

¿UN DERECHO SOCIETARIO DE CRISIS?

Efraín Hugo RICHARD¹

Publicado en Doctrina Societaria y Concursal, agosto 2018, Año XXXII, Ed. Errepar, Buenos Aires 2018, tomo XXX pág. 731.

El art. 150 del Código Civil y Comercial, vigente desde el 1 de agosto de 2015, ha venido en ratificar nuestro criterio sobre la preminencia de las normas contenidas en la ley de sociedades (de carácter imperativo por proteger a la sociedad y a los terceros), por sobre las previsiones de la ley de concursos, que deben ser integradas sin alterar aquella primacía.

Esto importa en pensar en un Derecho Societario de crisis, preconcursal y concursal.

1. Para esta misma prestigiosa Revista habíamos ensayado sobre la “ENSEÑANZA DEL DERECHO SOCIETARIO DE CRISIS”, sosteniendo que “La enseñanza centrada en las normas de las leyes de sociedades y de concursos, dificulta una visión sistémico constructivista sobre las crisis de sociedades. La ley de sociedades contiene adecuadas normas imperativas para limitar esas crisis.”²

Habíamos preparado ese ensayo antes de participar en dos Congresos Internacionales, ocasiones en que insistimos sobre ello³, uno en Punta del Este donde Alessandro Nigro, Catedrático italiano, entregó sobre el tema un particular ensayo sobre *Il «diritto societario della crisi»: una nuova frontiera?*,⁴ aunque nos consta que viene trabajando con esa visión desde hace muchos años (citábamos en el anterior ensayo un artículo del mismo del año 1996, que reiteramos ahora), y en el segundo afrontamos “El abuso en el derecho societario y en el proceso concursal”⁵. La idea de Nigro motivó la temática de las recientes Jornadas Interdisciplinarias de Derecho Concursal del Centro de la República que organizáramos en Córdoba los días 18 y 19 de junio próximo pasado, con importantes disertantes, panelistas y participantes.

Las normas imperativas del derecho societario no pueden ser dejadas de lado (art. 150 Código Civil y Comercial –CCC- cuando en su inc. a expresa que las personas jurídicas se reglan “Por las normas imperativas de la ley especial, o en su defecto, de este Código”).⁶

Es parte de la construcción de un sistema societario de prevención de crisis la determinación del capital operativo suficiente para hacer viable la operatoria, pero sólo son normas imperativas las que determinan el capital mínimo y resguardan la función de garantía del capital estatutario,

¹ Profesor Emérito Universidad Nacional de Córdoba.

² Publicado en Doctrina Societaria y Concursal, Ed. Errepar, Buenos Aires, n° 364 Marzo 2018, pág. 165 y ss..

³ XIII Congreso del Instituto Iberoamericano de Derecho Concursal, Punta del Este, República Oriental del Uruguay, y 3er. Congreso Panamericano de Derecho Societario, Concursal y del Consumo, San José de Costa Rica, ambos en sucesivas fechas del mes de octubre de 2017.

⁴ Que disponemos como asistentes a ese Congreso, en prensa para el próximo número del Anuario de Derecho Comercial uruguayo.

⁵ Publicado en *Derecho societario, concursal y del consumo. Panamericano*. AAVV, Directores Gabriela Boquin – Alvaro Hernández Aguilar, pág. 430. Editorial Jurídica Continental, San José de Costa Rica, octubre 2017.

⁶ RICHARD, Efraín Hugo “NORMAS IMPERATIVAS DEL DERECHO SOCIETARIO PARA PREVENIR DAÑOS”, en *Los aspectos empresariales en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación*, Ed. Fidas, Buenos Aires 2015, página 79. CIMA, Eduardo “LA LEGISLACION SOCIETARIA Y SU RELACION CON EL CODIGO CIVIL Y COMERCIAL” en Libro Colectivo *EMPRESA Y SOCIEDAD. ACTUALIDAD Y RELEVANCIA*, Córdoba, ed. Lerner, Dirección María Cristina Mercado de Sala, pág. 61 y ss., y nosotros en su Prólogo pag. 23 punto 3.1..

constituyendo causal de disolución su pérdida e imponiendo la disolución salvo capitalización, para resguardar el interés de los terceros acreedores y su patrimonio.⁷

Pablo Augusto VAN THIENEN, máximo defensor de la autonomía de la voluntad en materia societaria expresó⁸ “La ley 19.550 posee normas de tipo imperativas y normas de tipo dispositivas....Ejemplo lo encontramos en algunos institutos societarios: 1) el capital social, 2) la representación del capital en acciones o cuotas, 3) la asamblea como órgano de gobierno, 4) el directorio como órgano de administración, 5) el régimen de limitación de responsabilidad; 6) la liquidación de la sociedad por pérdida total del patrimonio; 7) el régimen de reorganización societaria vía fusión, escisión o transformación; 8) el régimen de disolución y liquidación; entre otros dispositivos. Nadie puede negar que el capital social constituye un elemento esencial del tipo pues hace al patrimonio neto mínimo de retención que el sistema jurídico exige como atributo de la personalidad y del régimen de limitación de responsabilidad. ...”.

Como se verá esta línea de doctrina acepta que todo lo referido a causales de disolución y liquidación, como la falta de capital social, son normas imperativas, de orden público, irrenunciables e inderogables. A salvo la autonomía de la voluntad de remover la causal reintegrando el capital social en el caso. Los artículos 55 y 56 de la legislación sobre las sociedades por acciones simplificadas expresamente mantienen la aplicación de dichas previsiones cautelares para no dañar.

La pérdida del capital social (art. 94.5 Ley General de Sociedades –LGS-) que se corresponde con la insuficiencia del patrimonio activo para satisfacer el pasivo, es una situación patrimonial que genera una causal de disolución, apareciendo otra dentro de las legislaciones societarias, cual es la imposibilidad sobreviniente de cumplir el objeto social (art. 94.4 LGS), que es convergente con la idea de la conservación de la empresa, que debe ser viable. Esto importa también una protección de todos los intereses involucrados. El concurso oportuno no es extraño a esto.

Los límites, resguardados por normas imperativas, aparecen como moldeadores de la responsabilidad en las sociedades respecto de terceros, cualquiera sea el régimen de limitación de la misma que surja del tipo adoptado o de las precisiones estatutarias.⁹ Evitar el daño, soportando las pérdidas los socios (art. 1° LGS), se encuentran insertos “en el principio de integridad del capital y en las funciones que a éste se asignan. En efecto, si la defensa del interés de los acreedores descansa en la función de retención patrimonial que tiene asignada la cifra del capital social, parece razonable que en una situación en la que el patrimonio ha descendido”¹⁰ poniendo en peligro la satisfacción del pasivo se adopte una solución.

