

Perspectiva del Derecho
de la Insolvencia

Efraín Hugo Richard

Perspectiva del Derecho de la Insolvencia

ACADEMIA NACIONAL DE DERECHO
Y CIENCIAS SOCIALES DE CORDOBA

CÓRDOBA - REPÚBLICA ARGENTINA
2010

EDICIONES DE LA ACADEMIA NACIONAL DE DERECHO
Y CIENCIAS SOCIALES DE CÓRDOBA

TODOS LOS DERECHOS RESERVADOS
Copyright © 2010, Academia Nacional de Derecho
y Ciencias Sociales de Córdoba
Artigas 74 - 5000 Córdoba (República Argentina)

Impreso en la Argentina - Printed in Argentina

**ACADEMIA NACIONAL DE DERECHO
Y CIENCIAS SOCIALES DE CÓRDOBA**

*AUTORIDADES
(Período 2007 - 2010)*

LUIS MOISSET DE ESPANÉS
Presidente

JUAN CARLOS PALMERO
Vicepresidente

JULIO ALTAMIRA GIGENA
Secretario

JORGE DE LA RÚA
Tesorero

ARMANDO S. ANDRUET (h)
Director de Publicaciones

Dirección: Gral Artigas 74- 5000 – Córdoba
Tel. (0351) 4214929 – FAX 0351-4214929
E-mail: secretaria@acaderc.org.ar
Consulte novedades doctrinarias en la
Página Web: www.acaderc.org.ar
REPÚBLICA ARGENTINA

Presidentes Honorarios

PEDRO J. FRÍAS

OLSEN A. GHIRARDI

INSTITUTO DE LA EMPRESA

AUTORIDADES

EFRAÍN HUGO RICHARD

Director

LUISA BORGARELLO

Secretaria Académica

Mi reconocimiento a los miembros del Instituto Iberoamericano de Derecho Concursal -sede en México- que me impusieron más responsabilidades pese a mi particular perspectiva del derecho de la insolvencia; a los juristas que polemizando o cuestionando mi visión, con afecto me insistieron en profundizarla, a todos los amigos que me alientan y por supuesto a Marisa y a la frondosa familia que hemos generado y formado, por acompañarme.

PERSPECTIVAS DEL DERECHO DE LA INSOLVENCIA

1. Con nuestra particular visión sobre el derecho de la insolvencia, que engloba al derecho concursal, imponiendo revisar las previsiones de las normas específicas de la estructura personificante afectada por la crisis, nos permitimos presentar los trabajos formalizados en los cinco congresos iberoamericanos de Derecho Concursal, organizados por el Instituto Iberoamericano de Derecho Concursal que impulsara el nunca olvidado jurista Prof. Dr. Jesús Sanguino Sánchez, y algunos otros trabajos gestados en congresos de Capítulos -dos de ellos con el presidente Lic. Antonio Silva Oropeza- o trabajos vinculados con las iniciativas de aquel distinguido amigo y jurista, su primer presidente y luego presidente honorario.

Lo presentamos como una suerte de Memoria de la Vicepresidencia Académica que ejercitaríamos por dos períodos bienales, desde la fundación del Instituto, en Barranquilla, luego la reelección en Barcelona, hasta Montepulciano donde solicitaríamos nuestro relevo -en la misma forma que lo hacían los presidentes- y se nos destinara junto a Stefania Pacchi y José Luis Vázquez Sotelo a integrar la recientemente creada Comisión Académica.

De esta forma y a través de esta particular mirada, nos ponemos a disposición de todos los miembros del creciente Instituto Iberoamericano de Derecho Societario, ahora bajo la gestión de su tercer presidente, la Prof. Lidia Vaiser.

2. Hemos agregado -como decíamos- las comunicaciones a congresos nacionales del Instituto Iberoamericano. Quizá deberíamos presentarlos vinculados por su fecha -lo que puede verse en el índice pero hemos preferido mantenerlos separados por la hilación que también presen-

tan nuestras ponencias-conferencias a los congresos iberoamericanos constituyen la 2ª parte.

Como 3ª parte se nos ocurrió presentar nuestras meditaciones sobre el tema: “Facultades y deberes del síndico en los concursos de sociedades: el informe general”, comunicación al VII Congreso Argentino de Derecho Concursal y V Congreso Iberoamericano sobre la Insolvencia, Mendoza, 4/7 de octubre de 2009 -fecha inmediata al de Montepulciano-, desde la presidencia de dicha Comisión, en la serie trienal de congresos en cuyo II Iberoamericano, en la confluencia de ideas de Jesús Sanguino Sánchez, Lidia Vaiser y algunos otros -entre los que nos contábamos-, en La Cumbre -República Argentina- 2000, nació la idea del nuevo Instituto.

Como 4ª parte resulta natural que presentemos el homenaje que realizáramos en el último año de su vida terrenal al jurista colombiano Prof. Dr. Jesús Sanguino Sánchez.

Y en la 5ª parte, como un remate conclusivo, las reflexiones que acercáramos en las Jornadas sobre la Reforma Concursal organizadas por el Senado de la Nación en noviembre de 2009, y el comentario crítico del también convocado, el maestro Dr. Osvaldo J. Maffía en torno a nuestro libro *Insolvencia societaria*, pues plasma la dirección de nuestra visión.

Finalmente, en la última parte agregamos la reseña de tres libros vinculados a la temática, de los profesores Lidia Vaiser, Miguel Raspall y Ariel A. Dasso.

3. De esta forma, además de rendir cuentas de nuestra gestión, tratamos de presentar nuestra sistemática constructivista sobre la insolvencia, particularmente, la societaria en cuanto modalidad natural de organización de la empresa. Otros trabajos sobre similar temática generados en el mismo período podrán encontrarse en la página web de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba www.acaderc.org.ar, donde se registran también las polémicas a que hacemos referencia en la inicial dedicatoria.

Así expresamos nuestro agradecimiento a los miembros del Instituto Iberoamericano de Derecho Concursal en cuanto apoyaron integralmente nuestra gestión y, particularmente, a los organizadores de los cinco congresos -también de otros- que requirieron o receptaron nuestras sugerencias, tanto temáticas como organizativas.

De esta forma quedamos en aguardo del Sexto Congreso a realizarse en el mes de octubre de 2010 en la ciudad de Rosario, inaugurando la presidencia de la prestigiosa amiga Lidia Vaiser.

Córdoba, República Argentina, 30 de noviembre de 2009

1ª PARTE

**COMUNICACIONES A LOS CINCO
CONGRESOS IBEROAMERICANOS**

REFORMA CONCURSAL: ¿DE IDEAS O DE NORMAS? *

Sumario: PRIMERA PARTE. La comunicación. SEGUNDA PARTE. La comunicación con su justificación. Introducción. 1. Ineficiencia del sistema. 2. Crisis empresarial. La cesación de pagos y aspectos anticipatorios. Tratamiento de la preinsolvencia: la empresa en el marco concursal. 3. Bien jurídico tutelado por la legislación concursal. 4. Efecto jurídico por no presentarse tempestivamente en concurso. La buena fe como valor. La mala fe como ilicitud. La buena fe y el dolo. 5. Efecto económico de la aparente falta de sanción de presentarse tempestivamente en concurso ante la existencia de crisis. 5.1. La actuación de la sociedad es depredatoria. La contratación en cesación de pagos. 5.2. No se adoptan remedios societarios en lo interno de la sociedad. Planificación de la actividad empresarial o planificación de la actuación en insolvencia. Las soluciones efectivas internas. La insolvencia como causal de disolución. 5.3. Victimización de los acreedores. 5.4. El efecto: expropiación del crédito de los acreedores. Sobre lo abusivo de una propuesta de acuerdo concursal. Propuesta abusiva y falta de justificación de la propuesta. 6. La respuesta a ese estado de cosas. Tercera vía: ¿cómo equilibrar la propuesta? 6.1. ¿Existe alguna sanción por la presentación tardía en concurso a sociedades que logran homologar acuerdo? 6.2. Acción individual de responsabilidad contra administradores. El centro de la cuestión: acción individual de responsabilidad contra administradores societarios. ¿Daño fuera del ejercicio ordinario de la función del administrador de la sociedad? Daño directo por parte del administrador de la sociedad a un tercero. El dolo. Extraconcursalidad de la acción individual de responsabilidad contra el administrador de la sociedad concursada. Daños resarcibles. 6.3. Inoponibilidad de la personalidad jurídica contra los socios de control. La inoponibilidad. 6.4. Actividad ilícita. 6.5. Inconstitucionalidad por lesionar el derecho de propiedad. 7. La visión global.

* Comunicación al Primer Congreso Iberoamericano de Derecho Concursal: “El derecho concursal del Siglo XXI”, Barranquilla, Colombia, 12 al 14 de octubre de 2005, en el que nos desempeñamos como vicepresidentes del Congreso.

Advertencia al lector: Hemos dividido esta comunicación en dos partes. La primera en textos en negrita se corresponde a la presentación oral. La segunda reproduce los mismos textos en negrita, pero a continuación se esbozan los fundamentos detallados de las sintéticas afirmaciones, en letra simple de menor tamaño, con notas de control al final del texto. El lector así podrá recurrir a mayores fundamentos cuando no comparta nuestras afirmaciones que, justamente, están destinadas a conmovirlo.

Echamos una mirada a los efectos depredatorios de las propuestas de acuerdo en concursos cuando la sociedad ha operado mucho tiempo en cesación de pagos, y sobre las propuestas abusivas que se someten a homologación so pretexto de la conservación de la empresa; y las reacciones que se van produciendo, para revisar si existe sanción para las sociedades que son presentadas tardíamente en concurso preventivo, sobre lo que ahondamos, tratando a la postre de disuadir a los administradores societarios -y a los socios- de la perniciosa costumbre de trasladar el problema a los acreedores, hasta tocando aspectos constitucionales, pensando que la cuestión es sencilla para asegurar la eficiencia de la legislación concursal: volver a los principios, pero...

PRIMERA PARTE: LA COMUNICACIÓN

Introducción

Cuando nos invitaron a exponer en panel sobre “Reforma concursal”, advertimos lo difícil de afrontar esta cuestión generando una propuesta general en un foro internacional.

Por eso, conociendo los problemas y despojos que aquejan a los acreedores concurrentes a un concurso en nuestro país, República Argentina, se nos ocurrió proponer un cambio en la forma de teorizar sobre la práctica concursal. Formularemos nuestra propuesta apartándonos argumentalmente de posiciones que olvidan principios fundamentales, por seguir interpretaciones normativas limitadas. Las referencias del trabajo corresponden específicamente a dicha legislación y práctica, aunque hemos tratado de alivianar las referencias normativas, jurisprudenciales y

doctrinarias al mínimo, así cada uno podrá recoger para su país lo que estime pertinente.

Centraremos nuestra atención en los concursos de sociedades, que son los que causan mayor estrépito y daño. No debe confundirse esta problemática con los concursos de pequeños deudores, a los que debe darse un rápido trámite solutorio con el menor desgaste posible. En estos casos, como en otros, debe primar soluciones imaginativas en cuanto no afecten a terceros.

1. Ineficiencia del sistema

De modo simplista aparece ineficiente el sistema en cuanto en la liquidación, en las quiebras de sociedades, los acreedores quirografarios no cobran nada; y en los concursos preventivos - donde centraremos nuestra atención- se homologan acuerdos con quitas de hasta más del 70%, con plazos de gracia de más de cinco años para empezar a pagar en cuotas anuales por más de un decenio sin intereses ni ajustes. O sea con quitas y plazos que no guardan relación con ninguna operación de mercado.

2. Crisis empresaria

Las crisis empresarias siempre se han producido, y las dificultades financieras, económicas o la cesación de pagos -insolvencia- de las sociedades se corresponden al riesgo operativo.

La doctrina ha sido conteste, y el derecho comparado viene dando soluciones diversas, que ante las crisis los remedios deben aplicarse en la forma más rápida posible, evitando la profundización de esa crisis y su contagio.

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 a solicitar el concurso, sino a otros legitimados -internos o externos a la misma.

3. Bien jurídico tutelado por la legislación concursal

El presupuesto objetivo de la aplicación del sistema concursal es la cesación de pagos o su inminencia -dificultades financieras o económicas generales-, resultado ello el antivalor que reemplaza la autonomía de la voluntad y la regulación bilateral para componer las relaciones de cambio entre el deudor y sus acreedores.

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.

Por la teoría de la bipolaridad de los valores, el bien jurídico tutelado resulta claramente el de absolver el estado de cesación de pagos, como nefasto para la empresa y para el medio en que actúa, por la facilidad de contagio y el perjuicio a la comunidad al no permitir conservar a una empresa que da empleo y genera riqueza.

Eliminando el estado de cesación de pagos, o situaciones anticipatorias, se permite conservar a la empresa y evitar el contagio.

4. Efecto jurídico por no presentarse tempestivamente en concurso

Si bien se ha habilitado la apertura rápida -tempestiva- del concurso ante la constatación de la crisis, la presentación tardía en concurso de una sociedad no genera sanciones si el acuerdo es aprobado, advirtiéndose efectos sólo en caso de posterior quiebra.

En paralelo es advertible de los informes generales del síndico, que el estado de cesación de pagos data de muchos años atrás, pues los empresarios tienen la impresión que no hay sanción alguna por presentarse tardíamente en concurso.

Incluso las acciones por responsabilidad, que se genera por actos cumplidos con un año de anticipación al estado de cesación de pagos, se producen sólo en caso de quiebra, y sólo por dolo, excusándose la culpa; y las acciones de reconstrucción patrimonial ejercitables sólo hasta dos años antes de la declaración de quiebra –siempre y cuando a esa fecha se estuviera en cesación de pagos- son limitados al efectivo conocimiento de ese estado

por el tercero y que éste no pueda acreditar que no se generó daño al concurso, además de limitarse notablemente las causales por otorgamiento de garantías a créditos originariamente quirografarios.

Y la pregunta es: ¿realmente no hay sanción? Creemos que sí existen sanciones.

5. Efecto económico de la aparente falta de sanción de presentarse tempestivamente en concurso ante la existencia de crisis

Se constata por el informe general del síndico que la sociedad concursada arrastra una situación de cesación de pagos de muchos años, cinco o más, y que presentación ante el inminente remate de un bien en un juicio iniciado hace muchos años por un tercero.

Ante la aparente falta de sanción, los administradores societarios -incluso los socios- al caer en cesación de pagos en vez de planificar la forma de absolver el estado de cesación de pagos, se mantienen en el estado de crisis planificando la insolvencia.

Aparecen así varios efectos:

5.1. La actuación de la sociedad es depredatoria

Contrata a sabiendas de no poder cumplir los contratos. Al no pagar contagia su estado de cesación de pagos.

No paga impuestos -total o parcialmente-, contrariando principios básicos de la Responsabilidad Social Empresaria y del *Corporate Government*.

No paga cargas sociales de los trabajadores e incumple relaciones laborales.

Con esa decisión compite deslealmente en el mercado, sus costos no son los mismos de los competidores.

Alimenta la controversia y la litigiosidad, agregando costos al sistema judicial.

5.2. *No se adoptan remedios societarios en lo interno de la sociedad*

Es advertible que los administradores de esas sociedades, y los socios de control, no adoptan ninguna de las vías que les ofrece el sistema societario.

Advertida la crisis los administradores societarios no la exteriorizan en la documentación contable y menos en ese instrumento de planificación que es la Memoria Anual. Las legislaciones de capital fijo, que suponen la innecesariedad de un *insolvency test* anual, facilitan el ocultamiento. Hoy el conocimiento de la situación de crisis, incluso de cesación de pagos, es diaria, *on line*.

Los administradores societarios no llaman formalmente a los socios a considerar medidas para afrontar la crisis. No se expresa ello ni en Asambleas ni en Reuniones Generales, y menos aún se convoca a ellas para aumentar del capital social, reintegración del mismo, reorganización de la empresa, venta de activos inactivos, y particularmente a una capitalización de pasivos por negociación con acreedores. No asumidos los problemas de la crisis en lo básico, la discusión debería recaer en la disolución por alguna causal, fundamentalmente por la imposibilidad sobreviniente de cumplimiento del objeto social, como forma de exteriorizarse la idea de empresa.

Esas medidas internas deberían acaecer siempre con anterioridad a una presentación en concurso.

Lejos de ello, se suelen advertir maniobras oscuras y contrarias a esos deberes fiduciarios de los administradores tales como devolución de préstamos a personas vinculadas, o satisfacción de cuentas personales, o de aquellas que registran fianzas de los socios de control o administradores, e incluso la decisión de no aumentar capital social y devolver aportes irrevocables. Ello ha llevado a diversas respuestas de la legislación, particularmente a la revocabilidad de esos actos y la apreciación de esos créditos como subordinados.

Adviértase la sencillez, para lograr el equilibrio a bajo costo, de la capitalización del pasivo.

5.3. *Victimización de los acreedores*

La actuación de los deudores -auspiciada por silencio doctrinario- no registra ninguna de esas acciones positivas internas tendientes a superar la crisis, en la suposición que el problema lo deben asumir los acreedores.

La presentación en concurso tardío, sin planificación de cómo continuará la empresa, de cómo se afrontará su conservación y el pago de sus deudas, va seguido como única planificación de una propuesta de confiscatorias quitas y esperas, junto con alambicadas categorizaciones de créditos. Estas últimas permiten al observador cuidadoso -que normalmente no lo hay pues los acreedores no quieren perder más en honorarios-, advertir que están dirigidas a quebrar la resistencia de los que no aceptan esas quitas y esperas, incorporando al lado de quirografarios a sorprendentemente benefactores financistas que compran créditos, incluso hipotecarios, por valores reales y luego renuncian al privilegio y aceptan el cobro de las migajas ofrecidas por el deudor. Alguna incipiente jurisprudencia considera que esos acreedores no pueden votar por afectar la *pars conductio creditorum*, y el derecho comparado empieza a verlos con desfavor. La ruptura ética llega a todos los confines.

A la etapa del acuerdo se llega luego de haber conseguido eliminar del pasivo a muchos acreedores o gran parte de su crédito, normalmente por razones formales, para imponerle luego trámites incidentales o de revisión con ingentes costos, que liquidan toda expectativa de cobro, y que en el caso de obtener el reconocimiento deberá soportar el acuerdo depredatorio. A ello se suma la no denuncia de acreedores, la no publicación de edictos en jurisdicciones donde se localizan, a los cambios de domicilio y nombre de la sociedad deudora, y con bastante normalidad a la anormal pérdida, sustracción o destrucción involuntaria de los libros de comercio y la contabilidad respaldatoria.

5.4. El efecto: propuestas abusivas y expropiación del crédito de los acreedores

La conclusión del proceso de crisis de una sociedad es su presentación en concurso tardía, culminando con propuestas de acuerdos a los acreedores con quitas desmesuradas y plazos de gracia para iniciar el pago en cuotas decenales.

El resultado constituye una verdadera expropiación del crédito de los acreedores, pero no en beneficio de la conservación de la empresa, sino de los socios, por cuanto la homologación de esos acuerdos depredatorios significa una inmediata plusvalía y patrimonialización de la sociedad de la que aquellos son propietarios.

Los fundamentos de esas propuestas expropiatorias de los derechos de los acreedores es que es el mínimo necesario para asegurar la conservación de la empresa, y que en la liquidación de la sociedad no se obtendría un mejor resultado.

Los que no supieron dirigir la sociedad, los que asumieron los riesgos de operar con la sociedad en cesación de pagos durante mucho tiempo, son beneficiados. Los acreedores son despojados y no existe ninguna posibilidad que la gestión útil de la sociedad pueda mejorar lo homologado, novando los créditos.

Incluso la presentación de esas sociedades en concurso suele estar ligada a una transferencia del paquete de control de la misma, coetáneo o inmediato posterior, que genera utilidades millonarias a los socios, expoliadas a los acreedores.

Por último, los acuerdos no garantizan la continuación de la explotación de la empresa.

6. La respuesta a ese estado de cosas

Ante ello, nos alejamos de entrar en el análisis de aspectos menores, para afrontar la cuestión centralmente.

¿Pueden los jueces modificar la propuesta? ¿Qué propuesta no es abusiva? La respuesta debería ser: la que concilie los intereses de los acreedores con la conservación de la empresa, o sea determinando algo que debió hacerse en lo interno de la socie-

dad: capitalizando el pasivo, que implica compartir el esfuerzo entre socios y acreedores. De esta manera, los acreedores no sólo compartirán las pérdidas sino también los resultados futuros. Se evitaría así que lo que se despoja a los acreedores en beneficio de los socios no tenga ninguna contraprestación.

¿Homologada la propuesta existen otras acciones para satisfacer el daño causado a los acreedores?

6.1. ¿Existe alguna sanción por la presentación tardía en concurso a sociedades que logran homologar acuerdo?

Aparentemente no y la doctrina no las trata, pero sostenemos que sí: la misma deriva de la posibilidad de promover acciones de responsabilidad o imputabilidad contra administradores y socios.

6.2. Acción individual de responsabilidad contra administradores

La promoción de una acción directa de responsabilidad contra administradores societarios exige daño directo al acreedor.

El mismo se habrá producido si se contrató con él después de estar la sociedad en cesación de pagos. Ello comporta actuación dolosa. La prueba resultará del informe general del síndico o de la fecha de origen de deudas reconocidas en procedimientos informales.

El administrador operó dentro de sus facultades, pero con su reticencia conocía que perjudicaba al tercero.

El acuerdo no nova acciones de responsabilidad contra sujetos no concursados, implicando una acción extraconcursal.

6.3. Inoponibilidad de la personalidad jurídica contra los socios de control

Los socios de control permitieron que los administradores societarios continúen la gestión social. De ello resulta una responsabilidad por acción si conocieron la mala gestión, y por omi-

sión en caso contrario, por no elegir buenos hombres de negocios, personas idóneas y honestas a tal fin.

Pero se potencia esa situación cuando ratificando la presentación en concurso, admiten esa presentación, la actividad cumplida y la falta de previsiones internas primero, y luego toleran una propuesta que los lleva a enriquecerse afectando el derecho de propiedad de los acreedores sociales.

Es una forma antifuncional, abusiva, de usar la herramienta societaria, y la aparente tolerancia de la legislación concursal.

Ellos podían paliar la crisis, conservando la empresa, con el mismo acuerdo de quita y espera para ajustar la situación patrimonial, pero compartiendo la propiedad de las acciones con los acreedores, para no abusar del aparente derecho.

Pudieron anticiparse, haciéndolo internamente llamando a acreedores a capitalizar su acreencia, sometiendo un plan de patrimonialización y gestión societaria para superar la crisis.

Quedaron así legitimados pasivamente para que se ejerciera contra ellos la llamada “acción de inoponibilidad de la personalidad jurídica”, o de responsabilidad por control abusivo.

6.4. Actividad ilícita

Si se sanciona la asunción de ciertas relaciones jurídicas al habérselas generado en cesación de pagos de la sociedad administrada y controlada, generando acciones de responsabilidad o imputación, y si contratar por una sociedad ocultando su estado de cesación de pagos es doloso, no cabe dudas que la actuación – continuada- de la sociedad en ese estado, constituye actividad ilícita o sea contraria al sistema jurídico, mereciendo las sanciones que la legislación societaria y penal pueda imponer en cada país.

6.5. Inconstitucionalidad por lesionar el derecho de propiedad

Un acuerdo presentado por socios y/o administradores de una sociedad que implique despojar a los acreedores de sus créditos so

pretexto de los fines del concurso y de la conservación de la empresa, enriqueciendo sin contrapartida a los socios, es inconstitucional por atentar contra el derecho constitucional de propiedad.

¿El límite, condicionamiento y afectación al derecho de propiedad que genera el derecho concursal, persiste como para imponer –aunque sea a una minoría, que no lo es tanto por el diferimento al reconocimiento de muchos acreedores que deben padecer verificaciones tardías, recursos de revisión, etc.-, la aprobación de las quitas y esperas de créditos en beneficio de los propietarios de la sociedad deudora?

El cuestionamiento se consolida toda vez que los propósitos del derecho concursal (sobreser el estado de cesación de pagos, asegurar la conservación de la empresa) pueden lograrse compartiendo los socios con los acreedores la titularidad del capital social.

Un acuerdo de quita y espera depredatoria, que pudiera asegurar realmente la conservación de la empresa -lo que deberá ser adecuadamente justificado-, se concilia con normas constitucionales si los socios comparte con los acreedores la propiedad de la sociedad que explota la empresa, en forma equivalente a la pérdida de valor del crédito de éstos.

7. La visión global

Sólo a través de transportar los fundamentos de la actuación tempestiva a las sociedades ante la crisis, en la tramitación y homologación de un acuerdo preventivo -subrayando el riesgo de asumir responsabilidad administradores y socios, e incluso generar sanciones para la sociedad-, se podrá con visión globalizante asegurar la conservación de la empresa viable, y mantener el equilibrio distributivo entre deudor y acreedores.

Disponemos de remedios para ello, y creemos haberlo dejado de resalto, requiriendo el debate profundo para devolver la eficiencia del derecho de crisis, sin responsabilidad para los administradores societarios o los socios.

SEGUNDA PARTE: LA JUSTIFICACIÓN

Introducción

Cuando nos invitaron a exponer en panel sobre “Reforma concursal”, advertimos lo difícil de afrontar esta cuestión generando una propuesta general en un foro internacional.

Por eso, conociendo los problemas y despojos que aquejan a los acreedores concurrentes a un concurso en nuestro país, República Argentina, se nos ocurrió proponer un cambio en la forma de teorizar sobre la práctica concursal. Formularemos nuestra propuesta apartándonos argumentalmente de posiciones que olvidan principios fundamentales, por seguir interpretaciones normativas limitadas. Las referencias del trabajo corresponden específicamente a dicha legislación y práctica, aunque hemos tratado de alivianar las referencias normativas, jurisprudenciales y doctrinarias al mínimo, así cada uno podrá recoger para su país lo que estime pertinente.

Centraremos nuestra atención en los concursos de sociedades, que son los que causan mayor estrépito y daño. No debe confundirse esta problemática con los concursos de pequeños deudores, a los que debe darse un rápido trámite solutorio con el menor desgaste posible. En estos casos, como en otros, debe primar soluciones imaginativas en cuanto no afecten a terceros.

No tenemos dudas de que el concurso preventivo no puede constituir una defensa de los intereses de los administradores y socios de las sociedades concursadas. Ello ocurre actualmente en la República Argentina al expropiarse en realidad casi la totalidad de los créditos quirografarios, trasladando la plusvalía sin contraprestación, a favor de los titulares de la sociedad que homologue un acuerdo.

No es antitética la defensa de la empresa de la defensa de los acreedores. A lo largo de estas líneas se ira advirtiendo que no existe controversia sino coexistencia de intereses, y que se debe lograr bajo la noción de realidad sobre lo predatorio que es la actuación de una sociedad (pseudo empresa) en cesación de pagos, para el exterior de la misma y para su

interior, pues luego necesitará que los acreedores “donen” sus créditos para quizá recomponerse.

La tempestividad en la adopción de medidas internas en la sociedad, o externas a ella, tan pronto se avizoran dificultades financieras o económicas, o se vislumbra la cesación de pagos, parece olvidada y se reinserta a través del derecho societario, en aparente contraposición con el derecho concursal. La falta de presentación tempestiva en concurso, en violación a deberes fiduciarios de los administradores societarios, es la que impone propuestas con quitas y esperas que aparecen como abusivas. Poner la atención en la falta de presentación tempestiva y los efectos de ello es la labor que nos compete.

Ante ello parece necesario interpretar una ley de concursos como una obra pictórica, literaria o musical, en cuanto debe darnos en su presentación y en su funcionalidad el mismo goce estructural que una partitura, en cuya ejecución desde la obertura que anticipa la grandeza de la creación, se ensamble la sincronía de los posteriores movimientos.

La cuestión central es que los socios que generaron una nueva persona jurídica, instrumento maravilloso para la organización empresarial, no la usen -ellos o dejen usar a los administradores que designaron- para perjudicar a terceros.

El sistema jurídico societario brinda suficientes instrumentos para solucionar internamente cualquier cuestión sobre insuficiencia patrimonial de la sociedad, sea genética o funcional, sin afectar a terceros. Y de no ser suficientes los mismos -a los que los administradores y socios no suelen ocurrir-, el sistema concursal está preparado para operar aún antes que la cesación de pagos se haya producido, con tan sólo ser avizorada.

Mirar el bien jurídico o *ratio legis* que autoriza la alteración por el derecho concursal de las relaciones bilaterales, asegurando la limitación de responsabilidad de administradores y socios. se devuelva la ética a los negocios, la libre competencia a los mercados alterada por los que operan en cesación de pagos, o sea a los principios, contagiando

No intentamos convencer, sino generar una reacción, que se refuten nuestras apreciaciones abandonando meros criterios de realidad. Realidad que se corresponde a un obrar antifuncional de las sociedades que ha afectado seriamente la seguridad jurídica y la inversión productiva en nuestro país, y generalizando el incumplimiento, contagiando insolvencia.

1. Ineficiencia del sistema

De modo simplista aparece ineficiente el sistema en cuanto en la liquidación, en las quiebras de sociedades, los acreedores quirografarios no cobran nada; y en los concursos preventivos - donde centraremos nuestra atención- se homologan acuerdos con quitas de hasta más del 70%, con plazos de gracia de más de cinco años para empezar a pagar en cuotas anuales por más de un decenio sin intereses ni ajustes. O sea con quitas y plazos que no guardan relación con ninguna operación de mercado.

Parece fundamental volver sobre un punto esencial de la construcción del sistema societario y concursal: la operatoria de sociedades con dotación patrimonial adecuada. Ello como coherente a limitar la responsabilidad de socios y administradores en las sociedades con responsabilidad limitada, y a justificar la legislación concursal con remedios preventivos que aconsejan o imponen la rápida asunción de un procedimiento por parte de los administradores solitarios o por un tercero. De allí en más todo debería interpretarse congruentemente.

Los administradores tienen el deber fiduciario con la sociedad, los socios y los terceros de asegurar la normal vida societaria.

Es de público y notorio que las normas del derecho concursal vigente aparecen como ineficaces para prevenir la insolvencia o actuar temporáneamente con sus síntomas. Lo que era excepcional se convirtió en generalidad, facilitando en muchos casos la acción depredadora de los concursados en perjuicio de la empresa, los trabajadores, y los acreedores, como sujetos pasivos de acuerdos concursales de quitas y esperas que lindan la expropiación, generando el riesgo de producir una cadena de cesaciones de pagos de los acreedores de un concursado y el aumento de los costos de transacción que afectan al mercado argentino en general.

En torno a esa problemática, señalaremos nuestro criterio sobre los abusos en la antifuncionalidad de las sociedades que concluyen en acuerdos concursales abusivos, en cuanto que no pueden referirse parámetros cuantitativos, sino el análisis de cada caso, partiendo de la razón misma de la legislación concursal, el comportamiento de la deudora más la propuesta en sí, o sea aspectos cualitativos.

2. Crisis empresaria

Las crisis empresarias siempre se han producido, y las dificultades financieras, económicas o la cesación de pagos -insolvencia- de las sociedades se corresponden al riesgo operativo.

La doctrina ha sido conteste, y el derecho comparado viene dando soluciones diversas, que ante las crisis los remedios deben aplicarse en la forma más rápida posible, evitando la profundización de esa crisis y su contagio.

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 a solicitar el concurso, sino a otros legitimados -internos o externos a la misma-.

En 1925 Mauricio Yadarola publica un proyecto legislativo donde centra la apreciación de un sistema concursal en la rápida aplicación de la vía concursal ante la cesación de pagos o dificultades anticipatorias ¹.

Ese ha sido el eje de las construcciones doctrinarias y legales hasta la fecha, incluso ampliando los legitimados activos para la apertura de procedimientos concursales.

De esa forma aparece claramente la situación disvaliosa que faculta a un deudor a no cumplir con sus obligaciones, convocando a sus acreedores para absolver ese estado patrimonial y permitir la continuidad de la empresa, evitando agravar los daños que en el mercado genera la actuación de empresas en cesación de pagos. El bien jurídico tutelado fijado en el 1129 a. de la Bankruptcy de U.S.A. es el “sobreseimiento de la insolvencia”, el contravalor es el estado de cesación de pagos que afecta la conservación de la empresa desarrollada por una sociedad.

¹ “Proyecto de ley de quiebras” publicado en la Revista de la Universidad Nacional de Córdoba, 1925, y reproducido en *Homenaje a Yadarola*, Córdoba, Universidad Nacional de Córdoba, 1963, t. I, pág. 335.

Revisemos el ejercicio de ese derecho o facultad por una sociedad, pues compone una técnica jurídica de organización de la empresa.

Nuestro anfitrión Jesús Sanguino Sánchez² sostiene, luego de eruditas apreciaciones, que la apertura de los concursos habrá de fundarse en la existencia de una situación de “crisis económica del deudor”.

El proyecto de reformas del derecho francés en mayo de 2004, buscando dar remedio a la “considerable disminución del derecho de los acreedores” ha puesto énfasis en los mecanismos de la tempestiva revelación de la dificultad (procedimientos de alerta y de conciliación) para evitar que tempranos problemas de liquidez se traduzcan en situaciones de insolvencia³.

“La terapéutica debe adoptarse oportunamente, a imagen de las personas físicas que padecen alguna dolencia, en su oportunidad, y no tardíamente; es decir, cuando detectan los primeros síntomas de dificultades, y no al tiempo de la insolvencia... Los legisladores de diversos países apoyan dicha tesis, aunque no siempre con éxito... Un viejo adagio reza “más vale prevenir que curar””⁴.

Es la protección preconcursal a la empresa en dificultades que refiere Osvaldo J. Maffia⁵.

La ley concursal 22/2003 de España establece en su art. 2º como presupuesto objetivo la posibilidad que la solicite el deudor justificando “su estado de insolvencia, que podrá ser actual o inminente. Se encuentra en estado de insolvencia inminente el deudor que prevea que no podrá cumplir regular y puntualmente sus obligaciones”⁶, si en cambio la petición la formula un acreedor “deberá fundarlo en título por el cual se haya despachado ejecución o apremio sin que del embargo resultasen bienes

² “Bases para una reforma de los procedimientos concursales”, *Anuario de Derecho Comercial*, Montevideo, N° 2, pág. 177 y ss..

³ “Il progetto di riforma del diritto fallimentare francese”, *Rivista Delle Società*, 2005, gennaio-febbraio fascicolo 1º, pág. 297.

⁴ CÁMARA, Héctor, *El concurso preventivo y la quiebra*, Buenos Aires, Depalma, 1982, t. III, pág. 1429.

⁵ *La ley de concursos y la comezón del séptimo año*, RDCO, octubre 1979, año 12, pág. 435 y ss., especialmente, págs. 458, 463, 467.

⁶ Rojo, Angel, “Art. 2º Presupuesto objetivo”, en *Comentario a la ley concursal*, libro colectivo por Angel Rojo y Emilio Beltrán, Madrid, Civitas, 2004, pág. 164 y ss..

libres bastantes para el pago, o en la existencia” de los hechos reveladores clásicos: impago de obligaciones corrientes, existencia de embargos, alzamiento o liquidación apresurada, impago de obligaciones tributarias, previsionales, relaciones de trabajo.

2.1. *La cesación de pagos y aspectos anticipatorios*

Presupuesto de la falencia es la manifestación del estado de insolvencia. Si así no fuera procedería su comprobación directa ⁷, sosteniéndose que ello resulta inadmisibles por importar una invasión en la esfera jurídica del empresario –consulta técnica o examen de su actividad económica-, atentando contra la libertad individual y el secreto de los negocios, con inevitable y grave repercusión sobre el crédito.

Tan importante como la exteriorización, es la exactitud de la manifestación como expresión del estado de cesación de pagos, o sea que corresponda a un correcto diagnóstico, distinguiendo entre mera impuntualidad y la solvencia artificiosa. Por ello los hechos reveladores del estado de cesación de pagos que incorporan las legislaciones, y la idea que la prueba de que ellos no importan ese estado debe caer en el supuesto insolvente.

Un hipergarantismo trata de no advertir esas maniobras artificiosas, aquello que Provinciali ⁸ señaló como “*ció que segna el confine tra fisiología e patologia nella vita del patrimonio*”, lo que es hoy habitual al señalar los informes generales que el estado de cesación de pagos se produjo hace muchos años, o sea que el patrimonio arrastraba una situación terminal dentro de la fisiología o funcionalidad de la sociedad, y que los administradores –salvo prueba indubitable en contrario- no planificaron una salida, ocultaron la situación y perjudicaron a terceros con los que contrataron.

⁷ CÁMARA, Héctor, *El concurso preventivo y la quiebra. Análisis crítico de la ley 19551*, Buenos Aires, Depalma, 1978, t. I, pág. 244.

⁸ PROVINCIALI, Renzo, *Trattato di diritto fallimentare*, Milano, Dott. A. Giuffré, 1974, 4 tomos, t. I, pág. 324, nota 80.

Este es el eje de la cuestión: acentuar los roles del administrador societario si se pretende evitar injerencias o la ampliación de los sujetos legitimados a solicitar la apertura de un concurso preventivo.

A diario desaparecen los establecimientos sociales, como manifestación moderna de la fuga del deudor, aunque cierta jurisprudencia haya negado esa situación ⁹. El incumplimiento se encuentra hoy en el centro de la escena. Incumple el Estado en todas sus formas, y en todos sus poderes. Y ello se difunde como un reguero de pólvora haciendo estallar a un sistema judicial ya colapsado.

Actualmente se superó la distinción entre obligaciones comerciales y civiles para generar la petición de quiebra, eliminando la exclusión de las últimas, pues aquella situación “autoriza las maniobras de un deudor deshonesto que irá cubriendo sus compromisos comerciales mientras deja de cumplir los que no lo son, a base de contraer deudas civiles obteniendo crédito mediante cualquier subterfugio o engaño” ¹⁰.

Antes que ello, Yadarola en 1925 expresaba que un sistema concursal debe tener un “plan o método”, conforme el cual las normas “puedan ser armonizadas en todo momento, mediante la obra de una sabia jurisprudencia”, proyectando en torno a la situación en “que puede hallarse un comerciante: simplemente en dificultades para afrontar sus compromisos, más o menos próximos, o ya en estado de cesación de pagos; para el primer caso el pedido de convocatoria es facultativo, ya que conviene dejar librado al propio criterio del deudor, la apreciación de si podrá o no salir de esas dificultades. En el segundo caso, es cuando la cesación de pagos se ha producido, cuando la exigencia amenazante de un acreedor puede llevarlo a pagar a éste, en perjuicio del resto de sus acreedores para evitar un pedido de quiebra, o a realizar operaciones desastrosas con el mismo fin, se hace necesario obligar al deudor a convocar judicialmente a sus acreedores para que, sin más dilaciones resuelvan éstos lo que más convenga a sus intereses comprometidos. Ahora bien, la primera pregunta que surge cuando se esta-

⁹ Cámara Apel. Rosario Civil y Comercial IVG Juris, t. 38, pág. 3: “La fuga u ocultación del deudor no constituye de por sí prueba de la cesación de pagos, y menos cuando el hecho se refiere al presidente de una sociedad que sigue contando con apropiada representación”.

¹⁰ CÁMARA, Héctor, *El concurso preventivo...* cit., pág. 246.

blece una cláusula legal con carácter de imperativa, es ésta: ¿cuál es la sanción para el caso de incumplimiento?”¹¹.

La actual legislación argentina eliminó la norma de la legislación del 72 (ya dejado en desuso con la reforma del '83 sobre la calificación de la quiebra), que imponía la oportunidad para requerir el concurso preventivo dentro del tercer día después que el deudor haya conocido su estado de cesación de pagos, norma que no impedía la presentación posterior, superando así la interpretación de normas que permitían rechazar la pretensión de suspensión de pagos presentada extemporáneamente. Méjico imponía la presentación dentro de los tres días –al igual que en España-, criterio que existía en nuestra ley 4156 que consideraba perentorio el plazo, lo que fue luego dejado de lado, y ahora mucho más.

Cámara¹² cita a Bonfanti y Garrone sobre la utopía que presenta en nuestra sociedad que una sociedad o un comerciante se presente dentro de ese plazo. Destaca que legislaciones como Bolivia y Paraguay declaran improcedente el acuerdo o la apertura del concurso si existe un pedido de quiebra, aún rechazado, si el deudor no se presentó dentro del plazo (Bolivia, 15 días). El Líbano admite el concurso antes de la cesación de pagos o dentro de los 15 días de producido.

Al no ser el plazo perentorio la cuestión se reducía a un problema de calificación del concurso, lo que también fue dejado de lado en la reforma del '83, y ahora no existe aparentemente disposición alguna, que imponga la tempestividad de la presentación en concurso ante la cesación de pagos. Ahora no existe ese plazo y la presentación en concurso puede hacerse aun el mismo día en que la quiebra es declarada, incluso posteriormente cabe convertir la quiebra en concurso. Y se advierte el concurso solicitado en forma urgente para parar un remate en un juicio con sentencia incumplida de hace varios años...

La cesación de pagos aparece indicada en el art. 78 L.C.Q., en cuanto puede ser demostrado por cualquier hecho “que exteriorice que el deudor se encuentra imposibilitado de cumplir regularmente sus obligaciones,

¹¹ YADAROLA, Mauricio en *Homenaje a Yadarola*, edición de la Universidad Nacional de Córdoba, 1963, t. I pág. 335 y ss.; “Proyecto de ley de quiebras” con indicación publicado en la Revista de la Universidad Nacional de Córdoba, 1925.

¹² CÁMARA, Héctor, *El concurso preventivo...* cit., pág. 397.

cualquiera sea el carácter de ellas y la causa la generen”, constituyendo una situación de cierta permanencia, que anticipa la imposibilidad de cumplir las obligaciones, relaciones y contratos con regularidad. Siguiendo el criterio de Yadarola, la ley 22.917 reformando la ley 19.551 en 1983 introdujo en el art. 125.1 respecto al acuerdo preventivo “extrajudicial” un criterio anticipatorio a la cesación de pagos que era autorizar la presentación para “la superación de dificultades económicas o financieras del deudor de carácter general”. Cámara ¹³ manifiesta la interrelación entre las dificultades financieras y económicas, refiriéndose al “Informe Sudreau” que aconseja la concursabilidad ante las dificultades reales o potenciales, “evitando siempre que el desencadenante del procedimiento sea demasiado tardío”, señalándose como indicios la “falta de pago de cotizaciones fiscales o sociales”.

Se trata, a la postre de situaciones de desequilibrio que ponen en peligro la supervivencia de una organización ¹⁴, 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 los remedios internos para superar la crisis. Obviamente que al no haber norma restrictiva la respuesta es afirmativa. Pero planteado el caso y su respuesta, deviene fácilmente la consideración de la responsabilidad de por lo menos los administradores de esa sociedad, como lo haremos más adelante.

Claro que la apreciación de la situación de que es “dificultad”, tiene una “vinculación directa con la proyección de la empresa”, importando “un dictamen técnico”, pues “sólo el deudor está habilitado para invocar y probar las dificultades económicas y financieras” ¹⁵ con una nota de ge-

¹³ CÁMARA, Héctor, *El concurso preventivo...* Buenos Aires, Depalma, 1990, vol. III B, pág. 676.

¹⁴ CICHERO, Liliana, “Las crisis empresariales y el acuerdo preventivo extrajudicial homologado”, en L.L. Actualidad, del 15/3/01, pág. 1.

¹⁵ Conf. MOLINA SANDOVAL, Carlos A., *Acuerdo preventivo extrajudicial. Alternativas para la superación de las dificultades empresarias*, Buenos Aires, Abaco, 2003, pág. 98.

neralidad, por lo que -entendemos- no sería general la dificultad en satisfacer las obligaciones negociales emitidas por la sociedad, aunque bastará que el deudor pronuncie las palabras mágicas de “estar en cesación de pagos” para que se abra el proceso respectivo, sin siquiera preguntarle o constatar si agotaron los remedios internos.

Se advertirá que se abre la idea de la necesaria existencia de un diagnóstico, que un buen hombre de negocios no puede dislocar de un pronóstico desarrollando las acciones que la legislación societaria le impone.

*“Uno de los más graves problemas del derecho concursal es el denominado **problema temporal**: el concurso se abre, con frecuencia, cuando el patrimonio del deudor no sólo es insuficiente... disminuyen considerablemente las expectativas de conservación de las empresas en crisis. La receta para la solución del problema es doble, y arranca de la evidente constatación de que deudor y acreedores disponer de diferente información. El deudor ha de conocer su situación, por lo que basta con ofrecerle estímulos –positivos o negativos- para que inste su propio concurso”* ¹⁶.

Vamos abriendo la idea que es abusivo pedirle quitas y esperas a los acreedores, si antes no se formalizó un diagnóstico y pronóstico interno, intentando reintegrar el capital social, o aumentarlo, o capitalizando voluntariamente el pasivo (art. 192 2º L.S.). Parecería que recurrir directamente a la quita y espera importa generar daño a los acreedores por incumplimiento de deberes de administradores, y -eventualmente- de los socios.

En nuestro derecho actual debemos pensar en sanciones: acciones de responsabilidad individual contra los administradores societarios por operar en estado de cesación de pagos, responsabilidad e imputación a ciertos topes por control antifuncional o torpe, e incluso actividad ilícita -no sólo de los administradores- sino de la sociedad por actuar en cesación de pagos.

¹⁶BELTRÁN SÁNCHEZ, Emilio M., “El nuevo derecho concursal español” en Doctrina Societaria y Concursal, noviembre 2003, t. XVII, pág. 1127 y ss., específicamente, pág. 1136.

Alegría ¹⁷ expresa: “*El concurso preventivo se demora, porque nuestros medios comerciales y financieros conceden crédito, muchas a veces a ciegas, mientras el deudor sigue aparentando una posición dinámica y solvente, aunque en realidad resulte después que era solamente un espejismo*”. Para más, el acreedor conociendo, a veces, el desastre económico pretende cooperar en miras de “salvar su crédito”, conducta que lejos de ser sancionada es hoy aceptada en la limitación de casos de revocatoria concursal.

Se expresa ¹⁸ “*la cesación de pagos autoprovocada por el deudor, sea con malicia o negligencia, merece sanción penal y no así el incumplimiento de una obligación... tratándose de una deudor de entidad relativa en la economía... pueden incidir negativamente, con mayor o menor fuerza, en el funcionamiento macroeconómico, poniendo en jaque así al sistema crediticio en particular; considerando el fenómeno que hemos denominado de la concatenación de patrimonios lo que en concreto puede significar un sinnúmero de quiebras o insolvencia en cadena; y al mercado en general, pues de algún modo el quebrado producirá una distorsión de este mecanismo de circulación de la riqueza*”.

Pero cuando el deudor se presenta -señala Alegría- la conducta de los acreedores es otra: cierre del crédito, provisión sólo contra pago al contado, no renovación del crédito que venía siendo renovado. Es decir que el deudor que recurre a la ley se ve sancionado, teniendo un trato desfavorable y negativo. La última reforma concursal trata de paliar la cuestión respecto al crédito y a la contratación pública, pero en forma simbólica.

Los acreedores no se dan cuenta que es mejor tratar con un deudor concursado que exterioriza su situación, que con otro que la mantiene larvada mediante argucias que sin duda los perjudicarán a la postre, al haber aumentado el crédito y el riesgo.

Hoy se motivan acuerdos extrajudiciales y preconcursales, ampliándose los presupuestos objetivos a la dificultad económica y finan-

¹⁷En *Estructura y principios de la reforma concursal (Algunas cuestiones de derecho concursal)*, Buenos Aires, Abaco, 1975, pág. 59.

¹⁸PUGA VIAL, Juan Esteban, *Derecho concursal. El juicio de quiebra*, 3ª ed. actualizada, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1999, pág. 42 y ss..

ciera, pero existe una clara tendencia doctrinaria a aceptar que el insolvente siga operando sin sanción alguna, so pretexto de la autonomía de la voluntad, de la no injerencia, del secreto comercial, etc., y sobre la base que justifica el ocultamiento del estado de cesación de pagos basado en que de no perderían el crédito.

No hay duda que la “dificultad financiera” alude a un endeudamiento, sin duda por capital insuficiente, que podría paliarse mediante un mero acto de reordenamiento patrimonial como desprenderse de una sucursal o de un activo improductivo. Sobre el punto señala Anich, recordando los principios de INSOL¹⁹ que *“En el caso que un deudor presentara dificultades financieras, todos los acreedores relevantes (importantes) deberían prepararse para cooperar entre ellos, y también para conceder tiempo suficiente (pero limitado) al deudor (período de suspensión) para obtener de él información para ser evaluada, con el fin de proponer modos de resolución de las dificultades... el deudor deberá proveer, y permitir a los acreedores relevantes... el acceso a toda la información relativa a su patrimonio, deudas, negocios y perspectivas, a fin de permitir una evaluación adecuada”*. Normalmente, la información es retaceada o deformada.

Otra fórmula para habilitar la aplicación de las normas concursales, que alterando la original vinculación con los acreedores del deudor en relaciones de cambio, habilita la aplicación de normas propias de las relaciones de organización, es la inminencia de la insolvencia²⁰, conforme la cual los administradores societarios deben adoptar medidas en lo interno, y fracasando ellas podrán recurrir tempestivamente a la apertura de un proceso concursal de concurrencia.

Ricardo Olivera García²¹, respecto de la pretendida reforma de la legislación concursal uruguaya, subraya: *“El Proyecto procura que el*

¹⁹ ANICH, Juan A., “Los principios de INSOL y el acuerdo preventivo extrajudicial” en *Doctrina Societaria y Concursal*, octubre 2003, t. XV, pág. 1007.

²⁰ En la legislación española PULGAR EZQUERRA, Juana, “La reforma del derecho concursal español: el presupuesto objetivo del concurso de acreedores” en *Doctrina Societaria y Concursal*, marzo 2004, t. XVI, pág. 267, conforme con “un principio conservativo como medio para la satisfacción de los acreedores”.

²¹ En su *Anteproyecto de Ley de Concursos para la República Oriental del Uruguay*, ed. Universidad de Montevideo, 1999-a, pág. 310.

*mismo abarque la mayor cantidad posible de las situaciones de insolvencia que se presentan en la realidad y que los procedimientos solutorios se apliquen **antes que el deterioro vuelva la situación irreversible**. Para esto se propone estimular el acceso al concurso a iniciativa del deudor y de los acreedores... Si el concurso se transforma en un camino para que el acreedor logre la recuperación de sus créditos en situaciones de insolvencia, los acreedores estarán estimulados para transitar el mismo. Para reforzar este estímulo se propone conceder privilegio al acreedor quirografario que promueva el concurso...”.*

La idea de generalidad, permanencia, objetividad e insalvabilidad que tipificaría al estado de cesación de pagos para habilitar la apertura de un procedimiento concursal, cede ante la confesión del deudor que de esa forma dispone de la posibilidad de adelantar o retardar la presentación. En definitiva es una cuestión de inteligencia, incluso reservada al deudor común la calificación de su estado económico-financiero. Bastará que pronuncie las palabras mágicas, como el “Abrete Sésamo”, de estar en “cesación de pagos” para que se abra el proceso de concurso preventivo, cumpliendo con los recaudos objetivos formales que la ley requiere para que el juez le otorgue la protección jurisdiccional.

2.2. Tratamiento de la preinsolvencia: la empresa en el ámbito concursal

Describimos algunos de los planteos que formaliza el Banco Mundial:

Marco legal para la insolvencia empresarial. Aunque los abordajes nacionales difieren, los sistemas de insolvencia deberán estar dirigidos a:

- Integrarse con los más amplios sistemas legales y comerciales del país.
- Maximizar el valor del activo de la empresa proporcionando la opción de reorganización.
- Establecer un delicado equilibrio entre liquidación y reorganización.
- Proveer el trato igualitario de los acreedores situados de manera similar, incluidos los acreedores locales y extranjeros similarmente situados.

- Proveer a la resolución oportuna, eficiente e imparcial de las insolvencias.
- Evitar el desmembramiento prematuro de los activos del deudor por los acreedores individuales.
- Proveer un procedimiento transparente que contemple incentivos para la reunión y proporcionamiento de información.
- Reconocer los derechos existentes de los acreedores y respetar la prioridad de las pretensiones mediante un proceso predecible y establecido.
- Establecer un marco para las insolvencias transnacionales, con reconocimiento de los procedimientos extranjeros.

Sigue al 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. La reorganización debe ofrecer un acceso rápido y fácil al proceso, proteger a todos los sujetos involucrados, permitir la negociación de un plan comercial, habilitar a la mayoría de los acreedores en favor de un plan u otro curso de acción a obligar a todos los demás acreedores (con sujeción a las debidas garantías) y prever la supervisión para asegurar que el proceso no sea objeto de abusos. Típicamente, los procedimientos de salvataje modernos se ocupan de una gran cantidad de expectativas comerciales en los mercados dinámicos. Aunque tales leyes no son susceptibles de fórmulas precisas, los sistemas modernos descansan generalmente en características diseñadas para alcanzar los objetivos señalados más arriba”.

Y en ese contexto el Banco Mundial requiere un “Marco para los acuerdos colectivos informales”. Los acuerdos empresariales co-

lectivos e informales deben ser favorecidos por un entorno que aliente a los participantes a restablecer la viabilidad financiera de la empresa. Los acuerdos informales se negocian “a la sombra de la ley”. Consecuentemente, el entorno propicio debe incluir leyes y procedimientos claros que exijan la exposición o el acceso a información financiera oportuna y precisa sobre la empresa en dificultades; promuevan el préstamo a, la inversión en o la recapitalización de las empresas viables en dificultades; permitan una amplia gama de medios de reestructuración, tales como quitas, esperas, reestructuraciones y capitalización de la deuda; y proporcionen un tratamiento impositivo favorable o neutral para las reestructuraciones.

2.3. Metodológicamente habría que plantearse ante el análisis socio-económico precedente, la razón de ser misma de los sistemas concursales, desde las medidas preventivas extrajudiciales a las liquidativas, para acordar o no en la necesidad de adopción de medidas anticipatorias por parte de administradores y socios de las sociedades.

Se presenta una exagerada defensa de la empresa, que en realidad es otorgada al empresario ineficiente, pues no se exige planificación al “buen hombre de negocios”. Lejos de ello se justifica que no presente plan alguno al proponer irrisorios acuerdos a sus acreedores, de dudoso cumplimiento.

²²En el derecho romano excepcionalmente se aceptaba moratoria por un máximo de cinco años para pagar la totalidad de los créditos. Justiniano -C.7, 71. *Qui bonis cedere possunt*, 8- autorizó a los acreedores a quienes el deudor ofreciese la cesión de sus bienes, a concederle por mayoría de votos (que se calcularían igual que en el *pactum ut minis solvatur* -acuerdo que se celebraba con herederos del deudor fallecido-, por el importe de los créditos) una espera de cinco años para saldar sus deudas. Era lo que se denominaban *litterae quinquenales* o *induciae quinquennales*, antecedente remoto de nuestras actuales moratorias. La moratoria se concedía luego de un pormenorizado estudio de la situación. La resolución era oponible a todos los acreedores, quedando comprendidos dentro de ésta los acreedores privilegiados e incluso los hipotecarios, quedando sólo exceptuados los créditos fiscales, por alimentos y las obligaciones nacidas de los delitos. Las moratorias pasaron luego al antiguo derecho español conservando los mismos caracteres que tenían en las leyes romanas, siendo igualmente consideradas como un beneficio común para el

Los resultados están a la vista, acuerdos a larguísimo plazo, con impensables plazos²² de gracia y magro porcentaje, hoy autorizado a menos del 40%, lo que implica aceptar que hayan agravado la inicial situación de dificultad económica en el patrimonio, en perjuicio de los acreedores. Hasta se acepta que los acreedores quirografarios suscriban un acuerdo donde nada percibirán, so pretexto de la conservación de la empresa y sin que se hable de responsabilidad alguna de los administradores del patrimonio cesante, motivando reacciones de la doctrina²³.

Insistimos, que metodológicamente debe determinarse cuál es el bien jurídico tutelado a fin de enderezar las técnicas jurídicas en su apoyo. La defensa del crédito y de los acreedores, junto con la conservación de la empresa aparece como eje del sistema.

3. Bien jurídico tutelado por la legislación concursal

El presupuesto objetivo de la aplicación del sistema concursal es la cesación de pagos o su inminencia -dificultades financieras o económicas generales-, resultado ello el antivalor que reemplaza la autonomía de la voluntad y la regulación bilateral para componer las relaciones de cambio entre el deudor y sus acreedores.

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.

Por la teoría de la bipolaridad de los valores, el bien jurídico tutelado resulta claramente el de absolver el estado de cesación de pagos, como nefasto para la empresa y para el medio en que actúa, por la facilidad de contagio y el perjuicio a la comunidad al no permitir conservar a una empresa que da empleo y genera riqueza.

deudor y los acreedores (CÚNEO GRANESE, Pablo, "Acerca del origen de los procedimientos de quiebra y concordato en el derecho romano", en *Anuario de Derecho Comercial*, Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 2001, t. 9, pág. 179.

²³MICELLI, 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..

Eliminando el estado de cesación de pagos, o situaciones anticipatorias, se permite conservar a la empresa y evitar el contagio.

Hay que poner en claro que se quiere proteger, si a la empresa en general, la seguridad jurídica, a los administradores o únicamente a la empresa en problemas. Se debe informar a los administradores, protegiéndolos, advirtiéndoles del problema, particularmente en los fenómenos del asociacionismo de segundo grado.

La doctrina no es unívoca en ese sentido, y ante las muchas respuestas, pensamos que debe recurrirse a la teoría de la bipolaridad de los valores²⁴, siendo perfectamente determinado el valor negativo como elemento objetivo necesario para la apertura de estos procedimientos. El antivalue es la cesación de pagos, lo que no se alterará si se extiende -lo que no cuestionamos- a la dificultad económica o financiera. O sea que la crisis permitiría abrir un proceso concursal.

Se explicita que se intenta proteger a la empresa -pero en realidad se otorga al empresario- en cesación de pagos permitiendo que continúe su actividad, transmitiendo la insolvencia a sus proveedores y acreedores, al no imponer ningún plazo para la presentación, ni para la publicitación de ese estado, bajo la idea de que una manifestación en tal sentido generaría la restricción del crédito y la necesidad de liquidar la empresa, y que los acreedores tienen autonomía de la voluntad para contratar con ese sujeto o pedirle la quiebra.

Si se trata de verlo desde lo interno de la empresa -o desde la óptica de administradores ineficientes- se acepta que esta contamine, estimulando su autonomía para afrontar la cuestión, sin límites, y también la de los acreedores para enfrentar la situación. Esto forma una mezcla explosiva con la lentitud de los procesos individuales de declaración de derechos o de cobro, concebidos con excesivos ritualismos y garantismos. El tema está directamente vinculado a una visión sobre el derecho de competencia leal, a la responsabilidad social de la empresa o a la responsabilidad social corporativa, así como no se debe contaminar el medio ambiente no se debe contaminar el mercado con la insolvencia de una empresa.

²⁴Ntro. "Bien jurídico tutelado por la legislación concursal" en Revista de la Universidad Nacional de Córdoba, años 79/80, pág. 262 y ss..

Por otra parte, si se estimula la actividad de una sociedad en cesación de pagos so pretexto de la autonomía de la voluntad de sus administradores y socios para solucionar el problema, ante el aumento de riesgo debe aceptarse coetáneamente el aumento de responsabilidad por el resultado negativo del uso de esa libertad.

El problema de la empresa debe verse externamente y no internamente. La apreciación debe ser genérica para tutelar la empresa como organización económica, limitando los efectos externos de su cesación de pagos y permitiendo que, en ese contexto, la “empresa” puede solucionar su problema. Y ello porque la “conservación de la empresa” puede tener raigambre constitucional²⁵, pero ello no debe llevar a la idea de expoliar a los acreedores en beneficio de los socios.

Tomada esa decisión, la cuestión técnica debe centrarse en el estado de cesación de pagos, para solucionarlo y evitar su difusión.

Lo expresado concilia los intereses de la empresa en dificultades y de su entorno. Claro que implica limitar el margen de maniobra de los administradores del concursado para perjudicar a terceros, incentivar las acciones de responsabilidad o de reconstrucción patrimonial. Con esa óptica resulta impensable que puedan concurrir empleados en razón de “créditos” laborales correspondientes a sus salarios inmediatos.

Lo pretendido se podría lograr en cualquier sistema con pocas normas con efectos precisos. El concurso nunca debería ser la precedencia de una quiebra liquidativa, sino su exclusión.

4. Efecto jurídico por no presentarse tempestivamente en concurso

Si bien se ha habilitado la apertura rápida -tempestiva- del concurso ante la avizoración de la crisis, la presentación tardía en con-

²⁵Juzg. Com. N° 9, Sec. N° 18 77882, juez Eduardo Favier Dubois (h), “La Quinquenal SAIC s/ concurso preventivo”, Bs. As., 14 de julio de 2004, en la que dicho juez modifica la propuesta condicionadamente, expresando: “Dicha condición se tendrá por aceptada por el deudor -con los alcances de una adecuación de propuesta- en caso de silencio dentro de los cinco días de notificado, y por los acreedores en forma presunta dado que los beneficia. Tal mecanismo, al posibilitar la homologación, impedirá la quiebra, la que iría en desmedro de uno de los pilares de la constitución económica argentina: la conservación de la empresa en marcha como modo de conservar las fuentes de trabajo (art. 14 bis de la Constitución Nacional), armonizándolo con la debida tutela del crédito.”

curso de una sociedad no genera sanciones si el acuerdo es aprobado, advirtiéndose efectos sólo en caso de posterior quiebra.

En paralelo es advertible de los informes generales del síndico, que el estado de cesación de pagos data de muchos años atrás, pues los empresarios tienen la impresión que no hay sanción alguna por presentarse tardíamente en concurso.

Incluso las acciones por responsabilidad, que se genera por actos cumplidos con un año de anticipación al estado de cesación de pagos, se producen sólo en caso de quiebra, y sólo por dolo, excusándose la culpa; y las acciones de reconstrucción patrimonial ejercitables sólo hasta dos años antes de la declaración de quiebra -siempre y cuando a esa fecha se estuviera en cesación de pagos- son limitados al efectivo conocimiento de ese estado por el tercero y que éste no pueda acreditar que no se generó daño al concurso, además de limitarse notablemente las causales por otorgamiento de garantías a créditos originariamente quirografarios.

Y la pregunta es: ¿realmente no hay sanción? Creemos que sí existen sanciones.

4.1. En el derecho argentino se ha potenciado que las situaciones sean irreversibles, pese facilitar herramientas al administrador societario a través del acuerdo preventivo extrajudicial²⁶. Siendo el presupuesto objetivo de la aplicación de las soluciones concursales la dificultad financiera o económica general y la cesación de pagos, el administrador societario dilata su presentación al máximo, quizá para el momento en que un acreedor -después de un largo juicio- le esta por rematar una propiedad.

²⁶Sobre acuerdos extrajudiciales: ALEGRÍA, Héctor, “Acuerdo preventivo extrajudicial (Caracterización, problemas y acuerdos privados)” en Revista de Derecho Privado y Comunitario 2002-3, *Concursos I*, pág. 145; JUNYENT VÉLEZ, Francisco, “El acuerdo preventivo extrajudicial: ley 25.589”, en la misma revista, pág. 189.

En ese marco temporal se advierte que la sociedad ha operado en cesación de pagos disminuyendo su patrimonio activo, quizá simuladamente gracias a la colaboración de un sistema financiero ilegal, y aumentado su patrimonio pasivo, contagiando su estado de cesación de pagos a sus proveedores. el deudor ha tenido mucho tiempo para visualizar el desenlace fatal, mientras sus acreedores desembocan abruptamente en la cesación de pagos quizá no salvándose de la liquidación, ante el incumplimiento previsto de su deudor.

Al abrirse el concurso de ese deudor, por presentación directa en concurso o por conversión de quiebra, con la colaboración profesional especializada se abre un proceso para dilatar cualquier acción de responsabilidad o integración patrimonial que pueda alterar la planificación, que puede consistir también en la recuperación de la empresa en cuanto los bienes no fueren obsoletos y la actividad fuere rentable.

Las propuestas de acuerdo, en ese estado de crisis generalizada, son planteadas por los administradores sociales con la necesidad de quitas y esperas fuera del comercio por parte de los acreedores. Manejos espurios para obtener las mayorías necesarias e imponer el acuerdo son alimentados por la aparente desaparición de toda acción de responsabilidad civil o penal.

Ante las actitudes ambiguas, partiendo que la ley de 1995 (N° 24.522 y sus reformas) no exigen ninguna tempestividad en la presentación ni planificación ²⁷ para salir de la crisis ni para presentar acuerdo (no para ser evaluado por un tercero o por un juez, sino como parámetro para juzgar la responsabilidad del administrador), las soluciones deben buscar-

²⁷ ALBERTI, Marcelo Edgardo, "Una contribución de Efraín Hugo Richard al derecho concursal: El plan de empresa como recaudo del concurso preventivo" en *Derechos patrimoniales*, Estudios en homenaje al profesor emérito Dr. Efraín Hugo Richard, citado, t. II, pág. 949. Conf. ntros. "Salvataje de la empresa y propuesta de acuerdo preventivo", Revista Derecho y Empresa de la Universidad Austral, N° 6, 1996, págs. 121 a 128, Rosario, 2ª quincena de marzo de 199; "Propuesta de acuerdo preventivo. Su integración necesaria con un plan de dirección" en *Doctrina Societaria* N° 109, diciembre 1996,

se en el caso del concurso de sociedades en la legislación societaria, particularmente para determinar acciones de responsabilidad, como la de imputabilidad aditiva (denominada de inoponibilidad de la personalidad jurídica²⁸), o de acciones de responsabilidad individual por los acreedores posteriores a la cesación de pagos, todas con posibilidad de ejercitarse extraconcursalmente.

Hoy se habla de estrategias en los concursos de como los modos para facilitar el accionar del deudor insolvente. Deberían publicitarse las estrategias de los acreedores para lograr una mayor preocupación de los administradores societarios de la persona jurídica insolvente para lograr acciones oportunas y no que la situación sea “irreversible”.

Claro que esa no intromisión, permitiendo que el empresario -y, particularmente, el social- desenvuelva su actividad en pleno goce de su autonomía negocial y de la voluntad, implica una coetánea responsabilidad de los administradores sociales -obviamente del empresario- en cuanto de esa autonomía de la voluntad resulte daño.

