sociedad constituida en la República Oriental del Uruguay. Habían recurrido el peticionario de la quiebra y la Fiscal General por arbitrariedad al que se sumo la señora Procuradora Fiscal. La Corte dispuso así “procedentes los recursos extraordinarios deducidos y se revoca la sentencia apelada, debiendo dictarse nuevo fallo con arreglo a lo resuelto”. Las instancias judiciales previas habían tenido en cuenta el lugar de constitución de la sociedad y el carácter de acreedor por título o relación generada en el extranjero del peticionante. La Corte miró objetivamente la cuestión –se sacó la venda- y observó la “actividad” de la sociedad, determinando la competencia nacional por la efectividad del lugar de realización de los negocios, pues jurídicamente la sociedad no podía realizar tal actividad en el país de constitución justamente por la estructura societaria elegida, y además se había acreditado que la realizaba en el domicilio legal de un banco “argentino”. De esa “actividad” derivan dos efectos: el de la competencia conforme las previsiones de los Tratados de Montevideo y de la

²⁰ *Doctrina Societaria y Concursal, Ed. Errepar. n° 258 mayo 2009, pág. 523 y ss.*

²¹ PEYRANO, Jorge W. *Sobre el activismo judicial* en libro AAVV “Activismo y garantismo procesal”, Córdoba 2009, Ed. Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, pág. 11

²² CAMERINI, Marcelo A. y RICHARD, Efraín Hugo *El caso “Curatola” y su Irelación con las sociedades de objeto lícito, con actividad ilícita*, en RDCO 2009 B p. 701 y ss.. año 42, Ed. Abeledo Perrot.

ley de sociedades argentina por una parte como lo determina el fallo, y otro el de una actividad ilícita con claras secuencias conforme la legislación argentina.

Remitimos a ese ensayo para ver los comentarios que hemos entresacado.

2.2. Ahora, además de aconsejar la lectura íntegra del ilustrado fallo, repiquemos algunos de los fundamentos de la Cámara al revocar la desestimación de la verificación de créditos.

En el Considerando 5. “Debe analizarse en el marco fáctico de la litis la otra perspectiva ... la responsabilidad que podría caberse al B.A.S.A. (Banco Austral aclaramos) en el marco de las operaciones financieras concretadas por el actor con aquélla, por cuenta y orden de una entidad extranjera que nunca contó con autorización para realizar esas operaciones financieras en territorio nacional... una entidad autorizada por el CCRA –B.A.S.A.- posibilitó a una sociedad extranjera que no contaba con la respectiva autorización –A.B.I. (Austral Bank)- el celebrar operaciones financieras consistentes en la captación del ahorro público, con lo cual el objeto de dicho contrato resultaría ilícito y la concreción de sus efectos un fraude a la ley nacional... 5.1....A través de dicho acuerdo, los contratantes convinieron en el “interés común de ... ahorrar costos y gastos y prestar servicios conforme a los requerimientos de sus clientes, sin tomar en consideración las sedes que sirven de asiento a sus actividades centrales... en prestar su mutua colaboración... 5.2. ... cabe concluir, sin hesitación, en que el contrato de marras incurrió en un ámbito regido en nuestro país por normas coactivas de derecho interno y por principios de orden público que regulan la actividad bancaria y financiera, que resultan indisponibles para la voluntad de las partes, en tanto comprometen y afectan la seguridad y la confiabilidad del sistema económico-financiero del país, sometido al poder de política ejercido por el Estado, a través del BCRA, sobre todas aquellas entidades dedicadas a desarrollar este tipo de actividades... En síntesis, las disposiciones de los Tratados mencionados conducen a que los efectos, las consecuencias y la aplicación del “convenio de colaboración” celebrado entre el B.A.S.A. y el A.B.I. en lo que concierne a la captación de fondos del público con destino a depósitos bancarios como el que fue objeto de la pretensión del actor, se encuentren sometidos al derecho argentino, cuya eficacia territorial es un imperativo que los órganos estatales deben hacer respetar... 5.4. En este contexto, corresponde remarcar que todas las personas o entidades privadas o públicas –oficiales o mixtas- de la Nación, de las provincias o municipales que relicen intermediación habitual entre la oferta y la demanda de recursos financieros en el país se encuentran sujetas a las disposiciones de la Ley de Entidades Financieras (21.526), no pudiendo aquéllas iniciar sus actividades sin previa autorización del BCRA (arts. 1 y 7), exigencia que rige de igual modo para los representantes de entidades financieras extranjeras que pretendan desarrollar esas actividades en territorio nacional (art. 13)...5.5. Conclúyese de todo lo hasta expuesto que el B.A.S.A. , por lo menos en su condición de corresponsal, atendió mediante la facilitación de sus instalaciones y personal- la celebración de operaciones típicamente financieras como fue la captación y eventual colocación de fondos... a una entidad que no contaba con la pertinente autorización del BCRA para llevar a cabo esa operatoria en el país... intervino en una operación expresamente prohibida por las normas coactivas del ordenamiento legal argentino (arts. 1, 7 y 19 de la ley 21.526).

En el considerando 6. para determinar responsabilidad el enjundioso voto se refiere al “hecho ilícito” y al “acto ilícito”, determinándose “la contradicción de la conducta de la demandada con el orden legal que rige la materia. La Ley de Entidades Financieras prohíbe expresamente toda acción tendiente a captar recursos del público

por parte de entidades no autorizadas” enfatizando que “las leyes de los demás Estados jamás serán apliados contra instituciones políticas, las leyes de orden público o las buenas costumbres del lugar del proceso”. Así en el punto 6.6. asegura “En el caso, la fallida, al actuar como corresponsar de una entidad financiera que no contaba con la debida autorización del BCRA, colaboró en la concreción de una actividad que no se ajustaba a la ley que rige la materia (arts. 1, 7 y 17, ley 21526) y que por ello conformó una actividad ilegal” (los subrayados nos pertenecen).

3. OTRO FACTOR DE ATRIBUCIÓN.

Las ilustradas Camaristas describen el vínculo grupal, de control de accionistas comunes, que vincula a ambas sociedades, que sin duda actuaban en interés del grupo, incluso en la “consecución de fines extrasocietarios”, en beneficio de una sociedad constituida por ellos en el extranjero, violando la ley nacional.

A criterio de Julio César Otaegui ello constituye un “grupo de jactancia” que generaría una suerte de sociedad atípica o de hecho que genera la responsabilidad de todos controlantes.

Se trata sin más del factor de atribución de imputación y responsabilidad en el casode daño previsto por el art. 54 ter ley 19550²³.

4. EL INDIRECT DOING BUSINESS

4.1. Pero en el caso el voto de las señoras Camaristas ha tipificado claramente un supuesto de actividad ilícita, o sea contraria al orden público interno, de dos sociedades de un grupo económico. Y la actividad ilícita por parte de sociedades esta claramente regulada por el art. 19 de la referida ley 19.550. A su vez, también hemos considerado actividad ilícita la desplegada en nuestro país a través del indirect doing business, simulando operaciones realizadas en el exterior las que en realidad habían sido realizadas en nuestro país²⁴.

4.2. Volvamos ahora al caso fallado por la Corte, que dio por acreditado que una sociedad financiera constituida en el exterior y que no podía realizar operaciones en ese país, las realizaba en nuestro país bajo la pantalla de un banco local: el Banco General de Negocios S.A..

Se describe así –como en el caso del Austral Bank- el negocio que hemos dado en llamar “indirect doing business”. Este nuevo caso fallado por la Corte nos recuerda el voto de Zaffaroni en el caso Bustos y los comentarios que formalizamos en torno al mismo respecto a la orden al Procurador General de investigar la existencia de una estafa²⁵, de cuya investigación no hemos tenido noticias.

En ese comentario, que motivó que el Congreso sobre Aspectos Jurídicos de las Entidades Financieras realizado en el 2008 en Lomas de Zamora requiriera el estado de la investigación ordenada al Procurador General, recurrimos a “tía Rosa” para apuntar que todo el mundo conoce en las City de cada gran Ciudad que muchos Bancos realizan

²³ No queremos extendernos por lo que remitimos a nto. *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.

²⁴ Nto. *ACTUACION EN EL PAÍS DE SOCIEDAD CONSTITUIDA EN EL EXTRANJERO*, en “Derecho Comercial y de los Negocios II tomos, Editorial Eudeba, Buenos Aires 2007, en Tomo I Sociedades-Concursos, pág.155 a 192.

²⁵ Nto. *Depósitos pesificados: ¿responsabilidad de los bancos? (la denuncia de Zaffaroni y su relación con tía Rosa y Pedro)* en El Derecho Revista del 7 de marzo de 2006 pág. 1 y ss.. En el Primer Congreso Argentino e Iberoamericano de Derecho Bancario, realizado en Lomas de Zamora en el año 2007, ante nuestra comunicación conjunta con la Dra. Laura Filippi, se resolvió por unanimidad requerir a poderes nacionales informe sobre la investigación requerida por el Dr. Zaffaroni. Como casi todas las declaraciones de los grandes Congresos las cuestiones y el entusiasmo se diluye una vez concluido, por lo que ignoramos la repercusión que tuvo esa decisión.

esas operaciones. Esto es de público y notorio, y facilitó la migración de capitales nacionales al extranjero en la inevitable crisis del 2001 por el excesivo endeudamiento público externo.

4.3. Ahora queremos apuntar sobre nuevos factores de atribución que el Juez de la primera instancia podría usar –así también el Síndico de la quiebra del Banco Austral- para ampliar la masa activa o los responsables a una integración patrimonial. Ante estos supuestos –pero también en análisis de la responsabilidad falencial y societaria- cabe apuntar que corresponderá por los antecedentes de esos casos la aplicación del art. 19 LSA atento la actividad ilícita acreditada en ambos casos. Hemos teorizado sobre la aplicación de la sanción por actividad ilícita a la sociedad que opera antifuncionalmente en el mercado²⁶.

La actividad ilícita es sancionada²⁷, y es importante determinar que un acto lícito individualmente puede considerarse, en su reiteración, como actividad ilícita: p.ej. la actividad de intermediación financiera no autorizada²⁸.

La ley de sociedades formaliza un catálogo de ilicitudes en relación a la actividad o al objeto, que otras legislaciones no abordan de igual manera²⁹.

El art. 19 LSA es técnica y doctrinariamente correcto. No procede la nulidad absoluta como sanción. El vicio aparece en la funcionalidad del contrato. Es una forma de desestimación de la personalidad por nulidad. Pero la remisión al art.18 LSA y las consecuencias llevan a la misma conclusión: efecto disolutorio -e iniciación del proceso de liquidación-, responsabilidad solidaria de todos los que no demuestren buena fe, alterando parcialmente las relaciones tipológicas, que -al referirse a la actividad- afectan a los que la cumplieron o aceptaron, y el idéntico efecto de pérdida de los derechos sobre el remanente de liquidación.

En cuanto a la responsabilidad nos permitiríamos identificar el efecto sobre los socios que no demuestren buena fe con las previsiones del art. 54.3 LSA, como hemos señalado precedentemente.

5. DERIVACIONES.OFICIOSAS.

Esa aplicación deberá ser dispuesta de oficio atento los términos de dicha norma, generando la responsabilidad de administradores, socios y fiscalizadores, en orden a la naturaleza de la maniobra, que tiene dos facetas de ilicitud.

²⁶ Nto. *Sociedad en insolvencia y actividad ilícita* en *Doctrina Societaria y Concursal*, Ed. Errepar, Buenos Aires 2004, tomo XV pág. 313.

²⁷ Nto. *La conservación de la empresa* al recibir el Premio Academia, *Anales de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales*. El reconocimiento de la noción "actividad" 1980.

²⁸ Nto. *Banca de hecho. Actividad ilícita Comentario a jurisprudencia "Romeo Anunciada M.E. c/ Peña, Jaime y otras s/ Oredinario"*, pág. 29 *Revista de las Sociedades y Concursos* n° 7 Noviembre Diciembre 2000, con referato, Buenos Aires febrero de 2001.

²⁹ Tales como la francesa, alemana e italiana. En el Derecho Italiano, el Código Civil integra el sistema en el art. 2084, en vez de remitir como lo hace el art. 20 LS a disposiciones de otras leyes. Dicho artículo dispone "Condiciones para el ejercicio de la empresa. La ley determina las categorías de empresa cuyo ejercicio está subordinado a concesión o autorización administrativa. Las otras condiciones para el ejercicio de las diversas categorías de empresas son establecidas por la ley y por las normas corporativas". La ley uruguaya n° 16060 de "Sociedades comerciales, grupos de interés económico y consorcios" del año 1990, aborda la cuestión dentro de la sección IV, "Régimen de nulidades" para los supuestos de los arts. 18 y 20 de nta. Ley de sociedades, y dentro de la sección XIII "De la disolución" el supuesto del art. 19, con particulares notas características que la aparta de nuestras soluciones, pese a haber seguido el sistema de la ley argentina, sus experiencias jurisprudenciales y sus críticas doctrinarias. RICHARD, Efraín Hugo *Actividad ilícita de sociedades* I Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa, Córdoba 1992 tomo II p. 575.

5.1. Quiénes sufran perjuicio por la actividad ilícita en estos supuestos de actuación por o para sociedades constituidas en el extranjero –incluso en temas vinculados a la crisis financiera global- podrían accionar en base a alguno o algunos de los siguientes supuestos de responsabilidad:

a. la de control abusivo bajo la aplicación de la previsión del art. 54 ter LSA, en cuanto dichos actos generan una típica figura de control torpe y abuso de la personalidad jurídica que implica un efecto de imputación aditiva³⁰;

b. la responsabilidad por la existencia del llamado “grupo de jactancia”, suerte de sociedad de hecho que por la mera invocación del grupo implica su responsabilidad ilimitada y solidaria³¹, eventualmente como sociedad atípica no reconocida en nuestro sistema y por ende sociedad devenida de hecho, revelado particularmente por el uso de siglas operativas que no corresponden a una sociedad local, y

c. la actividad ilegal permitiría la aplicación del art. 19 de la ley de sociedades comerciales. Esta norma impone la obligación de acreditar el acto ilegal, su importancia y continuidad, que en la actividad financiera *indirect doing business* es pública y notoria, entrañando efectos más contundentes: liquidación de oficio de la sociedad local por actividad ilegal, con responsabilidad solidaria de todos los socios y administradores, y no sólo de los controlantes³².

En estos casos convergen dos facetas: la actuación territorial de sociedades no inscriptas a través de sistemas electrónicos y la actividad financiera ilícita. A nuestro entender cada una de ellas, independientemente, autoriza la calificación de actividad ilícita y las sanciones consiguientes cuando la actividad principal se desarrolle en el país, por imperio del art. 124 LSA.

5.2. Buenas noticias para mirar alrededor y aplicar para paliar la crisis financiera mundial, evitando los negocios financieros ilícitos que son de público y notorio se realizan en nuestro país, a los que nos venimos refiriendo desde hace muchos años.

Si se comenzara a aplicar este efecto a situaciones a todas luces infractorias, prácticamente desaparecerían las situaciones en zona gris, pues la jurisprudencia cautelar de asesores económicos y jurídicos aconsejarán una inmediata inscripción o cesación de actividad –según los casos-, satisfaciéndose así los objetivos de orden público de la normativa, que no son la sanción sino la publicidad.

La sanción sólo acaece ante los propios actos de la sociedad, sus administradores y representantes, de marginar el sistema jurídico de nuestro país. No se trata de responsabilizar injustificada o exageradamente a administradores y fiscalizadores, sino en acotar actividades claramente ilegales, que con excesiva permisividad se suelen

³⁰ FAVIER DUBOIS (h), Eduardo M. *La desestimación de la personalidad jurídica societaria como límite al globalismo en la Argentina del Siglo XXI*, en *Doctrina Societaria de Errepar* setiembre 2001 p. 249. El uso antifuncional generó un supuesto de desestimación de la personalidad de la sociedad constituida en el extranjero en el caso “Macri, Francisco y otros s/ infracción ley 23771”, fallado por la CFederal de San Martín Sala I 26.4.1994, sosteniendo que la SAFI uruguaya “no es más que un instrumento del que se valió la sociedad controlante para la venta de los vehículos importados al margen del régimen legal de la industria automotriz..a) el presidente de la sociedad controlante es titular del 85% del paquete accionario, b. “la constitución de esta última se hizo con un capital irrisorio....c. los representantes en las asambleas son funcionarios jerárquicos de la terminal automotriz d) la única actividad de la sociedad extranjera consistía en importar a zona franca...”. Las sanciones ante la actividad ilícita aparece como una forma de desestimación de la personalidad.

³¹ OTAEGUI, Julio César *Grupo societario, desestimación y jactancia* en *Doctrina Societaria y Concursal de Errepar* n° 173, Abril 2002 p. 31.

³² Nto. *Relaciones de organización*. Ed. Advocatus, 2ª ed. Córdoba 2002, pág. 279 y ss.

realizar desde hace mucho tiempo como si fueran legales o justificándolas en “requerimientos del mercado”.

Lo importante es la manda legal del art. 19 LSA para aplicar de oficio las sanciones, suerte de penas patrimoniales ante la ilicitud acreditada. El juez de la quiebra deberá advertir el mandato legal, y el síndico deberá coadyuvar en beneficio de todos los acreedores.

Esperamos que esta contribución resulte útil para unirse a la eficiente solución que impusieron las juristas integrantes de la Cámara Comercial.

VI - LA CRISIS DE LA ORGANIZACIÓN SOCIETARIA

Pero el centro de la cuestión pasa sobre una nueva visión de la INSOLVENCIA SOCIETARIA

No hay duda que la situación de insolvencia (cesación de pagos) de una sociedad impone conductas especiales en lo interno de esa organización técnica –incluso al advertirse la magnitud de la crisis-, y su omisión genera efectos en torno a la responsabilidad de sus administradores y eventualmente de sus socios.

Es importante determinar que no siempre las terminologías son inequívocas e idénticas en el derecho comparado al referirse a lo que se entiende por crisis, “zona de insolvencia”, o cesación de pagos o insolvencia.

Una falta de precisión en la conexidad de las normas del derecho societario y el concursal, pueden haber permitido que se pensara sólo en soluciones del derecho concursal cuando una sociedad se encuentra en cesación de pagos, sin perjuicio de imponerse –a veces- la obligatoriedad de convocatoria a asamblea en lo interno.

Correlativamente suelen no tratarse a fondo las soluciones societarias a la crisis, de característica privada y extrajudicial, de “bajo coste”, para la propia sociedad y para la comunidad.

Nuestra posición ha sido siempre la de rescatar que en el derecho societario existen adecuadas soluciones para enfrentar preventivamente la crisis, incluso con soluciones ante la cesación de pagos o insolvencia. Las soluciones concursales o preconcursales serían adecuadas recién cuando aquellas fallaren.

El punto supone una visión particular de los intereses en juego, y de la obligatoriedad de ciertos actos societarios como necesarios para evitar responsabilidades.

Esos actos estarán vinculados a la planificación: constitutiva de los socios, a la patrimonialización o financiamiento para asegurar el cumplimiento del objeto social; y posteriores obligaciones funcionales de los administradores, y cuya omisión implica apartarse de deberes de información y control.

En tal sentido es omisivo recurrir, tempestiva o tardíamente –como es normal en nuestro país-, al concurso preventivo (o acuerdos preconcursales), imponiendo quitas y esperas a los acreedores, sin previamente haber intentado remedios societarios para la “reestructuración de la empresa”.

Las quitas y esperas que aceptan o se imponen a los acreedores implican siempre un empobrecimiento de ellos y un enriquecimiento del patrimonio social en beneficio de sus socios. Recurrir a ello sin exponer un plan de negocios a acreedores e invitarles, como mínimo, a capitalizar sus deudas implica un abuso de derecho y del medio técnico societario.

Tratamos de insistir en que las crisis deben ser asumidas tempranamente, ante los primeros síntomas, en beneficio de los propios socios y –obviamente- de los acreedores.

El derecho de crisis se desenvuelve en hipótesis de inesperadas circunstancias o intervenciones tardías (sobre el punto se ha visto el altísimo costo para Gobiernos y Naciones en la crisis financiera global que se desató en 2007 pero que avizoráramos desde el 2002³³). La mejor y más inteligente formulación de la legislación y la doctrina no puede dar soluciones perfectas cuando ya se ha desatado la crisis, sólo podrá atenuar los efectos catastróficos.

La “conservación de la empresa” implica una acción que debe estar a cargo de alguien. Ese alguien no pueden ser ni los acreedores ni el juez o funcionario concursal, sino los administradores y socios de la sociedad en crisis.

Con esta visión, el salvataje concursal de empresas desarrolladas por sociedades debe avanzar sobre la propiedad de los socios que se desentendieron de las soluciones societarias, intentando un negocio, y de los administradores que no encontraron los caminos previstos en el sistema de organización de su dirigida.

1. PREÁMBULO.

Quizá nuestra posición se considere provocativa, pero esa es nuestra misión, generar controversia y no necesariamente inmediato consenso o coincidencias, pues en el disenso respetuoso y argumentado se irán encontrando argumentaciones que acercarán posiciones e iluminarán las correctas soluciones.

Por otra parte, las soluciones societarias a la crisis e insolvencia se corresponden a una posición tratada por la doctrina italiana y española, quizá esta última encerrada por la rigidez de la nueva legislación societaria, verdadero procedimiento preconcursal, en cuanto a que sus plazos pueden restar creatividad o limitación a la planificación de los administradores para superar la crisis y su puesta en consideración de los socios.