El art. 99 LGS señala la responsabilidad solidaria de administradores sin perjuicio de la responsabilidad de los socios. Y todo lo referente al capital social y causales de disolución, y eventuales responsabilidades por daño ante incumplimiento son indisponibles¹¹.

⁷ Todos los ordenamientos europeos, por efecto de la 2ª Directiva, incluyen una regulación imperativa del capital social orientada a proteger a los acreedores sociales frente a las consecuencias de la responsabilidad limitada de los socios.

⁸ VAN THIENEN, Pablo Augusto (Director y colaboradores) “Orden público societario...¿estás ahí? En Lax & Finance, Working Paper n° 20, 2008.

⁹ RICHARD, Efraín Hugo “La responsabilidad de socios en las sociedades simple y en las con responsabilidad limitada” en *Derecho Comercial y de las obligaciones*, Ed. Abeledo Perrot, n° 280, septiembre/octubre 2016, Bs.As. 2ª quincena de noviembre, en Sección I Congreso Internacional de Derecho Comercial, pág. 539.

¹⁰ GARCIA CRUCES, J.A. *Derecho de Sociedades Mercantiles*, Ed. Tirant Lo Blanch, , Valencia 2016, pág. 479. En el caso de España por debajo de la mitad del capital social –o de un tercio según el tipo-, en Argentina del 100%, pudiendo verse el estudio de derecho comparado en *Estudios de Derecho Empresario*, AAVV “Crisis de Sociedades y la legislación societaria”, en Volumen Especial N°10: “Revista informática del Instituto Iberoamericano del Derecho Concursal, revista electrónica en el portal de la Universidad Nacional de Córdoba <https://revistas.unc.edu.ar/index.php/esdeem/issue/view/1407>

¹¹ RICHARD, Efraín Hugo “EL LABERINTO DE LA PÉRDIDA DEL CAPITAL SOCIAL Y SU REMEDIACIÓN” en pág. 111 del n° 7 de ESTUDIOS DE DERECHO EMPRESARIO, julio 2016, en portal de la Universidad Nacional de Córdoba. El artículo 1709 CCC es congruente con aquella norma.

2.Preocupante es la práctica generalizada en los concursos de sociedades, frente a esos principios, de imponer quitas trasladando las pérdidas y el daño a los acreedores, o no acreditando la viabilidad de la continuidad de la gestión, cuando otras deben ser las políticas de buena fe para asegurar la conservación y los intereses convergentes¹². El primer principio para evitar generar daño y las consiguientes acciones de responsabilidad a quiénes lo hubieren causado, directa o indirectamente es asegurar la viabilidad del negocio, presentando las cuentas anuales con su Memoria¹³.

Un plan existe desde que se decide constituir la sociedad para desarrollar una actividad determinando el capital necesario para ello y la probable funcionalidad posterior.

3.Las normas o leyes se clasifican en imperativas o supletorias. Una ley es imperativa cuando no es posible sustraerse a lo que obliga o prohíbe, y es supletoria cuando lo dispuesto por la norma puede ser cambiado o modificado según la voluntad de las personas intervinientes en la situación jurídica por la ley elaborada o regulada. Pero en las leyes debe distinguirse con claridad entre aquellas de sus normas que son imperativas para sus destinatarios, es decir las que se imponen sin posibilidad de pacto o decisión en contra pues sus efectos deben producirse con independencia del querer de las personas, de las que tiene un carácter de decisión particular contraria. También deben distinguirse las opcionales imperativas, en cuanto permiten decidir más de una solución pero sin apartarse de ellas. Esa decisión podrá ser voluntaria, según su deseo y conveniencia entre dos o más posibilidades reguladas por la misma ley en cuanto a los efectos de las opciones consagradas. La ley imperativa se impone ante la voluntad de las partes. Se cumple aunque las partes en común acuerdo quisieran que no fuera así, imponiendo obligaciones, responsabilidades o prohibiciones. La norma supletoria, en cambio, brinda la posibilidad de que las partes fijen los efectos o consecuencias, o las obligaciones y prohibiciones que gobiernen su relación jurídica, y si las partes nada dicen al respecto, la norma entra a suplir esa indefinición, de modo que la ley sólo tendrá efecto si las partes no han expresado su voluntad, por lo que se puede afirmar que una norma supletoria permite que la voluntad de las partes prevalezca.

Que es imperativo? Según el Diccionario “Deber o exigencia inexcusable”. Deben optar¹⁴ pues de no incurrirán en una antijuridicidad, y de existir daño deberán satisfacerlo. Los órganos de la sociedad tienen facultad para acordar con acreedores, p.ej. la capitalización, e inclusive concursarse, pero no podrán alterar las opciones imperativas de esa norma.¹⁵ El art. 96 preceptúa una opción imperativa: ante la causal de disolución no cabe sino disponer la liquidación o capitalizar la sociedad. La capitalización debe devenir del reintegro del capital, o el aumento de capital por socios, terceros o capitalizando pasivo, generando la indefinición una sanción, prevista en el art. 99

¹² RICHARD, Efraín Hugo “EL ABUSO EN EL DERECHO SOCIETARIO Y EN EL PROCESO CONCURSAL”, en *Derecho societario, concursal y del consumo. Panamericano*. AAVV, Directores Gabriela Boquin – Alvaro Hernández Aguilar, pág. 430. Editorial Jurídica Continental, San José de Costa Rica, octubre 2017.

¹³ FUSHIMI, Jorge Fernando – RICHARD, Efraín Hugo “EL BALANCE ANUAL DE LAS SOCIEDADES. CONSTATAACIONES Y EFECTOS”, en “ASPECTOS CONTABLES, IMPOSITIVOS Y PREVISIONALES EN LAS SOCIEDADES Y LOS CONCURSOS”, Obra colectiva, Director Martín Arecha, Págs. 101 a 123 Publicación del Instituto Argentino de Derecho Comercial. Editorial Legis Argentina SA, Buenos Aires, Abril de 2013.

¹⁴ Opción conforme el Diccionario de la Real Academia es “Libertad o facultad de elegir. Derecho de elegir entre dos o más cosas, fundado en precepto legal en negocio jurídico”. En el caso no puede sustituir la decisión por algo no previsto en el propio art. 96 LGS.

¹⁵ La Corte constitucional colombiana en sentencia T-597 definió de la siguiente manera estos conceptos “Pero en las leyes debe distinguirse con claridad entre aquellas de sus normas que son imperativas para sus destinatarios, es decir las que se imponen sin posibilidad de pacto o decisión en contra pues sus efectos deben producirse con independencia del querer de las personas, de las que tienen un carácter apenas supletorio de la voluntad de los sujetos a quienes se refieren, las cuales operan solamente a falta de decisión particular contraria, y también de las opcionales, esto es, las que permiten a los individuos escoger, según su deseo y conveniencias, entre dos o más posibilidades reguladas por la misma ley en cuanto a los efectos de las opciones consagradas”.

