

La falacia de homologar acuerdo predatorio por supuestamente mejor al resultado de liquidación societaria

Efraín Hugo RICHARD¹

Publicado en libro AAVV “El Fraude Concursal y otras cuestiones de Derecho Falimentario”, Ed. De la Fundación para la Investigación y Desarrollo de las Ciencias Jurídicas, Buenos Aires Febrero 2010, págs. 195 a 256.

En el Seminario, donde se presentará el Libro colectivo con este y otros ensayos, se tratarán acciones de integración patrimonial en la quiebra.

¹ Otros trabajos pueden verse en la página electrónica de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba www.acaderc.org.ar

El interés de los acreedores que autoriza la promoción de esas acciones estará ligado a que los bienes sometidos a liquidación no alcancen a satisfacer los créditos². Juega así la limitación del interés de los acreedores.

Como contraposición, el supuesto valor liquidatorio de los bienes en un concurso suele usarse como límite de la abusividad de un acuerdo y justificativo para la homologación, en aplicación de un supuesto para el caso de no obtenerse las mayorías necesarias en todas las categorías (art. 52 inc. 2 ap. B, requisito iv LCQ) “que el pago resultante del acuerdo impuesto equivalga a un dividendo no menor al que obtendrían en la quiebra los acreedores disidentes”.

Podríamos llegar a aceptar ese criterio en el concurso de una persona física, pero nunca en el de una sociedad, pues ello sería olvidar los principios 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.

² 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..
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.

También podría ser opinable 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, que permitirían calificar como una actuación abusiva en la estructura organizativa societaria, que concluiría con la propuesta por lo menos abusiva, y descalificatoria a tenor del inc. 3 del referido art. 52 LCQ.

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, que hemos tratado en otras oportunidades y no lo serán en el limitado marco de este ensayo-.

INDICE: I – EL NOVEDOSO ARGUMENTO - II – UN EJEMPLO DE APLICACIÓN DEL CRITERIO DE HOMOLOGACIÓN DE ACUERDO PREDATORIO POR EL BENEFICIO DE LOS ACREEDORES - III – UN COMENTARIO FAVORABLE AL FALLO DE CÁMARA Y AL CRITERIO CUESTIONADO. - IV – APOYO AL “mejor interés de los acreedores”: PROPUESTA Vs. RESULTADO DE LA LIQUIDACIÓN EN LA QUIEBRA. -V – APOSTILLAS CON NUESTRA PREOCUPACIÓN - VI - LA CRISIS DE LA ORGANIZACIÓN SOCIETARIA - VII - EL CONCURSO COMO ÚLTIMA RATIO PREVENTIVA: EL CRITERIO DE LA CORTE. VIII - A MODO DE MEDITACIÓN INTRODUCTORIA AL DEBATE

I – EL NOVEDOSO ARGUMENTO

Hemos planteado la cuestión en las líneas preliminares.

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

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”⁹.

-
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”.

³Nto. *ES TIEMPO DE SIEMBRA (Sobre ciertas desinteligencias que afirman las soluciones societarias a sus crisis, evitando responsabilidad de administradores)*, Publicado en *Doctrina Societaria y Concursal*, Ed. Errepar, 2009 tomo XXI pág. 983, septiembre 2009.

Detectar estar en zona de insolvencia impone adoptar las medidas que obligatoriamente deben asumir esos administradores: convocar inmediatamente a los 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 acreedores⁴, y que luego se intenta justificar como no abusiva por ser mejor que la que se obtendría en la liquidación de la sociedad.

II – UN EJEMPLO DE APLICACIÓN DEL CRITERIO DE HOMOLOGACIÓN DE ACUERDO PREDATORIO POR EL BENEFICIO DE LOS ACREEDORES.

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., la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, sala C fue revocó y homologó el acuerdo casi dos años después, el 8 de julio de 2008 por. Dos años de tramitación de la vía recursiva ante una declaración de quiebra, lo que no facilita la solución de cuestiones empresariales⁵.

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, ... 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...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. ... 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.

⁴ 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.

⁵ 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.

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... 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...”.