En nuestro rol introductorio pensábamos predisponer para recibir las comunicaciones de los panelistas, pero preparamos esta comunicación escrita describiendo las soluciones propias de la funcionalidad societaria para afrontar la crisis, dentro de nuestra visión privatística y anticipatoria del uso racional de la técnica organizativa societaria.

Al recibir posteriormente algunas comunicaciones hemos tratado de engarzarlas para generar esa predisposición y escuchar los importantes aspectos que ilustrarán los trabajos grupales, pues refieren especiales soluciones preventivas o concursales que se ofrecen en las legislaciones societario-concursales ante la crisis de la organización societaria, o lo que acaece a la sociedad frente a la declaración de quiebra, tratando de superarlas pero introduciendo otros personajes diferentes a los propios de su organización originaria.

La solución intrasocietaria de la crisis tiene menores costes para la propia sociedad y para el Estado al generar un proceso privado, desjudicializado casi sin costes de transacción, que en muchos casos no es usado porque los socios avizoran que pueden perder poder, o que pueden obtener ventajas impensadas a través de la vía concursal. Es paradójico.

³³ Ntos. “El mercado financiero mundial, su crisis y responsabilidad (desde los paradigmas de la empresa a una gran estafa)” en *Ensayos de Derecho Empresario* (de nuestra Dirección) n° 5 pág. 47 a 84, Ed. Fespresa, Córdoba 2009, y “GLOBALIZACIÓN Y CRISIS FINANCIERA: DAÑOS Y RESPONSABILIDAD” en *El Derecho*, lunes 13 de abril de 2009 (globalización financiera crisis preanunciada y responsabilidad). Estos trabajos como los otros de nuestra autoría citados en este ensayo pueden verse en la página electrónica de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba www.acaderc.org.ar

1.1. Nos limitaremos a la funcionalidad de la sociedad ante la crisis, o sea a que deben o pueden hacer los administradores y socios, sin referirnos –salvo tangencialmente- a la responsabilidad frente a los acreedores, a lo que hemos dedicado nuestros esfuerzos hasta imponer el análisis del tema, incluso en el concurso preventivo con acuerdo homologado, logrando importantes coincidencias³⁴.

1.2. Nosotros trabajamos dentro del parámetro que indica el distinguido colega E. Daniel Truffat: *EL DERECHO CONCURSAL EN LOS TIEMPOS DE LA “GRAN CONTRACCIÓN”*, al expresar: “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*³⁵. 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 ³⁶....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 empresa³⁷, si la solución consistiera entre otras medidas en el cambio de titulares). Un concurso rehabilitatorio que no contemple un “sacrificio compartido” sería un abuso. Pero un concurso que intente que todo el padecer recaiga exclusivamente sobre los hombros del vector infectado por cesación, concluirá en un fracaso...³⁸. No es aquí el lugar para debatir sobre la necesidad de

³⁴ Nto. *Insolvencia Societaria*, Buenos Aires Editorial Lexis Nexis, 2007; “ES TIEMPO DE SIEMBRA (Sobre ciertas desintelencias que afirman las soluciones societarias a sus crisis, evitando responsabilidad de administradores)” en *Doctrina Societaria y Concursal de Errepar*, Buenos Aires septiembre 2009.

³⁵ “...Esta teoría amplia del estado de cesación de pagos o insolvencia define este concepto como *el grado de impotencia patrimonial que imposibilita el cumplimiento regular de las obligaciones con los recursos normales del giro comercial*. Sus notas características son la generalidad y la permanencia, ya que debe afectar a todo el patrimonio y no sólo a una parte; también debe ser subsistente y no aleatorio...”, Junyent Bas, Francisco, “El instituto de la quiebra. Procedimientos para su declaración” en *Revista de Derecho Privado y Comunitario* Nro. 11, Concursos y Quiebras –II, pág. 9 [la cita es de página 18]

³⁶ Efraín Hugo Richard, al analizar la situación de las empresas que prosiguen el giro sin patrimonio adecuado, señala: “...La demostración de la ineficiencia de un sistema lo constituyen las sociedades que actuando en cesación de pagos contagian ese estado a los que tengan vínculo con ella...”, autor citado, “Relaciones de organización. Sistema societario”, pág. 171

³⁷ “...Desde que comenzó a emplearse el “método gubernativo” se viene trabajando con un conjunto de ideas que hoy aparecen receptadas por el principio de “conservación de la empresa”. La empresa es mucho mas que los bienes que la integran. La combinación armónica y dinámica de los elementos subjetivos y objetivos (personas, elementos materiales y tecnología) tiene un valor para los particulares y un valor –también- para la sociedad. Maffia ha demostrado que la política de conservación de las empresas socialmente útiles desplazó a la liquidación falencial del lugar prioritario que ocupaba desde su origen...”, Rubín, Miguel E., op ya cít, pág. 27

³⁸ “...A poco que se mire se advertirá que el derecho concursal argentino, antiguamente tan estatista y –al mismo tiempo ritual-, hoy, luego de la durísima experiencia de siete años de un liberalismo que atrasaba cien años en materia concursal, está buscando un quicio que lo ha vuelto a acercar a las hipótesis “convencionales” o “contractualistas”. Sólo que, y el dato no es menor, con jueces atentos que –concientes de un acuerdo de mayorías debe ser mirado con ojos severos para tutelar los derechos de las minorías- recurren libremente a todas las disposiciones que provee la ley sustantiva (en particular civil) para garantizar la transparencia de tales acuerdos y la justicia última de lo pactado en ellos. Es cierto que esto de la “justicia última” puede no pasar muchas veces de una expresión de deseos; porque la

mecanismos de prevención y soluciones “autocompuestas”, básicamente de orden intrasocietario, en los que tanto ha trabajado algún sector de la doctrina argentina –cuyo bastonero ha sido, claramente, el maestro Efraín Hugo Richard³⁹-. Tales posturas, cuyo sentido común y sensatez parecen indisputables, marcan algo así como un “código de buena conducta” para las sociedades en crisis; como un “manual de operaciones”. Ahora cuando tales pasos no ha sido seguidos, o han sido cumplidos de modo insuficiente, o cuando el daño era tan profundo que no había modo de llevar a cabo los pasos del auto rescate; solo queda la técnica concursal⁴⁰”.

Por esa prioridad que marca Truffat sobre nuestra opinión, trataremos de enfatizar y dedicaremos este ensayo a las técnicas extrajudiciales societarias, aplicables aún cuando el daño sea “tan profundo”.

1.3. No existen estadísticas ni referencias de las sociedades –ni de sus correctos administradores- que asumen la crisis dentro de las normas específicas que regulan esas organizaciones. Hemos participado con éxito en esas negociaciones, integrando nuevos socios o acreedores a la propiedad del capital social, como así también participado en liquidaciones poco onerosas, que han satisfecho a los acreedores pese a no cobrar la totalidad de sus acreencias. Esas estadísticas permitirían hacer comparaciones de las superaciones logradas, 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 juicios concursales –preventivos o liquidativos- donde se advierten las conductas extrañas al no haberse intentado los remedios societarios pese a operar muchos años en cesación de pagos, conforme certificación objetiva en el informe general del síndico concursal.

Ford, Chevrolet y otras automotrices se encuentran sujetas desde hace varios años a un plan de reestructuración para afrontar la crisis patrimonial que ellas mismas denunciaron y al que se sujetan con variado éxito. Se acaba de informar⁴¹ algo que ilustra la posibilidad de soluciones exógenas de carácter extraconcursal: “...Alemania respiraba aliviada ayer, después de llegarse a un acuerdo para que la autopartista canadiense Magna, apoyada por capitales rusos, se quedara con Opel, cuya supervivencia estaba amenazada por la inminente bancarrota de su controlante estadounidense General Motors (GM)...”. Apunta E. Daniel Truffat que no se trató de una “pura transacción” mercantil, porque para realizarla el gobierno alemán deberá adelantar la no módica suma de 2.120 millones de dólares a una futura firma fiduciaria,

concuralidad es hija de la cesación de pagos [es decir, de la escasez, de la impotencia], pero parece obvio que la actual directriz está orientada a impedir que el concurso se vea como un negocio de un empresario pícaro que pretende transferir a sus acreedores las consecuencias de sus malas decisiones; y que, por el contrario, aparezca como un modo prudente y racional de socializar el daño, permitiendo a quien (obtenidas quitas, esperas o mutación del objeto de la deuda) se revele como sujeto potencialmente útil –capaz de repagar las consecuencias de ese “pasado” en los términos acordados y de proyectarse al futuro- intentando superar el duro trance de la cesación...”, Truffat, E. Daniel, comunicación al Congreso de Nueva Esparta, Venezuela, 2007, titulada “Brevisimas reflexiones sobre el estado actual del derecho concursal argentino en lo referente al procedimiento preventivo o saneatorio”, publicado en Revista de las Sociedades y Concursos, Año 10, Nro. 50, febrero/marzo 2008, pág. 37 [la cita es de página 44]

³⁹ “...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 la vinculadas a aspectos patrimoniales las de aumento o reintegración del capital social, aumento por capitalización de pasivos, solución esta última que debería anticiparse a la apertura de cualquier concurso, como lo hace la ley concursal de Colombia, vinculando ambas legislaciones. La conservación de la empresa estructurada societariamente es un problema de los administradores y de los socios. Es una cuestión de derecho privado...”, autor citado, “Ensayo sobre axiología del derecho concursal”, en RDCO Nro. 235, marzo/abril 2009, pág. 315 [la cita es de pág. 379]

⁴⁰ Truffat, E. Daniel, “El carácter imprescindible de la concursalidad frente al fenómeno de la insolvencia”, en libro del IIDC, “Cuarto Congreso Iberoamericano de Derecho Concursal”, pág. 289

⁴¹ Diario “La Nación”, ejemplar del día 31 de mayo de 2009, pág. 6.

que es la que transferirá Opel de GM a Magna (la que cuenta con el respaldo del banco ruso Sberbank y de la automotriz rusa GAZ).

Muchas soluciones se han formalizado ante la crisis financiera global que atravesamos usando en general de las estructuras societarias, a través de participaciones en aumentos de capital, cuando no de fusiones o escisiones, incluso con la idea de liquidar alguna de las sociedades generadas por este último procedimiento, con el menor costo social y económico.

Paradójicamente se ha usado la técnica societaria para afrontar la crisis de Aerolíneas Argentinas S.A., con resultados aún muy inciertos, cuando lo que correspondía es precipitar un procedimiento concursal en trámite que hubiera permitido ejercer acciones de responsabilidad a actos dañosos contra el patrimonio social cumplidos desde el año 1992⁴².

2. LA CRISIS ECONÓMICO O FINANCIERA - ZONA DE INSOLVENCIA – INSOLVENCIA O CESACIÓN DE PAGOS.

Las crisis empresarias-societarias siempre se han producido, y las dificultades financieras, económicas o la cesación de pagos –insolvencia- de las sociedades se corresponden al riesgo operativo. Cesación de pagos e insolencia son términos equivalentes en la doctrina y jurisprudencia de nuestro país.

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 contagio⁴³.

Esa corriente ha generado respuestas normativas que autorizan la apertura de trámites concursales, extrajudiciales o judiciales, tempestivos a la aparición de la crisis o ante meros síntomas. Y también legitimando para esa apertura no sólo a la sociedad deudora, sino a otros legitimados –internos o externos a la misma-.

Ello lo es conforme al “bien jurídico tutelado por la legislación concursal”⁴⁴.

El presupuesto objetivo de la aplicación del sistema concursal es la cesación de pagos o su inminencia –dificultades financieras o económicas generales para el acuerdo preventivo extrajudicial-, resultado ello el antivalor.

⁴² Varios trabajos pueden verse en www.acaderc.org.ar

⁴³ 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, tesis política-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 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. nto. *Justicia y Derecho. Insolvencia societaria*: “El incumplimiento voluntario de ciertas obligaciones por un deudor en dificultades financieras puede llevar a la quiebra al acreedor previsor 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.

⁴⁴ nto. *Bien jurídico tutelado por la legislación concursal* en Revista de la Universidad Nacional de Córdoba años 79/80 p. 262.

Ese antivalor autoriza la aplicación de un régimen normativo de excepción que, sin derogar los otros regímenes, impone un sistema de relaciones de organización, de justicia distributiva, en un único procedimiento de concurrencia universal y participación múltiple.

2.1. Ello en aras a la conservación de la empresa, argumento fundamental para la homologación de un acuerdo, pero que suele no tenerse en cuenta por los propios administradores societarios al no asumir las conductas que le marca la ley societaria para paliar la crisis y asegurar la conservación de la empresa, conductas que hoy se encuentran remarcadas por las teorías y códigos éticos devenidos de la “responsabilidad social empresaria” o “responsabilidad social corporativa”.

Consideramos que la cuestión debe ser afrontada conforme la legislación societaria específica, y solucionarse con los menores costes de transacción, en forma extrajudicial y minimizando el daño.

2.2. Llevando la cuestión al justo punto Daniel Roque Vítolo⁴⁵ expresa: “VI. Conclusión. Ha señalado ... Richard que el hipergarantismo lleva a inadvertir las maniobras artificiosas en el seno de sociedades para mantener su operatoria calificándola como *normal* pese a estar en estado de insolvencia. Aquello que Provinciali -recuerda el doctrinario cordobés- señaló como "*ció que segna el con fine tra fisiología e patologia nella vita del patrimonio*", lo que es hoy habitual al señalar los informes generales previstos en el art. 39 del régimen concursal argentino⁴⁶, que el estado de cesación de pagos se produjo -en la mayoría de los casos "hace muchos años..." o al menos en un tiempo bastante más lejano que aquél que ha denunciado el concursado o el fallido; es decir que el patrimonio arrastraba una situación terminal dentro de la fisiología o funcionalidad de la sociedad; posición congruente con la de no requerir a los administradores societarios -como buenos hombres de negocios- la planificaron de la funcionalidad societaria, para no perjudicar a terceros con los que contratan”.

2.3. Continúa Vitolo refiriéndose a la detectación del estado de crisis o “zona de insolvencia”: “Parecería que en nuestro régimen jurídico no habría resistencia para que pudiera acogerse el concepto desarrollado por el derecho norteamericano respecto de la *zona de insolvencia*. La ley 24.522, al igual que su anterior 19.551 aceptó el principio del *estado de cesación de pagos* como presupuesto objetivo para la solicitud de un concurso preventivo o la declaración en quiebra. ... parecería *prima facie* que -dentro de nuestro ordenamiento legal- el *test del flujo de caja (cash flow)* sería el más adecuado para ajustarnos a poder determinar el ingreso de la actividad societaria a la *zona de insolvencia*. Sin embargo, a poco que se profundice el análisis podremos advertir que tanto la incorporación de un concepto amplio, respecto de lo que debe entenderse por estado de *cesación de pagos*, como que el *análisis transaccional* no necesariamente es *revelador* de esa situación sino que sólo puede llegar a serlo, llevan a que -desde nuestro punto de vista se deba recurrir -necesariamente- a los tres análisis simultáneamente: a) balance, b) flujo de caja, y c) evidencia transaccional, para que -de la comparación de los resultados que arrojen los mismos- los administradores de

⁴⁵ “Responsabilidad de los directores al ingresar la sociedad en la zona de insolvencia” en LA LEY 2005-A, 1207

⁴⁶ Justamente a este tema nos referiremos al abrir los trabajos de Comisión en el inmediato “VI Congreso Iberoamericano de la Insolvencia”, a desenvolverse en Mendoza, República Argentina, a partir del 4 de abril de 2009, que puede verse en la página electrónica de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba www.acaderc.org.ar

sociedades comerciales puedan determinar claramente si la sociedad está ingresando o ha ingresado en la denominada "zona de insolvencia" o si, por el contrario, se encuentra fuera de ella".

2.4. La expresión y alcance de la locución "zona de insolvencia" la han usado Barreiro y Truffat en "*Responsabilidad de administradores y representantes en la ley de quiebras: el deber fiduciario de la ley de sociedades, ¿se traslada a los acreedores?*"⁴⁷, citando a Lorente –expresión que no se corresponde a nuestras expresiones vinculadas a la operatoria de sociedades ya en "cesación de pagos"-, donde puede resultar alguna aparente desinteligencia entre nuestras posiciones. Ello pareció manifestarse nuevamente en reciente artículo de Lorente en el libro del Instituto Argentino de Derecho Comercial donde tipifica claramente la "zona de insolvencia" del sistema de los Estados Unidos de América, o sea cuando no se ha generado aun la cesación de pagos. Lo que algún autor de esa procedencia señala como *red flags*, las señales de alerta que anticipan la posibilidad de caer en cesación de pagos. Al hablar de lo que Lorente denomina "zona de insolvencia", eventualmente lo hemos hecho en orden de entender a la sociedad en cesación de pagos (o insolvencia). La zona de insolvencia, sin cesación de pagos que aluden, es lo que nosotros referimos como crisis general económico-financiera.

2.5. Señala Lorente en ese reciente artículo⁴⁸. "La difícil noción de la "zona de insolvencia" se convierte en una cuestión espinosa para los administradores sociales, tanto en Estados Unidos como en Argentina", y ya hemos apuntado las reflexiones de Vitolo sobre ese mismo aspecto.

Sobre este mismo tópico conversábamos hace poco con el jurista rosarino Miguel Raspall⁴⁹, que apuntaba que compartiría con nuestras tesis sobre responsabilidad de administradores societarios en supuestos de insolvencia, si nos refiriéramos a obligaciones contraídas en "zona roja" o sea con cesación de pagos, y no en "zona gris" donde no estaba aún claramente definido ese estado. La conversación introdujo la expresión "zona" en ambos colores. Reafirmamos en ese caso que no pensábamos distinto, que siempre nos referíamos en supuestos de obrar claramente en estado de cesación de pagos, y no de crisis –zona gris (zona de insolvencia para Lorente)- donde se impone la planificación, y sólo podía generarse responsabilidad frente a un obrar doloso y no meramente omisivo.

A su vez, de conversaciones con el distinguido amigo y colega Francisco Junyent Bas sobre estos aspectos, este tratadista entiende que la "zona de insolvencia" no es otra que la recogida por la ley de concursos y quiebras argentina (LCQA) en su art. 174 al extender ciertas responsabilidades "a los actos practicados hasta un año antes desde la fecha inicial de la cesación de pagos", referida a actos cumplidos por "Los representantes, administradores, mandatarios o gestores de negocios del fallido que dolosamente hubieran producido, facilitado, permitido y agravado la situación

⁴⁷ En Doctrina Societaria y Concursal, Octubre 2005, tomo XVII, pág. 1205.

⁴⁸ "Una cuestión difícilísima: definir la zona de insolvencia" pag. 333, n° 3.

⁴⁹ Miembro también del Instituto de la Empresa de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, y lo hacíamos en el marco de las IV Jornadas Concursales Interdisciplinarias del Centro de la República, que organizara esa Academia, el Departamento de Derecho Comercial de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Córdoba y la Fundación para Estudios de la Empresa, 16 y 17 de junio de 2009 (ver "Ensayos de Derecho Empesario" n° 5), donde también se formalizó un homenaje a los Profesores Eméritos y Miembros de Número de esa Academia, fallecidos, Dres. Héctor Cámara y Francisco Quintana Ferreyra. El número de Ensayos fue dedicado a homenajear a Mauricio C. Yadarola, caracterizando así a lo que llamamos la Escuela Comercialista de Córdoba.

patrimonial del deudor o su insolvencia, deben indemnizar los perjuicios causados” (art. 173 LCQA). Esta aguda visión del colega se completa con una visión histórica sobre la reiteración de esta norma en las leyes precedentes del derecho patrio y comparado. Si bien esa responsabilidad en zona de insolvencia se abre sólo en caso de quiebra, significa una adecuada interpretación para cuando corresponda analizar la responsabilidad de administradores por actos cumplidos en cesación de pagos, aunque no medie declaración de quiebra por cuanto lograran homologar un acuerdo.

2.6. Se trata, sin duda, de “las expresiones jurídicas que los juristas usan a diario sin reflexionar demasiado sobre ello”... sin “dar cuenta en la realidad el equivalente semántico”... “En definitiva: El derecho se encuentra íntimamente relacionado con esencias de un mundo trascendente o bien tiene que ver con convenciones sociales... el lenguaje común u ordinario que la gente que usa a diario para llevar a cabo sus diversas prácticas de socialización, difiere diametralmente de aquella jerga que utilizan los juristas para comunicarse. Surge entonces el interrogante: ¿si utilizan discursos diferentes y de muy difícil flexibilidad, como pueden referirse a un mismo objeto?... Se nos hace fácil advertir entonces una clara diferencia entre el conocimiento ordinario que maneja a diario el común de la gente y el lenguaje de los juristas... Hacer uso del lenguaje normativo jurídico presupone una compleja práctica social de instituciones creadoras e instituciones aplicadoras del derecho que comparten en forma concomitante, por lo común, funcionarios legales y ciudadanos, quienes la viven como un plexo normativo y autoritario de patrones públicos de comportamientos que evidencian mediante juicios lingüísticos tales como “es correcto”, “es incorrecto... Esta compleja práctica social que desde ya es cultural y normativa, constituye el *test de criterio de validez* de todo aquello que predicamos como “jurídico” o “jurídicamente”; de allí emana todo el *sentido* por el lado del derecho, es decir, la *significación jurídica*...”⁵⁰.

A esas imprecisiones de nuestras conversaciones y apreciaciones agréguese la terminología proveniente de legislaciones o prácticas foráneas. Apunta Truffat correctamente en torno a la importación de soluciones del “derecho comparado”⁵¹: “... 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*”⁵².