Lentamente, dentro de la decadencia ética de nuestra comunidad, se ha infiltrado una posición permisiva²⁹ que tendió a limitar las acciones de responsabilidad en la quiebra a supuestos de dolo, sujetas a autorizaciones que parecían difíciles de alcanzar.

Errepar, t. VIII, pág. 548 y ss.; “Ensayo sobre el plan de empresa y las obligaciones del empresario” en Revista Estudios de Derecho Comercial del Colegio de Abogados de San Isidro, N° 9, 1993, págs. 55 a 70; “El ‘buen hombre de negocios’ y el ‘plan de empresa’” en Doctrina Societaria y Concursal, Errepar, t. V, pág. 337; “Crédito y plan de empresa” en XXIX Congreso Anual Ordinario de Abapra, La Rioja, 30 de mayo - 1 de junio de 1988; “¿Se integra la propuesta de acuerdo con un plan de cumplimiento?”, t. I, pág. 433; ponencias al III Congreso Nacional de Derecho Concursal y I Congreso Iberoamericano sobre la Insolvencia, Mar del Plata, 27, 28 y 29 de noviembre de 1997, 3 ts., Buenos Aires, Ad-Hoc, noviembre 1997; “Salvataje de la empresa: ¿Una postulación sin respuesta en la ley concursal?” juntamente con Francisco Junyent Bas y Orlando Manuel Muiño, en RDCO, año 30, 1997, pág. 525 y ss..

²⁸Ntra. comunicación sobre “Las sociedades comerciales y su actuación en el mercado” al Primer Congreso Argentino-Español de Derecho Mercantil, Valencia, España, 19, 20 y 21 de septiembre de 2001, con títulos Sociedades comerciales y Personalidad jurídica, “Allanamiento, desestimación e inoponibilidad de la personalidad jurídica. Responsabilidad de los integrantes de los órganos de administración. Responsabilidad de los controlantes (Una propuesta metodológica)”.

²⁹“*Los inmorales tienen una ventaja indiscutible sobre los decentes cuando se trata de dirimir diferencias sobre el terreno de la legalidad, precisamente por el hecho de*

Se generó la idea de que los administradores societarios pueden continuar ininterrumpidamente la actividad de la sociedad pese a estar en insolvencia, sin planificación coherente, tratando de obtener más créditos o reciclar el existente, con la misma modalidad que los administradores públicos afrontaron la deuda externa en la década pasada.

El meollo parecería como alterar la situación socio económica a través de la legislación concursal o preconcursal.

De *lege ferenda* se podrá pensar, como lo formalizamos hace años, en la ampliación de los legitimados activamente para la apertura del concurso, o imponer condiciones temporales para la apertura del concurso a partir de la fecha en que se conoció o debió conocer la situación económica prevista como presupuesto objetivo.

Pero a nosotros nos parece que una solución de *lege ferenda* tardará, sea por falta de acuerdo entre los integrantes de las comisiones técnicas que de transar en posturas antagónicas terminarán por quitar la coherencia de las soluciones, o por la correcta demora al poner en consideración de la comunidad los proyectos que se gesten.

Es por eso que queremos señalar algunas soluciones de *lege lata* que, de adoptarse, cambiarán la forma de considerar la legislación concursal, al acercarla a la legislación general y alejarla de una doctrina ambigua y permisiva en torno a la responsabilidad de controlantes y administradores.

En ese orden de ideas, volvemos nuevamente sobre la conexidad de la legislación civil sobre responsabilidad por factor subjetivo de atribución, y la societaria sobre los deberes de un buen hombre de negocios, conectada a la responsabilidad colegial de directores y fiscalizadores.

La reciente ley española exige para la propuesta de acuerdo no sólo el plan de pagos sino también el plan de viabilidad del mismo ³⁰.

que esa legalidad impone unas reglas de juego que éstos se hallan obligados a respetar y que limitan su acción, pero que aquéllos no respetan en absoluto, salvo en los casos concretos en que favorecen sus tesis" (VARGAS LLOSA, Mario, "Vida y miserias de Elián", La Nación, sábado 6 de mayo de 1999, pág. 1. Conforme cita de *Revisión crítica de la interpretación del derecho societario. Enseñanzas de la tragedia de "República Cromagnon"*, por KABAS DE MARTORELL, María Elisa y MARTORELL, Ernesto E., publicado en La Ley 2005, que obtuvimos por vía electrónica.

³⁰Rojó, Angel, "Art. 100. Contenido de la propuesta de convenio" en *Comentario a la ley concursal*, libro colectivo por Angel Rojo y Emilio Beltrán, Madrid, Civitas, 2004, pág. 1868 y ss., especialmente, pág. 1996 y ss..

La no presentación tempestiva, como el incumplimiento a los deberes internos en la funcionalidad societaria ante la insolvencia o presunción de insolvencia, en el derecho español genera “la presunción *iuris tantum* de dolo o culpa grave en la causación o agravación de la insolvencia... y la condena a indemnizar los daños y perjuicios causados... puede condenar a los administradores o liquidadores de la sociedad a pagar a los acreedores concursales total o parcialmente, el importe de sus créditos no satisfechos”. Claro que esto es en caso de quiebra. Pero “*al margen de la Ley Concursal, la infracción del deber legal de solicitar el concurso puede generar la responsabilidad de los administradores por todas las deudas sociales cuando concurran los presupuestos establecidos en las leyes sobre sociedades de capital*”³¹. Los administradores societarios tienen dos meses para actuar tanto en lo interno como en lo externo de la sociedad, como así también la “prohibición de presentar propuesta anticipada de convenio”.

¿Se acepta sin sanción alguna el contagio del estado de cesación de pagos de una sociedad ? ¿Se acepta que opere con infracapitalización material? ¿Se acepta que no exista responsabilidad alguna de sus administradores y socios? ¿Como debe comportarse un administrador societario? ¿Cuál es el bien jurídico tutelado? El administrador societario debe actuar como un buen hombre de negocios, pero en cualquier supuesto de “buena fe”, excluyendo la “mala fe” o el “dolo” en su gestión.

4.2. La buena fe como valor

Ante el panorama anticipado y para interpretar el art. 1071 C.C., sobre el abuso de derecho, es importante volver sobre la idea de buena fe.

Señala un autor³² que la “*idea de la buena fe es tan vieja como el derecho mismo, se confunde con los orígenes de la sociedad humana. Su existencia es la base de las instituciones jurídicas del mundo*”

³¹ ROJO, trabajo citado precedentemente, pág. 241.

³² VOLANSKY, Alexandre, *Ensayo de una definición expresiva del derecho basada sobre la idea de buena fe*, Ducheim, París, 1930, pág. 27.

moderno, como también fuente e inspiración de los usos más antiguos”.

La buena fe es lo honesto, la honestidad, tal como esta noción era entendida por los estoicos, es decir como virtud esencial, comprensiva de todas las otras, fuente de prudencia, justicia fortaleza y templanza ³³. De allí se trasvasa a la Filosofía de Aristóteles, manteniéndose en el cristianismo a través de la *Summa theologica* de Santo Tomás.

La honestidad, y por ende, la buena fe, importan también una conformidad del espíritu con la verdad. Actuar de buena fe implica, en una visión global, reunir en el obrar, esa serie de virtudes, procurando en definitiva “hacer el bien y evitar el mal”, pero en un sentido continuo, permanente, como hábito del ánimo, en forma “constante y perpetua” como dice el célebre tribuno y orador romano, príncipe de la elocuencia latina ³⁴, quien tampoco economiza adjetivos cuando se trata de caracterizar el estado contrario, la mala fe: fingimiento, ardid, simulación de prudencia, astucia, sutil malicia, y artificio.

La buena fe es presentada como “Rectitud, Honradez” éstas, a su vez, Honradez “Calidad de probó. Proceder recto, propio del hombre probó”; Probó: “Que tiene probidad”, y Probidad: “Bondad, rectitud de ánimo, hombría de bien, integridad y honradez en el obrar” ³⁵.

La contraria -como la bipolaridad en la teoría de los valores ³⁶ -, la mala fe es presentada como “Dobleza, alevosía. Malicia o temeridad con que se hace una cosa o se posee o detenta alguna bien”.

³³ Virtud esencial soporte y madre de todas las otras. Vid. CICERÓN DE FINIBUS.

³⁴ CICERÓN DE LEGIBUS, I, 17, 45.

³⁵ Conforme al Diccionario de la Real Academia, a su vez: Bueno/a (Diccionario Real Academia) Lealmente, en igualdad de condiciones. Dolo (D.R.A.) Engaño, fraude, simulación. En los delitos, voluntad intencional, propósito de cometerlos, en los contratos o actos jurídicos, engaño que influye sobre la voluntad de otro para la celebración de aquéllos, y también la infracción maliciosa en el cumplimiento de las obligaciones contraídas. *Dolo Malo*: El que se dirige contra el justo derecho de un tercero. Fe (D.R.A.) Confianza, buen concepto que se tiene de una persona o cosa. Seguridad, aseveración de que una cosa es cierta. Fidelidad, lealtad, observancia de la fe que se debe a uno.

³⁶ VALOR (FERRATER MORA, José *Diccionario de Filosofía*, t. 4, pág. 3373), pág. 3376; POLARIDAD Los valores se presentan siempre polarmente, porque no son entidades

Correlativamente la buena fe es definida como: “Ciertamente, de seguro, sin duda”; A fe: En verdad; A fe de bueno. Expresiones que se usa para asegurar una cosa. De buena fe: Con verdad y sinceridad. De mala fe: Con malicia o engaño³⁷.

Sobre la importancia de la fe sin calificativos puede verse el *Diccionario Jurídico Cabanellas*: “Crédito que se da a una cosa por la autoridad del que la dice o por fama pública. Confianza o seguridad que en una persona o cosa se deposita. Palabra que se da o promesa que se hace con cierta solemnidad o publicidad. Fidelidad en el cumplimiento de las promesas. Certeza o confianza de lograr lo deseado o prometido... En materia de contratos, la fe se equipara a la equidad. Y en ese sentido se habla de contratos de buena fe frente a contratos que son de riguroso Derecho. Como dictamen de la conciencia y exponente de la conducta, la fe se divide en buena y mala en todos los órdenes de la vida y más especialmente en el jurídico, donde ambos conceptos -la buena fe y la mala fe- son fundamentales para establecer los efectos de los negocios por el derecho regulados y las responsabilidades de quienes en los mismos participan... buena fe es tanto como lealtad, rectitud y honradez; y más particularmente, para lo jurídico, la convicción de obrar o poseer con legítimo derecho y sin detrimento del ajeno. Contrapuestamente, la mala fe, vale tanto como alevosía, disimulo, doblez y maldad; y de modo más especial para el derecho, la malicia o dolo característicos en quien hace o posee sabiendo que no le corresponde y que con ello daña o perjudica a otro... De buena fe: con sinceridad o en verdad. De mala fe: con dolo, malicia o engaño”.

indiferentes como las otras realidades. Al valor de la belleza se contrapone siempre el de la fealdad; al de la bondad, el de la maldad... La polaridad de los valores es el desdoblamiento de cada cosa valente en un aspecto positivo y un aspecto negativo. El aspecto negativo es llamado frecuentemente disvalor. La clasificación más habitual de los valores comprende los valores lógicos, los éticos y los estéticos; BIEN, t. I, FERRATER MORA, pág. 337. Se entiende mejor el uso de los términos... cuando se sitúan dentro de los contextos apropiados, como “el bien se contrapone al mal”... autores... piensan que bueno tiene un sentido general, no necesariamente moral...

³⁷Respecto a *mala fe* se expresa en el referido *Diccionario de Filosofía* de FERRATER MORA, José, t. 3, pág. 2086: “... la noción sartriana de ‘mala fe’ puede ponerse en relación con la noción hegeliana de la ‘conciencia escindida’ o ‘conciencia desgarrada’, así como con nociones tales como la de ‘mala conciencia’, y, en parte, con otras tales como ‘alienación’, ‘reificación’, ‘cosificación’”, etc..

Como disvalor, la mala fe es definida (Cabanellas) como: “Intención perversa. Deslealtad. Doblez. Alevosía. Conciencia antijurídica al obrar. Dolo. Convicción íntima de que no se actúa legítimamente, ya por existir una prohibición legal o una disposición en contrario, ya por saberse que se lesiona un derecho ajeno o no se cumple un deber propio.... Para la Academia, la mala fe, en su acepción forense, constituye “Malicia o temeridad con que se hace una cosa”.

El dolo consiste en el uso (por parte del contratante) de engaños, maquinaciones, artificios o mentiras hacia una persona con el fin de inducirla a concluir el contrato, que, sin aquéllos, no concluiría dicha persona³⁸. El dolo provoca un error en la contraparte (*deceptus*); y este error, a su vez actúa como determinante, de la volición.

Se distingue además entre *dolus bonus*, que es el uso de aquellos actos de astucia, admitidos o tolerados en la vida de los negocios, con los que se induce a contratar (p. ej., magnificar la mercadería propia) y *dolus malus*. Sólo este último es dolo verdadero y propio; y sólo éste, en concurso con el hecho de ser también *dolus causam dans*, es relevante en el sentido indicado, y depende de una apreciación de hecho librada al juez, el cual decidirá sobre la base del criterio que debe considerarse corriente en una sociedad y en un momento dados. Forma especial de dolo omisivo (o dolo pasivo) es la reticencia, esto es, el callar circunstancias que se tenía el deber de comunicar al otro, induciéndolo así a error.

Queda así apreciada la perspectiva axiológica en torno a la buena y la mala fe.

Respecto a la actuación de la sociedad en cesación de pagos, no puede afirmarse la buena fe de los administradores y socios de control de la misma, pues se están ejecutando a sabiendas actos que irremediablemente perjudicarán a los acreedores (art. 1072 C.C. argentino), constituyendo un abuso de derecho pues trasponen los límites impuestos por la buena fe (art. 1071 C.C. argentino). “El ánimo del deudor de defraudar a sus acreedores por actos que les sean perjudiciales, se presume por su estado de insolvencia” (art. 969 C.C. argentino).

³⁸MESSINEO, Franceso, *Doctrina general de los contratos*, pág. 144, 20. El dolo, la reticencia, la declaración de voluntad emitida *ab irato*.

4.3. *La mala fe como ilicitud*

El sistema jurídico substancial asume la mala fe en torno a la validez del contrato, nacido mediante una ilegalidad, pero si la sociedad contratante es insolvente y el tercero cumplió la prestación, ya se produjo el daño y es sobre su reparación que se ha de trabajar.

La buena fe puede ser ³⁹ buena fe-creencia o buena fe-probidad. Hay buena fe-creencia cuando versa justificadamente acerca de la titularidad de un derecho. La buena fe - probidad -que es la que nos interesa en este ensayo- importa el comportamiento leal, el comportamiento honesto, en la celebración y cumplimiento del acto y es, desde otro enfoque, presupuesto del reconocimiento de ciertas facultades, o derechos subjetivos. Es el comportamiento de la gente de bien, de la gente que actúa correctamente en la convivencia social. Como Ripert cabe afirmar que la buena fe no produce efectos propios, porque es lo común en la vida jurídica; la mala fe, en cambio, corrompiendo la armonía produce consecuencias comúnmente disvaliosas para quien aporta ese elemento insólito (mala fe), o impensado por lo menos, en la convivencia social.

El proyecto de Reformas del '93 expresaba: "Todo acto positivo o negativo que causa daño es antijurídico si no se encuentra justificado", o sea que traslada la cuestión a las causas de justificación, es un deber de no dañar. Son las causas de justificación que excluyen la ilicitud de la conducta en el caso dado. Y la operación de una sociedad insolvente no se encuentra justificada, sino todo lo contrario, como veremos. En la concepción del acto ilícito y la reparación del daño, puede hablarse no de un acto ilícito típico sino del acto ilícito abusivo⁴⁰, que es una especie dentro del género, porque en el acto ilícito común (el delito o cuasi delito) la transgresión es franca, es a cara descubierta: se viola el derecho subjetivo ajeno cuando, con un automóvil, se atropella a un peatón, pero nunca se tuvo derecho para hacerlo. En cambio, en el ejercicio abusivo de los derechos, la transgresión es solapada: bajo la máscara de una facultad, se

³⁹ Seguimos textualmente a ALTERINI, Atilio; AMEAL, Oscar José y LÓPEZ CABANA Roberto M., *Derecho de obligaciones civiles y comerciales*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1995, en el caso, pág. 150.

⁴⁰ ALTERNI, AMEAL, LÓPEZ CABANA, ob. cit., pág. 207.

la exorbita; se invoca una facultad determinada, y se va más allá de ella (V Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Rosario 1971) y, por lo tanto, debe repararse.

Son también ilícitas⁴¹ las conductas contrarias a los fines de la norma jurídica al conceder un derecho o adversas a la buena fe, la moral y las buenas costumbres, en cuanto importan un ejercicio irregular del derecho subjetivo, y configura así un acto abusivo (art. 1071 C.C.). Sobre el acto ilícito rige el art. 1066: “Ningún acto voluntario tendrá el carácter de ilícito, sino fuere expresamente prohibido por las leyes ordinarias, municipales o reglamentos de policía, y a ningún acto ilícito se le podrá aplicar pena o sanción de este Código, sin no hubiere una disposición de la ley que la hubiere impuesto”. Se trata de la ilicitud objetiva, pero la prohibición legal -que es normalmente específica por referirse a situaciones concretas-, también puede ser genérica y comprender, por lo tanto “*un gran conjunto de acciones, sin descripción particular*” (Orgaz), que es la situación descrita. Lo suyo del sujeto de derecho es su derecho subjetivo en cierta órbita, pues los derechos subjetivos se dan en el orden social, que presupone una estructura imbricada, como si se tratase de un sistema celular proteico en el cual cada facultad se ensanchara o se comprimiera hasta encontrar otra facultad, otro derecho subjetivo ajeno, que no es posible invadir⁴² y que es la conciencia de dañar el patrimonio de otro a través de la contratación.

Se señala⁴³ que en los contratos de empresa, la exaltación de la regla de buena fe exige su puntual respeto en la etapa previa a la conclusión del contrato y en su celebración, art. 37 ley 24.240, e impone al empresario importantes obligaciones secundarias, como en la etapa precontractual, la de información, que concierne a un deber de veracidad, y consiste en hacer saber a la otra parte “ciertos hechos susceptibles de influir sobre su decisión”.

El art. 931 C.C., recoge la concepción genérica. Se trata de lo que se ha llamado un supuesto de “intromisión lesiva en el proceso de formación

⁴¹ ALTERINI, AMEAL, LÓPEZ CABANA, ob. cit., pág. 160.

⁴² ALTERINI, AMEAL, LÓPEZ CABANA, ob. cit., a los que seguimos textualmente, pág. 147.

⁴³ ALTERINI, AMEAL, LÓPEZ CABANA, ob. cit., pág. 670.

de la voluntad del tercero-acreedor”⁴⁴, vinculado a supuestos de informaciones falsas o incorrectas que inciden en la libertad contractual de inversores o contratantes, la omisión de adoptar medidas funcionales dentro de la sociedad, como lo son las disolutorias o de previsión de las mismas, y particularmente ante la crisis de la cesación de pagos, o concursal, contratar con terceros estando la sociedad en crisis.

4.4. *La buena fe y el dolo*

En la hipótesis que estamos desarrollando, se trata de administradores de sociedades que tienen dificultades financieras, económicas, o se encuentra en estado de cesación de pagos, en insolvencia, para atender sus obligaciones con los medios regulares, y que contraen nuevas obligaciones sin tomar previsión alguna para asegurar el pago, en conciencia que no podrán atender regularmente la obligación asumida, por lo que son conscientes que dañarán a la persona con quién contratan la provisión de un servicio, de bienes o la obtención de un préstamo.

Es que dolo, en derecho civil es la voluntad maliciosa que persigue deslealmente el beneficio propio o el daño de otro al realizar cualquier acto o contrato, valiéndose de argucias y sutilezas o de la ignorancia ajena; pero sin intervención ni de fuerza ni de amenazas, constitutivas una y otra de otros vicios jurídicos. Es el incumplimiento malintencionada de las obligaciones contraídas, ya sea por omisión de prestaciones, mora en el pago o innovaciones unilaterales.

El dolo, como contrario a la buena fe evolucionó dentro de la perspectiva del derecho romano⁴⁵. En la antigüedad existía una especie de cuasi ignorancia del deber individual de lealtad, suplantado por aquel temor reverencial al castigo divino, y ello hace que la organización social debiera recurrir en modo permanente a las formas, como una especie de representación de “fe pública” implícita en tales ritos obligatorios.

⁴⁴VELASCO, *La acción individual de responsabilidad*, cit., pág. 182 y ss..

⁴⁵Conf. BERGGOLIO, Jorge, *La buena fe en el derecho romano*, monografía inédita que seguimos en este aspecto.

Como consecuencia de la evolución, ahora el “fíel” cumplimiento de aquello que es necesario hacer, dar o prestar (y cuya ausencia traía como consecuencia antes la cólera divina), es sancionado con una pena temporal y humana, esto es la “tacha de la infamia”⁴⁶. El compromiso ya es mucho mas personal, mas interior, mas libre y de allí que el juez deba juzgar *et aequo et bono ut inter bonos agier oportet*⁴⁷.

Esto es absolutamente compatible con la naturaleza de las cosas⁴⁸, y con las presiones que la realidad va ejerciendo sobre las instituciones de la organización social. Comienza así a formarse el campo de la evolución jurídica a través de la acción creadora de los pretores y bajo la conducción ideológica de los jurisprudentes.

Nace el “contrato, consenso”, cuya unidad se apoyaba en el nexo de causalidad entre dos recíprocas promesas (por oposición a aquella voluntad inoperante de poder creador nulo que sólo valía en cuanto era conteste con el formalismo y éste le daba vida⁴⁹, y cuya vigencia esta claramente expresada por Ulpiano⁵⁰ cuando se pregunta: “¿*Que cosa tan conforme a la Buena Fe Humana, que cumplir con los hombres, lo que entre sí pactaron?*”.

Esta fidelidad *fides*, calificada a la postre como *bona fides*⁵¹ vendrá a hallarse representada en la firmeza y la veracidad puesta en las palabras y en los contratos. Consistirá en hacer lo que se ha prometido, y se constituye, según Cicerón⁵², nada más y nada menos, que en el “*fundamento de la justicia*”.

⁴⁶CICERÓN, de Off, III, 17, 18.

⁴⁷1, 3,2, 5 - D, 4, 3, 9 - D 19, 1,11, 5 Cº4, 44, 5.

⁴⁸N. Digesto Italiano. “Nature delle cose”, pág. 44; BIONDI BIONDO, *Scritti di diritto romano in honore di C. Ferrini*, Milán, U. Hoelpli, 1946, pág. 206.

⁴⁹ROCAMORA VALLS, *Libertad y voluntad en el derecho*, Madrid, Valera, 1947, págs. 27 a 36.

⁵⁰D, 2, 14, pr..

⁵¹D’ORS, Alvaro, “Cuatro logros del genio jurídico romano”, L.L. 1984-B, págs. 587/8.

⁵²CICERÓN, de OFF, I, 7.

La *fides* será aquella fuerza unificante sobre la que se asentará la nueva base⁵³ que dominará toda la vida de los negocios y los juicios del *ius gentium*: las nuevas normas y experiencias rápidamente penetran en el cuerpo mismo del *ius civile* y lo renuevan⁵⁴.

Es verdad que el avance de la libertad trajo aparejado efectos no queridos, como el relajamiento de las costumbres, y el debilitamiento de las conciencias, una de las “diosas más severas” de la antigüedad⁵⁵. Pero sin duda, aquella búsqueda de respuestas que impliquen una actuación de la justicia en la convivencia social, procurando que se de equitativamente a cada uno lo que es suyo, la buena fe se constituye en una herramienta invaluable. Por el rol que va a tener en el futuro, se constituirá en el elemento equilibrante entre el antiguo apoyo sacramental a la verdad y la palabra, y la nueva realidad, más heterogénea, más conflictiva, casi caótica que surge con la expansión...

Y así se construye en la codificación la noción de la buena fe, y la de dolo como la forma de ruptura de aquella, con las sanciones consiguientes, en una ilicitud genérica.

En ese aspecto el Capítulo 11 de la Bankruptcy Act de U.S.A. fija un plazo de exclusividad para el deudor para presentar un plan de reestructuración en 120 días, por lo que los cuestionamientos a los plazos de suspensión de la ley 25.563 resultan meramente cuantitativos, pues no se han valorado cuestiones cualitativas para impugnar la ineficacia de la legislación concursal, como es la generación de acuerdos que son meros saltos al vacío para permitir mantener a la concursada -o mejor aún a sus administradores- a cargo del patrimonio siguiendo dañando el entorno económico.

La cuestión atiende a que los administradores societarios asuman su rol en la funcionalidad societaria.

⁵³ RICOBONO, Salvatore, “La jurisprudencia clásica como factor de evolución del derecho romano”, en *Scritti in honore de C. Ferrini*, op. cit., pág. 72.

⁵⁴ Aunque algunos autores sostienen que el principio de buena fe es extraño al derecho pretoriano, el aparecer solamente en un Edicto Asiático de Q. Muccio y no hallarse en el Edicto Perpetuo. Ver: LAURIA, M., “Ius civile, Ius honorarium”, en *Scritti in honore de C. Ferrini*, op. cit., pág. 656.

⁵⁵ El “Templo de las severas” se encontraba muy próximo al Tribunal de Areópago, en una época el Tribunal Supremo de Atenas.

No se trata de ampliar la responsabilidad de los administradores societarios en cuanto al riesgo empresarial. La empresa debe ser autosuficiente generando, a partir de su patrimonio y el plan o directriz de desarrollo de sus actividades, los medios para su manutención económica; esto implica la viabilidad de la empresa, de la empresa que no lleva en su destino su autodestrucción por económicamente inviable⁵⁶.

Por otra parte, la empresa viable es la única que merece conservarse, sea por disposiciones concursales, preconcursales o extraconcursales. La sociedad es la estructura técnica jurídica personalizante a disposición del empresario como instrumento “de organización”. La organización no sólo supone la disponibilidad jurídica de órganos, de un sistema de imputación simplificante de las relaciones jurídicas con terceros y socios, sino la actuación coherente del órgano de administración asegurando el cumplimiento del “objeto social” como forma de manifestación de la empresa o empresas, con la dotación patrimonial adecuada.

Se debe considerar preventivamente objetivos de una legislación concursal para facilitar la recuperación de empresas viables⁵⁷, con capacidad económica y técnica, y con dificultades financieras, centrandó la óptica en personas jurídicas. Ello impone un diagnóstico de viabilidad, por autoprogramación de los administradores, los controlantes y/o los socios. No puede haber presentación o acuerdo sin plan. La responsabilidad de los administradores debe estar ligada a la formulación de plan extrajudicial o judicial para solucionar el problema, y en una gestión no contaminante de la cesación de pagos a los acreedores o a terceros, a sabiendas. Conforme con ello debe aumentar el poder arbitrador del magistrado y facilitar la actividad de los acreedores y la heteroprogramación (planes alternativos formulados por los trabajadores, el *management*, el grupo financiero).

⁵⁶Ntro. “La conservación de la empresa en las leyes de sociedades y de concursos”, con Francisco Quintana Ferreyra, en RDCO, 1978, pág. 1373; “La conservación de la empresa”, *Anales* de la Academia Nacional de Derecho, t. XXV, p.107 y ss..

⁵⁷Estas no serán desarrolladas en este ensayo.

5. Efecto económico de la aparente falta de sanción de presentarse tempestivamente en concurso ante la existencia de crisis

Se constata por el informe general del síndico que la sociedad concursada arrastra una situación de cesación de pagos de muchos años, cinco o más, y que presentación ante el inminente remate de un bien en un juicio iniciado hace muchos años por un tercero.

Ante la aparente falta de sanción, los administradores societarios –incluso los socios- al caer en cesación de pagos en vez de planificar la forma de absolver el estado de cesación de pagos, se mantienen en el estado de crisis planificando la insolvencia.

Aparecen así varios efectos:

5.1. La actuación de la sociedad es depredatoria

Contrata a sabiendas de no poder cumplir los contratos. Al no pagar contagia su estado de cesación de pagos.

No paga impuestos -total o parcialmente-, contrariando principios básicos de la Responsabilidad Social Empresaria y del Corporate Government.

No paga cargas sociales de los trabajadores e incumple relaciones laborales.

Con esa decisión compite deslealmente en el mercado, sus costos no son los mismos de los competidores.

Alimenta la controversia y la litigiosidad, agregando costos al sistema judicial.

La contratación en insolvencia

La ruptura de la competencia se potencia cuando un comerciante, normalmente una sociedad, opera en estado de insolvencia ante la ineficiencia del sistema concursal.

La empresa privada no puede competir internamente en un mercado donde no se sanciona duramente la insolvencia planificada, o sea la actividad societaria en insolvencia, para transferirla a los acreedores.

Los daños se multiplican como un cáncer.

La presentación en concurso preventivo tardía, o sea cuando se ha contratado en conciencia del estado de cesación de pagos, no encuentra clara sanciones en el derecho concursal argentino vigente, sólo las referencias a la responsabilidad por dolo previstas en el art. 173 L.C., y ciertos efectos respecto de terceros en la reconstrucción patrimonial (art. 119 L.C.), inaplicables en el caso de aprobarse un acuerdo preventivo.

Hay que mirar la realidad: el incumplidor, particularmente las sociedades, mantienen su actuación en insolvencia durante larguísimo tiempo, incumplen los contratos y aprovechan el hipergarantismo procesal para prolongar indefinidamente los juicios, y próximos a su conclusión con su basta usan de los beneficios ilimitados del concurso preventivo.

¿Como paliar la insolvencia en lo privado? La eliminación de la insolvencia pública atenuará la cuestión, y será nuestra misión salvar a los administradores societarios de los mensajes ambiguos que reciben en torno a la supuesta impunidad que les generaría una apreciación irrazonable de lo que es el riesgo empresario⁵⁸.

Los negocios en nuestro país se verán sometidos a un alto costo, si la legislación directa -concursal- y la jurisprudencia, apuntalada a veces doctrinariamente, alienta la inseguridad jurídica permitiendo la actuación prolongada y antifuncional de sociedades en insolvencia, no sancionando luego ni a los administradores ni a los socios, pese a que el sistema normativo ofrece soluciones.

En fin: si una sociedad actúa prolongadamente en insolvencia, con conocimiento de los administradores -o que debió ser conocida por los administradores-, quedaría atrapada con la sanción por actividad ilícita, y el uso antifuncional de esa persona jurídica podría expandirse a todos los socios, imponiendo que sólo se liberen quiénes acrediten buena fe. El informe general del Síndico en un concurso preventivo permitirá al juez actuar de oficio, o a los acreedores solicitar la sanción.

⁵⁸ GALGANO, Francesco, *Historia del derecho mercantil*, pág. 216: regresar al mercado, a través de la economía del derecho, como lo postula Santini, implica la construcción de una relación entre la programación pública y los planes de la empresa, sobre el derecho vivo, devolviendo la ética de los negocios y en la conducta general. (p. 222).

Es decir que el sujeto de derecho, dentro de la sociedad jurídicamente organizada, que prohíbe mediante el derecho positivo el despliegue de determinadas conductas, tiene como deber primario el no hacer daño, el deber ser es respetar la norma. Sin embargo, como consecuencia de su no respecto a la obligación primaria, nacerá en segundo término el deber de reparar el daño ocasionado con su conducta contraria a derecho.

Sin duda esta posición levantará cuestionamientos, pero al mismo tiempo hará repensar a los asesores jurídicos y contables los alcances de nuestra legislación. Y ello llevará a que los administradores de sociedades y a los socios controlantes- reciban la alerta correspondiente para permitirles gozar del principio societario de la irresponsabilidad. Se trata, ni más ni menos, que actuar de buena fe, excluyendo la mala fe y el dolo en la contratación como hemos señalado, y en congruencia seguiremos desarrollando en los tópicos siguientes.

5.2. No se adoptan remedios societarios en lo interno de la sociedad

Es advertible que los administradores de esas sociedades, y los socios de control, no adoptan ninguna de las vías que les ofrece el sistema societario.

Advertida la crisis los administradores societarios no la exteriorizan en la documentación contable y menos en ese instrumento de planificación que es la Memoria Anual. Las legislaciones de capital fijo, que suponen la innecesariedad de un *insolvency test* anual, facilitan el ocultamiento. Hoy el conocimiento de la situación de crisis, incluso de cesación de pagos, es diaria, *on line*.

Los administradores societarios no llaman formalmente a los socios a considerar medidas para afrontar la crisis. No se expresa ello ni en Asambleas ni en Reuniones Generales, y menos aún se convoca a ellas para aumentar del capital social, reintegración del mismo, reorganización de la empresa, venta de pasivos inactivos, y particularmente a una capitalización de pasivos por negociación con acreedores. No asumidos los problemas de la crisis en lo básico, la discusión debería recaer en la disolución por alguna causal, fundamentalmente por la imposibilidad sobreviniente de cum-

plimiento del objeto social, como forma de exteriorizarse la idea de empresa.

Esas medidas internas deberían acaecer siempre con anterioridad a una presentación en concurso.

Lejos de ello, se suelen advertir maniobras oscuras y contrarias a esos deberes fiduciarios de los administradores tales como devolución de préstamos a personas vinculadas, o satisfacción de cuentas personales, o de aquellas que registran fianzas de los socios de control o administradores, e incluso la decisión de no aumentar capital social y devolver aportes irrevocables. Ello ha llevado a diversas respuestas de la legislación, particularmente a la revocabilidad de esos actos y la apreciación de esos créditos como subordinados.

Adviértase la sencillez, para lograr el equilibrio a bajo costo, de la capitalización del pasivo.

La capacidad jurígena de la autonomía de la voluntad de generar nuevos centros imputativos o personas jurídicas, con limitación de responsabilidad de los socios, es congruente con una adecuada dotación patrimonial genética y durante la vida societaria, implicando causales de disolución tanto la pérdida del capital social como la imposibilidad sobreviniente de cumplir el objeto social.

5.2.1. Planificación de la actividad empresarial o planificación de la actuación en insolvencia

Hasta que se abre un proceso concursal esa sociedad suele deprecar en el mercado, alterando los costos, no pagando los impuestos, violando la libre competencia, y las leyes de ese mercado, bajo cuya invocación requiere plena libertad para seguir operando ilícitamente.

Correlativamente en el concurso que abrirá tardíamente, intentando traspasar todos los daños -por socios y administradores generados- a los acreedores, solicitará que se impida el voto hostil de ciertos acreedores, de competidores, de proveedores, del Estado en sus diversas manifestaciones.

Obviamente que esos administradores, que sin duda mantuvieron muy bien informados informalmente a los socios, se abstienen de hacerlo for-

malmente, convocando a una Asamblea o Reunión de Socios, para que éstos consideren el problema y asuman los remedios que la ley de sociedades ofrece: aumento o reintegro de capital, capitalización de deudas, o liquidación de la sociedad, y en último caso la presentación en concurso preventivo en forma lo más inmediata posible, para evitar la propagación del daño al mercado. Claro que esto implica una visión globalizante (macro) del sistema jurídico y empresario, que es soslayado.

Después de ello se plasma una ingeniería jurídico-financiera para despojar a los acreedores con quitas y esperas que superan en mucho el capital social con que operaba la sociedad concursada.

No descartamos que esas conductas también puedan quedar atrapadas en un ilícito penal⁵⁹. Volveremos sobre este punto.

Enfatizamos la obligación de los administradores societarios de planificar. La Memoria, debidamente conceptualizada, es un ejemplo de ello. El Decreto 1269/02 que suspende la causal de disolución por pérdida de capital social, no suspende la prevista de imposibilidad sobreviniente de cumplimiento del objeto social, lo que hace pensar que la sociedad es operable, y que los administradores así lo consideran. Nos hemos explayado sobre este punto desde el año 1996, que junto con otros puede verse en la página electrónica de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba <http://www.acader.unc.edu.ar>

No se trata de revelar secretos comerciales, pero si exponer a la sociedad misma, a los socios, al grupo empresario y a los acreedores las medidas adoptadas para el próximo año.

Se ha cuestionado para rechazarlo que quién juzgará ese plan, que también es imposible de trazar por la situación del país. Es que no pensamos salir de la crisis? Si justamente ante la crisis se necesita planificar más. Por otro lado no proponemos que nadie juzgue el plan en forma inmediata, sino que en el futuro, ante dificultades, ese plan permita determinar si los administradores societarios actuaron como buen hombre de negocios, incluso si actuaron con dolo.

⁵⁹PALACIO LAJE, Carlos, *Delitos de vaciamiento de empresas*, Córdoba, Marcos Lerner, 2002, pág. 153.

Pero lentamente se han ido uniendo voces que no hacen sino señalar los deberes fiduciarios de un administrador societario ⁶⁰, aunque algunos creen que ello debe resultar de una modificación normativa ⁶¹.

Es un principio particular del sistema concursal norteamericano que los deberes fiduciarios de cuidado y lealtad de los administradores sociales se agravan cuando la sociedad entra en “zona de insolvencia” hasta alcanzar a los acreedores, subrayándose seguidamente “*que en la Argentina, ese deber de actuación de los administradores frente a los acreedores de la sociedad (art. 279 L.S.C.) existe antes, durante y después de cualquier proceso concursal*” ⁶².

El Capítulo 11 del Código de Bancarrotas de Estados Unidos de Norteamérica fue concebido principalmente para reestructurar más bien que liquidar empresas deudoras. Se fundamenta en el concepto social de mantener a una empresa para que produzca bienes y servicios, cree empleos y no afecte a la comunidad donde se encuentra. Pese a esas intenciones se ha criticado que a su amparo entre el 70% y el 95% de los entes que han elegido el Capítulo 11 se liquidan antes de que se cierre el caso. Es eje central de ese sistema El Plan cuyo elemento principal es una reestructuración por el deudor previsto en el art. 1123. El plan de rees-

⁶⁰ SPAGNOLO, Lucía, “La propuesta abusiva (art. 52 inc. 4 ley 24.522: información y pautas para su evaluación. Factibilidad de readecuación” en *Derecho concursal argentino e iberoamericano*, III Congreso Iberoamericano sobre la Insolvencia, 2003, Buenos Aires, Ad-Hoc, t. II, pág. 613, entendiendo homologables las propuestas que determinen la existencia de una “empresa socialmente útil” y “la factibilidad de cumplimiento y plan de empresa”.

⁶¹ RASPALL, Miguel A., “Algunas reflexiones y conclusiones sobre el acuerdo abusivo (art. 52 inc. 4 L.C.Q.)”, en *Derecho concursal argentino e iberoamericano*, III Congreso Iberoamericano sobre la Insolvencia, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2003, t. II, pág. 479, específicamente, pág. 499; como que el plan de reorganización o de empresa “debería” ser acompañada a la propuesta de acuerdo para no considerarla abusiva, y por tanto, en una línea más avanzada (PEREYRA, Alicia S., “Límites al contenido del acuerdo vs. Salvataje empresario”, en la misma publicación, t. I, pág. 465 y ss.).

⁶² LORENTE, Javier A., “El acuerdo preventivo extrajudicial (APE) argentino y el ‘prepackaged plan’ (‘prepack’): comparación sistemática y específica de ambos procedimientos concursales”, en *Doctrina Societaria y Concursal*, agosto 2004, t. XVI, pág. 893.

tructuración establece el futuro del deudor y específicamente su relación financiera con los acreedores y otras partes interesadas, describe las medidas que el deudor adoptará para la reestructuración, incluyendo las deudas que se saldarán y las que no se saldarán, y aquellas que requerirán esperas, serán acomodadas y en qué porcentaje, y las operaciones que el deudor realizará a fin de lograr su reactivación financiera. Puede ser presentado por el deudor o por terceros. Durante los primeros 120 días posteriores a la orden de reactivación, solamente el deudor tiene derecho a presentar plan, incluso en la apertura. También podrá presentar un plan en cualquier momento futuro. Cualquier interesado puede presentar un plan, en caso de se haya designado síndico, o el deudor no haya presentado dentro de los 120 días posteriores a la emisión de la orden de reactivación, o cuando un plan presentado por el deudor no haya sido aceptado por todas las categorías perjudicadas dentro de los 180 días posteriores a la orden de reactivación. Las partes interesadas incluyen el deudor, el síndico, un acreedor o la comisión de acreedores, un accionista o la comisión de accionistas y un fideicomisario. El sistema supone la buena fe.

Paradójicamente en la legislación concursal nacional no se exige una planificación para la presentación de una propuesta de acuerdo al propio deudor, sino en caso de liquidación al síndico o a la cooperativa de trabajo que pretende continuar con el giro en forma transitoria.

5.2.2. *Las soluciones efectivas internas*

El sistema societario introduce, como todo el derecho comparado, la causal de disolución para iniciar la liquidación de la sociedad cuando se advierta que esta a perdido el capital social o parte importante del mismo, o cuando su patrimonio le impide la consecución del objeto social, como forma de darse la empresa en el caso concreto.

Transfiriendo el sistema de preconcursalidad a la legislación societaria, se ha sostenido en España que *“Después de todo lo que se ha indicado, parece razonable pensar que la quiebra de una sociedad anónima -o limitada o comanditaria por acciones- debería convertirse en una institución residual, ya que el sistema preconcursal previsto le-*

*galmente debería ser suficiente para impedir que la sociedad llegase a ser insolvente... ”*⁶³.

Los socios, y particularmente, los administradores de un ente personificado, deben asegurar su funcionalidad y cumplimiento de su objeto social conforme un patrimonio suficiente disponible a tal efecto, y en caso de dificultades económicas recomponer su situación patrimonial por los múltiples medios que prevé la ley societaria, los que genera la autonomía de la voluntad e incluso presentándose en concurso, o recurriendo a las figuras preconcursales extrajudiciales.

Dentro del derecho societario, es deber fiduciario de los administradores asegurar la correcta funcionalidad de la sociedad, bajo el cargo de responder frente a la sociedad, los socios y los terceros. Ante la falta de patrimonio para cumplir el objeto social debe planificar, y esa planificación hacerla conocer a los socios, sea que corresponda una reorganización por fusión o escisión de sucursales, o venta de ellas o bienes innecesarios del activo, o aumentar el capital social, sea por suscripción preferente de los accionistas o por capitalización de pasivos (art. 197 2º L.S.), o por el obligado reintegro del capital social. Eventualmente de no aceptar tal posición los socios deberá prevenirlos sobre el inicio de la liquidación, y ante la negativa presentar a la sociedad en concurso, eventualmente arriesgando que los socios no ratifiquen esa petición, asumiendo la responsabilidad frente a los acreedores.

Ante una dificultad financiera o económica general, o el estado de cesación de pagos, tienen la obligación interna de convocar a los socios y proveer las medidas necesarias, y ante la imposibilidad la de afrontar externamente la cuestión, sea con la liquidación societaria o la convocatoria de acreedores.

En orden a las preocupaciones que venimos manteniendo para asegurar la funcionalidad de las sociedades, evitando generar inseguridad jurídica, el Anteproyecto de Reformas de la Ley de Sociedades (ALS) ha agregado algunas normas que se perfilan tímidamente en la concepción que sostenemos integradoras de un derecho concursal moderno.

⁶³En libro colectivo *La responsabilidad de los administradores de sociedades de capital*, director Juan Bolás Alfonso Notario, Consejo General del Poder Judicial, Consejo General del Notariado, Madrid, 2000, a pág. 154 5. “Responsabilidad de los administradores por las deudas sociales e insolvencia de la sociedad”.

Hemos señalado ciertas debilidades⁶⁴ del Anteproyecto en aspectos estructurales que aumentan la inseguridad, pues permitirán que deudores inescrupulosos puedan simular o hacer aparecer inesperadamente “sociedades” no publicitadas, eligiendo -cuando no gestando- los acreedores que tendrán privilegio sobre los bienes y subordinando a otros acreedores.

Pero al mismo tiempo, subrayamos algunas propuestas que hacen a los deberes fiduciarios de los administradores societarios para asegurar la funcionalidad de la administrada, en los cuales debemos reparar⁶⁵, para que junto a otras normas colaboren en la obtención de una mayor seguridad jurídica, tornando más eficiente el sistema concursal argentino:

a.- La planificación como un elemento necesario tendiente a la concreción de una política de empresa sólida, que permita: i) un conocimiento de la realidad de la empresa y sus objetivos a corto, mediano y largo plazo; ii) una herramienta de trabajo que constituya el faro que guíe a los administradores en el ejercicio de sus cargos; iii) una eficaz herramienta desde el punto de vista concursal que impide actuar en cesación de pagos a la empresa en el año en curso. Si el concurso no es abierto cuando aún es posible el cumplimiento del objeto social (empresa) todas las técnicas están destinadas a su fracaso. Es imprescindible, para que el sistema concursal sea efectivo que el saneamiento de la empresa se inicie a la mayor brevedad posible. Como sostiene Angel Rojo, “... *el concurso de acreedores debe ser un instrumento técnico para poder curar enfermos y no para enterrar cadáveres*”⁶⁶. Asimismo, como contracara, la demora en adoptar los remedios adecuados para el saneamiento de la empresa conlleva la responsabilidad de quienes la administran. El art. 66, ap. 6 del ARLS abre el camino en el sentido expuesto: “La política em-

⁶⁴“Tempestividad en la presentación en concurso”, en libro *X Jornadas de Institutos de Derecho Comercial*, Córdoba, Advocatus, 2003, pág. 309 y ss..

⁶⁵Comunicación al Primer Congreso Nacional sobre el Anteproyecto de Reformas a la Ley de Sociedades, Mar del Plata, 14 y 15 de abril de 2005, tema: “Obligaciones, deberes y responsabilidades de socios y administradores”, nuestra con RODRÍGUEZ, Pablo Javier; VÉLEZ, Héctor Guillermo, “Responsabilidad de administradores societarios y socios en supuestos de insolvencia en la concepción del anteproyecto de reformas a la ley de sociedades”.

⁶⁶ROJO, Angel, “La reforma del derecho concursal español”, pág. 87 y ss., en el libro colectivo *La reforma de la legislación concursal*, dirigido por el mismo, específicamente, pág. 113.

presaria proyectada y los aspectos relevantes de su planificación y financiación con una estimación prospectiva de las operaciones en curso o a realizar”. Ello se plasma en el art. 66 ap. 6º ALS.

b.- La planificación no es el único punto relevante a la hora de conseguir un sistema falencial eficaz, y así parece haberlo entendido el ALS, que en el art. 34, 2ª parte hace responsable ante terceros al socio que “... difunde o consiente la exposición de su nombre o el empleo de cualquier medio idóneo para generar confianza en la aparente solvencia de la sociedad por el implícito respaldo patrimonial que se sugiere, induciendo a equívocos conducentes a la concesión de recursos o de crédito”.

c.- En esta línea, el art. 94, ap. 4 ARLS avanza sobre lo dispuesto por la ley vigente al disponer que la sociedad se disuelve “Por la imposibilidad de continuar con las actividades previstas en el objeto...”, lo que es obvio en casos de insolvencia o de insuficiencia patrimonial.

d.- Congruentemente, pero ya en lo relativo a la previsión de conductas grupales, el art. 54 cuenta con un agregado, el que dispone que “... En la ejecución de una política empresarial en interés del grupo es admisible la compensación de los daños con los beneficios recibidos o los previsibles provenientes de la aplicación de una política grupal, en un plazo determinado, siempre que las desventajas a compensar no pongan en riesgo la solvencia o la viabilidad de la sociedad afectada”. Si alguien generó un daño debe repararlo, ello en orden a los administradores de la sociedad que operó en cesación de pagos.

e.- El art. 190 en su nueva redacción previendo la restitución por parte de los prestamistas de las sumas de dinero que les fueron devueltas durante el año que precede a la insolvencia de la sociedad, cuando se trate de préstamos hechos por un accionista, su cónyuge, los parientes por consanguinidad en línea recta, los colaterales hasta el cuarto grado, inclusive, y los afines dentro del segundo o por una sociedad controlante, controlada o vinculada, como asimismo los provenientes de terceros que hayan recibido garantía de alguna de las personas mencionadas.

f.- Al acotar la adquisición de acciones propias por la sociedad regulada en el art. 220, puntualmente en su apartado 4, al disponer que será excepcionalmente, para evitar un daño grave a la sociedad con sendos informes de los órganos de vigilancia y control, exigiendo que en tal caso la resolución debe esclarecer la consistencia del daño, la disponibilidad de ganancias realizadas y líquidas o reservas libres, con las que exclusiva-

mente puede realizarse la adquisición, sin afectar la solvencia y liquidez de la sociedad.

g.- También el nuevo art. 261 cuando prevé la hipótesis de insolvencia y regula que los directores, miembros del consejo de vigilancia y síndicos deben restituir las remuneraciones recibidas en el curso de los dos (2) últimos ejercicios, a menos que prueben que las condiciones establecidas por la ley y el estatuto para su distribución se cumplieron y que se adecuaron a los resultados de balances ajustados a las reglas y principios aplicables.

5.2.3. *La insolvencia como causal de disolución*

El estado de insolvencia de una sociedad puede verse desde dos puntos de vista: uno formal en la pérdida total o parcial del capital social, y otro funcional en la imposibilidad sobreviniente de cumplimiento del objeto social. En este último aspecto hay que centrar la atención.

Se trata de problemas de infracapitalización⁶⁷. En la mayoría de los supuestos, una situación concursal implica una infracapitalización material -o subcapitalización-, que si ha sido advertida configura una situación de dolo civil que autorizaría una acción individual de responsabilidad contra los administradores que siguieron operando en estado de cesación de pagos, por los acreedores sociales, posteriores a esa situación.

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.

⁶⁷“Sujetos responsables y subordinación de créditos por el uso abusivo de los prestamos de los socios y de las entregas a cuenta de futuros aumentos de capital”, con los profesores Hernán Racciatti (h) y Alberto Antonio Romano, t. III, pág. 383, ponencias al III Congreso Nacional de Derecho Concursal y I Congreso Iberoamericano sobre la Insolvencia, Mar del Plata, 27, 28 y 29 de noviembre de 1997, 3 ts., Buenos Aires, Ad-Hoc, noviembre 1997; “La infracapitalización, la insolvencia societaria y la responsabilidad de sus administradores”, Parte A, págs. 51 a 60 del Libro de Comunicaciones. A VI *Jornadas Nacionales de Institutos de Derecho Comercial*, San Martín de Los Andes, 12/ 14 de noviembre de 1998.

Con esta visión se construiría un sistema de preconcursalidad desde el derecho societario, que no necesariamente debe tener reconocimiento normativo expreso, pues ello fluye de los deberes fiduciarios de los administradores sobre lo que volveremos al tratar la posibilidad de promover acciones de responsabilidad pese a existir acuerdo homologado.

5.3. *Victimización de los acreedores*

La actuación de los deudores -auspiciada por silencio doctrinario- no registra ninguna de esas acciones positivas internas tendientes a superar la crisis, en la suposición que el problema lo deben asumir los acreedores.

La presentación en concurso tardío, sin planificación de cómo continuará la empresa, de cómo se afrontará su conservación y el pago de sus deudas, va seguido como única planificación de una propuesta de confiscatorias quitas y esperas, junto con alambicadas categorizaciones de créditos. Estas últimas permiten al observador cuidadoso -que normalmente no lo hay pues los acreedores no quieren perder más en honorarios-, advertir que están dirigidas a quebrar la resistencia de los que no aceptan esas quitas y esperas, incorporando al lado de quirografarios a sorprendentemente benefactores financistas que compran créditos, incluso hipotecarios, por valores reales y luego renuncian al privilegio y aceptan el cobro de las migajas ofrecidas por el deudor. Alguna incipiente jurisprudencia considera que esos acreedores no pueden votar por afectar la *pars conditio creditorum*, y el derecho comparado empieza a verlos con desfavor. La ruptura ética llega a todos los confines.

A la etapa del acuerdo se llega luego de haber conseguido eliminar del pasivo a muchos acreedores o gran parte de su crédito, normalmente por razones formales, para imponerle luego trámites incidentales o de revisión con ingentes costos, que liquidan toda expectativa de cobro, y que en el caso de obtener el reconocimiento deberá soportar el acuerdo depredatorio. A ello se suma la no denuncia de acreedores, la no publicación de edictos en jurisdicciones donde se localizan, a los cambios de domicilio y nom-

bre de la sociedad deudora, y con bastante normalidad a la anormal pérdida, sustracción o destrucción involuntaria de los libros de comercio y la contabilidad respaldatoria.

Y para rematar se señala que la situación de la sociedad deudora es tal porque los acreedores le dieron crédito a sabiendas. De los administradores societarios y de los socios no se habla, y eventualmente sosteniendo que debían mantener la empresa en marcha.

Congruente con una actitud profesional de aceptar la posibilidad que los administradores societarios continúen operando la sociedad en estado de cesación de pagos, sin adoptar medidas internas, se ha desarrollado en los últimos años la idea de que los acreedores deben sufrir el perjuicio de la modalidad de cómo los administradores societarios ejercitan esa facultad, basados en que la liquidación de la sociedad no les ofrecería un mejor resultado que el acuerdo depredatorio de quita y espera. Se justifica el acuerdo abusivo en que la sociedad no puede ofrecer nada más, que lo requerido es el mínimo para conservar la actividad -sin que ello resulte de ninguna planificación o apreciación fundada científica o empresarialmente-, y que los acreedores cobrarían menos en la liquidación de la sociedad. Obvio, si la mala administración, so pretexto de salir de la crisis, llevó las cosas a una situación insostenible. También esto es erróneo.

Se indica, respecto a propuestas de quitas y esperas de magnitud insólita, que se podría sostener “que el acreedor disidente debe soportarlas por haber elegido como deudor a un mal pagador (la teoría de la culpa de la víctima para distribuir la indemnización por daño del art. 1113 del C.C.)”, apuntando que “*si hay un abusador hay un abusado (abusados en el caso concursal)... ‘transforman al acreedor disidente en socio del concursado en sus pérdidas, pero no en sus ganancias... ¿Es lícito que en ese caso la concursada distribuya ganancias en los próximos ejercicios? Si los acreedores fueron socios del concursado en sus pérdidas ¿de deberían serlo también en sus ganancias?’*”⁶⁸.

⁶⁸FERNÁNDEZ MOORE, Javier E., “¿Cuánta quita es homologable?”, en *Derecho concursal argentino e iberoamericano* cit., t. I, pág. 509.

Paralelamente aparecen conductas totalmente ajenas a los usos y costumbres comerciales, a prácticas de mercado. El interés legítimo de los acreedores es cobrar su crédito y no interferir en el interés del sistema concursal o bien jurídico tutelado -que ya hemos visto que es sobreseer el estado de cesación de pagos-. No es congruente con ese interés del acreedor que un tercero le pague mucho más que lo que se ofrece en el acuerdo, todo a un acreedor hipotecario, para luego renunciar al privilegio y aceptar un acuerdo con desmesuradas quitas y esperas. Esto está dirigido a imponer el acuerdo a otros acreedores, este nuevo acreedor no está en igualdad o *pars conditio creditorum*, es un acreedor devenido voluntariamente en connivente que dona su crédito. No puede votar como señala mucha legislación. No podemos ser hipócritas: es una práctica abusiva que aconsejan asesores económicos y jurídicos especializados para asegurar la aprobación.

Correlativamente, la jurisprudencia ve con disfavor que un tercero intente abrir anticipatoriamente el concurso de la sociedad deudora remisa en la presentación, cuando la apertura de la quiebra habilita la inmediata conversión. He desarrollado mi posición en un libro colectivo en el artículo “Ejecución individual vs. Pedido de quiebra”, ponderando la posición que tenía el Dr. Ortiz Araya como informé anoche en el homenaje a los 25 años de la Justicia especializada. Pueden consultarla en www.acader.unc.edu.ar

Este es el panorama: sociedades que se presentan en concurso urgentemente después de muchos años de operar en cesación de pagos, normalmente para evitar un remate inminente en un juicio promovido hace muchos años, obviamente manifestado que recién advierten el estado de cesación de pagos.

Ese estado de cosas acreditado por informes generales de los síndicos que desmienten la afirmación de los administradores sobre su reciente conocimiento del estado de impotencia, y localizan la situación patrimonial muchos años antes, generándose la mayoría del pasivo con posterioridad a esa fecha.

Se sostiene por los administradores de la sociedad -y por sus asesores-, y así se supone al homologar que esas quitas y esperas, casi expropiatorias de los créditos, son lo mínimo que se requiere para que continúe la empresa que explota la sociedad, por el estado financiero o económico del patrimonio de esta última.

Así se instala la idea de que son los acreedores los que deben sufrir esas quitas y esperas para asegurar la conservación de la empresa. Nadie piensa en esfuerzo compartido.

Al ser homologados esos acuerdos de quitas y esperas desmesuradas, se genera un enriquecimiento de los socios que mantuvieron a esos administradores contemplativamente, recargando todo el esfuerzo para la “conservación de la empresa” y “eliminar el estado de cesación de pagos” a los acreedores. ¿Quién contrató esas obligaciones? Es paradójico el razonamiento y contrario a toda lógica.

Las continuas reformas de la legislación concursal, que facilitan la acción depredadora de los concursados en la seguridad del tráfico mercantil, particularmente cuando operan sociedades, imponiendo quitas y esperas que superan todo lo imaginado, unido a las ideas sobre continuación de la empresa en la quiebra liquidativa, nos ha llevado a replantearnos si existe algún patrón, algún principio, algún eje, que permita el análisis y aplicación integral del sistema.

Lo concreto y objetivo es que hoy se autoriza el aniquilamiento del pasivo de una sociedad, afectando a sus acreedores quirografarios, sea no admitiéndolos al concurso o generándole expropiatorias quitas y esperas⁶⁹, y trasladando ese beneficio al patrimonio de la sociedad en directo enriquecimiento de los socios que ni aportaron más capital, ni reintegraron el existente, ni vigilaron el accionar de los administradores. Así sin plan alguno:

1.1. se sacrifica la situación de los trabajadores imponiendo modificaciones en los convenios y condiciones de trabajo, y haciendo inaplicable en la práctica las disposiciones del pronto pago que prescribe la ley 24522;

1.2. se sacrifica la situación de los acreedores imponiéndoles quitas y esperas que implican la expropiación del crédito, obligando incluso a los que se oponen a tales acuerdos, y sugiriendo el voto favorable ante la

⁶⁹Por ejemplo, en el caso “Entertaimet Depot S.A.”, fallo de la CNCom., Sala E, del 10/10/03 que rechazó las impugnaciones a un acuerdo irrisorio, donde también se determinó -aunque sin prueba en autos- que inmediatamente los socios vendieron su participación accionaria en la concursada. Libro colectivo: *Reestructuración de deudas y facultades judiciales*, Daniel Roque Vítolo (director), Buenos Aires, Ad-Hoc., noviembre 2004, pág. 298.

previsión de una liquidación aún más ruinosa, y las dificultades de toda acción de reconstrucción patrimonial o de responsabilidad, sujetas a limitaciones y aprobaciones inimaginables;

1.3. se autoriza la intervención de acreedores subrogados, entendiéndose que la cesión o delegación de créditos incobrables es normal en el comercio, y no excluyendo a esos créditos de la votación, obteniendo la exclusión de votar a muchos acreedores por razones diversas, y que ello no altera la *pars conditio creditorum*. La ley española, intentando evitar *concilium fraudis* rompiendo la *pars conditio creditorum*, dispone que “no está legitimado el acreedor que, dentro de los seis meses anteriores a la presentación de la solicitud, hubiera adquirido el crédito por actos intervivos y a título singular, después de su vencimiento” incluso por ejecución forzosa⁷⁰. Congruente con ello, se niega derecho de voto en la junta a los acreedores “que hubieran adquirido su crédito por actos entre vivos después de la declaración del concurso, salvo que la adquisición hubiera tenido lugar por un título universal o como consecuencia de una realización forzosa”⁷¹.

1.4. se autoriza al juez a imponer el acuerdo cuando no se obtengan las mayorías, aún en las previsiones referidas, y previas alambicadas categorizaciones de acreedores tendientes a superar cualquier resistencia de los acreedores

1.5. se autoriza que un tercero asuma la conducción de sociedades, no imponiéndole la continuación de su actividad y beneficiándolo de la plusvalía que obtendría de la expoliación que la ley permite a la propiedad de los acreedores.

Respecto a la transferencia patrimonial que la ley concursal y la práctica autoriza a favor de los socios de la sociedad insolvente, despojando del patrimonio a los acreedores quirografarios, se advierte que:

- El acuerdo y esa transferencia no obliga a que la sociedad continúe la explotación empresarial.

⁷⁰ ROJO, “Art. 3º: Legitimación”, en libro colectivo citado, pág. 197, especialmente, pág. 210 y ss..

⁷¹ GONZALO, Vicente, “Art. 122 Acreedores sin derecho a voto”, en *Comentario a la ley concursal*, libro colectivo por Angel Rojo y Emilio Beltrán, Civitas, Madrid, 2004, t. II, pág. 2097 y ss..

- Ni impide la venta inmediata de ella o del paquete accionario, todo lo contrario suele ser prolegómenos o parte de la estrategia de una de esas ventas.

- Esta claro que en caso de acuerdo heterónomo, art. 48 L.Q., la plusvalía se traslada claramente en beneficio del tercero que logra el acuerdo, sin contrapartida para los acreedores, y sin obligar a la continuidad de la explotación.

Resulta de toda evidencia que la ley, sin contraprestación alguna, permite -particularmente a las sociedades comerciales, sus socios o quienes ofrezcan un acuerdo heterónomo- y autoriza la degradación del derecho de propiedad de los acreedores, imponiéndoles quitas y esperas que importan en la práctica una expropiación sin indemnización alguna, generando una plusvalía que se traslada directamente al patrimonio de los socios de la concursada (por su derecho sobre el patrimonio incrementado de la sociedad concursada), sin imponerles ninguna obligación para el cumplimiento del acuerdo, la continuidad de la actividad de la sociedad, del desempeño de sus trabajadores, ni planificación alguna.

¿Es esto correcto? Se corresponde a algún bien jurídico tutelado, eje o política legislativa, a alguna técnica jurídica, a un valor determinado? ¿O aparece como injusto y contrario a la seguridad jurídica?

Ante esa evidencia parece importante analizar si ello es congruente con el sistema jurídico general, y si existen otras normas de derecho vigentes, o es conveniente pensar en otras para una futura reforma del sistema concursal que equilibre esta situación.

Como se advertirá de nuestro discurso, creemos que una correcta interpretación de los sistemas actuales permiten afrontar la cuestión, claro que desbordando el derecho concursal. La sincronía normativa debe atender a la eficiencia del sistema concursal.

5.4. El efecto: propuestas abusivas y expropiación del crédito de los acreedores

La conclusión del proceso de crisis de una sociedad es su presentación en concurso tardía, culminando con propuestas de acuerdos a los acreedores con quitas desmesuradas y plazos de gracia para iniciar el pago en cuotas decenales.

El resultado constituye una verdadera expropiación del crédito de los acreedores, pero no en beneficio de la conservación de la em-

presa, sino de los socios, por cuanto la homologación de esos acuerdos depredatorios significa una inmediata plusvalía y patrimonialización de la sociedad de la que aquellos son propietarios.

Los fundamentos de esas propuestas expropiatorias de los derechos de los acreedores es que es el mínimo necesario para asegurar la conservación de la empresa, y que en la liquidación de la sociedad no se obtendría un mejor resultado.

Los que no supieron dirigir la sociedad, los que asumieron los riesgos de operar con la sociedad en cesación de pagos durante mucho tiempo, son beneficiados. Los acreedores son despojados y no existe ninguna posibilidad que la gestión útil de la sociedad pueda mejorar lo homologado, novando los créditos.

Incluso la presentación de esas sociedades en concurso suele estar ligada a una transferencia del paquete de control de la misma, coetáneo o inmediato posterior, que genera utilidades millonarias a los socios, expoliadas a los acreedores.

Por último, los acuerdos no garantizan la continuación de la explotación de la empresa.

5.4.1. Sobre lo abusivo de una propuesta de acuerdo concursal

Intentamos ingresar sólo en algunas consideraciones genéricas que normalmente no son abordadas.

No nos satisfacen argumentos para tentar la homologación de esos acuerdos, tales como que en caso de liquidación lo que se obtendría sería menor, y que se eliminó el umbral legal del 40% de pago, lo que permitiría quitas totales, además de eternas esperas que implican en la realidad acrecentar las quitas.

A poco de entrar en vigencia la ley 24522, la Cámara Comercial de la Capital se pronunció en torno a que el juez estaría renunciando a los deberes propios de su función jurisdiccional si actuare compelido de modo irrestricto y absoluto a la homologación de un acuerdo que si bien fue aprobado por los acreedores afectaba el orden público, desde que se conserva siempre la potestad de realizar un control que trascienda la mera legalidad formal⁷².

⁷²CNCom., Sala C, “La Naviera...”, del 27/10/95, LkD, textos, *idem*, Sala B, “Covello...”, del 23/9/96, L.L. 1997-E.244, citados por BARGALLO, Miguel, en erudito

Bargalló sugiere recurrir a la teoría general del abuso del derecho -al art. 1071 C.C.- para establecer que es una propuesta abusiva, para determinar el límite de razonabilidad en orden a evitar todo lo que implique un abuso de derecho. Así contemplar la conservación de la empresa “en cuya prédica se ha afirmado que la ley 24522 –de concursos- potencia como ninguna otra hasta hoy el objetivo del salvataje de la empresa, habiéndose destacado también la importancia del salvataje de la empresa útil en tanto productiva de bienes, dadora de servicios y generado de empleos”⁷³. El párrafo 2º del art. 1071 C.C., que contempla el instituto del abuso del derecho, dispone: “La ley no ampara el ejercicio abusivo de los derechos. Se considerará tal al que contraríe los fines que aquélla tuvo en mira al reconocerlos o al que exceda los límites impuestos por la buena fe, la moral y las buenas costumbres”. Y excede la buena fe aquél que se impone a los acreedores, so pretexto de la conservación de la empresa, sin haber adoptado los que lo imponen –administradores y socios societarios- los remedios que la ley específica –de sociedades- les impone para la conservación de la empresa.

Parece necesario revisar si administradores y socios actuaron de buena fe⁷⁴.