3. 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.

4. 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.

5. 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 ilegal⁶.

***III – UN COMENTARIO FAVORABLE AL FALLO DE CÁMARA Y AL CRITERIO CUESTIONADO.**

⁶ 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.

1. Claudio A. Casadío Martínez en UNA VEZ MÁS SOBRE LA ABUSIVIDAD DE LAS PROPUESTAS (Propuesta abusiva y actividades desplegadas por el deudor concursado)⁷ 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 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, Casadío 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 Casadío Martínez descalificando las “cesiones de créditos”, punto sobre el que hemos abundado⁸.

⁷ En LA LEY 16/02/2009, LA LEY 2009-A, 546, se publicó el fallo con esta nota.

⁸ 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.acaderec.org.ar

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 empresa⁹, tal como hemos expresado en otras oportunidades, no 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”.

***IV – APOYO AL “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, remarcando la riqueza del aporte del distinguido profesor y amigo, en la parte I del capítulo IV 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... 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”. 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, que se vincula al problema que traemos en este ensayo.

Se trata de “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

⁹ 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 Maffía”, IADC y FiDeCEC, 2008, pag. 217”.

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 desinteresar 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 fundamente en una parte 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 debates 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 –y no meramente moral la que nos guía- 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.

*V – 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 créditos¹⁰.

A la sociedad le habían pedido la quiebra y solicitó la conversión para eludirla 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. Pero entremos en el meollo de la cuestión: ¿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 socios¹¹.

¹⁰ Ver la referida comunicación al V Congreso Iberoamericano de Derecho Concursal, Montepulciano, Italia, 2009.

¹¹ Nto. *ES TIEMPO DE SIEMBRA (Sobre ciertas desinteligencias que afirman las soluciones societarias...)* cit.

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)¹², 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 para la SRL, 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 carga¹³, 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 terceros¹⁴, 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 hacerlo¹⁵.

¹² 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.

¹³ 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.

¹⁴ 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*.

¹⁵ 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”¹⁶, 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 oficio¹⁷.

6. 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)*¹⁸. En el caso de sociedades debe integrarse sin duda con el resultado de las acciones de responsabilidad contra los socios y administradores¹⁹ –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.

7. 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.*”²⁰.

¹⁶ Fallo y comentario en RICHARD, Efraín Hugo *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.

¹⁷ 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.

¹⁸ en *Doctrina Societaria y Concursal de Errepar*, Febrero 2009 pág. 115

¹⁹ 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.

Señores acreedores: resignación. Más no tanto. Si los administradores y socios de esta sociedad tienen bienes, o si terceros se los llevaron en actos opinables²¹, 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 causado²².

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 no asumirlo oportunamente y no actuar

20 Nto. *ACTIVIDAD ILÍCITA DE SOCIEDAD EXTRANJERA (indirect 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.

21 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.

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, indubitablemente 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”.

*VI - LA CRISIS DE LA ORGANIZACIÓN SOCIETARIA

Lo expuesto precedentemente nos impone insistir sobre la “institución” sociedad²³.

La posibilidad que se prevea un dividendo en la liquidación inferior a una propuesta predatoria, impone pensar que se desoyó por administradores y socios la existencia de una causal disolutoria, y de agravó la situación. En efecto un dividendo irrisorio implica que el activo es totalmente insuficiente sino que el capital no sólo no fue adecuado sino que también se diluyó. O sea que no sólo no se adoptaron medidas saneatorias en lo societario sino que se recurrió tardíamente al remedio concursal, operando en cesación de pagos, y se pretende que la solución a la supuesta continuación de la empresa pese sobre las espaldas de los acreedores.

Y ante tales supuestos no cabe dudas no sólo de actividad ilícita, sino también de responsabilidad de administradores y socios de control, cuando no de la sindicatura si la hubiere.

Por eso el centro de la cuestión pasa sobre una nueva visión de la INSOLVENCIA SOCIETARIA²⁴, como anticipaba Truffat.

²² 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.