⁵⁰ HART, H.L.A. *Definición y teoría de la ciencia del derecho* en “Derecho y moral. Contribución a su análisis”, trad. Gerardo L. Carrió, Buenos Aires, Depalma; RAMÍREZ, Jorge Alejandro *Esencialismo vs. Convencionalismo. El planteo superador de Hart*, a pág. 99 del Encuentro Nacional de profesores de “Introducción al Derecho” y Teoría General del Derecho”, Vaquerías 2009 – Córdoba, edición de ponencias.

⁵¹ TRUFFAT, E. Daniel *LA ABUSIVIDAD DE LA PROPUESTA Y LA MORALIZACIÓN DE LOS CONCURSOS EN LO ATINENTE –PRECISAMENTE- A LA OFERTA DEL DEUDOR*. citado.

⁵² Cabe apuntar la relatividad de esas normas en el país aunque se invoque el derecho extranjero: “Aún admitiendo que no se haya demostrado en forma apropiada el derecho extranjero alegado en virtud de no haberse aportado el texto material de la ley, lo cierto es que el diferendo suscitado entre las partes y que motiva el litigio debe ser resuelto con sujeción a las indicaciones del derecho nacional, pues resulta inaceptable que una contienda culmine con el rechazo de la demanda por inexistencia de un ordenamiento jurídico. Bajo el régimen de la ley 22.434 el Juez tendrá, ahora, siempre, una ley para aplicar en el proceso; normalmente será la nacional y como excepción la extranjera, a condición de ser alegado por los justiciables, y su adecuación a nuestro régimen. No existirá problema de carga de la prueba, pues el magistrado deberá concederla. CAMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO COMERCIAL, Sala C CREDIT SUISSE c/ COREN SCA s/ ORDINARIO SENTENCIA del 21 de Abril de 1989 SAIJ (Sumario. N0002556). En estos supuestos ni siquiera se da la situación que comenta BOGGIANO, Antonio “Curso de Derecho Internacional Privado”, pág.194/5: Cuando se trata de aplicar derecho extranjero, “...Hay que decidir el caso tal como lo solucionaría el juez del país cuyo derecho sería aplicable si tuviese jurisdicción (*foreign court theory*). Hay que imitar la probable sentencia del juez extranjero...Ello conduce a pensar que el juez extranjero, muy probablemente tomará en cuenta y aplicará aquellas proposiciones jurídicas definitorias que desarrollan conceptos de los tipos legales o las consecuencias jurídicas...Todas las clasificaciones normativamente relevantes del derecho extranjero han de ser tenidas en cuenta, como seguramente lo haría el juez del sistema foráneo...”.

2.7. 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 señales tales como 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).

Expresa Vitolo en su referido trabajo: “La primera pregunta que todos los directores deben hacerse es ¿cuáles son los criterios utilizados para determinar cuándo una sociedad ha entrado en la zona de insolvencia (también referida como cercanía de insolvencia o insolvencia de hecho)? III. 2. *Las pruebas de insolvencia*. Los tribunales americanos han reconocido tres pruebas financieras generales para determinar si una sociedad se encuentra dentro de la *zona de insolvencia*. Si a una sociedad determinada se aplica cualquiera de ellas, y el resultado es negativo, podrá concluirse -a juicio de dichos tribunales- que la misma ha entrado en *zona de insolvencia*. a) *La prueba del balance* La primera de las pruebas es referida -habitualmente- como la *prueba del balance*. Según ésta, una sociedad ha entrado en la zona de insolvencia cuando su pasivo supera su activo. Esta es una prueba directa -y simple- que muchos tribunales han adoptado. b) *La prueba del flujo de caja (cash flow)* La segunda es una simple prueba de flujo de caja. Básicamente, cuando una sociedad no puede pagar sus deudas a medida que éstas se vuelven exigibles, ha entrado en zona de insolvencia. c) *La prueba del análisis transaccional*. Finalmente, la tercera prueba es un análisis *transaccional*. Cuando una sociedad realiza una transacción de la cual resulta un irrazonable -por pequeño- remanente de capital en dicha sociedad y ésta enfrenta un razonable riesgo de insolvencia, ha entrado en la zona de insolvencia d) *Interacción entre las pruebas*. Cada prueba representa una investigación intensiva de hechos por parte del directorio. Si éste, luego de examinar los medios financieros de una sociedad o el impacto de una potencial transacción, determina que la sociedad no supera cualquiera de las tres pruebas, debe concluir que ésta ha entrado en la zona de insolvencia; aunque esto no determine que la sociedad sea -realmente- insolvente, o que posteriormente se la declare en quiebra”.

2.8. Adviértase que esas señales coinciden con la generación de causales de disolución de la sociedad: en el balance un pasivo mayor que el activo la causal de pérdida del capital social, un flujo de caja inadecuado para atender las obligaciones ordinarias se suma a lo anterior para tipificar la causal de “imposibilidad sobreviniente de cumplimiento del objeto social”.

2.9. A su vez, en el trabajo referido- enfatizamos: Debemos apuntar que la jurisprudencia americana sobre la que alerta Lorente las diferenciaciones, no es ajena a ambigüedades⁵³. A ello debe sumarse las referencias terminológicas. 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 que se cita 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.

⁵³ ANDRELLI, G. *Doveri di controllo degli amministratori e crisi finanziaria: una decisione della Chancery Court del Delaware* en *Rivista delle Società*, anno 54°, 2009, marzo-giugno pág. 579.

Se verá que la cuestión es bien distinta a la que perfila nuestro art. 59 LSA⁵⁴, o sea a los factores de atribución de culpa y dolo. La jurisprudencia de Delaware –traída al comentario– 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 control⁵⁵.

2.10. Parecería que en ciertos casos puede ser difícil distinguir “zona de insolvencia” de cesación de pagos. No debería serlo para los administradores mismos de la sociedad del caso.

Vitolo amonesta sobre el punto continuando sus conclusiones “Advertido esto, dentro de las pautas de conducta que se marcan en el art. 59 de la ley 19.550, *los administradores deberán tomar muy en cuenta los caminos a seguir, ya que su pasividad, tolerancia o la decisión expresa de continuar operando en la zona de insolvencia -sin tomar medidas específicas respecto de ello-, resultarán -necesariamente- elementos generadores de responsabilidad dentro de ese marco tan atípico cual es la responsabilidad societaria*; en especial en el caso de los directores de sociedades anónimas donde la responsabilidad deviene del carácter solidario con que la ley imperativamente sanciona a los integrantes del órgano de administración. Del mismo modo, cuando la conducta en este sentido adquiera carácter doloso, las responsabilidades concursales pertinentes también resultarán aplicables”.

2.11. Esas manifestaciones patrimoniales implican el mayor conflicto pues involucran la propia existencia de la sociedad al generarse causales de disolución que precipitan la etapa liquidatoria.

Abundando remitimos a lo expresado en el trabajo *ES TIEMPO DE SIEMBRA (Sobre ciertas desinteligencias que afirman las soluciones societarias a sus crisis, evitando responsabilidad de administradores)*⁵⁶.

Advertida la situación de crisis, imposible de soslayar por un administrador societario –buen hombre de negocios–, debe con diligencia actuar para paliarla –planificando⁵⁷–, llevando la cuestión a conocimiento y decisión de los socios⁵⁸, quienes 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

⁵⁴ 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 nto. “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.

⁵⁵ Citigroup Inc. Shareholder Derivative Litigation, 964, A ed 206 (Del. Ch. 2009). Si los administradores han organizado un adecuado sistema de control interno.

⁵⁶ En Doctrina Societaria y Concursal, Ed. Errepar Buenos Aires septiembre 2009.

⁵⁷ RICHARD, EFRAÍN HUGO *Insolvencia societaria*, Ed. Lexis Nexis, Buenos Aires 2007; 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

⁵⁸ Supuestos extraordinarios pueden imponer que sean los mismos administradores quienes deben tomar la resolución, como en megaempresas con gran dilución del poder. Pero en tal caso serán los administradores los que decidan la capitalización u otra medida extraordinaria, sin perjuicio de la oportuna ratificación.

del negocio, capitalización del pasivo⁵⁹ 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 aún de resolverla cuando ya se hubiera producido la cesación de pagos.

Ante la crisis un buen administrador debe intentar afrontarla, con una planificación informal o formal, un faro. Y que si continua contratando en cesación de pagos (zona de cesación de pagos), asume responsabilidad frente a esos acreedores. En este aspecto aparece total coincidencia.

3. CAUSALES DE DISOLUCIÓN DE LAS SOCIEDADES.

Formalizamos una aproximación a las previsiones normativas societarias, sobre lo ya que hicimos una referencia al examinar casos.

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 lo señalaba R. Franceschelli⁶⁰. 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.

3.1. Encontramos esta construcción en la legislación colombiana: El art. 10 de esa ley de Insolvencia Empresaria dispone en el art. 10 entre los presupuestos de admisión del proceso de reorganización “1. No haberse vencido el plazo establecido en la ley para enervar las causales de disolución, sin haber adoptado las medidas tendientes a solucionarlas”, a su vez impone en la solicitud de admisión (art. 13ª) “4. Memoria descriptiva de las causas que lo llevaron a la situación de insolvencia. 5. Un flujo de caja para atender el pago de las obligaciones. 6. Un plan de negocios de reorganización del deudor que contemple no solo la reestructuración financiera, sino también organizacional, operativa o de competitividad conducentes a solucionar las razones por las cuales es solicitado el proceso, cuando sea el caso”, y concordantemente como efecto de la admisión en el art. 23 se genera “Suspensión de la causal de disolución por pérdidas “Durante el trámite del proceso de reorganización queda suspendido de pleno derecho, el plazo dentro del cual pueden tomarse u ordenar las medidas conducentes al restablecimiento del patrimonio social, con el objeto de enervar la causal de disolución por pérdidas. En el acuerdo de reorganización no deberá pactarse expresamente la forma y términos cómo subsanarán dicha causal, incluyendo el documento de compromiso de los socios, cuando sea del caso”.

Ello es congruente con el bien jurídico de eliminar el estado patrimonial que afecta el desarrollo y conservación de la empresa.

La continuidad de la actuación de la sociedad sin afrontar la eliminación de las causales de disolución, genera la responsabilidad de administradores, que “puede serle extensiva a los socios si lo consintieron o beneficiaron con ello”⁶¹.

3.2. Conforme a ello, el derecho societario debe brindar adecuadas tutelas -y así lo hace- para que la sociedad pueda cumplir su objeto, elemento contractual en cuyo

⁵⁹ Porque es un camino llamar a los acreedores para dar una solución coherente y dejar en manos de éstos la empresa que no saben conducir –o no pueden- socios y administradores, o incorporarlos a los riesgos de la misma con un plan sustentable.

⁶⁰ *L'apprendistas stregone, l'elisir di lunga vita e l'impresa immortale* en Giur. Comm. 1982 I p. 575 y ss.

⁶¹ ROITMAN, Horacio y colaboradores *Ley de sociedades comerciales. Anotada y Comentada* Editorial La Ley, Buenos Aires 2006, tomo II pág. 491.

cumplimiento convergen y se subsumen los intereses individuales de los socios y que sirve para objetivar el mal llamado interés de la sociedad⁶² como forma de materializar la "idea de empresa", generando un límite de imputación a la persona jurídica por la actuación de sus socios o representantes (art.58 LS), y determinando causales de disolución (art.94 LS)⁶³. Así lo sostiene Araya⁶⁴.

3.3. Al estar una sociedad sobreendeudada, particularmente comprometido su pasivo corriente, frente a las disponibilidades del activo corriente o de los flujos de caja, podemos sostener que la misma se encuentra en crisis, dentro de los parámetros en que hemos citado a Vitolo..

Normalmente se equipara a una infracapitalización material, no formal, pero el problema es siempre patrimonial⁶⁵.

Un deber inmediato de los administradores debería ser determinar la profundidad de la crisis, si la misma se mantendrá, y la comunicación a los socios, que desde el punto de vista del análisis económico del derecho, de la metodología de la relación costo-beneficio es probable que no arriesguen 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. No hacerlo implica faltar a su deber de buen hombre de negocios. Aquí el riesgo del "negocio del concurso" apuntado por Truffat

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.

De todo ello resulta la necesidad de que los administradores respondan a la sociedad más que a los accionistas, particularmente ante la crisis, pues deben tutelar el patrimonio para satisfacer a los acreedores, y a los demás intereses afectados por el giro empresarial. Volveremos al tema de los intereses tutelados ante la crisis.

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

3.4. Desde la organización societaria esas crisis se vinculan casi indisolublemente a causales de disolución para abrir la etapa de liquidación, que recogen las diversas legislaciones específicas:

- a. Infracapitalización por falta de capital original constitutivo o devenido en la funcionalidad de la sociedad, implicando la causal de pérdida del capital social..
- b. Infrapatrimonialización, generada normalmente por la infracapitalización, pero en otros casos por un patrimonio inadecuado para el desenvolvimiento de la sociedad y un sobreendeudamiento –causal de pérdida del capital social-, y
- c. Imposibilidad sobreviniente de cumplimiento del objeto social (cause de scoglimento... pero la sopravvenuta impossibilitá di conseguirlo), que implica –a veces acumulativamente- la de pérdida del capital social.

⁶² ETCHEVERRY, Raúl Aníbal "Empresa y objeto social", en RDCO año 15 p. 781 y ss.; COLOMBRES, Gervasio *Curso de Derecho Societario*, Buenos Aires, 1972, p. 116.

⁶³ Conf. nuestro *Conservación de la empresa*, mayo de 1981, en *Anales de la Academia Nacional de Derecho de Córdoba*, t. 25 p. 107 y ss.

⁶⁴ ARAYA, M.: "La función preconcursal de la pérdida del capital social", en *Ensayos de Derecho Empresario* N° 3, Director: E.H. Richard, p. 247 y ss., FESPRESA, Córdoba, 2007.

⁶⁵ PORTALE, Giuseppe B. y COSTA, Concetto "Capitale sociale e società per azioni sottocapitalizzate: le nuove tendenze nei paesi europei", pág. 133 y ss..

Frente a la crisis en la República Argentina, una ley de emergencia en el 2002 dispuso que la pérdida del capital social, o su disminución, no imponía la disolución de la sociedad⁶⁶, pero no se eliminó la norma que imponía la liquidación o capitalización de la sociedad ante la imposibilidad sobreviniente de cumplimiento del objeto social (art. 94 inc. 4º LSA), tema que fue soslayado en la experiencia concursalista. Con el mismo criterio, ahora ante la crisis se ha formalizado una reforma legislativa en Alemania (el 20 de octubre de 2008): la “Ley para la estabilización del mercado financiero” introduciendo un cambio muy importante al no imponer la presentación en concurso por sobreendeudamiento en “aquellos casos en los que la continuidad de la empresa es, bajo todas las circunstancias, bastante probable (o verosímil)”. En situación semejante a la posibilidad de continuación de la empresa o sea consecución del objeto social, imponiendo este análisis a administradores y socios de control, como acaece en toda la legislación societaria mundial.

Una correcta lectura permite advertir que los administradores deberán formular un plan de negocios sobre la viabilidad de la empresa o sea sobre la posibilidad de cumplimiento del objeto social, obligación insoslayable en cualquier momento⁶⁷, como insistiremos.

3.5. Como resumen podríamos acentuar que ante la crisis societaria puede generarse casos de responsabilidad de los administradores si actúan omisivamente – incluso al no poner la cuestión en manos de los socios-.

Justamente la Exposición de Motivos de la ley 22/2003, de 9 de julio, concursal del Reino de España, señala en el punto I “predominio de determinados intereses particulares en detrimento de otros generales y del principio de igualdad de tratamiento de los acreedores, con la consecuencia de soluciones injustas, frecuentemente propiciadas en la práctica por maniobras de mala fe, abusos y simulaciones, que las normas reguladoras de las instituciones concursales no alcanza a reprimir eficazmente”, remarcando en II “El deudor tiene el deber de solicitar la declaración de concurso cuando conozca o hubiera debido conocer su estado de insolvencia; pero tiene la facultad de anticiparse a éste”.

Se apunta a la diligencia de los administradores societarios, particularmente, el no seguir operando en un estado de crisis que ha de desembocar en la insolvencia, usando de remedios concursales, aunque –agregamos- debemos suponer que se intentaron los remedios societarios –lo que en la práctica no ocurre pues ellos mantienen un principio de equidad del que puede zafarse en los procesos concursales en detrimento de los acreedores con enriquecimiento de los socios de la insolvente. Esto último es el eje de este ensayo.

Centrando: ellas deben ser las del derecho societario, adecuadas para resolver la cuestión y de menor costo.

4. INTERESES A TUTELAR.

Hay que poner en claro que se quiere proteger, si a la empresa en general, la seguridad jurídica, a los administradores o únicamente a la empresa en problemas.

⁶⁶ RICHARD, Efraín Hugo *Pérdida del capital social en la emergencia económica (un comentario al decreto 1269/02 de necesidad y urgencia)* en Semanario Jurídico, n° 1379 19 de septiembre de 2002 p. 225 y ss..

⁶⁷ RICHARD, Efraín Hugo *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.

Se trata, a la postre de situaciones de desequilibrio que ponen en peligro la supervivencia de una organización⁶⁸, de una sociedad. Desequilibrios quizá transitorios que pueden llegar a la permanencia del estado patrimonial.

4.1. En un trabajo del maestro Héctor Alegría *Diálogo de economía y derecho y convergencias culturales y sociales en la insolvencia*⁶⁹, en el último capítulo, al referirse a los administradores de las sociedades en crisis, tiene a bien hacer una condescendiente referencia a algunos de nuestros 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 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”.

Ello (sin ser textual) representa nuestra posición ante el evidente apartamiento de esas conductas que resultan de informes generales en concursos preventivos que apuntan cesaciones de pago de larga data –como concuerda Vitolo- 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-. Esa forma de administrar debe serlo desde la constitución de la sociedad.

Sigue el distinguido jurista “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”.

Hemos tranquilizado al distinguido amigo. En forma alguna 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, si se aparta de ese interés social, o si no adopta las medidas tendientes a su cumplimiento, frustrándolo indirectamente⁷⁰. Concretamente debe poner la cuestión en manos de los socios, presentándoles algún plan para afrontar la crisis. Es el mismo criterio previsto por Alegría en el año 1983⁷¹ al pergeñar las soluciones regladas en los hoy derogados arts. 125.1/125.2 de la ley 19551, que sometían la validez de los actos a la razonabilidad

⁶⁸ 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.

⁶⁹ Diario La Ley del 9 de mayo de 2007 pág. 1 a 10.

⁷⁰ La preocupación es similar a reparos que nos formalizan los Dasso 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 la primer polemica con Truffat, acompañado de Barreiro, en *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*, Ed. Errepar, Octubre 2005, tomo XVII pág. 1205, que contestamos adhiriendo y tranquilizándolos en *Está lloviendo. ¡Se acabó la sequía!*, en “Doctrina Societaria y Concursal”, Ed. Errepar, Buenos Aires diciembre 2005, n° 217, tomo XVII pág. 1532. 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.

⁷¹ Una formula eficaz que evitaba su análisis inmediato, pero que abría la posibilidad de atacar actos, y sin duda generar responsabilidad, ante su insensatez, generada por la Comisión integrada por Alberti, Alegría, Farina, Quintana Ferreyra y Obeid.

de un plan, juzgado recién al fracasar pero con la óptica de ser descartable a la fecha de su presentación.

4.2. Particularmente en orden al conflicto de intereses que se genera en lo interno de la sociedad, en su dimensión contemporánea para la gran empresa, entre el interés de los socios, de los partícipes –previstos en la nueva legislación italiana y no descartable en el sistema jurídico argentino- y los obligacionistas como inversores institucionales u otros acreedores, se pone el énfasis en las obligaciones de los administradores, respecto a los procedimientos decisionales y organizativos diseñados *ex ante*⁷².