Porcelli⁷⁵ sostiene que *“la propuesta es abusiva cuando las condiciones y términos de ella, han sido impuestos por el deudor a su arbitrio, aprovechando una posición de fuerza por el manejo o manipuleo de la mayoría y de esta forma, las prestaciones a que se obliga dependen, en definitiva de su voluntad; y no son fruto de un consenso necesario e imprescindible, para un equilibrio entre intereses antagónicos tal como lo exige toda solución reversiva de la crisis que contemple los derechos de todos los afectados”*.

artículo: “Control por el juez concursal del abuso en las propuestas de acuerdo preventivo” libro colectivo *Reestructuración de deudas y facultades judiciales*, Daniel Roque Vítolo (director), Buenos Aires, Ad-Hoc, noviembre 2004, pág. 259.

⁷³ BARGALLO, Miguel, en erudito artículo: “Control por el juez concursal del abuso” cit., pág. 259, libro colectivo: *Reestructuración de...* cit., especialmente, pág. 264.

⁷⁴ Con el mismo criterio que fija el art. 19 L.S..

⁷⁵ PORCELLI, Luis A., “No homologación del acuerdo preventivo. Propuesta abusiva o en fraude a la ley”, L.L. 2002-D-1079, y CABANILLAS, Ana C., “Abuso del derecho en las propuestas de acuerdo preventivo. El inc. 4 del nuevo art. 52 L.C.Q.”, en *Derecho concursal argentino e iberoamericano* cit., t. I, pág. 501.

5.4.2. Propuesta abusiva y falta de justificación de la propuesta

Seguimos con nuestra posición crítica sobre la falta de eficacia de la legislación concursal⁷⁶: específicamente en torno a la aplicación de la normativa societaria cuando el concursado fuere una sociedad, por la obligación de los administradores societarios de presentar un plan o presupuesto de desempeño futuro, o plan de empresa, y a su responsabilidad individual -y extraconcursal- frente a nuevos acreedores luego de advertido el estado de cesación de pagos, amén de la aplicabilidad de las normas sobre imputabilidad aditiva al controlante torpe.

Desde la reforma del '83 se abandonaron los criterios rectores, las bases fundantes que hacen a un sistema concursal, su axiología. La falta de interpretación integral convoca hoy ante las modificaciones introducidas por la ley 25.589, tratando de alertar sobre la pérdida de rumbo, y que se descalifique el uso de la legislación concursal para alertar a administradores ineficientes y no en pro del sistema empresario⁷⁷.

Deberíamos analizar como justificar una propuesta de quita o espera. A nuestro entender ello debe ser vinculado directamente a la necesidad de la "empresa" de eliminar el "estado de cesación de pagos". O sea cómo absolver el estado de cesación de pagos y permitir la continuidad de la empresa explotada por la sociedad⁷⁸.

Si este aserto es compartido, no debe dubitarse en exigir una justificación de la propuesta en ese sentido. La propuesta no será abusiva si se corresponde con una planificación coherente para lograr salir del estado

⁷⁶Ntro. libro *Las relaciones de organización y el sistema de derecho privado*, 2ª ed., Córdoba, Advocatus, 2002, Capítulo X, pág. 441, e "Ineficiencia de la ley concursal", en *Revista Derecho y Empresa*, N° 10, diciembre 2000, pág. 176 y ss..

⁷⁷Ntro. trabajo en el N° 18/02 de *El Tribuno*, órgano de difusión del Colegio de Abogados de Córdoba, titulado: "Ley de concursos: ¿salvataje de ineficientes o del sistema empresario?", pág. 5.

⁷⁸Ntro. "Bien jurídico tutelado por la legislación concursal", en *Revista de la Universidad Nacional de Córdoba*, años 79/80, pág. 262 y ss., donde recurriendo a la teoría de la bipolaridad de los valores señalamos claramente el antivalue: "la cesación de pagos", y por tanto como valor la eliminación del estado de cesación de pagos, connatural a la idea de empresa, que en numerosas referencias de autores o jurisprudencia citadas más adelante aparece la conservación de la empresa como valor a tutelar.

de cesación de pagos y continuar la explotación de la empresa. Sobre el punto Bargalló apunta para determinar si una propuesta no es abusiva: “*La existencia de un plan de empresa del que surjan las posibilidades de cumplimiento de la propuesta*”⁷⁹.

Martín Arecha⁸⁰ informa sobre las dificultades del tema “*por la variedad de factores que pueden influir y se agravan por los escasos informes con los que debe enfrentarse el juzgador al no imponerse al síndico pronunciarse sobre la propuesta, su viabilidad y alternativas de mejora; ni siquiera se exige al deudor la fundamentación o explique su razonabilidad económica al presentarla en el expediente, empero lo cierto es que en algunos casos, esas omisiones han sido bien suplidas por los jueces requiriendo de funcionario concursal*

⁷⁹BARGALLO, Miguel, en el erudito artículo: “Control por el juez concursal del abuso” cit., pág. 259, especialmente pág. 265, con cita de RUBÍN, Miguel E., “Las nuevas atribuciones del juez del concurso respecto del acuerdo preventivo según la ley 25589”, E.D., año XL, N° 10563, revista del 9/8/02, a lo que agregamos los trabajos anteriores. Ello conlleva a traer de nuevo a cuento el tema del Plan de empresa, con cuya consideración rendimos homenaje a Pedro J. Frías (en *Estudios en honor de Pedro J. Frías*, editado por la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, 1994; ntro. trabajo en el t. III, pág. 1187, *El plan de empresa. Ética y responsabilidad del empresario*, un constante requeriente para la sociedad política y empresaria de administradores estratégicos. Recalcó la cuestión Alberti (ALBERTI, Marcelo Edgardo, “Una contribución de Efraín Hugo Richard al derecho concursal: el plan de empresa como recaudo del concurso preventivo” en *Derechos patrimoniales*, Estudios en homenaje al profesor emérito Dr. Efraín Hugo Richard) que señala: “*Expresó nuestro... amigo... que la carencia de ese plan provoca fatalmente la inoperancia de los esfuerzos aplicados a la concreción del acuerdo preventivo extrajudicial, como puede ser visto en su Efectos societarios de la insolvencia, publicado en Anales XXVI (1987) 161, de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba*”. Continúa el prestigioso jurista: “*El exigir a los insolventes una concisa exposición de su programa de modificación de la situación empresarial precedente al concursamiento, mediante un plan de aquello por poner en práctica para corregir la pérdida que ha causado los incumplimientos de los pagos, saneará el concurso preventivo de su actual empleo como artificio procedimental destinado simplemente a diferir una fatal liquidación. La postergación de esa inevitable extinción de las empresas insolventes conviene, por cierto, a los dirigentes societarios que de modo artificioso malvivan de esas empresas deficitaria, pero la comodidad subjetiva de este logro aventajado resulta tanto onerosa como inútil para la sociedad económica*”.

⁸⁰En el mismo libro colectivo: *Propuesta y homologación*, pág. 271 y ss., donde relata que “*En varios pronunciamientos se han admitido quitas que permiten pagar porcentajes del 10% en una sola cuota sin intereses y a los 90 días de la homologación*”

informes precisos y fundados sobre la propuesta y hasta sobre el modo de su negociación con los acreedores. Por cierto que también resultaría de toda ventaja imponer la presentación del 'plan de empresa' cuestión sostenida por Richard, apuntando a la necesidad de contar con un sustrato económico realista para el concurso”.

No mediando tal justificación cualquier propuesta de quita o espera será abusiva, pues implicará una expropiación del crédito de acreedores en beneficio de los socios de la sociedad, pues esta enriquecerá su patrimonio con la quita generada, además de los beneficios financiero-patrimoniales de la espera.

“Es abusivo un acuerdo preventivo cuando es extremadamente inferior a la capacidad de pago del deudor proyectado en el tiempo, sin justificar un empleo provechoso de los excedentes de ingresos proyectados no aplicados al pago de ese acuerdo”⁸¹.

Heredia apunta **“a partir del régimen especial que el deudor proponga, los acreedores conocerán cómo será el management de la empresa en la etapa de cumplimiento del acuerdo, lo que constituye dato de significativa relevancia a los efectos de que definan el sentido de su sufragio acerca de la propuesta que los concierna. Es claro, en este aspecto que la aprobación de la propuesta depende, en buena medida, de que se asegure a los acreedores que la gestión empresarial luego de la homologación del acuerdo será eficiente”⁸², lo que comporta un plan para el futuro desarrollo de la empresa. “El concursado preventivamente debería presentar un régimen de administración que indique el plan de explotación de la empresa, acompañado de un presupuesto de**

generando una “atenuación del principio de conservación del crédito, lo cierto es que también aparecen reforzados otros principios como lo son el de conservación de la empresa y el de resguardo de la fuente de trabajo”.

⁸¹ FIGUEROA CASAS, Pedro J., “Aproximación al concepto de acuerdo preventivo abusivo; facultades judiciales” en *Derecho concursal argentino e iberoamericano*, III Congreso Iberoamericano sobre la Insolvencia, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2003, t. II, pág. 662.

⁸² HEREDIA, Pablo D., *Tratado exegético de derecho concursal*, Buenos Aires, Abaco, t. II, pág. 77.

recursos debidamente fundado, y la aplicación de las reorganizaciones o modificaciones necesaria para hacer viable tal explotación”⁸³.

6. La respuesta a ese estado de cosas

Ante ello, nos alejamos de entrar en el análisis de aspectos menores, para afrontar la cuestión centralmente.

¿Pueden los jueces modificar la propuesta? ¿Qué propuesta no es abusiva? La respuesta debería ser: la que concilie los intereses de los acreedores con la conservación de la empresa, o sea determinando algo que debió hacerse en lo interno de la sociedad: capitalizando el pasivo, que implica compartir el esfuerzo entre socios y acreedores. De esta manera los acreedores no sólo compartirán las pérdidas sino también los resultados futuros. Se evitaría así que lo que se despoja a los acreedores en beneficio de los socios no tenga ninguna contraprestación.

¿Homologada la propuesta existen otras acciones para satisfacer el daño causado a los acreedores?

La tercera vía: ¿cómo equilibrar la propuesta?

Entendemos que los puntos centrales para determinar si una propuesta es o no abusiva son otros de los que normalmente se plantean en las resoluciones judiciales. Apuntamos concretamente: 1°. Si los proponentes actuaron diligentemente ante el estado de cesación de pagos, y 2°. Si proponen un plan congruente para solucionar el problema.

En caso negativo de respuesta a alguna de esas proposiciones, la propuesta será abusiva.

Remarcamos que no descartamos propuestas de quita y esperas importantes para salvar la empresa, aún contrariando esos presupuestos,

⁸³HEREDIA a página siguiente de la indicada en la obra anterior, por aplicación analógica de lo dispuesto en el art. 190 incs. 4 y 6 L.C.Q., y con cita de VAISER, Lidia, “El régimen de administración en la propuesta de acuerdo ¿plan de empresa?, L.L. del 5/8/99.

pero en tal caso para que la propuesta no fuere abusiva deberá compartirse el perjuicio entre socios y acreedores.

En tales supuestos, de no existir la lucidez por parte de los administradores y socios de la sociedad concursada de actuar congruentemente con el sistema jurídico, formulando una propuesta equilibrada conforme sus responsabilidades en la génesis del problema, los jueces podrán aplicar la tercera vía como una forma de evitar la quiebra. La misma será condicionar la declaración de quiebra a la aceptación por parte de la deudora de una reformulación del acuerdo abusivo, aunque el mismo hubiera sido aprobado por las mayorías necesarias, o el juez dudare de asumir lo requerido por el deudor, de imponer en ciertos casos el acuerdo. Existen ya precedentes de ello. Se trata, como señala Bargalló, de la reformulación direccionada de la propuesta o su adecuación o la formulación de otra propuesta por el juez, homologándola condicionada a la aceptación de la concursada ⁸⁴.

⁸⁴Juzg. Com. N° 9, Sec. N° 18 77882, juez Eduardo Favier Dubois (h) “La Quinquenal SAIC S/ concurso preventivo”, Bs. As., 14 de julio de 2004. La concursada “señaló que existe un plan de empresa del que surge que las posibilidades de cumplimiento se basan en la facturación anual... que ... es imposible mejorar la propuesta, por cuanto necesita mantener el stock de materias primas necesarias para poder cumplir con los pedidos pendientes”,... II) *Carácter abusivo de la propuesta...* se advierte que, el acuerdo aprobado consistió en el pago del 40% del capital quirografario verificado y declarado admisible en la resolución de fecha 15/5/03, en diez (10) cuotas iguales, anuales y consecutivas, pagadera la primera de ellas a partir del segundo año de la fecha de celebración de la audiencia informativa, sin pago de intereses de ningún tipo. Siendo ello así, se observa que la propuesta de acuerdo preventivo, tal como fue formulada, es abusiva no sólo frente a una alternativa de inflación, posibilidad que no puede ser descartada desde que nuestro país -lamentablemente- ha tenido que afrontar y contrarrestar -en más de una oportunidad- dicho flagelo, sino por la ausencia absoluta de intereses. Es que resulta indudable que la propuesta consistente en el pago del 40% del capital verificado, sin intereses y a doce años (dos de espera, y diez cuotas anuales), se traduce en una quita groseramente mayor que la del 60% al término del plazo (ver CNCom., Sala “A”, *in re*: “Arcangel Maggio, s/ inc. de impugnación al acuerdo preventivo”, del 3/5/04, donde se destacó que el 40% a 15 años, sin intereses, implica una quita aproximada al 95%), lo que se agrava si se considera que la suspensión de intereses se remonta al 9/10/02, fecha de sentación en concurso. Por otro lado, y como se dijo, conforme lo dictaminado por la sindicatura, en caso de decretarse la quiebra de la deudora, “... los acreedores que detentan privilegios especial y general cobrarían el 100% de sus reencias. En tanto los acreedores quirografarios verían satisfechas las suyas en el 82% de los créditos verificados y/o declarados admisibles...” (sic).

Si la sociedad hubiera arrastrado un largo período en cesación de pagos, que ha generado tal descalabro que impone una quita importantísima y largas esperas, no descartamos la posibilidad de presentar y homologar esa propuesta, pero la misma debería introducir el “esfuerzo compartido” de los socios, transfiriendo las participaciones societarias a los acreedores en forma proporcional a la quita. Caso contrario aparecería como un enriquecimiento sin causa a favor de quienes usaron indebidamente un

Queda claro entonces que, entre las dos modalidades en análisis, a los acreedores les resultaría mucho más favorable la alternativa indicada en el párrafo precedente, pues obtendrían un mejor resultado económico en caso de quiebra y en menor tiempo que el propuesto. Con tales aclaraciones corresponde concluir que, en los términos en que fuera efectuada la propuesta, ésta no se encuentra en condiciones de ser homologada sin más, dado que es abusiva en los términos del art. 52 inc. 4 de la ley 24.522, modificada por ley 25.589. ... a fin de evitar que sea abusivo un acuerdo preventivo cuando es extremadamente inferior a la capacidad de pago del deudor proyectada en el tiempo (conf. FIGUEROA CASAS, Pedro J., “Aproximación al concepto de acuerdo preventivo abusivo. Facultades judiciales”, ponencia presentada en el V Congreso Argentino de Derecho Concursal y III Congreso Iberoamericano sobre la Insolvencia, Mar del Plata, 2002, publicada en *Derecho concursal argentino e iberoamericano*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2003, págs. 661 a 666). III) *Adecuación de la propuesta*:... En dicho orden, juzgo que ante el abuso de la propuesta aprobada corresponde, en lugar de decretar la quiebra, que el deudor adecue su propuesta, lo que constituye una “tercera vía” entre la homologación y la quiebra (confr. CNCom., Sala “C”, voto en disidencia del Dr. Monti en “Línea Vanguard S.A. s/ concurso preventivo” del 4/9/01; fallo firme del suscripto, *in re*: “Curi Hnos. S.A. s/ conc. prev.”, del 3/4/02 (Errepar, “Doctrina Societaria y Concursal”, N° 176, Julio 2002, t. XIV, pág. 378 y ss., con comentario de Jorge Daniel GRISPO, “Las facultades homologatorias del juez del concurso”, op. cit., pág. 383; Suprema Corte de Justicia de Mendoza, *in re*: “Argenfruit S.A. en Pedro López e Hijos S.A.C.I.A. s/ conc. prev.”, del 24/6/03). Sentado ello, para tomar parámetros mínimos que se adecuen a la realidad actual socio-económica del país, debe considerarse, como hecho público y notorio, que el Poder Ejecutivo Nacional ha ofrecido a sus acreedores pagar la deuda pública del Estado Nacional en un 25% nominal (propuesta de Dubai), la que ha sido recientemente mejorada con el pago de intereses (propuesta de Buenos Aires), disminuyendo así la quita real hasta alcanzar el 75%... Dicha condición se tendrá por aceptada por el deudor -con los alcances de una adecuación de propuesta- en caso de silencio dentro de los cinco días de notificado, y por los acreedores en forma presunta dado que los beneficia. Tal mecanismo, al posibilitar la homologación, impedirá la quiebra, la que iría en desmedro de uno de los pilares de la constitución económica argentina: la conservación de la empresa en marcha como modo de conservar las fuentes de trabajo (art. 14 bis de la Constitución Nacional), armonizándolo con la debida tutela del crédito”.

instrumento de organización, como es la sociedad, de quiénes contrataron dolosamente -en estado de cesación de pagos, sin darles información- con acreedores, generándoles un perjuicio.

Los socios incluso deben asumir la falta de diligencia de los administradores por ellos elegidos en cuanto dejaron que el patrimonio de la sociedad se deteriora de tal manera que hiciera necesario el concurso, no pudiendo sobrellevar las soluciones previstas en la ley de sociedades, y potenciado con quitas y esperas que implican la expropiación sin contrapartida de los créditos de los acreedores. Ello entonado con una importante disminución de pasivos, por ser rechazado o no verificado el crédito -contemplado en títulos valores p.ej., debidamente firmados por los administradores, quitas de intereses, alteraciones de cambios de moneda, etc..

Si el juez estimare abusiva la propuesta, pero al mismo tiempo valorable la conservación de la empresa, podrá asumir la “tercera vía” en forma muy práctica: homologarla, condicionadamente a la aceptación de la concursada, capitalizando la quita y pérdidas por espera) de los acreedores quirografarios, en forma similar a lo que prevé el art. 197 de la ley de sociedades inc. 2 *in fine*, acciones dadas “en pago de obligaciones preexistentes”, que es lo que pudieron haber realizado los socios de la sociedad insolvente sin recurrir al concurso y al desgaste jurisdiccional consiguiente.

Coincidimos que *“en el trasfondo de la discusión, existen preguntas que se hacen en Estados Unidos y que, quizá pronto, comencemos a hacerlas en Argentina: ¿son los accionistas (o ‘dueños’) de la empresa concursada merecedores de los favores de la legislación concursal? ¿Es justo que el sacrificio que hacen los acreedores de la empresa que aprueban un plan de reorganización traiga como consecuencia que los accionistas de la empresa -ahora reorganizada- se beneficien con el aumento del valor de sus tenencias accionarias? y, finalmente, entre los acreedores y los accionistas, ¿es razonable beneficiar a los accionistas?”*⁸⁵.

⁸⁵ Como señala con gran lucidez y mostrando el camino LORENTE, Javier A., “El acuerdo preventivo extrajudicial (APE) argentino y el ‘prepackaged plan’ (‘prepack’): comparación sistemática y específica de ambos procedimientos concursales” en *Doctrina Societaria y Concursal*, agosto 2004, t. XVI, pág. 893, específicamente, pág. 902, rese-

Obviamente que tal reorganización podría ser asumida directamente por la sociedad como una propuesta de acuerdo preventivo extrajudicial o judicial⁸⁶, incluso cuando no lo hubieran logrado en un intento absolutamente privado.

Nos permitimos recomendar que en el caso de propuestas con grandes quitas y esperas en concursos de sociedades que han operado durante largo tiempo en cesación de pagos o con dificultades económicas o financieras generales, ante la presentación de una propuesta de acuerdo que presuntamente permita que la “empresa” mantenga su actividad, la misma sea homologada -sea porque obtuvo la mayoría requerida o en ejercicio de la potestad judicial de imponerla en ciertos supuestos-, pero bajo la siguiente alternativa para que el sistema judicial no se vuelva cómplice de un abuso:

a. ejerciendo la tercera vía, compense a los acreedores de la quita y espera con una participación en el capital de la sociedad, sea restándose-lo a los socios en una reestructuración o a través de una capitalización de esas obligaciones, conforme prevé el art. 197 2º párrafo *in fine* de la ley de sociedades.

ñando el siguiente caso “Tanto los accionistas como los acreedores, en cualquier empresa, asumen algún riesgo de su insolvencia, pero sus riesgos tienen diferente naturaleza. Los accionistas están llamados a perder primero, pero a cambio, si la aventura es exitosa, tienen todas las utilidades por sobre el monto de los créditos de los acreedores. En cambio, los acreedores sólo tienen el monto de sus acreencias, pero tienen prioridad en la distribución de los activos. Cada acreedor naturalmente asume que su riesgo es proporcional al reclamo colectivo de otros acreedores, y como tales (es decir, como acreedores), sólo entiende a aquellos que, como el mismo, sólo tienen una porción preestablecida en los beneficios calculada en base al monto de sus respectivos créditos. Obviar al acreedor a compartir los activos, ante la insolvencia de su deudor, con aquellos que a su simple voluntad tenían el poder de tomar todas las ganancias de la empresa, los accionistas, es agregar más riesgo a aquel que inicial y voluntariamente asumieron (traducción libérrima -conforme expresión de Lorente- de la sentencia del juez Learned Hand, “Flynn vs. Loewer Realty Co.” (*in re*: “V. Loewer`s Gambrinus Brewery Co. “) 167 - F.2d 318-320 (2d. Cir. 1948) (Hand. J., concurring)”, cerramos la cita de Lorente.

⁸⁶Recordamos 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%.

b. en forma más conservadora homologue la propuesta en la forma solicitada, pero señalando las posibles responsabilidades que pudieran caer a administradores y socios por los daños causados en el incumplimiento a los acreedores sociales, inhiban a aquellos de transferir sus participaciones societarias durante el tiempo de cumplimiento del acuerdo. Ello permitiría que el efecto que no generó el sistema judicial en uso de la tercera vía, sea asumido por los acreedores que se sientan legitimados activamente a ejercer acciones de responsabilidad contra socios y administradores ⁸⁷.

Llega el punto de pensar cuanto puede expropiarse a un acreedor en un juicio concursal, declarando no abusivo un acuerdo, fundamentalmente en atención al principio rector de tempestividad en la presentación en concurso, que de ser aplicada por administradores societarios, buenos hombres de negocios, permitirían solucionar la crisis de una sociedad con una pequeña espera sin intereses, a lo más con una recortada quita, como lo podemos acreditar quiénes convivimos con procedimientos incluso anteriores a la ley 19.550, cuando no era necesario más de dos años de espera, y eventualmente quitas no mayores del 20%. Claro que en ese entonces todavía existían otros criterios sobre la responsabilidad social de la empresa, de los deberes fiduciarios de los administradores, y una más recatada administración pública, cuya influencia sobre la administración privada hace descreer sobre los discursos privatizadores.

La situación de los acreedores por propuestas abusivas viene preocupando a la doctrina. Así Lorenzo Stanghellini ⁸⁸ describiendo situaciones similares, en el contexto de la Responsabilidad Social de la Empresa, señala que el acreedor se encuentra en la misma situación de un “inversor sin derechos”, por lo que ante la ausencia de capital de riesgo, la ley debe imponer a la sociedad y a sus administradores nuevos e importantes deberes de protección, civil y penalmente, siendo necesario transferir el control de la empresa y del patrimonio de la deudora a sus acreedores a

⁸⁷ Conf. ntros. “Responsabilidad de administrador de sociedad insolvente” en *Doctrina Societaria y Concursal*, Buenos Aires, Errepar, 2002, t. XIII, pág. 887; *Administración societaria. Responsabilidad por deudas contraídas en cesación de pagos*, en *Doctrina Societaria y Concursal*, Buenos Aires, Errepar, 2004, t. XV, pág. 507.

⁸⁸ “Proprietà e controllo dell’impresa en crisi”, pág. 1041 y ss., especialmente, pág. 1079, en *Rivista delle Società*, anno 49, settembre-ottobre 2004, fascículo 5°.

fin de asegurarles la satisfacción o por lo menos la reducción de la pérdida. En ese contexto se debería generar procedimientos de organización del ejercicio del control societario a los acreedores.

El escaso grado de satisfacción de los acreedores resulta del alto costo del concurso y del insuficiente patrimonio de la sociedad deudora.

Nallim apunta opiniones para superar la ineficiencia del sistema concursal, sosteniendo que acciones de la sociedad en dificultades deben ser vendidas en el mercado para determinar la correcta valoración de la empresa, y el resto de las acciones así valoradas, se distribuirán entre los acreedores en proporción al valor de sus créditos⁸⁹; o procedimientos más detallados: “1) debe constituirse una nueva sociedad reorganizada que toma el activo, 2) las acciones de la nueva sociedad se dividen entre todos los sujetos con derecho a la ex sociedad (acreedores y accionistas)”, proveyendo a alambicados derechos de opción⁹⁰, planteando incluso acciones eventuales para que los acreedores puedan quedarse con la sociedad ante su incumplimiento⁹¹.

Lorente informa sobre la *absolute priority rule* que impone que los accionistas de la sociedad concursada “*sólo pueden retener valor de capital en dicha empresa cuando todos los acreedores son satisfechos íntegramente*”⁹².

Avizoramos que la tempestividad en la presentación en concurso debe ser el parámetro central para determinar si una propuesta es o no abusiva⁹³, y en orden a la conservación de la empresa, cuando la presentación fuere tardía deberá llevar, como compensación del daño causado por ad-

⁸⁹NALLIM, Juan Carlos, “Objeto (fin) del derecho concursal: los acreedores (derecho). La empresa (economía). El empleo (sociedad). Una propuesta de ley concursal marco”, ponencia al 44^{ème}. Congres Union Internationale des Avocats, Buenos Aires, octubre-noviembre 2000, Commission Droit de la Faillite, que el profesor salteño tuvo a bien facilitarme, citando en el caso al Prof. Roe.

⁹⁰NALLIM, ponencia citada, presentando posición del Prof. Bechuk.

⁹¹NALLIM, ponencia citada, presentando posición de los profesores Bradley y Adler.

⁹²LORENTE, *El acuerdo preventivo...* cit., pág. 902.

⁹³Ntro. “Pedido de quiebra vs. Ejecución individual”, pág. 309, en libro colectivo citado: *Reestructuración de deudas...* cit., especialmente, el apartado 12. *El centro de la escena: tempestividad de la apertura de un proceso concursal*, pág. 322, y otros trabajos allí citados.

ministradores y/o socios, una cesión de participación a favor de los acreedores, congruente con la quita del acuerdo por corresponder al daño causado a sabiendas a sus acreedores ⁹⁴.

Esa modalidad permite asegurar la extinción de la cesación de pagos, la conservación de la empresa, y la prosecución de la actividad de la sociedad concursada, con una reorganización equilibrada, que no es el resultado de una abusiva planificación de la insolvencia por parte de administradores y socios de una sociedad para transferir el daño, en un supuesto marco de legalidad, a sus acreedores sin contrapartida alguna ni indemnización de perjuicios.

La visualización de ese efecto por parte de los administradores y socios de una sociedad en insolvencia les harán recapacitar en la planificación de su insolvencia, permitiéndose actuaciones más preventivas o, en su caso, imponiendo la coexistencia de socios y acreedores en la propiedad de la sociedad deudora, estos últimos en proporción al daño recibido por la actuación de la sociedad en insolvencia y los costes de su reestructuración.

Se verá que, en conclusión, sólo tratamos de disuadir a los administradores societarios -y a los socios- de la perniciosa costumbre de trasladar el problema a los acreedores: sin duda la cuestión es sencilla -volver a los principios rectores del sistema concursal-, pero...

6.1. ¿Existe alguna sanción por la presentación tardía en concurso a sociedades que logran homologar acuerdo?

Aparentemente no y la doctrina no las trata, pero sostenemos que sí: la misma deriva de la posibilidad de promover acciones de responsabilidad o imputabilidad contra administradores y socios.

Se trata, simplemente de revisar la legislación societaria, y residualmente el derecho privado común, para trabajar sobre la clásica teoría general de la responsabilidad de base subjetiva.

⁹⁴Conf. ntros. trabajos, "Cesación de pagos y responsabilidad (el eje del sistema preventivo de la insolvencia)", pág. 2, número especial de Jurisprudencia Argentina,

6.2. Acción individual de responsabilidad contra administradores

La promoción de una acción directa de responsabilidad contra administradores societarios exige daño directo al acreedor.

El mismo se habrá producido si se contrató con él después de estar la sociedad en cesación de pagos. Ello comporta actuación dolosa. La prueba resultará del informe general del síndico o de la fecha de origen de deudas reconocidas en procedimientos informales.

El administrador operó dentro de sus facultades, pero con su reticencia conocía que perjudicaba al tercero.

El acuerdo no nova acciones de responsabilidad contra sujetos no concursados, implicando una acción extraconcursal.

Sobre la responsabilidad de los administradores de sociedades en insolvencia, eventualmente del o de los controlantes, hemos ensayado una posición⁹⁵. El administrador societario que contrata en estado de cesación de pagos con terceros, obteniendo una prestación que incorpora al patrimonio social en plena conciencia de que la sociedad no podrá cumplir su obligación, actúa dolosamente y por tanto asume responsabilidad. Esta es nuestra posición, que reiteramos para dar un nuevo avance en torno a la actividad societaria en insolvencia.

En esa situación se acredita la autoría de actos u omisiones, imputables a administradores societarios, en conducta antijurídica pues tienden a enriquecer sin causa a la sociedad lesionando derechos de los acreedo-

“Perspectivas actuales del derecho concursal”, 7 de agosto de 2002, J.A. 2002 III Fascículo N° 6 donde divagábamos sobre el bien jurídico tutelado y las técnicas jurídicas para aplicar al sistema concursal y *Proceso concursal oportuno* en fascículo colectivo N° 10 de Lexis Nexis, Jurisprudencia Argentina “Derecho concursal. Cuestiones actuales del régimen de la ley 25.589”, primera parte, pág. 11, del 3 de diciembre de 2003. “Los administradores societarios y la insolvencia”, en *Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones*, N° 203, Buenos Aires, septiembre 2003, págs. 553 a 586; “Ensayo sobre la buena fe y la insolvencia comercial” en libro colectivo *Tratado de la buena fe*, Buenos Aires, 2003, y demás doctrina allí citada. Pueden verse otros trabajos en el mismo sentido en www.acader.unc.edu.ar.

⁹⁵“Responsabilidad de administrador de sociedad insolvente”, en *Doctrina Societaria y Concursal*, N° 172, marzo 2002, t. XIII, pág. 887 y ss..

res. Esas conductas son antijurídicas, pues violan las conductas legalmente previsibles en los términos del art. 59 L.S. Esa antijuridicidad es objetiva y concreta, pero corresponde a actos culposos o dolosos. A ello se suma el factor subjetivo o factor de atribución: la culpa, cuando no el dolo civil.

Cuando no se planifica y se advierte que la sociedad esta en dificultades existe dolo por parte de los administradores al obligarse con terceros, por lo menos en su calificación civil.

En muchos concursos se advierte una planificación dolosa, cual es adquirir mucho stock por sobre el normal, adquiriendo más productos o servicios financiados, cuando ya se habían incumplido obligaciones o se advertía la imposibilidad de seguir con el giro normal de los negocios o sea satisfaciendo con medios corrientes las obligaciones. Es más, conforme el informe general del síndico se advierte que éste remonta a muchos años anteriores el estado de insolvencia de la concursada, situación que no es juzgada frente a la aprobación de un acuerdo irrisorio.

6.2.1. El centro de la cuestión: acción individual de responsabilidad contra administradores societarios

Si se homologa una propuesta de quita y espera profundas, expropiando en la práctica los créditos de los acreedores, se abre -como anticipamos- la conveniencia de estudiar posibles acciones de resarcimiento por parte de éstos.

El principio del sistema societario de no responsabilidad del administrador societario, implica que el mismo no asume el riesgo de gestión o el resultado de los negocios. Sólo asume una obligación de medios descripta por el art. 59 de la ley de sociedades: actuar como un “buen hombre de negocios”, o sea mantener la empresa en operatividad. No se trata sólo de hacer negocios individualmente buenos, sino en asegurar la “empresa” viable, como actividades económicas lícitas.

Es ineficaz el sistema concursal argentino para evitar la ampliación de las crisis, resultando incluso que puede generalizarla, por lo que debe observarse el régimen societario para que la sociedad cumpla su rol fun-

cional⁹⁶. La contaminación resulta de que los acuerdos concursales no sobrepasan el pago del 50% del crédito.

Se trata de un problema ético: proteger a administradores, advirtiéndoles del riesgo, en medios de mensajes economicistas, salvaguardando a los empresarios en medio de argumentos confusos y usos societarios abusivos, particularmente en cuanto que todo es válido so pretexto del aumento del valor de las acciones, cuando lo que se intenta es beneficiar al grupo de control.

La cuestión puede llevar al efecto contrario: los abusos de los administradores alentarán la proliferación de juicios y la extensión de responsabilidad como reacción a los vaciamientos societarios, aún en casos en que sólo se trate de insolvencia inimputable.

La crisis no es sólo para la empresa, es de inseguridad jurídica general. Una visión cortoplacista y economicista actúa en la coyuntura, mientras no se enfrenta la estructura del problema, delineando un orden social. Un exceso de normas atenta contra la economía del derecho y un sistema de justicia lento alienta el incumplimiento, ya sociológico⁹⁷.

Es necesario reaccionar, recordando algunas previsiones del sistema legislativo societario y general, coherentes con los principios concursales. El derecho concursal no puede interpretarse aisladamente, y la facultad de concursarse no puede ser usada abusivamente, contrariando principios de buena fe y orden público.

⁹⁶Sobre el tema y otros vinculados puede verse en la página electrónica de la Academia <http://www.acader.unc.edu.ar> Continuamos esa posición publicando en *Anales de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba*, ntro. *Ineficacia de la ley concursal* en t. XXXIX, año académico 2000, t. I, pág. 293, y también ntro. "Ineficiencia de la ley concursal" en *Revista Derecho y Empresa*, N° 10, diciembre 2000, pág. 176 y ss., intentando seguir las enseñanzas de los recordados profesores eméritos Dres. Héctor Cámara y Francisco Quintana Ferreyra, nos pronunciábamos sobre la necesidad que el sistema jurídico intentara evitar la propagación del virus de la insolvencia.

⁹⁷"Ante la crisis, volver al corazón del derecho comercial", pág. 3, libro colectivo: *Conflictos actuales en sociedades y concursos*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2002, y los dos trabajos siguientes: *El viejo corazón del derecho concursal* y *El viejo corazón del sistema financiero*.

Sanguino Sánchez⁹⁸ apunta que *“debe ser materia de reflexión la conducta de los administradores de la sociedad concursada, que con su conducta o actuación o negligencia hayan producido la crisis financiera de la empresa”*.

Cuando se constituye una sociedad para explotar una empresa, se afirman los deberes fiduciarios de los administradores societarios de operar como buenos hombres de negocios a favor de la sociedad y los socios, cumpliendo con las disposiciones que regulan la funcionalidad de las sociedades.

Congruentemente se afirma que cuando una sociedad ingresa en dificultades financieras o económicas que anticipan el estado de cesación de pagos o marcan su insolvencia, esos deberes fiduciarios se extienden a favor de los acreedores, para no dañarlos con la actuación antifuncional de la sociedad.

Ese estado patrimonial de la sociedad hace suponer que los administradores de la misma, quizá también los socios que la controlan y los designan, no adoptaron las medidas oportunas para corregir ese estado de cosas, en lo interno de la sociedad, y -ante su fracaso- en una presentación tempestiva en concurso.

El informe general del Síndico, o la observación que se haga a los libros de actas de la sociedad concursada, permiten determinar que sólo aparecen aprobados anualmente los balances, con confusas o difusas apreciaciones sobre las dificultades del mercado, pero en forma alguna aparece un intento de aumentar el capital, obtener crédito de los socios o aportes irrevocables -cuando no aparecen sospechosamente devueltos los que años atrás de habían otorgado-, ni un intento de reintegrar el capital, o de aumentar el capital para capitalizar algunos créditos, ni como reorganizar el patrimonio desprendiéndose de bienes inmovilizados.

Esa aparente anomia, que justifica la doctrina mayoritaria concursalista de que en nuestro sistema los administradores societarios no están obligados a presentar plan alguno -aunque lentamente se viene modificando-, sosteniendo que debe modificarse la legislación, no advierten que en el caso de administradores societarios esa planificación

⁹⁸SANGUINO SÁNCHEZ, Jesús, *Bases para una reforma....cit.*, pág. 184.

les está impuesta actualmente por la legislación societaria, conforme lo requiere la Memoria.

Nuestra apreciación no es de *lege ferenda*, sino en análisis de la legislación actual.

En ese orden, y fundamentalmente, entender que la tempestividad económica-jurídica que debe guiar las acciones de los administradores societarios no ha sido eliminada de los deberes fiduciarios de ellos (partiendo del presupuesto objetivo y bien jurídico tutelado por la legislación concursal -integrando las relaciones de organización- al permitir alterar las relaciones bilaterales).

Desde ese punto de vista, ese estado de cosas del patrimonio de la sociedad si bien puede ser paliado por las quitas y esperas que se les impongan -voluntaria o coactivamente a los acreedores-, si no existe una compensación para estos en el enriquecimiento que se produce para los socios, autoriza una acción individual de responsabilidad contra los administradores, y -eventualmente- una acción de imputación o de responsabilidad contra los controlantes socios o no.

Sobre este esquema de *lege lata* centramos la posición que desarrollamos, particularmente habilitando la posibilidad que ante acuerdos depredatorios homologados, los acreedores nacidos con posterioridad al estado de cesación de pagos pueden promover acciones individuales contra los administradores de la sociedad deudora. La novación concursal no altera las acciones de responsabilidad contra terceros no concursados, y el daño ha devenido directamente de la actuación ilícita de los administradores.

En principio no resulta posible promover acciones de responsabilidad contra un administrador societario *per se*⁹⁹.

No se trata de ampliar la responsabilidad de los administradores societarios en cuanto al riesgo empresarial. La empresa debe ser

⁹⁹Puede verse ntra. posición en RICHARD, E.H. y MUIÑO, Orlando M., *Derecho societario*, Buenos Aires, Astrea, pág. 543 y ss.. Con mayor profundidad lo hemos hecho en “Responsabilidad de administrador de sociedad insolvente”, en *Doctrina Societaria y Concursal*, marzo 2002, t. XIII, pág. 887, y en “Daños causados por la insolvencia societaria (vías no concursales de reparación” como Capítulo XXVII, pág. 657, del libro colectivo: *Derecho de daños quinta parte. Daños causados en el derecho comercial*, Libro en Homenaje de Isaac Halperin y Carlos Zavala Rodríguez, Buenos Aires, La Rocca, 2002, correspondiendo a un trabajo entregado el 31 de mayo de 2000.

autosuficiente generando, a partir de su patrimonio y el plan o directriz de desarrollo de sus actividades, los medios para su manutención económica; esto implica la viabilidad de la empresa, de la empresa que no lleva en su destino su autodestrucción por económicamente inviable¹⁰⁰. Por otra parte, la empresa viable es la única que merece conservarse, sea por disposiciones concursales, preconcursales o extraconcursales. La sociedad es la estructura técnica jurídica personalizante a disposición del empresario como instrumento “de organización”. La organización no sólo supone la disponibilidad jurídica de órganos, de un sistema de imputación simplificante de las relaciones jurídicas con terceros y socios, sino la actuación coherente del órgano de administración asegurando el cumplimiento del “objeto social” como forma de manifestación de la empresa o empresas, con la dotación patrimonial adecuada.

La limitación de responsabilidad de los administradores esta basada en el supuesto de un comportamiento leal.

Obviamente que esas acciones están vinculadas al derecho de daños y a la clásica teoría general de la responsabilidad que comporta, para una obligación de medios¹⁰¹.

La determinación del sujeto damnificado, legitimado para accionar por la reparación, surge de identificar a quien ha sufrido el daño o perjuicio y permite la división de las acciones de responsabilidad en social o individual. En la segunda se legitima a los accionistas y terceros individualmente, y no depende de ningún trámite previo.

Si la actuación torpe de los administradores genera perjuicio a terceros, éstos pueden promover una acción individual de responsabilidad civil, bajo los mismos presupuestos clásicos de la responsabilidad subjetiva, exigiéndose además de la infracción a la norma la concurrencia de la culpa, el daño y la relación de causalidad.

¹⁰⁰ Ntro. “La conservación de la empresa en las leyes de sociedades y de concursos”, con Francisco Quintana Ferreyra, en RDCO, 1978, pág. 1373; “La conservación de la empresa”, *Anales de la Academia Nacional de Derecho*, t. XXV, pág. 107 y ss..

¹⁰¹ ARAYA, Miguel C., “Responsabilidad de los administradores de la sociedad anónima” en *Derechos patrimoniales*, Estudios en homenaje al profesor emérito Dr. Efraín Hugo Richard, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2001, bajo la dirección de Laura Filippi y María Laura Juárez, pág. 639, t. II, especialmente, pág. 647.

¿En que supuestos los acreedores podrían accionar directamente contra los administradores de una sociedad? Dejamos así de lado las acciones sociales de responsabilidad, o sea las que puede ejercer la propia sociedad, o los accionistas en ciertos casos.

La ley de sociedades destina un solo artículo, el 279 L.S. -como en general en el derecho comparado-, que establece que los accionistas y los terceros conservan siempre sus acciones individuales contra los directores. Cuando la conducta antijurídica de los administradores ha causado un daño al patrimonio personal de los accionistas y de los terceros, éstos tienen una acción individual para obtener el resarcimiento del daño sufrido ¹⁰².

La responsabilidad surgirá cuando exista daño a los acreedores y el mismo permita legitimar a éstos activamente para reclamar a administradores societarios como legitimados pasivos. Se resolvió en un caso que se infligió un “daño directo al actor en tanto, encontrándose en cesación de pagos y en la búsqueda de medios ruinosos, lo convenció de que formalizará un préstamo a nombre de una sociedad que él manejaba discrecionalmente y sabía que carecía de toda solvencia, para quedarse con los fondos en provecho propio y en perjuicio del mutuante. De tal suerte se presente la situación del director que induce a la concesión de crédito a una sociedad en situación real de insolvencia que es expresamente ejemplificada por Garríguez y Uría frente al tercero por lesión directa a su patrimonio ¹⁰³, siendo para el juez fundamental que haya obrado a nombre de la sociedad, ya que de lo contrario, se estaría en la órbita del art. 1109 del C.C., sin necesidad de acudir a la normativa societaria ¹⁰⁴.

Sin la causación de un daño directo no cabría el ejercicio de la acción. Debe existir el daño directo que incida en forma inmediata sobre el

¹⁰² ARAYA M. C., “Responsabilidad...” cit., pág. 652.

¹⁰³ Ver *Comentario a la Ley de Sociedades Anónimas*, Madrid, 1976, t. II, pág. 196, capítulo I, N° 2, último párrafo.

¹⁰⁴ Fallo de Primera Instancia, juez Dr. Eduardo Favier Dubois (h) en “Peacan Nazar c/ Torres Astigueta” del 16 de mayo de 1995, L.L. t. 1996-C, fallo N° 94379, comentado por Alberto Conil Paz: “Responsabilidad de representantes sociales y quiebra”, confirmado por la CNCom., Sala E, 16/5/95, apoyando la doctrina, el dictamen del fiscal de Cámara, en E.D. t. 168, pág. 496.

patrimonio del tercero (o de un socio), señalándose como supuestos de daños directos la obtención de un crédito o aval facilitado por tercero, ocultado a éstos la situación difícil de la sociedad ¹⁰⁵.

La previsión de cumplimiento de la obligación al tiempo de contraerlo es elemento substancial de la buena fe contractual. Ello es coherente con la planificación del administrador societario.

La buena fe debe mantenerse en la ejecución del contrato, implicando la prohibición de resistirse a ejecutar la propia prestación, valiéndose de la excepción de incumplimiento.

La buena fe en la ejecución del contrato implica el deber de cada una de las partes de realizar el interés contractual de la obra o el de evitar causarle daño... la violación del deber de buena fe en la ejecución del contrato también puede configurarse como abuso de derecho ¹⁰⁶.

El dolo es sinónimo de fraude, definido este como el engaño que realizado con malicia, tiene por finalidad la obtención de una ventaja en detrimento de alguien, que en este caso sería la sociedad misma, los accionistas que la integran, y los terceros que eventualmente contratasen con ella

El abuso de facultades consiste en el uso excesivo de los poderes, o facultades que fueran otorgadas en su momento al director o administrador en concordancia con el estatuto o reglamento. Ese uso se convierte en excesivo cuando sale de los límites normales de poder, de las fronteras que demarcan su actuación y se proyectan en conductas no deseables que perjudican a la sociedad.

En la situación en análisis se acredita la autoría de actos u omisiones, imputables a administradores societarios, en conducta antijurídica pues tienden a enriquecer sin causa a la sociedad lesionando derechos de los acreedores. Esas conductas son antijurídicas, pues violan las conductas legalmente previsibles en los términos del art. 59 L.S. Esa antijuridicidad es objetiva y concreta, pero corresponde a actos culposos o dolosos. A ello se suma el factor subjetivo o factor de atribución: la culpa, cuando no el dolo civil.

¹⁰⁵ *Responsabilidad de los administradores. Levantamiento del velo*, Dossier práctico de la redacción de la editorial Francis Lefebvre, Madrid 1998, pág. 49.

¹⁰⁶ GALGANO, Franceso, *Negocio jurídico*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1992, traducción de Francisco de pág. Blasco Gascó y Lorenzo Prats Albentosa, pág. 467.

Cuando no se planifica y se advierte que la sociedad esta en dificultades existe dolo por parte de los administradores al obligarse con terceros, por lo menos en su calificación civil.

En muchos concursos se advierte una planificación dolosa, cual es adquirir mucho stock por sobre el normal, adquiriendo más productos o servicios financiados, cuando ya se habían incumplido obligaciones o se advertía la imposibilidad de seguir con el giro normal de los negocios o sea satisfaciendo con medios corrientes las obligaciones.

En el Código Civil argentino se declara que: “Acción dolosa para conseguir la ejecución de un acto es toda aserción de lo que es falso o disimulación de lo verdadero; cualquier artificio, astucia o maquinación que se emplee con ese fin” (art. 931). El art. 932 determina las condiciones para que el dolo anule el acto. “La omisión dolosa causa los mismos efectos que la acción dolosa, cuando el acto no se hubiera realizado sin la reticencia u ocultación dolosa” (art. 933). Se trata de un error inducido, causando un menoscabo económico, y aunque no haya sido causa del contrato, será un dolo incidental que obliga al que lo cometiere a resarcir los daños causados.

Parecería atenuarse el dolo civil en el mercantil por el impulso lucrativo que impera en el comercio. No obstante el estándar de “buen hombre de negocios” que campea en la administración societaria, a través de lo dispuesto en el art. 59 L.S., descarta la posibilidad del ardid o de las maniobras tendientes a perjudicar. La buena fe, la lealtad, la información completa no contradicen el intento de hacer buen negocio.

Así por ejemplo se considero dolosa la exageración por parte del vendedor de las utilidades producidas por el fondo de comercio vendido, lo que basta para calificar de grave y determinante el dolo por aquél cometido ¹⁰⁷.

En el derecho francés, el punto gira en torno a las disposiciones relativas a los casos de *redressement judiciaire* (ley 98 del 1985) en los que puede abrirse un procedimiento de tal características respecto de todo dirigente de derecho o de hecho, remunerado o no, contra el cual puede ser constatada uno de los hechos que describe, destacándose en el inc. 4.

¹⁰⁷ CNCom., 1/10/58, J.A. 1959-I-362.

Haber continuado abusivamente, en interés personal, una explotación deficitaria que no podía sino conducir a la cesación de pagos de la persona moral...

La responsabilidad de los administradores es frente a los terceros de carácter extracontractual, pero los arts. 59 y 274 generan una responsabilidad profesional específica y diferenciada de la responsabilidad genérica del Código Civil ¹⁰⁸.

Es que si los administradores societarios, en conciencia del estado de cesación de pagos, hacen que la sociedad contraiga obligaciones con terceros están incurriendo en conductas reprochables: el dolo civil. En autoengaño en que puede incurrir un administrador societario no hace excusable su conducta de hacer operar a la sociedad en cesación de pagos, dañando a terceros. La falta de planificación -a lo que ya hemos aludido-, el uso de la contabilidad, puede llevar a esa situación, que no lo ha de relevar de responder del daño causado.

Si el acto es doloso, indubitablemente debe responder frente a los terceros perjudicados. Calificamos que es obrar doloso como toda especie de astucia, trampa, maquinación o artificio que se emplea para engañar a otro; o el propósito de dañar a otra persona injustamente, o sea contratando a sabiendas que no se cumplirá la contraprestación por parte del insolvente.

Ese administrador tenía medios disponibles para paliar la situación: convocar a los socios para capitalizar la sociedad, o reorganizarla, y eventualmente proceder a la liquidación, pudiendo recurrir a la vía concursal antes o después de dispuesta la liquidación.

Si no usó de los medios que el derecho dispone, actuó con abuso de derecho, substancial y procesal, para eludir el cumplimiento de las obligaciones, y particularmente dañó a todos quienes contrataran con la sociedad en ese estado de dificultad económica o financiera.

Es más, normalmente llevaron a la sociedad a un estado irreversible o tan profundo de la cesación de pagos, que sólo pueden ofrecer la liquidación o un ruinoso acuerdo preventivo de alrededor del 40% a más de 10 años de plazo, que implica transferir su imprevisión a los acreedores, inclu-

¹⁰⁸ JUNYENT BAS, FRANCISCO, *La responsabilidad civil de los administradores*, Córdoba, Advocatus, 1998, pág. 160 y ss..

so poniendo a sujetos patrimonialmente sanos en estado de cesación de pagos, al no poder recobrar cuantiosas acreencias que integran su activo.

Centramos el enfoque en la responsabilidad por deudas contraídas a sabiendas que no podían ser satisfechas por la sociedad. Nos referimos a acreedores sociales que acrediten: a) haber sufrido daño; b) por el accionar de administradores de sociedades; c) que hubieran asumido esas obligaciones en conocimiento del estado de cesación de pagos; d) pueden promoverles acciones individuales de responsabilidad.

En tal situación se acredita la autoría de actos u omisiones, imputables a administradores societarios, en conducta antijurídica pues tienden a enriquecer sin causa a la sociedad lesionando derechos de los acreedores. Esas conductas son antijurídicas, pues violan las conductas legalmente previsibles en los términos del art. 59 L.S. Esa antijuridicidad es objetiva y concreta, pero corresponde a actos culposos o dolosos. A ello se suma el factor subjetivo o factor de atribución: la culpa, cuando no el dolo civil.

El dolo implica la ejecución del acto a sabiendas y con la intención de dañar. En el derecho civil es dolosa la voluntad maliciosa que persigue deslealmente el beneficio propio o el daño de otro al realizar cualquier acto o contrato, valiéndose de argucias y sutilezas o de la ignorancia ajena; pero sin intervención ni de fuerza ni de amenazas, constitutivas una y otra de otros vicios jurídicos. Incumplimiento malintencionado de las obligaciones contraídas, ya sea por omisión de prestaciones, mora en el pago o innovaciones unilaterales.

La insolvencia, si ha sido advertida por los administradores configura una situación de dolo civil que autorizaría una acción individual de responsabilidad por los acreedores sociales posteriores a esa situación contra los administradores que siguieron operando en estado de cesación de pagos. Se corresponde al deber de los administradores de llevar contabilidad y una eficiente administración, dividiendo las obligaciones en corrientes y no corrientes.

“Acción dolosa para conseguir la ejecución de un acto es toda aserción de lo que es falso o disimulación de lo verdadero; cualquier artificio, astucia o maquinación que se emplee con ese fin” (art. 931 C.C.). El art. 932 determina las condiciones para que el dolo anule el acto. “La omisión dolosa causa los mismos efectos que la acción dolosa, cuando el acto no se hubiera realizado sin la reticencia u ocultación dolosa” (art. 933). Se

trata de un error inducido, causando un menoscabo económico, y aunque no haya sido causa del contrato, será un dolo incidental que obliga al que lo cometiere a resarcir los daños causados.

Si es doloso contratar con terceros a sabiendas que la sociedad que administra no podrá satisfacer la obligación contraída, la extensión de esa responsabilidad alcanza a las consecuencias remotas. Así dispone el art. 906 C.C..

Parecería que lo expuesto no es un tema controvertido, pero de ello poco se habla en la doctrina, y menos se aplica, por la aparente absorción del sistema concursal sobre los sistemas generales.

Las conductas descripta podría llevar al acreedor a su quiebra, mientras su deudor obtiene un acuerdo en un concurso preventivo. En tal supuesto, las consecuencias remotas podrían ser el daño causados a todos los acreedores del acreedor engañado.

6.2.2. ¿Daño fuera del ejercicio ordinario de la función del administrador de la sociedad?

Ciertas posiciones “limitan las acciones individuales de responsabilidad promovibles por socios y terceros a supuestos de daños causados por los administradores fuera del ejercicio ordinario de las funciones orgánicas”, particularmente dentro de una antigua doctrina extranjera. En Francia según una bien consolidada jurisprudencia, la responsabilidad personal de un administrador de sociedad a responsabilidad limitada frente a terceros no existía, a menos que haya cometido una culpa separable de la propia función, que le sea imputable personalmente. La Corte de Apelaciones de París, con sentencia del 10 de septiembre de 1999, consideró cometida tal culpa por el administrador de una sociedad de responsabilidad limitada que había decidido modificar la denominación, la sede y el objeto de la sociedad de la cual era socio principal y único dependiente, a fin de ocultar que la empresa que él administraba comercializaba productos similares a aquellos realizados por una sociedad cliente, la cual había encargado a la sociedad de responsabilidad limitada el promoverlos. Consecuentemente, el administrado ha sido condenado al resarcimiento de los daños a favor de la sociedad cliente por un monto de cerca de 80M de francos. Por otro lado, la Corte de Apelación ha mantenido que, el conocimiento de clientela y la substracción de información favoreció el desa-

rollo del producto con las mismas características de aquel de la sociedad cliente, por lo que este acto no podía ser considerada culpa separable de la función del administrador. En esta doctrina va entrelíneas que un administrador es responsable de la culpa cometida en la administración frente a la sociedad y no de terceros; es la persona jurídica que es responsable frente a terceros, por los actos culposos cumplidos en el ámbito de una actuación dañosa de la administración. Es por esto que, en el caso comentado, al administrador ha devenido en responsable a título de culpa por su calidad de socio: la decisión de modificar la denominación, la sede y el objeto social, concretamente es decisión que comparta una modificación estatutaria, y ello es de competencia exclusiva del socio (el administrador poseía una fracción de capital que no le permitía la modificar del estatuto). Y por una culpa cometida en calidad de socio, naturalmente escindible de la función de gestión, que ha llevado a condenarlo en el caso. El caso en que existe una culpa “separable” de la función de administrador son muy raras: sólo la culpa cometida por motivos personales (perseguir el propio interés, animosidad frente a la víctima, venganza...) o de una gravedad excepcional, que exceda del normal ejercicio de la propia función, pueden comportar la responsabilidad personal del administrador ¹⁰⁹.

No es esa la estructura de la responsabilidad en el derecho privado nacional, lo único que se restringe es que el daño causado a la sociedad sea intentado ejercer por los acreedores a través de una acción individual. Desde el derecho societario se intenta acotar una acción individual de responsabilidad incoada por terceros contra los administradores cuando el daño ha sido generado a través de la sociedad.

La posibilidad de una acción directa esta contestada indirectamente por juez Eduardo Favier Dubois (h) en fallo donde indica la aplicabilidad del art. 1109 C.C. ¹¹⁰ en circunstancias semejantes.

Se impone preguntar: ¿Cuándo hay un daño directo a los acreedores sociales por parte de los administradores de la sociedad deudora?

¹⁰⁹ *Bulletin rapide de droit des affaires*, 15 noviembre 1999.

¹¹⁰ “Peacan Nazar c/ Torres Astigueta” del 16 de mayo de 1995, L.L. 1996-C, fallo 94379, comentado por CONIL PAZ, Alberto *Responsabilidad de representantes sociales y quiebra*, confirmado por la CNCom., Sala E, apoyando la doctrina, el dictamen del fiscal de Cámara, E.D. 168-496.

La cuestión, centrada en la teoría general, impone determinar si la actuación del administrador de la sociedad viola el estándar del art. 59 de la ley 19.550, y de ello resulta un daño directo al tercero, aunque la conducta del administrador lo haya sido en el ejercicio de sus funciones propias.

¿Contraer obligaciones a sabiendas de no poder cumplirlas íntegramente, dejando al acreedor insatisfecho, implica generar un daño directo a ese acreedor?

¿Y el daño que se infiere a un tercero acreedor de la sociedad, cuando el administrador contrata con él sin informarle del estado de crisis en que esta inserta la administrada? Una doctrina restrictiva semejante puede llevar a que un administrador de sociedad dañe impunemente a terceros bajo el concepto de ser el órgano de la persona jurídica societaria.

Se sostiene que “*No hay responsabilidad civil de administradores de sociedades comerciales por errores de gestión en el derecho argentino*”¹¹¹ determinándose como riesgo empresario el error de gestión o la decisión administrativa equivocada, pero no la realizada a sabiendas o con negligencia que importaría una supuesta culpa grave o dolo si cabe tal distinción. Se subraya: “el sistema de responsabilidad civil de administradores que se adopte es una importante decisión de política legislativa. Un sistema “blando” de responsabilidad actuará como un aliciente para la actividad empresaria, pero probablemente determine un relajamiento de las reglas de responsabilidad. Por su parte, un sistema “duro” de responsabilidad actuará como un elemento moralizador del mercado...”.

En relación al derecho norteamericano, con respecto al período de preconcursalidad, o sea de sociedad en estado de cesación de pagos cuyos administradores no abren los procedimientos concursales, la jurisprudencia ha dado un viraje a partir de 1991 sosteniendo la responsabilidad civil de esos administradores frente a los nuevos acreedores¹¹². En base a la *business judgement rule* “*si la decisión fue tomada sin la información adecuada y disponible, ha existido una gruesa negligencia (culpa grave) del empresario por lo que deberá responder civilmen-*

¹¹¹ En comunicación de ese nombre de DOBSON, Juan Malcolm, a pág. 101, t. V del IV Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa (Rosario, octubre 2001).

¹¹² VICARI, Andrea, “I doveri degli amministratori in caso de insolvenza della società nel diritto statunitense”, en *Rivista delle Società*, 1999, pág. 1244 y ss..

te”¹¹³. Se expresa¹¹⁴ “... si en la actualidad una compañía se ve metida en líos, los consejeros pueden ser demandados a título personal.... De hecho, la mayoría de los consejeros insisten en la actualidad para que sus compañías suscriban fianzas a su favor para hacer frente a cualquier pleito que se entable contra ellos”.

La medida de responsabilidad en el derecho comparado se vincula a esa “Business Judgment Rule” ... No cualquier decisión o medida incorrecta considerada *ex post* es generadora de responsabilidad. A la dirección de la empresa le corresponde una apreciación operativa. La base es el fallo de la Suprema Corte Federal de Justicia en la causa de responsabilidad “ARAG/Garmenbeck” de 1997¹¹⁵. Los hechos eran los siguientes: La ARAG, una compañía de seguros constituida como sociedad anónima había sufrido grandes pérdidas, porque ella y su sociedad filial habían concertado negocios con una sociedad-buzón de Londres. El Consejo de Vigilancia de la ARAG había rechazado responsabilizar por ello al Directorio de la SA. La Suprema Corte Federal de Justicia se expidió en el sentido en que el Consejo de Vigilancia estaría obligado a perseguir eventuales reclamos por responsabilidad. Sin embargo se debería “tener en cuenta, que al Directorio le corresponde un ámbito de acción amplio para la conducción de los negocios, sin el cual no es posible una actuación empresaria ...”¹¹⁶. Hay que tener en cuenta, que la Suprema Corte Federal de Justicia no dice, por cierto, que el Consejo de Vigilancia deba apreciar la pertinencia de la acción, en tanto éste podrá evaluar solamente el riesgo de un proceso¹¹⁷, sino de una apreciación del Directorio en el negocio operativo. Textualmente, la Suprema Corte Federal de Justicia incluye en esta apreciación “además de asumir conscientemente los riesgos comerciales, fundamentalmente también el peligro de opiniones equivocadas y estimaciones erróneas, a las cuales está expuesto todo director de empresa, por más que actúe de la forma más responsable.” El hecho, “de que al Directorio le falte el olfato necesario para una conducción

¹¹³ Conf. DOBSON, *No hay responsabilidad...* cit., pág. 105.

¹¹⁴ GIBNEY, Frank, *El milagro programado*, 2ª ed., Buenos Aires, Sudamericana Planeta, 1987, pág. 13.

¹¹⁵ BGHZ 135, 244 = NJW 1997, 1926.

¹¹⁶ BGHZ 135, 244 = NJW 1997, 1926 (párrafo b).

¹¹⁷ BGHZ 135, 244 = NJW 1997, 1926 (Párrafo c)

exitosa de la empresa, o sea, si no tiene ‘una buena mano’ para asumir sus tareas de conducción, podrá dar motivo a su destitución. No podrá derivarse de ello una obligación de indemnización por daños por parte del Directorio. Esta obligación recién podrá ser tenida en cuenta, si se exceden notoriamente los límites, dentro de los cuales se debe mover una actuación empresaria, llevada por una conciencia de responsabilidad, orientada exclusivamente hacia el bien de la empresa, sobre la determinación cuidadosa de la base de decisión, si la disposición a contraer riesgos empresarios se hubiera exagerado en forma irresponsable o si por otros motivos la actuación del Directorio fuera considerada contraria a sus deberes”... “o existe una violación de deberes, si el Director en una decisión empresaria pudo suponer sin negligencia grave, que actuó en base a una información razonable para el bien de la sociedad”: Esto es, la “Business Judgment Rule”¹¹⁸.

¿Puede contratarse seguro? El dolo no es asegurable, *pero puede* asegurar la Sociedad, en cuyo caso, la Cía. Aseguradora puede repetir contra el director.

“El desarrollo de las tareas correspondientes al ejercicio de la gerencia de una persona jurídica... no significa asumir una responsabilidad personal que, como excepción, solo cabe admitir cuando se acredita una maniobra fraudulenta”¹¹⁹.

Ante doctrinas que restringen la responsabilidad del administrador frente a terceros, adquieren importancia soluciones concretas como las de la legislación española respecto a la S.A. y a la S.R.L., o la francesa e inglesa en el caso de falencia de la sociedad, e incluso el alcance del art. 173 ley 24522, calificándose de dolosa la actitud del administrador que contrae obligaciones para la sociedad a sabiendas que no podrá satisfacerlas.

¹¹⁸ De una conferencia en Argentina de Karsten Schmidt, “Responsabilidad de los socios y administradores en el derecho alemán”.

¹¹⁹ CNAT, Sala III, *in re*: “Silvero, Víctor Hugo y otros c/ Jowas S.R.L. y otro s/ embargo preventivo - despido”, SD60.913.

6.2.3. *Daño directo por parte del administrador de la sociedad a un tercero*

¿Cuando hay un daño directo a los acreedores sociales por parte de los administradores de la sociedad deudora?

Es un tema de causalidad dentro de la teoría general de la responsabilidad. Si se sostiene que es el administrador directamente el que debe causar el daño, y no hacerlo a través de la sociedad, no se centra adecuadamente la cuestión, que quedaría dentro de las previsiones genéricas del art. 1109 C.C. En este aspecto parece correcto exigir el daño directo al tercero, o sea que el tercero no sufra el daño en forma refleja por el perjuicio que el administrador generó a la sociedad que administra. Esto generaría en la teoría general una acción oblicua para que el acreedor de la sociedad ejerza la acción que éste tiene contra el administrador, y que habilita el art. 173 ley 24.522 en el caso de quiebra.

El punto, dentro de la teoría general, es si la actuación del administrador de la sociedad viola el estándar del art. 59 de la ley 19.550, y de ello resulta un daño directo al tercero, aunque la conducta del administrador lo haya sido en el ejercicio de sus funciones propias. Contraer obligaciones a sabiendas de no poder cumplirlas íntegramente, recibir el precio de un auto sin girar el monto a la fábrica para que liberara su patentamiento son dos ejemplos de un daño directo por el obrar impropio de “buen hombre de negocios”.

Es esclarecedora la opinión ¹²⁰ que se refiere a la *“incidencia directa del daño sobre el patrimonio del socio o del tercero, que no sea un mero reflejo del eventual daño en el patrimonio social... también parece producirse para los nuevos acreedores de la sociedad ¹²¹ surgidos a partir de la situación de crisis irreversible (cesación general de pagos o insolvencia), que se ha prolongado sin que los administradores hayan adoptado las medidas exigidas por concre-*

¹²⁰ En “Estudios jurídicos en homenaje a Aurelio Menéndez Menéndez”, t. II, *Derecho de sociedades*, Civitas, Madrid, 1996, pág. 1679. “Algunas reflexiones sobre la responsabilidad de los administradores frente a los socios y terceros: acción individual y acción por no promoción o remoción de la disolución” por Gaudencio Esteban VELASCO, especialmente, pág. 1683: “Responsabilidad de los administradores por daño directo. La acción individual”, y pág. 1698, “Daño directo”.

¹²¹ Sigue el trabajo citado en nota anterior a pág. 1699.

tos deberes legales o por la observancia del deber de diligencia en las circunstancias del caso”.

Siguiendo al mismo autor en otro trabajo ¹²², comentando la norma del art. 135 LSA, similar al art. 279 L.S., y de otras normas del derecho comparado, la norma se refiere a la responsabilidad por actos “llevados a cabo en el ejercicio de su función de administrador” y “no en el ámbito de su esfera personal”, se genere por vínculos contractuales o extracontractuales.