LGS y perfeccionada por el nuevo artículo 167 in fine CCC. Las primas de emisión pueden vincularse a la existencia de un plan de negocios que revele la rentabilidad de la participación.

La imperatividad y preminencia de normas no genera una divergencia de énfasis, sino de fondo. El art. 96 LGS de no constituir una norma imperativa sería una norma disponible. Y lo que la misma dispone como opción es imperativo, porque su incumplimiento implica una conducta antijurídica que puede generar daño y por consiguiente responsabilidad. Responsabilidad no como sanción sino por el daño, dentro de la teoría general de la responsabilidad de base subjetiva. Incluso administradores y socios podrán disponer que la sociedad se concurse, pero no podrán generar una nueva opción de la fijada en la norma imperativa.¹⁶

Si la norma no es imperativa, genera una disponibilidad, o sea de pactar de diferente forma de la norma que actúa sólo a falta de regulación privada...¿Podrían los constituyentes de una sociedad pactar en el estatuto que si la persona jurídica societaria pierde el capital social esa causal de disolución deberá ser afrontada por los acreedores? ¿Se aceptaría por los órganos de control (administrativos o judiciales) inscribirla con tal cláusula? Y si se la hubiera rechazado, eliminándola del Estatuto, podrían los socios en el momento de aprobarse un balance del que surgiera la constatación de la pérdida del capital social –sin ninguna observación contable- decidir que continuarían el giro sin reintegrar ni capitalizar por sí, por terceros y acreedores, disponiendo que la sociedad sea concursada y se requiera una quita a los acreedores?

4. Los riesgos de la actividad societaria no pueden ser transferidos por los socios a terceros.¹⁷ Tampoco se puede dañar a sabiendas a los acreedores¹⁸, reciente jurisprudencia así lo apunta, marcando la obligación de los socios de capitalizar la sociedad ante la existencia de la causal disolutiva de pérdida del capital social.¹⁹ La referida jurisprudencia en la Sentencia del TERCER JUZGADO DE PROCESOS CONCURSALES PRIMERA CIRCUNSCRIPCIÓN JUDICIAL, del PODER JUDICIAL MENDOZA, en la causa “KLP EMPRENDIMIENTOS SOCIEDAD ANONIMA P/ MEGACONCURSO”, fechada en Mendoza, 22 de Abril de 2016 del Juez Pablo GONZALEZ MASANES, subraya en la verificación de créditos intentada por un socio ante un préstamo a la sociedad concursada “ ... ANÁLISIS DE LOS CRÉDITOS INSINUADOS... En otras palabras, si la sociedad se encontraba infracapitalizada y quería evitar encontrarse en situación de disolución por pérdida del capital social, lo que necesitaba no era la asistencia económica de un socio, sino el aporte de capital suficiente para la consecución de su propósito empresarial (art. 96 LGS). Aun cuando se asumiera una perspectiva de menor rigor, que entiende que el capital social funciona de modo intra societario en la determinación de los derechos patrimoniales y políticos de los socios y que su incidencia es irrelevante respecto de los terceros; en el caso no es posible sino arribar a la misma conclusión. En efecto, desde la postura comentada se señala que la función de garantía directa respecto de terceros se encuentra reservada al patrimonio neto, con lo cual la

¹⁶ MUIÑO, Orlando Manuel “EN TORNO A LA INDISPONIBILIDAD DE LA DISOLUCIÓN POR PÉRDIDA DEL CAPITAL SOCIAL”, en *Crisis y Derecho*, Tomo 1 “Las vías de prevención y saneamiento de la crisis empresarial”, pág. 124, Ed. Fespresa, Córdoba 2015; “El segundo aspecto (disolución *ipso jure*), puede fácilmente responderse de manera negativa, toda vez que, atendiendo a la disposición del art. 96 LGS, es posible remediar la situación de pérdida del capital social “si los socios acuerdan su reintegro total o parcial del mismo o su aumento”. La causal requiere pronunciamiento de los socios, quienes pueden rechazar la disolución con reintegro total o parcial o aumento del capital (art. 96 *in fine* LGS). ...Las previsiones imperativas de la LGS, hoy acentuadas por el CCC, implican soluciones preconcursales cuando la crisis se ha agravado e insume la pérdida del capital social.” Ricardo OLIVERA GARCÍA en ap. III “El orden público en la ley de sociedades comerciales” de su libro *Estudios de Derecho Societario*, Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe 2005, enfrenta el tema de la imperatividad de las normas societarias en el derecho argentino, a partir de discernir ¿Cómo se determina cuando una norma es de orden público?

¹⁷ STANGHELLINI, Lorenzo “Proprietà e controllo del’impresa in crisi” en *Rivista delle Società* anno 49° 2004 settembre-ottobre fascicolo 5°, Editorial Giuffrè Milano, pág. 1079.

¹⁸ Nto. “EL LABERINTO DE LA PÉRDIDA DEL CAPITAL SOCIAL Y SU REMEDIACIÓN” en pág. 111 del n° 7 de ESTUDIOS DE DERECHO EMPRESARIO, julio de 2016, en portal de la Universidad Nacional de Córdoba.

¹⁹ “Crisis societaria: integración del sistema concursal con el societario” RDCO 266-243 sección doctrina.