¿Que intereses deben tutelarse frente a la crisis de una organización empresarial-societaria? Vitolo -en el trabajo que nos atrapa- da respuestas que copiamos: “*III. 3. El problema de los intereses representados en la visión del common law.* Una vez que el directorio ha determinado que la sociedad está en zona de insolvencia, la segunda pregunta que deben hacerse los administradores -en el caso de las sociedades anónimas los directores- es ¿qué obligaciones fiduciarias se deben y a quién? En general, en derecho societario norteamericano, el directorio de una sociedad solvente sólo tiene una obligación fiduciaria para con sus accionistas a fin de maximizar las ganancias y su valor. Por ejemplo, el Tribunal Concursal del Distrito Norte de Illinois, dispuso que los directores de las sociedades solventes únicamente deben obligaciones fiduciarias a los accionistas ya que son realmente éstos los dueños de la sociedad y el manejo de los activos societarios se encuentra a cargo de los directores. También el tribunal Judicial de Delaware reconoció la regla general referida a que los directores no tienen obligaciones con los acreedores más allá de los términos contractuales relevantes, no existiendo circunstancias especiales tales como la insolvencia. El motivo fundamental de la obligación para con los accionistas es que los acreedores celebren contratos con las sociedades sobre los cuales se basan sus reclamos. Por lo tanto, por definición, una sociedad *solvente* es aquella que cuenta con la capacidad de satisfacer sus obligaciones monetarias contractuales y se presume que los acreedores se encuentran protegidos por los términos de los derechos que emanan de los contratos celebrados con aquélla. Por otra parte, los accionistas dependen de la habilidad gerencial del directorio para lograr un recupero de sus inversiones y consecuentemente la ley le impone a éste un deber fiduciario para con los -según ella "vulnerables"- accionistas”. Sigue Vitolo “Sin embargo, cuando se determina que una sociedad está en zona de insolvencia, los acreedores ya no pueden confiar en lo que establecen sus contratos para asegurar el pago de sus créditos pues, más allá de la letra o el espíritu del instrumento o de la convención, aparece un nuevo elemento cual es el que la sociedad deudora resulta impotente para hacer frente a sus obligaciones en forma regular. Por lo tanto, cuando una sociedad entra en la zona de insolvencia, el *common law* tiene bien establecido que los deberes fiduciarios del directorio varían para incluir -entre ellos- *la preservación de los activos de la sociedad para beneficio de los acreedores*; un elemento que -hasta ese momento- no se encontraba entre aquellos a ser evaluados por los directores de la sociedad deudora en la conducción de sus actos de administración ordinaria del negocio....Otro motivo para el cambio en los deberes fiduciarios del directorio es la potencial conducta oportunista en tiempos de insolvencia. Tal conducta puede incluir la venta de bienes a precios de liquidación y la irrazonable asunción de riesgos por parte del directorio. En efecto; los tribunales han advertido que la posibilidad de cercana insolvencia puede provocar acciones curiosas para crear incentivos, exponiendo a los

⁷² CHIAPETTA, Francesco *Finanziamento della società per azioni e interesse sociale* en Rivista delle Società anno 51° / 2006 pág. 668 y ss..

acreedores a riesgos de conductas oportunistas como las de apostar con el dinero de los demás, bajo la figura de la *traslación de riesgos*; es decir, cuando los accionistas dejan de tener un valor real respecto de sus derechos sobre el capital, porque han sido desplazados en tal interés por los acreedores, la operación de la sociedad se efectúa sobre la base de la asunción de eventuales pérdidas sólo por los acreedores sociales. Por el contrario, la eventual ganancia, redundará en beneficio de los accionistas si el *equity* se nivela y se torna positivo. El cambio de deberes en el momento de ingresar en la zona de insolvencia -entonces- apunta a proteger a los acreedores y a asegurar la conservación de los activos sociales”.

4.3. ¿Interés de los socios, interés de los acreedores e interés en la conservación de la empresa como tutela de los múltiples intereses que en ella convergen?

La continuidad de la empresa, satisface intereses generales convergentes, incluso de los acreedores, sin descartar los de los socios, como son los de los trabajadores y los de la comunidad donde se inserta la actividad en riesgo.

Afrontando la crisis se tutelan múltiples intereses, específicamente la conservación de ese patrimonio y de la empresa –con o sin sus administradores originarios-, la estructura formal organizativa, la consistencia del patrimonio como prenda común de los acreedores, una fuente de puestos de trabajo y la satisfacción de la comunidad donde la actividad esta instalada, conforme aconsejan las reglas éticas de la RSC..

4.5. Descartada la liquidación societaria o por quiebra, debe enfrentarse el problema, o sea el antivalor: la incapacidad patrimonial generada por múltiples problemas que genera la insolvencia causal de disolución por imposibilidad sobreviniente, para asegurar la conservación de la empresa.

La conservación de la empresa estructurada societariamente es un problema de los administradores y de los socios⁷³. Es una cuestión de derecho privado. Obviamente que tal reorganización podría ser asumida directamente por la sociedad o, posteriormente –con mayores costes- en una propuesta de acuerdo preventivo extrajudicial o judicial⁷⁴.

Se justifica el principio de conservación de la empresa a través del método indirecto de conservar la sociedad, removiendo la causal de disolución a fin que pueda seguir cumpliendo el objeto, forma de darse la empresa y su conservación, al entender que existen intereses superpuestos al de los socios y de sus acreedores, cual son los empleados, la organización del mercado, la riqueza nacional, la comunidad donde esta inserta la empresa, etc.. El derecho societario brinda adecuadas tutelas para que la sociedad pueda cumplir su objeto, elemento contractual en cuyo cumplimiento convergen y se subsumen los intereses individuales de los socios y que sirve para objetivar el mal llamado interés de la sociedad⁷⁵ como forma de materializar la "idea de

⁷³ *La conservación de la Empresa* en Anales de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba tomo XXV pág. 107 y ss. correspondiendo a mi comunicación en ocasión de recibir el Premio Academia en el año 1981; *Los administradores societarios y la insolvencia* RDCO n° 203 pág. 553 y ss., entre otros que pueden verse en la página electrónica de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba www.acader.unc.edu.ar. MICELLI, Maria I. *Los nuevos concordatos irrisorios. El delicado equilibrio entre la conservación de la empresa y la protección adecuada del crédito* en Derecho Concursal Argentino e Iberoamericano, cit., t. II pág. 631 y ss..

⁷⁴ Recordamos en vigencia de la ley 11.687 el concurso preventivo de Francisco Porchietto S.A., en la Ciudad de Córdoba, patrocinando por un distinguido jurista, donde se propuso esa solución, la que fue aprobada, y, con posterioridad, ante la liquidación adoptada por la Asamblea de accionistas, una buena realización de bienes llevó al pago del 70%.

⁷⁵ ETCHEVERRY, Raúl Aníbal *Empresa y objeto social*, en RDCO año 15 p. 781 y ss.; COLOMBRES, Gervasio *Curso de Derecho Societario*, Buenos Aires, 1972, p. 116.

empresa". La legislación de Grecia impone considerar, ante la crisis, los intereses de la sociedad. Igualmente la del Estado de Israel. En Sudáfrica si los directores de una sociedad continúan obteniendo crédito cuando son conscientes de que la sociedad no puede para sus obligaciones, pueden ser responsables en forma personal por las deudas de ésta. Los directores deben también un deber general de actuar en el mejor interés de la sociedad.

En Inglaterra, el director de una sociedad es responsable de la operatoria diaria de la actividad comercial y como tal, tiene bajo su control la administración de los gastos y de las transacciones de la actividad. Los directores tienen un deber principal de diligencia para con la sociedad. Existe una obligación específica de actuar en el mejor interés de la sociedad y de minimizar cualquier pérdida para los acreedores.

El problema de la empresa debe verse externamente y no internamente. La apreciación debe ser genérica para tutelar la empresa como organización económica, limitando los efectos externos de su cesación de pagos y permitiendo que, en ese contexto, la "empresa" pueda solucionar su problema.

4.6. Es como un problema ecológico: si es disvalioso el operar en estado de cesación de pagos, importando incluso una causal disolutoria de una sociedad, debe evitarse la contaminación a otros y reducirse el foco contaminante, que de actuar tarde ya no podrá ser "salvado".

En momentos que legislación y posiciones, nacionales y extranjeras, marcan la tendencia a desjudicializar o privatizar el sistema del derecho concursal, o mejor dicho de prevención, parece adecuado reiterar nuestra posición con la aplicación de principios y normas del derecho societario, sin costes de transacción.

Siguiendo esas nuevas tendencias hay que educar a los acreedores, particularmente los no informados, para que asuman la participación e incluso la conducción de la empresa –como reflexionaremos más adelante-, reemplazando a administradores ineficientes que no queriendo asumir oportunamente la crisis contrataron dolosamente con ellos.

El análisis no debería centrarse en el concurso, sino en la etapa preconcursal de la funcionalidad societaria.

4.7. Debe buscarse en la propia ley de cada país los principios rectores, los valores protegidos, la axiología concursal, para evitar desbordes que lleven a resultados no queridos, como el apuntado enriquecimiento sin causa y a la alteración de derechos de terceros a través del contrato, como se ha visto en el derecho argentino.

¿Cuáles son los deberes del administrador si la sociedad es patrimonialmente inepta para el cumplimiento del objeto social? Deberá someter la situación orgánicamente a consideración de los socios. La sociedad es un sujeto de derecho – persona jurídica- que el sistema jurídico entrega (como técnica de organización) para que los fundadores de una empresa puedan generar un centro de imputación autogestante⁷⁶ y con responsabilidad limitada. Esa funcionalidad es el bien jurídico tutelado por el sistema societario, que otorga a la autonomía de la voluntad la capacidad jurídica de concebir personas jurídicas. Así aparece fundamental la tutela de la propia sociedad. A su vez se ha venido gestando la tutela de los acreedores no informados a

⁷⁶ Centros de imputación no autogestantes lo constituyen los patrimonios destinados a un específico negocio incorporado en Italia (BIANCA, Mirzia *La reforma italiana al régimen de sociedades comerciales* LL 20 junio 2005), y que se encuentran regulados en la mal llamada sociedad accidental o en participación en el art. 361 de la ley de sociedades argentina.

través de la información, perfilando claramente lo que son las obligaciones de los administradores⁷⁷.

4.8. Los problemas concursales -o de crisis de empresa- no deberían solucionarse siempre dentro de la legislación concursal, y la problemática de la reparación de los acreedores debe ser afrontada integrando el análisis con las normas sobre responsabilidad general contenidas en el Código Civil y las específicas de la ley societaria⁷⁸, como forma de 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.

Si se concursa una sociedad será advertible si administradores y socios han protegido o no a la empresa, pues sin duda la situación se agravó, y lo que hubiera podido afrontarse con una mera espera de un año –como era normal en décadas anteriores-, se plantea en una donación del pasivo a favor del patrimonio de la sociedad, o sea en beneficio directo de los socios que usaron peligrosamente de la técnica societaria.

4.9. El interés a tutelar esta vinculado a una axiología de la empresa y de los sistemas jurídicos societario y particularmente el concursal como solución residual.

Sobre la axiología de la crisis nos hemos expedido⁷⁹: el valor es restituir a la empresa –o la sociedad- su viabilidad funcional..

El valor (principios, estándares, bienes, objetivos, reglas con exigencia de justicia, equidad) a proteger a través del sistema jurídico de crisis económico-financiera no es el patrimonio para su valor de reparto (o adjudicación) sino evitar la disociación del mismo en cuanto conjunto de bienes organizados para el cumplimiento de un objeto –causa del negocio de organización-.

“El principio de conservación de la empresa como razón de orden social y en especial en lo atinente al mantenimiento de las fuentes de trabajo y de riqueza, constituye un presupuesto insoslayable en una interpretación finalista de la ley. Dicho de otro modo, sin actividad o –cuanto menos- potencial efectivo y evidente para el giro, no habría empresa que tutelar, ni fuente de trabajo que conservar”. Esta frase de Lidia Vaiser ilumina la cuestión.

Esta referencia a la empresa acota también la reflexión en torno a concursos de sociedades que desenvuelven un objeto social como empresa, sumado a concursos de organizaciones con actividades que se entienda conveniente conservar –entidades deportivas, sociales y/o comunicacionales), con clara distinción de otro grupo de

⁷⁷ SPOLIDORO, Marco Saverio “Il capital sociale”, en “Il Diritto delle società per azioni: Problema, Esperienze, Progetti” collana della Rivista delle Società, Ed. Giuffrè 1993 pág. 99.

⁷⁸ 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 jurídica), no requieren --como las acciones revocatorias concursales o de extensión de la quiebra- de un presupuesto de insolvencia o de declaración de quiebra para ampliar la legitimación pasiva o autorizar la promoción de acciones especiales. La limitación de responsabilidad de los administradores esta basada en el supuesto de un comportamiento leal.

⁷⁹ *AXIOLOGIA DEL DERECHO CONCURSAL (Comunicación al II Congreso Colombiano de Derecho Concursal, organizado por el Capítulo Colombiano del Instituto Iberoamericano de Derecho Concursal (Valle de Leyva, Colombia, Agosto de 2008), y RDCO Ensayo sobre la axiología del derecho concursal en RDCO pág. 313 a 380 n° 235, Marzo/abril 2009*

concursos de consumidores donde el principal objetivo es liberar un patrimonio ínfimo de las consecuencias de un endeudamiento inapropiado.

Centraremos nuestra atención únicamente en el primer grupo, atento justamente a la preclara prevención de Vaiser.

Si el objetivo es evitar la disociación del patrimonio eliminando el estado de cesación de pagos, la hipótesis que podríamos arriesgar es que la “axiología” del sistema sería asegurar el mantenimiento de la eficiencia de la actividad empresarial, evitando la disgregación del patrimonio, asegurando su consistencia para el cumplimiento del objeto –causa de constitución- de la organización empresarial o a proteger. Y deberíamos apuntar que ello debería acaecer desde el nacimiento de ese patrimonio afectado y durante toda la funcionalidad de la “empresa”.

4.10. Dentro del bien común, dentro del derecho positivo o del bien común temporal, el bien común económico y todo lo relacionado a la productividad, distribución y consumo de bienes, con una más justa distribución, se puede identificar como un valor. Dentro de nuestra sociedad, el mantenimiento de la fuente de trabajo, de lo que crea riqueza distribuable, de lo que genera bienes y servicios, aparecen como un bien común económico apreciable, tutelable como finalidad del legislador⁸⁰.

Devolver la potencialidad productiva puede aparecer como un bien común. Representando correctamente esa problemática de los intereses vinculados en la conservación de la empresa, la ley de concursos mercantiles de México -publicada en Diario Oficial el 12 de mayo de 2000-, determina en su art. 1º que “Es de interés público conservar las empresas y evitar que el incumplimiento generalizado de las obligaciones de pago ponga en riesgo la viabilidad de las mismas y de las demás con las que mantenga una relación de negociación”. Marca dos etapas la de conciliación y la de quiebra. El art. 3º reitera ese fin señalando que “La finalidad de la conciliación es lograr la conservación de la empresa del Comerciante mediante el convenio que suscriba con sus Acreedores Reconocidos...”, y conforme al art. 4º inc. 1º se entenderá por “Acreedores reconocidos, a aquéllos que adquieran tal carácter por virtud de la sentencia de reconocimiento, graduación y prelación de créditos”. Este es un tema muy importante pues importa una cuestión de legitimación substancial y procesal, que regla las relaciones entre los acreedores convocados y concurrentes a este proceso de reorganización. En el derecho portugués de la última década señala la Ordenanza respectiva en el párrafo primero: “el procedimiento de insolvencia tiene por finalidad satisfacer colectivamente a los acreedores del deudor mediante la realización de su patrimonio y la distribución del producto resultante, o mediante un plan de insolvencia en el que se contenga una reglamentación diferencia especialmente dirigida a la conservación de la empresa”.

4.11. Nos preocupa –como venimos desarrollando- la comprensión de la expresión “conservación de la empresa”, usado latamente particularmente por alguna doctrina concursalista⁸¹, y recogida sin mayores explicaciones –o peor aún justificación para el caso concreto- por la jurisprudencia.

Conservar la empresa no es lo mismo que reactivarla. Aquél es un aspecto societario interno. Un objetivo central debe ser “conservarla”, evitar que caiga en crisis.

⁸⁰ QUINTANA - RICHARD trabajo citado.

⁸¹ Volviendo a las referencias de Maffia: “Instituto” en el Diccionario de la Real Academia sólo encuentra una insinuación en “Finalidad, objetivo, competencia”, y Cabanellas en su Diccionario de Derecho Usual “Norma, regla o constitución de índole práctica en la vida en general, en la organización de una entidad, en la enseñanza, etc..”, debiendo vincularse a “Instituta” o “Compendio de derecho civil romano, basado especialmente en la jurisprudencia como expresión ésta de la opinión de los más famosos jurisperitos o jurisconsultos”.

La crisis es un disvalor, que puede generar daños y si hay daños pueden existir responsables. Reactivar la empresa en crisis aparece un imperativo del derecho concursal. Al no haber podido conservar la empresa eficiente, al no haber podido superar la crisis por los medios normales al alcance de toda organización, debe intentarse la reactivación que aparece como un imperativo de la legislación concursal. Y diferencia entre conservación y reactivación parece justificar la apertura de procedimientos de crisis ante la mera avizoración de la crisis, conservando así la empresa y no meramente reactivándola.

Para que la conservación de la empresa represente un verdadero principio debe tenerse presente el complejo de *intereses* que concurren en su mantenimiento, que no son ya los mismos que generaron su advenimiento –limitados a la decisión empresaria que generó el aporte patrimonial para su fundación-. Se trata de los “intereses diversamente vinculados” a través de la conservación de la empresa: de los trabajadores, los proveedores, los clientes, la comunidad nacional, el mercado en su conjunto y el estado. Es que “Los intereses mencionados gradúan, en mayor o menor medida, según el caso el giro y el contenido de las modernas legislaciones concursales”⁸².

4.12. “Conservación” como principio axiológico o normativo resulta un imperativo impersonal. Es fundamental atribuir una “acción”, la que por tanto debe ser “conservar” la empresa. Luego atribuir el deber, obligación o función. Esa atribución recae indubitablemente en el legitimado para operar ese patrimonio, su propietario o su administrador. O sea que el titular de la propiedad o administración de los bienes, no sólo tiene derecho sobre los mismos, sino que tiene deberes en función de los intereses en juego y de la axiología generada. Debe conservar la empresa. Así como existe autonomía de la voluntad para generar patrimonios auto o heterogestantes, fijando la causa de esa gestación en el cumplimiento de un objeto u empresa, aportando los bienes para asegurar la eficiencia del nuevo centro de imputación, esos gestantes o las personas a quienes delegaron la conducción y administración “deben” conservar la empresa.

Es fundamental esta visión personalizada del deber de “conservar” la empresa, pues ello impone asumir la crisis tempestivamente, por los medios previstos en la legislación específica de ese centro imputativo (sociedad, asociación, fundación, fideicomiso...) y eventualmente a través del sistema concursal.

Referirse a “conservación” es impersonal y genera una suerte de dilución de roles. La empresa esta vinculada a sujetos, pues es actividad generada y organizada por alguien, y por tanto les imponen la acción de conservar los medios, evaluando continuamente su posibilidad, para mantener la empresa viable. Conlleva el deber de asegurar su funcionalidad. Como deber frente a los intereses concurrentes. Aún en la idea primaria que el patrimonio gestado es la prenda común de los acreedores, patrimonio que tuvieron en cuenta al contratar.

Esta visión implica claramente poner acciones y deberes en los propietarios o en los administradores de la sociedad o ente, que actuando como “buenos hombres de negocios” deben adoptar las acciones para mantener viable la empresa –para que sea tal-, alejándose de actitudes omisivas frente a la crisis. Acciones u omisiones pueden derivar en responsabilidad, tema ajeno a este ensayo.

La visión de las normas societarias como preventivas resulta del art. 10° de la legislación concursal colombiana que impone que la solicitud de reorganización debe presentarse con la acreditación de “No haberse vencido el plazo establecido en la ley

⁸² ALEGRIA, Hector, “Diálogo de economía y derecho y convergencias culturales y sociales en la insolvencia” en La Ley diario del 9 de mayo de 2007 pág. 1 a 10.

para enervar las causales de disolución, sin haber adoptado las medidas tendientes a subsanarla”.

Deberá presentarse conforme el art. 13 ap. 6 “Un plan de negocios de reorganización del deudor que contemple no solo la reestructuración financiera, sino también organizaciones, operativa o de competitividad, conducentes a solucionar las razones por las cuales es solicitado el proceso, cuando sea el caso”.

Desde la teoría de la empresa, de una de sus formas de organización: el derecho societario, hemos tratado de construir –y ahora lo reiteramos- un sistema congruente de tratamiento de las crisis, conforme el pensamiento que orientaron grandes juristas.

“Conservar” la empresa constituye una acción de sus titulares y administradores, no de los acreedores y de los jueces.

El alcance de la llamada "conservación de la empresa" y la posibilidad de extender la protección a su continuidad al frente de la empresa, debe hacerse en análisis de viabilidad para determinar el merecimiento de una tutela. Ese examen lo debería hacer primariamente el mismo titular del patrimonio, constituyendo *el plan de negocios*.

Descartada esa viabilidad debe estudiarse la posibilidad de escindir ese patrimonio separando la porción de bienes (materiales e inmateriales) organizados para el cumplimiento de alguna de las actividades u objeto sociales (ya que el patrimonio podría albergar a varias "empresas"). Y en vista de esa escisión, que de no ser voluntaria debe llevar a la quiebra como forma de escisión coactiva, debe determinarse si existe alguna "empresa" viable, dentro de ese patrimonio. La viabilidad estará determinada por la constatación de los dos atributos que hacen a la existencia misma de una empresa desde el punto de vista económico y político, su economicidad y su solidaridad, pues una empresa no sólo debe ser una organización económica⁸³, sino solidaria⁸⁴, lícita y viable.

La empresa que no es autosustentable no es empresa⁸⁵.

Nuestra tesis es que la crisis debe ser asumida por administradores y socios desde la normativa societaria, similar en todos los países.

Hemos apuntado roles de sujetos. Ahora pasemos a lo estructural.

5. EL PATRIMONIO SOCIAL.

Existe libertad en nuestro país para determinar el capital de las sociedades con responsabilidad limitada de sus socios, y el mínimo de una de ellas –sociedad por acciones- es tan exiguo que apenas supera los E. 2000.

La organización de la empresa a través de las sociedades genera, en el uso de ese maravilloso instrumento, dos tensiones: la limitación de responsabilidad de los socios (junto a la no asunción de responsabilidad de los administradores) y el riesgo de los terceros acreedores ante su eventual incapacidad patrimonial⁸⁶. Las respuestas

⁸³ Empresa económica implica la viabilidad de la empresa, de la empresa que no lleva en su seno su autodestrucción por económicamente inviable, cfr. nta. "La conservación de la empresa" cit..

⁸⁴ La empresa, aunque sea económicamente apta no puede actuar contrariamente al medio social, sería una actividad ilícita, como lo es contaminar, cfme. nto. *Sociedad y contratos asociativos* Ed. Zavalía, Buenos Aires 1989, cap. "La empresa.