Sin perjuicio de la eventual lesión del patrimonio social, el daño es directo, en la medida en que la conducta ilícita del administrador (p.ej., en los supuestos de falsa información documental que sirve de base a la operación) lleva al tercero a confiar en la situación patrimonial aparente y a concluir el negocio que después resulta dañoso. Coincidiendo en los presupuestos de esta acción, diferente de la acción general de responsabilidad por culpa o negligencia, se apunta a esta responsabilidad individual de administradores societarios: “*Cuando ocultando la situación difícil en que se encuentra la sociedad los administradores obtienen de un tercero bien un crédito en dinero, o un aval, o el suministro de bienes o servicios*” ¹²³. También soporta directamente el daño el acreedor en caso de que el administrador imparta la orden de no atender al vencimiento una obligación de la sociedad o impida satisfacer la prestación debida. En cambio, resulta más discutible, como ya se ha advertido, que la omisión de deberes en ocasión de la concurrencia de determinadas causas de disolución o de los presupuestos para la apertura de la quiebra provoque propiamente un daño directo en los acreedores anteriores a ese momento, que han establecido sus relaciones con la sociedad en condiciones

¹²² VELASCO, Gaudencio Esteban, “La acción individual de responsabilidad”, pág. 155 y ss., en el libro colectivo: *La responsabilidad de los administradores*, Angel Rojo - Emilio Beltrán (directores), Valencia, 2005, destacando que no nos referimos a otras responsabilidades individuales de los administradores en el derecho español que en ese libro por Emilio M. BELTRÁN, *La responsabilidad por las deudas sociales*, pág. 213, nacidas de incumplimientos puntuales a la ley de sociedades, o a la *Responsabilidad concursal* abordada por José Antonio García Cruces, pág. 261, y emanada de la presentación tardía en concurso conforme expresas normas de esa ley.

¹²³ SÁNCHEZ CALERO, Fernando, *Los administradores en las sociedades de capital*, Aranzadi - Thomson Civitas, Navarra 2005, pág. 289.

normales y que deben en principio asumir los riesgos eventuales de crisis e insolvencia de la otra parte. Ciertamente, la omisión de aquellos deberes (en particular en los supuestos de crisis irreversible) perjudica a los acreedores surgidos con anterior a ese momento.

Entre supuestos de esta clase de responsabilidad pueden apuntarse dos modalidades frecuentes: *“una de ellas consiste en la actuación de los administradores de sociedades mercantiles que en situaciones de agobio económico para la empresa, que ha visto menguado considerablemente su patrimonio y se encuentra imposibilitada o con grandes dificultades para hacer frente a sus deudas, opta, temerariamente, por incrementar los pedidos a sus proveedores sin tener en cuenta las posibilidades reales para tender los pagos, lo que conduce normalmente a acelerar el descalabro económico, con el consiguiente daño directo a esos proveedores, que tantas veces ven defraudadas sus legítimas expectativas de cobrar el género servido”*¹²⁴, a su vez, *“Constituye una de las más típicas manifestaciones del administrador de una sociedad en contra de la ley de la diligencia con que debe desempeñar su cargo, que no es otra que la de un ordenado comerciante (art. 79 Ley de Sociedades Anónimas española), la de inducir a terceros a contratar con la entidad representada y a concederle crédito cuando la deudora se halla ya en una situación real de insolvencia”*¹²⁵.

Adherimos a las disquisiciones precedentes. Debe remarcar-se el carácter sancionatorio del sistema legal español bajo los supuestos de incumplimiento del deber de convocatoria de la Junta General, de la solicitud de disolución judicial, en la SRL del transcurso de un año desde la adopción de un acuerdo de reducción obligatorio del capital por debajo del mínimo legal sin que haya inscrito la transformación o la disolución o el aumento de su capital. Se determina el carácter solidario de la responsabilidad con extensión a todas las deudas sociales. La nueva legislación

¹²⁴ Sentencia de la Apelación de Valencia Sec. 6ª del 8/4/93 en Revista del Derecho de las Sociedades, pág. 301, y también puede verse a GARRETA SUCH, José María, *La responsabilidad civil, fiscal y penal de los administradores de las sociedades*, 4ª ed., Marcial Pons, pág. 191, nota 89.

¹²⁵ Sentencia del TS del 14/11/88 en Revista General de Derecho Nº 534, marzo 1989, cit. por GARRETA, pág. 200, nota 103.

española viene a cubrir la falta en la de 1951 de un sistema que asegurara la disolución en presencia de una causa legítima. *“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 sociales (arts. 265.2 y 5º L.S.A. y 195.5 LSRL), algo que puede sorprender en unas sociedades en las que los socios no responden de las deudas sociales (arts. 1º L.S.A. y 1º LSRL)”*¹²⁶.

*“Con el artículo 262.5, la ley (española) persigue la misma finalidad. Pero en lugar de quedarse pasivamente esperando a que de forma espontánea los administradores y los socios lleven a cabo las actuaciones conducentes para conseguir la disolución, el legislador del 89 da un importante paso adelante: ha configurado un recurso (la extensión de responsabilidad por deudas) para disuadir a los administradores, con una sociedad en estado de disolución entre sus manos, de que contraigan nuevos compromisos con terceras personas; pero un recurso que al propio tiempo facilita el remedio para salvaguardar los intereses de los terceros sorprendidos en su buena fe: los terceros, en caso de incumplimiento por la sociedad deudora, podrán dirigir su poder de agresión contra el patrimonio personal de los administradores a quienes se hace garantes (responsables) solidarios del buen fin de las obligaciones contraídas”*¹²⁷.

¹²⁶ BELTRÁN SÁNCHEZ, Emilio, “La responsabilidad por las deudas sociales de administradores de sociedades anónimas y limitadas incursas en causa de disolución”, en *La responsabilidad de los administradores de sociedades de capital*, director Juan Bolás Alfonso Notario, Consejo General del Poder Judicial, Consejo General del Notariado, Madrid, 2000, pág. 133.

¹²⁷ En los mismos trabajos citados en notas precedentes: *Estudios en homenaje a Menéndez Menéndez*, pág. 2481; SUÁREZ LLANOS GÓMEZ, Luis, “La responsabilidad por

La jurisprudencia española que abre el ejercicio de la acción de responsabilidad es profusa: Responsabilidad de los administradores frente a los acreedores sociales en casos de falta de liquidación adecuada de la sociedad, en caso de disolución¹²⁸ o cuando los administradores contraen crédito sabiendo la impotencia patrimonial para cumplir con el posterior pago. “La negligencia grave, el descuido imperdonable generador de efectivos daños a terceros, está presente en la conducta de los demandados, pues, a pesar de conocer la mala situación económica de la sociedad, siguieron comprando diversos productos”¹²⁹. “... El acto u omisión del administrador estará marcado en el ámbito de las atribuciones propias de su cargo, y acaso de halle exento de toda intencionalidad dañosa, pero si es contrario a la ley o a los estatutos, o si está realizado sin la diligencia con la que debe desempeñar el cargo, genera responsabilidad que es exigible por este conducto. Destacamos la del STS del 16 de febrero de 2004 (RJ 648) al admitir responsabilidad por daño directo cuando los administradores contratan en la fase de crisis irreversible, con acreditada falta de capital y concurrencia de conocimiento suficientemente por los administradores de que la sociedad atravesaba fase de grave endeudamiento y descapitalización y, no obstante, llevan a cabo actividades de comercio mediante un *comportamiento ilícito, al no informar a los clientes del estado económico de la sociedad y mover su voluntad al contratar*; subrayando por último que “la responsabilidad de los administradores no sólo se desencadena en caso de conocer efectivamente, sino también por haber debido conocer (dolo o negligencia)”, comportando en nuestro derecho el supuesto del art. 931 C.C., y su reiteración una actividad reñida con el sistema jurídico, una verdadera “actividad ilícita”.

Entre otros supuestos de esta clase de responsabilidad pueden apuntarse dos modalidades frecuentes: “una de ellas consiste en la actuación de los administradores de sociedades mercantiles que en situaciones de

deudas de los administradores de sociedad anónima especialmente”, pág. 2496. Sobre la responsabilidad por no convocar a junta general o no adecuar los estatutos sentencia del 30 de octubre de 2000, Tribunal Supremo Sala en lo Civil, pág. 1687, Tribunal Constitucional Sentencias y la sentencia del 21 de diciembre de 2000, pág. 169.

¹²⁸ GARRETA SUCH, José María, *La responsabilidad civil, fiscal y penal de los administradores de las sociedades*, 4ª ed., Marcial Pons, pág. 202 y ss..

¹²⁹ Sentencia de la Apelación de Valencia, Sec. 6ª del 30/12/92 Revista del Derecho de Sociedades, pág. 306.

agobio económico para la empresa, que ha visto menguado considerablemente su patrimonio y se encuentra imposibilitada o con grandes dificultades para hacer frente a sus deudas, opta, temerariamente, por incrementar los pedidos a sus proveedores sin tener en cuenta las posibilidades reales para tender los pagos, lo que conduce normalmente a acelerar el descalabro económico, con el consiguiente daño directo a esos proveedores, que tantas veces ven defraudadas sus legítimas expectativas de cobrar el género servido”¹³⁰), a su vez “Constituye una de las más típicas manifestaciones del administrador de una sociedad en contra de la ley de la diligencia con que debe desempeñar su cargo, que no es otra que la de un ordenado comerciante (art. 79 L.S.A.), la de inducir a terceros a contratar con la entidad representada y a concederle crédito cuando la deudora se halla ya en una situación real de insolvencia”¹³¹.

En un catálogo de hechos que acreditan conducta del administrador como causa de responsabilidad se ha apuntado: no llevar ningún tipo de contabilidad, no formular el administrador ningún balance sobre la situación de la sociedad, desaparición o cesación meramente de hecho de la sociedad¹³², ignorancia del administrador de todo lo relativo al tráfico y giro de la sociedad que administre, galopante incremento de las deudas de la sociedad, carácter de operación arriesgada, atribuible a las compras efectuadas, tras un año o más de ejercicios contables negativos, y particularmente subrayamos la contratación o asunción de deudas a sabiendas de la situación netamente deficitaria arrastrada¹³³.

El incumplimiento de esos deberes fiduciarios por parte de los administradores permite imputarles responsabilidad. No es necesario que el administrador se haya enriquecido, sino que con su obrar contrario al

¹³⁰ Sentencia de la Apelación de Valencia Sec. 6ª del 8/4/93, Revista del Derecho de las Sociedades, pág. 301, y también puede verse a GARRETA SUCH, ob. cit., pág. 191, nota 89.

¹³¹ Sentencia del TS del 14/11/88 en Revista General de Derecho N° 534, marzo 1989, cit. por GARRETA SUCH, cit., pág. 200, nota 103.

¹³² En *De la insolvencia, In memoriam de Héctor Cámara y Francisco Quintana Ferreyra*, Córdoba, Advocatus, 2000; ntro. *Ausencia de sede y responsabilidad de administradores* (II), t. III, pág. 579.

¹³³ El catálogo corresponde a MOYA JIMÉNEZ, Antonio, *La responsabilidad de los administradores de empresas insolventes*, 2ª ed. revisada y actualizada, Barcelona, Bosch, 1998, pág. 19.

estándar del art. 59 ley 19.550 haya causado perjuicio al acreedor social. Obviamente que esa responsabilidad esta basada en los principios generales de la responsabilidad civil de base subjetiva, conectándola con la actuación expresa del causante como administrador societario que representa una acción cualificada como de “buen hombre de negocios”. Por tanto debe existir un comportamiento antijurídico del administrador, una actuación ilícita contraria a los deberes fiduciarios de cómo debe comportarse frente a la propia sociedad, los socios y los terceros. El daño y la relación de causalidad con esa actuación ilícita, sea por culpa o dolo, importa el cierre de la imputación de responsabilidad.

Una doctrina judicial semejante suplirá la falta de normas en la legislación concursal para imponer la presentación temporánea en concurso al advertirse el estado de cesación de pagos de una sociedad.

Los administradores deben responder de los daños que causen a la sociedad o a terceros por no actuar “con lealtad y con la diligencia de un buen hombre de negocios”, que es el standard que fija el art. 59 L.S.¹³⁴, imponiendo de seguido que “Los que faltaren a sus obligaciones son responsables ilimitada y solidariamente, por los daños y perjuicios que resultare de su acción u omisión”. Subraya Halperín que es “*un criterio objetivo de comportamiento (pero no una responsabilidad objetiva, agregamos)... la noción de buen hombre de negocios establece una auténtica responsabilidad profesional, ya que implica capacidad técnica, experiencia, conocimientos. Para apreciarla en el caso concreto se tendrá en cuenta: a) la dimensión de la sociedad; b) su objeto; c) las funciones genéricas que incumben como director y las específicas que se le hubieran confiado; d) las circunstancias en que debió actuar (urgencia, acopio de datos, antecedentes e informaciones, etc.) y cómo cumplió su deber de diligencia*”¹³⁵.

El derecho concursal y el derecho societario exhiben en nuestro tema una división de trabajo, como bien se señala para el derecho alemán. “Por cierto se discute en particular, hasta qué punto en el caso de nuestras cuestiones de responsabilidad hablamos de Derecho Societario y hasta

¹³⁴ Sobre la inteligencia de la locución puede verse a nuestro recordado HALPERÍN, Isaac, *Sociedades anónimas. Examen crítico del dto. ley 19.550*, Buenos Aires, Depalma, 1974, pág. 451, y nota 293.

¹³⁵ HALPERÍN, ob. cit., págs. 452/3.

qué punto se trata de Derecho Concursal... 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... 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-”.

“La responsabilidad de los órganos de dirección (Responsabilidad de los Administradores) 1. Bases de la responsabilidad. Las bases legales de la responsabilidad en la Ley de S.A. y en la Ley de S.R.L. se leen en forma muy simple, y ante todo se leen, como si no hubiera diferencias significativas. Según el art. 93 de la ley de S.A., los miembros del Directorio de una S.A. son responsables si incumplen “la diligencia de un gerente ordenado y consciente” y provocan un perjuicio a la sociedad...

“En el derecho alemán se tratan dos supuestos de responsabilidad, por retraso de insolvencia e insolvencia sin masa:

a) La responsabilidad por retraso de insolvencia es un gran problema. En teoría funciona de esta manera: Si una sociedad de capital está sobreendeudada o entra en cesación de pagos, el Directorio o los gerentes deberán solicitar la apertura del procedimiento de insolvencia si no lograran un saneamiento dentro de las tres semanas subsiguientes (art. 92 de la ley de S.A.; art. 64 de la ley de S.R.L.). Si no lo hicieran, se harían pasibles de sanciones (art. 401 de la ley de S.A.; art. 84 de la ley de S.R.L.). Además los acreedores podrán exigir del Directorio o de los gerentes una indemnización por daños y perjuicios, pues las normas son así llamadas leyes de protección y su violación culposa conduce a la indemnización por daños y perjuicios (art. 823 inc. 2 del Código Civil).

b) *Cierto día los síndicos concursales descubrieron normas que habían quedado a oscuras durante 100 años. Según estas disposiciones en el derecho de sociedades anónimas y S.R.L., el Directorio o los gerentes deberán realizar a la masa cada uno de los pagos, que hubiera efectuado en forma culposa después de manifiesto el sobreendeudamiento (art. 93 inc. 3 N° 6 de la ley S.A.; art. 64 inc. 2. de la ley de S.R.L.). Hay que tener en cuenta que esto no es una “actio pauliana” (impugnación por los acreedores), sino una demanda de restitución contra el Directorio o el gerente. La jurisprudencia*

dencia aplica estas disposiciones en forma textual. Aquí no se piensa en daños a los acreedores. La concreción de la responsabilidad es realmente simple, el riesgo de responsabilidad es para la conducción de la empresa absolutamente incalculable ¹³⁶.

c) La responsabilidad por arrastre de insolvencia hasta el momento sólo afecta a los órganos directivos (Directorio o gerentes). Los socios no son responsables. La solicitud de insolvencia deberá ser presentada por los órganos directivos y no por los socios”.

6.2.4. *El dolo*

En la situación en análisis se acredita la autoría de actos u omisiones, imputables a administradores societarios, en conducta antijurídica pues tienden a enriquecer sin causa a la sociedad lesionando derechos de los acreedores. Esas conductas son antijurídicas, pues violan las conductas legalmente previsibles en los términos del art. 59 L.S. Esa antijuridicidad es objetiva y concreta, pero corresponde a actos culposos o dolosos. A ello se suma el factor subjetivo o factor de atribución: la culpa, cuando no el dolo civil.

El dolo implica la ejecución del acto a sabiendas y con la intención de dañar. Es un engaño, fraude, simulación (Diccionario de la Real Academia). Para Escriche: *“toda especie de astucia, trampa, maquinación o artificio que se emplea para engañar a otro; o el propósito de*

¹³⁶ SCHMIDT, Karsten, disertación en Argentina, 2005, sobre *Responsabilidad de los socios y administradores en el derecho alemán*, de donde entresacamos las referencias del texto, y además: Para ilustrarlo voy a crear un caso. Imaginémos un supermercado como S.R.L. con una facturación promedio. Cada noche el gerente lleva el dinero de las cajas al banco y hace acreditar la suma en la cuenta bancaria. Seguramente por día serán más de 10.000 pesos. En la crisis de la sociedad la cuenta bancaria es negativa, o sea tiene un saldo deudor. Cuando el gerente lleva el dinero al banco tiene la sensación de estar administrando activos de la sociedad y no piensa que cada día está efectuando pagos a un acreedor, en este caso, el banco. Si se abre el procedimiento de insolvencia, el síndico del concurso retirará todos los pagos desde el sobreendeudamiento quizás también del banco (eso sería la *actio pauliana*). Pero seguramente demandará al gerente. Si éste hubiera arrastrado durante 100 días la insolvencia, resultará una responsabilidad de más de 1 millón de Pesos (o sea 100 x 10.000). En la práctica eso significa: el gerente sufre un embargo masivo, sin que se cuestione si hubo un daño. Yo he protestado contra ello y considero que esta responsabilidad es exorbitante. Pero así se maneja en la práctica en Alemania.

dañar a otra persona injustamente". Es la voluntad maliciosa que persigue deslealmente el beneficio propio o el daño de otro al realizar cualquier acto o contrato, valiéndose de argucias y sutilezas, como es el contratar a sabiendas que no se va a satisfacer la contraprestación comprometida. Lo hemos anticipado al referirnos al derecho comparado.

Cuando no se planifica y se advierte que la sociedad está en dificultades existe dolo por parte de los administradores al obligarse con terceros, por lo menos en su calificación civil.

En el derecho positivo español "hay dolo cuando, con palabras o maquinaciones insidiosas, de parte de uno de los contratantes, es inducido el otro a celebrar un contrato que, sin ellas, no hubiera hecho" (art. 1269). En caso de dolo responderá el deudor de todos los daños y perjuicios que conocidamente se derivan de la falta de cumplimiento (art. 1107).

En el Código Civil argentino se declara que: "Acción dolosa para conseguir la ejecución de un acto es toda aserción de lo que es falso o disimulación de lo verdadero; cualquier artificio, astucia o maquinación que se emplee con ese fin" (art. 931) El art. 932 determina las condiciones para que el dolo anule el acto. "La omisión dolosa causa los mismos efectos que la acción dolosa, cuando el acto no se hubiera realizado sin la reticencia u ocultación dolosa" (art. 933). Se trata de un error inducido, causando un menoscabo económico, y aunque no haya sido causa del contrato, será un dolo incidental que obliga al que lo cometiere a resarcir los daños causados.

En el derecho mercantil, el viejo Código sostenía que los administradores de las sociedades anónimas respondían de las negociaciones dolosas, por falta de comprobante o indebidos inventarios (ex art. 364), y responsabilidad similar alcanza al socio colectivo que abusare de la firma social (ex art. 307); y todo socio responde por los daños causados por dolo a los intereses de la sociedad (ex art. 413).

6.2.5. *Extraconcurzalidad de la acción individual de responsabilidad contra el administrador de la sociedad concursada o en quiebra*

El ejercicio de esas acciones puede ser formalizada antes de la presentación en concurso, ante el juicio de quiebra o presentación en concurso, en consecuencia no de la mera demora en pagar, por los perjuicios que les genere a los acreedores la quita o espera que se les imponga en propuestas de acuerdo, aunque la misma fuera votada favorablemente. Posi-

blemente la prueba de la cesación de pagos, del actuar de los administradores recién se advierta claramente o pueda probarse a través de los elementos acercados al proceso concursal.

Eventualmente, de los propios términos de la presentación en concurso -aunque no fuere tardía-, del informe general del síndico o de otros elementos puede determinarse el incumplimiento de los deberes societarios del administrador y autorizar la promoción de acciones de responsabilidad individual por parte de ciertos acreedores. Ello es coherente con la política legislativa de la ley 24.522 que privilegia la autonomía de los acreedores dentro del concurso.

El derecho de los acreedores también se perfila cuando el acuerdo es incumplido y ello resulta de la falta de un plan de reordenamiento o de la falacia o irrazonabilidad de ese plan que justificó el voto favorable de los acreedores ¹³⁷.

Estas ideas, no controvertidas en doctrina, se vinculan a que la presentación tardía por parte de los administradores sociales habrá causado daño, que los obliga frente a los acreedores -por lo menos los posteriores a cuando los administradores hayan advertido o debido advertir la insolvencia.

Conforme la noción de daño directo que hemos destacado como presupuesto de la habilitación de la acción individual de responsabilidad, la sociedad no queda desimputada.

El ejercicio de la acción individual de responsabilidad contra los administradores societarios puede acumularse a la acción incoada contra la sociedad. Claro que si ésta se encuentra en concurso o en quiebra es aconsejable no acumularla, partiendo que la insinuación contra la misma se formalizará por la vía de la verificación de créditos.

¹³⁷ Conf. ntro. "El plan de empresa. Ética y responsabilidad del empresario", en *Estudios en honor de Pedro J. Frías*, Córdoba, El Copista, 1994, t. III, pág. 1187 y ss.; ALBERTI, Edgardo Marcelo, "Una contribución de Efraín Hugo Richard al derecho concursal: el plan de empresa como recaudo del concurso preventivo" a pág. 949, II t., *Derechos patrimoniales*, Estudios en homenaje al profesor emérito Dr. Efraín Hugo Richard, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2001, bajo la dirección de Laura Filippi y María Laura Juárez.

6.2.6. *Daños resarcibles*

Si es doloso contratar con terceros a sabiendas que la sociedad que administra no podrá satisfacer la obligación contraída, la extensión de esa responsabilidad alcanza a las consecuencias remotas conforme dispone el art. 906 C.C..

Adviértase que la conducta descripta podría llevar al acreedor a su quiebra, mientras su deudor obtiene un acuerdo en un concurso preventivo. En tal supuesto, las consecuencias remotas podrían ser el daño causados a todos los acreedores del acreedor engañado.

6.3. *Inoponibilidad de la personalidad jurídica contra los socios de control*

Los socios de control permitieron que los administradores societarios continuarán la gestión social. De ello resulta una responsabilidad por acción si conocieron la mala gestión, y por omisión en caso contrario, por no elegir buenos hombres de negocios, personas idóneas y honestas a tal fin.

Pero se potencia esa situación cuando ratificando la presentación en concurso, admiten esa presentación, la actividad cumplida y la falta de previsiones internas primero, y luego toleran una propuesta que los lleva a enriquecerse afectando el derecho de propiedad de los acreedores sociales.

Es una forma antifuncional, abusiva, de usar la herramienta societaria, y la aparente tolerancia de la legislación concursal.

Ellos podían paliar la crisis, conservando la empresa, con el mismo acuerdo de quita y espera para ajustar la situación patrimonial, pero compartiendo la propiedad de las acciones con los acreedores, para no abusar del aparente derecho.

Pudieron anticiparse, haciéndolo internamente llamando a acreedores a capitalizar su acreencia, sometiendo un plan de patrimonialización y gestión societaria para superar la crisis.

Quedaron así legitimados pasivamente para que se ejerciera contra ellos la llamada “acción de inoponibilidad de la personalidad jurídica”, o de responsabilidad por control abusivo.

6.3.1. La inoponibilidad

Ahora apuntamos a la responsabilidad de los socios controlantes, o de eventuales controlantes externos, a través de la teoría del abuso del derecho, por abuso de la técnica societaria para perjudicar a los acreedores, que en el derecho argentino es recogido por norma concreta en la legislación societaria, denominada “inoponibilidad de la personalidad jurídica”¹³⁸.

En el caso de la actuación continuada de la sociedad en cesación de pagos, su actividad se aparta de la funcionalidad de la misma, se aparta de las relaciones de buena al contratar a sabiendas de sus dificultades, y sin duda se genera la frustración de derechos de los acreedores en beneficio de los socios, si luego se presenta un acuerdo semejante a los que estamos estigmatizando.

Sanguino Sánchez¹³⁹ señalaba que “*La concepción de la personería jurídica de las sociedades, ha permitido que se abuse del derecho societario, y que los fraudes de los socios realizados tras la apariencia de una sociedad, queden en la impunidad por las limitaciones de la responsabilidad de los socios en las sociedades de capital, sugiriendo la necesidad de modificar ‘sustancialmente estas aberraciones del derecho societario’, requiriéndose en el derecho concursal, se dirijan a romper el velo que protege la persona jurídica hasta llegar hasta la persona de los socios, cuando éstos se han beneficiado en forma fraudulenta..., citando luego a Cámara: “No es posible que quien causa daño a la generalidad de los acreedores por una conducta nociva, no responda patrimonialmente de las consecuencias de esa actitud. Finalmente no es posible que declaraciones contundentes de responsabilidad de la legislación común, queden desplazadas en su ejercicio por el fenómeno concursal”*¹⁴⁰.

¹³⁸ El art. 54 *in fine* de la ley de sociedades argentina reza: “Inoponibilidad de la personalidad jurídica. La actuación de la sociedad que encubra la consecución de fines extrasocietarios, o constituya un mero recurso para violar la ley, el orden público o la buena fe o para frustrar derechos de terceros, se imputará directamente a los socios o a los controlantes que la hicieron posible, quiénes responderán solidaria e ilimitadamente por los perjuicios causados.

¹³⁹ SANGUINO SÁNCHEZ, *Bases para una reforma...*cit., pág. 184.

¹⁴⁰ CÁMARA, HÉCTOR, *El concurso preventivo y la quiebra*, Buenos Aires, Depalma, 1982, vol. III, pág. 1425.

En el pensamiento de Francesco Galgano está muy claro que la sociedad no es más que un “recurso técnico” al que quedan sometidos los miembros del grupo, dándose lugar a una disciplina especial derogatoria del derecho común. La posibilidad de apartamiento del régimen del derecho común que otorga el escudo societario sólo puede funcionar o deberá ser tolerada mientras se respete lo que Galgano denomina “las condiciones de uso”, que son aquellas para las cuales el legislador le ha otorgado a los socios de un sujeto colectivo el derecho de actuar con imputabilidad diferenciada. Si éstas se violan -y ya hemos visto cómo se violan en los supuestos concursales- deberemos “imputar” y “responsabilizar” a quienes se encuentran detrás de la “escenografía societaria”, y resolver lo que debamos resolver en función de ello ¹⁴¹.

La inoponibilidad es una forma de la invalidez de los actos jurídicos: el acto no es nulo, es válido entre las partes, sino que es inoponible a determinadas personas, como aplicación de la relatividad de los contratos frente a terceros que determinan previsiones como las de los arts. 1195 *in fine* y 1199 C.C. El tema viene siendo trabajado intensamente por la doctrina jurídica después de los comentarios siempre favorables a la norma introducida en el art. 54 *in fine* de la ley de sociedades por la reforma del año 1983. Esos intensos trabajos se formalizaron con contemporaneidad al Congreso Argentino de Derecho Comercial de 1990, cuando varios de ellos centraron la cuestión sobre si se trataba de un problema de desestimación o inoponibilidad, de imputación o de responsabilidad, de imputación directa o aditiva, de vicios funcionales de la sociedad o incluso de vicios constitutivos, etc..

Los efectos de la conducta antijurídica o del uso desviado de la sociedad, implica una imputación directa y, de haber perjuicios, la responsabilidad solidaria e ilimitada.

En este aspecto juegan las acciones tradicionales de fraude, o aquellas que van destinadas tan sólo a obligar a los dirigentes a completar el

¹⁴¹ GALGANO, Francesco, *Delle associazioni*, págs. 15 y 18; en *Delle persone giuridiche*, Roma-Bologna, 1969, pág. 20 y ss. y -fundamentalmente- en el t. VII: *La società per azioni*, de su célebre *Trattato di diritto commerciale e pubblico dell' economia*, Cedan, Padova, 1984; FERRI, Giuseppe, *La società*, UTET, Torino, 1985, N° 149, citados por Kabas de Martorell, María Elisa Martorell, Ernesto E., “Revisión crítica de la interpretación del derecho societario. Enseñanzas de la tragedia de ‘República’”, que obtuvimos por vía electrónica.

pasivo social -acción de *comblement*, dentro del derecho francés-, donde debe probarse el daño, la falta cometida por los dirigentes y el nexo de causalidad con la insolvencia de la sociedad. Esta doctrina jurisprudencial se desarrolla desde 1935.

Puig Brutau, traductor y comentarista de la obra de Rolf Serick citando a Ascarelli, señala que “*en el estudio de la fenomenología del capitalismo contemporáneo resulta completamente inadecuado el perfil de la simulación y también el del fraude o del abuso, y lo que en cambio procede es someter a revisión la doctrina de la personalidad jurídica*”¹⁴².

Se puede responsabilizar ilimitada y solidariamente a los directores y socios controlantes de una S.A. por fraude: Una interpretación republicana de la ley implica adherir al criterio del Chief Justice Marshall, ampliamente citado en el célebre caso “Swift”, quien sostuvo que “La persona jurídica es una creación artificial, invisible, intangible, que existe sólo para un fin jurídico”. Si ese fin se viola -y el fraude siempre, repetimos, siempre, es violación de la ley- deberemos responsabilizar a los “pícaros” que estén detrás. Desechar las ideas del presidente de la Corte Suprema de Justicia de los EE.UU., o pensar que aplicarlas podría desalentar la inversión (que en la Argentina es predominantemente norteamericana), o pretender desconocer la importancia y vigencia de tal idea, afirmando -como sostuvo alguien- que es preferible sostener el “romanticismo latino” y nuestras “firmes raíces culturales” (32) para evitar la aplicación de estas teorías, pareciera que no es sino una interpretación tercermundista que termina indefectiblemente en el fraude.

La personalidad de las sociedades en el derecho argentino -como en el derecho comparado¹⁴³ -, genera interesantes perspectivas que permi-

¹⁴² SERICK, Rolf, *Apariencia y realidad en las sociedades mercantiles. El abuso del derecho por medio de la persona jurídica*, trad. de Puig Brutau, pág. 265.

¹⁴³ MENOTTI DE, Francesco, “Persona jurídica (Diritto privato e pubblico)” en *Novissimo Digesto Italiano*, t. XII pág. 1035. FARGOSI, Horacio P., en libro colectivo: *Derecho y principios societarios (Curso de posgrado de profundización)*, publicación de la Universidad Nacional de Córdoba, en su conferencia “Personalidad jurídica”, pág. 25 y ss.; DOBSON, Juan M., *El abuso de la personalidad jurídica*, Buenos Aires, 1985, pág. 90 y ss.; KELSEN, Hans, *Teoría pura del derecho*, Buenos Aires, 1960, pág. 127 y ss.; LE PERA, Sergio, *Joint venture y sociedad. Acuerdos de coparticipación empresaria*, Buenos Aires, 1984, particularmente, pág. 163 y ss.; ntros. *Sociedad y contratos asociativos*, Buenos Aires, Zavalía, 1987; en “V Reunión Conjunta de Academias Nacionales de

ten, frente al abuso de la posición de control, de socios o no, derivar o limitar efectos de la actuación societaria, haciendo innecesario recurrir a las vías de la simulación, la revocación, el fraude, el abuso de derecho, o la desestimación de la personalidad.

Las expresiones “Disregard of the legal entity, desestimación de la personalidad, superación de la personalidad, redhibición de personalidad, inoponibilidad de la personalidad jurídica, descorrimiento del velo, etc.”, son fórmulas omnicomprensivas del uso abusivo del medio técnico persona jurídica por los controlantes, conforme múltiples manifestaciones, doctrinas de los autores, jurisprudenciales o receptadas normativamente que tienden a paliar los efectos dañosos producidos por ese obrar antijurídico, con efectos y fundamentos diversos según el caso o la óptica. Así se recurre o podría recurrirse a los principios generales del derecho, tales como la simulación, el *venire contra el proprio factum*, el abuso de derecho, la acción pauliana, el enriquecimiento sin causa, simplemente

Derecho y Ciencias Sociales”, Córdoba, octubre de 1986, sobre el tema Persona y derecho publicada en el t. XXV de los Anales de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, pág. 81; nuestra intervención en la VI Reunión Conjunta de Academias de Derecho, correspondiente al año 1987, que obra a pág. 510 del t. XXVI de *Anales* de la Academia de Córdoba. En torno a la personalidad jurídica de las sociedades, ponencia a las *XII Jornadas Nacionales de Derecho Civil*, Bariloche, abril 1989, y publicación similar en *Revista Notarial del Colegio de Escribanos de la provincia de Buenos Aires*, 1989, Centenario, pág. 207 y ss.: “En torno a la llamada inoponibilidad de la personalidad jurídica”, *Doctrina Societaria y Concursal*, Buenos Aires, Errepar, dic. 1989, t. II, pág. 541 y ss.; ntra. ponencia a la 1ª Conferencia Internacional sobre la unificación, San Miguel de Tucumán 22 al 24 de octubre 1987, “Persona jurídica, sociedad y contratos asociativos en la Unificación del Derecho Privado”; ponencia “Personalidad y tipicidad” en *Jornadas Nacionales sobre Unificación de las Obligaciones Civiles y Comerciales*, organizadas por el Instituto Argentino de Derecho Comercial y Colegio de Escribanos de la Capital Federal, Bs. As., 4-5 de diciembre de 1986; ponencia “Tipicidad societaria. Tipología societaria y responsabilidad”, en III Congreso de Derecho Societario, Salta, octubre de 1982; en *Revista Jurídica del Banco Nación: disertación sobre aspectos modernos del derecho societario*, en reunión de Abogados del Banco de la Nación Argentina, Córdoba 1989; en *Libro en Homenaje a Antonio Buteler Cáceres, La llamada inoponibilidad de la personalidad jurídica en la ley de sociedades comerciales -Cba.*, junio 1990-, “En torno a la llamada inoponibilidad de la personalidad jurídica” “Doctrina societaria y concursal” de Errepar, t. II, pág. 541, y las ponencias en el Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa, Huerta Grande 1992, t. I, págs. 7, 31, 190, 251, 273, 464; t. II, págs. 575 y 619; nro. libro *Negocios de participación y sociedades*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1993.

la responsabilidad por el obrar culposo o doloso (art. 1109 C.C.), o dentro de la normativa societaria por la exorbitancia del objeto social ¹⁴⁴.

La desestimación en sentido amplio ¹⁴⁵, usada eufemísticamente, o “inoponibilidad de la personalidad jurídica societaria” -en sentido lato-¹⁴⁶, no puede dejar de lado el principio de división o separación de patrimonio -sólo aceptable para la desestimación de la personalidad en sentido estricto-, sino que -según nuestro criterio- puede producir efectos diferenciados e independientes entre si en el campo societario, según los supuestos. Ellos serían:

- a. imputación de ciertos actos no realizados directamente;
- b. la extensión o asunción de responsabilidad ¹⁴⁷;
- c. la inoponibilidad de la personalidad jurídica: no tener en cuenta a la sociedad como tal.

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

¹⁴⁴ Conf. ntros. trabajos citados en nota anterior.

¹⁴⁵ “Si bien, en principio, la persona jurídica está configurada por personas físicas, es un ente diferenciado de ellas y dotado de su propia personalidad. Por ende, para que sea aplicable el art. 54 de la L.S. deben existir pruebas concluyentes respecto de las situaciones excepcionales que dicho artículo contempla a fin de prescindir de la personalidad jurídica. CNCom., Sala A, febrero 22, 1991, “Apalategui, Alberto H. c/ Sucesión D’Angelo, Roberto”, E.D. año XXIX, diario del 2/5/91. Se sostuvo que la ejecución fue mal dirigida contra el ente, y acceder a la tramitación de los presentes en la forma propuesta por el liquidador judicial importaría un indebido avance sobre una persona jurídica, ajena a estos autos, la que si bien, en principio estaría conformada por personas físicas que han tenido conocimiento y participación en los autos, es un ente diferenciado de quienes la conforman y dotado de su propia personalidad. Ello así, resulta apresurada la aplicación del art. 54 de la ley de sociedades, sin que existan pruebas concluyentes respecto de las situaciones excepcionales que la mencionada legislación contempla a fin de prescindir de la personalidad jurídica.

¹⁴⁶ OTAEGUI, Julio C., “Inoponibilidad de la personalidad”, en libro colectivo de ntra. dirección: *Anomalías societarias*, Córdoba, Advocatus, 1992, pág. 81 y ss..

¹⁴⁷ III Jornadas de Derecho Civil y Comercial de la Provincia de La Pampa Referidas a la Unificación del Derecho Civil y Comercial, Comisión N° 1. Personalidad jurídica, “Efectos de la ‘Inoponibilidad de la persona jurídica’ en materia societaria” por Daniel E. Moeremans y nosotros, publicadas en *Doctrina Societaria y Concursal*, t. IV, pág. 268 y ss. (setiembre 1991).

de los socios, que son su consecuencia ¹⁴⁸. Se advertirá que se mezclan dos aspectos: el principio de división patrimonial que genera el centro de imputación diferenciada, y el principio de limitación de responsabilidad que, en nuestro derecho corresponde a los tipos societarios y no a la sociedad en general.

La doctrina al interpretar el alcance del art. 54, en su ap. III, sostiene que como el título de la norma lo indica, se está frente a la inoponibilidad de la personalidad jurídica, por lo que la imputación directa a las personas que actúan por la sociedad implica la desestimación de la personalidad societaria, y la solución de la norma recoge las soluciones aplicables al vicio en la causa del negocio jurídico propia de los negocios simulados ilícito, Código Civil, arts. 500, 557, 558, y 959, abuso del derecho, art. 1071 y fraude, art. 961, entendiendo que la doctrina de la desestimación tiene su fundamento en un vicio de la causa del negocio jurídico que invalida al mismo.

Reproducimos dos párrafos dispersos, que corresponden al respeto de jurista Otaegui ¹⁴⁹, donde señala -coincidente con esos y nuestros pensamientos- que *“La imputación directa de la actuación desviada de la sociedad a los socios o controlantes que la hicieron posible, importa que dichos socios o controlantes quedan obligados personalmente por las obligaciones de la sociedad, pero ello no implica que se anule la personalidad societaria o que deba disolverse la sociedad... Es de notar, que la legitimación pasiva de la sociedad (o sea su carácter de obligada frente a terceros) no desaparece en el caso de inoponibilidad de la L.S., art. 54, porque la personalidad societaria no se pierde”*.

La personalidad jurídica entraña un recurso técnico, en particular, el societario, que importa ajustar su desestimación o desaparición, o su disolución, a un proceso especial de extinción de las relaciones jurídicas unificadas en su sistema.

La invalidez de un negocio jurídico puede consistir en la privación de todos sus efectos, sin perjuicio de que produzca determinadas consecuen-

¹⁴⁸ El párrafo, casi textual, corresponde a LE PERA, Sergio, *Cuestiones de derecho comercial moderno*, Buenos Aires, Astrea, 1979, pág. 101.

¹⁴⁹ OTAEGUI, Julio C., “Inoponibilidad de la personalidad jurídica”, en el libro *Anomalías societarias* cit..

cias, o en la privación de algunos de ellos. La privación de todos los efectos de un acto jurídico es conocida como nulidad. En el supuesto de ineficacia el acto mantiene sus efectos entre las partes, pero no ante terceros, por lo que se dice que es inoponible. Ambos supuestos se caracterizan por presuponer la existencia de un acto perfectamente válido y no afecta su estructura interna ¹⁵⁰.

Debemos advertir que la expresión “inoponibilidad de la personalidad societaria” es usada también muy latamente por la doctrina europea para hacer responsables a administradores o socios de los pasivos ante la insolvencia ¹⁵¹.

Un punto concreto en cuanto a responsabilidad de administradores y controlantes en relación a la empresa, es la necesidad de mantener una dotación patrimonial suficiente para el cumplimiento del objeto social como forma de traducir jurídicamente la idea de empresa. Una dotación patrimonial insuficiente implica la existencia de una causal de disolución: “imposibilidad sobreviniente en el cumplimiento del objeto social”, o sea la “inviabilidad de la empresa”, fundando una causal de responsabilidad de los administradores (arts. 53, 59 y 99 L.S.).

Se enfrenta una insuficiencia de capital cuando los socios no dotan a la sociedad de los recursos patrimoniales necesarios para llevar a cabo el objeto social. Se afirma entonces la procedencia de la aplicación de la doctrina del levantamiento del velo ¹⁵², aunque en relación a los efectos que ésta puede producir hay que distinguir entre los supuestos de

¹⁵⁰ ETCHEVERRY, Raúl A., “Análisis del sistema de invalidez e ineficacia en la Ley de Sociedades Comerciales”, L.L. 150-1101, 6-c). MOSSET ITURRASPE, Jorge, *Contratos*, Buenos Aires, Ediar, 1988, pág. 327: “un negocio eficaz entre partes puede no serlo respecto de terceros o de algunos terceros. La ineficacia establecida por la ley para proteger a terceros asume el nombre de inoponibilidad”, como ejemplo, la enajenación de la cosa embargada, arts. 736, 1174 y 1179 C.C., BARBERO, Domenico, *Sistema del derecho privado*, Buenos Aires, 1967, pág. 632 y ss..

¹⁵¹ Conf. ZÉNATI, *Le produit de l'action en comblement du passif et la masse des créanciers*, 1983, N° 213. En este sentido no existe en el derecho argentino el principio de subsidiariedad, es decir, para que la imputación jurídica se realice al socio o controlante no es necesario que la sociedad se encuentre en estado de insolvencia.

¹⁵² Conf. BOLDÓ RODA, Carmen, “La desestimación de la personalidad jurídica en el derecho privado español”, *Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones*, año 30, 1997, pág. 1 y ss., especial, pág. 43.

infracapitalización nominal y material. La primera se produce cuando los socios no dotan a la sociedad de dichos recursos, ni por la vía de un capital de responsabilidad ni por la vía de créditos otorgados por ellos mismos. Faltan, de ese modo, tanto recursos propios como ajenos. Por el contrario, se trata de infracapitalización nominal cuando la sociedad resulta dotada de los medios financieros necesarios para el desarrollo de su objeto social, pero las necesidades de fondos propios se financian con créditos provenientes de los mismos socios. Es necesario separar ambos supuestos por los diferentes efectos jurídicos a que deben dar lugar. Mientras la infracapitalización material puede justificar la exigencia de la responsabilidad de los administradores y la inoponibilidad del recurso técnico de la personalidad jurídica de la sociedad, haciendo responder personalmente a los socios.

El punto se vincula a lo que hemos indicado sobre la obligación de asumir la crisis en lo interno de la sociedad, lo que acotaría la aplicación del derecho concursal. Así, ante la falta de disposición normativa existe la posibilidad de enfocar el problema de la infracapitalización desde la óptica de la *responsabilidad de los administradores*. Así se contempla en Francia, con la *action en comblement du passif*, que establece en sede concursal la sanción a la infracapitalización¹⁵³. Lo mismo sucede en Italia, por la aplicación de la acción del art 2449 del *Codice Civile*¹⁵⁴. Si bien en España no existen normas similares¹⁵⁵, la aplicación del art. 262.5 de la L.S.A. puede llevar a obtener resultados semejantes¹⁵⁶.

Dentro de la doctrina argentina poco es lo que se ha trabajado al respecto, salvo algunas comunicaciones que se han formalizado a congresos, entendiéndose que “*se trata de una cuestión de responsabili-*

¹⁵³ Art. 180 de la ley 85-98 del 25 de enero de 1985 *relative au redressement et à la liquidation judiciaires des entreprises*.

¹⁵⁴ Cuando se ha continuado en la gestión social una vez acaecida la infracapitalización o la pérdida del capital social, causas de disolución contempladas en los números 2 y 4 del art. 1448 del *Codice Civile*.

¹⁵⁵ Sobre esta cuestión, confr. MASSAGUER, J., *La reintegración a la masa de los procedimientos concursales*, Barcelona, 1986, pág. 168.

¹⁵⁶ Conf. MASSAGUER, J., “El capital nominal”, R.G.D., 1990, pág. 5571 y ss., en especial pág. 5576, n. 82 y 5572.

dad lisa y llana de los socios, como materia interna que hace a la estructura de la entidad societaria” ¹⁵⁷.

Para que proceda la responsabilidad por infracapitalización ¹⁵⁸, debe existir relación causal con la imposibilidad de pago o insolvencia del ente, siendo menester que tal estado de cesación de pago sea comprobado. El fundamento de esta responsabilidad lo encontramos en la función de garantía que desempeña el capital en la sociedad, por lo que debe ser aportado y mantenido por los socios durante toda de vida del ente y con el fin de impedir la traslación del riesgo a los acreedores.

Es importante reconocer que existen coeficientes de solvencia y liquidez por debajo de los cuales se impone la necesaria recomposición del capital social. Esta afirmación no implica que pueda efectivizarse un juicio a priori respecto de la consistencia del capital social para llevar adelante el objeto y que resulte idóneo para cumplir con su función de garantía de terceros.

Ante el abuso o fraude no hay duda sobre que existe imputación aditiva a los controlantes.

La limitación de la responsabilidad de los socios se fundamenta en una dotación adecuada de capital social, y en que éste se preserve conforme a las normas de defensa del capital para poder hacer frente a la responsabilidad de la sociedad frente a los acreedores de la misma ¹⁵⁹. Si los socios no dotan a la sociedad del capital necesario, -“abusan de la institución del capital social” ¹⁶⁰-, el privilegio de la limitación de responsabilidad de que disfrutan queda sin fundamento, y por lo tanto responderán ilimitadamente frente a los acreedores de la sociedad de las deudas de la misma. Corresponderá a los tribunales, mediante la *aplicación de la*

¹⁵⁷ Conf. MANÓVIL, Rafael M., *Grupos de sociedades en el derecho comparado*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1998, pág. 1002.

¹⁵⁸ Existe infracapitalización material en una sociedad cuando su capital propio no es suficiente para satisfacer, de acuerdo al tipo y dimensión de la actividad económica efectiva o propuesta, las necesidades financieras de mediano y largo plazo no susceptibles de ser normalmente cubierta por créditos de terceros.

¹⁵⁹ Sobre la dotación de un capital como fundamento de la responsabilidad limitada de los socios, puede verse la RDGRN española del 21 de junio de 1990.

¹⁶⁰ MASSAGUER, J., “El capital nominal” cit., pág. 5573.

doctrina del levantamiento del velo, decretar dicha responsabilidad ilimitada. Pero se ha advertido que se trata de un remedio excepcional al que debe recurrirse “en aquellos casos límite en que se observe que la capitalización de la sociedad es manifiestamente y sin asomo de duda desproporcionada al nivel de riesgo de la empresa programada para la explotación del objeto social”¹⁶¹. Siguiendo esa opinión, no será de aplicación la doctrina de la infracapitalización en favor de los acreedores financieros, sino sólo respecto de los acreedores extracontractuales y de los llamados “acreedores ignorantes” a los que no se hubiera avisado oportunamente¹⁶².

Al faltar la dotación adecuada, no haberse intentado reintegrar el capital social, aumenarlo o capitalizar el pasivo, no hay duda que una presentación en concurso tardía, unida a una propuesta de quita y espera importa el abuso del medio societario por los socios que intentan capitalizar su patrimonio a cargo de los acreedores sociales.

Se puede avanzar en el deber de responder en el caso de sociedades manifiestamente “infracapitalizadas”: Otra de las cuestiones que -con justos motivos- está siendo objeto de revisión crítica es la de la “infracapitalización” de sociedades... Otros, frente a la quiebra de la sociedad “infracapitalizada”, proponen que se haga responder a los socios frente a la masa concursal hasta la integración de la diferencia entre el capital efectivamente aportado y aquel necesario para el desarrollo de la actividad emprendida¹⁶³.

La infracapitalización en sus diversos matices resulta plenamente sancionable frente al estado falencial de la sociedad. La

¹⁶¹ El recurso a la doctrina del levantamiento del velo constituye, según PAZ-ARES -obra citada en nota siguiente- una “vía intermedia”. Cita, en este punto, el autor la sentencia de la Audiencia provincial de Albacete del 15 de julio de 1991 (RGD, 1991, pág. 10691 y ss.), a la que critica sus deficiencias técnicas pero valora su interés por poner el acento en los problemas de información.

¹⁶² Conf. PAZ-ARES, *La infracapitalización, una aproximación contractual*, pág. 262. Sin embargo, para MASSAGUER, J., (“El capital nominal”, cit., pág. 5576) califica esta distinción basada en el criterio del desconocimiento o conocimiento de la infracapitalización, de poco convincente.

¹⁶³ De “Revisión crítica de la interpretación del derecho societario. Enseñanzas de la tragedia de ‘República Cromagnon’”, KABAS DE MARTORELL, María Elisa; MARTORELL, Ernesto E., publicado en: L.L. 2005, que obtuvimos por vía electrónica.

normativa concursal y la societaria, nos brindan un abanico de posibilidades que tienen por objetivo primordial –aun en forma implícita- la protección del patrimonio en resguardo de los acreedores y conservación de la intangibilidad del capital social. En la quiebra, los acreedores sólo se satisfacen agrediendo el patrimonio del ente, siendo este el que responde por las obligaciones asumidas y si bien resulta equitativo que cuando resulta insuficiente para satisfacer lo adeudado, la ley prevé, que al menos los socios integren la parte del capital a la que se comprometieron; más aun –estimamos ajustado a derecho- cuando existen supuestos de infracapitalización. Ante un supuesto de esta naturaleza, los socios deberán responder ilimitadamente hasta alcanzar la equiparación de la cifra patrimonial del contravalor capital, con la cifra capital social o responder por la diferencia entre el capital efectivamente aportado y que resulta necesario para desarrollar el objeto social; fundado en el deber que pesa sobre los socios de soportar las pérdidas irrogadas durante la vida del ente.

La tolerancia suicida que suele exhibir en ocasiones el pretorio argentino con los controlantes y abusadores de todo pelaje que depredan en nuestro país a sociedades y grupos económicos, y la gravísima lesión que ello ocasiona a los intereses de los accionistas minoritarios y de los acreedores sociales, es vista con severo disfavor tanto en los foros de inversión internacionales, como entre los operadores jurídicos de los estudios, bancos de inversión y empresas extranjeras más prestigiosas e importantes ¹⁶⁴.

Concluimos las sociedades como mito para medrar: Necesario crepúsculo de una interpretación doctrinaria y jurisprudencial que se ha demostrado perversa. “Hace sesenta años el español de presa, ansioso en despojar a otro de su fortuna o de sus ahorros, se echaba al monte, con clásico calado y trabuco naranjero, escapando de sus perseguidores a lomos de la jaca andaluza. Hoy crea sociedades, desfigura balances, simula desembolsos y suscripciones y, montado en la

¹⁶⁴ En “The Wall Street Journal America’s”, citado en “Revisión crítica de la interpretación...” cit. de KABAS DE MARTORELL, María Elisa - MARTORELL, Ernesto E..

ignorancia de fiscales y magistrados, escapa sobre el cómodo asiento de su automóvil”¹⁶⁵.

6.3.2. Concluimos así en al punto central de un sistema concursal, que toma especial relevancia en lo societario: la responsabilidad. Ante la insolvencia del deudor, debe buscarse si hay responsables solventes, pues son ellos y no los acreedores los que deben paliar los efectos del incumplimiento del concursado.

Y formalizamos, simplemente, un catálogo de situaciones:

a. Los acreedores nacidos con posterioridad al estado de cesación de pagos o de dificultad, que no fueron advertidos por los administradores, tienen una acción individual de responsabilidad contra éstos. Esa acción es:

a1. Extraconcursal, pues no se trata del presupuesto del art. 173 LQ, aunque en el supuesto no hay duda que existió dolo contractual.

A2. Puede promoverse tanto en caso de concurso preventivo, o extrajudicial, o quiebra.

A3. Puede promoverse aunque exista acuerdo homologado, pues no se advierte norma alguna que implique una novación o renuncia a las acciones de responsabilidad.

A4. Podrán promoverla alguno, algunos o todos los acreedores en la situación descripta.

b. En tales supuestos o cuando se adviertan situaciones descriptas en el art. 54 in fine Ley de sociedades, se podrán promover acciones contra el controlante abusivo, que:

b1. No necesariamente serán concursales, pues podrán ejercitarse extraconcursalmente.

b2. Podrán promoverla alguno, algunos o todos los acreedores.

b3. En caso de quiebra podrá hacerlo también el síndico.

¹⁶⁵ JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, 1934, citado en “Revisión crítica de la interpretación...”, de KABAS DE MARTORELL, María Elisa - MARTORELL, Ernesto E., ya citados, a quien seguimos con la misma idea.

b4. La acción es mucho más eficiente que la extensión de la quiebra, pues no esta sujeta a la rígida calificación de tipicidad que la sanción concursal exige, permite que los acreedores de la controlada queden *pari passu* con los de la controlante, lo que no acaece en caso de quiebra donde los acreedores de la fallida original son subordinados.

6.4. Actividad ilícita

Si se sanciona la asunción de ciertas relaciones jurídicas al habérselas generado en cesación de pagos de la sociedad administrada y controlada, generando acciones de responsabilidad o imputación, y si contratar por una sociedad ocultando su estado de cesación de pagos es doloso, no cabe dudas que la actuación -continuada- de la sociedad en ese estado, constituye actividad ilícita o sea contraria al sistema jurídico, mereciendo las sanciones que la legislación societaria y penal pueda imponer en cada país.

Hemos teorizado también sobre la aplicación de la sanción por actividad ilícita a la sociedad que opera antifuncionalmente en el mercado, contagiando su estado de cesación de pagos para pretender que ella luego sea paliada por los acreedores, que aparecen así peor que los socios pues deben contribuir en las pérdidas y no en las ganancias. Un remedio más drástico podría ser considerar que una sociedad que continúa operando en cesación de pagos realiza actividad ilícita ¹⁶⁶.

6.4.1. Anticipamos que no descartábamos que esas conductas también puedan quedar atrapadas en un ilícito penal ¹⁶⁷. En oportunidad de generarse la crisis bancaria que alteró la vida de nuestro país, pese a lo anunciada de la debacle, el Fondo Monetario Internacional requirió como

¹⁶⁶ Conf. ntro. “Sociedad en insolvencia y actividad ilícita” en *Doctrina Societaria y Concursal*, Buenos Aires, Errepar, 2004, t. XV, pág. 313.

¹⁶⁷ PALACIO LAJE, Carlos, *Delitos de vaciamiento de empresas*, Marcos Córdoba, Lerner, 2002, 153 págs.

exigencia la derogación de las normas sobre subversión económica, quizá para evitar que se pensara en aplicarla a las entidades financieras que operaban desde el extranjero o en el país, a la par que exigieron el dictado de una ley 25.738 que desresponsabiliza a los Bancos propietarios de sucursales instaladas en el país, en una normatividad única y alejada de principios de organización empresarial. Quizá por ello la doctrina en general no puso demasiado énfasis en los estudios en torno a la derogación de la ley de subversión económica y la que se dictó en su reemplazo incorporando al Código Penal, como una nueva forma de defraudación, el art. 174 inc. 6, bajo la visión englobante de “Delitos de vaciamiento de empresa”, con la sanción de la ley 25.602, por la que “se introducen como defraudación distintas modalidades de acción por las cuales el agente logra un resultado en la empresa (afectan el normal desenvolvimiento o disminuyen parte del activo), constituyendo un subgrupo de delitos de intención”. El autor anotado se refiere a las sociedades que se generan sin capital suficiente, “con capitales de humo”, “los vencimientos del pasivo se van postergando y se obtiene refinanciamiento, mediante la exhibición de un “gran patrimonio”, aunque total o parcialmente impago. Con este ardid se obtiene también crédito por parte de los proveedores comerciales que aumentan el pseudo patrimonio o el stock de mercadería”, con una descripción que se corresponde a los Informes Generales que los Síndicos que formalizan en la mayoría de los concursos preventivos (no quiebra) de Sociedades que han venido operando en insolvencia, lo que se califica como “ardid”. Se apunta que el trasvasamiento también es el cometido de un plan que consiste en tornar a la empresa incapaz de cumplir sus deudas, frustrando las expectativas de los patrimonios de los acreedores. La existencia de una tercera empresa a quien se ha transvasado total o parcialmente el contenido de la empresa originaria, puede descubrir la modalidad típica de los hechos punibles que se analizan. La figura del art. 174 6° C.P., un delito penado con 2 a 6 años, determina en su primera parte “el que maliciosamente afectare el normal desenvolvimiento de un establecimiento o explotación comercial, industrial, agropecuaria, minera, o destinada a la prestación de servicios”, como afectación al patrimonio como prenda común, y tipificar otro delito en la segunda parte de ese art. 174 art. 6° (p. 105) “destruyere, dañare, hiciere desaparecer, ocultare o fraudulentamente disminuyere el valor de materias primas, productos de cualquier naturaleza, máquinas, equipos u otros bienes de capital”, donde la norma sólo se refiere a la “cuantía del activo”.

Estos delitos son figuras diferentes al delito de insolvencia fraudulenta, referido en el art. 179 2º párrafo C.P., que sanciona con 6 meses a 3 años, que tiene una sanción menor del que acabamos de comentar.

6.4.2. Se plantea al debate si la actividad prolongada de una sociedad en insolvencia puede ser calificada como actividad ilícita al tenor del art. 19 L.S. La respuesta afirmativa actuaría también como cautelar, pues los administradores y socios de control de una sociedad se preocuparían de solucionar la situación de crisis.

El art. 19 L.S., implica una verdadera pena, pues no sólo dispone la liquidación de oficio y la responsabilidad de socios y administradores, sino la pérdida del remanente de liquidación, sólo permitiendo la inversión de la prueba del socio de buena fe para desincriminarse y evitar esas sanciones.

Se trata de un problema ético: proteger a los administradores, advirtiéndoles del riesgo, en medios de mensajes economicistas. Se trata de salvaguardar a los empresarios en medio de mensajes confusos y usos societarios abusivos, particularmente en cuanto que todo es válido so pretexto del aumento del valor de las acciones, cuando en realidad lo que se intenta es beneficiar al grupo de control.

En algunas causas, más que sancionar el abuso de la personalidad jurídica o la responsabilidad de administradores y controlantes, debería sancionarse a la propia sociedad, por su gestión antifuncional, por actividad ilícita.

La actividad ilícita es sancionada ¹⁶⁸, y es importante determinar que un acto lícito individualmente puede considerarse en su repetición, como actividad ilícita: p.ej., la actividad de intermediación financiera no autorizada ¹⁶⁹. En muchos casos, como en el caso “Romeo” ¹⁷⁰, el Tribunal

¹⁶⁸ Ntro. *La conservación de la empresa* al recibir el Premio Academia, *Anales de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales*. El reconocimiento de la noción “actividad”.

¹⁶⁹ Ntro. “Banca de hecho. Actividad ilícita”, comentario a jurisprudencia “Romeo Anunciada M.E. c/ Peña, Jaime y otras s/ Ordinario”, pág. 29, *Revista de las Sociedades y Concursos* N° 7, noviembre-diciembre 2000, con referato, Buenos Aires, febrero de 2001.

¹⁷⁰ *Revista de las Sociedades y Concursos*, Buenos Aires, Ad-Hoc, N° 7 nov.-diciembre 2000, pág. 23, con nuestra nota.

imputó la responsabilidad del Directorio, como accionistas controlantes de la institución bancaria que creó una mesa de dinero, como banca de hecho. El tema es opinable, pues el mismo resultado pudo alcanzarse a través de la imputación de responsabilidad a través de los arts. 59, 274 y 279, pues importaba un daño generado a terceros que genera una acción individual de responsabilidad ¹⁷¹, y por aplicación del art. 19 L.S..

El dilema es que puede considerarse *actividad ilícita* a los fines de la aplicación del art. 19 L.S., verdadera pena civil por un grave desvío en el uso del recurso técnico societario.

¿Cuánto de actividad ilícita debe cumplir una sociedad para que sea aplicable el art. 19 L.S.? El *indirect doing business* cumplido por los bancos en el 2001, y que se sigue desarrollando como sostenemos ¹⁷², ¿tipifica la actividad ilícita?

Al margen del caso específico, éste es un tema central que debe dilucidar la doctrina para no volver letra muerta la ley y con una posición ambigua autorizar el cada vez más inescrupuloso uso de las sociedades.

El ejercicio habitual, en una serie de actos, de una actividad no prevista en el objeto social, o sea que lo exorbite, autorizaría a los socios a remover a los administradores y hacerlos responsables de los daños causados. Y esa responsabilidad sería al margen de la imputabilidad o no a la sociedad de los actos cumplidos. Así visto sería un problema de las relaciones internas de la sociedad.

La ley de sociedades formaliza un catálogo de ilicitudes en relación a la actividad o al objeto, que otras legislaciones no abordan de igual manera ¹⁷³.

¹⁷¹ Puede consultarse nuestra opinión en el libro colectivo *Anomalías societarias*, y en *Doctrina Societaria y Concursal*, Buenos Aires, Errepar, marzo 2002.

¹⁷² Pueden consultarse nuestros numerosos trabajos o conferencias en la página electrónica de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba www.acader.unc.edu.ar

¹⁷³ Tales como la francesa, alemana e italiana. En el derecho italiano, el Código Civil integra el sistema en el art. 2084, en vez de remitir como lo hace el art. 20 L.S. a disposiciones de otras leyes. Dicho artículo dispone: "Condiciones para el ejercicio de la empresa. La ley determina las categorías de empresa cuyo ejercicio está subordinado a concesión o autorización administrativa. Las otras condiciones para el ejercicio de las diversas categorías de empresas son establecidas por la ley y por las normas corporativas". La más reciente ley de sociedades llegada a nuestro poder, la ley uruguaya N° 16060

El art. 19 L.S. es técnica y doctrinariamente correcto. No procede la nulidad absoluta como sanción. El vicio aparece en la funcionalidad del contrato. Pero su remisión al art. 18 L.S., y las consecuencias llevan a la misma conclusión: efecto disolutorio -e iniciación del proceso de liquidación-, responsabilidad solidaria de todos los que no demuestren buena fe, alterando parcialmente las relaciones tipológicas, que -al referirse a la actividad- afectan a los que la cumplieron o aceptaron, y el idéntico efecto de pérdida de los derechos sobre el remanente de liquidación. En cuanto a la responsabilidad nos permitiríamos identificar el efecto obre los socios que no demuestren mala fe con las previsiones del art. 54.3 L.S.¹⁷⁴, como hemos señalado precedentemente.

O sea que el socio de buena fe se vería arrastrado a tener responsabilidad solidaria en el caso que se catalogara la actividad.

Es un problema doctrinario determinar cuando se genera la actividad ilícita. La doctrina es terminante en que un acto aislado no es suficiente, salvo que ese acto aislado sea de magnitud (o complejo, al implicar una serie de actos).

de "Sociedades comerciales, grupos de interés económico y consorcios" de 1990, aborda la cuestión dentro de la sección IV, "Régimen de nulidades" para los supuestos de los arts. 18 y 20 de ntra. *Ley de sociedades*, y dentro de la Sección XIII "De la disolución", el supuesto del art. 19, con particulares notas características que la aparta de nuestras soluciones, pese a haber seguido el sistema de la ley argentina, sus experiencias jurisprudenciales y sus críticas doctrinarias (conf. ntra. ponencia Actividad ilícita de sociedades I Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa, Córdoba, 1992, t. II, pág. 575).

¹⁷⁴ Sobre el punto puede consultarse nuestros trabajos citados en nota 141, y "En torno a la personalidad jurídica de las sociedades", ponencia a las *XII Jornadas Nacionales de Derecho Civil*, Bariloche abril 1989, y publicación similar en *Revista Notarial del Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires*, 1989, Centenario, pág. 207 y ss., ponencia a la 1ª Conferencia Internacional sobre la Unificación, San Miguel de Tucumán, 22 al 24 de octubre 1987, "Persona jurídica, sociedad y contratos asociativos en la Unificación del Derecho Privado", ponencia *Personalidad y tipicidad* en *Jornadas Nacionales sobre Unificación de las Obligaciones Civiles y Comerciales*, organizadas por el Instituto Argentino de Derecho Comercial y Colegio de Escribanos de la Capital Federal, Buenos Aires, 4-5 de diciembre de 1986, ponencia *Tipicidad societaria. Tipología societaria y responsabilidad*, en *III Congreso de Derecho Societario*, Salta octubre de 1982. En prensa en *Revista Jurídica del Banco Nación: disertación sobre aspectos modernos del derecho societario*, en reunión de abogados del Banco de la Nación Argentina, Córdoba 1989. Libro *Derecho civil y comercial. Cuestiones actuales*, en Homenaje a Antonio Buteler Cáceres, *La llamada inoponibilidad de la personalidad jurídica*

Se requiere habitualidad en la operatoria o una serie repetida de actos, con cierta frecuencia¹⁷⁵, o una preparación para asumir públicamente la insolvencia ya advertida internamente, como aumentar el stock, los servicios, las provisiones, etc. aumentando el endeudamiento con terceros, amén de otras prácticas que pudieran cumplir coetáneamente como satisfacer las cuentas personales de los socios, revocar los aportes irrevocables de capital, etc. etc..

Dentro de una actividad catalogable como ilícita puede tipificarse dentro del sistema argentino aquella dirigida a violar las leyes de resguardo de la competencia, anti monopolio o anti trusts, como también la destinada a violar leyes impositivas o previsionales. Estas reflexiones lo son sin perjuicio de que esa actividad pudiera tipificar un ilícito penal del régimen general o especial.

Alfredo Orgaz conceptualizando el acto ilícito expresa: “*el acto ilícito es todo acto contrario al derecho objetivo, considerado éste en su totalidad, esto es, no en relación a una determinada norma de derecho sino al conjunto de la legislación*”¹⁷⁶. Esto es aplicable también a la actividad ilícita, ella debe ser contrastada con el conjunto de la legislación, generándose ilicitud no sólo la actividad contraria al derecho objetivo como también la actividad prohibida.

en la ley de sociedades comerciales, Córdoba, Advocatus, 1990, pág. 467 y ss., y especialmente, “Nuevamente en torno a la inoponibilidad de la personalidad jurídica” en t. IV de *Doctrina Societaria y Concursal*, Buenos Aires, Errepar, 1991.