²³ Nto. LA INSTITUCIÓN JURÍDICA SOCIEDAD (Sobre responsabilidad de socios y controlantes, motivada en fallos laborales) en libro colectivo AAVV “Responsabilidad de los administradores y socios por deudas laborales”, Ed. Fundación para la Investigación y Desarrollo de las Ciencias Jurídicas, 2009, Buenos Aires, pág. 111 a 166.

²⁴ Puede verse nuestro libro del mismo nombre, Ed. Lexis Nexis, Buenos Aires 2007.

La actividad ilícita, como la bancaria off shore (indirect doing business), se tipificaría en la ilicitud generada por la propia actuación en estado de cesación de pagos²⁵, imponiendo la aplicación de la norma del art. 19 LSA.

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.

25 *Nto. Acción individual de responsabilidad de acreedores contra administradores societarios En libro colectivo del Instituto Argentino de Derecho Comercial, Ed. Lexis, Buenos Aires 2009, donde nos referimos a la actividad ilícita que formaliza una sociedad cuando sus administradores prosiguen operando en cesación de pagos, donde se citan anteriores trabajos.*

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.

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.

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 coincidencias²⁶.

1.2. Trabajamos dentro del parámetro que indica 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*²⁷. 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 ²⁸....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

²⁶ Nto. *Insolvencia Societaria*, Buenos Aires Editorial Lexis Nexis, 2007; “ES TIEMPO DE SIEMBRA (Sobre ciertas desinteligencias que afirman las soluciones societarias a sus crisis, evitando responsabilidad de administradores)” en *Doctrina Societaria y Concursal de Errepar*, Buenos Aires septiembre 2009.

²⁷ “...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]

²⁸ 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

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 empresa²⁹, si la solución consistiera entre otras medidas en el cambio de titulares).³⁰”

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.

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 1992³¹.

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 insolvencia 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 contagio³².

Esa corriente ha generado respuestas normativas que autorizan la apertura de trámites concursales, extrajurisdiccionales 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-.

29 “...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. Maffía 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 cit, pág. 27

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

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

Ello lo es conforme al “bien jurídico tutelado por la legislación concursal”³³.

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.

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.

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

Llevando la cuestión al justo punto Daniel Roque Vítolo³⁴ 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 "*ciò que segna el con fine tra fisiologia e patologia nella vita del patrimonio*", lo que es hoy habitual al señalar los informes generales previstos en el art. 39 del régimen concursal argentino³⁵, 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

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

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

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

35 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

buenos hombres de negocios- la planificaron de la funcionalidad societaria, para no perjudicar a terceros con los que contratan”.

Nos hemos apoyado en los criterios de Vitolo respecto a la detección del estado de crisis o “zona de insolvencia”, que impone la actuación de los administradores societarios y de los socios.

2.1. 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.

Advertida la situación de crisis, imposible de soslayar por un administrador societario – buen hombre de negocios-, debe con diligencia actuar para paliarla –planificando³⁶-, llevando la cuestión a conocimiento y decisión de los socios³⁷, quiénes deben afrontar la cuestión por los diversos medios que prevé la legislación societaria de todos los países: reintegración o aumento del capital social, reorganización societaria o del negocio, capitalización del pasivo³⁸ 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.

3. CAUSALES DE DISOLUCIÓN DE LAS SOCIEDADES.

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

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. Franceschelli³⁹. 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 solucionarla”, a su vez impone en la solicitud de admisión (art. 13^a) “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,

³⁶ 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. 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

³⁷ Supuestos extraordinarios pueden imponer que sean los mismos administradores quiénes 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.

³⁸ 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.

³⁹ *L'apprendistas stregone, l'elisir di lunga vita e l'impresa immortale* en Giur. Comm. 1982 I p. 575 y ss.

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”.

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”⁴⁰.

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 cumplimiento convergen y se subsumen los intereses individuales de los socios y que sirve para objetivar el mal llamado interés de la sociedad⁴¹ 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)⁴². Así lo sostiene Araya⁴³.

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 patrimonial⁴⁴.

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.

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

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

42 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.

43 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.

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

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.).

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 momento⁴⁵, como insistiremos.

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-.