⁸⁵ Obviamente que una empresa puede integrar su flujo operacional con subsidios, particularmente si explota servicios públicos, lo que es connatural a la apreciación política sobre su rol en el bienestar general y la asignación de fondos operativos al restringir, por ejemplo, su libertad de fijar tarifas.

⁸⁶ RICHARD, Efraín Hugo *SOBRE EL CAPITAL SOCIAL*, en libro colectivo “Jornadas Nacionales de Derecho Societario en Homenaje al Profesor Enrique M. Butti, Buenos Aires, 2007, pág. 107. RICHARD, Efraín Hugo PATRIMONIO SOCIAL Y OBJETO POSIBLE.

normativas a esa tensión se intentan a través de la consistencia patrimonial de las sociedades, generada por una dotación constitutiva, normalmente bajo la noción de capital social, su intangibilidad, y la información de la documentación contable.

Eje de la cuestión es que constituyentes y administradores deberán determinar si la sociedad es patrimonialmente apta para cumplir el objeto social al inicio, anualmente o ante una causal de disolución. Y a su vez lo deberán someter a la consideración de los socios o accionistas.

La integral aplicación de las normas sobre la patrimonialización de las sociedades, como de otras del sistema jurídico, debe permitir prevenir su insolvencia e impedir la transferencia de los daños a los acreedores⁸⁷. Si los administradores continúan la operación de una sociedad, y el patrimonio no es apto para el cumplimiento del objeto (empresa), ello se advertirá rápidamente en la no satisfacción de las obligaciones sociales. Y en tal supuesto los administradores asumirán responsabilidad por los principios generales.

Se trata de introducir formalmente –o funcionalmente como obligación de los administradores- lo que todos los auditores usan, y sin duda informan a los administradores sociales aunque nada de ello aparezca en la Memoria de ejercicio que acompaña al balance anual: el *solvency test*.

5.1. Estamos de acuerdo con el control preventivo si entendemos que la responsabilidad es excesivamente tardía en atención a la ineficiencia del sistema judicial. Esto impondría un inmediato análisis gubernamental para resolver la cuestión, tan negativa para la seguridad jurídica, motor de los sistemas de inversión de capitales. No parece adecuado que una sociedad actúe en insolvencia, contrariando lo dispuesto como causal de disolución por el art. 94 inc. 4º ley de sociedades, a sabiendas de no poder cumplir sus obligaciones o sea contratando con dolo (art. 931 CCA).

En el actual contexto económico, caracterizado por la apertura y la

Ratificando la prevención en derecho societario se sostiene⁸⁸ que “Si el capital social aparece como manifiestamente desproporcionado en relación a la actividad a desarrollar, o sea si es evidentemente insuficiente o inadecuado para cumplir su objeto, el juez a cargo del Registro Público de Comercio tiene facultades para así determinarlo y denegar la inscripción.... Si el capital social es la contrapartida de la limitación de la responsabilidad del socio, limitación que es considerada un privilegio que excepciona el principio de derecho común de unidad del patrimonio, dicho privilegio exige que los socios aporten fondos suficientes para su cometido, pues sin un capital social adecuado el excepcional beneficio de la «responsabilidad limitada» carece de fundamento”.

5.2. Un eje fundamental debe tener en cuenta la subcapitalización material constitutiva o sobrevenida –o subpatrimonialización-, distinguiendo la subcapitalización nominal o formal, que ocurre cuando la sociedad esta dotada de un capital social de importe muy reducido, que no aseguraría la congruencia del patrimonio neto con respecto al objeto social. En este caso no necesariamente hay una subcapitalización

(San Nicolás, 17 y 18 de octubre de 2008), Libro del Congreso pág. 5.

⁸⁷ RICHARD, Efraín Hugo *Insolvencia societaria y responsabilidad* pág. 380 y ss. en JA libro en Conmemoración de su 80º Aniversario, 1918-1998; y en *Las relaciones de organización y el sistema jurídico del derecho privado*, Córdoba 2000, ed. Academia de Córdoba, Capítulo XI Insolvencia societaria y responsabilidad, pág. 481 y ss..

⁸⁸ C. Civ. y C. Santa Fe, Sala 2ª. 27/4/06. Bocca S.A. Con comentario de los Dres. Di Chiazza y Van Thiene. Colección Zeus – Jurisprudencia, Publicado en el boletín Zeus N° 8233 el 23/07/2007
Fecha: martes, 24 de julio de 2007. Portal de la Editorial Zeus, www.editorial-zeus.com.ar, Sección Colección Zeus - Jurisprudencia , documento n° 007856.

material, y no hay alteraciones del riesgo de empresa, no configurándose por tanto ningún riesgo ni efecto sobre la responsabilidad.

Una sociedad puede estar operando con el capital estatutario previsto y no obstante ello estar en insolvencia. No existe un paralelismo entre ambas nociones, ni aún en los sistemas de sociedades sin capital social, cuya dotación patrimonial es analizada anualmente antes de distribuir utilidades –si hay capital suficiente- o de disponer la liquidación u otra solución en caso de capital insuficiente.

Medios diversos de financiamiento o sistemas de funcionalidad (stock 0) permiten esta operatividad.

5.3. La infrapatrimonialización aparece como genética de la insolvencia. La falta de recursos patrimoniales (por ser insuficientes o por sobreendeudamiento) para satisfacer las obligaciones asumidas constituyen el escenario del problema societario en análisis. De allí se generan efectos básicos: la imposibilidad sobreviniente de cumplimiento del objeto social –a veces sin pérdida del capital- como causal de disolución y efecto propio de la funcionalidad societaria. Esta es una causal de disolución contenida en los textos consultados de derecho comparado, vinculado al aspecto causal de constituir el objeto-empresa la causa de constitución de la sociedad, como técnica jurídica para llevar adelante un emprendimiento o un plan de negocios. Así el art. 2448 del C.Cilvile italiano rezaba “Cause di scioglimento. 2) ... per la sopravvenuta impossibilitá di conseguirlo (oggetto sociale). 3 per la riduzione del capitale al disotto del minimo legale”. La cesación de pagos importa una imposibilidad de cumplimiento del objeto social, salvo que sea removida la dificultad patrimonial, por los medios que la legislación societaria determina. La infrapatrimonialización o un flujo de caja insuficiente para esa operatoria constituye lo que Vitolo define como insolvencia material.

En el derecho argentino se ha potenciado que las situaciones sean irreversibles, pese a facilitar herramientas al administrador societari⁸⁹, generándose la idea de que los administradores societarios pueden continuar ininterrumpidamente la actividad de la sociedad pese a estar en insolvencia, sin planificación coherente, tratando de obtener más créditos o reciclar el existente, con la misma modalidad que los administradores públicos argentinos afrontaron la deuda externa en la década pasada.

La infrapatrimonialización implicaría una causal disolutoria cuando se analiza la situación patrimonial.

En soluciones como la chilena, se impone determinar anualmente el capital social como dotación patrimonial no distribuible como utilidad. En efecto se establece “que el capital social se modifica de pleno derecho cada vez que la junta ordinaria de accionistas apruebe el balance del ejercicio (art. 10 inciso 2º, Ley 18.046), lo que demuestra la voluntad de la ley de equiparar en este tipo social el capital social con el capital en sentido económico o patrimonio; la norma que dispone que los dividendos se pagarán exclusivamente de las utilidades líquidas del ejercicio o de las retenidas, prevenientes de balances aprobados por la junta y que ordena aplicar tales utilidades en primer término a absorber las pérdidas acumuladas si las hubiere (art. 78 Ley 18.046), lo que impide la descapitalización de la sociedad”⁹⁰.

⁸⁹ Sobre acuerdos extrajudiciales ALEGRÍA, Héctor *Acuerdo preventivo extrajudicial (Caracterización, problemas y acuerdos privados)* en Revista de Derecho Privado y Comunitario 2002-3 Concursos 1 p. 145; JUNYENT VÉLEZ, Francisco *El acuerdo preventivo extrajudicial: ley 25.589*, en la misma Revista p. 189.

⁹⁰ UBILLA GRANDI, Luis *El capital social en el derecho chileno. Notas sobre sus funciones ¿Una garantía para los acreedores?* en Libro colectivo “Jornadas Nacionales de Derecho Societario en Homenaje al Profesor Enrique M. Butty”, Buenos Aires 2007, págs. 195 y ss., especialmente pág. 205.

No debe entenderse distinta hoy la solución en el sistema societario argentino. Esto es lo que justifica los resultados no asignados⁹¹. Además de la existencia de un patrimonio fundacional que prima facie permite el cumplimiento del objeto social, anualmente los administradores deben asegurarse que la sociedad se encuentra debidamente patrimonializada para el cumplimiento del objeto, procediendo en consecuencia.

5.4. Dentro de la funcionalidad societaria el administrador deberá convocar a reunión de socios para que elimine la causa de disolución mediante el oportuno aumento del capital social o para que acuerde la disolución de la sociedad. De esta citación y de lo que se actúe en la respectiva reunión se perfilarán las conductas de administradores y socios que compongan la mayoría a fin de analizar la imputación de responsabilidad.

6. PROBLEMA FUNCIONAL: LA PLANIFICACIÓN.

Esas reflexiones en torno a los intereses convergentes, la zona de riesgo y la capacidad patrimonial de la sociedad, vinculado a los deberes de los administradores, nos lleva a las previsiones que deben adoptar en la funcionalidad de la sociedad: la planificación.

¿Qué deben hacer cuando la crisis que se avizora y que puede llevar a la cesación de pagos o la insolvencia de la sociedad?.

Tal situación que algunos llaman crisis o “zona de insolvencia” (ref flags, en el derecho americano) impone que los administradores de la sociedad se formulen un plan para tratar de superar la cuestión.

Las acciones que desarrollen conforme ese plan no pueden generarles responsabilidad, salvo falta total de razonabilidad de el plan juzgado a la fecha en que fue formulado internamente, o de actuación dolosa de los mismos. (ver las derogadas normas de los arts. 126-1 y 126-2 LCQA n° 19551 reformada en el año 1983).

Vitolo apunta “Advertido esto, dentro de las pautas de conducta que se marcan en el art. 59 de la ley 19.550, los administradores deberán tomar muy en cuenta los caminos a seguir, ya que su pasividad, tolerancia o la decisión expresa de continuar operando en la zona de insolvencia -sin tomar medidas específicas respecto de ello-, resultarán -necesariamente- elementos generadores de responsabilidad dentro de ese marco tan atípico cual es la responsabilidad societaria; en especial en el caso de los directores de sociedades anónimas donde la responsabilidad deviene del carácter solidario con que la ley imperativamente sanciona a los integrantes del órgano de administración. Del mismo modo, cuando la conducta en este sentido adquiera carácter doloso, las responsabilidades concursales pertinentes también resultarán aplicables.”. Y concordamos con Vitolo como lo hemos hecho con otros tratadistas que reflexionan sobre el tema.

Nos hemos explayado en “*El PLAN DE EMPRESA (o como asumir crisis tempestiva y extrajudicialmente)*”⁹² y en “*LA PLANIFICACION PRECONCURSAL (actuando tempestiva y extrajudicialmente)*”⁹³. Recuérdese que inmediatamente antes en estos Congresos lo habíamos hecho sobre “*POR LA EFICIENCIA DEL SISTEMA*

⁹¹ Trabajo conjunto con FUSHIMI, Jorge *FINANCIAMIENTO CON RESULTADOS NO ASIGNADOS*.**

⁹² 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.

CONCURSAL”: Bien jurídico tutelado por el sistema concursal. Prevención de la crisis⁹⁴.

6.1. En el derecho norteamericano, respecto a sociedad en estado de cesación de pagos cuyos administradores no abren los procedimientos concursales, la jurisprudencia dio un viraje a partir de 1991 sosteniendo la responsabilidad civil de esos administradores frente a los nuevos acreedores⁹⁵. En base a la *business judgement rule* “si la decisión fue tomada sin la información adecuada y disponible, ha existido una gruesa negligencia (culpa grave) del empresario por lo que deberá responder civilmente”⁹⁶. Se expresa⁹⁷ “... si en la actualidad una compañía se ve metida en líos, los consejeros pueden ser demandados a título personal...”. Y ello es anterior al caso Emron y los demás escándalos corporativos contemporáneos que agravaron las normas y su juzgamiento.

6.2. Un acuerdo puede generarse anticipatoriamente al estado de cesación de pagos, e indubitablemente al caer una sociedad en cesación de pagos o ante la crisis, la continuidad del giro social infringiría por parte de los administradores la conducta de un buen hombre de negocios y sus deberes de lealtad si contratan dolosamente con nuevos acreedores –art. 931 CCA-. Ante ello no parecería justificable que, en una presentación concursal de una sociedad con responsabilidad limitada de sus socios, se impusieran grandes quitas o esperas para solucionar una situación advertida rápidamente por un “buen administrador”.

¿Se puede suponer que no es dolosa la actuación de administradores societarios que continúan el giro, y contratan con terceros a sabiendas de las dificultades de cumplir las obligaciones conforme los están asumiendo? Contraria, además de normas generales de la actuación de buena fe los códigos de conducta impuestos por la teoría de RSC.

6.3. 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, pues así como no puede imputársele por daños generados por el riesgo empresario la cuestión varía fundamentalmente cuando omiten el cumplimiento de sus deberes de información, control y diligencia. Verónica Martínez –Miembro también del Instituto y Juez con competencia especial en Concursos y Sociedades en la Ciudad de Córdoba- 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

⁹³ Comunicación al inmediato anterior IV Congreso Iberoamericano de Derecho Concursal, realizado en PUNTA DEL ESTE, República Oriental del Uruguay, 12/14 de Noviembre de 2008, hace algo menos de once meses.

⁹⁴ Comunicación al III Congreso Iberoamericano de Derecho Concursal “Por la eficiencia del sistema concursal”, Barcelona, diciembre 2007, donde fuimos reelectos Vicepresidente Académico en la Asamblea del Instituto Iberoamericano de Derecho Concursal.

⁹⁵ VICARI, ANDREA “I doveri degli amministratori in caso de insolvenza della società nel diritto statunitense”, en Rivista delle Società 1999 p. 1244 y ss.-.

⁹⁶ cfme. DOBSON trabajo citado específicamente pag. 105..

⁹⁷ GIBNEY, FRANK *El milagro programado* 2ª. Ed. Sudamericana Planeta, Buenos Aires 1987, p. 13.

Villanueva⁹⁸ 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”⁹⁹.

Esos administradores, ante una dificultad financiera o económica general, o el estado de cesación de pagos, tienen la obligación interna de convocar a los socios y proveer las medidas necesarias y, ante su imposibilidad, afrontarla externamente, sea con la liquidación o la convocatoria de de la sociedad.

Afrontar las causales de disolución, importan una verdadera preconcursalidad privada.

6.4. Según el planteo del Banco Mundial “Cuando una empresa no es viable, el impulso central del derecho debe ser la liquidación rápida y eficiente para maximizar el recupero en beneficio de los acreedores. Las liquidaciones pueden incluir la preservación y venta de la empresa, diferenciada de la persona jurídica. Por otro lado, cuando la empresa es viable, entendiéndose que puede ser reorganizada, sus activos tienen frecuentemente más valor si se los conserva en la empresa reorganizada que si se los vende en liquidación. El salvataje de una empresa preserva los puestos de trabajo, proporciona a los acreedores un recupero más grande basado en el mayor valor de la empresa en marcha, produce potencialmente un beneficio para los propietarios y logra para el país los frutos de una empresa reorganizada. El salvataje de una empresa debe promoverse a través de procedimientos formales e informales”.

6.5. Se trata ni más ni menos que el tema de la tempestividad en la presentación en concurso, que desvela en la doctrina y legislación extranjera, o en devolver el principio del que daña repara, referido al daño causado por sociedades cuyos administradores y controlantes continúan operando en insolvencia, sin planificar afectando con dolo la contratación y generación de nuevos acreedores después de haber advertido o deber haber advertido el estado de cesación de pagos, afectando la seguridad jurídica general al romper las reglas del mercado y de la competencia respecto a operadores de actividades similares que cumplen con todas sus obligaciones, y que no usan la técnica jurídica de organización societaria abusivamente, ya en la imposibilidad de cumplimiento del objeto social¹⁰⁰.

⁹⁸ 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..

⁹⁹ 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..

¹⁰⁰ Nto. *Los administradores societarios y la insolvencia*, en RDCO n° 203 pág. 553 y ss, septiembre 2003; y DEYA, Federico Sebastián *Infracapitalización societaria desde una perspectiva económica del derecho*, en RDCO n° 200, pág. 813. Sobre el bien jurídico tutelado en el derecho concursal y la tempestividad en la presentación en concurso se ha abierto un seminario a distancia, que culminará a fin de año en la página electrónica de la Fundación para Estudios

6.6. Pero el centro de la cuestión es la omisión de la “preconcurzalidad societaria”, o sea el uso de las técnicas concursales o preconcurzales sin intentar las previsiones que marca el derecho específico de la organización societaria.

7. EL PLAN DE NEGOCIOS.

A través de la planificación referida genéricamente, señalamos ahora el instrumento que la ciencia de la administración ofrece y estudia.

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 gestión¹⁰¹. 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 utilidad¹⁰², fundamentalmente para facilitar la apreciación de los acreedores. El no uso de esos *ratios*, particularmente cuando se ha utilizado aportes irrevocables incorporándolos a la cuenta patrimonial y no al pasivo, altera esos *ratios* o índices que todo empresario debe tener en cuenta, 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.

7.1. Agregando algo más sobre lo reflexionado en trabajos que hemos referenciado poco antes, agregamos las importantes acotaciones recientemente expresadas por el Profesor Bernardo Carlino¹⁰³ en “GENETICA DEL PLAN DE NEGOCIOS (MÁS SOBRE LA CONTRIBUCION DE E. H. RICHARD)”¹⁰⁴, en los siguientes términos:

“Origen del plan de negocios: la etapa pre contractual . Adhiriendo al enfoque societarista de la prevención de la crisis económica de la empresa, que postula sin descanso hace más de una década Efraín H. Richard¹⁰⁵, no caben dudas que la ley de sociedades provee y prevé mecanismos suficientes para conjurarla exitosamente. El Maestro no solo los enumera con acierto, sino que insiste en el “plan de negocios” como requisito necesario para que, dentro de los preceptos de la ley falencial, la propuesta del deudor sea considerada seria y sostenible. La Memoria se constituye en una pieza central para albergar el mismo, ya que de su redacción se desprende la intención del legislador de suministrar a los socios un sistema de información muy completo, que se integra con el Balance, los cuadros anexos, las notas y el informe del síndico (Cap. I-

de la Empresa, a la que se puede acceder desde la página electrónica de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba.

¹⁰¹ MARZAL ANTONIO *Empresa y Democracia económica* Ed. Argot, Barcelona 1983.

¹⁰² BEAVER, WILLIAM “Financial Ratios and Predictors of Failure”, en *Empirical Research in Accounting, Selected 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.

¹⁰³ Catedrático de la especialidad en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Tucumán, Secretario Académico de la Universidad del Norte Santo Tomás de Aquino.

¹⁰⁴ CARLINO, Bernardo “Genética del plan de negocios (más sobre la contribución de E.H.Richard)” en Abeledo Perrot, Newsletter 20 de marzo de 2009, sección Doctrina, repetido el 23 de marzo, donde podrá consultarse íntegramente.

¹⁰⁵ El más reciente de los cuales se puede encontrar en “Notas en torno a la conservación de la empresa: ¿principio concursual o del derecho societario?”, en “Ensayos de Derecho Empresario” N° 4, Director: E.H. Richard, págs. 56 y ss., FESPRESA, Córdoba, 2008

Secc. IX y art. 294-inc. 5, LSC) en caso de integrar la arquitectura contractual. Gracias a la prédica de Richard, ahora estamos en condiciones de percibir la afinidad del plan de negocios con la Memoria -o viceversa- y hacer de esta obligación legal de los administradores societarios la pieza central de la prevención de la crisis de la empresa, y si no resultare suficiente, de su oportuna obturación dentro de las exigencias de la LCQ...El deber de diligente administración se “integra también con el deber de informarse adecuadamente sobre la marcha de la sociedad”¹⁰⁶. Las crisis disolutorias y de insolvencia se conjuran dentro del marco de las respectivas leyes...El plan de negocios nace en la etapa pre contractual, como la base de racionalidad del emprendimiento empresario merced al cual los socios suscriben el contrato societario, se obligan a cierta cuantía de aportes presentes y futuros, y esperan determinada tasa de utilidades....Del mismo modo habrá de procederse en la etapa concursal o en la liquidatoria”.

Hasta aquí las reflexiones del distinguido colega tucumano que sintetiza inteligentemente la cuestión, a quién agradecemos los recuerdos.

Adviértase que así se justifica que el capital constitutivo no constituye a la sociedad gestada como un instrumento de abuso de derecho.

7.2. Reiterando sobre el plan de negocios, es claro que la axiología esbozada y la vinculación a la “conservación de la empresa” imponen una vinculación principista a un “plan de negocios”, impuesto incluso por el bien jurídico a tutelar.

La expresión “plan de empresa” no es siempre la usada, particularmente en el derecho concursal. Plan de reestructuración, plan de reorganización, plan de salvataje, plan de viabilidad, suelen ser las expresiones empleadas, que si bien representan la necesidad en ese momento, vienen en exponer la falta de oportunidad en asumir la crisis, pues refiere la planificación a la existencia de la crisis y a un proceso concursal.

8. LAS SOLUCIONES SOCIETARIAS. LA CAPITALIZACIÓN.

Advertimos que el planteo puede formalizarse desde la noción del capital social, normalmente vinculado a la limitación de responsabilidad de los socios. Pero lo descartamos en esta situación para calar más en los problemas patrimoniales y funcionales de la sociedad. Obviamente que un adecuado capital social, su reintegración o su aumento son la solución (transitoria o definitiva) del problema.