¹⁷⁵ ZUNINO, Jorge, *Disolución y liquidación de sociedades*, Buenos Aires, Astrea, t. II, pág. 208 y ss.; PARDO, Rubén R., “Acerca del banquero de hecho” en *Doctrina societaria y concursal*, t. III, pág. 15 y ss.; FRESCHI, Carlos R., “La sanción por actividad ilícita de las sociedades comerciales” en RDCO, 1978, pág. 1531, en particular, pág. 1542; VERÓN, Alberto Víctor, *Sociedades comerciales*, Buenos Aires, Astrea, t. I, pág. 128 y ss. Incluye a los socios que no puedan acreditar su buena fe; VÍTOLO, Daniel R., “La ley Sarbanes-Oxley de los Estados Unidos, la realidad de la República Argentina y la prevención de los fraudes societarios”, en *Doctrina Societaria y Concursal*, Errepar, diciembre 2002, pág. 854, t. XIV.

¹⁷⁶ ORGAZ, Alfredo, *El daño resarcible*, Córdoba, Marcos Lerner, 1988, pág. 9. Del mismo autor y en el mismo sentido, *La ilicitud*, Córdoba, Lerner, 1973, pág. 19. En este libro, en nota 2 a pág. 18, refiere la existencia de “autores han pretendido establecer una tercera categoría, la del acto ilegal, cuando el autor sostiene que la ilicitud se define por la contrariedad del acto, positivo o negativo (acción u omisión), a las normas de un sistema dado de derecho.

Los actos integrantes de la actividad pueden ser lícitos y no serlo la actividad vista en su conjunto¹⁷⁷. Los actos tienen autonomía de la actividad como conjunto, y pueden ser en sí mismos ilícitos o no (arts. 502, 953 y conchs. C.C.). La sucesión de actos coordinados entre sí y orientados en una finalidad o funcionalidad común representan la actividad, que a su vez puede ser lícita o ilícita con independencia relativa de los actos que la componen.

En ese sentido, Orgaz¹⁷⁸ enseñaba que “*dentro del amplio campo de los actos o negocios ineficaces (nulos o anulables) es posible diferenciar dos situaciones generales: unas veces, el acto o negocio está permitido o autorizado por la ley, y la nulidad proviene solamente de circunstancias externas y accidentales, p. ej., la omisión de formas requeridas. En estas hipótesis, sería impropio hablar de actos o negocios ilícitos o prohibidos, pues la nulidad se relaciona únicamente con la formación concreta de ellos, y no con su contenido*”. Conforman esas transcripciones el criterio que no es el acto en sí mismo el prohibido o ilegal, sino que es la actividad de uno de los sujetos: prohibida o ilícita.

Una apreciación apresurada podría llevar a soluciones erróneas. Messineo explicita que “*negocio ilegal es el llevado a cabo por el sujeto con desprecio de una norma imperativa (y, de ordinario, prohibitiva)... pero es necesario advertir que el ser contrario a un imperativo no importa automáticamente ilicitud del negocio: debe tratarse de prohibición provista de la sanción civil de nulidad, o sea procedente de norma (coactiva) prohibitiva o más que perfecta (que irroga penalidad y nulidad), o perfecta (que irroga nulidad)...*”. Dentro de éstas, las imperfectas que al no contener sanción mantienen el negocio inatacable, o las *minus quam* perfecta, que manteniendo al negocio inatacable, imponen una penalidad al transgresor.

Orgaz¹⁷⁹ distingue en la amplia gama de actos o negocios ineficaces (nulos o anulables) aquellos en que si bien el acto está autorizado, la nulidad

¹⁷⁷ Conf. OTAEGUI, Julio César, *Invalidez de los actos societarios*, pág. 365.

¹⁷⁸ En *Hechos y actos o negocios jurídicos*, Buenos Aires, 1963, pág. 62. En el mismo sentido, el mismo autor, en “Los límites de la autonomía de la voluntad”, en L.L. 64-222.

¹⁷⁹ En *Hechos y actos o...* cit., pág. 62.

proviene solamente de circunstancias externas o accidentales, en los que no puede hablarse actos ilícitos o prohibidos, pues esta calificación se relaciona únicamente con el contenido de los actos y no con su formación externa.

Betti, a su vez ¹⁸⁰, sostiene que frente a la autonomía de la voluntad, la legislación puede reaccionar de dos maneras: con indiferencia o con una actitud normativa; en este último supuesto, la misma puede ser positiva o negativa; en el supuesto de atribución de eficacia positiva, se confiere a los particulares una competencia dispositiva que puede estar condicionada por el derecho al cumplimiento de ciertas cargas y a la actuación dentro de ciertos límites, fuera de los cuales se configura el negocio ilegal; si la norma atribuye trascendencia negativa al negocio se genera la ilicitud. Petrocelli ¹⁸¹ distingue entre actos que no van contra el derecho, sino que no van por el camino por donde obtiene la protección del derecho.

Fargosi ¹⁸², uno de los firmantes del proyecto de la ley 19.550, señala: “... *el limitar la consideración al objeto ilícito... significa, por la pasiva, dificultar el perseguimiento y sanción de aquellas sociedades que, cumpliendo formalmente con el requisito del art. 1655 C.C., sustancialmente frustran la finalidad de licitud que se consustancia con la noción genérica del acto jurídico, a tenor de los arts. 944, 953 y concordantes del C.C. Esa es la razón de ser del art. 19, aun cuando en una lectura ligera, superficial y prescindente del contexto general del orden jurídico, pueda aparecer como no conjugado con axiomas preestablecidos*”... Salandra señalaba que para determinar la licitud del objeto social es menester tener presente el verdaderamente desarrollado...

¹⁸⁰ BETTI, Emilio, *Teoría general del negocio jurídico*, Madrid, Revista de Derecho Privado, 1959, traducción A. Martín Pérez, pág. 93.

¹⁸¹ PETROCELLI, *L'antigiuridicità*, parte 1, pág. 7, entendiendo que “*un acto puede ser ilegal, por no responder en todo o en parte a las condiciones fijadas por la ley para su validez, sin que por ello pueda decirse que en antijurídico...; el autor del acto ilegal no va contra del derecho sino que va por un camino por donde no obtiene la protección del derecho; no se dirige contra otro interés jurídicamente tutelado sino que omite la realización de las condiciones indispensables para conseguir la tutela jurídica del interés propio...*”. Esto se compadece con el criterio que hemos sostenido en cuanto a la validez de los actos individuales, sin perjuicio de rescatar la sancionabilidad de la actividad.

¹⁸² FARGOSI, Horacio P., en *Estudios de derecho societario*, Buenos Aires, Abaco, 1978, el artículo: “Sociedad y actividad ilícita”, pág. 49 y ss., particularmente, pág. 59, en adelante.

Mario Ghidini coincidía con tal apreciación del problema, afirmando que para juzgar acerca de la licitud era menester atender al efectivamente desarrollado y no sólo estatutario... la doctrina francesa... sostenían que la sociedad será ilícita si su objeto real fuera un emprendimiento interdicho,... señala Betti (p. 61), *“este control somete especialmente a examen las diferentes categorías de fines prácticos a los que se dirige más frecuentemente la autonomía privada al proveer a la circulación de los bienes, a la prestación de servicios, a la cooperación social”*, y agrega, *“respecto a tales fines, clasificados por tipos, el derecho controla ante todo la licitud sobre el terreno social, siguiendo los criterios de apreciación que la conciencia social puede formular”*. *“En el estado actual de la conciencia social en punto a las sociedades mercantiles (sigue Fargosi a pág. 62), no pueden caber dudas de que la necesaria adecuación de su actividad a los fines superiores del derecho constituye un presupuesto incommovible”*.

Y éste es el centro de nuestra argumentación, siguiendo las palabras de Fargosi, que enfatiza: *“Corresponde a Ascarelli el haber introducido una noción de actividad enderezada a integrar la teoría general de los negocios jurídicos”*. Señaló este autor que *“actividad no significa acto, sino una serie de actos coordinados entre sí para una finalidad común”* y cuya valoración debe ser hecha autónomamente, o sea, independientemente de la que corresponda a cada uno de los actos individuales, singularmente considerados... Obviamente, la actividad se presenta como un comportamiento que debe ser continuado y orientado... La valoración de la actividad, entonces, debe responder a criterios axiológico-jurídicos, sea para reprimirla o para permitirla... De este modo (p. 66) cuando en un supuesto concreto se trate de establecer si se configuran actividades ilícitas subsumibles en el dispositivo a que nos referimos, la valoración debe ser hecha objetivamente y teniendo en vista si, por con conjunto de actos teleológicamente vinculados y coordinables entre sí, se persigue una finalidad antijurídica... La actividad no requiere estar dirigida a sujeto o sujetos determinados... Obviamente, la antijuridicidad, que es presupuesto de la sanción prevista por el art. 19, debe ser referida -lo reiteramos- respecto del derecho objetivo en su totalidad, cualquiera de sus áreas o sectores sea el lesionado... En el ámbito civil (p. 67), y como siempre se ha señalado, cuando la conducta no se ajusta a la previsión normativa (en el caso no ya el objeto formalmente lícito sino la licitud de las actividades), se impone una sanción, que nada

obsta a que sea de naturaleza represiva. En el caso lo que se trata de impedir es que las sociedades mercantiles sean utilizadas en detrimento del orden jurídico, aprehendido en su completividad... Y éste es el nudo de la cuestión: la sociedad en insolvencia que contrata y obtiene bienes y servicios que sabe no satisfará, está contrariando el orden jurídico general. Ello sin perjuicio de las acciones que puedan corresponder contra los administradores (o controlantes) que las realizaron o permitieron.

Es nada más y nada menos que el tema de la buena fe contractual, es la ruptura del criterio general de comportamiento de las partes contratantes, según la buena fe en la contratación y en la ejecución del contrato ¹⁸³. La ley no puede prever todas las situaciones posibles, limitándose a eliminar los abusos más recurrentes, partiendo de las reglas no escritas de la corrección y de la lealtad, como reglas consuetudinarias

La Casación Italiana ¹⁸⁴ ha elaborado una definición general de la buena fe contractual “entidad en sentido ético, como requisito de la conducta, constituye uno de los fundamentos de la disciplina legal de las obligaciones y constituye el objeto de un verdadero y propio deber jurídico, que resulta violado no sólo en el caso en el que una de las partes haya actuado con el propósito doloso de producir un perjuicio a la otra, sino también cuando el comportamiento de ésta no haya estado marcado por una corrección diligente y por el sentido de la solidaridad social, que integran el contenido de la buena fe”.

Y es la ruptura del contenido ético el que hoy no sanciona a las sociedades que siguen operando en el mercado, afectando al mismo y a las empresas que en el actúan rompiendo el principio de la competencia leal, y afectando a los contratantes con los que contraen obligaciones que no cumplirán... Es la ruptura del contenido ético general el que nos ha llevado a tolerar este estado de cosas, para aceptar luego que la sociedad que actuó en insolvencia ofrezca pagar -ni siquiera cumpliera eso- el 40% -ahora quizá menos- a muchísimos años, lo que significa expropiar el crédito sin contraprestación.

No se trata de cuestionar el riesgo empresarial, sino la actuación dolosa. Una sociedad en cesación de pagos podrá continuar operando, en

¹⁸³ GALGANO, Francesco, *El negocio jurídico*, edición en español, Valencia, Tirant lo Blanch, 1992, pág. 453 y ss..

¹⁸⁴ Fallo del 18 de febrero de 1986, n. 960 en Mas. Foro it., 1986.

cuanto no afecta la competencia y no asuma obligaciones que a sabiendas no cumplirá. Los trabajos a fazón y otras formas de actividad no estarán reñidas con una planificación de los administradores para evitar la presentación en concurso. Allí no habrá dolo ni actividad ilícita.

La actuación en cesación de pagos debe ser analizada seriamente para determinar su inclusión dentro de las previsiones del art. 19 L.S., lo que complementará la legislación concursal. Las acciones tempestivas de los administradores son las que pueden paliar las crisis sistémicas y los riesgos empresarios, acotándolos a su justo límite, y no expandiéndolo y contagiándolo hasta límites inaceptables.

Toda interpretación debe contemplar la integridad del sistema normativo y advertir la inserción de la conducta en análisis en la realidad, y sin ingenuidad llegar hasta el fondo de la cuestión, catalogando la actividad como ilícita, para que actúen la totalidad de las sanciones del sistema jurídico argentino ¹⁸⁵.

Aspiramos que nuestra concepción económica del derecho ¹⁸⁶ canalice la competencia, eficiencia y estabilidad en los mercados en base a una coordinación de los sistemas normativos conforme la evolución en la realidad económica, pero sin perder por ello el control sobre los partícipes en ese mercado de interés público, sea aceptada. Esta concepción, que implica una desregulación del sistema, no implica una eliminación de las formas vigentes de regulación, sino como una manera de regular el mercado que fundamenta la intervención de la autoridad en una interpretación de la normativa existente, más consciente de la finalidad de coordinar las estructuras. SI al control de organización y funcionamiento, *no* a la excesiva regulación de las operaciones y contratos, mientras los mismos mantengan transparencia en el mercado. La experiencia en nuestro país, aún excesivamente costosa nos lo advierte. Nos apartaríamos así de la otra vertiente, propia del derecho

¹⁸⁵ Nos referimos a los fallos que se limitan a no permitir la apertura del concurso preventivo de entidades financieras, aunque es un tema controvertido, pero omiten considerar la aplicación de la norma del art. 19 L.S., disposición que prevé su aplicación de oficio.

¹⁸⁶ Conf. ntros. trabajos: "La economía del derecho" en L.L. Actualidad, del 18/4/1989, pág. 2 y ss.; "Economía y derecho" en *Anales* de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, año académico 1988, pág. 525 y ss..

económico, que establece como concepción que es la autoridad la que esta en condiciones de establecer el nivel de competencia que sea justo, variable en el tiempo y espacio, regulando la actuación de administradores que deben hacerlo por su propia decisión.

Esa ruptura de la competencia se potencia cuando un comerciante, normalmente una sociedad, opera en estado de insolvencia ante la ineficiencia del sistema concursal.

Los daños se multiplican como un cáncer.

La empresa privada no puede competir internamente en un mercado donde no se sanciona duramente la insolvencia planificada, o sea la actividad societaria en insolvencia, para transferirla a los acreedores.

6.5. Inconstitucionalidad por lesionar el derecho de propiedad

Un acuerdo presentado por socios y/o administradores de una sociedad que implique despojar a los acreedores de sus créditos so pretexto de los fines del concurso y de la conservación de la empresa, enriqueciendo sin contrapartida a los socios, es inconstitucional por atentar contra el derecho constitucional de propiedad.

¿El límite, condicionamiento y afectación al derecho de propiedad que genera el derecho concursal, persiste como para imponer -aunque sea a una minoría, que no lo es tanto por el diferimento al reconocimiento de muchos acreedores que deben padecer verificaciones tardías, recursos de revisión, etc.-, la aprobación de las quitas y esperas de créditos en beneficio de los propietarios de la sociedad deudora?

El cuestionamiento se consolida toda vez que los propósitos del derecho concursal (sobreser el estado de cesación de pagos, asegurar la conservación de la empresa) pueden lograrse compartiendo los socios con los acreedores la titularidad del capital social.

Un acuerdo de quita y espera depredatoria, que pudiera asegurar realmente la conservación de la empresa -lo que deberá ser adecuadamente justificado-, se concilia con normas constitucionales si los socios comparte con los acreedores la propiedad de la sociedad que explota la empresa, en forma equivalente a la pérdida de valor del crédito de éstos.

Transcribimos la opinión de un constitucionalista cuyo nombre por ahora reservamos:

No es constitucional, bajo ninguna razón ni aún de carácter “social”, QUITAR el patrimonio en un 80% a los acreedores, y darles una espera para los otros 20%. Es algo ABERRANTE, que afecta sustancialmente el derecho de la propiedad garantizado por el art. 17 C.N. El eufemismo usado como “expropiación no corresponde, pues no hay expropiación, porque no hay “utilidad pública”. Hay confiscación!!

Es demasiado simple y transparente, para que los “juristas” y “leguleyos” pretendamos oscurecerlo y enrevesarlo!! Nuestro orden jurídico presidido por la Constitución Nacional, debe ser congruente con los valores y fines que nutren la axio-teleología constitucional, que constituye su espíritu, su razón de ser y la conciencia constitucional de una Nación.

Esta axio-teleología esta plasmada en todo el plexo de la Ley Fundamental, pero de modo especial en los fines preambulares, entre los que se encuentra el de “afianzar la justicia” como garantía de la seguridad jurídica que sustente un orden de convivencia justo en la sociedad, bajo el imperio de un auténtico y eficiente Estado Constitucional de Derecho, el cual es un Estado de *poderes limitados* pero no sólo respecto de las competencias de los órganos estatales, sino además y también fundamentalmente, respecto del ejercicio de los derechos constitucionales.

A la luz de estos valores y fines, y de esta limitación de los derechos para lograr el *orden de convivencia justo*, compartir el paquete accionario entre socios y acreedores parece equitativa, y ya que la sociedad y los socios no pueden hacer frente a las deudas contraídas por aquélla, parece justo y razonable que las acreencias sean saldadas con acciones de la propia sociedad, de forma tal que, en la medida que no puedan pagar, respondan con su capital empresarial. De otra forma, la sociedad y los socios deudores, corren en la relación jurídica con todos los “*comodum*” y se evitan todos los “*periculum*”.

Las propuestas depredadoras de quitas y esperas son manifiestamente arbitrarias, irrazonables y por lo tanto, *inconstitucional*, a poco que reparemos que siempre la “razonabilidad” es la medida de la constitucionalidad.

Agregamos nosotros, como un parámetro de la confiscación que pueden sufrir los acreedores (propietarios de su crédito) en el caso del litigio concursal debe recordarse la ley 24.432 que incorporó como párrafo final del art. 505 C.C. que fija “Los efectos de las obligaciones respec-

to del acreedor” que son “1. Darle derecho para emplear los medios legales, a fin de que el deudor le procure aquello a que se ha obligado. 2. Para hacérselo procurar por otro a costa del deudor. 3 Para obtener del deudor las indemnizaciones correspondientes”, y donde se acotan la “responsabilidad por pago de costas, incluidos los honorarios profesionales de todo tipo allí devengados” no excederá del veinticinco por ciento del monto de la sentencia”. Ello se correspondía a criterios de la S.C.J.N. considerando expropiatorios ciertos excesos ¹⁸⁷.

7. La visión global

Sólo a través de transportar los fundamentos de la actuación tempestiva a las sociedades ante la crisis, en la tramitación y homologación de un acuerdo preventivo -subrayando el riesgo de asumir responsabilidad administradores y socios, e incluso generar sanciones para la sociedad-, se podrá con visión globalizante asegurar la conservación de la empresa viable, y mantener el equilibrio distributivo entre deudor y acreedores.

Disponemos de remedio para ello, y así creemos haberlo dejado de resalto, requiriendo el debate profundo para devolver la eficiencia del derecho de crisis, sin responsabilidad para los administradores societarios o los socios.

Pretendemos dejar en claro el objetivo de este ensayo: resguardar a los administradores societarios de las insidias del formalismo o de la vocación de impunidad. Intentamos acotar la operatoria de sociedades en cesación de pagos a través de la aplicación del derecho civil y del societario para responsabilizar a los administradores, aún cuando se hubiera abierto un proceso concursal respecto a la sociedad, con trámite no atraído.

¹⁸⁷ Si bien ajena al tema que hoy abordamos, la cuestión lleva a repensar los honorarios que se regulan en incidentes de verificación cuando ya existe una propuesta de pago del 10% a veinte años de plazo, sea que se admita o rechace la pretensión de admisibilidad.

Claro que todo es ilusorio si la reparación jurisdiccional no es oportuna, lo que implicaría volver al viejo corazón del derecho mercantil: los usos y costumbres como ética de los negocios, y la justicia rápida para disuadir del incumplimiento programado, para restablecer la relación afectada ¹⁸⁸ y devolver la riqueza al circuito económico.

El concurso tardío es también una forma del abuso de derecho. El que la legislación concursal haya eliminado toda referencia directa a la tempestividad de la presentación en concurso, no ha borrado ciertos efectos como los de la responsabilidad de administradores y terceros, y algún resto del tradicional sistema de reconstrucción patrimonial de la fallida a través de la ineficacia.

Es que el abuso de derecho, incluso del derecho procesal dilatando juicios y luego presentándose tardíamente en concurso, no configura un acto ilícito, por cuanto no es contrario a una norma determinada sino al ordenamiento jurídico en su conjunto, es un acto antifuncional ¹⁸⁹. Máxime si se acepta que el administrador societario que obliga a la sociedad con un tercero, recibiendo la prestación de éste, y no satisfaciendo la propia de la sociedad, actuó con dolo en la contratación.

En fin: si una sociedad actúa prolongadamente en insolvencia, con conocimiento de los administradores —o que debió ser conocida por los administradores—, quedaría atrapada con la sanción por actividad ilícita, y el uso antifuncional de esa persona jurídica podría expandirse a todos los socios, imponiendo que sólo se liberen quiénes acrediten buena fe. El informe general del Síndico en un concurso preventivo permitirá al juez actuar de oficio, o a los acreedores solicitar la sanción.

Los negocios en nuestro país se verán sometidos a un alto costo, si la legislación directa —concursal- y la jurisprudencia, apuntalada a veces doctrinariamente, alienta la inseguridad jurídica permitiendo la actuación prolongada y antifuncional de sociedades en insolvencia, no sancionando luego ni a los administradores ni a los socios, pese a que el sistema normativo ofrece soluciones.

¹⁸⁸ Ver en Congreso Iberoamericano de Academias de Derecho, Córdoba 1999, ntro. trabajo “El derecho en el siglo XXI (visión de un comercialista)”, pág. 779.

¹⁸⁹ FERRER MARTÍNEZ, Rogelio, “Abuso del derecho”, Foro de Córdoba, Suplemento de Derecho Procesal, año I, N° 1, 2001, pág. 21, específicamente, pág. 35.

Sin duda nuestra posición levantará cuestionamientos, pero al mismo tiempo hará repensar a los asesores jurídicos y contables los alcances de nuestra legislación. Ello llevará a que los administradores de sociedades – y a los socios controlantes- reciban el alerta correspondiente para permitirles gozar del principio societario de la irresponsabilidad.

Los concursos de sociedades, presentados por sus administradores después de años de operar en cesación de pagos, intentan transferir ilícitamente a los acreedores el dolo o ineficiencia de esos administradores.

Queremos alertar de la situación e intentar avizorar algunas soluciones.

En nosotros está marcar cuestiones, denunciando las violaciones del sistema jurídico vigente. Actuar en insolvencia es doloso, es saber que no se va a cumplir las obligaciones. No hay duda que también representa una falta de ética cuando se asume un nuevo compromiso sabiendo que se va a sacrificar derechos adquiridos con anterioridad.

Este es parte del catálogo que propiciamos para generar una revolución del sistema concursal, dejando en claro que los administradores y fiscalizadores de sociedades no son responsables si cumplen con la ley, pero si son responsables si actúan omisivamente, como lo hemos descrito.

En cuanto se asiente esta doctrina, ya con algún precedente jurisprudencial, se corregirá drásticamente la situación sociológica y las presentaciones serán tempestivas, permitiendo que el sistema concursal actúe como esta previsto generando el salvataje de la empresa viable, sin contaminar al sistema empresario.

El juez tiene diversos remedios para enderezar los procesos conforme los fines indicados. Un administrador que no planifica, que ante la pregunta del juez sobre como piensa satisfacer a los créditos de pronto pago no lo hace, que no formaliza la Memoria adecuadamente en las Sociedades por acciones, que niega los créditos firmados en títulos valores por falta de causa, no puede ser sostenido en la administración, pues sin duda continuará con las mismas modalidades. La aplicación del art. 17 LQ se vuelve insoslayable.

No podemos ser espectadores técnicos de la realidad, satisfaciendo las cuestiones con respuestas formalistas y sin aprehender toda la realidad con todo el sistema jurídico.

Con respuestas claras podremos devolver a la comunidad la confianza en el sistema jurídico, que es el normativo y el judicial. De no, hagamos las valijas y que siga imperando el caos y la anarquía que hoy se advierte en casi todos los procesos, pero con mayor intensidad en los concursales: el concursado, particularmente las sociedades integrantes de grupos económicos, usan el procedimiento legal como fachada para dañar impunemente a los acreedores y al sistema empresario todo, llevando así al sistema económica a su autodestrucción.

LA EMPRESA, SU CRISIS Y SU CONSERVACIÓN (MEDITACIONES DESDE UNA VISIÓN NACIONAL) *

Sumario: I. Introducción. II. Bien jurídico tutelado por la legislación concursal. III. Constataciones. IV. Cosas que ocurrieron desde esa comunicación. V. La empresa. VI. La solución societaria: capitalizar la empresa. VII. Responsabilidad social empresaria y planificación.

I. Introducción

1. En nuestro derecho, las acciones en torno a la conservación de la empresa suelen ser tardías. Nos referimos concretamente a la empresa desarrollada por una sociedad comercial como forma de cumplimiento del objeto social. Ante la crisis, en el período preconcursal, los administradores no adoptan previsiones adecuadas, en los concursos judiciales (o en los extrajudiciales que requieren homologación judicial) no se exigen medidas que aseguren que la empresa ha de continuar, y en la quiebra no existe un sistema adecuado a tal fin, lo que ha dado lugar a interesantísimas soluciones jurisprudenciales.

Las sociedades comerciales operan durante muchos años en crisis, preinsolvencia o cesación de pagos alterando el mercado, la libre competencia y las propias posibilidades de subsistencia.

Sin embargo, en la homologación de acuerdos de quitas y esperas predatorias (80% de quita con 20 años de espera), logrados con mayorías obtenidas con la conformidad de terceros no convocados que han desin-

* Comunicación al II Congreso Iberoamericano de Derecho Concursal (Mérida, 8 al 10 de noviembre de 2006).

interesado a acreedores convocados, los jueces justifican tal homologación en “la conservación de la empresa”, que no aparece asegurada ni en la propuesta ni en las previsiones de administración y disposición que deben presentarse.

2. Nuestra preocupación es preventiva, y por eso nuestro planteo en el I Congreso Iberoamericano de Derecho Concursal sobre el tema asignado “Reforma concursal: ¿de ideas o de normas?”.

En esta oportunidad volvemos sobre ese aspecto profundizando algunos enfoques dentro de ese esquema.

Nuestra visión sobre la empresa es siempre desde el derecho societario, en la idea que es la forma normal de organización de las empresas de mayor significación económica ¹.

Por otra parte, la construcción del sistema societario es similar en la totalidad de los países iberoamericanos y la cuestión, esbozada concretamente desde un derecho nacional, permite su expansión.

Coherente con ello centramos la problemática en que la mera crisis financiera o la crisis económica general de una sociedad, y la cesación de pagos o la insolvencia, deben enfrentarse en la forma más tempestiva posible una vez advertida, para evitar su instalación y los efectos consecuentes, su contagio a la economía que la circunda, particularmente, a los acreedores.

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

II. Bien jurídico tutelado por la legislación concursal

El presupuesto objetivo de la aplicación del sistema concursal es la cesación de pagos (insolvencia) o su inminencia -dificultades financieras o económicas generales-, resultado ello el antivalor que reemplaza la au-

¹ Conf. QUINTANA FERREYRA, FRANCISCO y NOSOTROS, “La conservación de la empresa en las leyes de sociedades 19.550 y de concursos 19.551” en RDCO 1978-1376.

tonomía de la voluntad y la regulación bilateral para componer las relaciones de cambio entre el deudor y sus acreedores.

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 con los acreedores convocados.

Por la teoría de la bipolaridad de los valores, el bien jurídico tutelado resulta claramente el de absolver el estado de cesación de pagos, como nefasto para la empresa y para el medio en que actúa, por la facilidad de contagio y el perjuicio a la comunidad al no permitir conservar a una empresa que da empleo y genera riqueza.

Eliminando el estado de cesación de pagos, o situaciones anticipatorias, se permite conservar a la empresa y evitar la contaminación, manteniendo las previsiones normativas generales.

Por otra parte, desde la óptica de la “empresa” no es relevante quiénes sean los propietarios de las participaciones sociales.

III. Constataciones

Sostuvimos que los administradores de esas sociedades, y los socios de control, ante la crisis no adoptan ninguna de las medidas o vías que les ofrece el sistema societario: no llaman formalmente a los socios a considerar cómo afrontar la crisis. No se expresa ello ni en asambleas ni en reuniones generales, y menos aún se les convoca para aumentar del capital social, su reintegración, reorganización de la empresa, venta de activos inactivos, y particularmente a una capitalización de pasivos por negociación con acreedores. No asumidos los problemas de la crisis en lo básico, la discusión debería recaer en la disolución por alguna causal, fundamentalmente por la imposibilidad sobreviniente de cumplimiento del objeto social, como forma de exteriorizarse la idea de empresa.

Lejos de ello, se suelen advertir maniobras oscuras y contrarias a deberes fiduciarios de los administradores tales como devolución de préstamos a personas vinculadas, o satisfacción de cuentas personales, o de aquellas que registran fianzas de los socios de control o administradores,

e incluso la decisión de no aumentar capital social y devolver aportes irrevocables. Ello ha llevado a diversas respuestas de la legislación, particularmente a la revocabilidad de esos actos y la apreciación de esos créditos como subordinados.

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.

En cambio, la quita y espera lograda en un concurso, enriquece a los socios que no capitalizan, además de los altos costos de transacción, y las maniobras por las que terceros adquieren créditos con grandes desembolsos para luego renunciar a su íntegro cobro votando quitas y esperas predatorias para imponérselas a los acreedores convocados.

Hicimos una serie de reflexiones sobre la posibilidad de promoción de una acción directa de responsabilidad contra administradores societarios y exige daño directo al acreedor. Este se habrá producido si se contrató con él después de estar la sociedad en cesación de pagos. Ello comporta actuación dolosa. La prueba resultará del informe general del síndico o de la fecha de origen de deudas reconocidas en procedimientos informales. El administrador operó dentro de sus facultades, pero con su reticencia conocía que perjudicaba al tercero. El acuerdo no nova acciones de responsabilidad contra sujetos no concursados, implicando una acción extraconcursal.

También reflexionábamos sobre que un acuerdo de tal naturaleza no sólo era abusivo, impidiendo su homologación, sino que un acuerdo presentado por socios y/o administradores de una sociedad que implique despojar a los acreedores de sus créditos so pretexto de los fines del concurso y de la conservación de la empresa, enriqueciendo sin contrapartida a los socios, es inconstitucional por atentar contra el derecho constitucional de propiedad de quiénes no aceptan la propuesta.

El cuestionamiento se consolida toda vez que los propósitos del derecho concursal (sobreser el estado de cesación de pagos, asegurar la conservación de la empresa) pueden lograrse compartiendo los socios con los acreedores la titularidad del capital social.

Creemos haber dejado de resalto los remedios disponibles, requiriendo el debate profundo para devolver la eficiencia del derecho de crisis, sin responsabilidad para los administradores societarios o los socios.

IV. Cosas que ocurrieron desde esa comunicación

Como continuidad ideológica, nos propusimos ahondar en el viejo camino, que hoy pareciera un nuevo camino, atendiendo a circunstancias posteriores al I Congreso Iberoamericano de Derecho Concursal de Barranquilla.

1°. Contemporáneamente al desarrollo del Congreso, se publicaba un artículo de dos miembros del Instituto Iberoamericano de Derecho Concursal, aceptando la responsabilidad de los administradores cuando la sociedad continúa operando en cesación de pagos, sosteniendo particularmente que ante la crisis esa responsabilidad o deber fiduciario de los administradores impone “poner la cuestión en manos de los socios”, lo que importa asumirla, y particularmente apoyar la posición de Lorente (otro miembro) -referida al derecho americano- que debía compartirse con los acreedores el esfuerzo.

La particular posición en la normativa argentina imponía seguirla sembrando. Justamente nos sentimos sembradores cuando, al regreso de Colombia nos encontramos con ese trabajo de Marcelo C. Barreiro y E. Daniel Truffat, titulado *Responsabilidad de administradores y representantes en la ley de quiebras: el deber fiduciario de la ley de sociedades, ¿se traslada a los acreedores?*², con claras referencias -concordancias y aparentes disensos- a “quien desde hace más tiempo ha venido postulando un juzgamiento y una consideración más severas de tales conductas en zona de insolvencia y durante los procesos concursales (inclusive los concursos preventivos)”. Nuestro agradecimiento a ellos por abrir el arcón de los recuerdos³.

Sensibilizamos como agricultores en épocas de sequía: “¡albricias, esta lloviendo!”⁴. Es que hace más de una década que afrontábamos la

² En *Doctrina Societaria y Concursal*, octubre 2005, t. XVII, pág. 1205.

³ Nuestra posición está expuesta en un rosario de artículos publicados en diversas revistas que pueden verse -en su mayoría- en la página electrónica de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba www.acader.unc.edu.ar.

⁴ En “Está lloviendo ¡se acabó la sequía! (En torno la insolvencia societaria: el esfuerzo compartido entre socios y acreedores, y la responsabilidad de administrado-

cuestión desde diversos ángulos y parecía que arábamos en el mármol. En el Congreso de Derecho Societario del 2001 en Rosario nos apoyó Ernesto Granados -con quien acabamos de presentar un trabajo en el IV Congreso Iberoamericano de la Insolvencia ⁵-, pero de *lege ferenda*, aunque reconocemos que en el Congreso de Derecho Societario del 2004 de Tucumán cuando expusimos con más énfasis la posición, en primera fila los cabeceos afirmativos de Barreiro, Lorente y Truffat, al lado de los de Alberti, Farina, Otaegui y Veiga nos alentaron.

Ahora las cosas han cambiado y de ello da testimonio lo acaecido en el reciente Congreso desarrollado en Rosario (República Argentina) de lo que damos cuenta inmediatamente.

2º. La propuesta del IV Congreso Iberoamericano de Derecho de la Insolvencia sobre moralización de los procesos concursales, a las que se sumaron las XIII Jornadas Nacionales de Institutos de Derecho Comercial de Bahía Blanca, octubre 2006, imponiéndoseme en aquél pronunciar las palabras iniciales ⁶: “Como señala aquilatada doctrina aquí presente, ante la crisis de las sociedades la cuestión debe ser puesta en manos de los socios, y no para ratificar la presentación en concurso, sino para adoptar las previsiones del orden imperativo societario ante causales disolutorias como la imposibilidad de cumplimiento del objeto social, que lleva incluso a la capitalización del pasivo. El derecho debe ser interpretado de manera favorable a los ideales en cuestión, constructivamente integrando normas, de derecho constitucional de propiedad, de derecho penal de no entorpecer la normal marcha de la empresa, de derecho civil de indemnizar si se daño y de derecho societario de adoptar tempestivamente las medidas que aseguren la funcionalidad regular de la sociedad. Nunca convirtiéndose en una forma de beneficiar a los socios pese a su desinterés en capitalizarla, afectando inconstitucionalmente a acreedores con

res)”, que se publicara en *Doctrina Societaria y Concursal*, Buenos Aires, Errepar, diciembre 2005, N° 217, t. XVII, pág. 1532.

⁵ GRANADOS, Ernesto y nosotros, *Deberes de administradores societarios y la asunción de la crisis: el plan de empresa*, t. II, pág. 339.

⁶ “¿Moralización en o de los concursos?”, palabras de apertura en trabajos de Comisión I en el IV Congreso Iberoamericano de la Insolvencia.

quitas ilegales. De este Congreso es el rol de que los derechos, los ideales, las reglas éticas del *corporate goverment*, de la competencia leal, de la responsabilidad social empresaria, obren efectivamente como ideales en la conciencia de un sector de los juristas de este país, para que la convocatoria pueda ser algo más que una pretensión edificante y el mío un discurso eficiente. De no sólo servirán como pretexto para trazar otro circulo en el cielo que referencia Ihering donde tan a gusto se siente buena parte de la dogmática jurídica. Todo podría transformarse en una retórica donde la racionalidad de las proposiciones cognitivas podía ser obtenida mediante el perfeccionamiento del arte de convencer o persuadir a un auditorio, que no puede desconectarse de la argumentación como entidad basilar del proceso de racionalidad justificatoria del derecho. El contenido ético del derecho es insoslayable, y no hace falta reforma substancial -las realizadas son procedimentales-, sino una nueva lectura del sistema jurídico total y a ello convoco... La protección de la empresa, y de la sociedad que la contiene, pasa por otras vías que no son ni alientan la abusividad en los concursos que debe entenderse como una normatividad de excepción ante situaciones de crisis en las que han fracasado los otros recursos previstos por el derecho. 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 mi 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, reemplazando a administradores ineficientes que no queriendo asumir oportunamente la crisis contrataron dolosamente con ellos. Un principio 'rector' es sustituir la punición por la responsabilidad, la sanción por la reparación del daño, la calificación por la determinación de responsabilidad. Una doctrina permisiva tendió a limitar las acciones de responsabilidad en la quiebra a supuestos de dolo, llevando a una sensación de impunidad en el obrar de esos administradores -contagiada a los administradores públicos- que transfieren el problema a terceros, a partir de cuyo exceso se viene registrando una tímida reacción. ... Son los socios los que deben asumir las soluciones, no los acreedores". Hasta aquí esas palabras iniciales.

3°. Al mismo tiempo vimos profundizar las estrategias tendientes a imponer esos acuerdos predatorios, particularmente en la autorización de voto a terceros no convocados al concurso (cesionarios y subrogados de acreedores convocados, terceros sin idéntica causa e interés de los que estaban convocados a tratar el acuerdo), exclusión de votos por situación hostil a la concursada, a lo que dedicamos varios trabajos ⁷, y ante lo cual la jurisprudencia comienza a reaccionar como referenciamos, no sólo ante lo ostensible -público y notorio- del desenfado que terceros no convocados general la mayoría, sino también como protección a una masa de acreedores que aún no fue autorizada a votar ⁸. Acabamos de acceder a un erudito estudio de Carlos María Moro en sentido coincidente ⁹, y de Eduardo M. Favier Dubois (h) y Carlos María Negri entendiendo que tal intervención de terceros genera una presunción de abusividad de las propuestas y puede configurar el delito previsto en el art. 180 C.P. u otro ¹⁰, lo que configura una visión delictual que también hemos abordado con Carlos Palacio Laje ¹¹.

No es el caso de legislaciones que autorizan y generan un mercado público de transacciones de créditos contra sociedades concursadas - como Perú-, pues en los mismos se adquiere el mismo a bajo precio y se

⁷ Ntos. “Crisis de sociedades: acuerdos concursales abusivos Vs. Solución privada”, en Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones, Buenos Aires, Lexis Nexis N° 519, julio-agosto 2006; “Legitimación para votar el acuerdo concursal (¿negocio colegial colectivo?)”, en L.L., diario del 13 de marzo de 2006, y “Propuesta calificada por participación de tercero no convocado en VI Congreso Argentino de Derecho Concursal - IV Congreso Iberoamericano sobre la Insolvencia”, Rosario, 27, 28 y 29 de septiembre de 2006; “Moralización en los procesos concursales”, t. I, pág. 745.

⁸ Fallo del erudito juez de Concursos de Mendoza Héctor Fragapane en la causa Expte. N° 40.353 carat. “Agnic, Lucio Pedro p/ Conc. prev.”, Mendoza, 18 de agosto de 2004, recién llegado a nuestro conocimiento en el Congreso de Rosario, inédito.

⁹ “El pago por subrogación no genera *ope legis* el derecho de voto en quién lo efectúa” en VI Congreso Argentino de Derecho Concursal - IV Congreso Iberoamericano sobre la Insolvencia, Rosario, 27, 28 y 29 de septiembre de 2006; “Moralización en los procesos concursales”, t. I, pág. 535 y ss. (Santa Fe, 2006).

¹⁰ En el mismo Congreso y tomo, a pág. 305, “La cesión de créditos con derecho a voto en beneficio del deudor: alternativas concursales y penales”.

¹¹ “Propuesta írrita aprobada por voto connivente” en VI Congreso Argentino de Derecho Concursal - IV Congreso Iberoamericano sobre la Insolvencia, Rosario, 27, 28 y 29 de septiembre de 2006; “Moralización en los procesos concursales”, t. I, pág. 757.

intenta obtener una ganancia en la negociación con la concursada. En Argentina paradójicamente se adquiere a precio normal el crédito contra la sociedad insolvente y se renuncia a derechos reales o privilegios que le accedan para votar con los créditos quirografarios quitas y esperas desmesuradas, imponiéndoselas así a acreedores convocados que no las aceptaron o que aún no podían votar por estar en trámite de reconocimiento.

4°. La resolución 6/2006 IGJN que reabre positivamente el diálogo en torno a las obligaciones de los administradores societarios -conforme su deber de obrar con la diligencia de un buen hombre de negocios y particularmente con lealtad-, que propiciamos, imponiendo cierta información en la Memoria, con lo que quedará solucionada toda discusión en torno a la preconcursalidad, imponiendo recorrer el camino societario a las sociedades que atraviesen una crisis y descartando la posibilidad que la sociedad opere largo tiempo en cesación de pagos (incluso, una mera crisis), sin que los administradores se vean obligados a planificar, poniendo la cuestión en manos de los socios.

La Memoria de los administradores y las notas complementarias (arts. 66 y 65, ley 19.550) debe expresar las razones en torno a la determinación de reservas facultativas que excedan las legales, que permitan determinar que son razonables y corresponden a una prudente administración ¹², las causas “detalladamente expuestas” por las que se propone el pago de dividendos o la distribución de ganancias en otra forma que en efectivo, y, fundamentalmente, la estimación u orientación sobre perspectivas de las futuras operaciones ¹³, como también todo lo acaecido entre el cierre del balance y la confección de la memoria (art. 65 1° f, ley 19.550). Las perspectivas de las futuras operaciones importan anticiparlas en su orientación y determinar el posible impacto económico y resultados de éstas, que deben tener una vinculación directa con el plan de reservas facultativas y política de dividendos. Implica sin duda una planificación de las operaciones futuras y de su prospectiva.

¹² Arg. art. 70 ley 19.550 que autoriza el cuestionamiento de la constitución de reservas facultativas excesivas.

¹³ Art. 66 apartado 5, en concordancia con las notas que impone el art. 65 apartado f de la ley 19.550.

La resolución reconoce el origen doctrinario de los planteos, y de la inmediata unidad que generó en la escuela cordobesa. Justamente ante las actitudes ambiguas, partiendo que de la ley 24.522 y sus reformas no se exige ninguna planificación para salir de la crisis, ni para presentar acuerdo (no para ser evaluado por un tercero o por un juez, sino como parámetro para juzgar la responsabilidad del administrador), se formuló una tesis ¹⁴ sosteniendo que las soluciones deben buscarse en el caso del concurso de sociedades en la legislación societaria, particularmente para determinar acciones de responsabilidad, como la de imputabilidad aditiva (denominada de inoponibilidad de la personalidad jurídica ¹⁵).

Ello se impone ahora a través de la referida resolución, dictada el 26 de julio y publicada en el B.O. de la Nación el 31 del mismo mes del 2006, da solución desde el derecho societario al tema de la crisis, donde se adoptan medidas en relación con la información que deberá contener la memoria de ejercicio de las sociedades por acciones, con el fin de cumplir

¹⁴ ALBERTI, Marcelo Edgardo, “Una contribución de Efraín Hugo Richard al derecho concursal: el plan de empresa como recaudo del concurso preventivo” en *Derechos patrimoniales. Estudios en Homenaje al Profesor Emérito Dr. Efraín Hugo Richard*, citado t. II, pág. 949. Conf. ntros., “Salvataje de la empresa y propuesta de acuerdo preventivo”, 1996, N° 6, págs. 121 a 128, Rosario, 2a. quincena de marzo de 1997, revista Derecho y Empresa de la Universidad Austral; “Propuesta de acuerdo preventivo. Su integración necesaria con un plan de dirección” en *Doctrina Societaria* N° 109, diciembre 1996, Errepar, t. VIII, pág. 548 y ss.; “Ensayo sobre el plan de empresa y las obligaciones del empresario” en revista *Estudios de Derecho Comercial del Colegio de Abogados de San Isidro* N° 9, 1993, págs. 55 a 70; “El ‘buen hombre de negocios’ y el ‘plan de empresa’” en *Doctrina Societaria y Concursal*, Errepar, t. V, pág. 337; “Crédito y plan de empresa” en XXIX Congreso Anual Ordinario de Abapra, La Rioja, 30 de mayo / 1 de junio de 1988; “¿Se integra la propuesta de acuerdo con un plan de cumplimiento?”, t. I, pág. 433; ponencias al III Congreso Nacional de Derecho Concursal y I Congreso Iberoamericano sobre la Insolvencia, Mar del Plata, 27, 28 y 29 de noviembre de 1997, 3 tomos, Buenos Aires, Ad-Hoc, noviembre 1997; “Salvataje de la empresa: ¿una postulación sin respuesta en la ley concursal?”, juntamente con Francisco Junyent Bas y Orlando Manuel Muiño, en *RDCO*, año 30, 1997, pág. 525 y ss..

¹⁵ Nuestra comunicación sobre “Las sociedades comerciales y su actuación en el mercado” al Primer Congreso Argentino-Español de Derecho Mercantil, Valencia, España, 19, 20 y 21 de septiembre de 2001, con títulos: “Sociedades comerciales y personalidad jurídica”; “Allanamiento, desestimación e inoponibilidad de la personalidad jurídica. Responsabilidad de los integrantes de los órganos de administración. Responsabilidad de los controlantes (Una propuesta metodológica)”.

con la ley de sociedades comerciales. Estas hacen referencia a: las razones de variaciones significativas operadas en las partidas de activo y pasivo; la estimación u orientación sobre perspectivas de las futuras operaciones; las relaciones con las sociedades controlantes, controladas o vinculadas y las variaciones operadas en las respectivas participaciones y en los créditos y deudas.

Se señalan en sus consideraciones, conforme hemos desarrollado: “Que la doctrina ha destacado la importancia de la memoria del ejercicio económico de las sociedades comerciales, por su función de información y control en protección de los accionistas y por ser elemento para la interpretación del balance, que debe suministrar una información panorámica precisa y orientaciones concretas sobre el estado actual de la sociedad y sus perspectivas, aspectos de la gestión, relación y actos sociales que, por su naturaleza o contenido, no pueden incluirse en el balance (confr. Halperín, Isaac, *Sociedades Anónimas*, Buenos Aires, Depalma, 1978, págs. 507/508; Fargosi, Horacio P., El artículo 66 de la ley 19.550, en *Estudios de derecho societario*, Buenos Aires, Abaco, 1978, págs. 135/136)... Que ello supone la agregación en la memoria de información que no puede consistir en la duplicación, bajo otra forma expositiva, de la ya requerida como información complementaria y del balance general, el estado de resultados y las notas complementarias y cuadros anexos, por los artículos 62 a 65 de la ley 19.550, sino que la situación presente de la sociedad debe ser ponderada como resultado de políticas empresariales seguidas a su respecto y evaluadas en cuanto a su conveniencia dentro del contexto en que la entidad haya operado, y su perspectiva o situación futura debe también inscribirse en una planificación de esas políticas empresariales en sus aspectos centrales y fijación de objetivos, como mínimo para el plazo del ejercicio económico entrante, y así exponerse en la memoria... Que la vigencia de deberes, principios y prácticas como los señalados, fundan requerir a la publicidad financiera alcances que aporten a la transparencia del mercado y la lealtad en la libre competencia, habiendo también destacado la doctrina la importancia del plan de empresa tanto desde la mira de la responsabilidad profesional de los administradores como desde la seriedad y *viabilidad de las soluciones concursales para empresas en crisis*”. Al respecto ha recordado Richard que “*la obligación de un buen hombre de negocios es planificar para el cumplimiento del objeto social de la sociedad que administra. Aun planificando existen riesgos, pero actuar sin planificación es de por*

sí generador de responsabilidad por no adoptar la actitud profesional que el art. 59 LS exige. La cuestión se potencia cuando actúa un órgano colegiado, que desenvuelve su actividad a través de resoluciones que importan un acto colegial colectivo imputable a la sociedad” (Richard, Efraín Hugo, “El plan de empresa, ética y responsabilidad del empresario”, en *Estudios en honor de Pedro J. Frías*, Ed. de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, 1994, t. III, pág. 1187; en similar sentido, el autor citado, junto con Junyent Bas, Francisco y Muiño, Orlando, “Salvataje de la empresa: ¿una postulación sin respuesta en la ley concursal”, *Rev. del Derecho Comercial y las Obligaciones*, Buenos Aires, Depalma, 1997, pág. 525); y que “en la realidad económica de hoy la responsabilidad de los administradores societarios, situación calificada en el caso de grupos societarios, toma especial relevancia por las crisis que han llevado, incluso, a pergeñar una nueva legislación concursal. Pero consideramos que la cuestión no se solucionará con esa legislación concurrential, sino previniendo sobre la misma sociedad, imponiendo una adecuada inteligencia del rol de sus administradores y particularmente de su responsabilidad frente a la crisis preanunciada y no afrontada” (del prólogo de Richard a *Responsabilidad de los administradores*, de Junyent Bas, Francisco, Córdoba, Advocatus, 1996).

Conforme con ello el subinspector general (int.) a cargo de la Inspección General de Justicia, RESUELVE: Art. 1º.- A los fines del cumplimiento de lo dispuesto por el artículo 66, encabezamiento e incisos 1), 5) y 6), de la ley 19.550, la memoria de ejercicio de las sociedades por acciones deberá incluir, (donde destacamos en relación a situaciones de crisis y la tempestividad para enfrentarla, no necesariamente en forma concursal, los apartados 5, 6 y 7, 5); los siguientes indicadores, razones o índices, expuestos comparativamente en columnas correspondientes a los del ejercicio anterior y a los del ejercicio a que se refiera la memoria, explicitando la fórmula (cociente) utilizada para su cálculo: a) Solvencia; b) Endeudamiento; c) Liquidez corriente; d) “Prueba del ácido” o liquidez inmediata; e) Razón del patrimonio al activo; f) Razón de inmovilización de activos o del capital; g) Rentabilidad total y ordinaria de la inversión de los accionistas; h) Apalancamiento o *leverage* financiero; i) Rotación de activos; j) Rotación de inventarios... 6. La definición de los objetivos para el nuevo ejercicio en los alcances y con la fundamentación, mínimos contemplados en el inciso 2), con consideración, en su caso, de las vinculaciones a que

se refiere el inciso 4) y de componentes del contexto general y sectorial que se estimen previsibles, y la mención concreta de las correcciones principales a la política empresarial que se considere necesario introducir. 7. La estimación aproximada del monto que, en caso de considerárselos necesarios, deberían alcanzar los aportes de los accionistas o u otros medios de financiación durante el ejercicio entrante”.

En síntesis, el contenido de la Memoria toma así su verdadero carácter, imponiendo el análisis preventivo de toda situación de crisis, provocando la actuación preventiva de una cesación de pagos dentro del ámbito societario, evitando el sistema concursal de enriquecimiento de los socios que genera en forma sospechosa quitas y esperas predatorias a los acreedores quirografarios llamados al concurso.

Consideramos que esta importante Resolución se irradiará no sólo al resto de las jurisdicciones del país, devolviendo la lealtad informativa evitando cualquier acción de responsabilidad contra los administradores de una sociedad, sino que también servirá para su análisis en los congresos internacionales, y con ese propósito aquí la introducimos.

5°. Un fallo de otro miembro del Instituto sobre que los administradores tienen el deber de asegurar la normal vida societaria -conforme al estándar de buen hombre de negocios- con la sociedad, los socios y los terceros. Verónica Martínez imputó responsabilidad por la totalidad del pasivo verificado ante la acreditación “que los administradores no realizaron ninguna actividad tendiente a superar la insolvencia... Los administradores debieron tomar alguna medida activa para evitar continuar operando en esas condiciones, puesto que pesa sobre ellos el deber de no dañar y además, en respeto a tal normativa específica, en la ley de sociedades, que es impuesta sobre todo, en protección de terceros”¹⁶, citando a su vez a Julia Villanueva¹⁷ subrayando que “*no se trata de responsabilidad objetiva, sino de exigirles que cumplan con el deber de respon-*

¹⁶Sent. N° 272, 25/7/06 en “Sindicatura de la quiebra de Sanatorio Privado Colón S.R.L. c/ Moyano, Jorge Antonio y otro - Acción ordinaria - Acción de responsabilidad”, inédita.

¹⁷“Breve introducción al estudio de las acciones de responsabilidad patrimonial en la quiebra” en *Conflictos en la insolvencia*, Nissen-Vítolo (directores), Buenos Aires, Ad-Hoc, 2005, pág. 281 y ss..

der que pesa sobre todo aquel que administra lo que no es suyo. Tampoco se trata de evaluar la gestión empresaria en términos de juzgar el acierto o desacierto del administrador en materia de mérito o conveniencia de las operaciones que integraron la actividad empresaria o su riesgo, sino de exigirles el cumplimiento de las aludidas normas de orden público que integran el derecho societario. Nos referimos a las normas pensadas en protección de terceros, obligación de la que no podrían ser dispensados, naturalmente, por ninguna asamblea de socios (art. 275 LS)”, continuando luego de esta misma autora: “Sobre la base de parecidas consideraciones, autorizada doctrina sostiene que, cuando la sociedad se halla en zona de insolvencia, los administradores deben cumplir su deber fiduciario primordialmente a favor de los acreedores, evitando trasladar sobre éstos las pérdidas o dificultades que afecten a la sociedad”¹⁸.

V. La empresa

1. La sociedad es un instrumento maravilloso para la organización empresaria. En la mayoría de las legislaciones se otorga a los particulares la capacidad jurígenica de crear personas jurídicas (o centros de imputación diferenciados) para afrontar determinadas actividades, acotando las responsabilidades.

Esas sociedades son gobernadas, administradas y representadas por órganos, donde a la postre se encuentran a personas físicas que tienen obligaciones y deberes para con la sociedad, los socios y los terceros con los que se vinculan, dentro de un estándar de conducta que puede traducirse en la figura del “buen hombre de negocios” que debe actuar con lealtad y diligencia.

2. Coetáneamente al dictado de la ley 24.522 en 1995, alterando profundamente el sistema concursal argentino en 1995, sostuvimos que

¹⁸VILLANUEVA, ob. cit., pág. 282, con cita a nosotros, “Los administradores societarios y la insolvencia” en RDCO N° 203, set. 2003, pág. 553 y ss., y también nuestro “Responsabilidad de administrador de sociedad en concurso preventivo” en IX Congreso Argentino de Derecho Societario y V Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa, Tucumán, 2004, t. II, pág. 689 y ss..

“el método de empresa o de organización global, donde se intenta poner atención a los efectos que genera una relación entre partes frente a la comunidad o 3^{ros} indeterminados... Se impone así, en la legislación mercantil, el método de empresa o de organización, que trata de analizar en su conjunto una serie de actos o contratos conexos conforme su finalidad, según su funcionalidad... La responsabilidad actual se sitúa en el sistema de empresa: prevenir el daño”.

3. 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 sostuvimos en 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”*.

A la comunidad, al país, a los trabajadores, a la economía en general, es indistinto quiénes sean los titulares del capital social. Y no puedo aceptar que se enriquezcan quiénes se marginaron del sistema privado de solucionar el problema, que es el societario, 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.

Congruentemente como lo señalan Barreiro y Truffat *“lo dirimente es poner la cuestión en manos de los socios. Estos tal vez decidan la capitalización de la empresa o admitan su fusión por absorción con otro ente más saludable”*. Omiten la más sensata medida, que es la capitalización de las deudas, que luego receptan cuando enfrentan -a mi entender es su único error- mi visión con la de Lorente: *“Se verá a continuación que sobre el punto hay dos visiones: una extrema (la de Richard) quien quiere que los administradores respondan, incluso, por la socialización de pérdidas que importan las soluciones preventivas. Otra más moderada (la de Lorente) -que es la que nos resulta más cercana- donde lo que se pretende es que el énfasis del rescate de la empresa esté en preservar a ésta y al interés de los acreedores, antes que al interés de los socios”*. Y páginas más adelante concluyen apoyando la posición de Lorente: *“Ya no se trata tanto de*

que alguien responda por los ‘daños’ de la insolvencia sobre el patrimonio de un acreedor concreto (aunque esta hipótesis no es descartable) sino que -frente al desangelado fenómeno de la insolvencia- las cargas del daño se repartan equitativamente; siendo intolerable que el sacrificio de los acreedores permita a los socios tener una sociedad renacida. Si hay padecer deben sufrirlo todos, pero en especial los dueños. Si hay éxito deben gozarlo todos, pero en especial los acreedores”. Hay daño y hay formas prioritarias de enfrentarlo en beneficio de la empresa conforme al “esfuerzo compartido”.

Nos hemos apoyado en la *absolute equity rule*¹⁹ -recordada por Lorente-, para sostener la necesidad de aplicar el art. 197 2º LS antes de pensar en presentarse en concurso. Y que las propuestas son abusivas, incluso, inconstitucionales²⁰ si junto a las quitas y esperas no hay una capitalización de la diferencia, pues en caso contrario hay un despojo a los acreedores en beneficio de los socios. Una propuesta de quita y espera sin esa contrapartida en la participación en el capital, o alguna forma de negocio participativo, es inconstitucional por violar el derecho de propiedad (art. 17 C.N.).

Si la empresa lo requiere debe imponerse la quita y espera, pero ello no debe beneficiar a los socios, enriqueciéndolos, sino que impone que por la tercera vía se capitaliza el monto quitado y lo que representa el diferimento²¹. A la empresa no le interesa quiénes son sus dueños, sino “ser empresa”, o sea “autosustentable”.

¹⁹En las Segundas Jornadas Interdisciplinarias Concursales del Centro, Córdoba 2005 que compartimos con Truffat, en las Jornadas Italoargentinas de Derecho, Córdoba, 2005 y luego en Barranquilla.

²⁰Comunicación al Primer Congreso Hispanoamericano de Derecho Concursal, Barranquilla, octubre 2005, “Reforma concursal: ¿de ideas o de normas?” en el CD editado por el Congreso, y “Hacia la desjudicialización de las crisis: la conservación de la empresa” comunicación en la Jornada Internacional de Derecho Concursal, Cali -Colombia- martes 18 de octubre de 2005, Facultad de Humanidades y Ciencias Sociales, carrera de Derecho de la Pontificia Universidad Javeriana, y Cámara de Comercio de Cali, o ambos en la página electrónica de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba www.acader.unc.edu.ar, y antes *Propuesta abusiva* para elDial.com en agosto de 2005 y también en esa página electrónica de la Academia y artículos similares en prensa en Zeus, Córdoba y Santa Fe.

²¹Nto. *Propuesta abusiva* en El Dial.com y en página electrónica de la Academia. También en “Otra vez sobre propuesta abusiva” en libro colectivo *Conflictos en la*

Un acuerdo de quita y espera predatoria, que pudiera asegurar realmente la conservación de la empresa -lo que deberá ser adecuadamente justificado-, se concilia con normas constitucionales si los socios comparan con los acreedores la propiedad de la sociedad que explota la empresa, en forma equivalente a la pérdida de valor del crédito de éstos.

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

Una sociedad que opera en cesación de pagos esta realizando actividad ilícita (art. 19 L.S.).

La tesis sustentada es una invitación a retomar esas ideas, que permitirían salvaguardar la empresa y las actividades productivas. Se trata de seguir abriendo surcos, explorando y arrojando unas pocas ideas, para que otros más dedicados las abonen y hagan fructificarlas para la mejor convivencia y seguridad jurídica.

4. Eliminando el estado de cesación de pagos, o situaciones anticipatorias, se permite conservar a la empresa y evitar el contagio.

Claro que esa crisis, conforme la legislación societaria, debe enfrentarse en el marco de la funcionalidad societaria. Así esa legislación trae estándares generales precisos en los arts. 59 y 99 LS sobre los deberes y obligaciones de un “buen hombre de negocios” y de sus responsabilidades frente a causales de disolución.

En primer lugar, la sociedad debe estar adecuadamente dotada patrimonialmente para el cumplimiento del objeto.

Frente a la crisis deben actuar administradores y socios.

Ante este estado de situación, nos preguntamos -y contestando afirmativamente-, si existen sanciones por esa actitud de abandonar las soluciones societarias y llegar tardíamente a la presentación del concurso. Muchas otras deficiencias acusa el derecho de la quiebra. La falta de un sistema de detección de dificultades y el retardo en la promoción traen como consecuencia que muchas empresas soliciten su concurso cuando hace tiempo que están en situación desesperante. Por ello los medios de

tutela no deben ser buscados en la ley concursal, sino en la prevención interna societaria. La cuestión debe ser resuelta en forma práctica y sencilla, advirtiendo que los mayores daños resultan no de la presentación del deudor persona individual sino de la insolvencia societaria.

La pregunta es: ¿pueden los acreedores que se sientan perjudicados promover acciones de responsabilidad contra administradores y socios aunque se hubiere homologado el acuerdo de la sociedad respectiva?

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

Por ello, la respuesta al interrogante es afirmativa.

Si bien se ha habilitado la apertura rápida -tempestiva- del concurso ante la constatación de la crisis, la presentación tardía en concurso de una sociedad en nuestro derecho es admisible y debe tramitar. Pero la idea transmitida de que no se generan efectos o sanciones si el acuerdo es aprobado es una afirmación errónea.

Es claro que las acciones por responsabilidad, que se genera por actos cumplidos con un año de anticipación al estado de cesación de pagos, se producen sólo en caso de quiebra, y sólo por dolo, excusándose la culpa; y las acciones de reconstrucción patrimonial ejercitables sólo hasta dos años antes de la declaración de quiebra -siempre y cuando a esa fecha se estuviera en cesación de pagos- son limitados al efectivo conocimiento de ese estado por el tercero y que éste no pueda acreditar que no se generó daño al concurso, además de limitarse notablemente las causales por otorgamiento de garantías a créditos originariamente quirografarios. He superado hace mucho tiempo las cuestiones sobre la responsabilidad en la quiebra, particularmente al señalar que la contratación a sabiendas de perjudicar al tercero por el estado patrimonial de la sociedad que se representa implica dolo. Dolo civil en el sentido previsto en los arts. 931 y 1072 C.C. Se afecta el obrar con lealtad y se cae en el dolo.

En estos casos habrá que pensar en otra acción de responsabilidad, la prevista en el art. 54 LS llamada de “inoponibilidad de la personalidad

jurídica”²². Los factores de atribución y causalidad quedarán claramente dibujados.

Los socios de control permitieron que los administradores societarios continúen la gestión social. De ello resulta una responsabilidad por acción si conocieron la mala gestión, y por omisión en caso contrario, por no elegir buenos hombres de negocios, personas idóneas y honestas a tal fin.

Pero se potencia esa situación cuando los socios postulan o toleran una propuesta que los lleva a enriquecerse afectando el derecho de propiedad de los acreedores sociales.

Es una forma antifuncional, abusiva, de usar la herramienta societaria, y la aparente tolerancia de la legislación concursal. Hay fraude y dolo de los socios que así lo decidan.

Ellos podían paliar la crisis, conservando la empresa, con el mismo acuerdo de quita y espera para ajustar la situación patrimonial, pero compartiendo la propiedad de las acciones con los acreedores, para no abusar del aparente derecho.

Los problemas concursales -o de crisis de empresa- no pueden solucionarse siempre dentro de la legislación concursal, y la problemática de la reparación de los acreedores debe ser afrontada integrando el análisis con las normas sobre responsabilidad general contenidas en el Código Civil y las específicas de la ley societaria. Esa integral aplicación de las normas debe permitir prevenir la insolvencia de las mismas e impedir la transferencia de los daños a los terceros.

Se trata de un problema metodológico que puede ser afrontado desde una ley de concursos, o bien desde la legislación que regula esos patrimonios, impidiendo que un instrumento de organización se constituya en una fuente de destrucción de la economía y la producción.

VI. La solución societaria: capitalizar la empresa

La pérdida del capital social, total o parcial, pero fundamentalmente la incapacidad sobreviniente para el cumplimiento del objeto social, son

²²Por ejemplo en el citado trabajo “Los administradores societarios y la insolvencia”, en RDCO N° 203, septiembre 2003, pág. 553 y ss..

causales de disolución de la sociedad “constituyendo al instante causal de la liquidación” que “son de orden público”²³. Así el efecto que genera su constatación impone la liquidación de la sociedad, salvo que se supere la misma por la capitalización de la sociedad, sea por los socios, terceros o por los acreedores (art. 197 LS).

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 beneficiarios con ello*”²⁴.

Resumiendo: 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 sostuve en 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*”.

A la comunidad, al país, a los trabajadores, a la economía en general, es indistinto quiénes sean los titulares del capital social. Y no puedo aceptar que se enriquezcan quiénes se marginaron del sistema privado de solucionar el problema, que es el societario, 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.

Centramos ahora nuestra posición, pero volviendo sobre ella como una misión, como lo hace actualmente General Motors y Ford, que frente a la crisis formula planes de reconducción laboral y fabril.

²³ ROITMAN, Horacio, *Ley de sociedades comentada y anotada*, Buenos Aires, La Ley, 2006, t. II, págs. 401 y 404.

²⁴ ROITMAN, ob. y t. citados, pág. 491.

VII. Responsabilidad social empresaria y planificación

Cámara expresa que *“En aras de los múltiples intereses económicos conexos, de carácter individual y colectivo... protege la permanencia de la empresa mientras exhiba algunos signos de vida”* ²⁵.

Se anticipó a la autorregulación generada en torno a la responsabilidad social empresaria, *“tutelando el valioso capital técnico, financiero y humano que representa”* ²⁶, recordando algún pensamiento sobre *“las nuevas actitudes del Estado consiste en hacer que las empresas sean más conscientes de su responsabilidad, respecto de los hombres que emplean y de los hombres entre los cuales viven. En la nueva óptica, el destino de la empresa ya no se limita a su propia situación financiera. La evolución rápida de la técnica y de los mercados ya no le obliga solamente a equilibrar sus cuentas. Le crea el deber moral de sobrevivir, porque su supervivencia se ha hecho indispensable para la salvaguardia de otros intereses que los de su propietario: el pleno empleo de la población activa de la localidad donde funciona, la prosperidad de esa localidad y de su región, la productividad máxima de los medios que inmoviliza, etc. El Estado le invita, pues a preocuparse continuamente de lo que puede llamarse su destino público”* ²⁷. Se anticipa a la doctrina de la responsabilidad social empresaria.

El abuso de la autonomía negocial en las relaciones de organización siempre importa la responsabilidad de quién así actuó.