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*⁴⁶.

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.

4.4. Descartada la liquidación societaria o por quiebra, debe enfrentarse el problema, o sea el antivisor: 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 socios⁴⁷. 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 judicial⁴⁸.

⁴⁵ 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.

⁴⁶ CHIAPETTA, Francesco *Finanziamento della società poer azioni e interesse sociale* en *Rivista delle Società* anno 51° / 2006 pág. 668 y ss..

⁴⁷ *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 Indiana. *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*, t. II pág. 631 y ss..

⁴⁸ 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%.

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 sociedad⁴⁹ como forma de materializar la "idea de empresa".

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. 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.

“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.

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 empresaria, evitando la disgregación del patrimonio, asegurando su consistencia para el cumplimiento del objeto –causa de constitución- de la organización empresaria 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”.

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

⁴⁹ ETCHEVERRY, Raúl Anibal *Empresa y objeto social*, en RDCO año 15 p. 781 y ss.; COLOMBRES, Gervasio *Curso de Derecho Societario*, Buenos Aires, 1972, p. 116.

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”.

4.5. Nos preocupa –como venimos desarrollando- la comprensión de la expresión “conservación de la empresa”, usado latamente particularmente por alguna doctrina concursalista⁵⁰, 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. 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.

4.6. “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 indubitadamente 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.

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.

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

⁵⁰ 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”.

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 económica⁵¹, sino solidaria⁵², lícita y viable.

La empresa que no es autosustentable no es empresa⁵³.

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

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 2000 Euros.

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 patrimonial⁵⁴. Las respuestas 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. 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*.

⁵¹ 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..

⁵² 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. Zavallia, Buenos Aires 1989, cap. "La empresa.

⁵³ 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.

⁵⁴ 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.

Comunicación a las XV JORNADAS DE INSTITUTOS DE DERECHO COMERCIAL DE LA REPÚBLICA ARGENTINA : CONFLICTOS SOCIETARIOS: Impugnación de actos societarios (San Nicolás, 17 y 18 de octubre de 2008), Libro del Congreso pág. 5.

Ratificando la prevención en derecho societario se sostiene⁵⁵ 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”.

5.1. 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.

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

5.2. 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?.

Nos hemos exployado en “*El PLAN DE EMPRESA (o como asumir crisis tempestiva y extrajudicialmente)*”⁵⁶ y en “*LA PLANIFICACION PRECONCURSAL (actuando tempestiva y*

⁵⁵ 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.

⁵⁶ 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.

extrajudicialmente)”⁵⁷. Recuérdese que inmediatamente antes en estos Congresos lo habíamos hecho sobre “*POR LA EFICIENCIA DEL SISTEMA CONCURSAL*”: *Bien jurídico tutelado por el sistema concursal. Prevención de la crisis*⁵⁸.

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”.

Agregando algo más sobre lo reflexionado, referimos las importantes acotaciones expresadas por el Profesor Bernardo Carlino⁵⁹ en “GENETICA DEL PLAN DE NEGOCIOS (MÁS SOBRE LA CONTRIBUCION DE E. H. RICHARD)”⁶⁰, 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. Richard⁶¹, 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-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”⁶². Las crisis disolutorias y de

⁵⁷ 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.

⁵⁸ 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.

⁵⁹ 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.

⁶⁰ 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.

⁶¹ El más reciente de los cuales se puede encontrar en “*Notas en torno a la conservación de la empresa: ¿principio concursal o del derecho societario?*”, en “Ensayos de Derecho Empresario” N° 4, Director: E.H. Richard, págs. 56 y ss., FESPRESA, Córdoba, 2008

⁶² EMBID IRUJO, ob. cit. nota 10 pág. 15.

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”.

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

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.

7. 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.

7.1. Se plantea así, como un problema desde la legislación concursal –pero ¿porqué 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 riesgo⁶³. En función de ello los acreedores deberían organizarse en categorías, con intereses uniformes, para intervenir en la vida de la sociedad⁶⁴.

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 misma situación de inversores sin derecho⁶⁵, 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 acreedores⁶⁶. 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.