Ahora apuntamos al patrimonio en la funcionalidad de la sociedad, particularmente cuando aparecen las dificultades.

8.1. Se plantea así, como un problema desde la legislación concursal –pero ¿porque no desde la societaria?-, 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 riesgo¹⁰⁷. En función de ello los acreedores deberían organizarse en categorías, con intereses uniformes, para intervenir en la vida de la sociedad¹⁰⁸.

Los acreedores de una sociedad en crisis deberían tener el mismo tratamiento, derechos y tutelas que los accionistas de una sociedad solvente, pero se encuentran en la

¹⁰⁶ EMBID IRUJO, ob. cit. nota 10 pág. 15.

¹⁰⁷ 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.

¹⁰⁸ MAZZONI, ALBERTO “L’impresa tra diritto ed economia” en *Rivista delle Società* anno 53°/ 2008 pág. 668, especialmente 666.

misma situación de inversores sin derecho¹⁰⁹, que no tuvieron en cuenta cuanto contrataron sin la información de esa situación o antes que se produjera esa situación.

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 acreedores¹¹⁰. Insistimos: 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.

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, enriqueciéndolos.

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 vida¹¹¹.

Una de esas conductas se tipifica cuando 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, el recurso está previsto en la ley de sociedades: 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.

La conservación de la empresa estructurada societariamente es un problema de los administradores y de los socios¹¹². Es una cuestión de derecho privado. Obviamente que tal reorganización podría ser asumida directamente por la sociedad o, posteriormente en una propuesta de acuerdo preventivo extrajudicial o judicial¹¹³, incluso cuando no lo hubieran logrado inicialmente por la vía prevista de capitalización de pasivo (art. 197 LS). Esta última es cuidadosamente ignorada en la presentación concursal. 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. De no capitalizar los socios, 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.

8.2. En el caso de sociedades, sus administradores y socios deben adoptar las medidas que la ley societaria impone ante “la imposibilidad sobreviniente de cumplir el objeto social” o continuar el giro normal de los negocios, reintegrando o aumentando el

¹⁰⁹ STANGUELLINI ob. cit. pág. 1079

¹¹⁰ STANGHELLINI ob. cit. específicamente pág. 1072.

¹¹¹ “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.

¹¹² *La conservación de la Empresa* en Anales de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba tomo XXV pág. 107 y ss. correspondiendo a mi comunicación en ocasión de recibir el Premio Academia en el año 1981; *Los administradores societarios y la insolvencia* RDCO n° 203 pág. 553 y ss., entre otros que pueden verse en la página electrónica de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba www.acader.unc.edu.ar. MICELLI, María I. *Los nuevos concordatos irrisorios. El delicado equilibrio entre la conservación de la empresa y la protección adecuada del crédito* en Derecho Concursal Argentino e Iberoamericano, cit., t. II pág. 631 y ss..

¹¹³ Recordamos en vigencia de la ley 11.687 el concurso preventivo de Francisco Porchietto S.A., en la Ciudad de Córdoba, patrocinando por un distinguido jurista, donde se propuso esa solución, la que fue aprobada, y, con posterioridad, ante la liquidación adoptada por la Asamblea de accionistas, una buena realización de bienes llevó al pago del 70%.

capital por aporte de los socios¹¹⁴, capitalizando el pasivo¹¹⁵ o de terceros, o constatada la causal de disolución liquidando el patrimonio social. Incluso la liquidación puede concluir en la imposibilidad de satisfacer la totalidad de las deudas sin generar un proceso concursal ante el exhaustivo y correcto de la liquidación e inexistencia de acciones de recomposición, bajando costos eficientemente.

Adviértase los sistemas que en situaciones semejantes permiten a los administradores a emitir acciones sin autorización de los socios¹¹⁶. La tutela de los acreedores ante la continuidad de la empresa en cesación de pagos, aumentando la posibilidad de pérdidas ante una prospectiva incierta, la tutela de acreedores impone pensar en la responsabilidad de los administradores¹¹⁷, señalándose la utilidad que reviste en general “los remedios tempestivos e idóneos a la primera señal de crisis”¹¹⁸..

La ley de sociedades argentina trae las soluciones para afrontar la crisis financiera o económica de las sociedades. Lo necesario es leerla integralmente, entenderla y aplicarla adecuadamente¹¹⁹, no soslayándola para permitir el “negocio” en el trámite concursal. Similares soluciones contienen todas las legislaciones que hemos consultado.

Un aumento de capital genuino permite asumir las obligaciones pendientes, reemplaza –aunque sea transitoriamente– al flujo de caja y genera el patrimonio suficiente para el cumplimiento del objeto social.

8.3. Ante la negativa o imposibilidad de los accionistas y no deseando liquidar la sociedad, se abre la solución prevista del art. 197 LS-a 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.

Este tipo de capitalización si bien no genera fondos elimina en forma inmediata ese pasivo del balance y lo transfiere al activo, desapareciendo la causal de disolución de pérdida del capital social. A su vez, al eliminar el pasivo corriente modifica la estructura patrimonial permitiendo que todo el flujo de caja se dirija al cumplimiento del objeto social, removiendo así la segunda causal de disolución que normalmente se presenta.

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 por impuestos a las ganancias, que en cambio se aplica sobre quitas y esperas concursales, al entender claramente que el empobrecimiento de los acreedores importa una ganancia para los socios de la deudora.

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 prospectiva incierta, la tutela de los

¹¹⁴ HAGGI, GRACIELA y RICHARD, EFRAÍN HUGO “La supuesta supresión de la pérdida de capital social como causal de disolución” en libro colectivo *La actuación societaria* Director con Daniel R. Vitolo, Ad Hoc, Buenos Aires 2005 dirigido con Daniel R. Vitolo, Ad Hoc, Buenos Aires 2005, pág. 229.

¹¹⁵ Situación expresamente prevista en la ley de sociedades art. 197.2 LS, que soluciona integralmente la cesación de pagos de una empresa viable en la que los administradores informen fundadamente esa posibilidad a los acreedores.

¹¹⁶ 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

¹¹⁷ MIOLA ob. cit. pág. 1310.

¹¹⁸ MIOLA ob. cit. pág. 1309.

¹¹⁹ Nto. *Hacia la privatización de las crisis: la conservación de la empresa* en Libro colectivo “La insolvencia en el Derecho Concursal Iberoamericano” coordinado por Lidia Vaiser, Ed. Ad Hoc, Buenos Aires 2006, pág. 31.

acreedores resulta de imputar responsabilidad de los administradores sociales, por no haber actuado debidamente, generando daño por su específica acción u omisión¹²⁰.

8.3. Enfatizamos: la capitalización del pasivo es la forma societaria de afrontar la crisis. Un acuerdo expropiatorio –sin indemnización- de quita y espera para ser constitucional debería ir unido a que los acreedores compartieran el patrimonio social, como una forma de compensación. Ello devuelve a lo que sostuviéramos en el año 1981 en torno a la “Conservación de la Empresa”, recordando a Abadesa “la remodelación tiende a salvar la empresa, no a aquellos que deben sufrir la responsabilidad y riesgo de la insolvencia”. Recordemos los iniciales recuerdos en este ensayo del pensamiento de Truffat sobre el “esfuerzo compartido” y el “negocio del concurso”.

8.4. Los administradores de un ente personificado deben cumplir su finalidad o objeto social conforme un patrimonio suficiente disponible a tal efecto, y en caso de dificultades económicas recomponer su situación patrimonial, incluso presentándose en concurso. El capital operativo de una sociedad debe ser suficiente¹²¹ para llevar adelante la actividad propia del objeto social. De resultar insuficiente, conduciría a la sociedad al estado de insolvencia o de liquidación por imposibilidad de cumplimiento del objeto, sin perjuicio de la responsabilidad que acarrear a los socios por su incumplimiento, y de los administradores por no cumplir con sus obligaciones. La no advertencia de esa insuficiencia por los administradores a los socios, perjudicando a la sociedad y a éstos generan acciones sociales de responsabilidad, que podrían ser ejercitadas oblicuamente por los acreedores sociales.

8.5. El plan de negocios determina el patrimonio necesario de la sociedad para operar normalmente. Este plan se reitera por lo menos anualmente al formalizar las cuentas y balance.

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 doctrina¹²², pero se asienta en la necesidad de que la cuestión se ponga en manos de los socios al determinar 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

¹²⁰ MIOLA ob. y pag. cit.,pág. 1310..

¹²¹ “...un capital social desproporcionadamente reducido en su magnitud determinará la imposibilidad ex origine de cumplir el objeto, que debe, por esencia, ser fácticamente posible...” Veca Constructora S.R.L.” Fallo del Dr. Butty LL.-1980-D-pag. 464 y ss.

¹²² 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 1934, 209 ss.. Por supuesto que a la fecha existe una tendencia a enfrentarlo de otra forma, de lo que da cuenta la Comisión de este Congreso.

conforme un balance extraordinario¹²³. El tema no es extraño en la doctrina mundial. Hace muchos años señalábamos la posición de Karsten Schmidt sobre este aspecto¹²⁴.

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.

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 sociales¹²⁵.

8.6. La normología societaria trae soluciones. Las mismas son a cargo de los socios en primer lugar y de los acreedores en segundo lugar. Es la forma de asumir los repartos con justicia ante los acontecimientos. Son los órganos societarios los que deben asumir esa solución en el campo privado, previsto en la normología societaria y sujeto al valor justicia, con equilibrio en los repartos conforme el ejercicio de la capacidad jurigenética y funcional que tienen los socios. Si estos no los asumen, por una regla de equidad –principal equity rule- quedan subordinados y son los acreedores los que deben asumir los riesgos, pero también los beneficios. Son los socios los que deben asumir las soluciones, no los acreedores, conservando la empresa que desarrolla la sociedad que constituyeron, o disolviéndola si no es viable.

Lejos de ello, se suelen advertir maniobras oscuras y contrarias a deberes de los administradores tales como devolución de préstamos a personas vinculadas, o

¹²³ “La ricapitalizzazione della società in crisi o insolvente richiede anzitutto, partendo dalla 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.

¹²⁴ Lo hemos citado en numerosos trabajos, y lo volvió a hacer en su conferencia *Responsabilidad de los socios y administradores* donde señalaba introductoramente “I. El objeto de la disertación. 1. Un viejo tema... siempre nuevo. Hace cinco años en La Cumbre, en las sierras de Córdoba, en el gran “Segundo Congreso Iboamericano” de una conferencia sobre el tema “El Derecho Empresario y el Derecho Concursal”. Recuerdo vivamente las discusiones en ese Congreso y volveré más tarde brevemente sobre lo expuesto en aquel momento. Hoy me referiré a una parte especialmente importante en la práctica de este tema general y puedo prometerles, que no repetiré conceptos. Yo no quiero ser reiterativo, ni tampoco podría serlo. Es que hay muchas novedades para comunicar. Novedades de la legislación, pero también muchas más de la jurisprudencia. Mi conferencia se divide en cuatro partes. La primera parte, que es introductoria, ya comenzó. Se refiere a las bases. Siguen pasajes acerca de la responsabilidad de los órganos de dirección (Parte II: Responsabilidad de los Administradores) y de los socios (Parte III: Responsabilidad de los Socios). En una cuarta parte hablaré por separado de los problemas especiales de la responsabilidad del arrastre de la insolvencia y de la liquidación cuando falta masa (Parte IV). Se trata de los casos dramáticos, en los que el patrimonio de la sociedad no alcanza ni siquiera para la iniciación de un procedimiento concursal. Todo esto como una visión preliminar. Todavía nos encontramos en la primera parte”. Reitera la posición que venimos predicando sobre que las normas societarias son las que introducen las soluciones a la crisis económica de esa organización técnica de la empresa, y su abandono o apartamiento involucra responsabilidad de administradores y, a veces, de los socios. Lo repite en su libro *Fundamentos del nuevo derecho concursal alemán. La ley alemana de insolvencia de 1994* en “Sobre el Anteproyecto de Ley concursal del 2001” –de España apuntamos- Ed. Diles, Madrid 2002, pág. 34 y ss...

¹²⁵ 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..

satisfacción de cuentas personales, o de aquellas que registran fianzas de los socios de control o administradores, e incluso la decisión de no aumentar capital social y devolver aportes irrevocables. Ello ha llevado a diversas respuestas de la legislación, particularmente a la revocabilidad de esos actos y la apreciación de esos créditos como subordinados. Claro que los aportes irrevocables debidamente usados importan una capitalización de la sociedad, si luego son debidamente aplicados al aumento del capital social, utilizándose únicamente como medida rápida e inmediata mientras se genera el trámite de capitalización consiguiente.

8.7. Adviértase la sencillez, para lograr el equilibrio a bajo costo, de la capitalización del pasivo, donde se eliminan todos los costes de transacción para salir de la crisis y se transforma la situación patrimonial de la sociedad. España ha afrontado la cuestión en la legislación societaria. “Tres son las piezas que componen ese mecanismo legal: el deber de los administradores de convocar junta general en el plazo de dos meses desde que concurra causa de disolución, la admisión expresa de la disolución judicial cuando la sociedad no proceda a acordar la disolución o la remoción de la causa, para lo cual se concede legitimación a cualquier interesado y se impone un deber de solicitud a los administradores; y la imposición a los administradores de una sanción consistente en la responsabilidad por las obligaciones sociales, cuando incumplan cualquiera de los deberes indicados. La más llamativa de esas disposiciones es, sin duda alguna, la que sanciona a los administradores con la responsabilidad solidaria por las deudas sociales¹²⁶.”

Aparece como una constante en nuestro país el integrar las necesidades patrimoniales de una sociedad para el cumplimiento de su objeto social (empresa) recurriendo al mercado de capitales. Se emiten obligaciones negociables sin claros planes de negocios de amortización de intereses y capital mostrando flujos de caja, y ante la menor crisis no asumen la capitalización de la sociedad –como impone la legislación específica- recurriendo al sistema concursal para lograr –a veces con sofisticada ingeniería jurídica- a quitas y esperas a cargo de los obligacionistas, que comportan posteriormente un enriquecimiento de los socios. Ello a través del balance postconcursal donde surge ese ajuste patrimonial con utilidades no logradas del giro normal de la empresa. Se trata de una suerte de “leveragge buy out”, de apalancamiento financiero soslayando la obligación de aportar por parte de los socios para usar los medios de la empresa y del mercado para beneficiarse con demérito de los acreedores, incluso generando costos de transacción y operacionales innecesarios para la sociedad, pero necesarios para lograr las utilidades marginales a la explotación del objeto social. Enriquecimiento de los socios y subsidio de los acreedores es el resultado.

8.8. ¿Qué deben hacer los socios cuando se someta la cuestión a su consideración?

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.

¹²⁶ _En los mismos trabajos citados en nota anterior; SUÁREZ-LLANOS GÓMEZ, Luis *La responsabilidad por deudas de los administradores de sociedad anónima*, en AA.VV., “*Estudios en homenaje a Menéndez Menéndez*”, Centro de Estudios para el Fomento de la Investigación, Madrid, 1997, p. 2481, esp. p. 2496. Sobre la responsabilidad por no convocar a junta general o no adecuar los estatutos, sentencia del 30/10/2000, Tribunal Supremo, sala Civ., p. 1687; *Tribunal Constitucional*. Sentencias y la sentencia del 21 de diciembre de 2000, p. 169.

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.

Es deber fundamental de los socios capitalizar la empresa si la solución es continuar el giro social. No necesariamente con aportes propios.

Aun cuando desistan 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: pueden 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.

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.

Si fracasara la tratativa extrajudicial de esa capitalización, o la liquidación privada se considerara inviable, 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. Reiteramos que quita y espera impuestos en acuerdo concursal importan enriquecimiento para los socios y empobrecimiento para los acreedores.

Es la 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 matices¹²⁷. Apreciar 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.

¹²⁷ Por ejemplo : emitir con prima, o acciones de clase, con preferencias, determinando pactos de rescate, etc.. LAS CLAUSULAS O CONVENIOS DE PREFERENCIA PARA LA COMPRA DE ACCIONES O CUOTAS SOCIALES, SON DE VALIDEZ INDISCUTIDA EN EL DERECHO ARGENTINO TANTO COMO EN EL COMPARADO, SEA QUE ESTEN CONTENIDOS EN EL ESTATUTO O EN PACTOS PRIVADOS ENTRE ACCIONISTAS (CFR. MANOVIL, R., "GRUPOS DE SOCIEDADES", P. 320, BS. AS., 1998; REGGIARDO, R., "SOBRE LA TRANSMISION 'ENTRE VIVOS' DE ACCIONES", ED 205-844; VANHAECKE, M., "LES GROUPE DE SOCIETES", P. 76, N° 65, LIBRAIRIE GENERALE DE DROIT ET DE JURISPRUDENCE, PARIS, 1962; CHAMPAUD, C., "LE POUVOIR DE CONCENTRATION DE LA SOCIETE PAR ACTIONS", PAGES. 51-52, N° 49 Y 50, SIREY, PARIS, 1962; ASCARELLI, T., "SUI LIMITI STATUTARI ALLA CIRCOLAZIONE DELLE PARTICIPACION AZIONARIE", EN SAGGI DI DIRITTO COMMERCIALI, P. 359, ESPEC. P. 391, N° 18, MILANO, A.GIUFFRE, 1955), Y SEA QUE COMPENDAN A TODOS LOS ACCIONISTAS O SOLO A CIERTA CLASE DE ELLOS, EN CUALQUIER CASO, ES INCUESTIONABLE LA LICITUD DEL CONVENIO (CFR. BROSETA PONT, M., "RESTRICCIONES ESTATUTARIAS A LA LIBRE TRANSMISIBILIDAD DE ACCIONES", PAGES. 51 Y 138, MADRID, 1963). In re *RECUPERO ENERGETICO SA C/ CAMUZZI GAS PAMPEANA SA S/ ORDINARIO.vocales* HEREDIA - VASSALLO – DIEUZEIDE de CAMARA COMERCIAL: D., 2007-02-14.

8.9. Congruentemente como lo señalan Barreiro y Truffat en “Responsabilidad de administradores y representantes en la ley de quiebras: el deber fiduciario de la ley de sociedades, ¿se traslada a los acreedores?”¹²⁸ “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”. Omiten la más sensata medida, que es la capitalización de las deudas, que luego receptan cuando enfrentan –a mi entender es su único error- mi visión con la de Lorente: “Se vera 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 preventivas. 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 el interés de los acreedores, antes que al interés de los socios”. Y páginas más adelante concluyen apoyando la 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”. Hay daño y hay formas prioritarias de enfrentarlo en beneficio de la empresa conforme al “esfuerzo compartido”.

Nos apoyamos en la “absolute equity rule”¹²⁹ –recordada por Lorente-, para sostener la necesidad de aplicar el art. 197 2º LSA, sobre capitalización del pasivo si es que los socios no quieren capitalizar, antes de pensar en presentarse en concurso. Y que las propuestas son abusivas, incluso inconstitucionales¹³⁰ si junto a las quitas y esperas no hay una capitalización de la diferencia, pues en caso contrario hay un despojo a los acreedores en beneficio de los socios. Una propuesta de quita y espera sin esa contrapartida en la participación en el capital, o alguna forma de negocio participativo, es inconstitucional por violar el derecho de propiedad (art. 17 C.N.).

8.10. Constatábamos¹³¹ que la presentación de sociedades comerciales en concurso después de muchos años operando en cesación de pagos –pero el fenómeno en análisis lo es también cuando la cesación de pagos es inmediata anterior-, es efectivizada sin que hayan recorrido el camino que la ley específica les impone.

La mayoría de las sociedades solucionan sus problemas a través de la ley de sociedades, y ello debería ser la regla, imponiéndose incluso por el juez del concurso en las medidas previas. Su incumplimiento genera siempre responsabilidad de los

¹²⁸ En Doctrina Societaria y Concursal, Octubre 2005, tomo XVII, pág. 1205.

¹²⁹ En las Segundas Jornadas Interdisciplinarias Concursales del Centro, Córdoba 2005 que compartimos con Truffat, en las Jornadas Italoargentinas de Derecho, Córdoba 2005 y luego en Barranquilla.

¹³⁰ Comunicación al Primer Congreso Hispanoamericano de Derecho Concursal, Barranquilla, octubre 2005, *Reforma concursal: ¿de ideas o de normas?* en el CD editado por el Congreso, y *Hacia la desjudicialización de las crisis: LA CONSERVACIÓN DE LA EMPRESA* comunicación en la Jornada Internacional de Derecho Concursal, Cali – COLOMBIA- Martes 18 de octubre de 2005, Facultad de Humanidades y Ciencias Sociales, Carrera de Derecho de la Pontificia Universidad Javeriana, y Cámara de Comercio de Cali, o ambos en la página electrónica de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba www.acader.unc.edu.ar, y antes *Propuesta abusiva* para elDial.com en agosto de 2005 y también en esa página electrónica de la Academia y artículos similares en prensa en Zeus, Córdoba y Santa Fe.

¹³¹ *ASUNCION DE LA CRISIS DE SOCIEDADES COMERCIALES A TRAVÉS DEL DERECHO ESPECÍFICO (LA CONSERVACION DE LA EMPRESA ES UNA CUESTIÓN PRIVADA, SOCIETARIA)* Publicada en el libro colectivo de tres tomos “VI Congreso Nacional de Derecho Concursal y IV Congreso Iberoamericano de la Insolvencia”, Santa Fe 2006, Tomo II pág. 329

administradores, por lo menos frente a ciertos acreedores, además de recrear el análisis sobre la abusividad de la propuesta que se formule.