situación de infracapitalización o – como sostiene esta visión – infrapatrimonialización, consiste en la deficiencia del patrimonio para cumplir el objeto social (Dasso Ariel A., Disolución y quiebra de la sociedad: infracapitalización, IX Congreso Argentino de Derecho Concursal – VII Congreso Iberoamericano de la Insolvencia, Crisis y Derecho, Tomo I, p. 164). Nada impide que la sociedad recurra al crédito, pero cuando la vital y continua asistencia financiera es prestada por un socio...forzoso es desembocar en dos conclusiones: a) la operación de crédito se hizo eludiendo o reemplazando la norma que impone adecuar el patrimonio en cuanto prenda común de los acreedores al objeto social (arts. 12, 154, 163 inc. i y cc. CCC; arts. 94 inc. 5 y 96 LGS) y b) ese accionista- acreedor ha intentado equipararse a los demás acreedores respecto a su posición frente a la prenda común...Es que más que ante una relación acreedor-deudor, nos encontramos frente a una relación sociedad-accionista. Esta relación intrasocietaria sólo puede ser liquidada una vez satisfecho el pasivo social; de otro modo el déficit societario sería absorbido por los acreedores, con el consecuente enriquecimiento del patrimonio social y por ende de los accionistas – particularmente los de control –. (conf. Richard Efraín Hugo, Preconcursalidad societaria: ¿existe?, IX Congreso Argentino de Derecho Concursal – VII Congreso Iberoamericano de la Insolvencia, Crisis y Derecho, Tomo I, p. 152)... - Apunta a esos efectos el fallo recaído en la causa "Diaz y Quirini SA s/ concurso preventivo s/ incidente de revisión (promovido por Quirini Augusto)" – CNCOM – SALA C - 31/05/2012¹, de donde extractamos para nuestro ensayo aspectos de una verificación de créditos en una quiebra de un préstamo de un socio cuando la sociedad estaba insolvente, declarándolo subordinada. Advertimos que de las propias confesiones judiciales nacieron las responsabilidades previstas en el art. 99 LGS, que parece que no se ejercitaron: “Pues bien: cualquiera que sea el alcance que se otorgue –y aún cuando se la niegue- a la obligación de los accionistas de dotar a la sociedad que integran de un capital suficiente para cumplir su objeto, parece claro que el socio que, sabiendo que el ente se halla insolvente, se aviene a prestarle dinero en vez de arbitrar los mecanismos para capitalizarlo, no puede quedar en el concurso de la sociedad, en igualdad de condiciones con los demás acreedores.- Cuando se verifica –como debe entenderse ocurrido en el caso a la luz del mismo reconocimiento del interesado- un supuesto de infracapitalización formal de la sociedad del que se desprende que, pese a haber perdido su capital de riesgo, la sociedad siguió operando en plaza gracias a los fondos entregados, no a título de aporte, sino en calidad de préstamo por los socios, éstos no pueden aspirar en dicho concurso a disputar derechos a los referidos acreedores.- Es decir: si la sociedad ha perdido su capital de riesgo debe ser disuelta (art. 94 inc. 5 LS) o capitalizada (art. 206, misma ley). Con esta aclaración, que no es sino una reiteración: si, sabiendo que el ente se encuentra en tales condiciones, el socio decide prestarle en lugar de aportar a título de capital, tal decisión no podrá, sobrevenido el concurso, servir de mecanismo para frustrar la función de garantía que a la noción de capital resulta inherente.- Lo contrario importaría tanto como admitir la posibilidad de trasladar el riesgo comercial propio a terceros, lo cual es inadmisibles y justifica que los créditos así nacidos, sólo puedan ser admitidos con el carácter de subordinados.-...Firman E. R. Machin, Juan R. Garibotto, Julia Villanueva...”.

Un reciente importante fallo dialoga en igual sentido. Se trata de la senencia de la Cámara CIVIL - SALA C en la Ciudad de Buenos Aires, a treinta días de agosto de dos mil diez y siete en autos “VON SANDEN DE KLEIN ROSA CRISTINA C/ ANGELINO MIGUEL ANGEL Y OTROS S/ DAÑOS Y PERJUICIOS”²⁰, donde determina la responsabilidad de los socios demandados de una sociedad con responsabilidad limitada, apuntando “Aúnesse a ello la grosera ausencia patrimonial del Birlen SA para hacer frente a responsabilidades patrimoniales , no hace más que trasladar estos actos en forma directa a los partícipes en la misma, pues han sido ellos que han llevado a esta situación en la cual se ha generado una carencia total de patrimonio a fin de

²⁰ RICHARD, Efraín Hugo “RESPONSABILIDAD SOLIDARIA DE SOCIOS: UN FALLO SENCILLO Y EJEMPLIFICADOR”, en Revista de Las Sociedades y Concursos, año 18, 2017-3. Ed. Fidas, Buenos Aires diciembre 2017.

salvaguardar, primero a la sociedad misma y luego hacia los terceros que pudieran verse afectados por los actos de ella. Ante la descapitalización o infracapitalización, comparto lo indicado por la Cámara Comercial, Sala F, en cuanto a que estos casos resultan inoponibles la persona jurídica (Cfe. Carballude v. s/ Quiebra, Vitolo, Daniel Roque “Responsabilidad de los directores al ingresar la sociedad en la zona de insolvencia LL 22-12-2004). La responsabilidad debe extenderse a los socios cuando “... La sociedad haya desaparecido sin efectuar el trámite de liquidación prevista por la legislación societaria “(Teoría de la desestimación de la persona jurídica “ (Ramos Santiago J. SAJ:DACF070024). Por lo cual y con sustento en estos argumentos, en el presente Acuerdo propongo que las críticas esbozadas sean rechazadas, debiendo confirmarse el decisorio recurrido.” La sentencia es suscripta por el opinante OMAR LUIS DIAZ SOLIMINE y el adherente JOSÉ BENITO FAJRE.

Nos parece una sólida interpretación del sistema societario y de sus normas imperativas o indisponibles para sintetizar el abuso de control que impone la previsión responsabilizatoria del art. 54 in fine LGS.

5. Un distinguido doctrinario sustentó la no imperatividad de la norma del art. 96 LGS²¹ –no esbozada con anterioridad- y a través de negar ese efecto restablece la posibilidad de todas las prácticas concursales que hemos fustigado. Es la primera vez que se formalizó la posición sobre que esa norma sólo dispone una opción y al no ser imperativa es disponible -aunque no lo dice expresamente-. Hasta ahora no creímos que fuera un tema discutible, y sobre el punto se debatió en reciente “Congreso Iberoamericano de Derecho de la Insolvencia”.²² Obviamente que esa inteligencia –con la que discrepamos- generaría la posibilidad del uso abusivo de las sociedades con pérdida del capital social, la transferencia del riesgo y la posibilidad de dañar a los acreedores, no asumiendo los socios las opciones imperativas que les permite el art. 96 LGS, pero no por concursarse –que es lícito- sino por sugerirse transferir la obligación de los socios de soportar las pérdidas –art. 1° LGS- a la posibilidad de transferirlo a los acreedores a través de predatorias quitas, sumadas a desmedidas esperas.

6. Esta determinación de la preminencia de normas en el caso de concurso de sociedades, unidas a nuestra visión sobre la preconcursalidad de normas imperativas de esa legislación, sustenta visiones como las de Alessandro Nigro Desde hace más de 20 años tratamos de reconocer la existencia de un derecho societario para paliar las crisis económico-financieras-patrimoniales.

Se generó nuestra particular atención en Punta del Este con el obsequio del jurista uruguayo Daniel Germán de su libro *Insolvencia y cesación de pagos* dedicado a la Persona Jurídica²³, en cuyo prólogo el jurista español José Antonio SOTILLO expresa “Además, en el caso de personas jurídicas mercantiles deudoras, con las normas concursales se entremezcla la regulación jurídica de las sociedades mercantiles, resultando en ocasiones, difícil de determinar cuál debe ser la norma prevalente. Es necesario, pues el estudio coordinado de ambos conjuntos normativos...”. Concordamos, obviamente, pero en torno a la crisis de sociedades la cuestión es anticipatoria y opera como preconcursal.²⁴

²¹FERRERO, Facundo “RESPUESTAS NORMATIVAS ANTE LA PÉRDIDA DEL CAPITAL SOCIAL”, y nuestra respuesta “EL LABERINTO DE LA PÉRDIDA DEL CAPITAL SOCIAL Y SU REMEDIACIÓN”, publicados ambos en el n° 7 de ESTUDIOS DE DERECHO EMPRESARIO, julio de 2016, en portal de la Universidad Nacional de Córdoba.