⁶³ 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.

⁶⁴ MAZZONI, ALBERTO “L’impresa tra diritto ed economia” en *Rivista delle Società* anno 53°/ 2008 pág. 668, especialmente 666.

⁶⁵ STANGUELLINI ob. cit. pág. 1079

⁶⁶ STANGHELLINI ob. cit. específicamente pág. 1072.

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 vida⁶⁷.

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 socios⁶⁸. 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 judicial⁶⁹, 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.

7.2. 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 capital por aporte de los socios⁷⁰, capitalizando el pasivo⁷¹ 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 socios⁷². La tutela de los acreedores ante la continuidad de la empresa en cesación de pagos, aumentando la posibilidad de pérdidas ante una prospectiva

⁶⁷ “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.

⁶⁸ *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..

⁶⁹ 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%.

⁷⁰ 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.

⁷¹ 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.

incierta, la tutela de acreedores impone pensar en la responsabilidad de los administradores⁷³, señalándose la utilidad que reviste en general “los remedios tempestivos e idóneos a la primera señal de crisis”⁷⁴.

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 adecuadamente⁷⁵, 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.

7.3. 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 acreedores resulta de imputar responsabilidad de los administradores sociales, por no haber actuado debidamente, generando daño por su específica acción u omisión⁷⁶.

7.4. 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”.

⁷² 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

⁷³ MIOLA ob. cit. pág. 1310.

⁷⁴ MIOLA ob. cit. pág. 1309.

⁷⁵ 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.

⁷⁶ MIOLA ob. y pag. cit. pág. 1310..

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 suficiente⁷⁷ 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 acarrearán 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.

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 sociales⁷⁸.

7.5. 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 sociales⁷⁹”.

7.6. ¿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.

⁷⁷ “...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.

⁷⁸ 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 concursuali*, pág. 355; STANGHELLINI, Lorenzo *Creditori forti e governo della crisi d’impresa*, Fallimento 2006, 145 ss..

⁷⁹ 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 matices⁸⁰. Apremiar adecuadamente sus posibilidades depende del plan de negocios que formulen los administradores o los técnicos a que ellos se lo requieran.

Los resultados que prometa el plan de negocios permitirán 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.

7.7. Constatábamos⁸¹ 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

⁸⁰ 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 GROUPEES DE SOCIETES", P. 76, N° 65, LIBRAIRIE GENERALE DE DROIT ET DE JURISPRUDENDE, 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 COMPRENDAN 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.

⁸¹. *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, T. II pág. 329.

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 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.

7.8. 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 ⁸². - 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”.

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

8. 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”.

⁸² “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 vida⁸³.

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.

9. ACCIONES DE RESPONSABILIDAD EN BENEFICIO DE LOS ACREEDORES ANTE LO IRRISORIO DE LA CUOTA DE LA LIQUIDACIÓN EN LA QUIEBRA.

9.1. SOBRE RESPUESTAS AL ABUSO: LEVANTAMIENTO DEL VELO.

Como hemos anticipado no entraremos en detalle en el análisis de las medidas integratorias del patrimonio social. En el concurso las especiales acciones de ineficacia, responsabilidad y extensión de la quiebra, a las que deben sumarse con independencia las de responsabilidad de administradores, síndicos y socios de control. Las mismas pueden ser asumidas por el síndico pero también por acreedores, en interés general o en su propio interés en el ejercicio de aquellas últimas.

El presunto resultado irrisorio de una liquidación societaria impone el análisis de las conductas de administradores y socios, normalmente revelada en un buen informe general de la sindicatura. La actuación tempestiva sobre causales de disolución de administradores y socios elimina toda posibilidad de acciones de responsabilidad, pero también eliminan la eventualidad de pagos irrisorios del pasivo en caso de liquidación –salvo supuestos excepcionales que deberían ser expuestos por ellos mismos en la misma oportunidad-.

En ese marco, no intentaremos un análisis profundo de temas de responsabilidad, formalizamos alguna aproximación a temas que hemos tratado⁸⁴. 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),

⁸³ 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.