Implica, por otra parte, la forma más efectiva de asegurar la conservación de la empresa, argumento que es usado tardíamente por administradores societarios, ante su propia torpeza, para justificar ilegales y abusivas propuestas de acuerdo concursal.

8.11. Volvemos a la palabras de Truffat en el ensayo citado inicialmente: “Las soluciones preventivas, en tanto preservadores de agentes útiles en el mercado, deben propender a “socializar el daño”; de tal suerte que todos los afectados colaboren en la solución, pero sin liberar a los emprendedores de su *cuota* de pérdida. Sería insoportable que los acreedores fueran convidados especiales en las horas de llanto y luto y que luego, renacida la empresa, y con aptitud de generación de recursos, cayeran en el olvido a la hora de la fiesta. Así pues, y así como deben prevenirse y evitarse los acuerdos predatorios, debe propenderse a mecanismos de “asociación” en el rescate (de tal suerte que la mejor suerte del sujeto salvado beneficie a todos quienes padecieron la insolvencia). En caso de quiebra debe sancionarse el dolo o el accionar en estado de infracapitalización endémica. Esto último porque ello no solo genera una falsa apariencia de solvencia, sino porque contiene la contradicción de omitir uno de los deberes básicos de quien participa de entes asociativos (dotar a este de capital suficiente), pretendiendo contar –sin auténtico contravalor- con la limitación de responsabilidad que se sigue de emplear tipos societarios que tienen tal calidad ¹³². - Cualquier alteración en las reglas de juego en la socialización del daño (medio habitual de superación de la cesación) no debe renunciar a la idea de que debe haber un “sacrificio compartido” entre el deudor y sus acreedores afectados por la impotencia patrimonial; y que si alguno de ambos debe “perder” más es justo que sea el deudor y sus accionistas o cuotapartistas y no los acreedores”.

8.12. Otras soluciones societarias pueden darse a través de la reorganización. Un ejemplo paradigmático del uso de la escisión.

9. SOLUCIONES CONCURSALES ABUSIVAS.

Como contracara de recurrir a soluciones de bajo coste, que pasan por la reorganización o la capitalización de la sociedad. Socios y administradores –los primeros no ostensiblemente- suelen recurrir directamente a lo que Truffat ha caracterizado como el “negocio concursal”.

¹³² “La infracapitalización material está indisolublemente ligada a la insolvencia, que genera un efecto que encuadra en otra causal de disolución: la imposibilidad sobreviviente para cumplir el objeto social –que puede no aparecer como pérdida del capital estatutario-. En la mayoría de los supuestos, una situación concursal implica una infracapitalización funcional. El Model Business Corporation Act (MBCA), limita la tutela de los acreedores sociales al respeto de un test de insolvencia (insolvency test) en virtud del cual no pueden hacerse distribuciones a los socios cuando la sociedad es insolvente, o cuando se vuelve tal con la distribución. Considera insolvente a la sociedad que en el curso normal de su actividad no está en condiciones de pagar el vencimiento sus propios débitos, como aquella en que su activo total es inferior al pasivo total aumentado de cuánto corresponde pagar a los accionistas privilegiados en caso de liquidación (balance sheet test). Cualesquiera que sea la solución: sociedades con capital mínimo, sociedades sin capital social, sociedades con capital variable, identificamos para todas ellas una misma funcionalidad: no deberían continuar su actividad, si patrimonialmente no resisten un insolvency test (equity insolvency test, balance sheet-based test, bankruptcy test). Se trata de introducir formalmente –o funcionalmente como obligación de los administradores- lo que todos los auditores usan, y sin duda informan a los administradores sociales, aunque nada de ello aparezca en la Memoria de ejercicio que acompaña al balance anual: el solvency test. La tensión aumenta 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. Los acreedores de una empresa en crisis se encuentran en la misma situación de inversores sin derecho, que no tuvieron en cuenta cuando contrataron sin la información de esa situación o antes de que se produjera esa situación...”, Richard, Efraín Hugo, “Relaciones de organización. Sistema societario”, ya cit, pág. 167

Hemos apuntado, y es claramente advertible, que acuerdos de quita implican un empobrecimiento de los acreedores y un correlativo enriquecimiento del patrimonio de la sociedad, y obviamente de las participaciones sociales de los socios.

El equilibrio patrimonial de una sociedad no puede restablecerse por un enriquecimiento sin causa –rechazado por la legislación mundial- sino por contratos entre partes que no afecten derechos de terceros. Este acerto valorístico tiende a poner en tela de juicio acuerdos de quita y espera que significan una transferencia de riqueza de los acreedores al titular del patrimonio (o a los socios de la persona jurídica titular del patrimonio), o a aceptar la posibilidad que terceros adquieran créditos de concurrentes para votar un acuerdo que genere esas quitas y esperas –en muchos casos que van más allá de lo que cada legislación considera confiscatorio-.

En el derecho concursal la “empresa” es usada como escudo de apropiación de los repartos por el mismo que generó los incumplimientos en cadena. En los casos de sociedades, personas jurídicas, en supuesto beneficio de ésta confundiéndola con la empresa, y por su intermedio de los propietarios de las participaciones societarias, normalmente accionistas o cuotistas. Situación que llega a límites de ilegalidad absurda cuando planifican esa apropiación no asumiendo soluciones societarias, demorando la presentación en concurso y a través de éste logran repartos predatorios en perjuicio de sus acreedores.

Se trata de pensar ahora 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 vida¹³³.

Son abusivos y no pueden homologarse acuerdos concursales obtenidos por mayorías relativas, donde el reparto es injusto para los acreedores, generando una riqueza injustificada para los socios.

10. SOBRE RESPUESTAS AL ABUSO: LEVANTAMIENTO DEL VELO.

Sin intentar un análisis profundo de temas de responsabilidad, formalizamos alguna aproximación a temas que hemos tratado¹³⁴. Se trata, frente al uso antifuncional de una sociedad persona jurídica, de revisar las diferentes modalidades de evitar la frustración de derechos de terceros, socios o acreedores (de la sociedad o de los socios), distinguiendo entre las técnicas de levantamiento del velo, imputación aditiva o de responsabilidad, respecto de integrantes de órganos y de controlantes, socios o no, además de la posible responsabilidad de todos los socios.

Argentina y Uruguay tienen norma específica sobre la imputación a los controlantes torpes por las consecuencias que genere el abuso abusivo del instrumento societario. En el sistema mundial ello se ha logrado, como en dichos países antes de establecerse esas normas 20 años atrás, en el abuso de derecho. Los efectos de la conducta antijurídica o del uso desviado de la sociedad, implica una imputación directa¹³⁵ y, de haber perjuicios, la responsabilidad solidaria e ilimitada.

¹³³ *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.

¹³⁴ Nto. *Insolvencia societaria* citado; *La responsabilidad de los Administradores en las Sociedades y los Concursos* Ed. Legis. Publicación del Instituto Argentino de Derecho Comercial en su 70º Aniversario 2009, Buenos Aires mayo 2009, nto. “Acción individual de responsabilidad de acreedores contra administradores societarios” (pág. 387).

¹³⁵ Si no se admiten excepciones al respecto que merece la forma con que el derecho reconoce a la persona jurídica pueden darse resultados injustos en casos que ofrecen circunstancias especiales. Ello ha determinado que la posibilidad de desestimar la personalidad jurídica tenga categoría de principio tanto en el derecho comparado como en el nacional, e inclusive en el internacional. (Del fallo de primera instancia confirmado por sus fundamentos). La solución del problema relativo a cuándo puede prescindirse del rasgo esencial de la persona jurídica, que es la separación radical entre la sociedad y sus socios, depende de que la persona jurídica actúe sin apartarse de los fines en

10.1. La medida de elaboración e incorporación de reglas de *disregard* permite, frente a situaciones o instrumentaciones "abusivas" de las formas societarias, prescindir de éstas y de la limitación de responsabilidad de los socios, que son su consecuencia¹³⁶. Se discute en la doctrina si la extensión de la responsabilidad de los socios en virtud de la teoría del *disregard of the legal entity*¹³⁷, está asociada con determinada concepción sobre la naturaleza de las personas jurídicas. Tanto en la Argentina como en el Brasil se afirma esta pregunta, sosteniéndose que esa teoría reactualiza el problema de la naturaleza de las personas jurídicas. En Alemania, en cambio, la doctrina dominante sostiene la independencia de ambos problemas¹³⁸.

10.2. La Corte Suprema de Justicia de la República Argentina ha sostenido en el llamado caso Palomeque¹³⁹, con mucha limitación, el criterio para responsabilizar a los socios conforme la norma del art. 54 ter LSA. En ese fallo "Palomeque, Aldo René c/ Benemeth S.A. y otro s/ recurso de hecho", puede verse, pese a la aparente restricción a la aplicación del art. 54 in fine ley de Sociedades Comerciales, un interesante atisbo de imputaciones constitutivas. En el mismo, la CSJN (con fecha 3 de abril de 2003) al hacer suyas las consideraciones del Procurador General de la Nación (fecha 23 de octubre de 2001), parecería que sólo acepta la aplicación de la imputación y responsabilización al controlante torpe –la llamada inoponibilidad de la personalidad jurídica-, o a accionistas y directores, en supuestos en que la actividad desviada fuera genética respecto a la sociedad creada ("*no ha quedado acreditado que estemos en presencia de una sociedad ficticia o fraudulenta, constituida en abuso del derecho y con el propósito de violar la ley*"), lo que realmente implica confundirlo con el supuesto penal societario del art. 19 LS, restringido incluso éste. Indirectamente la CS ha fijado cuatro casos de inoponibilidad (y quizá de actividad ilícita) vinculados a la sociedad aparente o a la constituida en fraude a los acreedores o que opera en insolvencia, dos de ellos dedicados a la infrapatrimonialización: c. Infracapitalización material constitutiva, d. Sociedad con actividad ilícita inicial.

En la doctrina de los Estados Unidos de Norteamérica se cuestiona la teoría del *disregard* por su imprecisión y se plantea si no es una modalidad de aplicar responsabilidad. La desestimación en sentido estricto implica el desconocimiento del principio de división (separación o escisión) patrimonial entre la sociedad y los socios o los terceros controlantes, pero normalmente es usado en sentido lato, eliminando las limitaciones de responsabilidad de los socios fijados por el tipo societario o de

atención a los cuales el derecho lo ha creado. En última instancia la "disregard doctrine" no niega la existencia de persona jurídica, quien niega su personalidad es quien abusa de ella. La reforma producida hace pocos meses en materia societaria (ley 22.903 -ADLA, XLIII-D, 3673-) ha sancionado un nuevo texto para el art. 54 de la ley de la materia que autoriza a imputar a los socios, derechamente, los actos de la sociedad que impliquen violentar el objeto genérico y abstracto de los entes jurídicos. Este temperamento, como se establece en los fundamentos de elevación del proyecto, no es novedoso sino que arraiga en la directiva del art. 2º de la ley 19.550 (ADLA, XXXII-B, 1760). (Del fallo de primera instancia confirmado por sus fundamentos). CNCom. ,SALA E , setiembre 5 - 984 Oddone, Luis A. y otra s/ quiebra) LA LEY, 1984-D, 412

¹³⁶ El párrafo, casi textual, también corresponde a LE PERA en *Cuestiones* citado, p. 101.

¹³⁷ MARZORATTI (H), OSVALDO .J. "La teoría del *disregard of legal entity* a través de la jurisprudencia norteamericana" en RDCO año I pág. 717 y ss.. Otaegui, J.C. "Desestimación de personalidad societaria" RDCO año 4 pág. 137 y ss.. LO CELSO, ROGASIANO M. *Penetración de la personalidad en las personas jurídicas. Arbitraje comercial internacional* en RDCO año 9 pág. 27 y ss.. GAGLIARDO, Mariano *El Directorio de la Sociedad Anónima* Abeledo Perrot ed. 1986, Capítulo IX Personalidad jurídica e inoponibilidad de la forma societaria, p.215 y ss., en particular p. 222.

¹³⁸ MOEREMANS, DANIEL E. "Extensión de la responsabilidad de los socios en las sociedades de capital, en virtud del *disregard of the legal entity*" en RDCO, No. 131, Octubre 1989, pág. 713 y ss..

¹³⁹ CSJN 3.4.03 en Palomeque, Aldo R. c/ Benemeth S.A. y otro s/ recurso de hecho.

imputabilidad por las formas societarias. En este sentido se usa en el derecho americano la expresión "disregard of the legal entity o percing of the corporate veil" ¹⁴⁰. En relación al período de preconcursalidad, o sea de sociedad en estado de cesación de pagos cuyos administradores no abren los procedimientos concursales, la jurisprudencia ha dado un viraje a partir de 1991 sosteniendo la responsabilidad civil de esos administradores frente a los nuevos acreedores ¹⁴¹. En base a la "business judgement rule" si la decisión fue tomada sin la información adecuada y disponible, ha existido una gruesa negligencia (culpa grave) del empresario por lo que deberá responder civilmente¹⁴². De todas formas es tema debatido en E.E.U.U. si se esta verdaderamente frente a acciones de descorrimiento de velo o meramente de responsabilidad. La doctrina sostiene que en el derecho americano la teoría del levantamiento del velo es una figura que deja enorme discrecionalidad al juzgador, no percibiéndose como una construcción debidamente delimitada para la justicia y seguridad jurídica. Es que ha llegado a sostener la doctrina que no existen elementos esenciales diferenciadores entre la teoría del disregard y de la presunción de responsabilidad por la enterprise theory.

10.3. La limitación de responsabilidad de los administradores, y de los socios queda sujeta en el derecho nacional y comparado al correctivo del *superamento della personalità giuridica*, levantamiento del velo, *piercing the corporate veil*¹⁴³, o sea al uso funcional de la sociedad como persona jurídica. Al mismo fin debería llegarse a través de principios de atribución de responsabilidad con base subjetiva. Si el obrar culposo o doloso genera daño, el mismo debe ser indemnizado por quién, uso de la técnica societaria para generar el perjuicio. La sociedad debe estar adecuadamente dotada patrimonialmente para el cumplimiento del objeto. Una sociedad infrapatrimonializada genéticamente autorizaría la llamada "inoponibilidad de la personalidad jurídica", al criterio de la CSJN en el expuesto caso Palomeque. Es, a la postre la inoponibilidad del beneficio de la limitación de responsabilidad¹⁴⁴.

10.4. La infrapatrimonialización permanece en la irrelevancia mientras la sociedad tiene bienes suficientes para servir de garantía común de sus acreedores. Pero, cuando estos bienes faltan -y más aún cuando desaparecen o resultan de propiedad de terceros ajenos al giro de la sociedad- los acreedores encuentran que el límite de responsabilidad de los socios, establecido por ellos mismos en suma cercana al mínimo legal, aparece desproporcionado, no ya sólo con las deudas contraídas, sino con el propio giro social en épocas normales. Esta condición se ve agravada cuando los acreedores son los trabajadores dependientes de la sociedad, porque quienes buscan

¹⁴⁰ Court of Appeal for the Fifth Circuit, con fecha 29 de enero de 1990 sostuvo que el recurso de la personalidad jurídica no puede ser superado para afirmar la responsabilidad de la sociedad controlante en relación a los costos relativos a la bonificación de un área en la que actúa una sociedad totalmente controlada.... A criterio de la corte el superamiento del recurso de la personalidad jurídica debe ser limitado a la situación en la que la forma de la sociedad PERSONIFICADA es usada como una función preordenada a un fin fraudulento o al efecto de no incurrir en responsabilidad personal (cfr. Corporate Veil Cannot Be Pierced To Impose Superfund Liability On Parent, in Securities Regulation y Law Reports, vol. 22, 2 febbraio 1990, p. 158 y ss.).

¹⁴¹ VICARI, ANDREA "I doveri degli amministratori in caso de insolvenza della società nel diritto statunitense", en *Rivista delle Società* 1999 p. 1244 y ss.-.

¹⁴² GIBNEY, FRANK *El milagro programado 2ª. Ed. Sudamericana Planeta, Buenos Aires 1987, p. 13.*

¹⁴³ MIOLA, Massimo "Il sistema del capitale sociale e le prospettive di riforma nel diritto europeo delle società di capitali", *Rivista delle Società*, 2005-50-1199, fasc. 6, específicamente pag. 1311 refiriéndose a los Estados Unidos.

¹⁴⁴ NISSEN, Ricardo *La importancia del capital social* en libro colectivo "Panorama Actual del Derecho Societario" pág. 29, Editorial Ad Hoc, Buenos Aires 2000; MILLER, Alejandro *Sociedades Anónimas – Directorio – Síndico* pág. 112 y ss., Editorial AMF, Montevideo 2005; RIPPE, Siegbert *Subcapitalización y responsabilidad de directores y administradores*, en JA año 1997, pág. 725.

empleo no están en condiciones -como generalmente sucede con los comerciantes- de tomar en cuenta el capital social de la empresa con la que hayan de contratar.

10.5. En el derecho comparado tiende a enfrentarse el problema a través de la teoría general de la responsabilidad, adaptada a lo que nosotros hemos sistematizado como “relaciones de organización”, pues al existir una persona jurídica artificialmente creada, los constituyentes, dueños y administradores asumen especiales roles ante perjuicios que puedan generarse por la actuación del ente, pero generándose dificultades en cuanto a la imputación de actos en sentido estricto. En Francia se registra la *action en complement du passif*, que se ejercita en el concurso en los casos de cesión o liquidación judicial debiendo probarse la insuficiencia efectiva del activo para satisfacer el crédito del acreedor reclamante, lo que delimita su daño, como así también la negligencia o dolo de los administradores por falta de gestión, y el nexo de causalidad entre esa falta de gestión y la insuficiencia del activo.

En Italia, ante la reciente reforma introducida en el sistema societario, el nuevo art. 2497¹⁴⁵ (D. Lgs. del 17 de enero de 2003 n. 6) establece un régimen de acciones de responsabilidad, en virtud del cual las sociedades o entes en actividades de dirección y coordinación de sociedades, que actúen en interés propio o ajeno violando la correcta gestión, son directamente responsables frente a los socios de estas por los perjuicios a la renta y al valor de la participación y frente a los acreedores por la lesión al patrimonio de la sociedad extendiendo la responsabilidad solidaria al partícipe en los límites del beneficio obtenido a sabiendas. El art. 2448 del C.Civil imponía a los administradores societarios abstenerse de continuar o emprender el giro social cuando acaece alguna de las causales de disolución contempladas en dicho artículo, que alcanzaría a la infrapatarimonialización como forma impeditiva de cumplir el objeto social, pues en caso contrario asumirían responsabilidad ilimitada y solidaria por los nuevos negocios, conforme la visión que venimos sosteniendo en nuestro país.

10.6. Si los socios no dotan a la sociedad del capital social necesario para el cumplimiento de su objeto, estarían abusando del instituto del capital social y de la limitación de responsabilidad, y responderán ante los acreedores sociales, por la vía del levantamiento del velo.

11. RESPONSABILIDAD DE ADMINISTRADORES POR NO USAR LA VIA SOCIETARIA.

El no asumir la cuestión en el ámbito privado societario, implica responsabilidad para administradores de la sociedad comercial.

Ante la pregunta que siempre formulamos: ¿realmente no hay sanción para alguien por la no adopción en lo interno de la sociedad de las medidas previstas por las normas o por no presentarse tempestivamente en concurso continuando contratando en cesación de pagos? Barreiro y Truffat responden afirmativamente, aunque preocupados por nuestro “extremismo” señalan “la línea de responsabilización en zona de insolvencia que propugna el maestro cordobés deberá acotarse a casos absolutamente

¹⁴⁵ Codice Civile Art. 2497, nueva redacción según D. Lgs. n. 6 del 17 de enero de 2003. " *Las sociedades o los entes que, en ejercicio de actividades de dirección y coordinación de sociedades, actúen en el interés empresarial propio o ajeno, en violación de los principios de correcta gestión societaria y empresarial de éstas sociedades, son directamente responsables frente a los socios de éstas por el perjuicio causado a la rentabilidad y al valor de la participación social, y frente a los acreedores sociales por la lesión producida a la integridad del patrimonio de la sociedad. [...] Responde solidariamente quien haya participado en el acto lesivo y, en los límites del beneficio obtenido, quien se haya beneficiado a sabiendas*"

graves y evidentes“. Hemos tranquilizado a los distinguidos amigos y jóvenes juristas. No decimos otra cosa: no contraten en cesación de pagos porque hacerlo es doloso y pueden asumir responsabilidad, y los casos que evidenciamos son de inusitada gravedad y evidencia –aunque se intenten cubrir las apariencias-: los informes generales de los síndicos en los que se constata objetivamente que la sociedad concursada arrastra una situación de cesación de pagos de muchos años, cinco o más, y que la presentación se produjo ante el inminente remate de un bien en un juicio iniciado hace muchos años por un tercero. El extremismo y el riesgo para los administradores –y socios- de una sociedad en insolvencia, lo generan los que suponen que no hay responsabilidad alguna por operar en cesación de pagos por prolongado tiempo. Y con ellos no se enrola la moderna doctrina concursalista.

Si se aprobó un acuerdo predatorio, de quita y espera, empobreciendo a los acreedores y enriqueciendo a los socios que condujeron o toleraron administradores que llevaran a ese estado de cosas: ¿se entenderá que se genera alguna responsabilidad? Hemos dado una respuesta afirmativa¹⁴⁶.