Así el fallo “Palomeque, Aldo René c/ Benemeth S.A. y otro s/ recurso de hecho”, donde pueden verse, pese a la aparente restricción a la aplicación del art. 54 *in fine* ley de sociedades comerciales, un interesante atisbo de soluciones para ciertos casos. En él, la C.S.J.N. (del 3 de abril de 2003) al hacer suyas las consideraciones del procurador general de la Nación (del 23 de octubre de 2001), parecería que sólo acepta la aplicación de la imputación y responsabilización al controlante torpe -la

²⁵CÁMARA, *El concurso preventivo y la quiebra* cit., t. I, pág. 88.

²⁶CÁMARA, *El concurso preventivo y la quiebra* cit., t. I, pág. 87.

²⁷CÁMARA, *El concurso preventivo y la quiebra* cit., t. I, pág. 88 con cita de BLOCH-LAINÉ, *Pour une réforme de l'entreprise*, París, 1963, pág. 129.

llamada inoponibilidad de la personalidad jurídica-, o a accionistas y directores, en supuestos en que la actividad desviada fuera genética respecto a la sociedad creada (“*no ha quedado acreditado que estemos en presencia de una sociedad ficticia o fraudulenta, constituida en abuso del derecho y con el propósito de violar la ley*”), lo que realmente implica confundirlo con el supuesto penal societario del art. 19 LS, restringido incluso éste.

Indirectamente, la C.S. ha fijado cuatro casos de inoponibilidad (y quizá de actividad ilícita) vinculados a la sociedad aparente que señalaba Galgano o a la constituida en fraude a los acreedores o que opera en insolvencia:

a. Bi/plurilateralidad genética simulada lícitamente; b. Sociedad de cómodo, uno de cuyos supuestos -como eruditamente indica el fallo lo es la unipersonalidad encubierta; c. Infracapitalización material constitutiva y d. Sociedad con actividad ilícita inicial.

Claro que esa interpretación se vincula más con una doctrina restrictiva en torno a la aplicación del referido art. 19 de la ley de sociedades, que a la letra, espíritu y doctrina del referido art. 54 *in fine*.

La inoponibilidad de ciertos efectos es la respuesta adecuada en el sistema de las relaciones de organización, pues sin afectar la personalidad jurídica del ente, genera efectos de imputación o de responsabilidad que no resultan normales y que sólo corresponde efectivizar ante abusos funcionales o fraude a la ley.

El criterio es respecto a la infracapitalización material constitutiva, pero si esta apareciera en la funcionalidad societaria se estaría frente a una causal de disolución de orden público, que impone que los administradores convoquen a los socios, y que éstos superen la situación o abran el período de liquidación de ésta.

Lo que hoy debemos enfrentar si consideramos a la empresa una unidad económica, es entrenar a sus administradores y a los acreedores. A los primeros a prever, planificar y evitar los síntomas que anticipan la autodestrucción de esa unidad y la afectación a la comunidad y al mercado, pues como señala Lorenzo Stanghellini ²⁸ -describiendo situaciones

²⁸“Proprietá e controllo dell impresa in crisi” en Rivista delle Società, settembre-ottobre 2004, pág. 1041, específicamente, pág. 1074, especialmente, pág. 1079.

similares en el contexto de la Responsabilidad Social de la Empresa- el acreedor se encuentra en la misma situación de un “inversor sin derechos”. A los segundos -dentro de los cuales pueden estar los trabajadores- para asumir la titularidad o cotitularidad de la propiedad de la empresa, con o sin aquellos administradores, cuando los socios no puedan o no quieran soportar los esfuerzos que impone una crisis. El derecho no puede aceptar, so pretexto de la conservación de la empresa, que las pérdidas y las dificultades sean afrontadas exclusivamente por los proveedores de créditos, bienes o servicios, sin que los mismos puedan alcanzar algún beneficio que resulte de aquél sacrificio.

Pero la sociedad no ya como una institución social (es una institución jurídica) que pueda hacer pensar en la “empresa inmortal” -al decir de Jaime Anaya-, sino en el aseguramiento de su funcionalidad normativa y estructural: las obligaciones o deberes fiduciarios de los administradores societarios. La doctrina actual tiene en claro que “*el saneamiento y recuperación empresarial será por sí un objetivo que haya que actuar contra las fuerzas del mercado*”²⁹. En el derecho portugués de la última década señala la Ordenanza respectiva en el párrafo primero: “el procedimiento de insolvencia tiene por finalidad satisfacer colectivamente a los acreedores del deudor mediante la realización de su patrimonio y la distribución del producto resultante, o mediante un plan de insolvencia en el que se contenga una reglamentación diferencia especialmente dirigida a la conservación de la empresa”.

Adviértase que no nos incorporamos en la tesis pesimista de la escuela económica del derecho (Bowers), que sostiene que las soluciones se logran al margen de este juicio, donde muchos profesionales lucran con ello. Los grandes acreedores ya constituyeron hipotecas o garantías, participar en el juicio concursal es ineficaz. En ese sentido Thomas H. Jackson (EE.UU.) expresa “*como muchas especias arruinan la sopa, muchas funciones arruinan el derecho, opacan la verdadera función del derecho concursal*”. Y al lado de esas posiciones nihilistas, los constructivistas dentro de esa misma escuela optan por la preparación de un plan de reorganización de la sociedad con los acreedores y accionis-

²⁹ STOLL, H. y MORAHT, J., “La insolvencia del derecho privado alemán en los años 1990 – 1991”, traducción J. Santos Briz, en Revista de Derecho Privado 1993, pág. 1111 y ss..

tas, con una huida de la judicialidad. ¿Hacia dónde deberían tender las nuevas técnicas jurídicas en torno a la insolvencia? Volver al redil, a las normas societarias.

Las dificultades esenciales en torno a los magros resultados prácticos que arrojan los procedimientos concursales, resultan de la falta de sanción por la no presentación temporánea de los deudores. La calificación de conducta parece insuficiente, y ese trámite ha sido removido en el sistema nacional, pero no tenemos duda que, en la mayoría de los casos una situación concursal implica una infracapitalización -o subcapitalización-, que si ha sido advertida es indudablemente una situación de dolo civil que autorizaría una acción individual de responsabilidad por los acreedores sociales posteriores a esa situación contra los administradores que siguieron operando en estado de cesación de pagos.

Los administradores societarios tienen la obligación de planificar la actividad social para la consecución del objeto.

Obviamente que la responsabilidad surgirá cuando exista daño a los acreedores y el mismo permita legitimar a éstos activamente para reclamar a administradores societarios como legitimados pasivos. Se resolvió en un caso que se infligió un “daño directo al actor en tanto, encontrándose en cesación de pagos y en la búsqueda de medios ruinosos, lo convenció de que formalizara un préstamo a nombre de una sociedad que él manejaba discrecionalmente y sabía que carecía de toda solvencia, para quedarse con los fondos en provecho propio y en perjuicio del mutuante. De tal suerte se presente la situación del director que induce a la concesión de crédito a una sociedad en situación real de insolvencia que es expresamente ejemplarizada por Garríguez y Uría frente al tercero por lesión directa a su patrimonio (ver comentario a la *Ley de Sociedades Anónimas*, t. II, Madrid, 1976 p 196, cap. I, N° 2, último párrafo, siendo para el juez fundamental que haya obrado a nombre de la sociedad, ya que de lo contrario, se estaría en la órbita del art. 1109 del C.C., sin necesidad de acudir a la normativa societaria”³⁰.

³⁰ Fallo de Primera Instancia, juez Dr. Eduardo Favier Dubois (h) en “Peacan Nazar c/ Torres Astigueta” del 16 de mayo de 1995, L.L., t. 1996 C, fallo N° 94379, comentado por Alberto Conil Paz, “Responsabilidad de representantes sociales y quiebra”.

Si no existe precepto alguno que limite la libertad de los socios fundadores para determinar la cifra concreta de capital social, ni que establezca la obligación de éstos de establecerla de conformidad con las necesidades financieras de la empresa social, prohibiendo la infracapitalización material de la misma, ello no impide que el deber de los socios y administradores de procurar una adecuada capitalización de la sociedad esté reconocido a nivel normativo³¹, aunque sea casi imposible fijar con criterios apriorísticos cuales son las necesidades financieras de una determinada actividad empresarial³².

Ante falta de disposición normativa existe la posibilidad de enfocar el problema de la infracapitalización desde la óptica de la *responsabilidad de los administradores*. Así se contempla en Francia, con la *action en comblement du passif*, que establece en sede concursal la sanción a la infracapitalización³³. Lo mismo sucede en Italia, por la aplicación de la acción del art. 2449 del Codice Civile³⁴. Si bien en España no existen normas similares³⁵, la aplicación del art. 262.5 de la LSA puede llevar a obtener resultados semejantes³⁶.

³¹ Así lo reconoce PAZ-ARES, C., "La infracapitalización. Una aproximación contractual", RdS N°2, 1994, pág. 262 que parte de la premisa de que en nuestro ordenamiento se consagra -de manera implícita- un deber de capitalización adecuada y, por tanto, la responsabilidad de los socios por infracapitalización. Para MASSAGUER, J., *El capital nominal RGD*, 1990, pág. 5571) en el ordenamiento jurídico español, el principio de adecuación entre la cifra de capital social y las necesidades financieras de la empresa, de congruencia con el objeto de la sociedad, se halla presente, sobre todo, en el art. 260.3 LSA, puesto que éste incluye entre las causas de disolución de la sociedad anónima la "imposibilidad manifiesta de realizar el fin social". También encuentra base legal en el art. 167 LSA que reconoce el derecho de oposición de los acreedores en los casos de reducción del capital social (conf. Boldó Roda en trabajo cit.).

³² Conf. MASSAGUER, J., *El capital nominal...*, cit., págs. 5567-5570.

³³ Art. 180 de la ley 85-98 del 25 de enero de 1985 *relative au redressement et à la liquidation judiciaires des entreprises*.

³⁴ Cuando se ha continuado en la gestión social una vez acaecida la infracapitalización o la pérdida del capital social, causas de disolución contempladas en los números 2 y 4 del art. 1448 del Codice Civile.

³⁵ Sobre esta cuestión, confr. MASSAGUER, J., *La reintegración a la masa de los procedimientos concursales*, Barcelona, 1986, pág. 168.

³⁶ Conf. MASSAGUER, J., *El capital nominal...* cit..

Dentro de la doctrina argentina poco es lo que se ha trabajado al respecto, salvo algunas comunicaciones que se han formalizado a congresos, entendiéndose que “se trata de una cuestión de responsabilidad lisa y llana de los socios, como materia interna que hace a la estructura de la entidad societaria”³⁷, que extendemos particularmente a los administradores³⁸.

Con ello se seguiría el “modelo italiano” de tratamiento positivo de la infracapitalización material, basado ante todo “en la función empresarial del capital social y, por tanto, en soluciones que atienden a la ineptitud del fondo patrimonial que esconde para la explotación de la empresa social y, por ello, para la realización del objeto social”³⁹.

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.

La conservación de la empresa estructurada societariamente es un problema de los administradores y de los socios⁴⁰. Es una cuestión de

³⁷Conf. MANÓVIL, *Grupos de sociedades* cit., pág. 1002.

³⁸NISSEN, Ricardo, “El daño resarcible en las acciones individuales de responsabilidad contra los administradores de sociedades comerciales” en *Derechos patrimoniales. Estudios en Homenaje al Profesor Emérito Dr. Efraín Hugo Richard*, dirigido por Laura Filippi y María Laura Juárez, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2001, t. I, pág. 655, y ntro. “Los administradores societarios y la insolvencia” en RDCO N° 203 -septiembre 2003- pág. 553.

³⁹Conf. OYXOA-ERRARTE, “Comentario a la resolución de la Dirección de los Registros y del Notariado del 22 de junio de 1993. La infracapitalización CDC”, septiembre 1994, pág. 284; también en Alemania, últimamente, parece que un sector doctrinal propugna, frente a la responsabilidad por infracapitalización material, la responsabilidad de los administradores que nace en los casos en que el sobreendeudamiento es presupuesto para la apertura de un procedimiento concursal y existe retraso por parte de éstos en instar dicho procedimiento ante esa situación (§ 823.2 BGB y § 830 del mismo texto legal, aplicable a los socios cuando haya por su parte algún tipo de colaboración en esa actuación).

⁴⁰“La conservación de la empresa” en *Anales* de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, t. XXV, pág. 107 y ss., correspondiendo a mi comunicación en ocasión de recibir el Premio Academia en 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

derecho privado. Obviamente que tal reorganización podría ser asumida directamente por la sociedad o, posteriormente en una propuesta de acuerdo preventivo extrajudicial o judicial ⁴¹, 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...

Y así están las cosas. “*Se advierte... una tónica uniforme que exterioriza disconformidad frente a la insatisfacción de los sistemas destinados a regular las crisis empresarias, y en suma, el fracaso de la legislación, lo que constituye una causa determinante de sucesivas reformas en búsqueda irrenunciable de la estrella polar de una solución imposible*” ⁴², es que ante la crisis económico-patrimonial-financiera de las sociedades, ésta debe ser asumida desde el derecho societario. Sólo fracasadas las acciones previstas en el mismo, para conservar la empresa podrá afrontarse el camino concursal, con el debido equilibrio entre acreedores y socios.

El derecho societario iberoamericano es suficientemente uniforme para admitir (e imponer) estas conductas.

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..

⁴¹Recordamos en vigencia de la ley 11.687 el concurso preventivo de Francisco Porchietto S.A., en la ciudad de Córdoba, patrocinado 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%.

⁴²DASSO, Ariel Angel, *Tendencias actuales del derecho concursal*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 1999, pág. 49.

BIEN JURÍDICO TUTELADO POR EL SISTEMA CONCURSAL. PREVENCIÓN DE LA CRISIS *

Sumario: 1. Sobre el título: bien jurídico tutelado por el sistema concursal. Prevención de la crisis. El disvalor. 2. La eficiencia del derecho concursal. 2.1. Tempestividad: ¿para qué? 2.2. ¿Qué determina considerar un sistema concursal eficiente? 2.3. ¿Conservación de la empresa o de la sociedad propietaria? 2.3.1. Crisis societaria. 2.3.2. Disvalor: el slogan. 2.3.3. Sobre la empresa y su conservación. 3. Eficiencia. 4. Responsabilidad de administradores y de acreedores informados. 5. Viabilidad y plan. 5.1. Uso funcional de la legislación societaria. 5.2. *Corporate government* y responsabilidad social empresaria. 6. Epílogo.

Trabajamos motivados por la convocatoria a este III Congreso Iberoamericano de Derecho Societario, conforme a su lema “Por la eficiencia del sistema concursal”¹.

* Comunicación al III Congreso Iberoamericano de Derecho Concursal “Por la eficiencia del sistema concursal”, Barcelona, diciembre 2007.

¹ Tratamos de mantener cierta sistemática personal en estos congresos. En el primero señalamos la necesidad de una relectura de las normas concursales, manteniendo una unidad con el sistema general. En el segundo intentamos avizorar, *La empresa, su crisis y su conservación (meditaciones desde una visión nacional)*, que usamos para intentar un panorama generalizante. Ahora nos referimos al *Bien jurídico tutelado por el sistema concursal. Prevención de la crisis*. En Mérida habíamos dejado un pilar: la teoría de la bipolaridad de los valores para atisbar la existencia de un bien o interés jurídico tutelado universalmente por las legislaciones concursales. No nos guía una pretensión de originalidad, sino de entregar nuestras experiencias. Creemos que los viejos debemos trabajar en los cimientos -sugiriendo, indagando sobre ciertos aspectos universales de un sistema jurídico-, pues la edad no nos da tiempo para los detalles de altura, para los que hay muchos artesanos altamente capacitados.

Es rol de la doctrina auditar el sistema jurídico como unidad. Abordamos la cuestión en el XI Encuentro de Academias Nacionales de Derecho, en Córdoba el año 1995², cuando afirmábamos que “es centro de debate la eficiencia del sistema jurídico” y que “el tema se encuentra vinculado a la ineficiencia del derecho que facilita una actitud masiva de incumplimiento”. Allí ubicábamos dentro de las relaciones de organización las sociedades y los concursos.

Continuamos en la Academia de Córdoba³ sobre *Ineficacia del sistema concursal*⁴ intentando seguir las enseñanzas de los recordados Héctor Cámara y Francisco Quintana Ferreyra⁵, sobre la necesidad de que el sistema jurídico intentara evitar la propagación del virus de la insolvencia.

Intentamos fijar cierta base en torno del sistema concursal que permite alterar la relación normal de cumplimiento de las obligaciones, posibilitando modificar las relaciones ante la crisis o su inminencia, imponiendo ciertas conductas tanto al deudor como a los acreedores.

Ello debería asegurarse a través del sistema normativo, permitiendo pensar -ante la declinación del sistema concursal argentino- en hacerlo a través del régimen societario, para que el recurso técnico de la sociedad cumpla como estructura su rol funcional, y receptor la tendencia de las soluciones privadas extrajudiciales, con la necesaria revisión del sistema de la legislación de fondo en forma previa a las del derecho concursal, como señala Dasso⁶.

² Ntro. “Posibilidad y conveniencia de la reforma del derecho privado. Aspectos metodológicos”, en libro colectivo *Unificación civil y comercial: lo posible y lo conveniente*, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Córdoba nov. 1996, correspondiente al XI Encuentro de las Academias Nacionales de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires y Córdoba, Córdoba, 12 y 13 de octubre de 1995, pág. 61 a 111, específicamente punto 5.1, pág. 74.

³ En *Anales*, t. XXXIX, año académico 2000, t. I, pág. 293.

⁴ Ntro. “Ineficiencia de la ley concursal” en *Revista Derecho y Empresa*, N° 10 diciembre, Univ. Austral, Rosario 2000, pág. 176 y ss..

⁵ A ellos les hemos dedicado los primeros cuatro números de *Ensayos de Derecho Empresario*, publicación semestral de la Universidad Nacional de Córdoba, Departamento de Derecho Comercial de su Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, y de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, a través de su Instituto de la Empresa.

⁶ DASSO, Ariel Angel, *Tendencias actuales del derecho concursal*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 1999, págs. 46 y 47, con citas de Karsten Schmidt y Ragusa Maggiore, apuntan-

Cualquiera que sea la conclusión, debe existir la convicción y coherencia para, a partir de ello, construir el sistema correspondiente. Fundamentalmente del legislador para la coherencia de las normas, conforme el objetivo predeterminado al estructurar el sistema. La dubitación, la continua modificación de aquellas normas por las luces destellantes de reformas en el derecho comparado, parecen ser recibidas en distinta forma por la doctrina, conforme su propia concepción dogmática, tratando de aplicarlas en el sentido tutelar de su personal determinación. La fragilidad y falta de coherencia de las normas facilitan esa actitud y el fracaso aparente de la legislación.

1. Sobre el título: bien jurídico tutelado por el sistema concursal. Previsión de la crisis. El disvalor

No dudamos que el disvalor está representado por el presupuesto objetivo⁷ de apertura de los procedimientos de alteración de las relaciones: avizoración de la crisis, crisis, cesación de pagos, insolvencia...⁸, con manifestaciones más o menos pautadas de esa situación conforme cada legislación, inclusive tratando de impedir que el deudor con la mera manifestación trate de alterar el normal cumplimiento de las obligaciones con-

do: “... en muchos casos la doctrina puso el acento en advertir que las dificultades provenían no ya del régimen específico, sino del ordenamiento común, focalizando los males en: a. la gran cantidad de garantías reales y mobiliarias sin desplazamientos y, b) la infracapitalización de las sociedades con responsabilidad limitada, c) la inexistencia de tipificación penal de las conductas de los sujetos del concurso. Este diagnóstico culmina con la exigencia de remediar primero las carencias del ordenamiento común o Derecho material”. Sin duda se corresponde con nuestra visión de bucear en el derecho societario y en el derecho civil sobre las medidas que deben adoptar los administradores y titulares de participaciones de personas jurídicas, y en sus responsabilidades.

⁷ Ver “La eficiencia del derecho concursal (sobre la tempestividad y el presupuesto objetivo)” con Antonio SILVA OROPEZA, comunicación al Primer Congreso Mexicano de Derecho Concursal, Ciudad de México, 27 a 29 de junio de 2007.

⁸ ROJO, Angel, “Presupuesto objetivo”, en AA.VV., *Comentario de la ley concursal*, 1ª ed., dirigido por Angel Rojo y Emilio Beltrán, Madrid, Thompson-Civitas, 2004, t. I, pág. 164 y ss. donde brinda un amplio panorama sobre otros estadios de la cesación de pagos, como la insolvencia inminente.

traídas. Esa simple manifestación es, en principio, el “Abrete Sésamo” en la legislación y práctica argentina⁹. Una fórmula es la inminencia de la insolvencia¹⁰, conforme la cual los administradores societarios deben adoptar medidas en lo interno, y fracasando ellas podrán recurrir tempestivamente a la apertura de un proceso concursal de concurrencia.

Sostuvimos, dentro de la teoría de la bipolaridad de los valores, que si el disvalor es la crisis, la cesación de pagos, el valor debe ser su elimina-

⁹ En torno del uso abusivo del concurso es obvio que un deudor no puede prevalerse de requerir el sistema de concurrencia, abriendo un juicio de concurso, si no se encuentra su patrimonio en cesación de pagos. QUINTANA FERREYRA, FRANCISCO, *Concurso Ley 19551 Comentada, anotada y Concordada*, citada, t. I, pág. 152, “*Los abusos cometidos... a consecuencia de la confusión del verdadero concepto de la cesación de pagos son harto elocuentes... De allí surgió la necesidad de incluir en el texto de la ley 19.551 la exigencia de la previa existencia de la cesación de pagos*”. En ese orden la legislación concursal mexicana exige un objetivo y tasado incumplimiento. En el art. 10 dice que “... el incumplimiento generalizado en el pago de las obligaciones de un comerciante a que se refiere el artículo anterior, consiste en el incumplimiento en sus obligaciones de pago a dos o más acreedores distintos y se presenten las siguientes condiciones: I. Que de aquellas obligaciones vencidas... las que tengan por lo menos treinta días de haber vencido representando el treinta y cinco por ciento o más de todas las obligaciones... y II. El comerciante no tenga activos enunciados... para hacer frente a lo por lo menos el ochenta por ciento de sus obligaciones vencidas a la fecha de la demanda”. Tan importante como la exteriorización, es la exactitud de la manifestación como expresión del estado de cesación de pagos, o sea que corresponda a un correcto diagnóstico, distinguiendo entre mera impuntualidad y la solvencia artificiosa. Por ello los hechos reveladores del estado de cesación de pagos que incorporan las legislaciones, y la idea que la prueba de que ellos no importan ese estado debe caer en el supuesto insolvente. PUGA VIAL, Juan Esteban, *Derecho concursal. El juicio de quiebra*, 3ª ed. actualizada, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1999, pág. 42 y ss., expresa: “*la cesación de pagos autoprovocada por el deudor, sea con malicia o negligencia, merece sanción penal y no así el incumplimiento de una obligación... tratándose de una deudor de entidad relativa en la economía... pueden incidir negativamente, con mayor o menor fuerza, en el funcionamiento macroeconómico, poniendo en jaque así al sistema crediticio en particular, considerando el fenómeno que hemos denominado de la concatenación de patrimonios lo que en concreto puede significar un sinnúmero de quiebras o insolvencia en cadena; y al mercado en general, pues de algún modo el quebrado producirá una distorsión de este mecanismo de circulación de la riqueza*”.

¹⁰ En la legislación española, PULGAR EZQUERRA, Juana, “La reforma del derecho concursal español: el presupuesto objetivo del concurso de acreedores”, en *Doctrina Societaria y Concursal*, marzo 2004, t. XVI, pág. 267, conforme a “*un principio conservativo como medio para la satisfacción de los acreedores*”.

ción para restablecer la plena aplicación del sistema jurídico general, relegado parcialmente ante la presencia del disvalor.

Y si ese es el valor y también el disvalor, la actuación oportuna, rápida, coherente debería ser el norte de todos los implicados conforme el régimen jurídico aplicable. Ello es el centro de la preocupación de la doctrina y la legislación.

2. La eficiencia del derecho concursal

Llegamos al lema y al nudo de la cuestión: ¿cómo medir la eficiencia del sistema?

2.1. *Tempestividad: ¿para qué?*

Apuntábamos la posición doctrinaria -y también legislativa, aunque aparentemente abandonada por la legislación argentina- sobre la rapidez con que debe intervenir ante supuestos de crisis o insolvencia de un deudor, particularmente societario.

Existe una tendencia, marcada en los proyectos Rojo (español) y Olivera García (uruguayo), en recalcar el interés público que comporta que el concurso se abra en supuestos de insolvencia, evitando la actuación en ese estado, ampliando la legitimación activa para la apertura del llamado concurso preventivo no liquidatorio, habilitando la petición a instancia del acreedor o de sujetos patrimonialmente afectados, con fórmulas de estímulo, otorgando privilegios¹¹ a tales legitimados que provoquen esa declaración.

En el derecho argentino -al eliminarse todo plazo para la presentación en concurso- se ha potenciado que las situaciones sean irreversibles, pese a facilitar herramientas al administrador societario a través del acuer-

¹¹Dasso, Ariel Angel, en *Tendencias actuales del derecho concursal*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 1999, pág. 70.

do preventivo extrajudicial¹², generándose la idea de que los administradores societarios pueden continuar ininterrumpidamente la actividad de la sociedad pese a estar en insolvencia, sin planificación coherente, tratando de obtener más créditos o reciclar el existente, con la misma modalidad que los administradores públicos argentinos afrontaron la deuda externa en la década pasada.

La doctrina ha sido conteste, y el derecho comparado viene dando soluciones diversas, que ante las crisis los remedios deben aplicarse en la forma más rápida posible, evitando la profundización de esa crisis y su contagio, y la importancia capital de la prevención¹³. Conforme con esta

¹²Sobre acuerdos extrajudiciales ALEGRÍA, Héctor, “Acuerdo preventivo extrajudicial (Caracterización, problemas y acuerdos privados)”, en *Revista de Derecho Privado y Comunitario 2002-3 Concursos* 1 p. 145; JUNYENT VÉLEZ, Francisco, “El acuerdo preventivo extrajudicial: ley 25.589”, en la misma revista, pág. 189.

¹³Lo hacía Yadarola en 1925, en el *Proyecto de ley de quiebras* publicado en la *Revista de la Universidad Nacional de Córdoba*, 1925, y reproducido en *Homenaje a Yadarola*, Editorial Universidad Nacional de Córdoba, Córdoba 1963, t. I, pág. 335, lo hizo nuestra legislación en 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**, aun 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)”. Conf. RICHARD, Efraín Hugo, *Justicia y Derecho. Insolvencia societaria*: “El incumplimiento voluntario de ciertas obligaciones por un deudor en dificultades financieras puede

situación normativa se ha pretendido que no existe sanción alguna en el caso que sociedades continúen operando en cesación de pagos durante largo tiempo. Esa conclusión es disvaliosa y equivocada¹⁴. La Exposición de Motivos de la ley 22.917 justificó esa redacción y la liberación de plazo sosteniendo que un “plazo rígido y breve, muchas veces carece de sentido frente a las circunstancias del caso en particular”, temporalidad eliminada que permite la adopción “*de medidas de saneamiento o superación de situaciones dificultosas cuando ellas se efectúan con seriedad y sin afectar intereses superiores*”¹⁵.

*“La terapéutica debe adoptarse oportunamente, a imagen de las personas físicas que padecen alguna dolencia, en su oportunidad, y no tardíamente; es decir, cuando detectan los primeros síntomas de dificultades, y no al tiempo de la insolvencia... Los legisladores de diversos países apoyan dicha tesisura, aunque no siempre con éxito... Un viejo adagio reza ‘más vale prevenir que curar’”*¹⁶.

La visión sobre la tempestividad en la presentación vino a ser abonada por la justicia en el caso Transportes Perpen, donde la Cámara Comercial de la Capital determinó la responsabilidad de administradores basada en la falta de presentación oportuna en concurso¹⁷, pese a no existir plazo expreso aparente al respecto¹⁸.

llevar a la quiebra al acreedor previsor que se encontraba *in bonis*” en *Congreso de Academias Iberoamericanas de Derecho*, edición de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Córdoba, 1999, pág. 631 y ss..

¹⁴“Técnicas para lograr la eficiencia del sistema concursal” en *Anuario VII* (2002-3) del Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales, Córdoba, Lerner, 2005, pág. 153 y ss..

¹⁵HEREDIA, Pablo D., *Tratado exegético de derecho concursal*, Buenos Aires, Abaco, 2000, t. I, pág. 356.

¹⁶CÁMARA, Héctor, *El concurso preventivo y la quiebra*, Buenos Aires, Depalma, 1982, t. III, pág. 1429.

¹⁷Ntro. “Responsabilidad del directorio por omisión (no liquidarla ni presentarla en concurso y no llevar contabilidad en forma)”, publicado en *Revista de las Sociedades y Concursos* (director: Ricardo Nissen), N° 43, año 9, noviembre-diciembre 2007, pág. 127, donde se comenta un interesante e importante fallo de la CNCom., Sala B, de reciente data: 20/12/06, en la causa “Transportes Perpen S.A. s/ quiebra c/ Ernesto Perpen y otros s/ordinario (acción de responsabilidad)”.

¹⁸Ntro. *Insolvencia societaria*, Buenos Aires, Lexis Nexis, 2007, donde afrontamos todas estas cuestiones.

Ese criterio fue ratificado en las comunicaciones al X Congreso Argentino de Derecho Societario y VI Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa -La Falda, República Argentina, octubre 2007- con la presencia de numerosos miembros del Instituto, al tratarse tres aspectos fundamentales en relación a la insolvencia: la necesidad de la dotación patrimonial inicial al constituir una sociedad, su mantenimiento, los medios de financiamiento y la responsabilidad de administradores. Incluso revisando la perspectiva de la empresa desde la visión del Corporate Government y de la “responsabilidad social empresaria”¹⁹.

Es general la tendencia a tratar -por diversos medios- de actuar anticipadamente a que se instale la cesación de pagos en un patrimonio, por los efectos nocivos que genera en ese patrimonio y en todos los que a él se vinculan, incluso a la colectividad donde está inserta la actividad empresarial en dificultades. Desde 1925 Yadarola aconsejaba procedimientos ante la mera crisis financiera y económica, que recién fue introducida como presupuesto en nuestra legislación en 1983.

*“Uno de los más graves problemas del derecho concursal es el denominado **problema temporal**: el concurso se abre, con frecuencia, cuando el patrimonio del deudor no sólo es insuficiente... disminuyen considerablemente las expectativas de conservación de las empresas en crisis. La receta para la solución del problema es doble, y arranca de la evidente constatación de que deudor y acreedores disponen de diferente información. El deudor ha de conocer su situación, por lo que basta con ofrecerle estímulos -positivos o negativos- para que inste su propio concurso”*²⁰. Cuando no existen esos incentivos, debe apuntarse a informarle al administrador de la responsabilidad que asumiría de no actuar adecuadamente, y en eso estamos.

¹⁹Se pueden consultar los cuatro tomos de comunicaciones editados en forma previa al Congreso, coorganizado por la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba -Departamento de Derecho Comercial- y la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales, a través de su Instituto de la Empresa al que pertenece el presidente y numerosos miembros del Instituto Iberoamericano de Derecho Concursal, edición de la Fundación para Estudios de la Empresa (FESPRESA) Córdoba 2007.

²⁰BELTRÁN SÁNCHEZ, Emilio M., *El nuevo derecho concursal español* en *Doctrina Societaria y Concursal*, noviembre 2003, t. XVII, pág. 1127 y ss., específicamente pág. 1136.

Es la protección preconcursal a la empresa en dificultades que refiere Osvaldo J. Maffia²¹.

2.2. *¿Qué determina considerar un sistema concursal eficiente?*

El punto en cuanto al bien jurídico tutelado, definido dogmáticamente por la teoría de la bipolaridad de los valores, sería una conclusión vaga, pues la eliminación del estado de cesación de pagos o de crisis podría limitarse a la recomposición patrimonial del sujeto en crisis, sin dirigirse a una solución estable, bastando que se reflejara en un balance.

La pregunta crucial para el análisis de un sistema, de su diagnóstico y para la formulación de una legislación sistemática, sería: ¿Qué determina considerar un sistema concursal eficiente? Alguna respuesta podría ser la que permite un arreglo de la deudora con los acreedores al menor costo, otra la que permite obtener el mejor dividendo en una liquidación rápida, barata y exitosa. Otra la que permite reordenar patrimonialmente a la sociedad deudora. Obviamente que nos alejamos aquí de los concursos de personas individuales o pequeños concursos, para referirnos -como lo venimos haciendo sin desconocer los problemas de éstos- al concurso de sociedades.

La respuesta genérica sería que es la conservación de la empresa, al eliminarse el estado de cesación de pagos, con la tendencia a considerarlo vinculado a la sociedad que desarrolla la empresa, lo que -a nuestro entender- constituye un disvalor al que nos referiremos.

2.3. *¿Conservación de la empresa o de la sociedad propietaria?*

Para responder debe hurgarse el contexto de la técnica jurídica adoptada para la organización de la empresa: ¿eliminar el estado de crisis o de cesación de pagos de la sociedad tempestivamente importa asegurar la

²¹“La ley de concursos y la comezón del séptimo año”, RICO, octubre 1979, año 12 pág. 435 y ss., especialmente págs. 458, 463, 467.

conservación de la empresa? ¿Ello es necesariamente a través de la conservación de la sociedad deudora? ¿Constituyen elementos inescindibles? Todas preguntas...

2.3.1. Crisis societaria

En el caso de sociedades, pese a las discrepancias en el derecho nacional argentino, a partir de la labor del Instituto se ha llegado a un mínimo de coincidencia: al advertir el problema, además de actuar como buenos hombres de negocios, los administradores societarios deben poner el problema en manos de los socios.

Esto se corresponde con una política jurídica en la legislación española, respondiendo a una función preventiva de reunirlos primero y de presentarla en concurso después²².

En el derecho argentino, pese a la falta de norma expresa sobre la oportunidad en la presentación en concurso, se ha producido una corriente sobre los deberes de los administradores²³. Es que desde el punto de vista societario las soluciones son varias y llevan a considerar ciertas circunstancias.

Desde el análisis económico del derecho se sostiene que en ese momento los socios carecen de interés en aumentar el capital por la previsión de inexistencia de utilidades. Y este es el punto de inflexión. Ante esa actitud, ¿qué debe hacerse? ¿Sólo presentarse en procedimientos concursales preventivos intentando una quita y espera de los acreedores que indirectamente patrimonialice la sociedad, compartir con los acreedores la eventualidad capitalizando los pasivos...?

²² BELTRÁN SÁNCHEZ, Emilio M., "La responsabilidad por las deudas sociales" en *La responsabilidad de los administradores*, AA.VV., directores Ángel Rojo y Emilio Beltrán, Valencia, Tirant lo Blanch, 2005 págs. 220 y 213 respectivamente.

²³ ALEGRÍA, Héctor, "Diálogo de economía y derecho y convergencias culturales y sociales en la insolvencia", en L.L. del 9/5/07, pág. 10; BARREIRO, Marcelo G. - TRUFFAT, E. Daniel, "Responsabilidad de administradores y representantes en la ley de quiebras: el deber fiduciario de la ley de sociedades, ¿se traslada a los acreedores?", en *Doctrina Societaria y Concursal*, octubre 2005, t. XVII, pág. 1205 y ss.; Ntro. *Insolvencia societaria*, citado y trabajos anteriores allí indicados.

Y aquí la concepción de los intereses en juego, y del análisis sobre la eficiencia: además de la actuación temporaria, ¿sólo existe el interés de la sociedad propietaria y/o de sus accionistas?

En relación con una sociedad en crisis parecería que sus administradores pueden seguir operando incluso en insolvencia sin asumir soluciones.

¿Hasta dónde pueden manejar ese arbitrio?

¿Demorar poner la cuestión en la decisión de los socios o la presentación en concurso o quiebra es congruente con sus deberes de “obrar con lealtad y con la diligencia de un buen hombre de negocios” (estándar del art. 59 L.S.²⁴)? Un hipergarantismo trata de no advertir esas maniobras artificiosas, aquello que Provinciali²⁵ señaló como “*ció que segna el confine tra fisiología e patologia nella vita del patrimonio*”, lo que es hoy habitual al señalar los informes generales de los síndicos que el estado de cesación de pagos se produjo hace muchos años, o sea que el patrimonio arrastraba una situación terminal dentro de la fisiología o funcionalidad de la sociedad, y que los administradores no planificaron una salida, ocultaron la situación y perjudicaron a terceros con los que contrataron. El sistema jurídico sustancial asume la mala fe en torno de la validez del contrato, nacido mediante una ilegalidad, pero si la sociedad contratante es insolvente y el tercero cumplió la prestación, ya se produjo el daño y es sobre su reparación que habría que trabajar (art. 931 C.C.).

Son ilícitas²⁶ las conductas contrarias a los fines de la norma jurídica al conceder un derecho o adversas a la buena fe, la moral y las buenas costumbres, en cuanto importan un ejercicio irregular del derecho subjetivo y configuran así un acto abusivo (art. 1071 C.C.).

²⁴En ntro. -con Orlando Muñio- *Derecho societario*, Buenos Aires, Astrea, 1999, pág. 229 y concs. En libro colectivo *Nuevas perspectivas en el derecho societario y el Anteproyecto de reforma a la ley de sociedades comerciales*, coordinado por Daniel R. Vítolo y Marta G. Pardini, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2005. Ntro. *Responsabilidad de administradores societarios y socios en supuestos de insolvencia en la concepción del Anteproyecto de Reformas a la ley de sociedades*, con Pablo J. Rodríguez y Héctor G. Vélez, pág. 407.

²⁵PROVINCIALI, RENZO, *Trattato di diritto fallimentare I*,pág. 324, nota 80.

²⁶ALTERINI, Atilio; AMEAL, Oscar José y LÓPEZ CABANA Romerto M. *Derecho de Obligaciones civiles y comerciales*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires 1995, p. 160.

Si los administradores, en su caso el representante legal, sigue contratando a sabiendas del estado de cesación de pagos y de la imposibilidad de cumplimiento, se está generando en favor de esos acreedores una acción individual de responsabilidad²⁷.

“... una de las más grandes preocupaciones de los juristas fue la de ir abriendo cauce a las formas de evitarla... a la quiebra todos le escapan, la quiebra para la comunidad es como la lepra, a nadie beneficiará”. Corresponde a Dasso la cita de las palabras del ministro Borges Cabral en 1889 al presentar el proyecto de ley de quiebras de Portugal *“... la movilidad y la susceptibilidad del crédito, en definitiva, niño mimado aun de la quiebra, provoca las variantes más complejas que ponen a prueba las más ceñidas urdiembres legislativas. Por otro lado, la astucia de los intereses, penetra y desconcierta a las más finas telas de la inteligencia, en tal el dolo y el fraude, tantas veces auxiliados por la dejadez o la complacencia de los propios ejecutores de la ley, a poco que se les deje hacer hacen del descrédito el pedestal del triunfo”*²⁸.

El argentino Walter Rubén Jesús Ton califica en la denominación de su ensayo: “Nuestro nefasto sistema de recomposición patrimonial en el proceso falencial”, afirmando *“Estamos asistiendo a un fracaso rotundo de nuestro sistema concursal... El proceso concursal debe ayudar al deudor desventurado, pero no al de mala fe... La demora en la presentación causa perjuicios a todo el sistema económico, no sólo a los acreedores”*²⁹. Sistema que, a su vez, debería facilitar la prevención de la crisis, como eventualmente su eficiente solución si es que no se

²⁷En libro colectivo *Tratado de la Buena Fe en el Derecho*, Coordinador Marcos M. Córdoba, Editorial La Ley, 2 tomos, 2ª Buenos Aires 2005, Ntro. *Ensayo en torno a buena fe e insolvencia societaria*, capítulo XLIX tomo I pág. 811.

²⁸DASSO, Ariel Angel en *La crisis de la economía y el hombre moral. Objetivos del procedimiento concursal* en libro AAVV *Dinámica judicial y acciones en las sociedades y concursos* Ed. Advocatus, Córdoba 2007, pág. 609 y ss., libro en homenaje a Francisco Junyent Bas, coordinado por E. Daniel Truffat y Carlos A. Molina Sandoval, pág. 21.

²⁹TON, Walter Rubén Jesús en artículo así nominado en libro AAVV *Dinámica judicial y acciones en las sociedades y concursos* Ed. Advocatus, Córdoba 2007, pág. 609 y ss., libro en homenaje a Francisco Junyent Bas, coordinado por E. Daniel Truffat y Carlos A. Molina Sandoval.

pudo prevenir. Y en todo ello brillan los principios: el no dañar -menos aún a sabiendas-, y el utilizar adecuadamente la libertad de concepción de personas jurídicas o estructuras patrimonializadas.

No hay duda que la ley societaria tiende a asegurar la permanencia de la sociedad en estado operativo para el cumplimiento del objeto social, y de la ley concursal solucionar el estado de cesación de pagos por medios pre o concursales, lo que se perfila en las reuniones internacionales.

De allí nuestra posición de que ante la crisis, si ésta se advierte en una sociedad, impone soluciones a lograr dentro de su estructura, y si ello no se logra hay que mirar la empresa y ya no a la sociedad.

Los administradores deben convocar a los socios y éstos deben adoptar las decisiones consecuentes, de no asumen responsabilidad. En un Prólogo³⁰ destacamos esos aspectos “*En la realidad económica de hoy la responsabilidad de los administradores societarios, situación calificada en el caso de grupos societarios, toma especial relevancia por las crisis que han llevado, incluso, a pergeñar una nueva legislación concursal. Pero consideramos que la cuestión no se solucionará con esa legislación concurrencial, sino previniendo sobre la misma sociedad, imponiendo una adecuada inteligencia del rol de sus administradores y particularmente de su responsabilidad frente a la crisis preanunciada y no afrontada*”.

No se trata de ampliar la responsabilidad en cuanto al riesgo empresario. Ni los administradores en sociedad alguna ni los socios en las de responsabilidad limitada deben asumir el pasivo u obligaciones de la sociedad. Claro que todo tiene un límite, si no se actúa oportuna y eficientemente se impone estudiar responsabilidades contra administradores y controlantes, lo que hemos propuesto en un proyecto aun en casos de acuerdo homologado³¹, lo que mantenemos incluso a falta de norma expresa en caso de infringir sus deberes de lealtad.

³⁰ *Responsabilidad de los administradores* tesis Francisco Junyent Bas, que dirigimos, Córdoba, Advocatus, 1996.

³¹ Ntro. *En torno a responsabilidad y concurso. Un “embrión” de proyecto*, en “De la insolvencia - II Congreso Iberoamericano” tomo II pág. 313. Ed. Fespresa, Córdoba 2000.

2.3.2. *Disvalor: el slogan*

La mención argumental de la “conservación de la empresa” puede constituir un disvalor. Suele ser una constante en la homologación de acuerdos predatorios de quita y espera³² en el derecho argentino que a través de él se asegura la conservación de la empresa. Ello es disvalioso pues no existe estudio alguno que asegure ni la viabilidad de la empresa, ni siquiera de la sociedad, ni del cumplimiento del acuerdo. Se presenta así como un “slogan” justificatorio de lo injustificable. Tal situación no es aceptable ni aun en presencia de mayorías calificadas -como lo hace alguna legislación y lo postula la doctrina argentina-. Así lo usa la minoría en la Cámara Comercial en el caso “Arcángel Maggio”, al intentar con cita de buena doctrina homologar el acuerdo: “*Bien dijo Lidia Vaiser que 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 cartabón insoslayable en la interpretación de la ley concursal (El abuso de derecho en los procesos concursales, J.A., 2003-IV-1328)*”³³.

Esto podría llevar a una conclusión disvaliosa si se generalizara, pues conservar la empresa no significa necesariamente conservar la sociedad propietaria, o la titularidad de los propietarios de la sociedad.

Otro disvalor lo representa el supuesto valor “0” en la liquidación de la empresa que se usa para determinar que pese a la quita y espera predatoria los acreedores recibirían más. Si se hubiere actuado tempestivamente se habría preservado el valor de la empresa, y la quita y espera representa un enriquecimiento de los socios -que no se mide- y de lo que se los excluye a los acreedores que deben soportar el total del daño, producido -en muchos casos- por la actuación tardía de socios y administradores de la concursada.

³²Referimos quitas de más del 60%, con esperas por decenas de años, que además de afectar el derecho de propiedad, han sido consideradas abusivas en el caso que citamos en la nota siguiente.

³³Ntro. *Crisis de sociedades: acuerdos concursales abusivos vs. solución privada*, en Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones, Buenos Aires Lexis Nexis nº 519, julio-agosto 2006, págs. 55 a 143.

En “Arcángel Maggio”³⁴ la Corte parece señalar el parámetro de la conservación de la empresa como fuente de producción y trabajo y el equilibrio de los diversos intereses, rescatando la necesidad de ponderar en forma equilibrada la conservación de la empresa y la satisfacción de los créditos de los acreedores, de manera tal, que la finalidad del concurso preventivo no está enderezada solamente a la conservación de la empresa, como fuente de producción y trabajo, sino que también está definida por el logro de la finalidad satisfactiva del derecho de los acreedores. En una palabra, la conformidad de los acreedores no es suficiente para obtener la homologación si no se tutelan los intereses que subyacen en la finalidad del concurso preventivo y que deben ser ponderados en cada caso concreto, particularmente por la manipulación de las mayorías: al configurarse cesiones de crédito y renunciaciones de privilegio que fueron consideradas una forma de “manipulación de las mayorías”, configurativas del fraude expresamente reñido con el art. 961 del Código Civil y la pauta del art. 52 inc. 4 de la ley concursal³⁵, por la inmediata conducta de los cesionarios de créditos en cuanto a la renuncia de las preferencias respectivas para poder votar la propuesta dirigida a los quirografarios.

Deberá distinguirse en su caso de una sociedad inviable y de una empresa viable explotada por aquella. No lo hace la legislación concursal argentina, que centra su atención en la continuación de las actividades del concursado o de “su” empresa, como resulta de las expresiones de Barreiro, con su particular visión³⁶, cuando en Mérida se preguntaba “¿Cuál es el interés que resguarda la ley concursal?”. Y lo buscaba en la ley argentina en sus normas: “*La autorización se tramita con audiencia del síndico y del comité de acreedores; para su otorgamiento el juez*

³⁴C.S.J.N. *in re* “Arcángel Maggio - incidente de impugnación al acuerdo preventivo”, 15/3/2007, L.L. 2007-C-38.

³⁵Para ampliar el análisis de este fallo puede verse con utilidad notable el trabajo de Miguel Raspall, Arcángel Maggio S.A. un fallo dividido del cual igualmente pueden extraerse conclusiones, Ponencia a las Jornadas de Institutos de Derecho Concursal, Paraná, Agosto 2007, pág. 237.

³⁶BARREIRO, Gustavo Marcelo, comunicación para el 2º Congreso Iberoamericano de Derecho Concursal, el cual se verificará del 8 al 10 de noviembre del año en curso en la Ciudad de Mérida, Yucatán, República de México. *Presupuestos y principios concursales: Un intento de aproximación a la noción de “Interés concursal*.

*ha de ponderar la conveniencia para la **continuación de las actividades del concursado** y la protección de los intereses de los acreedores*". La restante norma es la previsión del artículo 159³⁷. "*En las relaciones patrimoniales no contempladas expresamente, el juez debe decidir aplicando las normas de las que sean análogas, atendiendo a la debida protección del crédito, la integridad del patrimonio **del deudor y de su empresa**, el estado de concurso y el interés general*". No es el criterio que estamos desarrollando.

El principio debe mantenerse en el caso de liquidación de la sociedad, asegurando la posibilidad de la transferencia de la empresa en marcha, incluso para que los acreedores puedan obtener el mayor rendimiento posible, cuando no formas de organización de los acreedores para hacerse cargo de la empresa aunque ello no corresponda a una propuesta de acuerdo para fenecer el concurso.

Al centrar ese análisis no descartamos la posibilidad de acuerdos en el caso de sociedades que ya no explotan ninguna empresa, pero tal supuesto debe considerarse como un acuerdo liquidativo, tendiente a disminuir los costos y tratar, eventualmente, de que un tercero asuma un conjunto de bienes para su explotación, por los bienes que podría generar para la comunidad, aunque no beneficie a los acreedores.

2.3.3. *Sobre la empresa y su conservación*

Decía Garriguez³⁸ que "*... si quisiéramos hacer una síntesis del pensamiento jurídico sobre la empresa, esa síntesis nos demostraría que todavía no hemos acertado los juristas con el verdadero camino para crear un derecho de la empresa...*" puntualizando: "*... El dere-*

³⁷ Si bien la misma se encuentra ubicada dentro del régimen de los efectos de la quiebra sobre ciertas relaciones jurídicas particulares, el suscripto entiende que fija pautas genéricas de apreciación para resolver cualquier cuestión sometida a consideración del tribunal concursal interviniente (así lo he sostenido, dentro del tratamiento de otras temáticas, en por ejemplo: "Algunas cuestiones sobre el acuerdo preventivo extrajudicial ¿El infierno tan temido?", en *Perspectivas actuales del Derecho Concursal*, número especial, suplemento de *Jurisprudencia Argentina* N° 203-IV, fascículo N° 11, Lexis Nexis, pág. 27, del 10 de diciembre de 2003).

³⁸ GARRIGUEZ, Joaquín, "Hacia un nuevo Derecho Mercantil. La empresa desde el punto de vista jurídico, Madrid, Tecnos, 1971, pág. 273 y ss.

cho al observar la realidad de la empresa como actividad organizada se detiene ante distintos elementos que la integran y realiza conceptualizaciones que, en rigor, implican una visión sectorizada. El derecho lejos de coordinar los elementos económicos de la empresa, lo que hace es desunirlos y situarlos en posiciones polémicas de perpetuo antagonismo... El resultado ha sido que en lugar de crear un derecho único para la empresa hemos creado dos derechos distintos: el derecho del capital, que es el propio de la sociedad y el derecho del trabajo que se manifiesta en el contrato laboral. Ambos derechos marchan por caminos distintos y, además, antagónicos. Ninguno de ellos responde a la idea de empresa como comunidad de trabajo...”.

Nos hemos expedido sobre el tema³⁹, concordantemente con esa opinión la empresa como organización es actividad, vinculando los hombres y elementos patrimoniales. Sin duda la “empresa” presenta facetas múltiples, en muchos casos advertibles en el grupo de sociedades de empresas asociadas o disociadas. Cada supuesto impone un análisis específico.

La empresa debe ser autosuficiente generando, a partir de su patrimonio y el plan o directriz de desarrollo de sus actividades, los medios para su manutención económica; esto implica la viabilidad de la empresa, de la empresa que no lleva en su destino su autodestrucción por económicamente inviable⁴⁰. La empresa que no es viable no es empresa. Por otra parte, la empresa viable es la única que merece conservarse, sea por disposiciones concursales, pre concursales o extraconcursoales.

La sociedad es la estructura técnica jurídica personalizante a disposición del empresario como instrumento “de organización”. La organización no sólo supone la disponibilidad jurídica de órganos, de un sistema de imputación simplificante de las relaciones jurídicas con terceros y socios, sino la actuación coherente del órgano de administración asegurando el

³⁹Ntro. “Sobre conservación de empresa y concurso”, comunicación al Primer Congreso Colombiano de Derecho Concursal, organizado por la Universidad de Medellín en homenaje al Prof. Dr. Jesús Sanguino Sanchez, Colombia, Medellín septiembre de 2007.

⁴⁰Ntro. “La conservación de la empresa en las leyes de sociedades y de concursos”, con Francisco Quintana Ferreyra, en RDCO, 1978, pág. 1373; “La conservación de la empresa”, Anales de la Academia Nacional de Derecho, t. XXV, pág. 107 y ss..

cumplimiento del “objeto social” como forma de manifestación de la empresa (Colombres - Girón Tena) o empresas, con la dotación patrimonial adecuada. La sociedad debe estar adecuadamente dotada patrimonialmente para el cumplimiento del objeto, vista la empresa como una unidad económica y social, que planifica o programa el mercado en su integridad, conformando metodologías de producción y comercialización, autoimponiéndose planificación para obtener rentabilidad⁴¹.

Una sociedad infrapatrimonializada en forma genética autorizaría la llamada “inoponibilidad de la personalidad jurídica”, conforme al restrictivo criterio de la C.S.J.N. en el precedente denominado caso “Palomeque”. Si se constata tal situación, que debe analizarse a través de la Memoria por lo menos anualmente, en cuanto a la prospectiva de los negocios en el ejercicio en curso, los administradores no sólo tienen la obligación de informar en ese documento, sino poner a consideración de los socios los planes para superar la situación o proceder a la liquidación de la sociedad.

Alegría expresa: *“La empresa ocupa hoy un lugar central en el desarrollo de las distintas comunidades, del Estado y de los estamentos de la sociedad. Desde ese punto de vista ya no puede verse sólo como una emanación de la personalidad de un individuo (empresario) sino que también es el centro de generación, de potenciación y, en alguna proporción, de medios para el desarrollo individual y colectivo. Hemos comprendido hoy - pues- que la empresa no es sólo una propiedad o una fuente de renta. Es asimismo un centro de optimización de los recursos, una fuente de riqueza social y un eslabón imprescindible en la cadena de los valores plurales de la sociedad en su conjunto y de los grupos e individuos que la componen. Por eso y con razón se habla de la dimensión social, ética y económica de la empresa. También aprendimos -por tanto- que la empresa no es sólo una unidad de producción desde el punto de vista económico ni es sólo un fenómeno jurídico. Es al mismo tiempo un factor de desarrollo social, de consolidación del Estado como unidad transpersonal y de solidaridad. El valor empresa tiene otras dimensiones, como lo son sus costados sociales, políticos, eco-*

⁴¹Ntro. *Las relaciones de organización. El sistema Jurídico del Derecho Privado*, 2ª ed., Córdoba, Advocatus, 2002, págs. 263 y 324.

nómicos, que ameritan la estimación de la empresa en la vida de la comunidad y requerirán que el derecho considere específicamente ese valor comunitario emergente de la empresa en su conjunto. Cuando se toman decisiones legislativas referidas, por ejemplo, a la llamada ‘conservación de la empresa’ (que Lorenzetti reformula entre nosotros como su ‘transformación dinámica’) no se atiende sólo a la conservación de un valor llave (que quizá no existe, al menos para el anterior titular) sino, además, como actividad útil para la sociedad desde aquellos diversos ángulos (como decíamos en la Exposición de Motivos de la ley 19.551 - ADLA, XXVII-B, 1677-)”⁴².

“La conservación de la empresa significa conservar el objeto denominado así y no el sujeto en que está constituida la sociedad dueña de la empresa”⁴³.

Barreiro afirmó: “La irrupción del concepto de empresa y su notable desarrollo durante buena parte del siglo XX, con su carga de significación para el desarrollo y la protección del empleo, su participación en la recaudación fiscal mediante el pago de tributos, y la condición indudable de polea transmisora del desarrollo económico con una evidente significación social derivaron en el desarrollo del principio de conservación de la empresa, como un intento superador del interés de los acreedores y del interés del deudor en este conflicto plurisubjetivo originado en el **estado de crisis**. ... Este desarrollo nos muestra a las claras que el derecho concursal se encuentre imbuido de un interés propio (determinado por sus fines), de carácter público, con pretensión claramente superadora de la suma de los intereses individuales en juego (el del deudor, el de los acreedores, el de los terceros afectados: trabajadores, etc.) al que hemos denominaremos interés concursal”⁴⁴. Inmediatamente afirmó: “**Se conserve la empresa no necesariamente el empresario: No se requiere,**

⁴² ALEGRÍA, Héctor, La empresa como valor y el sistema jurídico”, diario judicial La Ley del 18/7/06, p. 1 y ss. sostiene que:

⁴³ CNCom., Sala D, 21/10/93, “Parking Náutico /conc. preventivo”, J.A. 1994-II-700.

⁴⁴ BARREIRO, Marcelo Gustavo, en la ya citada comunicación para el 2º Congreso Iberoamericano de Derecho Concursal, *Presupuestos y principios concursales: Un intento de aproximación a la noción de “Interés concursal*.

inexorablemente, que la conservación se realice para el sujeto originalmente titular de la explotación. Otras formas de conservación que importen la continuidad de la empresa, no ya del empresario, son posibles y, a veces, deseables". Concluye aseverando: "... creemos que en el estadio actual de la evolución del derecho concursal parece haber un consenso mínimo respecto de que la finalidad primordial de todo instituto concursal no liquidativo es, o debe ser, la conservación de la empresa económicamente viable y socialmente útil". Barreiro aseveraba, no refiriéndose a la legislación general ni a la societaria que "1.- Los grandes ejes de toda legislación concursal moderna (que resultan una síntesis de las pautas enumeradas en el punto anterior son hoy: a) el principio de conservación de la empresa; b) el derecho de los acreedores; c) la protección de los trabajadores⁴⁵; d) la tutela del crédito"⁴⁶.

Para que la conservación de la empresa represente un verdadero principio debe tenerse presente el complejo de *intereses* que concurren en su mantenimiento, que no son ya los mismos que generaron su advenimiento -limitados a la decisión empresaria que generó el aporte patrimonial para su fundación-. Un posterior desarrollo del mismo Alegría⁴⁷ sobre los múltiples intereses en juego se refiere a los "intereses diversamente vinculados" a través de la conservación de la empresa: de los trabajadores, los proveedores, los clientes, la comunidad nacional, el mercado en su conjunto y el estado. Es que "Los intereses mencionados gradúan, en mayor o menor medida, según el caso el giro y el contenido de las modernas legislaciones concursales". En "Quitas y esperas concursales: necesaria incorporación de parámetros legales", Francisco Junyent Bas expresa que era imprescindible tener en cuenta determinados parámetros para valorar la propuesta y consecuentemente el acuerdo, como son: El rol de la empresa, dadora directa e indirecta de empleo,

⁴⁵ Prueba de este interés es, en parte, la reciente reforma concursal en la República Argentina (ley 26.086). Otros países (como Alemania) protegen a los acreedores laborales mediante un sistema de aseguramiento en paralelo de sus acreencias que no pasan, en general, a través del proceso concursal.

⁴⁶ BARREIRO, ob. cit. en nota antepenúltima.

⁴⁷ ALEGRÍA, Héctor, "Diálogo de economía y derecho y convergencias culturales y sociales en la insolvencia" cit., en L.L..

en pleno crecimiento, productora y exportadora de bienes. Aquí se alza la relevancia social y económica del emprendimiento a la luz de la comunidad donde se inserta y el impacto que su continuación o cese puede implicar para la economía del sector de que se trate.

De guisa tal que la empresa aparece como una realidad jurídico-económica institucional que comprende a sus propietarios, directivos, empleados y patrimonio autónomo; y lo fundamental no es el lucro sino el desarrollo de la actividad productiva.

3. Eficiencia

Diferenciamos entonces, con la relatividad del caso, la sociedad que administra el cumplimiento del objeto-empresa en beneficio de sus socios.

Tengamos en cuenta que la sociedad es un sistema técnico para facilitar la libertad de organización y asociación para cumplir determinado objeto-empresa, quizá la respuesta debería ser otra: en el concurso preventivo el logro de un acuerdo que permita la subsistencia de la empresa, y en la liquidación también la posibilidad de liquidar el patrimonio como empresa en marcha. ¿Pero es esto suficiente?

Si atendemos sólo a la sociedad bastará, en principio, determinar el reequilibrio patrimonial resultante de un balance para sentirse satisfechos, pero si atendemos a la “empresa” que desarrolla?

Entendemos que no podríamos darnos por satisfechos, previamente señalaríamos que debería determinarse la viabilidad presunta de la empresa -pues caso contrario no sería empresa porque llevaría en su seno su autodestrucción-, y previsto ello, asegurar su conservación -debiendo ser indiferente cómo se logra-, tratando de generar el menor perjuicio, no enriqueciendo a los socios con detrimento de los acreedores, asegurando esa conservación -sin interesar quién es el propietario- por la multiplicidad de intereses comprometidos.

Y sea esta u otra la respuesta, dada con toda claridad, podríamos medir la eficiencia del sistema.

O sea que la conservación de la empresa, en el concurso o en la liquidación, explotada por la misma sociedad o por otros dueños, incluso en la misma sociedad integrada la composición de socios con otros o desplazados los originarios, mediría la eficiencia del concurso. Ante la

crisis, solventarla y permitir la continuación de la empresa, con diagnóstico de viabilidad.

La reciente ley mexicana apunta concretamente a la tutela de la empresa, representando correctamente esa problemática de los intereses vinculados en la conservación de la empresa, así la norma -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”. Adviértase también que se protege a los acreedores contractuales.

La ley concursal peruana en su art. 1º, expresamente refiere que “*El objetivo del Sistema Concursal es la permanencia de la unidad productiva, la protección del crédito y el patrimonio de la empresa*”.

Ninguna se refiere a la sociedad deudora.

4. Responsabilidad de administradores y de acreedores informados

Nuestra preocupación⁴⁸ es señalar los deberes de administradores sociales para con la propia sociedad, socios y acreedores, para evitar toda posibilidad de imputabilidad de responsabilidad, que puede aparecer en ciertos supuestos.

Así como apuntamos la responsabilidad de los administradores que continúan operando la sociedad en dificultades, no poniendo la cuestión en manos de los socios y perjudicando al mercado y a nuevos acreedores, no debemos dejar de apuntar la responsabilidad de acreedores informados que les ayuden en ese ilegal propósito.

No debe perderse ese eje con otros planteos legítimos en sí mismos pero que deben engarzar con aquel postulado. Así ante los planteos de la actuación anticipatoria a la crisis, de los deberes-obligaciones de los administradores societarios, de los sacrificios impuestos a los acreedores por quitas y esperas predatorias y confiscatorias, en la doctrina argentina

⁴⁸Ntro. *Insolvencia societaria*, Buenos Aires, Lexis Nexis, 2007, citado.

se ha recogido la tendencia doctrinaria-legislativa de aislar de los concursos a los acreedores involuntarios, sosteniendo que los acreedores contractuales pueden o no contratar y por lo tanto deben soportar la crisis de su deudora.

Anticipamos la necesidad de ciertas disquisiciones ante tal ampliación de la tesis, que podría tender a mantener el estado de cosas en la Argentina, justificando quitas y esperas impensables en el mercado, aunque las cosas han cambiado en doctrina y jurisprudencia desde el nacimiento del Instituto Iberoamericano de Derecho Concursal.

En primer lugar hay que enfatizar que los acreedores contractuales no están todos informados. Debe distinguirse entre los acreedores que por su actividad deben informarse de los restantes a los que normalmente no se les informa o se les retacea la información, ni tienen departamentos especializados para detectar la eventual crisis, que no aparece declarada por los administradores ni ante los propios socios. No puede estigmatizarse a otros acreedores contractuales, como bien resulta de la referencia que acabamos de hacer de la ley mexicana.

En segundo lugar que antes que pensar que los acreedores deben estar informados, debe apuntarse que sin duda lo están los administradores y que deberían estarlo los socios, por su propia actividad o por el deber de diligencia que tienen los administradores para con la sociedad y con ellos.

Una visión amplia de proteger a la empresa en crisis no debe alejar la mirada de quiénes tienen su propiedad y, particularmente, de aquellos a quienes se les ha confiado la conducción. Convergerán otras responsabilidades que por ello tienden a reflejarse en el remedio de la subordinación y no de la reparación del daño.

Conceptos como el de un sostenimiento o una concesión de crédito abusivos se han convertido en categorías consagradas en el régimen comparado de la insolvencia⁴⁹.

⁴⁹ Ofrece especial interés el derecho francés, en el que doctrina y jurisprudencia han establecido distintos grupos de casos en los que una entidad de crédito aparece como responsable por su conducta preconcursal con respecto a la sociedad insolvente; una exposición general puede verse en GUYON, Y., *Droit des affaires*, París, 1997, t. 2, p. 78 y ss..

Consecuencias de esa visión de la empresa son las acciones por responsabilidad contra acreedores por crédito abusivo, afectando la estructura de la empresa, o la sanción penal por entorpecimiento al normal desenvolvimiento de un establecimiento⁵⁰, como las acciones de integración patrimonial que deberían otorgarse no sólo en el caso de quiebra sino también de concurso, incluso contra administradores societarios.

Juan Sánchez-Calero Guilarte⁵¹ afirma que “*Es un hecho notorio que una de las notas características de la Economía española es el peso que han venido detentando en las principales actividades económicas los grupos bancarios*”⁵². Por tal debe de entenderse cualquier grupo empresarial en el que como sociedad o entidad dominante aparece una entidad de crédito o en los que, sin llegar a una consolidación en sentido estricto, son entidades de crédito las que dirigen de hecho la gestión de la sociedad, al menos en lo relativo a sus aspectos *estratégicos*”, explicitando el caso INVERBAN.

La responsabilidad de los acreedores informados, no sólo de los financieros sino de aquellos que generen sobrestockeo, o como podría ocurrir en algún caso en algún negocio de franquicia con relación al franquiciante cuando se impone una operatoria deficitaria sin facultad de resolver el contrato o aceptándolo en condiciones leoninas, una suerte de sobregarantía de los créditos financieros. Se cuestiona⁵³ un tema que abre muchas consecuencias: “El escenario previo a la emergencia para las obligaciones financieras y las modificaciones de la ley 25.589 para los tenedores de títulos emitidos en serie (arts. 32 bis y 45 bis L.C.Q.)” al

⁵⁰PALACIO LAJE, Carlos, *Delitos de vaciamiento de empresas*, Córdoba, Marcos Lerner, 2002, especialmente pág. 59. Se refiere al delito previsto recientemente en el art. 174 inc. 6 del Código Penal.

⁵¹SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, Juan, “Los grupos dependientes de entidades de crédito: una revisión a partir de la ley concursal”, en libro colectivo *Gobierno corporativo y crisis empresariales*, II Seminario Harvard-Complutense de Derecho Mercantil, Madrid, 2006, págs. 311-333.

⁵²Realiza un estudio general de la cuestión desde el punto de vista jurídico LLEBOT MAJÓ, J.O., *Grupos de sociedades de crédito*, Madrid, 1993, pág. 77 y ss., y 201 y ss..