⁸⁴ 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).

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 directa⁸⁵ y, de haber perjuicios, la responsabilidad solidaria e ilimitada.

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 consecuencia⁸⁶. 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*⁸⁷, 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 problemas⁸⁸.

9.2. 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.

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 afirmativa⁸⁹.

⁸⁵ 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 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

⁸⁶ El párrafo, casi textual, también corresponde a LE PERA en *Cuestiones* citado, p. 101.

⁸⁷ 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.

⁸⁸ 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..

⁸⁹ 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.

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 final⁹⁰. 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 constatare 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 terceros⁹¹.

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

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.

⁹⁰ 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.

⁹¹ RICHARD-MUIÑO *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”.

***VII - EL CONCURSO COMO ÚLTIMA RATIO PREVENTIVA: EL CRITERIO DE LA CORTE.**

Este título impone pensar, como lo venimos exponiendo, que la solución de la crisis patrimonial de las sociedades debe buscarse en su propia funcionalidad y normativa imperativa, y confirma nuestra posición.

La homologación del acuerdo predatorio por ser mejor que liquidar judicialmente la sociedad se enfrenta con el dualismo **¿REORGANIZACION SOCIETARIA O CONCURSAL ANTE LA CRISIS?. Y la primera ha sido confirmada 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 improponible⁹²- para la obtención de las mayorías necesarias para aprobar acuerdos que hemos calificado como predatorios y confiscatorios⁹³, 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.”⁹⁴.

No ingresamos en aspectos centrales del fallo en torno a arbitrariedad, obstaculización del voto, afectación del derecho al debido proceso, predatorio de la propuesta y afectación del derecho de propiedad o sustracción 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, resumido en la transcripción de dos líneas: se afectaba “al debido proceso y al ejercicio abusivo del derecho con grave afectación de la propiedad”⁹⁵.

1. Nos centramos en el “obiter dictum” expresado contundentemente en el voto mayoritario. Es iluminante 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”.

⁹² 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.

⁹³ 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.

⁹⁴ 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.

⁹⁵ Como parangón de los comentarios a la Res. 125/2008 que impuso retenciones a la exportación de soja, sosteniéndose como límite de lo no confiscatorio el tercio, pese a ser una cuestión de derecho público, no advertimos la razón por la que no se aplica la misma jurisprudencia citada a impedir la confiscación de los créditos de los acreedores que no votaron, que lo hicieron negativamente o que no pudieron votar por el trámite

a que estaban sometidos. Sobre el punto puede verse en los libros del “VI Congreso Nacional de Derecho Concursal y IV Congreso Iberoamericano de la Insolvencia”, Santa Fe 2006, Tema: CONCURSOS CON PROPUESTAS ÍRRITAS: *VISION BÁSICA CONSTITUCIONAL DE PROPUESTA ÍRRITA DE QUITA Y ESPERA* que presentamos con el Profesor Dr. José Luis PALAZZO, Tomo I pág. 715, bajo el Sub tema: Constitucionalidad de la propuesta

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

Sin duda la posibilidad de las soluciones negociadas extrajudicialmente.

Pero atiende, a nuestro entender, fundamentalmente a los recursos societarios para afrontar la crisis que registra imperativamente la ley societaria específica, y a los que nos venimos refiriendo reiteradamente, en este trabajo y desde hace muchos años, por lo que el concurso aparece –cuando no se ha intentado previamente aquél- como abusivo⁹⁶, y enrarecido por la posibilidad de un negocio como señala un calificado autor⁹⁷. No debe olvidarse que una quita implica un empobrecimiento de los acreedores –como señala la Corte- y un enriquecimiento para el patrimonio social, y por ende de los accionistas– particularmente los de control-.

El derecho societario contiene un verdadero sistema preconcursal y resulta paradójico que en los concursos de sociedades –en los que el informe general del síndico suele dar cuenta que llevan varios años operando en cesación de pagos, no se advierta que los administradores han gestado un plan para afrontar la crisis y sometido a los socios para eliminar causales de disolución –pérdida del capital social y/o imposibilidad sobreviniente de cumplimiento del objeto social-⁹⁸.