10.1. Dentro de lo expuesto, cuando la empresa no es viable enfrentamos normalmente una causal de disolución. Esa causal puede ser coetánea con la constatación de la insolvencia de la sociedad. Insolvencia societaria que impondría, a petición de acreedor la declaración de quiebra como desenlace final¹⁴⁷. Descartamos en el caso el acuerdo concursal ante la inviabilidad de la empresa..

Pero si no existe petición de acreedor, los socios pueden decidir la liquidación privada y extrajudicial de la sociedad. No tenemos duda de ello. Se trata de un procedimiento determinado, sujeto a control judicial a requerimiento.

Este procedimiento será mucho menos oneroso que la liquidación judicial en una quiebra y permitirá un mejor reparto de los activos. Ello no elimina la posibilidad de acciones de responsabilidad sociales o individuales si administradores o socios hubieren incurrido en acciones u omisiones que generan daño imputable.

¿Y si la liquidación no satisficiera la totalidad del pasivo, como presumimos en caso de insolvencia? ¿Podrá solicitarse la quiebra por parte de acreedores? Obviamente que sí, pero carecerá de resultado práctico y se incurrirá en altos costos si no existieren acciones de responsabilidad o de integración de activos. No sería aplicable la clausura del procedimiento por falta de activo y el pase de antecedentes a la justicia del crimen, pues justamente se ha liquidado conforme prevé la ley societaria.

Sin duda la liquidación de la sociedad debe sujetarse a un plan. En forma alguna corresponde el cese total de la actividad aún en casos de constatarse causales de inmediata acreditación –causales que operan opso jure, de pleno derecho, u ope legis-, pues tal interpretación podría llevar a funestas consecuencias por pérdida de valor del patrimonio. Además todas las causales pueden ser removidas por decisión de los socios, por ellos mismos o por intervención de terceros¹⁴⁸.

10.2. En el referido trabajo de Carlino, aparecen manifestaciones muy importantes: “Final: el procedimiento liquidatorio es un plan de negocios ad-hoc. De

¹⁴⁶ Nto. “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, y trabajos citados sobre responsabilidad de administradores.

¹⁴⁷ En nuestro país el deudor podría convertir la quiebra en concurso y proponer acuerdo, pero si la empresa es inviable desde el punto de vista económico-axiológico se impondría la liquidación, salvo que se considerara conveniente subsidiarla por razones de interés público.

¹⁴⁸ RICHARD-MUÑO *Derecho Societario* 2ª Ed. citada, tomo I pág. 365 y ss., especialmente pág. 370 “la sociedad puede seguir actuando, lo que relativiza la imperatividad de la causal”.

igual modo puede analizarse la liquidación de la empresa: todo el proceso liquidatorio (Secc. XIII-Cap. I, LSC) debe responder a un plan, y aunque parezca impropio llamarlo de “negocios”, lo cierto es que el liquidador debe finiquitar los negocios pendientes, aunque ello signifique llevar a cabo algunas actividades propias de un administrador, sea para no malvender las existencias de bienes de cambio, para finalizar los procesos productivos en curso de ejecución, para no interrumpir abruptamente la provisión ya convenida a terceros y generar litigios, etcétera. - Es obvio que la designación e inscripción del liquidador no significa un inmediato cierre de la actividad empresarial, salvo excepciones provenientes de la particularidad del objeto social. - Desde esta perspectiva, bien puede el art. 103 LSC leerse como una formulación ad hoc del plan de negocios, más que como una mera formalidad que debe cumplir el liquidador so pena de ser removido y pasible de responsabilidades.”.

10.3. En las legislaciones modernas se establece que ante la constatación de una causal de disolución, los administradores deben actuar diligentemente, primero convocando a los socios y luego ejecutando las decisiones del órgano de gobierno o adoptando las que la legislación imponga imperativamente.

10.4. En Suiza se determina a través de su art. 725 del Código de las Obligaciones, imponiendo en caso de pérdida de la mitad del capital social, si no se cubre el pasivo debe convocarse de inmediato a los accionistas con un plan de reorganización, o por excesivo endeudamiento debe proveerse a un balance especial auditado y de resultar un estado de cesación de pagos debe ponerse la cuestión de inmediato en conocimiento de un tribunal judicial. El incumplimiento genera responsabilidad personal a los integrantes del Directorio.

En Italia, aunque la situación de insolvencia no necesariamente depende del balance/flujo de caja de la sociedad, una S.p.A. debe disolverse si existen pérdidas que alcanzan a un tercio de las reservas de capital o, en cualquier caso, si las reservas se reducen a menos del monto exigido por ley (100.000 euros), a menos que el capital sea incrementado o la sociedad adquiriera otra tipo societario (tal como una SRL - sociedad de responsabilidad limitada con una exigencia menor de capital). La falta de integración de nuevo capital puede ser indicativa de un estado de insolvencia. En caso de reducirse el capital social, la sociedad puede disolverse de conformidad con el procedimiento previsto en la ley de sociedades italiana (incluyendo la designación de un liquidador). En cuanto al ingreso a la zona de insolvencia el denominado "modelo italiano" no prescribe un régimen específico en la materia sino que, mediante una norma que limita el ámbito de la legitimación para actuar por parte de los administradores, impone la obligación de éstos de abstenerse de continuar o emprender actividad societaria cuando ha acaecido alguna de las causales disolutorias contempladas en el artículo 2448 del Código Civil -entre las cuales se incluyen la pérdida del capital social o la imposibilidad sobreviniente de cumplir el objeto social, que alcanzaría la infracapitalización- bajo apercibimiento de asumir una responsabilidad ilimitada y solidaria por los emprendimientos que encaren. Siendo que las causales de disolución por pérdida de capital social, y por imposibilidad sobreviniente de cumplir el objeto social operan de pleno derecho como impedimento para que los administradores puedan encarar nuevas operaciones, por el sólo conocimiento de éstos del acaecimiento de la causal, ello deviene en una suerte de sanción indirecta por infracapitalización sustancial o material, así como por haber ingresado a la *zona de insolvencia* sin tomar -a partir de ello- las medidas del caso.

Boldó Roda se expresó en el Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa (La Falda, Rep. Argentina 2007) sobre este punto: Una causal de disolución es la infrapatrimonialización, que al impedir el cumplimiento del objeto social genera responsabilidad de los administradores. “Estamos ante una insuficiencia de capital cuando los socios no dotan a la sociedad de los recursos patrimoniales necesarios para llevar a cabo el objeto social. Se dice entonces que la sociedad está infracapitalizada, pudiendo distinguir dos supuestos. La infracapitalización material y nominal. La infracapitalización material se produce cuando los socios no dotan a la sociedad de dichos recursos ni por la vía de un capital de responsabilidad ni por la vía de créditos otorgados por ellos mismos. ... la infracapitalización material puede justificar la exigencia de la responsabilidad civil (y en su caso, incluso penal) de los administradores y el levantamiento del velo de la persona jurídica, haciendo responder personalmente a los socios, ... Y lo que es más importante en la práctica, a la eventual disolución de la sociedad anónima materialmente infracapitalizada, se añade ahora la responsabilidad de los administradores por las deudas sociales”. La responsabilidad es más calificada en el caso de infracapitalización constitutiva en relación a acreedores involuntarios, particularmente en relación a trabajadores, proveedores no informados y por perjuicios al afectar el medio ambiente.

12. A MODO DE MEDITACIÓN INTRODUCTORIA AL DEBATE

Creemos haber avizorado que existe una suerte de axiología de la empresa y su mantenimiento funcional (conservación), como un valor en sí mismo en orden a los intereses que concilia. En esa conservación y en el equilibrio de los intereses convergentes veremos satisfechos los valores seguridad y justicia, y dentro del sistema de justicia la eficiencia de la respuesta, su oportunidad, la equidad en los repartos, unidos a los bajos costes de transacción y la minimización de daños a la sociedad, los socios, los terceros, el mercado y la comunidad..

La conservación de la empresa como expresión significa mantener un patrimonio funcional para el cumplimiento del objeto, lo es a través de la técnica de organización (societaria por medio de la normal y diligente actuación de sus órganos).

12.1. 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 vinculadas a aspectos patrimoniales las de aumento o reintegración del capital social, solución que debería anticiparse a la apertura de cualquier concurso, como lo hace la ley concursal de Colombia, vinculando ambas legislaciones.

12.2. La capitalización del pasivo es la forma societaria de afrontar la crisis. Un acuerdo expropiatorio –sin indemnización- de quita y espera para ser constitucional debería ir unido a que los acreedores compartieran el patrimonio social, como una forma de compensación.

12.3. A la comunidad, al país, a los trabajadores, a la economía en general, es indistinto quiénes sean los titulares del capital social. No puede aceptarse que se enriquezcan quiénes se marginaron del sistema privado societario para solucionar el problema, eventualmente asumiendo tempestivamente un sistema concursal o preconcursal, imponiéndose el esfuerzo compartido en salvaguarda de la empresa,

convergiendo en el capital social todos los interesados –u otorgando otros beneficios participativos-, sin excluir de posibles beneficios futuros a los acreedores.

Este es un mensaje para que los administradores y socios asuman la juridicidad, y que el sistema no premie a quién lo margina.

12.4. Resulta necesario reconstruir la concepción integral del sistema jurídico, con método de empresa propio de las relaciones de organización y no individualista propio de las relaciones de cambio, donde la libertad, autonomía de voluntad y capacidad jurídica individual de generar personas jurídicas o centros de imputación, debe equilibrarse con la funcionalidad regular de esas instituciones, eventualmente en aquella tradicional: no dañar. La libertad entraña responsabilidad y la obligación de reparar el daño que se cause, y la eficiencia del sistema jurídico y judicial esta vinculado a esos objetivos, tanto para disuadir como para equilibrar rápidamente las relaciones afectadas.

Se trata de concebir la funcionalidad societaria y la autonomía de la voluntad para pergeñar la personalidad jurídica dentro del sistema correspondiente, que debe ser interpretado coherentemente¹⁴⁹, componiendo “un conjunto estructurado de elementos que podemos percibir como tal en un momento dado... Las estructuras no son caprichosas, corresponden a interconexiones definidas de subsistemas y elementos entre sí”¹⁵⁰. No puede aplicarse excluyentemente la normativa concursal a una sociedad sin integrarla con la específica societaria, que en forma alguna excluye la aplicación de normas superiores contenidas en la Constitución Nacional, los tratados, y los Códigos Civil y Comercial.

12.5. La tesis sustentada es una invitación a retomar esas ideas, que permitirían salvaguardar la empresa y las actividades productivas, haciendo confiable el crédito y evitando se atesten los tribunales de procedimientos que hubieran podido afrontarse privada y oportunamente.

En una visión congruente con las previsiones de la “Responsabilidad social corporativa” deberíamos disponer estadísticas del éxito de las soluciones societarias para afrontar sus crisis patrimoniales.

12.6. El análisis servirá para reflexionar en comunidad, quizá tranquilizando nuestras inquietudes, encontrando soluciones más eficientes para los múltiples intereses comprometidos en la crisis de las sociedades, a su vez con menos costes y menor desgaste jurisdiccional.

13. DE NUEVO SOBRE EL ARGUMENTO DE QUE NO SERÍA ABUSIVA LA PROPUESTA DE ACUERDO QUE SUPERARA LO QUE SE OBTENDRÍA EN LA LIQUIDACION POR QUIEBRA.

La propuesta es lógica en el concurso de una persona individual, donde no existan responsabilidades a atribuir a socios o administradores.

Pero como hemos desarrollado la cuestión es descartable en el caso de sociedades, pues impone tomar en cuenta la calidad institucional de la sociedad y las responsabilidades que por su uso desviado se generan. Ello conforme a toda la argumentación que hemos desarrollado.

¹⁴⁹ GRÜN, Ernesto *Un nuevo enfoque para la teoría general del derecho* en LL 1988 A 789.

¹⁵⁰ GRÜN, Ernesto *Una visión sistémica y cibernética del derecho en el mundo globalizado del Siglo XXI*, Editorial Lexis Nexis Buenos Aires 2006, p. 173.

Los administradores, y los socios a su iniciativa, tienen la obligación de liquidar la sociedad ante la constatación de causales de disolución, o bien superarlas. Las causales patrimoniales –que desembocan en concursos o quiebras- son la pérdida del capital social o la imposibilidad sobreviniente de cumplir el objeto social, sea por falta de patrimonio, sobreendeudamiento, irracionalidad en la relación pasivo y activo corrientes, etc., que pueden fácilmente ser removidas por la capitalización.

Los acuerdos concursales de quitas y esperas implican un enriquecimiento de los socios, por una indirecta “capitalización” de la sociedad por la pérdida que se les impone a los acreedores, en beneficio de los socios que no asumieron la capitalización societaria, impusieron riesgos a la sociedad y a la empresa, y generaron costes públicos y privados innecesarios.

Sobre ello nos hemos expedido en ensayo *Personalidad y Responsabilidad*¹⁵¹, donde sosteníamos que “La sociedad es un instrumento maravilloso para la organización de actividades. Existe total autonomía de voluntad, particularmente a través del tipo societario que estimen adecuado –tipicidad de segundo grado- para generar un patrimonio autogestante para el cumplimiento del objeto social, como forma de darse la empresa. A su vez, además de la separación patrimonial que genera la personificación de la sociedad, conforme el tipo elegido se produce una tabicación de responsabilidad para los socios. Los administradores en ningún tipo societario asumen responsabilidad. Obviamente que para que se produzcan esos efectos, ni la constitución ni la funcionalidad de la sociedad puede ser empleada para dañar a terceros. Naturalmente la constitución de una sociedad responde a un plan de negocios –plan de empresa-, para cumplir la empresa –objeto social-, lo que impone una escisión patrimonial de parte de los socios dotando de un patrimonio a aquella, apto para el cumplimiento de ese objeto conforme la planificación generada. La sociedad así constituida, debidamente publicitada, pasa a ser una persona jurídica dotada de un patrimonio independiente que, como tal, se constituye en una institución jurídica en cuanto no puede desaparecer sino a través de una decisión imputable a la sociedad o por el reconocimiento de existencia de una causal de disolución prevista en la ley, que impone un procedimiento de liquidación no disponible. Ello caracteriza a la sociedad como institución jurídica en cuanto, si bien el vínculo nace normalmente de un contrato –no necesariamente-, la liquidación de la persona esta sometida a un trámite institucional necesario para, como si fuera la muerte de una persona física, satisfacer las relaciones jurídicas generadas durante la funcionalidad de esa sociedad-persona, cumpliendo contratos, pagando a los acreedores y entregando a los socios el remanente si lo hubiere. La jurisprudencia laboral ilustra esas apreciaciones: “La forma societaria es una suerte de cobertura otorgada como técnica jurídica a la empresa y que la misma la torna a esta última, un sujeto de derechos condicionado al cumplimiento de sus fines y respeto de su objetivo social. En los últimos tiempos se ha podido observar un alto índice de incumplimientos y, en algunos casos, se puede advertir claramente el uso de las sociedades comerciales, no orientadas a la realización de su objeto sino como medio de incumplimiento de obligaciones laborales derivadas de leyes imperativas, con un cierto desdén por el orden público”¹⁵². “A través de la personalidad jurídica las sociedades adquieren una entidad de sujeto de derecho distinto de los socios individualmente considerados, con un patrimonio independiente, al cual sus acreedores podrán recurrir para el cobro de sus créditos. La limitación de la responsabilidad

¹⁵¹ Nto. *Personalidad y Responsabilidad*, en Libro colectivo “Nuevas Doctrinas Judiciales en Materia de Sociedades”, Ed. Fundación para la Investigación y Desarrollo de las Ciencias Jurídicas –Buenos Aires, noviembre 2009, págs.. 137 a 215.

¹⁵² Estas reflexiones corresponden a la CNTrabajo, Sala IV, Marzo 31 de 2008, “Poledo Ricardo Gastón contra Fundación Samuel Germán y otros sobre despido”

permite a los socios, según el grado de intensidad con que este beneficio es otorgado por el legislador, oponer al acreedor de la sociedad los bienes que componen el patrimonio de ella, para que aquel obtenga satisfacción, ya con carácter previo a la ejecución de sus bienes particulares, o bien liberándolo definitivamente por las deudas sociales¹⁵³, para pasar a elucubrar sobre si “LA FALTA DE PATRIMONIO SOCIETARIO: ¿es la base de la responsabilidad de administradores y socios de control?”

La infracapitalización¹⁵⁴ aparece como la genética de la insolvencia. La falta de recursos patrimoniales para satisfacer normalmente las obligaciones asumidas constituye el escenario del problema societario que estamos analizando.

No asumidos los problemas de la crisis a través de esas soluciones básicas del sistema asociativo, la discusión debería recaer en la disolución por alguna causal, fundamentalmente por la imposibilidad sobreviniente de cumplimiento del objeto social, como forma de exteriorizarse la idea de empresa.

Adviértase la sencillez, para lograr el equilibrio a bajo costo, de la capitalización del pasivo, donde se eliminan todos los costes de transacción para salir de la crisis y se transforma la situación patrimonial de la sociedad.

13.1. Estos criterios de ¿REORGANIZACION SOCIETARIA O CONCURSAL ANTE LA CRISIS? han sido confirmados por un “OBITER DICTUM” DE LA CORTE.

En 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.

Esa resolución 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 improponible¹⁵⁵- para la obtención de las mayorías necesarias para aprobar acuerdos que hemos calificado como predatorios y confiscatorios¹⁵⁶, pues se alejan del esfuerzo compartido.

A través del voto de la mayoría- presenta, en torno a la propuesta de acuerdo abusiva, una concordancia con el precedente “Arcángel Maggio S.A.”¹⁵⁷.

¹⁵³ CNTrabajo, Sala I, Mayo 23 de 2008, “Olivieri Mario contra Menhires SRL sobre ejecución de créditos laborales”, con el voto del DR. VILELA.

¹⁵⁴ RACCIATTI, HERNÁN RACCIATTI(H); RICHARD, EFRAÍN HUGO Y ROMANO, ALBERTO ANTONIO “Sumetos responsables y subordinación de créditos por el uso abusivo de los préstamos de los socios y de las entregas a cuenta de futuros aumentos de capital, tomo III pág. 383. - Ponencias al III CONGRESO NACIONAL DE DERECHO CONCURSAL y I CONGRESO IBEROAMERICANO SOBRE LA INSOLVENCIA, Mar del Plata, 27, 28 y 29 de noviembre de 1997, 3 tomos Ed. Ad Hoc, Buenos Aires, noviembre 1997; RICHARD, EFRAÍN HUGO “La infracapitalización, la insolvencia societaria y la responsabilidad de sus administradores”, parte A pág. 51 a 60 del Libro de Comunicaciones. A VI Jornadas Nacionales de Institutos de Derecho Comercial, San Martín de Los Andes, 12/14 de noviembre de 1998.

¹⁵⁵ Nto. “Integración de la propuesta de acuerdo en concurso societario (en torno a reciente fallo señero)” en Jurisprudencia anotada de RDCO n° 234, Enero Febrero 2009, Ed. Abeledo Perrot, pag. 79.

¹⁵⁶ 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.

¹⁵⁷. 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.

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”¹⁵⁸.

13.2. 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”.

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 abusivo¹⁵⁹, y enrarecido por la posibilidad de un negocio como señala un calificado autor¹⁶⁰. 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

¹⁵⁸ 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

¹⁵⁹ 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.

¹⁶⁰ 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 “concursalidad” 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 infinitoLibrado 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”.

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-¹⁶¹.

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

13.3. La afirmación de la Corte, se pondría el centro de la cuestión en 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 previsto legalmente debería ser suficiente para impedir que la sociedad llegase a ser insolvente..”¹⁶².

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 libro¹⁶³ “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

¹⁶¹ “*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.

¹⁶² BELTRAN SANCHEZ, Emilio La responsabilidad por las deudas sociales de administradores de sociedades anónimas y limitadas incursas 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”.

¹⁶³ DASSO, Ariel A. “Derecho Concursal Comparado”, tomo 1, Ed. Legis, Buenos Aires 2009, 804 páginas.

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.

13.4. 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 Nación¹⁶⁴- 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.

Es que –como señalamos 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 Seminario de la Fundación 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.

¹⁶⁴ 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 amgios y juristas..

que distribuyó en el inmediato balance a la homologación más de Un mil ochocientos millones de dividendo).

13.5. No puede negarse la posibilidad de las soluciones negociadas extrajudicialmente, fundamentalmente los recursos societarios para afrontar la crisis, desjudicializando esa prevención en el sistema preconcursal societario. Las hemos practicado profesionalmente con gran éxito y beneficio para todos los implicados.

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.

Se trata, a la postre de situaciones de desequilibrio que ponen en peligro la supervivencia de una organización¹⁶⁵, 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.

13.6. 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. 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.

¹⁶⁵ 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.

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 sobrepasado 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 jurisprudencia¹⁶⁶ “la suficiente capitalización de la sociedad al momento de su constitución y posteriormente, durante todo el desarrollo de la actividad empresarial 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.

Franco Bonelli¹⁶⁷ afronta el supuesto de la continuación de la gestión social después de la pérdida del capital social, con la responsabilidad de los administradores.

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 doctrina¹⁶⁸. 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 sociales¹⁶⁹. 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 enfatiza¹⁷⁰ que “... 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

¹⁶⁶ 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.

¹⁶⁷ En *La responsabilità degli amministratori di società per azioni*, Ed. Giuffrè, nº 135 de los Quaderini di Giurisprudenza Commerciali,

¹⁶⁸ 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.

¹⁶⁹ 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..

¹⁷⁰ 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. Acciari, Ed. Lexis Nexis, Buenos Aires 2008, doctrina, pág. 10 y ss.

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.