⁵³ARAYA, Tomás M., en artículo del mismo nombre en AA.VV., *Dinámica judicial y acciones en las sociedades y concursos*, Córdoba, Advocatus, 2007, pág. 609 y ss., libro en homenaje a Francisco Junyent Bas, coordinado por E. Daniel Truffat y Carlos A. Molina Sandoval, pág. 401 y ss..

referirse al modo (asamblea), a la verificación, el *quorum* para la conformidad, las modalidades de contar aceptaciones y capital en el sentido positivo o negativo que se expresen, y la exclusión de los ausentes de la base de cómputo para acreditar la aceptación de la propuesta, formulando dubitaciones y si ¿fue la única solución que podía aceptarse para “salvar a nuestras empresas” (o mejor dicho a sus accionistas?). Huelgan los comentarios, vinculándose también a un tema de infrapatrimonialización y el apoyo de acreedores o intermediarios financieros informados para llegar a inversores no informados, o por el uso de obligaciones negociables para cubrir infrapatrimonializaciones a través de la participación de esos intermediarios, y a posiciones de acreedores cuestionados en el comentado fallo de la Corte en el caso “Arcángel Maggio”.

Parece así que el principio “rector” es sustituir la punición por la responsabilidad, la sanción por la reparación del daño, la calificación por la determinación de responsabilidad.

Congruente con despenalizar, apartándose del criterio punitorio, parece adecuado responsabilizar con un nuevo criterio reparatorio, incluso en “interés de la empresa” viable y/o de los acreedores en todos los casos. Debe darse congruencia a la ley de concursos con la ley societaria en orden a acciones de responsabilidad, vinculadas a las normas legales y jurisprudenciales creadas en Francia en tal sentido, como es la acción de *comblement* que es similar a los supuestos del art. 54 *in fine* Ley de Sociedades generalizado: quién usó de los bienes sociales, quién perjudicó a terceros con abuso del medio técnico, es responsable de complementar el activo de la liquidación para satisfacer el pasivo concursal. La noción de administración fraudulenta -que se mantendría en sede penal- sería sustituida por la del administrador dañoso en sede concursal. Cualquier persona que como director o ejecutivo de una compañía supiera que ella había incurrido en obligaciones sin perspectivas razonables de satisfacerlas en su totalidad, incurriría en responsabilidad directa y general.

Un penalista se refiere a las sociedades que se generan sin capital suficiente, “con capitales de humo”..., “los vencimientos del pasivo se van postergando y se obtiene refinanciamiento, mediante la exhibición de un ‘gran patrimonio’, aunque total o parcialmente impago. Con este ardid se obtiene también crédito por parte de los proveedores comerciales que aumentan el pseudo patrimonio o el stock de mercadería”, con una descripción que se corresponde a los informes generales que los síndicos que formalizan en la mayoría de los concursos preventivos (no quiebra) de

sociedades que han venido operando en insolvencia, lo que califica como “ardid”, del que “maliciosamente afecta el normal desenvolvimiento” de una “empresa”, cometido a través de un plan, que consiste en tornar a la empresa incapaz de cumplir sus deudas, frustrando las expectativas de los patrimonios de los acreedores⁵⁴, generándose una figura penal de entorpecimiento al normal desenvolvimiento de la explotación de un establecimiento, como forma de proteger la empresa de sus propios administradores o dueños.

5. Viabilidad y plan

Aquella viabilidad de la empresa es congruente con la necesidad de una planificación, plan de negocios, de reorganización, de empresa, sobre la viabilidad, funcionalidad y prospectiva, en función de administradores o dueños -eventualmente imponiendo la atención de algún funcionario o tercero- recogida en forma diversa por la totalidad del derecho comparado en forma explícita o implícita, sea en la legislación concursal o societaria y aplicable al concurso de una sociedad. La primera cuestión es planificar⁵⁵.

Al generar la existencia de una persona jurídica, al recurrir a la tipología societaria, los socios deben formalizar una previsión, un plan

⁵⁴PALACIO LAJE, Carlos, *Delitos de vaciamiento de empresas*, citado.

⁵⁵Ello era ya advertido por QUINTANA FERREYRA, Francisco, *Concursos. Ley 19.551 Comentada, anotada y concordada*, Buenos Aires, Astrea, 1985, t. I, pág. 153, al justificar el plazo de 3 días para presentarse en concurso contenido en la ley 19.551: “*Volviendo a la aparente perentoriedad del término de tres días que fijaba la ley 19.551, podemos señalar que no tiene la relevancia que se le ha atribuido, si se consideran las siguientes circunstancias: la ley alude al conocimiento o a la obligación de conocer el estado de cesación de pagos. Claro está que si se olvida que la cesación de pagos no se produce por generación espontánea (salvo un acontecimiento fortuito), el deudor, atento a la evolución de su actividad económica-financiera, necesariamente debe advertir si existen causas que por subsistir concluirán por provocar la cesación de pagos... Normalmente -afirmamos-, ningún deudor puede ser tomado por sorpresa ante la aparición de la cesación de pagos, salvo por circunstancias sólo a él imputables (desidia culposa en la administración). De tal manera, que en el ámbito de una organización comercial adecuada, el elemento 'sorpresa' no es admisible*”. Hasta aquí la transcripción que lleva como consecuencia que de no haber desidia hay dolo si se continúa contratando en estado de cesación de pagos.

desde la dotación patrimonial con respecto al desenvolvimiento de la actividad para cumplir el objeto social, para determinar su dotación, no bastando simplemente determinar el capital social como cifra etérea y genérica. Los directores, administradores y fiscalizadores deben tener un plan, cuya existencia o inexistencia servirá para determinar el cumplimiento del “estándar” de buen hombre de negocios en su conducta, constituyendo la Memoria anual un ejemplo de esa planificación para los directores de las sociedades por acciones, tendiendo a determinar el riesgo operativo de la sociedad, la necesidad de reservas facultativas, la existencia de utilidades líquidas y realizables, que no pueden resultar de una simple comparación patrimonial, con la retención de la cifra del capital nominal y de las reservas legales.

El administrador de una sociedad tiene que formalizar ese plan, como medio para la discusión, información, explicación y control.

Recordamos ⁵⁶ que “*La obligación de un buen hombre de negocios es planificar para el cumplimiento del objeto social de la sociedad que administra. Aun planificando existen riesgos, pero actuar sin planificación es de por sí generador de responsabilidad por no adoptar la actitud profesional que el art. 59 L.S. exige. La cuestión se potencia cuando actúa un órgano colegiado, que desenvuelve su actividad a través de resoluciones que importan un acto colegial colectivo imputable a la sociedad*”. La doctrina se fue plegando a este criterio. En un primer momento en trabajo conjunto con Junyent Bas y Muiño en presentaciones sobre criterios no consolidados en torno a las obligaciones de planificar de los administradores con un título más que sugestivo “Salvataje de la empresa: ¿una postulación sin respuesta en la ley concursal?” ⁵⁷. Luego se agregaron Alberti ⁵⁸ y muchos otros.

⁵⁶En el ‘93, *Estudios en honor de Pedro J. Frías*, editado por la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, 1994; ntro. trabajo en el t. III, pág. 1187 (El plan de empresa, Ética y responsabilidad del empresario).

⁵⁷RDCO año 30, 1997, pág. 525.

⁵⁸Recalcó la cuestión ALBERTI, Marcelo Edgardo, “Una contribución de Efraín Hugo Richard al derecho concursal: el plan de empresa como recaudo del concurso preventivo”, en *Derechos Patrimoniales*, Estudios en Homenaje al Profesor Emérito Dr. Efraín Hugo Richard) que señala: “*Expresó nuestro... amigo... que la carencia de ese plan provoca fatalmente la inoperancia de los esfuerzos aplicados a la concreción del acuerdo preventivo extrajudicial, como puede ser visto en su Efectos societarios de*

Ahora la resolución de la Inspección General de Justicia de la Nación Argentina 6/2006 que impone cierto contenido a la Memoria de las sociedades por acciones que impide pase desapercibida la crisis, o mejor aún impide que esta se oculte, como lo recordamos en el II Congreso Iberoamericano de Mérida. Esta resolución comienza a ser cuestionada por ciertos sectores, so pretexto de violarse el secreto comercial, al advertir que no podrán soslayar la infrapatrimonialización de la sociedad. Al mismo tiempo no advertimos que se requiera información de tal tipo que pueda violar aquel secreto.

Si se constata que no hay planificación, que no existieron previsiones, que no se formuló ningún plan, si no hay dotación patrimonial suficiente para enfrentar la actividad social, hay responsabilidad por los daños que se hayan generado (art. 59 L.S.), y tampoco se justificaría un acuerdo de quita y espera predatorio⁵⁹.

Esta planificación es requerida ante una “dificultad financiera”, que alude a un endeudamiento, posiblemente por capital insuficiente, que podría paliarse mediante un mero acto de reordenamiento patrimonial como desprenderse de una sucursal o de un activo improductivo. Sobre el punto se señala, recordando los principios de INSOL⁶⁰ que *“En el caso que un deudor presentar dificultades financieras, todos los acreedores relevantes (importantes) deberían prepararse para cooperar entre ellos, y también para conceder tiempo suficiente (pero limitado) al deudor (período de suspensión) para obtener de él información para*

la insolvencia, publicado en Anales XXVI (1987) 161, de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba”. Continúa el prestigioso jurista: *“El exigir a los insolventes una concisa exposición de su programa de modificación de la situación empresarial precedente al concursamiento, mediante un plan de aquello por poner en práctica para corregir la pérdida que ha causado los incumplimientos de los pagos, saneará el concurso preventivo de su actual empleo como artificio procedimental destinado simplemente a diferir una fatal liquidación. La postergación de esa inevitable extinción de las empresas insolventes conviene, por cierto, a los dirigentes societarios que de modo artificioso malvivan de esas empresas deficitaria, pero la comodidad subjetiva de este logro aventajado resulta tanto onerosa como inútil para la sociedad económica”.*

⁵⁹ Conf. C.S. en el caso “Arcángel Maggio”, comentado con anterioridad y ntro. *Insolvencia societaria*, Lexis Nexis, citado.

⁶⁰ ANICH, Juan A., “Los principios de INSOL y el acuerdo preventivo extrajudicial”, *Doctrina Societaria y Concursal*, octubre 2003, t. XV, pág. 1007.

ser evaluada, con el fin de proponer modos de resolución de las dificultados... el deudor deberá proveer, y permitir a los acreedores relevantes... el acceso a toda la información relativa a su patrimonio, deudas, negocios y perspectivas, a fin de permitir una evaluación adecuada". Esto califica que una sociedad no puede operar en cesación de pagos impunemente.

Concluyendo este aspecto, debe señalarse que así como una sociedad no puede peticionar la apertura de un concurso sin darse ciertos supuestos de gravedad, tampoco sus administradores pueden seguir operando perjudicando a terceros sin convocar a los socios para que asuman la solución de la cuestión, que no puede ser otra que la patrimonialización de la sociedad o su disolución.

5.1. Uso funcional de la legislación societaria

La ley de sociedades argentina trae las soluciones para afrontar la crisis financiera o económica de las sociedades. Lo necesario es leerla adecuadamente ⁶¹.

“Lo dirimente es poner la cuestión en manos de los socios. Estos tal vez decidan la capitalización de la empresa o admitan su fusión por absorción con otro ente más saludable” ⁶².

El art. 100 L.S.A. tutela indirectamente la empresa, tratando de mantener la técnica jurídica de su organización: la societaria.

Por otra parte, afrontar las causales de disolución de sociedades, importa una verdadera preconcursalidad privada. La vía concursal aumenta los costes de transacción y pone en tela de juicio la conducta

⁶¹Ntro. libro *Insolvencia societaria*, Buenos Aires, Lexis Nexis, 2007, y en libro colectivo *La insolvencia en el derecho concursal iberoamericano*, coordinado por Lidia Vaisier; ntro. *Hacia la privatización de las crisis: la conservación de la empresa*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2006; ntro. *Hacia la privatización de las crisis: La conservación de la empresa*, pág. 31.

⁶²BARREIRO, Marcelo G. - TRUFFAT, E. Daniel, “Responsabilidad de administradores y representantes en la ley de quiebras: el deber fiduciario de la ley de sociedades, ¿se traslada a los acreedores” en *Doctrina Societaria y Concursal*, octubre 2005, citado.

de socios y administradores que no afrontaron la crisis por la vía societaria.

El aumento de capital es la solución más sencilla. No importa quién lo aporte. Justamente el art. 197 L.S.A. prevé la suspensión del ejercicio del derecho de suscripción preferente para capitalizar deudas.

La capitalización del pasivo es la forma societaria de afrontar la crisis. Es una solución de *equity*, conforme las reglas del “esfuerzo compartido” aceptado por toda la doctrina y jurisprudencia ante la reciente crisis económica nacional. No pueden sufrir los acreedores más que lo que sufran los socios, que son los que generaron la sociedad y su funcionalidad.

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 nuestra posición en 1981 al recordar a Abadesa, “*la remodelación tiende a salvar la empresa, no a aquellos que deben sufrir la responsabilidad y riesgo de la insolvencia*”⁶³. La posición doctrinaria es antigua y se corresponde con un sistema integral del derecho de las sociedades personas jurídicas.

La capitalización del pasivo simplifica la planificación, pues sólo impondría un plan de viabilidad de negocios, no de cumplimiento del acuerdo pues éste es instantáneo. Los beneficios impositivos son también ponderables, pues la quita a los acreedores implica genéricamente un enriquecimiento de los propietarios que debe tributar.

Los intereses divergentes entre socios originales y acreedores capitalizados pueden optimizarse a través de opciones de recompra, sujeta o no a la voluntad de estos últimos.

A la comunidad, al país, a los trabajadores, a la economía en general, es indistinto quiénes sean los titulares del capital social. Y no podemos aceptar que se enriquezcan quienes se marginaron del sistema privado de solucionar el problema, que es el societario, eventualmente asumiendo tempestivamente un sistema concursal o preconcursal, imponiéndose el “esfuerzo compartido” en salvaguarda de la empresa, con-

⁶³ En “Conservación de la empresa”, *Anales de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba*, t. XXV, pág. 107 y ss., correspondiendo a mi comunicación en ocasión de recibir el Premio Academia en 1981.

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

Lo expresado concilia los intereses de la empresa en dificultades y de su entorno.

Se sostiene que el accionista que pudiendo hacerlo, legítimamente decida no recapitalizar la empresa insolvente debe pasar la propiedad de ésta a los acreedores⁶⁴. Cuando el valor patrimonial de la sociedad no permite satisfacer su pasivo, los accionistas pierden interés en la gestión, y los acreedores en cambio pasan a tener interés fundamental en la prosecución exitosa de la actividad.

Se plantea así, como un objetivo de una reforma de la legislación concursal, 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 riesgo⁶⁵.

Las entidades de crédito a quienes se plantee la concesión de un nuevo préstamo o crédito deberían decir que es al accionista a quien compete capitalizar, aunque sea en parte, y al mismo tiempo observarán con indisimulada desconfianza el hecho de que el accionista no dé el paso indicado, barruntando que tras ello late una situación de insolvencia inminente o que, por el momento, no se ha manifestado⁶⁶. Una capitalización invita a nuevos financiamientos o una actividad más tranquila para las inversiones -obligaciones negociables- o de los proveedores, pues los acreedores capitalizados dejan de gravitar en la satisfacción del pasivo. Estas

⁶⁴STANGHELLINI, LORENZO, “Proprietá e controllo del’impresa in crisis”, *Rivista delle Società*, anno 49°, 2004 settembre-ottobre, fascicolo 5°, Milán, Giuffré, p. 1041 y ss., específicamente pág. 1072.

⁶⁵Esta es la idea que desenvuelve en proyección de reforma de la legislación falencial STANGHELLINI, ob. cit., específicamente pág. 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.

⁶⁶SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, Juan, “Los grupos dependientes de entidades de crédito: una revisión a partir de la ley concursal”, en libro colectivo *Gobierno corporativo y crisis empresariales, II Seminario Harvard-Complutense de Derecho Mercantil*, Madrid, 2006, págs. 311-333.

circunstancias impondrían como presupuesto que la propuesta de reorganización societaria o de convenio concursal considere en particular los intereses de acreedores sin privilegios, a quienes pasa en buena medida el control del futuro de la sociedad⁶⁷. Frente a ello, suele invocarse que esa propuesta debe orientarse al respaldo del grupo que, precisamente por su condición de postergado, se convierte en un acreedor “*residual*”.

Es interesante el debate que la doctrina norteamericana viene planteando con respecto a la figura del “propietario residual” de sociedades insolventes que menciona Sánchez Calero. A la cuestión de hacia qué intereses debe orientarse la gestión de esas sociedades de cara a su reestructuración o reorganización, algunos autores partidarios del *Law and Economics* han planteado que en esa orientación no debe considerar tanto el respeto de los deberes legales de los administradores frente a los acreedores en general, sino criterios de eficiencia (Sheinfeld, M.M./Harris Pippitt, J., “Fiduciary Duties of Directors of a corporation in the Vicinity of Insolvency and after Initiation of a Bankruptcy Case”, *The Business Lawyer* 60-1, 2004, en especial, pág. 792 y ss.). Dado que los acreedores privilegiados tienen asegurado el cobro de su crédito, carecen de interés por implicarse en la reestructuración. En el lado opuesto están los accionistas: no van a cobrar nada, por lo que tampoco les interesa la reorganización. Quedan los acreedores restantes, a los que se concede el título de “*residual owners*” porque sus intereses coinciden con el de la sociedad. Esta construcción ha sido ampliamente debatida y, en algún estudio reciente, severamente criticada por su imprecisión⁶⁸.

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, enriqueciéndolo. Aquí se inicia un proceso mixto, donde la legis-

⁶⁷Véase un interesante análisis de STANGHELLINI, L., “Proprietà e controllo dell’impresa en crisi”, *Riv. soc.* 5, 2004, en especial pág. 1068 y ss.

⁶⁸La cita corresponde a SÁNCHEZ CALERO ob. cit.; véase LOPUCKI, L., “The myth of the residual owner: an empirical study”, University of California Los Angeles School of Law, Law & Economics Research Paper Series, N° 3-11, draft July 28, 2004, que expone de manera precisa la cuestión y afirma, a la vista del estudio de diversos procedimientos concursales, la dificultad de aplicar esa figura “... *theories depending upon the existence of a single residual owner are unworkable. The problem is not merely that single residual owners are difficult to identify. The problem is that they rarely exist*”.

lación societaria no es desplazada. Los administradores, con la ratificación de los socios, presentan acuerdos para “conservar la empresa” proponiendo quitas y esperas desmesuradas. Se apunta exclusivamente al sacrificio de los acreedores, tratando de imponer por mayoría un acuerdo, que se inicia tratando de evitar el reconocimiento inmediato de créditos, y sorpresivamente aparecen terceros adquiriendo créditos, incluso hipotecarios, y con claro conflicto de intereses que les impediría votar -teoría del acuerdo colectivo-, no sólo renuncian al privilegio o derecho real de hipoteca sino que aceptan esas quitas y esperas predatorias. Ello ya es fustigado por jurisprudencia y doctrina desde distintos ángulos⁶⁹.

Los acreedores de una sociedad en crisis deberían tener el mismo tratamiento, derechos y tutelas que los accionistas de una sociedad solvente. Pero los acreedores de una empresa en crisis se encuentran en la misma situación de inversores sin derecho⁷⁰, que no tuvieron en cuenta cuanto contrataron sin la información de esa situación o antes que se produjera esa situación.

La capitalización del pasivo, igualando la posición de socios y acreedores quirografarios atempera la posibilidad de acciones de responsabilidad de éstos contra los administradores.

La conveniencia de la capitalización viene apoyada, más que por la doctrina argentina, por la italiana poniendo el énfasis en la necesidad de capacitar a los acreedores ante la crisis del deudor común⁷¹, eliminando los factores que los enfrentan. Se trata de capacitar para hacer confluir los diversos intereses, incluso para que los acreedores puedan vender su participación valorizada.

5.2. *Corporate goverment y responsabilidad social empresaria*

Ratificando estos puntos de vista desde otro ángulo, Cámara expresa sobre el concurso que “*En aras de los múltiples intereses económi-*

⁶⁹C.S., caso “Arcángel Maggio”, comentarios al fallo, y ntro. *Insolvencia societaria*.

⁷⁰STANGHELLINI, ob. cit., pág. 1079.

⁷¹STANGHELLINI, ob. cit..

*cos conexos, de carácter individual y colectivo... protege la permanencia de la empresa mientras exhiba algunos signos de vida”*⁷².

Se anticipó a la autorregulación generada en torno de la responsabilidad social empresaria, “tutelando el valioso capital técnico, financiero y humano que representa”⁷³, recordando algún pensamiento sobre “*las nuevas actitudes del Estado consisten en hacer que las empresas sean más conscientes de su responsabilidad, respecto de los hombres que emplean y de los hombres entre los cuales viven. En la nueva óptica, el destino de la empresa ya no se limita a su propia situación financiera. La evolución rápida de la técnica y de los mercados ya no le obliga solamente a equilibrar sus cuentas. Le crea el deber moral de sobrevivir, porque su supervivencia se ha hecho indispensable para la salvaguardia de otros intereses que los de su propietario: el pleno empleo de la población activa de la localidad donde funciona, la prosperidad de esa localidad y de su región, la productividad máxima de los medios que inmoviliza, etc. El Estado le invita, pues a preocuparse continuamente de lo que puede llamarse su destino público*”⁷⁴.

El riesgo empresario es connatural de esa organización y afecta, o puede afectar, esas actividades y generarle pérdidas, que si son constantes transforma a la empresa en no sustentable, o sea en una “no empresa”. El tema está ligado a las autorregulaciones denominadas “responsabilidad social corporativa” o “responsabilidad social empresaria” o *corporate government*, donde las reglas impiden afectar no sólo la ecología, sino al mercado, actuando en competencia desleal, perjudicando a trabajadores, competidores, no abonando las cargas sociales o impositivas, que es lo que acaece cuando una sociedad opera largo tiempo en cesación de pagos.

Un planteamiento hace referencia a lo que se conoce con el nombre de *responsabilidad social*⁷⁵. Lo que aquí ha venido preocupando princi-

⁷²CÁMARA, *El concurso preventivo y la quiebra* cit., t. I, pág. 88.

⁷³CÁMARA, *El concurso preventivo y la quiebra* cit., t. I, pág. 87.

⁷⁴CÁMARA, *El concurso preventivo y la quiebra* cit., t. I, pág. 88 con cita de BLOCH-LAINÉ, *Pour une réforme de l'entreprise*, París, 1963, pág. 129.

⁷⁵PERDIGUERO, ..., *La responsabilidad social de las empresas en un mundo global*, Madrid, 2003; SALINAS (dir.), *Responsabilidad social de las empresas y balance*

palmente son los efectos negativos que la mal llamada *racionalidad empresarial*, centrada en la maximización de beneficios, ha venido provocando en el entorno social de la empresa. Los dos tópicos fundamentales objeto de valoración son, por un lado, los daños medioambientales, y, por otro, los que podríamos denominar, por utilizar un término suave, la pérdida progresiva de calidad en las relaciones laborales. Respecto de este segundo aspecto, se denuncia el creciente *dualismo social* que provoca la política laboral de las grandes empresas, con sus continuos planes de reducción de plantilla⁷⁶, incluso en circunstancias de resultados económicos positivos. Aunque el origen del debate sobre la responsabilidad social de las empresas no guarda relación temporal ni temática con el *corporate governance*, es indudable que algunas conexiones hay entre ambos, pues los impactos sociales negativos son el resultado de decisiones empresariales adoptadas dentro del sistema de gobierno de las compañías, y así ha sido advertido correctamente por algunos documentos de segunda generación del *corporate governance*, que vinculan ambas cuestiones⁷⁷.

La RSE está vinculada con la llamada “ética de los negocios”, dimensión que requiere ser profundizada, tanto desde el punto de vista interno de la empresa (como valorización del trabajo y las relaciones humanas) como del externo y sus relaciones con otras empresas⁷⁸.

Jannik Lindbaek, presidente de Statoil ASA (Noruega), en un seminario desarrollado en Caracas, 26 de junio de 2003, conferenció sobre “La ética y la RSE”. Explicó que... es natural que haya cuestionamiento en torno a los estándares sobre la ética en los negocios y en general, “pero el problema de más largo alcance, el mayor reto al cual se enfrenta la humanidad, es el de reducir la pobreza” y para que ello ocurra es menester que exista crecimiento económico, y “para que sea sostenible en el

social, Salamanca, 2003 y VELASCO, Esteban y otros, *Responsabilidad social corporativa. Aspectos jurídico-económicos*, Castellón, 2005.

⁷⁶Por poner un ejemplo reciente, a finales de 2004 la General Motors dio a conocer sus planes para reducir 12.000 empleos en Europa, dentro de los 62.000 con que contaba en el continente (v. Diario El País de 13/10/2004, pág. 56).

⁷⁷*Informe Aldama*, ap. III.3, que apela a la *responsabilidad social* de las empresas cotizadas.

⁷⁸ALEGRÍA, Héctor, “Humanismo y derechos de los negocios”, L.L., 2004-E, punto IV).

tiempo es necesario que eche raíces en una sociedad que funcione bien. Por lo tanto, la relación entre la empresa y la sociedad tiene importancia vital... un sistema legal que funciona bien, el apego a un elevado estándar ético y bajos niveles de corrupción. Presumimos también la existencia de instituciones financieras y mercados que funcionan bien. Todos esos elementos son importantes para la creación de un ambiente que permita, que es tan necesario para un sector privado en buen funcionamiento. Las inversiones del sector privado fluirán sólo si tenemos la capacidad de atraer más inversión privada. Inversión privada, nacional y extranjera, constituye un elemento esencial de este círculo virtuoso... algunas partes interesadas podrían sostener probablemente que una compañía no debería asumir otras responsabilidades fuera de la dictadas estrictamente por los intereses financieros o económicos de sus propietarios. Algunos podrían decir que al maximizar sus ganancias la compañía está cumpliendo igualmente con su función social más importante. Otros mantendrán que las compañías tienen algo así como una licencia de operar concedida por la sociedad y que como condición de esa licencia la compañía tiene que aceptar la obligación de desempeñar un papel más importante en la sociedad”.

La RSE es así la que la sociedad comercial, empresa o agrupamiento de cualquier tipo, asume frente a la sociedad. A su vez, la sustentabilidad, criterio íntimamente ligado a aquél, ha sido desarrollado a partir del trabajo de la Comisión Brundtland sobre medio ambiente y luego se extendió a áreas tales como los derechos sociales, laborales y la lucha contra la corrupción⁷⁹.

Se trata de no actuar afectando la competencia o al mercado -conforme señala la ley mexicana de concursos en su art. 1º-, al no cumplir con leyes previsionales o fiscales, o con los proveedores, o contaminando su estado de cesación de pagos, para presentarse tardíamente en concurso afectando los derechos de los acreedores, del crédito en general y de la seguridad jurídica del país. Lo contrario aleja inversiones.

⁷⁹Puntos centrales de la responsabilidad social de la empresa -entre otros- son: buen trato a su personal con todo lo que ello conlleva incluso con no adeudar salarios; preservación del medio ambiente, cuidado del planeta y del entorno; colaboración en el desarrollo del país, de sus propósitos, particularmente cuando actúan fuera de sus fronteras; cumplimiento estricto de sus obligaciones fiscales del lugar en donde se desarrolla su actividad principal o por establecimientos o sucursales.

Todos los esfuerzos se puede explicar desde la insuficiencia que han demostrado las primeras propuestas autorregulatorias para frenar las crisis empresariales motivadas por un mal gobierno, como han demostrado palmariamente casos recientes como los de *Enron* y *WorldCom*, en Estados Unidos, y *Parmalat* en Italia, entre otros.

Se cuestionan los trabajos sobre la responsabilidad social de la empresa y los códigos de ética vinculados al buen gobierno societario, por entender que todas las segundas y casi todas las primeras se corresponden a normas éticas, no obligatorias.

No obstante ello, que es cierto, rescatamos que éstas configuran un consenso doctrinario y una conciencia social, de la que no podrán escapar ni los administradores societarios y menos los jueces cuando deban juzgar sobre su remoción o responsabilidad, determinando si han ajustado sus conductas, por cuanto dichas reglas éticas están configurando con especial énfasis el estándar jurídico del art. 59 L.S.A. definiendo el contenido del “obrar con lealtad y con la diligencia de un buen hombre de negocios”.

6. Epílogo

La eficiencia parecería ser la conservación de la empresa viable, al margen de conservar o no a la sociedad propietaria, o a la alteración de la composición de los propietarios de las participaciones sociales.

Entendemos que no se solucionarán los problemas concursales mientras no se apunte adecuadamente que gran parte de la responsabilidad por la actuación de una sociedad en estado de cesación de pagos, infrapatrimonializada, es una responsabilidad elemental de los administradores, que deben afrontar conforme la legislación societaria para no asumir responsabilidad. Mientras no se adopte una solución clara, debe recrearse la responsabilidad de los administradores, con una inteligencia plena de la técnica societaria de organización de la empresa⁸⁰: sugiriendo el ejercicio de acciones individuales de responsabilidad contra los admi-

⁸⁰“Responsabilidad de administrador de sociedad insolvente” en Doctrina Societaria y Concursal, Buenos Aires, Errepar, marzo 2002, pág. 887.

nistradores de sociedades concursadas, ejercitadas por acreedores por causa posterior a la cesación de pagos, extraconcurzalmente; aun cuando se hubiere homologado judicialmente un acuerdo predatorio de quita y espera.

Y si se trata de conservar la empresa habría que comenzar en pensar en acciones de responsabilidad concursales para asegurar la conservación de la empresa.

Sustentamos la idea de una “economía del derecho”, o sea menos normas y más efectivas, basadas en los principios básicos de la convivencia y no arrasados por supuestos de realidad a través de los que quieren justificarse soluciones inadecuadas. La realidad debe ser observada para asegurar la convivencia, y en pleno conocimiento de ello decidir si es necesaria o no una norma para asegurarla.

Los problemas concursales -o de crisis de empresa- no pueden solucionarse siempre dentro de la legislación concursal. La integral aplicación de las normas debe permitir prevenir su insolvencia e impedir la transferencia de los daños a los terceros⁸¹, y la problemática de la reparación de los acreedores debe ser afrontada integrando el análisis con las normas sobre responsabilidad general contenidas en el Código Civil y las específicas de la ley societaria.

Se trata de un problema metodológico que puede ser afrontado desde una ley de concursos, o bien desde la legislación que regula esos patrimonios, impidiendo que un instrumento de organización se constituya en una fuente de destrucción de la economía y la producción.

De nada vale trabajar sobre el sistema concursal, si no se utilizan a fondo los recursos que brinda a los fines de afrontar la crisis la técnica jurídica bajo la cual se esta operando, en el caso la sociedad, pues como bien señala Emilio Beltrán, el derecho societario conlleva un sistema de preconcursalidad, preventivo, como lo sostuviéramos en España, en esta misma ciudad, en la Universidad Pompeu Fabra, aun antes de la última reforma.

⁸¹ Sobre el punteo también hemos trabajado, p. ej. *Insolvencia societaria y responsabilidad*, pág. 380 y ss.; en Jurisprudencia Argentina, libro en Conmemoración de su 80º Aniversario, 1918-1998; y en *Las relaciones de organización y el sistema jurídico del derecho privado*, ed. de la Academia de Córdoba, Córdoba, 2000, Capítulo XI Insolvencia societaria y responsabilidad, pág. 481 y ss..

La eficiencia pasaría no sólo por eliminar el estado de crisis, sino en hacerlo tempranamente, a bajo costo, sin comprometer la funcionalidad de la empresa a través de los medios que ofrece el derecho societario, que impone conductas diligentes y leales a los administradores, evitando los abusos de los socios, brindando equilibradas soluciones.

LA PLANIFICACIÓN PRECONCURSAL (ACTUANDO TEMPESTIVA Y EXTRAJUDICIALMENTE) *

“Este modo de razonar, que es la negación del que emplean para hablar entre sí las personas razonables, es el que algunos llaman ‘oratoria forense’”¹

Sumario: I. El nuevo encuentro. II. El “vocabulario acostumbrado”. III. Visión concursal: el plan de reestructuración o saneamiento. IV. Plan de empresa heterónimo. Otra visión concursal. V. Lo ilícito y lo lícito de un plan. VI. Hacia una visión globalizada de la planificación. VII. Desde el derecho de la organización hacia todo el derecho. 1. Empresa y planificación. 2. La planificación excede y precede a lo concursal. 3. La preconcursalidad desde la planificación en el derecho societario. VIII. Responsabilidad de administradores. IX. Cosechando.

I. El nuevo encuentro

Venimos exponiendo una especial apreciación del “sistema concursal” a través de estos congresos organizados por el Instituto Iberoamericano de Derecho Concursal.

* Comunicación al IV Congreso Iberoamericano de Derecho Concursal (Punta del Este, República Oriental del Uruguay, 12/14 de noviembre de 2008).

** Agradeceremos comentarios a ehrichard@arnet.com.ar. Otras publicaciones en www.acaderc.org.ar

¹ CALAMANDREI, Piero, *Elogio de los jueces escrito por un abogado*, EJEJA, Buenos Aires, 1969, pág. 76.

Con anterioridad lo hemos hecho sobre “Reforma concursal: ¿de ideas o de normas?”², “La empresa, su crisis y su conservación (meditaciones desde una visión nacional)”³ y “Por la eficiencia del sistema concursal: bien jurídico tutelado por el sistema concursal. Prevención de la crisis”⁴.

Ahora nos centraremos en la planificación⁵, que impone clasificar dos tipos de situaciones. Centralmente apuntar que los sistemas concursales tienden a abordar crisis complejas referidas a sociedades u organizaciones, que cumplen el rol técnico de organización jurídico-económica de “empresas”, o sea de actividades organizadas para el cumplimiento de un fin; o de organizaciones sociales, culturales o deportivas que el Estado considere conveniente conservar o reorganizar conforme la política de Estado fijada (servicios públicos, clubes deportivos, medios de comunicación, etc.). Marginalmente a esta cuestión aparece la necesidad de regular la situación de patrimonios de personas individuales o familiares sobreendeudados, patrimonios donde no se localiza una empresa sino la necesidad de subsistencia y tranquilidad psicológica de hombres o familias.

Nuestra hipótesis es que las cosas pueden ser más fáciles de lo que se cree si se actúa con sentido común, y en la materia que abordaremos, de la crisis y la planificación en las sociedades, la cuestión esta bien dirigida a través del estándar de administrador *diligente y leal buen hombre de negocios, que debe actuar así en beneficio primero de la*

² Comunicación al Primer Congreso Iberoamericano de Derecho Concursal: “El derecho concursal del siglo XXI”, Barranquilla, Colombia, 12 al 14 de octubre de 2005, en el que se desempeñó como vicepresidente, y en cuya asamblea constitutiva del Instituto Iberoamericano de Derecho concursal fue elegido vicepresidente académico.

³ Comunicación al II Congreso Iberoamericano de Derecho Concursal, Mérida, México, 8 al 10 de noviembre de 2006.

⁴ 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.

⁵ Partiendo del trabajo que presentáramos en homenaje a Osvaldo J. Maffía: “El plan de empresa (o como asumir crisis tempestiva y extrajudicialmente)”, en libro colectivo *Homenaje al Dr. Osvaldo J. Maffía*, Córdoba, Lerner, 2008, Cap. II, pág. 217, 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 y Ramón Vicente Nicastro.

sociedad para que esta pueda desarrollar su empresa -cumplimiento del objeto social-, y segundo -por medio de ello- de los socios y los terceros vinculados a la sociedad, y cuyo patrimonio de propiedad de aquellos es prenda común de éstos.

II. El “vocabulario acostumbrado”

¿Es obligación de administradores societarios formular un plan de empresa?

El llamado “plan de empresa”, motivó las preocupaciones de la doctrina concursalista en cuanto a la presentación de un “plan de saneamiento” (de reestructuración o de salvataje) por el empresario individual o social -a este nos referiremos en este ensayo- ante la mera crisis, evitando que se instalara la insolvencia. “Plan” que se liga a la rapidez en afrontar la crisis, anticipándose a la cesación de pagos, en las soluciones prejudiciales o en la tempestividad en la apertura del concurso.

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.

Pero esa no es la única conceptualización del llamado “plan de empresa” (o genéricamente “plan de negocios”), sobre lo que volveremos más adelante, pues las circunstancias nos llevan a plantear un camino metodológicamente inverso: desde lo concursal llegar a lo societario.

Nos introduciremos así en un aspecto normalmente soslayado. Se habla de plan frente a la crisis, y a la planificación preconcursal como la motivada por la crisis con la que se intenta afrontar -en forma preconcursal o concursal- su absolución. E iremos mucho más allá, incluso refiriéndonos ante las conductas lícitas e ilícitas.

Anticipatoriamente consideramos que “un plan de negocios” es conatural a la ideación de cualquier emprendimiento. Sin embargo la existencia de un plan, o la necesidad de un plan para enfrentar y solucionar la crisis en puesta en duda.

III. Visión concursal: el plan de reestructuración o saneamiento

Es clara hoy la preocupación de la doctrina en quebrar el “aparato conceptual”⁶ generando nuevos legitimados en habilitar procedimientos preconcursales, la necesidad del plan de reorganización o reestructuración, el uso de las figuras y recursos societarios, y por sobre todo la necesidad de la actuación temprana para que no se instale la insolvencia o la cesación de pagos, afrontando la normativa concursal argentina e incentivando el pensamiento de la doctrina concursalista, sugiriendo soluciones previas, de las cuales no pueden descartarse las de carácter societario.

Por eso corresponde fustigar la apariencia normativa y la actitud profesional que excluye el plan de saneamiento de la práctica concursal.

En “Nueva oportunidad perdida: más de lo mismo en materia concursal (III)”, Maffía⁷ expresaba *“Otra expresión de la política que inspiran las orientaciones contemporáneas a que aludimos finca en la importancia capital que se otorga a la elaboración, seria y fundada, de un plan de saneamiento. Esta nota nos ocupará del régimen que, pensamos, mejor expresa ese ítem del “derecho de la empresa en crisis”, refiriendo la ordenanza francesa del 23 de setiembre de 1967..., siguiendo que “Esa apertura se amplió notablemente gracias a la ley del 10 de junio de 1994, que modifica la del 25/enero/1985 -o “ley de concursos” como diríamos nosotros-, pero también a la ley de sociedades comerciales (ADLA, XLIV-B, 1310) del 24/julio/1966, asimismo a la de arreglo amigable del 1º/marzo/1984. Nada más que para dar una idea de la innovación y de su incidencia en orden a sujetos legitimados para la apertura, repárese en lo siguiente: las sociedades anónimas son controladas por un “comisario de cuentas”, o sea el síndico de nuestra ley de sociedades, sólo que un órgano de control en serio en lugar de una pieza más del staff dirigente (no lo eligen quienes constituyen la sociedad, sino que*

⁶ “Los abogados tenemos una acusada tendencia a enfocar situaciones novedosas con el aparato conceptual y el vocabulario acostumbrado” de Maffia, Osvaldo J., en Sobre el llamado APE, Lexis Nexos, Buenos Aires, 2005.

⁷ L.L. 1995-E, 1107.

deben pedirlo a un registro donde esos controladores de cuentas, probadamente capacitados, se inscriben, y al cual se debe solicitar la adjudicación por quienes fundan o administran una sociedad). Cuando esos comisarios de cuentas comprobaran alguna anomalía o dificultad que pusiese en peligro la continuación de las actividades daría ciertos pasos informando de ello al Comité de empresas. La ley del 10 de junio de 1994 impone la comunicación también al Tribunal de Comercio, el cual puede abrir oficiosamente el procedimiento (art. 4º, párr. 2º, ley de 25 de enero de 1985). Eso comporta la viabilidad del trámite ante la mera existencia de dificultades, sin necesidad de que se hubiese instalado la situación de insolvencia... El proyecto de plan determina las perspectivas de resaneamiento en función de posibilidades y de modalidades de actividad, de la situación del mercado y de los medios de financiación disponibles. Ese proyecto define las modalidades de arreglo del pasivo... la eventual necesidad de quitas, las ventas que sea posible efectuar sin comprometer la prosecución de la empresa, la necesidad de incorporar capitales o el modo que fuere mejorar el activo”.

Maffia en “Otra oportunidad perdida: más de lo mismo en materia concursal”⁸ insiste: “Ese plan era considerado ‘el instrumento principal para lograr la recuperación económica’. El presupuesto consistía en la comprobación de dificultades, no del estado de insolvencia. ... En años recientes se avanzó en precisiones acerca de ese plan, incorporando exigencias que bien pueden considerarse definitivas. Por ejemplo, el anteproyecto español de 1983, afortunadamente remotorizado hace algunos meses, indica que el plan de salvataje debe mencionar las sumas que irrogará y el modo de allegar esos fondos. Lo mismo el ejemplo más cercano en esa línea, a saber, la “Ley de Reestructuración Empresarial” peruana del 30/diciembre/992, también inclusiva de un “Plan de reestructuración” al que se sujetara la empresa durante el proceso de resaneamiento, en el que se detallará, cuando menos, las acciones que se propone ejecutar, el cronograma de pago de los créditos hasta su cancelación, el financiamiento de la inversión requerida para la continua-

⁸ L.L. 1995-D, 1062.

ción de la actividad de la empresa...”; es decir, con el gastado ‘verso’ no alcanza: el deudor tendrá que precisar cómo hará para que la empresa se recupere, cuánto costará y de dónde saldrá el dinero necesario”.

Parecería que desde la óptica del derecho concursal nada habría que planificar y que podría libremente traspasarse -en las sociedades- el problema a los acreedores exigiéndoles un sacrificio de quitas y esperas para enriquecer a los socios que no supieron afrontar la crisis. Conforme a ello reitera en su saga “Nueva oportunidad perdida: más de lo mismo en materia concursal (IV)”⁹: *“I. En los números anteriores (ts. 1995-D, 1062; 1257; 1995-E, 1107) señalamos algunos aspectos de la ley 24.522 (ADLA, LV-D, 4381) que reniegan de toda posible actualización del régimen concursal rutinario, por ejemplo, la falta de un tratamiento preinsolvencia o al menos preconcurso,... y la total prescindencia de un “plan de recuperación” que es nota definitoria de las modernas regulaciones. ... vimos que mientras los regímenes de avanzada centran su atención en el estudio cuidadoso, técnico y detenido de la posible resanabilidad de las empresas en crisis, del plan escrupuloso que orientará la salida, de las perspectivas de reinserción de la empresa en el mercado, del costo del salvataje y de la disponibilidad de los medios, la ley 24.522 sólo requiere que los acreedores acepten la fórmula concordataria. El concursado no tiene deber alguno de explicarse ante el magistrado: No necesita siquiera decir qué piensa hacer, incluido el dato mismo del posible saneamiento”.*

Remarcamos: desde la ley concursal argentina parecería que se entiende que el titular del patrimonio en crisis no tiene obligación alguna de planificar, ni antes ni después de la mentada dificultad.

El “plan”, visto desde esa óptica concursal aparece como elemental y paleolítico, pues supone que se llegó al estado de crisis sin planificación alguna.

Registramos algún antecedente del año 1982¹⁰ “6. Esa insuficiencia advertida, como así también la necesidad de actuar prospectivamente y

⁹ L.L. 1996-A, 978.

¹⁰ RICHARD, Efraín Hugo, “Nuevas formas de soluciones concursales”, en Primer Congreso Nacional de Derecho Concursal, Presidencia Roque Sáenz Peña, 1982,

no sólo limitándose a remediar tardíamente los efectos de las crisis económicas, nos lleva a proponer el análisis de medios de potenciar las instituciones tradicionales dentro de los usos comerciales y judiciales de nuestro país, que analizáramos en círculos financieros hace algunos meses.. En primer lugar la apertura de los procesos concursales, imponiendo la concurrencia de todos quienes ejerciten derechos patrimoniales sobre un patrimonio, debería otorgarse a solicitud no sólo del propietario, sino también de los tecnócratas o directivos de la actividad empresaria. Así también la quiebra debería abrirse con continuación automática de la actividad empresaria cuando lo solicitare cualquier interesado fundadamente, invirtiéndose el trámite del juicio crítico del síndico que se formalizaría para hacer cesar, modificar o continuar esa actividad dentro de un tiempo prudencial para expresarse con propiedad. La referencia a cualquier interesado se formaliza no sólo en orden a los acreedores sino a los trabajadores. Es obvio que un sistema semejante debería aplicarse solamente a actividades que hayan sido o sean fuente de trabajo de un número mínimo de operarios o trabajadores. En segundo lugar, y dentro de esa misma tesitura, entendemos que una propuesta de acuerdo, o de concertación de intereses, podrá ser formalizada no sólo por el propietario del patrimonio, sino también por otros interesados. Un acuerdo o una concertación suponen un plan de actividad y de ponderación de las posibilidades económicas de esa actividad que permita advertir la posibilidad de actuar liberándose del estado de cesación de pagos o sin caer en ese estado una vez concertada entre todos los interesados su eliminación. Obviamente la falta de presentación de acuerdo por el propietario o el rechazo por sus acreedores, implica el desapoderamiento definitivo del patrimonio, sin perjuicio de su afectación a la continuidad de la actividad empresaria conforme el plan de concertación presentado por cualquier otro interesado”.

Hasta aquí alguna doctrina que presentamos como pionera en la cuestión. Acercamos algún matiz doctrinal.

En “Un ‘nuevo’ derecho concursal en el derecho comparado. En ocasión de la reforma al régimen italiano (2005/2006)”, Ariel A. Dasso ¹¹

Chaco, Universidad Nacional del Nordeste, Facultad de Ciencias Económicas, pág. 102 y ss..

¹¹L.L. 2007-A, 957. Agradecemos al colega Hugo Aguirre la disponibilidad electrónica de bibliografía.

apunta: “*El tema está en plena evolución y la tesis se ha profundizado en razón de notorios escándalos financieros protagonizados por grandes corporaciones en las que las irregularidades contables exaltan la necesidad de la reparación cuestionando los límites de agresión típicos de esta sociedad, de responsabilidad limitada frente a inversionistas deliberadamente mal informados por el tomador-deudor. ... X. El plan: el profesional y sus múltiples cometidos. También constituye una novedad incorporada por la ley N° 80 del 14 de mayo de 2005 la exigencia adicional... el plan con el que el deudor aspira superar la crisis y la satisfacción a los acreedores y de consumo la utilización de la unidad empresarial (art. 160.1) (89). La documentación de admisibilidad al concurso preventivo requiere ahora la certificación profesional respecto de la veracidad de los datos y particularmente, opinión sobre la ejecutabilidad, o factibilidad del plan (art. 162.3)”.*

El interés de la cuestión en el derecho comparado ha sido ya remarcado, pero comienza a tener matices de obligación para la empresa en crisis, y no de funcionarios. En “La aplicación de la facultad prevista en el artículo 52.2.‘b’ de la ley 24.522 (el ‘*cramdown power*’ en el derecho argentino)”, los distinguidos colegas Barreiro, Lorente y Truffat,¹² refieren que “*Según la Sección 1129 del BC, denominada ‘Confirmación del plan’*), para poder homologar un plan de reorganización el tribunal debe contemplar que: 1) La propuesta de acuerdo preventivo sea de buena fe y no viole ninguna norma legal. ... **El plan de reorganización** -que la integra-, para ser confirmado, debe identificar a aquellas personas que están propuestas para ser administradores, gerentes y/o responsables de la ejecución de dicho plan”.

En este examen resulta importante la apreciación de María Indiana Miceli sobre la congruencia del sistema americano que tiene en cuenta la tempestividad en la presentación y la posibilidad del plan, en su trabajo “La nueva libertad concordataria y su necesario límite”¹³ apuntando “*En el Capítulo 11 del Bankruptcy Code se regula un procedimiento denominado Business Reorganization que está destinado al salvataje*

¹²L.L. 2005-D, 1057.

¹³J.A. 2003-IV-1506.

de negocios en crisis mediante la reestructuración del mismo, lo que se consigue a través de un plan de reorganización que deberá presentar el deudor ... el juez deberá analizar que el plan cumpla con la extensa serie de requisitos contenidas en el Capítulo 11, entre los cuales encontramos: ... que el plan haya sido propuesto de buena fe y no por medios prohibidos por la ley, la posibilidad de cumplimiento o lo que es la viabilidad del mismo (feasible). ...”.

¿Por qué entonces la resistencia a considerar obligatoria la presentación de un plan de negocios o de reestructuración al presentar una solución concursal o preconcursal?

IV. Plan de empresa heterónimo. Otra visión concursal

Reiteramos que pareciera que desde la interpretación doctrinal y jurisprudencial argentina no se entiende la obligación de los administradores de la sociedad en crisis ni de convocar a los socios ni la de formular un plan para superar las dificultades. Al referirnos a este plan lo hacemos al plan “autónomo” o sea el que nace de la “voluntad” de la sociedad en crisis.

Sin embargo, la doctrina y la legislación exigen el plan cuando son terceros los que deben formalizar una apreciación sobre el futuro de la empresa.

La reciente ley 26.086 peca en lo mismo, impone -aparentemente- al síndico formalizar un plan de pagos. Reafirmando los criterios generales que venimos sosteniendo, en “Los nuevos ejes del fuero de atracción. Otra vuelta de tuerca sobre el pronto pago y la competencia laboral”, Francisco Junyent Bas y Mónica Berardo ¹⁴, al referirse a la ley 26.086 que modificó el sistema de pronto pago concursal, que impone un plan de pagos a los créditos laborales, expresaron: “*Quizás haya llegado el momento de que los deudores concursados presenten un verdadero plan de empresa ‘sustentable’, o de lo contrario, el informe sindical sobre la evolución de la empresa ‘desnudará’ falencias de dificultosa respuesta*”. Junyent Bas ya había tratado con nosotros esa cuestión, en forma coincidente.

¹⁴L.L. 2006-B, 1133. IMP 2006-9, 1217.

Se observa que la ley 24.522 no requiera un plan de recuperación al tercero que puede intervenir con propuestas al fin del período de exclusividad. En este caso se trata de una propuesta “heterónoma”, o sea generada por la voluntad de un tercero no titular del patrimonio en crisis. Sería absurdo pensar que el síndico concursal debe presentar un plan sobre la continuidad de la empresa en la quiebra, y el propio concursado -o el tercero- no tiene ese deber-obligación.

La cuestión puede verse, correctamente apuntada, en el ensayo de Maffía: “Nueva oportunidad perdida: más de lo mismo en materia concursal (II)”¹⁵, cuando en esa zaga de artículos expresa: “... c) *El interesado en adquirir la empresa en marcha no tiene ninguna obligación de explicar qué se propone hacer con ‘la empresa’, en especial si su idea es reflotarla, en tal caso de qué manera, otrosí con qué medios. Lo único que la ley le exige es que en trámite clandestino consiga la conformidad de los acreedores... En la nota anterior anticipamos -y desarrollaremos en la próxima- que en regímenes tanto proyectados como vigentes la presentación del ‘plan’ de recuperación es juzgada la clave del procedimiento, asimismo que ese plan debe incluir lo atinente a importes necesarios y modo de obtenerlo. Nuestra ley ni siquiera pide al oferente que explique qué motivos lo indujeron a adquirir “la empresa en marcha” que dice el art. 48...*”.

Ante la justa crítica de Maffía a la posibilidad de que un tercero apruebe una propuesta de acuerdo sin *plan* alguno, hay alguna respuesta.

Lo interesante es que uno de los autores del proyecto de legislación concursal se refiere a la conveniencia de un plan de negocios en ocasión de intervenir terceros, pero lo omite para la propia conducción de la empresa o sociedad en crisis. En *Propuestas para un sistema concursal más eficiente*, Julio César Rivera¹⁶ se refiere al plan de empresa, primero indicando el antecedente francés: “*Así, en Francia... debe plasmar-se en un **plan** dispuesto por el tribunal, no sometido a la aprobación de los acreedores; significó un debilitamiento significativo de los derechos de los acreedores y un acrecentamiento de los poderes del juez*”.

Luego Rivera sugiere la incorporación de un plan en el caso de “*El salvataje del artículo 48 L.C.. El salvataje del art. 48, comúnmente*

¹⁵L.L. 1995-D, 1256.

conocido como cramdown ha sido la novedad más relevante de la ley 24.522, y más allá de algunas críticas iniciales lo cierto es que: (i) es coherente con las finalidades que hoy se reconocen a los procedimientos preventivos, entre las cuales se destaca la enajenación de la empresa a quien pueda hacerla viable... Pero a nuestro juicio lo que debería incorporarse a la ley es la exigencia de que los sujetos que se incorporen a la lista de interesados en adquirir las acciones y hacer una oferta de concurso preventivo, de algún modo demuestren su solvencia económica y moral, que acrediten su interés mediante el depósito de una suma de dinero, y que exterioricen aunque sea mínimamente algún plan de salvataje de la empresa. De otro modo resulta que la lista se forma con sociedades off shore, representadas por ignotos personajes, que aparecen ofreciendo adquirir empresas importantes sin arriesgar ni poner un solo centavo, con lo cual distorsionan la competencia entre los distintos sujetos que realmente tienen interés en la empresa concursada, cuando no simplemente dilatan innecesariamente el procedimiento”.

La perplejidad es mayúscula: ¡los terceros sí deben o deberían planificar, los administradores de la concursada no!

V. Lo ilícito y lo lícito de un plan

En el derecho argentino se ha potenciado que las situaciones sean irreversibles, pese a facilitar herramientas al administrador societario a través del acuerdo preventivo extrajudicial¹⁷, generándose la idea de que los administradores societarios puedan continuar ininterrumpidamente la actividad de la sociedad pese a estar en insolvencia, sin planificación coherente, tratando de obtener más créditos o reciclar el existente, con la misma modalidad que los administradores públicos argentinos afrontaron la deuda externa en la década pasada.

¹⁶ Academia Nacional de Derecho de Buenos Aires, *Anales 2001*, p. 284.

¹⁷ Sobre acuerdos extrajudiciales, ALEGRÍA, Héctor, “Acuerdo preventivo extrajudicial (Caracterización, problemas y acuerdos privados)”, en *Revista de Derecho Privado y Comunitario 2002-3*, Concursos 1, pág. 145.

No tenemos dudas de que un administrador de un ente personificado tiene la obligación de planificar y, dentro de la lealtad con la que debe desempeñarse un buen hombre de negocios (estándar del art. 59 L.S.A.), se supone que ello es para afrontar la crisis dentro de las imposiciones y previsiones que la ley societaria fija.

Así, se afirma que *“Nuestra ley de concursos vigente prescinde, al menos en su normativa expresa, de la idea de que toda estrategia empresarial de reversión de crisis debe sentarse necesariamente sobre un plan orgánico de redimensionamiento y adecuado de sus estructuras comerciales, contables, laborales y financieras. En realidad, más bien parecería que el sistema jurídico presume la natural existencia de una planificación empresarial que opere como soporte básico de la solución concursal preventiva”*¹⁸. Y ello es obvio, porque la planificación es inherente al deber de los administradores societarios de actuar con diligencia de un buen hombre de negocios (art. 59 L.S.A.), para luego el mismo autor plantear la idea como de *lege ferenda* para la legislación concursal *“Incorporar un razonable plan de empresa junto a los requisitos formales y contables de la presentación en concurso preventivo permitiría una evaluación inicial de la viabilidad del mecanismo de reestructuración programado por el deudor. Posteriormente en forma previa a la aprobación judicial del acuerdo, y como parte integrante de la propia propuesta, debería exigirse un plan de gestión empresarial que sirva de sustento a la forma de pago ofrecida a los acreedores, para organizar la idea de un cumplimiento eficaz de los términos del acuerdo”*. Veremos que Lidia Vaiser -con quien concordaremos- entiende que esto está impuesto en la ley vigente. Marcotullio remata a párrafo seguido sus ideas anticipando nuestras conclusiones, *“Buena parte de los fracasos concursales están directamente causados en la ineficiencia o negligencia de los administradores de la empresa falente. Es conveniente potenciar las responsa-*

¹⁸MARCOTULLIO, Miguel Eduardo, “Tempestividad y viabilidad concursal” en libro colectivo *Homenaje al Dr. Osvaldo J. Maffia*, Córdoba, Lerner, 2008, Cap. II, pág. 217, 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. p. 158 y ss., específicamente, pág. 167.

bilidades legales y económicas de los administradores”, lo que también es propio de la legislación actual en su integración sistemática.

De las expresiones del jurista tucumano resulta clara la necesidad de esa planificación, pues subraya que la ley “prescinde, al menos en su normativa expresa”, lo que supone que ello es connatural a formalizar por los administradores de un ente personificado con patrimonio en crisis.

Ello impone el marco de licitud del obrar de ese administrador.

Pero en la realidad argentina el dislate es mayúsculo: se pretende que la libertad para decidir la oportunidad de presentar una sociedad en concurso, pese a arrastrarse en cesación de pagos, no acarrea ninguna responsabilidad a los administradores, que éstos no tienen obligación alguna de planificar ni de afrontar la crisis tempestivamente.

Un penalista ¹⁹ sospecha, en tales casos de la existencia de un verdadero “plan de insolvencia”, cargado de ilicitud. Se refiere a las sociedades que operan con patrimonio inadecuado o se generan sin capital suficiente, “*con capitales de humo..., los vencimientos del pasivo se van postergando y se obtiene refinanciamiento, mediante la exhibición de un **gran patrimonio**, aunque total o parcialmente impago. Con este ardid se obtiene también crédito por parte de los proveedores comerciales que aumentan el pseudo patrimonio o el stock de mercadería*”, con una descripción que se corresponde a los informes generales que los síndicos formalizan en la mayoría de los concursos preventivos (no quiebra) de sociedades que han venido operando en insolvencia, lo que califica como “ardid”, tipificando así el obrar del que “maliciosamente afecta el normal desenvolvimiento” de una “empresa”, cometido a través de un plan, que consiste en tornar a la empresa incapaz de cumplir sus deudas, frustrando las expectativas de los patrimonios de los acreedores ²⁰. Ese obrar es considerado delictual a tenor de la ley 25.602, que suprimió el delito de subversión económica. Y es un obrar que suelen describir los informes generales en los casos de sociedades que han operado largo tiempo en cesación de pagos.

¹⁹PALACIO LAJE, Carlos, *Delitos de vaciamiento de empresa*, Córdoba, Marcos Lerner, 2002.

²⁰PALACIO LAJE, Carlos, ob. cit., especialmente pág. 59. Se refiere al delito previsto recientemente en el art. 174 inc. 6 C.P..

En general, se trata de evitar los delitos que imponen la existencia de quiebra declarada, tales como el del 176.6 C.P. de trasvasamiento de empresa o de insolvencia fraudulenta del art. 179.2 C.P..

Dicha ley impuso una figura más plástica, aplicable a supuestos donde se ha trabajado sobre una “insolvencia prolongada” o un “plan de insolvencia”, a través de la figura descrita en la nueva norma del art. 174.6 primera parte C.P. puniendo -con 2 a 6 años- a “el que maliciosamente afectare el normal desenvolvimiento de un establecimiento o explotación comercial, industrial, agropecuaria, minera, o destinada a la prestación de un servicio”, como afectación al patrimonio como prenda común de los acreedores ²¹.

El conocimiento de esta figura disuadirá a muchos administradores de continuar el giro de la sociedad administrada en insolvencia, facilitando su recuperación con una actuación temprana, por aplicación de las técnicas societarias o/y concursales.

VI. Hacia una visión globalizada de la planificación

La planificación es una obligación de cualquier administrador, que también debe afrontar la crisis en la forma más temprana posible para evitar la proliferación de los daños ²².

Alguna doctrina concursalista ver la exigibilidad de un plan en la propia actual ley concursal, tratando de cubrir las falencias apuntadas, conforme la visión que propiciamos.

Como en una bisagra en “El ‘régimen de administración’ en la propuesta de acuerdo: ¿plan de empresa?”, Lidia Vaiser ²³ preclaramente se refirió muy particularmente al “plan de empresa” -apuntando a la visión globalizante para enfrentar las crisis- y su germen en la actual ley 24.522. Así sostuvo: “*VI. Propuesta complementaria eventual. Bajo la óptica recién focalizada, la ‘reorganización societaria’, la ‘administración*

²¹PALACIO LAJE, Carlos, ob. cit., pág. 85 y ss..

²²Ntro. “Ideales y realidad. Afrontar la crisis”, J.A. 2007, I fascículo 8, 21/2/07, pág. 3.

²³L.L. 1999-D, 1073.

de bienes en beneficio de los acreedores'..., nociones desprendidas del texto legal (art. 43 LCQ) no pueden más que considerarse como una "propuesta complementaria eventual". Y la denominamos 'eventual' en contraposición a la 'necesaria' (de la que se dio noticia antes), que normativamente viene impuesta en punto al 'régimen de administración y limitación de los actos de disposición' y a la 'constitución del comité definitivo'. Habíamos considerado en oportunidad anterior, que en este segmento de la propuesta de acuerdo podría encontrarse en estado embrionario, lo que el derecho comparado ofrece y la doctrina nacional mira con apetencia: 'EL PLAN'²⁴. También podría afirmarse en un plano más profundo, que la aquí denominada 'propuesta complementaria eventual', podría llegar a virtualizar las exigencias tenidas en mira para el diseño del 'plan'.

*... IX. ¿Qué alcance debe otorgarse al régimen de administración? En "Vivisección de la propuesta de concordato" (ob. cit.) considerábamos que la 'addenda' introducida por la ley 24.522 al régimen de la propuesta, en punto a la cuestión del epígrafe, tal vez constituía una forma proteica de lo que desde estas latitudes miramos con apetencia (siempre en dirección al norte): el famoso 'plan de empresa'. Extrañamente, este agregado pasó casi inadvertido para la doctrina local. Los autores refieren de modo genérico a la existencia de recaudos adicionales (Barbieri) o a la ostensible desubicación sistemática (Iglesias), pero sin penetrar en el tema ni en su conflictiva. **Maffía, ya sabemos, pregona no sin razón, que el plan de salvataje de la empresa resulta el gran ausente en el sistema concursal vigente** ("Manual...", p. 314). ... De su lado, en otra ponencia presentada al evento académico antes consignado, (III Congreso Nacional...)... Efraín Hugo Richard afirmaba con énfasis que esta nueva exigencia terminaba por insertar el plan de empresa en nuestro sistema concursal ("... La propuesta de acuerdo debe ser acompañada en todos los casos por un plan de administración para superar la situación económico financiera de la concursada...", Richard, Efraín Hugo, ob. cit., p. 420). La conclusión podría aparentar un tanto*

²⁴VAISER, Lidia, "Vivisección de la propuesta de concordato", ponencia al III Congreso Argentino de Derecho Concursal, I Congreso Iberoamericano sobre la Insolvencia, Buenos Aires, Ad-Hoc, t. I, pág. 441.

*extrema, pero a poco de ver sus contenidos resultan de gran utilidad para fundar ciertas precisiones en torno al tema. ... XI. El plan y el buen hombre de negocios No pueden existir dudas acerca de que el estándar jurídico del buen hombre de negocios obliga a los dirigentes sociales a planificar las políticas empresarias. Un buen ejercicio de la planificación y del control permite detectar a tiempo las dificultades, corregir el rumbo y, si es posible, adoptar los remedios necesarios. Las funciones gerenciales implican tres aspectos básicos de la dirección empresarial: Planificación, control y coordinación. Ninguna empresa o dirigente puede prescindir del planeamiento. En la ciencia de la administración las cuestiones vinculadas al planeamiento empresario se engloban en el presupuesto y en el control presupuestario. El presupuesto constituye una herramienta indispensable para la dirección de la empresa. Contiene: a) Una planificación: en base a los objetivos trazados se planifica la actividad futura de la empresa b) Una coordinación: que es la manera de obtener los resultados perseguidos mediante la coordinación de las distintas funciones delegadas o descentralizadas de la administración. c) Un control: toda dirección debe controlar, es decir, debe tener información que permita la comparación entre lo presupuestado y la realidad, para poder corregir las deficiencias que detecte. Al presupuestar, la dirección hace un esfuerzo consciente con miras a predecir el futuro; y el intento por conocer el futuro lleva implícita la posibilidad de modificarlo (Perel, Vicente L., "Manual del presupuesto", Ed. Macchi, 1968). El presupuesto sirve -en consecuencia- como un insoslayable instrumento de dirección. Es tan grande su importancia que puede aseverarse que sea la principal herramienta para dirigir eficazmente una empresa mediana o grande. De modo tal que resulta un imperativo para todo dirigente, bajo pena de incurrir por omisión en una grave inconducta. Sabemos que la falta de sujeción de un dirigente empresario a los estándares jurídicos de 'buena conducta', engendra responsabilidades en el marco del derecho societario. Y en el marco del derecho concursal una conducta violatoria de aquellos parámetros también **genera responsabilidad a los administradores** (art. 173 L.C.Q.) El art. 59 de la ley de sociedades establece que los administradores y los representantes de la sociedad, deben obrar con lealtad y con la diligencia de un buen hombre de negocios. Los que faltaren a sus obligaciones serán respon-*

sables por los daños y perjuicios que resultaren de su acción u omisión. Ahora bien,... Richard se preguntaba si a los administradores de la empresa en crisis,-con mayor razón que a los de una empresa en equilibrio-, no habría que exigirles una adecuada planificación para resolver la crisis. Recordemos que en la presentación en concurso la ley impone explicar cómo se llegó a la crisis. En consecuencia, en la formulación de la propuesta parece lógico que deba exigirse una explicación acerca de cómo se va a administrar la empresa durante el período de cumplimiento del acuerdo, cómo se la va a sanear, cómo se van a generar los recursos para hacer frente al pasivo. Según quiera verse, **tales temperamentos podían ser considerados un “plan de empresa”**, dicho en el sentido que la doctrina le acuerda, y ya sea en estado proteico o acabado. Lo que no parece admitir duda es que el cumplimiento de los estándares de conducta de los dirigentes sociales constituye una exigencia insoslayable, también en el marco de un proceso concursal. La recepción de estos principios, ante la ausencia de prescripciones imperativas muy claras, va a depender de las mayores exigencias que el juez o los acreedores planteen al deudor. De hecho y en la práctica, durante la negociación de la propuesta, los acreedores “institucionales” demandan ciertas precisiones sobre la proyección de los negocios del concursado que pocas veces se transfiere al expediente. Sin embargo su acatamiento, por imperio del poder económico ejercido, resulta irresistible para el convocatario. Existe otro argumento (destacado por Richard en el trabajo citado), que puede servir de cartabón para dirimir la cuestión en favor del recaudo de la planificación en la propuesta de concordato. El art. 190 le impone al síndico presentar, dentro de los veinte días de asumir el cargo, un informe sobre la factibilidad de continuación de la empresa, a lo cual la ley 24.522 -recordemos- le acordó carácter excepcional. En ese informe y de aconsejarse la continuación, según lo expresado por los incs. 4° y 6°, el síndico debe: inc. 4): “... (presentar) el plan de explotación, acompañado de un presupuesto de recursos, debidamente fundado...” inc. 6) “... las reorganizaciones o modificaciones que deban realizarse en la empresa para hacer económicamente viable su explotación...”. Concluyendo: el síndico debe elaborar una verdadera planificación. **Se impone preguntarse entonces, si es dable exigir menos al concursado que al síndico. Y se impone concordar con**

Richard cuanto por respuesta da un no rotundo (ob. citado). De allí, que esta cuña injertada por la ley 24.522, este “plan de administración” adosado como componente necesario de la propuesta concordataria, puede llevar al planteo de mayores exigencias para el deudor cuando propone la solución concordataria. Y a la vez puede paliar en alguna medida los defectos perniciosos del régimen concursal, tantas veces señalados por la crítica doctrinaria. ... Ya sabemos que la de ‘interés público’ es de aquellas locuciones a las cuales -como alguna vez dijo Maffía-, hay que pedirles cartas credenciales. Sin embargo, la necesidad de contemplar una razonable planificación empresaria como parte integrante de la propuesta concordataria, parece un criterio que, apuntando al saneamiento empresario y por ende al del crédito bien puede esgrimirse como representativo de intereses superiores. En la deliberación de los ‘operadores jurídicos’ se encuentra la posibilidad de acordar mayor sentido a la normativa vigente, aun reconociendo sus marcas limitaciones”.