²² Cfme. MUIÑO ob. cit.

²³ GERMÁN, Daniel *Concurso y Estado de Insolvencia. Efectos sobre los órganos de administración y representación del Personas Jurídicas. Estudios del Derecho Uruguayo y Español*, Ed. La Ley, Uruguay, Montevideo 2016.

²⁴ Como puede verse en el ensayo citado en nota 2.

Coincidentemente con nuestra visión sobre el presupuesto objetivo, señala Germán en su Introducción: “ Del mismo modo y también debido a la complejidad y extensión de la materia, esta obra se ocupa principalmente del estudio del Derecho concursal, aunque sin obviar ni desconocer la compleja interacción del mismo con las normas que rigen el funcionamiento orgánico de las personas jurídicas, sobre todo, teniendo presente que muchos de los problemas y dificultades interpretativas que el Derecho concursal plantea, tanto en Uruguay como en España, encuentran su origen, explicación y, en ocasiones solución, en el estrecho y no siempre armónico relacionamiento de ambos conjuntos normativos..... Se pretende contribuir a la explicación del fenómeno concursal siempre con el objetivo de aportar claridad y soluciones ante las extraordinariamente diversas circunstancias fácticas que afectan a los distintos tipos de personas jurídicas declaradas en concurso o que, sin estarlo, se encuentran en estado de insolvencia”²⁵. Una lúcida presentación del problema.

Carlos E. López Rodríguez ha entregado un libro sobre responsabilidad de administradores por el déficit concursal, que –obviamente- se centra en la Persona jurídica²⁶, de la cual entresacamos “...la responsabilidad por el déficit concursal sirve para obtener la sujeción del patrimonio de los administradores, liquidadores o apoderados generales del deudor que en razón del incumplimiento de las obligaciones inherentes a sus atribucionales, han colocado a los acreedores y a la sociedad deudora en una compleja situación económica de la que en pocas ocasiones resultan indemnes. En general, una vez promovido un proceso concursal los acreedores deben asumir un empeoramiento de sus créditos sea en cuanto a su monto o en cuanto al tiempo de percepción” (pág. 56), apuntando a página siguiente “No nos referiremos en esta parte al Derecho argentino, en razón de que la LCA (Ley 24522 y reformas, aclaramos) carece de regulación alguna respecto a responsabilidad de los administradores por el déficit concursal”. Esta última apreciación es por no haber conjugado las normas imperativas del derecho societario, que pueden llegar a alcanzar a socios de control, que si trata “el caso en que el deudor sea una persona jurídica, el enjuiciamiento de las condiciones ha de referirse a la actuación de los administradores”²⁷, y de los socios señalamos, para el caso de quiebra en la ley concursal argentina –LCQ-, pero aún en el concurso preventivo aplicando las normas de las leyes específicas: ley general de sociedades –LGS- y Código Civil y Comercial –CCC-, dentro de la teoría general de responsabilidad, pues el daño es el llamado déficit concursal. Señala “En este punto, el legislador español parece haber seguido las orientaciones del Informe Winter, que señala – aunque sólo en relación a las sociedades coizadas- que si los administradores están en condiciones de prever que la sociedad no pueden continuar pagando sus deudas, deben decidir o bien sanear la sociedad, garantizando el pago a los acreedores o liquidarla, de lo contrario, los administradores deben ser responsabilizados, total o parcialmente, frente a los acreedores, por los créditos impagos”. Indica en la cita que ese informe es el resultado del trabajo realizado por el “Grupo de Alto Nivel de Expertos en Derecho de Sociedades, presidido por Jaap Winter, con el doble objetivo de iniciar una discusión sobre la necesidad de la modernización del Derecho de Sociedades y elaborar una serie de recomendaciones destinadas a crear un nuevo marco regularor de las sociedades cotizadas.

No es sino el marco general societario que brindan las normas de los arts. 94.5, 96 y 99 LGS, unidas a otras normas que generan un sistema protectorio. Sigue López Rodríguez “De la tutela de los intereses de los acreedores resulta, indirectamente, una protección de los intereses generales, a través de la aplicación de un régimen agravado de responsabilidad civil a los supuestos de conductas empresariales reprochables (pág. 62).... La insolvencia es un riesgo que las legislaciones

²⁵ GERMAN ob. cit págs. XXX y XXXI.

²⁶ LÓPEZ RODRÍGUEZ, Carlos E. *Responsabilidad concursal de los administradores societarios. Administración de hecho y déficit concursal. Estudio comparado con la legislación española y argentina*, Ed. La Ley Uruguay, Montevideo 2016.

²⁷ LÓPEZ RODRÍGUEZ ob. cit. en el capítulo inmediato a pág. 59.

concursoales distribuyen, imputan o hacen soportar por un lado a los acreedores, por otro, si la concursada fuere una persona jurídica, a los socios... La responsabilidad por el déficit concursal constituye otro de los modos de atribuir o distribuir los costes derivados de la insolvencia” (pág. 63).