2. 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

⁹⁶ 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.

⁹⁷ 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”.

⁹⁸ “*EL PLAN DE EMPRESA (o como asumir crisis tempestiva y extrajudicialmente)*” en libro colectivo “Homenaje al Dr. Osvaldo J. Maffía” Cap. II pág. 217, Ed. Lerner Córdoba 2008, Instituto Argentino de Derecho Comercial y Fundación para la Investigación del Derecho Concursal y la empresa en crisis Pablo Van Nieuwenhoven. Coordinadores E. Daniel Truffat – Marcelo Barreiro – Carlos Roberto Antoni Piossek – Ramón Vicente Nicastro.

previsto legalmente debería ser suficiente para impedir que la sociedad llegase a ser insolvente..”⁹⁹.

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 libro¹⁰⁰ “el sistema jurídico más completo y lógico no es perfectamente inteligible hasta que se estudia en relación con otros sistemas legales... la persecución de la eficiencia se ha centrado en el resguardo de la empresa, motor de la economía capitalista instaurada en el mundo, y el nuevo objetivo, focalizado en el diagnóstico temprano de sus dificultades en forma de intervenir antes que la crisis sea patología irreversible ... La Ley Francesa del 23/07/67 introdujo una novedad digna de ser comentada: la separación entre el hombre y la empresa... de que se trata de un derecho de las empresas en dificultades, bastante diverso del derecho concursal clásico... (en el) convencimiento de que la función social de la empresa reside en un difícil equilibrio entre lo público y lo privado o, mejor dicho, entre lo social y lo privado”.

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

3. No existe dudas de la corriente mundial en materia de crisis empresarial, 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 Nación¹⁰¹- 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.

⁹⁹ 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 párrafo “5. Responsabilidad de los administradores por las deudas sociales e insolvencia de la sociedad”.

¹⁰⁰ DASSO, Ariel A. “Derecho Concursal Comparado”, tomo 1, Ed. Legis, Buenos Aires 2009, 804 páginas.

¹⁰¹ Jornadas sobre la Reforma Concursal del 27 de noviembre de 2009, organizadas por el Senado de la Nación, a las que fuéramos convocados con otros distinguidos amigos y juristas..

Es que –como 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.

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

4. 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 organización¹⁰², 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. Como señaló la jurisprudencia¹⁰³ “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 Bonelli¹⁰⁴ afronta el supuesto de la continuación de la gestión social después de la pérdida del capital social, con la responsabilidad de los administradores.

¹⁰² 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.

¹⁰³ 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.

¹⁰⁴ En *La responsabilità degli amministratori di società per azioni*, Ed. Giuffrè, nº 135 de los Quaderini di Giurisprudenza Commerciali,

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 doctrina¹⁰⁵. 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 sociales¹⁰⁶. 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.

VIII - 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).

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.

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.

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.

¹⁰⁵ NIGRO, A. *Le società per azioni nelle procedure concursali*, in *Trattato delle società per azioni*, diretto da G.E. Colombo e G.B. Portale, 9°, Torino 1993, 209 ss.

¹⁰⁶ 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..

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

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. 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.

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.

A la postre “... pasar a ser un agente insolvente no es más que una decisión”. Decisión que muchas veces se adopta en la constitución misma de una sociedad, o traspasando los riesgos a otros agentes –p.ej. obligacionistas- y luego manteniendo conductas para maximizar las ganancias haciendo soportar el riesgo de la insolvencia a los acreedores, “...entendemos que el agente en cuestión decidirá ser insolvente cuando ello le sea más beneficioso que no serlo”¹⁰⁷, 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.

¹⁰⁷ ACCIARRI, Hugo A.; CASTELLANO, Andrea y BARBERO, Andrea *El problema de la insolvencia en el Derecho de Daños. Un aporte para su análisis económico* en Jurisprudencia Argentina 2008-1 Número especial “Derecho y Economía” coordinador por Hugo A. Acciarri, Ed. Lexis Nexis, Buenos Aires 2008, doctrina, pá g. 10.