7. La tramitación de procesos concursales preventivos con la aplicación exclusiva de la ley de concursos, considerándose en una isla e ignorando las previsiones del art. 2 CCC, de la Constitución Nacional sobre confiscatoriedad y en el caso de las personas jurídicas societarias del art. 150 CCC y de las normas imperativas de la ley específica, ha llevado la cuestión a situaciones que han sido descriptas descarnadamente por jueces y doctrinarios. Sobre este aspecto vienen a cuento las expresivas y sinceras manifestaciones *obiter dictum* del camarista Dr. Alfredo A. Kölliker Frers “la realidad cotidiana de nuestros tribunales demuestra que los ‘verdaderos acreedores permanecen ajenos, en general, al trámite de los concursos, ya sea por desconocer siquiera su existencia, por falta de información o por ignorancia sobre como manejarse en ese tipo de contingencias, o incluso por carecer de asesoramiento legal o, simplemente, por fastidio o hastío por un sistema legal que desde la perspectiva popular sólo pareciera proteger a los deudores y desamparar a los acreedores. En fin, cualquiera sea la razón de esta realidad, lo cierto es que estos acreedores “genuinos” –mayormente proveedores, trabajadores y/o genéricamente, acreedores comerciales- deben presenciar como el concursado y sus asesores letrados diseñan estrategias que les posibilitan a estos últimos “manejar” las mayorías concursales para imponerles a aquéllos propuestas abusivas, cuando no irrisorias, para dilatar su pago, o diluir o licuar directamente sus créditos hasta límites inconcebibles. ¿Puede seriamente creerse, entonces, que esos desprotegidos acreedores estarán en condiciones de evaluar si la falta de actividad actual y/o potencial del concursado constituye o no un óbice para el éxito de la solución preventiva, cuando además de carecer por completo de todo tipo de información acerca de la actividad comercial del deudor, se procura por todos los medios que aquéllos no participen del procedimiento concursal (si es que se enteran de su existencia) y son frecuentemente excluidos de la “voluntad” del colegio de acreedores mediante la interposición de acreedores ficticios o ya “desinteresados” deliberadamente para que brinden su connivente complacencia a las estrategias del deudor, situación que se agrava si se tiene en cuenta que ni siquiera este último está obligado por la ley a decir qué se propone hacer con su empresa y de dónde piensa sacar los fondos con los que les va a pagar? Sinceramente creo que no... se tiene la más absoluta certeza desde la perspectiva de juez que el único objeto del deudor es “bicicletear” a los acreedores y/o ganar tiempo para asegurarse un espacio temporal durante el cual poder diluir su responsabilidad patrimonial y garantizar la inmunidad de los responsables de la falencia”.

A su vez la imperdible presentación del Director en un Tratado²⁸ constituye una autopsia de la legislación concursal: “...todos conocemos lo grave que significó para una comunidad con un nivel de moral colectiva tan bajo como el que ya existía en ese momento en nuestro País, la castración de las acciones de responsabilidad... autores tan serios como Bergel o Maffia hablaron del *réquiem* de estas acciones para beneplácito de los *pillos*. No menos grave fue el mantener *intocada* la normativa referida a la extensión de la quiebra, dejándose librados a síndicos y damnificados a tener que enfrentar a *picaros aggiornados* que utilizan mecanismos de máxima sofisticación para estafar ... ampliando aún más la situación de significativa impunidad que se otorgó a los comerciantes y empresarios inescrupulosos *carta blanca* para delinquir...nadie ignora que su empleo generalmente se ha venido dando desde entonces siempre en situaciones sospechadas de fraude en las que el *cramdista*...por lo común terminaba siendo un allegado al cuasi-fallido *pillo*, que desembarcaba como tal –tras fracasar como concursado –a través de una sociedad *off shore* o de

²⁸ LEY DE CONCURSOS Y QUIEBRA COMENTADA, AAVV, Ernesto E. MARTORELL Director, Ed. La Ley, Buenos Aires, mayo 2012, 5 tomos (págs. 1016, 936, 846, 1129 y 1463 respectivamente).

un amigo de turno, cuando no del *testaferro* de estilo....corresponde evaluar qué actitud asumió nuestra veleidosa *comunidad jurídica* frente a aquella crisis, y como acompañó las situaciones posteriores, ante institutos tan bochornosos como el APE...y harto peligrosos... nuevamente recurre a Cámara: *El principio de conservación de la empresa no constituye una patente de corso para la gestión empresarial... los APE fueron utilizados para convalidar verdaderos despojos...*”.

Un hipergarantismo trata de no advertir esas maniobras artificiosas, aquello que Provinciali señalo como *“ció que segna el confine tra fisiología e patología nella vita del patrimonio”*, lo que es hoy habitual que el estado de cesación de pagos –cuando no la insolvencia- se produjo hace muchos años, o sea que el patrimonio arrastraba una situación terminal dentro de la fisiología o funcionalidad de la sociedad.

8. Parece fundamental la reflexión conclusiva que el riesgo de insolvencia es de los acreedores en el caso de crisis de persona humana y es de los socios en el caso de crisis de persona jurídica. Ello tal como lo indican los artículos primero de las leyes de sociedades argentina y uruguaya: “soportar las pérdidas” es a cargo de los socios, y normas imperativas posteriores y congruentes se enderezan a ello, como sostenemos hace más de 20 años y lo haremos en este ensayo, que estos comentarios sirven de apertura y tesis central.

Así como existe una tendencia doctrinal que sostiene la necesidad de enfocar el sobreendeudamiento de las personas humanas, particularmente empleados y jubilados, consideramos que es fundamental determinar que, por lo menos en nuestro país, se hace necesario identificar normas que regulan la crisis societarias y que particularmente tienden a evitar las liquidaciones coactivas.

No abogamos porque se dicten nuevas normas, como se pretende para el ámbito de la persona humana –quizá innecesariamente-, sino en abordar sistemáticamente las normas imperativas que atienden crisis de sociedades en el ámbito de su ley específica, la de sociedades, en cuanto de carácter imperativo e indisponibles, y la compatibilización de normas concursales con las mismas.

Se aleja la estructura de la persona jurídica de los efectos de la insolvencia en el patrimonio de una persona humana. Básicamente consideramos que una empresa debería estar organizada como sociedad persona jurídica, incluso los emprendimientos de una persona humana. Esto es conveniente para permitir múltiples divisiones de su único patrimonio –pues la división patrimonial personificada beneficia a los acreedores prudentes-, favoreciendo la eventual recuperación de las empresas viables frente a la crisis de alguna de ellas, utilizando los sistemas anticrisis de las legislaciones societarias y concursal. En ese sentido las conclusiones adoptadas en la 45ª Sesión de Trabajo de UNICITRAL de 2.014²⁹, en la que se acordó (1) *“El objetivo de la presente Recomendación es garantizar que las empresas viables con dificultades financieras, cualquiera que sea su ubicación en la Unión, tengan acceso a unos marcos nacionales de insolvencia que les permitan reestructurarse en una fase temprana con el fin de prevenir la insolvencia... también se propone ofrecer una segunda oportunidad a los empresarios honrados incursos en procesos de insolvencia en toda la Unión.*

9. Ante ciertas situaciones generadas a través de sociedades en perjuicio de sus acreedores, ligado en muchos casos a prácticas concursales, nos pareció interesante debatir sobre una teoría general de la funcionalidad de la actividad empresarial con relaciones de organización

²⁹ United Nations Commission on International Trade Law, Grupo 5, Derecho de la Insolvencia, celebrada en Nueva York los días 21 a 25 de Abril.

personificadas a través de la constitución de sociedades.³⁰ Intentamos reflexionar para encontrar en esa funcionalidad, en las normas de la ley específica que regulan estas personas jurídicas, una suerte de teoría general, particularmente ante la crisis económico-patrimoniales de las mismas, un equilibrio entre la legislación societaria y concursal, integrando los intereses generales que concurren: públicos de mantenimiento de la empresa, de los socios, de la comunidad donde está asentada la actividad o influye, de trabajadores y sus puestos de trabajo, incluso desde el punto de vista sindical, de los proveedores, de los acreedores profesionales y la de todos los acreedores.

La defensa del interés de los acreedores descansa en la función de retención patrimonial que tiene asignada la cifra del capital social, parece razonable que en una situación en la que el patrimonio ha descendido³¹ en forma tal que corre peligro la satisfacción del pasivo.

Las tradicionales quitas pueden constituir un despojo cuando afectan el derecho de propiedad o sean cuando son despojatorias del derecho de los acreedores beneficiando indirectamente a los socios en cualquier país del mundo³², pero también una costumbre contra *leggem* frente a normas imperativas como las que existen en la República Argentina.³³

En este mismo sentido Karten Schmidt³⁴ exponía “En la mayoría de los países del mundo muchas de nuestras cuestiones de responsabilidad son tratadas como elementos del Derecho Concursal. En parte eso se basa en la observación correcta, que las cuestiones de responsabilidad entran en vigencia en los casos de insolvencia. La calificación de Derecho Concursal de las reglas de responsabilidad tiene en tanto razones más fenomenológicas que motivos sistemáticos de Derecho. En Alemania, donde prevalecen los pensamientos sistemáticos en el Derecho, la tendencia hasta ahora era la contraria: la mayoría de nuestras cuestiones actuales de responsabilidad son clasificadas como elementos del Derecho Societario –no del Derecho Concursal-, aun si como parte actora comparece un síndico de concurso. En el año 2000, en el Segundo Congreso Iberoamericano³⁵ expuse el motivo por el cual en Alemania hasta el momento lo vemos así... En la actualidad todavía considero correcta esta apreciación sistemática del Derecho. Los derechos y obligaciones de los cuales hablamos, por cierto no resultan del procedimiento de insolvencia...”. La doctrina italiana reiteraba que la reforma de la legislación concursal omitió una regulación orgánica de la crisis y de

³⁰ RICHARD, Efraín Hugo *RELACIONES DE ORGANIZACIÓN – SISTEMA DE DERECHO SOCIETARIO*, Ed. Academia Nacional de Derecho y Cs. Sociales de Córdoba, Córdoba 2007. LAS RELACIONES DE ORGANIZACIÓN Y EL DERECHO SOCIETARIO Y CONCURSAL, en *ESTUDIOS DE DERECHO COMERCIAL Y BANCARIO – HOMENAJE A LOS PROFESORES EUGENIO XAVIER DE MELLO E ISRAEL CREIMER*, Coordinadora Adriana Bacchi, Edición Facultad de Derecho de la Universidad Católica del Uruguay, Montevideo 2017, pág. 381.

³¹ GARCIA CRUCES, José Antonio *Derecho de Sociedades Mercantiles*, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia 2016, pág. 479. En el caso de España por debajo de la mitad del capital social –o de un tercio según el tipo-, en Argentina del 100%, pudiendo verse el estudio de derecho comparado RDCO N° 277, Marzo/abril 2016, pág. 399 investigación “*La Causal de la Disolución de la Sociedad por pérdida del Capital Social y la Convergencia en este aspecto con la Legislación Concursal y Societaria*”. Una apreciación comparatistas entre las legislaciones: colombiana, peruana, uruguaya, argentina y española” Esteban Carbonell O’Brien (Perú), Israel Creimer (Uruguay), German Monroy Alarcón (Colombia) y Efraín Hugo Richard (Argentina) Codirectores; y José Pajares y Jesús Quijano Gonzales (España), Claudia Celmira Quintero y Romeo Pedroza Garcés (Colombia), Teresita Rodríguez Mascardi y Alicia Ferrer (Uruguay).

³² PALAZZO, José Luis – RICHARD, Efraín Hugo “VISION BÁSICA CONSTITUCIONAL DE PROPUESTA ÍRRITA DE QUITA Y ESPERA”, en libros del “VI Congreso Nacional de Derecho Concursal y IV Congreso Iberoamericano de la Insolvencia”, Rosario 2006, Tomo I pág. 715.

³³ VEIGA, Juan Carlos – RICHARD, Efraín Hugo “EL CONTRADERECHO: LAS NORMAS IMPERATIVAS DEL DERECHO SOCIETARIO” en *El Derecho Societario y la Empresa en el Tercer Milenio*, XII CONGRESO ARGENTINO DE DERECHO SOCIETARIO, VIII CONGRESO IBEROAMERICANO DE DERECHO SOCIETARIO Y DE LA EMPRESA, 25 al 27 de septiembre de 2013, Ed. Universidad Argentina de la Empresa y Cámara de Sociedades Anónimas, tomo I pág. 161.

³⁴ SCHMIDT, Karten “Responsabilidad de los socios y administradores” en *Derecho Comercial y de los Negocios, Sociedades – Concursos AAVV* siendo compiladores Raúl Aníbal Etcheverry, Héctor Osvaldo Chomer y Luis Mariano Genovesi, Ed. Eudeba, Buenos Aires 2007, tomo I pág. 395 y ss., reproduciendo una conferencia del año 2005..

³⁵ SCHMIDT, Karten “El derecho empresario y el derecho concursal” en *De la Insolvencia Segundo Congreso Iberoamericano AAVV* directores Junyent Bas-Rodríguez Pardina-Richard, Ed. Advocatus, Córdoba 2000, tomo III pag. 751 y ss..

la insolvencia de la sociedad, perpetuando una laguna de la legislación concursal hace tiempo criticada por la doctrina³⁶.

No dudamos que corresponde la integración del sistema societario con el concursal para afrontar las crisis³⁷.

Emilio Beltrán³⁸ calificó la solución como preconcursal, sosteniendo que para evitar que la sociedad llegue al estado de insolvencia, el legislador ha establecido un mecanismo preventivo consistente en obligar a la sociedad a disolverse o adoptar medidas sustitutorias de saneamiento financiero cuando se produzcan pérdidas graves, amenazando con graves sanciones a los administradores si esto no se produce –sustancialmente ello no ha cambiado pese a las posibilidades de concursarlas-. La solución, con matices, no es muy diferente en nuestro país y en el derecho comparado.

Enfrentamos un problema metodológico. No podemos exigir eficiencia al sistema concursal si los administradores de la sociedad en crisis no han satisfecho las previsiones de las normas imperativas que resguardan el uso funcional del medio técnico organizativo. Nuestra tesis es que la crisis debe ser asumida por administradores y socios desde la normativa societaria, similar en todos los países.

10. Si se compromete la continuidad del giro empresarial –objeto de la sociedad- aparece un orden público social: la conservación de la empresa por el efecto social y económico en la región, y del empleo, y el derecho constitucional de propiedad de los acreedores y a trabajar de sus empleados.

Recordando algo olvidado por jurisprudencia y doctrina nacional, se dice “La normativa societaria ha tenido, desde siempre, la preocupación de la defensa y protección del crédito y, por esta vía, de la prevención de las crisis empresariales. Con herramientas y procedimientos diferentes ha ido convergiendo con una legislación concursal cada vez más preocupada por la prevención de las crisis empresariales y en la solución de éstas con el menor daño posible a las estructuras productivas. Esta comunidad de objetivos entre ambas ramas del ordenamiento mercantil hacen necesaria una coordinación y armonización normativa, de modo que su objetivo común pueda ser logrado en forma segura y eficiente, derecho concursal y derecho societario no son dos compartimentos estancos. Ambas disciplinas deben perseguir, desde una concepción integral del sistema jurídico, una armonización de sus sistemas normativos en orden a la tutela del crédito, a la anticipación de las crisis y a evitar su profundización y propagación”³⁹. Y el Catedrático Jesús Alfaro Aguila-Real de la Universidad Autónoma de Madrid rescataba en su trabajo “La responsabilidad limitada de los socios de las sociedades de capitales por las deudas sociales: el estado de la cuestión” (en septiembre de 2007: “No hay razones de peso para modificar sustancialmente las reglas del Derecho de sociedades que otorgan responsabilidad limitada a los

³⁶ NIGRO, A. “Le società per azioni nelle procedure concursali”, in *Trattato delle società per azioni*, diretto da G.E. Colombo e G.B. Portale, 9ª, Torino 1993, 209 ss.

³⁷ RICHARD, Efraín Hugo *Perspectiva del Derecho de la Insolvencia*, Ed. Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales, Córdoba Rep. Argentina 2012.. Comunicación al VIIIº CONGRESO ARGENTINO DE DERECHO CONCURSAL y VIº CONGRESO IBEROAMERICANO DE LA INSOLVENCIA Tucumán (R.A.) septiembre de 2012, “LA NECESARIA INTEGRACIÓN DEL SISTEMA CONCURSAL CON EL SOCIETARIO ANTE LA CRISIS DE SOCIEDADES”, tomo II pág. 815; “LA ENSEÑANZA Y LA INVESTIGACIÓN DEL DERECHO SOCIETARIO DE CRISIS” en *Anuario XV (2013-2014)* del Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba, pág. 351, editado en Córdoba diciembre 2015.

³⁸ BELTRÁN SANCHEZ, Emilio “La responsabilidad por las deudas sociales de administradores de sociedades anónimas y limitadas incursas en causa de disolución” en libro colectivo *La responsabilidad de los administradores de sociedades de capital* director Juan Bolás Alfonso, Consejo General del Notariado, Madrid 2000 pág. 154..

³⁹ OLIVERA AMATO, Juan M. “Herramientas societarias para la solución y prevención de las crisis empresariales” en *Situaciones de crisis en las sociedades comerciales AAVV* directores José Miguel Embid Irujo, Daniel Roque Vitolo, Ed. Ad Hoc, Buenos Aires 2010, pág.31 y ss., esp.35.

socios por las deudas de la sociedad. Las ventajas de ésta (reducción de los costes de agencia con administradores y socios, facilitación de la negociabilidad de las acciones, asignación eficiente del riesgo de insolvencia), superan, con mucho, los costes que, en forma de externalidades puede provocar (desplazamiento del riesgo empresarial sobre los acreedores) y existen mecanismos más eficientes que la responsabilidad ilimitada para reducir éstos últimos (aplicación de las reglas generales sobre responsabilidad extracontractual, concreción de cláusulas generales de buena fe, abuso de derecho y, en general, de la doctrina del levantamiento del velo) tanto en el caso de las sociedades abiertas como en el de las sociedades cerradas y tanto para los acreedores contractuales como para los extracontractuales”. Es lo que hemos tratado en la idea de la insolvencia para justificar daño.⁴⁰

11. Un derecho societario de crisis, separándose de un derecho concursal del empresario individual, deberá bucear con mirada diferente muchos temas. Conservar la empresa no es conservar la sociedad que desempeña esa o muchas actividades o sea desarrollando múltiples empresas. La liquidación no debe significar la extinción de la actividad viable. El resultado de la liquidación no debe ser el tope de los sacrificios de los acreedores, pues puede haber responsabilidades y extender la imputación del pasivo concursal a administradores y algunos socios, inclusive con responsabilidad limitada. La planificación y la información sobre la viabilidad de la empresa debe ser parte de los deberes fiduciarios de administradores para con la sociedad, los socios y los acreedores. También podemos hablar de un deber fiduciario de los socios de control en favor de los acreedores cuando el patrimonio es insuficiente para el normal desenvolvimiento de la actividad. Son los socios los que deben soportar las pérdidas no pudiendo ser transferidas a acreedores contra su voluntad. Y el punto está vinculado a acciones de responsabilidad. La propuesta de acuerdo es competencia del órgano de gobierno, como es del mismo la decisión de capitalizar o liquidar una sociedad ante la constatación de una causal de disolución patrimonial. La liquidación no descarta el concurso. La integración de todos los intereses es posible en el marco de la funcionalidad societaria, sin descartar que ello se desarrolle en el marco de un concurso para asegurar la conservación de la empresa y los intereses de los acreedores.

Incluso debería afrontarse la pregunta que se hace Juan C. Ciminelli “Aquí se nos plantea un segundo interrogante: aun cuando el magistrado advierta la inviabilidad de la empresa, ¿debese mantener el procedimiento concursal saneatorio?”.⁴¹

Estas son algunas de las muchas notas que caracterizan y distinguen la crisis económico financiera patrimonial de una sociedad de la de un empresario individual, con un único patrimonio vinculado al desarrollo de la actividad.

Esperamos motivar muchas reflexiones al respecto, pero sobre todo sin alterar la base de la disponibilidad de la generación de sociedades: los socios deben soportar las pérdidas.

⁴⁰ RICHARD, Efraín Hugo “PERSONALIDAD JURÍDICA Y RESPONSABILIDAD DE SUS MIEMBROS” en *Revista Código Civil y Comercial*, Buenos Aires, Ed. La Ley, año IV número 04 mayo 2018, pág. 67 y ss. esp. p. 94.

⁴¹ CIMINELLI, Juan C. “OIL COMBUSTIBLES S.A.: ¿LAS SEGUNDAS PARTES NUNCA FUERON BUENAS? ALGUNAS REFLEXIONES. EL PROCESO CONCURSAL, ¿ES SOLO ESO, UN PROCESO”, en *Temas de Derecho Comercial, empresarial y del consumidor*, Ed. Erreius, Dirección Marcelo L. Perciavalle, junio 2018, Buenos Aires, pág. 521 y ss. esp. 529.