Recójase esta visión constructivista de las obligaciones del concursado, de los administradores de la sociedad concursada, de integrar la propuesta con un plan de empresa ²⁵. Agradecemos esa traducción tan auténtica e integradora de nuestra visión, generando una línea de pensamiento -realmente de vanguardia dentro de los concursualistas expuestas por la vicepresidente del Instituto Iberoamericano de Derecho Concursal, Lidia Vaiser. Integramos el pensamiento expuesto en “Propuesta abusiva en el concurso preventivo” por Claudio Alfredo Casadío Martínez ²⁶: *“III. Falta de información. Estimamos que uno de los mayores problemas del régimen actual para analizar si una propuesta supera el ‘test de abusividad’ radica en la carencia de información veraz sobre la viabilidad y razonabilidad de la misma. Repárese que en la ley 19.551 se preveía como un capítulo del informe general que el síndico debía emitir “opinión fundada sobre la posibilidad del cumplimiento de la propuesta de acuerdo y si ella es susceptible de ser mejorada”*

²⁵Ntro. “Sobre la homologación de la propuesta de acuerdo” en libro colectivo *XIV Jornadas de Institutos de Derecho Comercial de la República Argentina*, Paraná, Pcia. de Entre Ríos, 30/31 de agosto de 2007, edición de Fundación para la Investigación y Desarrollo de las Ciencias Jurídicas, Buenos Aires, agosto 2007, pág. 261.

²⁶L.L. 2007-C, 560.

(art. 40 inc. 6), informe que en el actual marco legal se torna inviable -y por ello fue derogado-, en virtud de que, entre otras cosas, el cronograma previsto por la L.C.Q. establece que la propuesta del deudor debe ser dada a conocer en una etapa posterior a la presentación de aquel informe. En la actualidad Richard sostiene que todo análisis sobre una propuesta abusiva deviene en inconcluso, si no incluye la ‘justificación de la propuesta’ para dotar a ésta de una justificación económica que la respalde y evite el enriquecimiento injustificado de la concursada en detrimento de sus acreedores, también llamado ‘plan de empresa en la propuesta de acuerdo’ por Vaiser, sin que, claro está, esto sea un reemplazo de aquel informe del síndico”.

Casadío Martínez esboza una fórmula: “No obstante estimamos que un adecuado análisis de la cuestión no puede soslayar la consideración de otros factores tales como el plan de reorganización empresarial, flujo de fondos futuros, acreedores que conforman la mayoría, entre muchos otros, es decir la ‘justificación de la propuesta’ a que alude Richard en sus trabajos.... Si bien compartimos el criterio de Richard que debería considerarse el plan de empresa y de Stolkiner sobre los distintos elementos a considerarse para evaluar la misma, estimamos que la utilización del VAN -en muchas ocasiones desconocido por los juristas- es una herramienta que nos permitirá en cierta medida arrojar luz sobre algunas propuestas”.

En “El *cramdown power* o la imposición de las categorías disidentes”, Alberto P. Mussi²⁷, se refiere una posición también globalizante: “V. La homologación. Instancia judicial que ha sufrido múltiples variantes a través del tiempo; muchas de ellas influidas por el contexto u orientación económico social, oscilando entre un juez dotado de múltiples atribuciones o restringido al mero control formal del acuerdo. Mucho se ha discutido sobre el punto: si el juez debe o no controlar el mérito del acuerdo, atento los amplios intereses afectados, mas allá de los meramente privados. Es muy lúcida, al respecto, la expresión de Ribichini²⁸, cuando se refiere a la necesidad de prever ‘instancias de asesoramiento y discusión previas a la homologación.

²⁷L.L. 5/1/2005, 1.

²⁸RIBICHINI, Guillermo Enrique, “El nuevo artículo 52 de la ley de Concursos y Quiebras”, L.L. 2003-A, 1084 y ss.

Y fundamentalmente, en la exigencia legal insoslayable, de que el acuerdo propuesto repose sobre un plan concreto y detallado a presentarse por el concursado, que posibilite ese análisis y dé sentido a esa valoración'. Cierra con esta certera definición: 'condición mínima para que el magistrado no convalide o desapruebe a ciegas lo que han acordado el deudor y la mayoría de los acreedores'. Se trata del tan mentado 'plan de empresa', o 'plan de rehabilitación', pieza medular en el derecho comparado, ausente en nuestra legislación²⁹. Se trata, insisto, de que el deudor explique como va a hacer para cumplir lo que está prometiendo, habida cuenta que deberá atender, a más del pasivo corriente, el que motivó el juicio concursal".

Se advierte la tendencia que liga lo concursal con lo societario³⁰.

VII. Desde el derecho de la organización hacia todo el derecho

Las relaciones de organización imponen una normativa y visión diferente de las relaciones de cambio bajo las que se construyeron las normas escritas³¹.

1. Empresa y planificación.

El plan de empresa, o de negocios, es el mínimo que puede exigirse a un empresario que afronta una dificultad económica o financiera, y más

²⁹MAFFÍA, Osvaldo, "Si no salvamos a la empresa, salvemos aunque sea al empresario". En este artículo, cita algunos ejemplos: "... en Bélgica, en Estados Unidos, en España, recientemente en Francia y en Alemania con sus leyes del 10 de junio y del 5 de octubre de 1994, el empresario que procure superar sus dificultades debe elaborar un 'plan de salvataje' o 'plan de resanamiento', que deberá ser aprobado por el juez si estima que de ese modo la empresa podrá salir a flote... Nuestra ley omite no sólo el requisito concerniente a la ecuación financiera de la recuperación, sino el propio plan, exigencia ya consagrada y, según dijimos, vista como la piedra miliar del instituto". A pesar de que esta publicación tiene algunos años, guarda a mi juicio, rigurosa actualidad.

³⁰En "Metamorfosis...", cit..

³¹Ntro. *Las relaciones de organización. El sistema jurídico del derecho privado*, 2ª ed. corregida, Córdoba, Advocatus, 2002.

aún si intenta superar un estado de cesación de pagos. El análisis de ese plan de empresa es el que permitirá evaluar si el propietario de ese patrimonio o sus administradores son merecedores de un apoyo que no imponga la necesidad de generar la ruptura de la relación jurídica propietario-patrimonio, mediante un juicio coactivo individual o general. Ya vimos la concepción de Lidia Vaiser.

Quien no demuestra capacidad para superar sus propias dificultades, realizando un adecuado diagnóstico y proponiendo a sus socios, acreedores y/o financistas un plan razonable y congruente para su análisis, no puede ser merecedor de ninguna de las tutelas que el derecho y la economía aconsejan para estas situaciones. No corresponderá sino extirpar lo más rápido posible de la comunidad a quien con su actuación genera incumplimientos que, como un tumor canceroso, tiende a afectar la totalidad del cuerpo social.

Planificar es un compromiso con el futuro. Las comunidades que no son orgánicas están condenadas a ser estructuradas desde su exterior, se ha agotado el ciclo de lo público y sobreviene el de lo privado³², conforme a ello se pretende que lo privado ordene las energías y los intereses de la sociedad. El punto está vinculado a la autoprogramación para evitar la heteroprogramación a través del Estado. El jurista sabe que no hay alternativa entre planificación y libertad ni entre planificar o no planificar³³. Quién no formaliza autoprogramación, autoorganización, impone el autoritarismo generando la heteroprogramación³⁴.

La empresa³⁵ debe ser autosuficiente, generando a partir de su patrimonio y el plan o directriz de desarrollo de sus actividades, los medios para su manutención económica; esto implica la viabilidad de la empresa, de la empresa que no lleva en su destino su autodestrucción por económicamente inviable. Por otra parte, la empresa viable es la única que mere-

³² Confr. GALGANO, FRANCESCO, *Historia del derecho mercantil*, Barcelona, 1980, pág. 165 y ss..

³³ FRÍAS, Pedro J., *Sobre poder y sociedad*, 1983, pág. 182.

³⁴ Ntro. "Tutela estatal en las sociedades por acciones", revista *La Información*, t. XXXII, pág. 943 y ss..

³⁵ Ntro. "Sobre la empresa" en *Ensayos de Derecho Empresario* N° 1, en homenaje a Héctor Cámara, "Empresa. Sociedades. Concursos", Córdoba, septiembre 2006, p. 55.

ce conservarse, sea por disposiciones concursales, preconcursales o extraconcursales. La sociedad es la estructura técnica jurídica personalizante a disposición del empresario como instrumento “de organización”. La organización no sólo supone la disponibilidad jurídica de órganos, de un sistema de imputación simplificante de las relaciones jurídicas con terceros y socios, sino la actuación coherente del órgano de administración.

2. *La planificación excede y precede a lo concursal.*

La planificación, propia de las relaciones de organización, se impone particularmente cuando se advierte una crisis. Como tal es ajena al derecho concursal, pues evita un incumplimiento generalizado, o cuanto menos lo precede. Una actuación tempestiva en lo interno de la sociedad o en la actuación pre o concursal permitirá la rápida solución a la crisis, pero si los administradores y socios no actúan oportunamente y la crisis se agrava no pueden pretender que sean los acreedores los que soporten su impericia o su dolo.

Ha quedado señalado que la doctrina nacional trabajó, como la extranjera, sobre la necesidad de un plan de reorganización. Pero miró más allá, planteando que el tema es propio de todo el sistema de administración empresarial. Ello es natural para formalizar un plan de negocios, y particularmente en las sociedades la necesidad del plan sobre su patrimonio al constituirlo, para posibilitar el cumplimiento del objeto social-empresa, y luego su funcionalidad³⁶.

*“La empresa en cuanto a organización de los factores de la producción es una sola, es universal; lo que es distinto es el ropaje técnico como sostenía Paillosseau, que le concede cada país, a través de su ordenamiento societario en particular los problemas que se detectan en la gestión empresarial, son iguales para todas las empresas, cualquiera fuera el país en que se desenvuelven”*³⁷. “Para

³⁶Ntro. “Relación capital-objeto: su regulación”, en Libros del X Congreso Argentino de Derecho Societario y VI Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa, t. II, pág. 405.

³⁷MATTA Y TREJO, Guillermo E., “En torno al funcionamiento del directorio de la anónima” en *Temas del derecho societario vivo*, AA.VV., edición de la Fundación para la

*poder conocer cómo el directorio administra supervisando..., debemos recurrir a la disciplina de la administración de empresas, la que nos indica que aquella se realiza mediante los documentos que debe elaborar la gerencia y someter a consideración de los directores. Estos documentos se conocen como contabilidad de gestión y entre ellos podríamos mencionar el **plan de negocios** o **plan empresa**, el flujo de ingresos y egresos proyectado y el informe mensual de gestión. El **plan de negocios** que debe proyectar el gerente general (funcionario permanente) y someter a la aprobación del directorio, contiene una enunciación de las actividades futuras que desarrollará la empresa, con un detalle cuantitativo y con una explicación de la conveniencia de su realización”* ³⁸.

El empresario -individual o social- afronta en su actividad un riesgo típico e inmanente, sujeto a la eventualidad de errores de gestión o de eventos externos más o menos previsibles comprometiendo el pleno y correcto desenvolvimiento del programa empresario adoptado y el alcance de los resultados esperados. Cuando el riesgo acaece y no se pone pronto remedio, es inevitable que la actividad vaya hacia su propia declinación. Y justamente el derecho concursal se ocupa de la empresa en crisis y el presupuesto de activación de los procedimientos concursales se basa en la incapacidad, actual o en algunos casos sólo potencial, del empresario de asumir regularmente las obligaciones contraídas ³⁹. Se trata, como titulan esos autores, de una crisis de la organización.

Investigación y Desarrollo de las Ciencias Jurídicas, Buenos Aires, 2008, p. 325 y ss., específicamente pág. 326.

³⁸MATTA Y TREJO, ob. cit., pág. 330, con cita de LAVOLPE, Antonio y otros, *Presupuesto y gestión*, L.L. Buenos Aires, 2006, pág. 2, sobre la documentación que constituye un “sistema de planificación y control”, destacando que el primero “*es el proceso por el cual los órganos directivos de la empresa diseñan permanentemente el futuro deseable y seleccionan la forma de hacerlo factible... el planeamiento ejerce una influencia central en el proceso decisorio estratégico de las organizaciones; a la vez, los presupuestos constituyen el medio de acción que da forma en términos económicos a las decisiones contenidas en planes, programas y proyectos. Tan el planeamiento como los presupuestos mantienen una vigencia formidable como ayuda para la gestión*”.

³⁹ABRIATTI, N.; CALVOSA, L.; FERRI Jr, G.; GIANNELLI, G.; GUERRERA, F.; GUIZZI, G.; MOTTI, C.; NOTARI, M.; PACCIELLO, A.; PISCITELLO, P.; REGOLI, D.; RESCIO, G.A.; ROSAPEPE, R.; ROSSI, R.; STELLA RICHTER Jr, M. y TOFFOLETTO A., *Diritto fallimentare*, Milán, Giuffrè, 2008, págs. 3/4.

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.

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 doble análisis de viabilidad para determinar el merecimiento de una tutela. Ese examen lo debería hacer primariamente el mismo titular del patrimonio, constituyendo *el plan de negocios*.

Descartada esa viabilidad debe estudiarse la posibilidad de escindir ese patrimonio separando la porción de bienes (materiales e inmateriales) organizados para el cumplimiento de alguna de las actividades u objeto sociales (ya que el patrimonio podría albergar a varias “empresas”). Y en vista de esa escisión, que de no ser voluntaria debe llevar a la quiebra como forma de escisión coactiva, debe determinarse si existe alguna “empresa” viable, dentro de ese patrimonio. La viabilidad estará determinada por la constatación de los dos atributos que hacen a la existencia misma de una empresa desde el punto de vista económico y político, su economicidad y su solidaridad, pues una empresa no sólo debe ser una organización económica ⁴⁰, sino solidaria ⁴¹ y lícita.

En 1978, y luego en los presentados en el Congreso de Derecho Comercial realizado en Buenos Aires en 1984 y en el Tercer Congreso sobre Aspectos Jurídicos de las Entidades Financieras realizado en Rosario en el mismo año, hemos sostenido que el plan de empresa era un estudio que debía configurar las tratativas precontractuales de los acuerdos preconcursales. Francisco Quintana Ferreyra justificaba la necesidad de ese plan y que la ley exige que se realicen los pertinentes estudios previos dirigidos a fundamentarlos; su omisión provocará la inoperancia

⁴⁰ Empresa económica implica la viabilidad de la empresa, de la empresa que no lleva en su seno su autodestrucción por económicamente inviable; confr. ntra. “La conservación de la empresa” cit..

⁴¹ La empresa, aunque sea económicamente apta no puede actuar contrariamente al medio social, sería una actividad ilícita, como lo es contaminar; conf. nro. *Sociedad y contratos asociativos*, Cap.: “La empresa.

de los esfuerzos para concretar los acuerdos ⁴². Antonio Tonón ⁴³ entiende que no es suficiente un simple plan de regularización del pasivo, sino que es previo y necesario un plan de saneamiento, de reorganización de la empresa. En igual sentido Rubén Segal ⁴⁴.

Por otra parte, ese plan de empresa no es sino la memoria que deben anualmente configurar los administradores de las sociedades anónimas, para asegurar una buena administración, formalizar un análisis de los negocios concluidos y prospectivo del futuro de la empresa, para su propio gobierno y examen de los accionistas.

Las actitudes ambiguas, partiendo que la ley 24.522 y sus reformas, sosteniendo que no se exigiría ninguna planificación para salir de la crisis, ni para presentar acuerdo -obviamente esa no es la posición de Lidia Vaiser-, imponen que el “apogema” sobre la conservación de la empresa no sea más que palabras que se “ponen” al homologar un acuerdo predatorio.

Por ello las soluciones deberán buscarse en el caso del concurso de sociedades en la legislación societaria, particularmente para determinar acciones de responsabilidad, como la de imputabilidad aditiva (denominada de inoponibilidad de la personalidad jurídica ⁴⁵), o de acciones de responsabilidad individual por los acreedores posteriores a la cesación de pagos, todas con posibilidad de ejercitarse extraconcursumente.

Alberti ⁴⁶, con la profundidad de su escalpelo jurídico, subraya que “*el concurso preventivo se desenvolverá incurablemente como una*

⁴²En su obra *Concursos*, págs. 396/7, cuyo tomo segundo fue publicado póstumamente, en su carácter de co-redactor de los proyectos que fueron la base de las leyes 19.550 y 22.917, norma esta última que incorporó los acuerdos preconcursales.

⁴³En su trabajo “El acuerdo preconcursal” en RDCO, 1984, pág. 167.

⁴⁴En “El régimen legal de los acuerdos preconcursales”, L.L. 1984-D-1186.

⁴⁵Ntra. comunicación sobre “Las sociedades comerciales y su actuación en el mercado” al Primer Congreso Argentino-Español de Derecho Mercantil, Valencia, España, 19, 20 y 21 de setiembre de 2001, con títulos Sociedades Comerciales y Personalidad Jurídica, Allanamiento, desestimación e inoponibilidad de la personalidad jurídica. Responsabilidad de los integrantes de los órganos de administración. Responsabilidad de los controlantes” (Una propuesta metodológica).

⁴⁶ALBERTI, Marcelo Edgardo, “Una contribución de Efraín Hugo Richard al derecho concursal: El plan de empresa como recaudo del concurso preventivo”, en *Derechos*

*dialéctica solamente procedimental, destinada a cerrarse documentalmente cuando los acreedores acuerden con el insolventes vías de solución que continúan siendo principalmente, casi exclusivamente, un aplazamiento de la exigibilidad de los pagos, o una reducción de los montos a pagar... Bastaría para promover una modificación de ese desarrollo ritual de lo **actualmente llamado retóricamente solución concordataria...** que el concursado ha de exponer un **plan** de su futura actividad económica... pues la sola utilización del remedio jurídico no curará los males empresarios. La necesidad de requerir en el concurso la enunciación y difusión del llamado **plan de empresa** fue sostenida perspicazmente por Richard, en referencia al acuerdo preventivo prejudicial; formulando en torno de ello una exposición válida para toda forma concordataria... la carencia de ese **plan** provoca fatalmente la inoperancia de los esfuerzos aplicados a la concreción del acuerdo preventivo extrajudicial; como puede ser visto en su “Efectos societarios de la insolvencia” -Anales XXVI (1987) 161 de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba-... retomó el tema, por segunda vez hasta donde conocemos en su El “buen hombre de negocios” y el “plan de empresa” -Doctrina Societaria y Concursal, abril 1993 p. 337-; ... sostuvo... valerosamente al hacerlo en un medio más proclive a la tolerancia vergonzante que a la exigencia del cum-*

patrimoniales, Estudios en Homenaje al Profesor Emérito Dr. Efraín Hugo Richard, citado, t. II, pág. 949. Conf. ntros. “Salvataje de la empresa y propuesta de acuerdo preventivo”, Revista Derecho y Empresa de la Universidad Austral, N° 6, Rosario, 1996, 2ª quincena de marzo de 1997, págs. 121 a 128; “Propuesta de acuerdo preventivo. Su integración necesaria con un plan de dirección”, en Doctrina Societaria N° 109, diciembre 1996, Errepar, t. VIII, pág. 548 y ss.; “Ensayo sobre el plan de empresa y las obligaciones del empresario”, en revista Estudios de Derecho Comercial, del Colegio de Abogados de San Isidro, N° 9, 1993, págs. 55 a 70; El “buen hombre de negocios” y el “Plan de empresa” en Doctrina Societaria y Concursal, Errepar, t. V, pág. 337; “Crédito y plan de empresa”, en XXIX Congreso Anual Ordinario de Abapra, La Rioja, 30 de mayo/ 1 de junio de 1988; “¿Se integra la propuesta de acuerdo con un plan de cumplimiento?” t. I, pág. 433. Ponencias al III Congreso Nacional de Derecho Concursal y I Congreso Iberoamericano Sobre la Insolvencia, Mar del Plata, 27, 28 y 29 de noviembre de 1997, 3 tomos, Buenos Aires, Ad-Hoc, noviembre 1997; “Salvataje de la empresa: ¿Una postulación sin respuesta en la ley concursal?”, juntamente con Francisco Junyent Bas y Orlando Manuel Muiño, en RICO, año 30, 1997, pág. 525 y ss..

plimiento de las obligaciones del tráfico, que un juez podría no homologar un acuerdo que no previera su factibilidad en una formulación mínima en torno de la viabilidad, expresada juntamente con la fórmula de la quita, espera u otras. Fue esta una tesis atinada; que indica constituir un débito implícito de la obtención del concordato con los acreedores, la formulación de un programa de operaciones ulteriores al acuerdo... la disponibilidad de ese plan permitiría advertir desde una etapa inicial del procedimiento, y casi inequívocamente la viabilidad de la empresa del insolvente... La exposición del plan de empresa, por el insolvente o quien hiciese suya la redención del pasivo y la propiedad de la empresa, elevaría el acuerdo concursal de mera apuesta a ideación intelectual de una obra por realizar... saneará el concurso preventivo de su actual empleo como artificio procedimental destinado simplemente a diferir...”.

Alicia Susana Pereyra, recordando la posición de Alberti y nuestra posición ⁴⁷, apunta inicialmente a cómo sociedades han compuesto extrajudicialmente su situación: *“Muchas han cerrado definitivamente sus puertas, sin pasar siquiera por la solución concursal”*, afirmando; *“la crisis de la insolvencia obedece más a factores propios de la dirección empresaria”*, y recordando anteriores trabajos suyos del año 2001 que *“las causas del fracaso de los objetivos planteados por el derecho concursal argentino: la superación de la crisis económica y la conservación de la empresa, en cuanto actividad útil para la comunidad, debemos ubicarlas en la ignorancia de dos cuestiones fundamentales: el principio de la separación empresario-empresa y la falta de implementación de un plan de reorganización empresarial... Los acreedores prestan su conformidad no a la empresa viable, sino al empresario en el que -una vez más- van a volver a confiar”*; en su comunicación afronta los ejes de la regulación concursal la tempestividad afrontando la crisis antes que el estado de insolvencia, los institutos reorganizativos (*“cuya finalidad funcional básica dentro del sistema estriba en la conservación -vía reorganización- de empresas”*).

⁴⁷PEREYRA, Alicia Susana, “Plan de reestructuración empresaria: ¿Cuánto más vamos a esperar?”, en Libro de las X Jornadas Nacionales de Institutos de Derecho Comercial, Tanti Sierras de Córdoba 2003, Córdoba, edición de Fespresa, 2003, pág. 357 y ss..

Apunta como hemos tratado de separar a “denominarlo “Plan de reestructuración” o “Programa de reestructuración empresarial”, ya que no sólo hay que organizar la empresa, sino también, brindarle la estructura adecuada que le permita revertir la situación de insolvencia”, y ello es muy correcto desde la óptica concursal, y la referencia a un “plan de empresa” o mejor “plan de negocios” es omnicomprendiva del nacimiento, vida y muerte de la sociedad. Sigue expresando que “necesita la concurrencia de profesionales y administradores idóneos”, obviamente los leales y diligentes buenos hombres de negocios del art. 59 L.S., concluye señalando que “El plan deberá ser presentado en ocasión de solicitar la apertura del concurso preventivo”, claro que estas últimas referencias son de *lege ferenda*. Nos parece muy correcta la sugerencia, pero nos movemos en este ensayo en orden a la legislación actual, por supuesto no limitándonos a la concursal al enfrentar la crisis de sociedades.

Tenemos expresada posición crítica sobre la falta de eficacia de la legislación concursal ⁴⁸: específicamente en torno de la aplicación de la normativa societaria cuando el concursado fuere una sociedad, por la obligación de los administradores societarios de presentar un plan o presupuesto de desempeño futuro, o plan de empresa, y a su responsabilidad individual -y extraconcursal- frente a nuevos acreedores luego de advertido el estado de cesación de pagos, amén de la aplicabilidad de las normas sobre imputabilidad aditiva al controlante torpe.

Mirando con sencillez y al mismo tiempo con notable técnica, Nedel refiere la naturaleza del plan de empresa ⁴⁹ expresando: “*Hemos intentando a través de una ‘hoja de ruta’ formular el razonable recorrido que debiera intentar un ente para enfrentar su vida social y cumplir su objeto. Dijimos que era prudente y aconsejable contar con un*

⁴⁸ Ntro. libro *Las relaciones de organización y el sistema de derecho privado*, 2ª ed., Córdoba, Advocatus, 2002, Capítulo X, pág. 441, e “Ineficiencia de la ley concursal” en revista *Derecho y Empresa*, N° 10, diciembre 2000, pág. 176 y ss..

⁴⁹ NEDEL, Oscar, “Plan de empresa” en libro colectivo *Homenaje al Dr. Osvaldo J. Maffía*, Córdoba, Lerner, 2008, Cap. II, pág. 217, 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, pág. 171 y ss., específicamente pág. 214.

plan desde el momento mismo de cualquier actividad; que si bien no garantizaba ningún éxito, facilitaba el devenir de los acontecimientos que, sobre bases preventivas permitía hacer frente con mayor facilidad a lógicas dificultades de todo emprendimiento”.

Parecerían abandonados criterios rectores, bases fundantes que hacen a un sistema concursal y su axiología, como apuntó Maffia tratando de alertar sobre la pérdida de rumbo.

3. La preconcursalidad desde la planificación en el derecho societario.

Se advertirá que ante el efecto nefasto de la insolvencia no sólo sobre el sujeto contaminado, sino sobre los negocios en general, alguna doctrina -como hemos visto junto con doctrina extranjera- apuntó desde hace muchos años a la actuación tempestiva y a una visión societaria de las soluciones. Así nos motivó, lo que ahora recordamos más orgánicamente.

Ford, Chevrolet y otras automotrices se encuentran sujetas desde hace varios años a un plan de reestructuración para afrontar la crisis patrimonial que ellas mismas denunciaron y al que se sujetan con variado éxito.

La insolvencia de una sociedad tiene características particulares, pues la legislación que autoriza la constitución y funcionamiento de ese medio técnico, con libertad jurigenética de personas jurídicas, prevé las dificultades de la sociedad por falta de capital o patrimonio, sea imponiendo la reconstitución del capital social, por propias aportaciones de los socios, de terceros o de los acreedores, o la liquidación ordenada de ésta, al menor costo.

Resulta paradójico que el cúmulo de herramientas que brinda o brindará la legislación concursal no aparezcan concatenadas en un orden, axiología o valores determinantes, al producirse la ruptura del sistema contractual autorizando el incumplimiento generalizado de la mayoría de las obligaciones.

También ello lleva a cierta perplejidad por cuanto no siempre aparecen las herramientas vinculadas a la exteriorización de un “plan de negocios” para suponer que éstas serán eficientes. “Plan de negocios” que hoy está vinculado indisolublemente con la decisión de cualquier emprendimiento, de la formalización de cualquier inversión.

Y resulta más sorpresiva la cuestión, por cuanto las sociedades requieren los remedios concursales sin que se advierta que han intentado los remedios societarios. Ni reintegro, ni aumento de capital, ni reorganización, y menos aún el llamado a los acreedores para capitalizar el pasivo, soluciones todas expresas o posibles en el derecho de las sociedades nacional y comparado.

En la doctrina italiana se determina que la capitalización de la sociedad en crisis -sea la reconstitución del capital o la capitalización- o insolvente, requiere una decisión del órgano de gobierno, partiendo de la situación patrimonial determinada al tiempo de presentación en concurso preventivo conforme un balance extraordinario ⁵⁰.

Se dice que cuando existen dificultades, los socios ya no tienen interés en 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.

Se enfrentan dos aspectos en lo concursal: uno axiológico y uno económico, ambos faltantes en la mayoría del uso de esas herramientas. El axiológico como valor indicativo de la estructura normativa que ha de guiar a la deudora, sus administradores y fundamentalmente al juez para aplicar la norma y entender que no es abusiva una solución y por tanto no contraria a derecho. Y la económica porque se excluye lo que la economía no dubita en exigir para catalogar un negocio: el plan de empresa, el plan de negocios, la rentabilidad y posibilidad de la solución proyectada u ofrecida.

⁵⁰ “*La ricapitalizzazione della società in crisi o insolvente richiede anzitutto, partendo della domanda di concordato preventivo o della dichiarazione di fallimento, l’elaborazione di un bilancio ordinario infrannuale o straordinario, redatto secondo criteri contabili consoni alle prospettive della ristrutturazione risultanti dal piano collegato alla proposta di concordato*” (confr. COLOMBO, G.E., “Bilancio d’esercizio e consolidato”, in *Trattato delle società per azioni*, diretto da G.E. Colombo e G.B. Portale, 7ª, Turín, 1994, pág. 28 y ss.; M. CARATTOZZOLO, *I bilanci straordinari*, Milán, 1996, pág. 579 ss.; AFAMENI, P., *Perdita del capitale bilancio straordinari*, Milán, 2004, págs. 23 y ss. y 97 ss.. “*Tale ‘piano’ potrà preveder infatti, secondo i casi, la continuazione dell’impresa, la dismissione di latuni cespiti o rami di azienda in funzione del suo risanamento e anche la totale cessazione dell’attività, nell’ottica di una liquidazione volontaria, prevedibilmente più profittevole, del patrimonio sociale...*”. GUERRERA, FABRIZIO, MALTONI, MARCO, “Concordati giuziali e operazioni societarie di ‘riorganizzazione’”, en *Revista delle Società*, anno 53, 2008, pág. 18, especialmente págs. 62/3.

Si no son usadas las medidas que impone -u ofrece- el derecho societario, parece que no existiría ninguno de los principios, ni el jurídico ni el económico, respetados, y que o es un salto al vacío o se intenta ocultar el enriquecimiento incausado que resulta del incumplimiento -en muchos casos programado-.

En un reciente trabajo de Héctor Alegría ⁵¹, en el último capítulo, al referirse a los administradores de las sociedades en crisis, tiene a bien hacer una condescendiente referencia a algunos de nuestros trabajos en ese aspecto: *“Un autor local que está trabajando el tema (Richard) dice: cuando se presenta la cesación de pagos o la insolvencia, el administrador tiene que variar su norte y ceñirse a una administración correcta de la empresa, a los pasos legales, administrativos o económicos financieros para la **solución de la crisis**, y si no lo hace responde ante los acreedores. No sólo a los accionistas que lo han nombrado sino también y fundamentalmente ante los acreedores”*. Ello (sin ser textual) representa nuestra posición ante el evidente apartamiento de esas conductas que resultan de informes generales en concursos preventivos que apuntan cesaciones de pago de larga data sin que se adopte ninguna previsión antes de convocar a los socios a ratificar la presentación en concurso; o que resulta de los libros societarios si es que no se han incendiado o sustraído por terceros. Esa forma de administrar debe serlo desde la constitución de la sociedad.

Sigue el distinguido jurista: *“... ante una crisis el administrador debe tomar decisiones, a veces imaginativas y otras desafiantes. Si ese administrador está sujeto a rigores extremos, algunos juzgados sólo ex post o sobre presupuestos meramente formales, es altamente factible que limite su accionar, con perjuicio de la empresa y de su recupero. También esa rigurosidad puede incidir en la selección de nuevos administradores de una empresa en crisis, pues cabe que se restrinja o desaparezca la posibilidad de incorporar personas capaces, o bien que quienes acepten circunscriban su actividad y no sean eficaces para la solución”*.

Le tranquilizamos. En forma alguna pretendemos que el administrador asuma el riesgo del mercado o del error en la planificación, sino que

⁵¹ ALEGRÍA, Héctor, “Diálogo de economía y derecho y convergencias culturales y sociales en la insolvencia”, L.L. del 9/5/07, págs. 1 a 10.

tome conciencia de que de una actitud omisiva o desleal puede resultar responsabilidad, si se aparta de ese interés social, o si no adopta las medidas tendientes a su cumplimiento, frustrándolo indirectamente ⁵². Concretamente, debe poner la cuestión en manos de los socios, presentándoles algún plan para afrontar la crisis. Es el mismo criterio previsto por Alegría en 1983 ⁵³ al pergeñar las soluciones regladas en los hoy derogados arts. 125.1/125.2 de la ley 19.551, que sometían la validez de los actos a la razonabilidad de un plan, juzgado recién al fracasar pero con la óptica de ser descartable a la fecha de su presentación.

Pero el tema de la responsabilidad queda rondando conforme una cuestión que se formulaba Yadarola hace muchas décadas, como apuntaremos en párrafos siguientes.

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 doctrina ⁵⁴.

Recordábamos inicialmente que el problema temporal es central para asumir la crisis y la opinión que basta con ofrecerle estímulos al administrador societario -positivos o negativos- para actuar. Creemos que su perfil de “buen hombre de negocios”, impone que actúe siempre bajo planifi-

⁵²La preocupación es similar a reparos que nos formalizan los Dasso, en nuestras fraternales discusiones en estos congresos y otros internacionales, al mismo tiempo que nos alientan a proseguir nuestro análisis sistémico, separándonos de discusiones sobre aspectos formales, meramente doctrinarios o procedimentales. Estas no son diferentes a las que motivaron la primera polémica con Truffat, acompañado de Barreiro, en “Responsabilidad de administradores y representantes en la ley de quiebras: el deber fiduciario de la ley de sociedades, ¿se traslada a los acreedores?” en *Doctrina Societaria y Concursal*, Errepar, octubre 2005, t. XVII, pág. 1205, que contestamos adhiriendo y tranquilizándonos en “Está lloviendo. ¡Se acabó la sequía!”, en *Doctrina Societaria y Concursal*, Errepar, Buenos Aires, diciembre 2005, N° 217, t. XVII, pág. 1532. De ninguna forma pretendemos que el administrador asuma el riesgo del mercado o del error en la planificación, sino que tome conciencia que de una actitud omisiva o desleal puede resultar responsabilidad.

⁵³Una fórmula eficaz que evitaba su análisis inmediato, pero que abría la posibilidad de atacar actos, y sin duda generar responsabilidad, ante su insensatez, generada por la comisión integrada por Alberti, Alegría, Farina, Quintana Ferreyra y Obeid.

⁵⁴NIGRO, A., “Le società per azioni nelle procedure concursuali”, en *Trattato delle società per azioni*, diretto da G.E. Colombo e G.B. Portale, 9ª ed., Turín, 1994, pág. 209 y ss..

cación -lo que no elimina necesariamente los riesgos empresarios, pero los acota y fundamentalmente no los difunde-. Y si no actúa como tal basta con agitar un principio básico: recordándole al administrador de la responsabilidad que asumiría de no actuar adecuadamente, y en eso estamos hace muchos años, como apunta Alegría, en respuesta preocupación aún no integralmente receptada dentro de la doctrina concursalista.

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 sociales ⁵⁵.

La Memoria y el resto de la documentación contable son expresiones escritas de las que resulta claramente un plan, una prospectiva, y sobre lo que ha avanzado la resolución de la IGJN N° 6/2006 -hoy suspendida por un año para su perfeccionamiento- impone cierto contenido a la Memoria ⁵⁶. Esta no sólo importa formular un plan de empresa, sino una apreciación sobre la avizoración de una crisis, sensiblemente anterior al supuesto de una crisis instalada, poniendo la cuestión en manos de los socios. La norma sólo aplicable en la Capital Federal de la República Argentina impacta por su contenido doctrinario y la imposición de técnicas mínimas de las ciencias económicas y de la administración que impondrán, cualquiera sea el resultado de su regulación futura, la atención de administradores en la redacción de la memoria y de los jueces para juzgar la conducta de esos administradores ante posteriores crisis no avizoradas en ese documento.

⁵⁵ GUERRERA, Fabrizio y MALTONI, Marco, “Concordati giuziziali e operazioni societarie di “riorganizzazione”, en Revista delle Società, anno 53, 2008, págs. 22/3; D’ALESSANDRO A., “La crisi delle procedure concursali”, pág. 355; STANGHELLINI, Lorenzo, “Creditori forti e governo della crisi d’impresa, Fallimento”, 2006, pág. 145 y ss..

⁵⁶ Ntro. “La preinsolvencia, la cesación de pagos, la resolución 6/2006 de IGJN y la asunción de la crisis (el plan de saneamiento en los concursos preventivos y en el APE. La crisis y la Memoria del órgano de administración en las sociedades por acciones)”, juntamente con Orlando Manuel MUÑO, en libro colectivo *VI Congreso Argentino de Derecho Concursal. IV Congreso Iberoamericano sobre la Insolvencia*, Santa, Fe 2006, t. II, “Cesación de pagos y preinsolvencia”, pág. 349.

Con preocupación sobre el abandono de las vías societarias para afrontar la crisis, recogiendo las observaciones doctrinales para asegurar la funcionalidad de las sociedades, evitando generar inseguridad jurídica ante las dificultades patrimoniales, el Anteproyecto de Reformas de la Ley de Sociedades (A.L.S.) ha agregado algunas normas que se perfilan tímidamente en la concepción integradora de un derecho concursal moderno ⁵⁷.

O es que ello responde a un plan de insolvencia: administradores y socios de control de la “empresa” en crisis decidan la conveniencia -para ellos- de que los acreedores asuman la crisis y patrimonialicen así la sociedad -al licuar el pasivo- en beneficio de esos socios. Toda quita empobrece a los acreedores y enriquece -poco o mucho- a los socios por la modificación del esquema patrimonial de la sociedad deudora.

VIII. Responsabilidad de administradores

La doctrina y la legislación mundial son contestes en tratar de que la crisis sea asumida lo más rápidamente posible para intentar la “conservación de la empresa en crisis” y evitar el contagio.

¿Cómo asegurar esa actuación temprana, perjudicial, privada, de bajo coste de transacción desde las sociedades en crisis?

Mauricio Yadarola, en 1925, expresaba que un sistema concursal debe tener un “plan o método”, conforme el cual las normas “puedan ser armonizadas en todo momento, mediante la obra de una sabia jurisprudencia”, proyectando en torno a la situación en “*que puede hallarse un comerciante: simplemente en dificultades para afrontar sus compromisos, más o menos próximos, o ya en estado de cesación de pagos; para el primer caso el pedido de convocatoria es facultativo, ya que conviene dejar librado al propio criterio del deudor, la apreciación de si podrá o no salir de esas dificultades. En el segundo caso, es cuando la cesación de pagos se ha producido, cuando la exigencia amenazante de un acreedor puede llevarlo a pagar a éste, en perjui-*

⁵⁷Tempestividad en la presentación en concurso, pág. 309 y ss. en libro *X Jornadas de Institutos de Derecho Comercial*, Córdoba, Advocatus, 2003.

*cio del resto de sus acreedores para evitar un pedido de quiebra, o a realizar operaciones desastrosas con el mismo fin, se hace necesario obligar al deudor a convocar judicialmente a sus acreedores para que, sin más dilaciones resuelvan éstos lo que más convenga a sus intereses comprometidos. Ahora bien, la primera pregunta que surge cuando se establece una cláusula legal con carácter de imperativa, es ésta: ¿cuál es la sanción para el caso de incumplimiento?”*⁵⁸. Tal el nudo de la cuestión, lo que preocupa a alguna doctrina hoy, ya había sido requerido y planteado en 1925. Y a ese interrogante hemos tratado de responder señalando que es la responsabilidad de los administradores -y eventualmente de los controlantes- incluso frente al acuerdo concursal homologado.

Si los administradores societarios no formularan un plan para afrontar la crisis y de ello resultara daño, podrían ser responsabilizados, incluso ante la posterior homologación de un acuerdo⁵⁹.

Sin duda la insolvencia -la mera crisis- genera daños en el entorno de la sociedad en crisis. Hasta aquí hemos tratado las referencias a un *plan de negocios* dentro de la insolvencia declarada, para lograr soluciones. Afrontamos ahora un análisis de la insolvencia desde el derecho de daños. Consideramos que operar en insolvencia genera daños. Los incumplimientos dañan, inclusive contagian el incumplimiento y potencian los daños, multiplicándolos.

⁵⁸YADAROLA, Mauricio, en *Homenaje a Yadarola*, Universidad Nacional de Córdoba, 1963, t. I, pág. 335 y ss. *Proyecto de Ley de quiebras* con indicación “Publicado en la Revista de la Universidad Nacional de Córdoba, año 1925”.

⁵⁹Ntra. posición sobre este y otros aspectos puede verse en: *Invalidez societaria*, Buenos Aires, Lexis Nexis, 2007; *Responsabilidad de administradores societarios por insolvencia*, pág. 504 en *Jornadas Italoargentinas de Derecho: perspectivas del derecho entre Latinoamérica e Italia, Córdoba, Argentina, 2004-2005*, Córdoba, Alveroni, 2006; “Responsabilidad de administradores y socios en caso de sociedad operando en insolvencia” en *Sociedades comerciales. Los administradores y los socios. Responsabilidad en Sociedades Anónimas*, AA.VV., directores José M. Embid Irujo y Daniel Roque Vítolo, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2005, pág. 165; “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 9, 2007 noviembre-diciembre, pág. 127; “Respuestas a la insolvencia societaria” en L.L. 24/9/07, pág. 1 y ss..

Se afirma ⁶⁰ que “*El caso de los agentes con solvencia insuficiente para responder por los daños que producen es un problema frecuentemente tratado en el análisis económico de la responsabilidad por daños...: cuando un agente no cuenta con bienes suficientes para responder por todos los daños que puede causar, sus incentivos para invertir en medidas de prevención se reducen correlativamente al incremento de la diferencia entre el valor de sus bienes y el valor del daño. Para decirlo simplemente, la posibilidad de verse enfrentado al deber de resarcir constituye una amenaza menos seria cuanto menor es la solvencia del potencial dañador.. La denominación inglesa ‘judgment proof’ precisamente, intenta identificar a un tipo especial de individuos a quienes su solvencia nula los convierte en sujetos ‘a prueba de condenas’*”. Esto explica a lo que se refería Alberti, a la insolvencia planificada ⁶¹, y -obviamente- a la necesidad de que se piense en un plan de recuperación ante lo constatado negativamente.

⁶⁰ 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 J.A. 2008-1, número especial “Derecho y Economía” coordinadorpor Hugo A. Acciarri, Buenos Aires, Lexis Nexis, 2008, doctrina, pág. 10 y ss.

⁶¹ PALACIO LAJE, Carlos, *Delitos de vaciamiento de empresas*, Marcos Lerner, Córdoba 2002, refiere a las sociedades que se generan sin capital suficiente, “*con capitales de humo*” (pág. 54), “*los vencimientos del pasivo se van postergando y se obtiene refinanciamiento, mediante la exhibición de un ‘gran patrimonio’, aunque total o parcialmente impago. Con este ardid se obtiene también crédito por parte de los proveedores comerciales que aumentan el pseudo patrimonio o el stock de mercadería*”, con una descripción que se corresponde a los informes generales que los síndicos que formalizan en la mayoría de los concursos preventivos (no quiebra) de sociedades que han venido operando en insolvencia, lo que como vimos el autor califica como “ardid”, con un análisis minucioso de la figura del art. 174 6° C.P. un delito penado con 2 a 6 años que determina en su primera parte “*el que maliciosamente afectare el normal desenvolvimiento de un establecimiento o explotación comercial, industrial, agropecuaria, minera, o destinada a la prestación de servicios*”, como afectación al patrimonio como prenda común (pág. 85 y ss.), para más adelante (Capítulo 5) tomar la segunda parte de ese art. 174 art. 6° (pág. 105) “*destruyere, dañare, hiciere desaparecer, ocultare o fraudulentamente disminuir el valor de materias primas, productos de cualquier naturaleza, máquinas, equipos u otros bienes de capital*”, donde reflexiona que la norma sólo se refiere a la “*cuantía del activo*” (pág. 109), “*de ese patrimonio sólo se alude a la disminución del activo y no al aumento del pasivo*” amplia.

A la postre, se enfatiza ⁶²: “... *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 -por ej. obligacionistas- y luego manteniendo conductas para maximizar las ganancias haciendo soportar el riesgo de la insolvencia a los acreedores, “... *entendemos que el agente en cuestión decidirá ser insolvente cuando ello le sea más beneficioso que no serlo*”, tal situación se advierte en las sociedades cuando no adoptan los administradores y los socios si son llamados a hacerlo, las medidas societarias para paliar la crisis, que las hay y muy buenas.

El bien logrado juego de responsabilidades con la oportunidad de la presentación parece concurrir en forma efectiva para la obtención del objetivo perseguido.

Actuando como buen hombre de negocios, se impone al administrador societario, como deber de lealtad, informar a los socios para que éstos colaboren en la asunción de la crisis. Cumpliendo ese deber, no omitiendo diligencias propias de un buen hombre de negocios no asumen responsabilidad.

La sociedad es la estructura técnica jurídica personalizante a disposición del empresario como instrumento “de organización”.

La organización no sólo supone la disponibilidad jurídica de órganos, de un sistema de imputación simplificante de las relaciones jurídicas con terceros y socios, sino la actuación coherente del órgano de administración.

Si se constata que no hay planificación, que no existieron previsiones, que no se formuló ningún plan de empresa, que no hay dotación patrimonial suficiente, que no puso la cuestión a decisión de los socios ⁶³ para que realicen aportes y aseguren la patrimonialización para enfrentar la actividad social, se genera responsabilidad por los daños que se acrediten por tales actos u omisiones causados. Conforme la ley actual, si se ha

⁶² ACCIARRI, Hugo A.; CASTELLANO, Andrea y BARBERO, Andrea, “El problema...”, citado.

⁶³ Como apuntan BARREIRO y TRUFFAT en “Responsabilidad de administradores y representantes en la ley de quiebras: el deber fiduciario de la ley de sociedades, ¿se traslada a los acreedores?”, citado.

abusado del medio técnico, los controlantes deberán dotar a los liquidadores para satisfacer el pasivo o deberá abrirse la quiebra con responsabilidad para los que agravaron el estado de cesación de pagos. Una norma expresa en tal sentido, eliminaría la mayoría de las quiebras.

Como sostiene Angel Rojo, “... *el concurso de acreedores debe ser un instrumento técnico para poder curar enfermos y no para enterrar cadáveres*”⁶⁴. Lo importante sería recoger el principio de la conservación de la empresa⁶⁵ cuando hay empresa. Correlativamente, como contracara, la demora en adoptar los remedios adecuados para el saneamiento de la empresa conlleva la responsabilidad de quienes la administran.

La planificación, la previsión, el régimen operativo, que debe prever la administración societaria no necesariamente deben ser evaluados. No obstante, su exteriorización permitirá en su momento analizar la conducta y responsabilidad de ellos y de los fiscalizadores internos. Esa planificación servirá, conforme su razonabilidad -no necesariamente su éxito- para evitar acciones de responsabilidad. Por otra parte, en ciertos supuestos, como lo es para la homologación del acuerdo, ese régimen permitirá un cuestionamiento a la razonabilidad o posibilidad de la propuesta, sea por un impugnante o por el juez.

Franco Bonelli⁶⁶ afronta el supuesto de la continuación de la gestión social después de la pérdida del capital social, con la responsabilidad de los administradores por actos cumplidos en conflicto de intereses, particularmente por daño a una sociedad controlada y daño a la sociedad directamente administrada para aventajar a la controlante o otra sociedad del grupo, una forma de ellas la dirección unitaria.

⁶⁴ Rojo, Angel, “La reforma del derecho concursal español”, en el libro colectivo *La reforma de la legislación concursal*, dirigido por él, pág. 87 y ss., específicamente pág. 113.

⁶⁵ Ntro. “En torno a la conservación de la empresa” en *Ensayos de derecho empresario*, pág. 4; pero mucho antes, en 1978, con Francisco Quintana Ferreyra, “La conservación de la empresa en las leyes de sociedades N° 19.550 y de concursos 19.551” en RDCO, pág. 1373.

⁶⁶ En “La responsabilità degli amministratori di società per azioni”, N° 135 de los Quaderini di Giurisprudenza Commerciali, Giuffré.

Llevando la cuestión al justo punto, en *Responsabilidad de los directores al ingresar la sociedad en la zona de insolvencia*, Daniel Roque Vítolo⁶⁷ apunta a esa responsabilidad, reseñando la legislación de Bélgica sobre la necesidad en las sociedades de preparar un *plan de reestructuración*, y actuar en determinada forma ante la *pérdida de capital*, convocando a una asamblea de accionistas en el plazo de dos meses, decidiendo si la sociedad debe continuar con sus actividades, o en caso de *sobreendeudamiento*, bajo sanciones de responsabilidad y penales; tratando también las leyes de *Israel, Luxemburgo, Polonia, Portugal y Rusia*, sin perjuicio de referencias a las recientes leyes de Alemania, Italia y España.

Vítolo remata su trabajo: “*VI. Conclusión. Ha señalado -en alguna oportunidad- Richard que el hipergarantismo lleva a inadvertir las maniobras artificiosas en el seno de sociedades para mantener su operatoria calificándola como normal pese a estar en estado de insolvencia. Aquello que Provinciali -recuerda el doctrinario cordobés- señaló como ‘ció que segna el con fine tra fisiología e patologia nella vita del patrimonio’, lo que es hoy habitual al señalar los informes generales previstos en el art. 39 del régimen concursal argentino, que el estado de cesación de pagos se produjo -en la mayoría de los casos ‘hace muchos años...’ o al menos en un tiempo bastante más lejano que aquél que ha denunciado el concursado o el fallido; es decir que el patrimonio arrastraba una situación terminal dentro de la fisiología o funcionalidad de la sociedad; posición congruente con la de no requerir a los administradores societarios -como buenos hombres de negocios- la planificaron de la funcionalidad societaria, para no perjudicar a terceros con los que contratan. Parecería que en nuestro régimen jurídico no habría resistencia para que pudiera acogerse el concepto desarrollado por el derecho norteamericano respecto de la zona de insolvencia. La ley 24.522, al igual que su anterior 19.551 aceptó el principio del estado de cesación de pagos como supuesto objetivo para la solicitud de un concurso preventivo o la declaración en quiebra. ... parecería prima facie que -dentro de nuestro ordenamiento legal- el*

⁶⁷L.L. 2005-A, 1207

test del flujo de caja (cash flow) sería el más adecuado para ajustarnos a poder determinar el ingreso de la actividad societaria a la **zona de insolvencia**. Sin embargo, a poco que se profundice el análisis podremos advertir que tanto la incorporación de un concepto amplio, respecto de lo que debe entenderse por estado de **cesación de pagos**, como que el **análisis transaccional** no necesariamente es **revelador** de esa situación sino que sólo puede llegar a serlo, llevan a que -desde nuestro punto de vista se deba recurrir -necesariamente- a los tres análisis simultáneamente: a) balance, b) flujo de caja, y c) evidencia transaccional, para que -de la comparación de los resultados que arrojen los mismos- los administradores de sociedades comerciales puedan determinar claramente si la sociedad está ingresando o ha ingresado en la denominada “zona de insolvencia” o si, por el contrario, se encuentra fuera de ella. Advertido esto, dentro de las pautas de conducta que se marcan en el art. 59 de la ley 19.550, **los administradores deberán tomar muy en cuenta los caminos a seguir, ya que su pasividad, tolerancia o la decisión expresa de continuar operando en la zona de insolvencia -sin tomar medidas específicas respecto de ello-, resultarán -necesariamente- elementos generadores de responsabilidad dentro de ese marco tan atípico cual es la responsabilidad societaria; en especial en el caso de los directores de sociedades anónimas donde la responsabilidad deviene del carácter solidario con que la ley imperativamente sanciona a los integrantes del órgano de administración. Del mismo modo, cuando la conducta en este sentido adquiera carácter doloso, las responsabilidades concursales pertinentes también resultarán aplicables”.**

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 san-

*ciona a los administradores con la responsabilidad solidaria por las deudas sociales (arts. 265, incs. 2º y 5º, L.S.A., y 195, inc. 5º, L.S.R.L.), algo que puede sorprender en sociedades en las que los socios no responden de las deudas sociales (arts. 1º, L.S.A., y 1º, L.S.R.L.)”*⁶⁸. “*Con el art. 262, inc. 5º, de la ley (española) persigue la misma finalidad. Pero en lugar de quedarse pasivamente esperando a que de forma espontánea los administradores y los socios lleven a cabo las actuaciones conducentes para conseguir la disolución, el legislador del 89 da un importante paso adelante: ha configurado un recurso (la extensión de responsabilidad por deudas) para disuadir a los administradores, con una sociedad en estado de disolución entre sus manos, de que contraigan nuevos compromisos con terceras personas; pero un recurso que al propio tiempo facilita el remedio para salvaguardar los intereses de los terceros sorprendidos en su buena fe: los terceros, en caso de incumplimiento por la sociedad deudora, podrán dirigir su poder de agresión contra el patrimonio personal de los administradores a quienes se hace garantes (responsables) solidarios del buen fin de las obligaciones contraídas”*⁶⁹.

Con esta visión se construye un sistema de preconcursalidad desde el derecho societario. Recuérdesse que la ley de sociedades argentina autoriza el aumento de capital, la capitalización del pasivo, que es una forma de superar las dificultades y que en tal caso se extinguen las fianzas y garantías personales de terceros, impone la reintegración del capital social, y soluciones liquidatorias privadas al no poder alcanzarse el cum-

⁶⁸BELTRÁN SÁNCHEZ, 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, pág. 133.

⁶⁹En 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, pág. 2481, esp. pág. 2496. Sobre la responsabilidad por no convocar a junta general o no adecuar los estatutos, sentencia del 30/10/2000, Tribunal Supremo, Sala Civ., pág. 1687; *Tribunal Constitucional. Sentencias*, y la sentencia del 21 de diciembre de 2000, pág. 169.

plimiento del objeto social -empresa-, si los socios no deciden remover el obstáculo, y otorga amplias formas y técnicas de reorganización y reordenamiento del negocio. Con Angel Rojo mantuvimos muchas conversaciones sobre el punto antes de la formulación de los proyectos españoles, lo que nos llevó en 1995 a generar un proyecto novedoso en torno a la responsabilidad de administradores societarios por no haber afrontado la crisis y desde la óptica del derecho de daños ⁷⁰.

IX. Cosechando

Si queremos recoger los frutos de una actividad empresarial libre, dirigida a generar riqueza y puestos de trabajo, la planificación es connatural a la creación de cualquier sociedad o instrumento técnico similar.

Plan de empresa es simplificando, que puede hacerse razonablemente con el patrimonio disponible. Esa previsión razonable -la memoria en ciertas sociedades- es la que debe usarse como “estándar” para calificar la actividad de un administrador en los términos de un “buen hombre de negocios”. Es un juicio de razonabilidad en torno a la actividad prevista con los medios disponibles.

El plan de empresa o de negocios es el mínimo que puede exigirse a un empresario que genera un negocio y con mayor intensidad si afronta una dificultad económica o financiera, y más aún si intenta superar un estado de cesación de pagos.

El posterior análisis de ese plan de empresa es el que permitirá evaluar si los propietarios de ese patrimonio o sus administradores son merecedores de un apoyo que no imponga la necesidad de generar la

⁷⁰En *De la insolvencia, In memoriam de Héctor Cámara y Francisco Quintana Ferreyra*, Córdoba, Advocatus, 2000, comunicaciones al II Congreso Iberoamericano de la Insolvencia, “En torno a responsabilidad y concurso. Un “embrión” de proyecto”, t. III, pág. 313. y “Daños causados por la insolvencia: Acciones individuales de responsabilidad contra administradores de sociedades”, t. III, pág. 549. 8°. “Ausencia de sede y responsabilidad de administradores (II)”, t. III, pág. 579. 9°. “Pretensiones patrimoniales y contratos comprendidos en art. 20 ley 24.452, Competencia de árbitro frente al concurso”, t. IV, pág. 243.

ruptura de la relación jurídica propietario-patrimonio, mediante un juicio coactivo individual o concursal. Es el documento a través el cual podrá mantener o no el apoyo de sus acreedores.

No se trata de revelar secretos comerciales, pero sí exponer a la sociedad misma, a los socios, al grupo empresario y a los acreedores las medidas adoptadas para el próximo año, conforme exige una memoria de ejercicio.

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. Franceschelli ⁷¹. 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.

Acotamos así nuestra intervención en este Cuarto Congreso Iberoamericano de Derecho Concursal dejando expuesto un tema que la doctrina tradicional ha expuesto como básico y que viene siendo marginado por la práctica, induciendo negativamente la actividad jurisdiccional de control, incluso para la homologación de acuerdos opinables, e incentivando la desviación de los deberes de los administradores para con la misma sociedad y particularmente frente a los acreedores ante la insolvencia.

Las posiciones doctrinales que hemos seguido imponen mirar hacia la raíz del problema y su integración normativa en el derecho societario y de la organización, sólo así se afrontan los problemas patrimoniales de entes personificados, con congruencia para que éstos puedan cumplir sus objetivos, desarrollando empresas y generando la riqueza que pretendemos distribuir, y que en materia concursal parece apartarse de los valores tradicionalmente aceptados de seguridad jurídica, con justicia y equidad.

La ingenuidad no es buena compañera para analizar problemas de tanta gravitación en la economía nacional de un país.

Córdoba (República Argentina), agosto de 2008

⁷¹“L’aprendistas stregone, l’elisir di lunga vita e l’impresa immortale” en Giur. Comm., 1982, t. I, pág. 575 y ss.

LA CRISIS DE LA ORGANIZACIÓN SOCIETARIA (*)

“Lo que digo no lo digo como hombre sabedor, sino buscando junto con vosotros” (*frase insignia del semanario Búsqueda, Uruguay*).

“Sólo los ignorantes creen que la verdad es definitiva y maciza, cuando apenas es provisoria y gelatinosa. Hay que buscarla porque anda corriendo de escondite en escondite. Y pobre del que emprenda en soledad esta cacería” (*del discurso de Pepe Mujica, candidato a presidente del Uruguay, el 29 de abril de 2009 en el Palacio Legislativo, publicado en dicho Semanario*).

Sumario: Abstract. Insolvencia societaria. Preámbulo. I. La crisis económica o financiera. Zona de insolvencia. Insolvencia o cesación de pagos. II. Causales de disolución de las sociedades. III. Intereses a tutelar. IV. El patrimonio social. V. problema funcional: la planificación. VI. El plan de negocios. VII. Las soluciones societarias. La capitalización. VIII. Soluciones concursales abusivas. IX. Algo sobre las respuestas al abuso: levantamiento del velo. X. responsabilidad de administradores por no usar la vía societaria. XI. La liquidación societaria. XII. A modo de meditación introductoria a debates.

* Comunicación al V Congreso Iberoamericano de Derecho Concursal, Montepulciano, Italia, 23/25 de setiembre de 2009: “El desafío de la reestructuración de la empresa. Costos y ventajas del saneamiento de las empresas en Italia y en Iberoamérica”.

Abstract: Insolvencia societaria

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

El derecho de crisis se desenvuelve en hipótesis de inesperadas circunstancias o intervenciones tardías (sobre el punto se ha visto el altísimo costo para gobiernos y naciones en la crisis financiera global que se desató en 2007 pero que avizoráramos desde el 2002⁽¹⁾). La mejor y más inteligente formulación de la legislación y la doctrina no puede dar soluciones perfectas cuando ya se ha desatado la crisis, sólo podrá atenuar los efectos catastróficos.

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

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

Preámbulo

Quizá nuestra posición se considere provocativa, pero esa es nuestra misión, generar controversia y no necesariamente inmediato consenso o

¹ Ntros. “El mercado financiero mundial, su crisis y responsabilidad (desde los paradigmas de la empresa a una gran estafa)” en *Ensayos de Derecho Empresario* (de nuestra dirección) N° 5, págs. 47 a 84, Fespresa, Córdoba, 2009, y “Globalización y crisis financiera: daños y responsabilidad”, E.D. del 13/4/09 (globalización financiera crisis preanunciada y responsabilidad). Estos trabajos como los otros de nuestra autoría

coincidencias, pues en el disenso respetuoso y argumentado se irán encontrando argumentaciones que acercarán posiciones e iluminarán las correctas soluciones.

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

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

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

Esta comunicación genérica por escrito no obsta a asegurar que acotaremos nuestra intervención oral, como presidente de la Comisión, en el inicio del bloque a los quince minutos otorgados -como lo previó nuestra anfitriona-organizadora Prof. Stefania Pacchi-.

1. Por supuesto que conectamos nuestro particular enfoque sobre “La crisis de la organización societaria” con el lema con el que se nos convoca a trabajar en este V Congreso Iberoamericano de Derecho Concursal: “El desafío de la reestructuración de la empresa. Costos y ventajas del saneamiento de las empresas en Italia y en Iberoamérica”.

La declaración del G-20 ante la crisis financiera global, del 2 de abril de 2009, puso el acento en la marginación y el desempleo. Las soluciones gubernamentales que se emprendieron fueron, en muchos casos, manteniendo las estructuras societarias originales y evitando la aplicación de la legislación concursal. Nuestros 54 años de actividad profesional, desde un banco y como asesor de la actividad empresarial, nos permitieron intervenir en múltiples soluciones de bajo coste y desde la misma organización societaria, donde se preservó el empleo y el mantenimiento de la actividad empresarial en la comunidad donde se desarrollaba, por los efectos indirectos de sus crisis.

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.

2. Dentro de este Congreso y Comisión, como en las demás, frente a la multiplicidad legislativa, será nuestro deber formular apreciaciones de doctrina autoral, o desde nuestro derecho nacional -no diferente en estos aspectos al de otras naciones-, para tratar de aprehender el fenómeno de “la crisis” de sociedades, y formular apreciaciones en torno de las técnicas jurídicas disponibles para afrontarla. Obviamente no nos referiremos a la “crisis del derecho societario”, que puede motivar importantes debates, sino a las crisis económico-financieras del patrimonio destinado al desarrollo de empresas que adoptaron la técnica societaria para su organización como persona jurídica.

Si bien el título del trabajo de la Comisión se refiere a una de las organizaciones que pueden adoptarse para desarrollar la “empresa”, con algunas diferencias puede entenderse que es aplicable a cualquier “relación de organización” que la autonomía de la voluntad elija como técnica operativa generando un centro de imputación, autogestante o no ⁽²⁾ para enfrentar una actividad empresarial..

² Ntro. *Las relaciones de organización y el sistema jurídico del derecho privado*, 2ª ed., Ed. Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Córdoba, 2000, Advocatus, 2002.

3. En este ensayo 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 coincidencias⁽³⁾.

La riqueza de los enfoques que pueden formalizarse sin duda se reflejará en las otras disertaciones en la Comisión y en el Congreso. Así, nuestra vicepresidente Lidia Vaiser, al exponer sobre “La crisis de la organización societaria” apunta tanto a las soluciones societarias a la crisis, como a las concursales, pero se centra en los efectos de la quiebra sobre las sociedades, particularmente al efecto disolutorio -refiriendo a la vacuidad que los términos *ope legis*, de pleno derecho o *ipso jure* tienen, pues es relativo su efecto sobre la sociedad, al poder ser removidos, sobre lo que desde siempre hemos llamado la atención, como lo hacemos en esta relación-, y atiende los particulares efectos sobre los grupos económicos.

Niccolò Abriani, en su anticipación sobre “Crisi della organizzazione societaria e responsabilità degli amministratori”⁽⁴⁾, afronta la cuestión de la crisis a través de las especiales normas de la legislación societaria sobre esos aspectos, poniendo énfasis en las reformas a la legislación italiana desde 2003, refiriéndose a la administración de la sociedad en crisis, la preservación de bienes, las acciones de integración y responsabilidad (*Nuova disciplina della revocatoria fallimentare, acquisita centralità delle azioni risarcitorie ed estensione dei soggetti responsabili: possibili influenze sulla (e caveat per i finanziatori che intendano concorrere alla) gestione dell'impresa in crisi*), las causales de disolución o liquidación de la sociedad, los tests de insolvencia en relación a la disposición de fondos y subordinación de créditos de los socios (*Ridimensionamento del ruolo del capitale sociale e accentuazione dei doveri degli amministratori: verso un equity insolvency test*

³ Ntros. *Insolvencia societaria*, Buenos Aires, 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 Reparar*, Buenos Aires, setiembre 2009.

⁴ “3 Prima bozza ad uso interno della relazione” al Quinto Congresso Iberoamericano di Diritto Concorsuale, *La sfida della ristrutturazione dell'impresa*, Montepulciano, 23-25 settembre, 2009.

all'italiana ?), la protección de los acreedores sociales y del patrimonio de la sociedad y su estructura empresarial (*Gestione dell'impresa in crisi e valutazione prognostica degli amministratori: squilibrio patrimoniale e dovere di gestione conservativa*), refiriendo en algunos pasajes: *“L'accentuazione della responsabilità degli amministratori (ed eventualmente dei sindaci) si iscrive del resto in una ben nota linea di tendenza che registra da tempo un passaggio da sistemi di tutela preventiva (incentrati nella specie, sulla responsabilità dei periti) a sistemi di tutela successiva ed eminentemente risarcitori, con un progressivo spostamento del baricentro sugli amministratori e sulla loro responsabilità. Tale evoluzione, che registra un progressivo ridimensionamento della funzione di garanzia del capitale sociale....”*, concluyendo: *“E ciò anche a presidio della certezza - e dunque dell'efficienza - della gestione dell'impresa societaria in generale, e segnatamente dell'impresa in crisi”*.

Sobre las modernas soluciones a la crisis societaria-empresaria, pero localizadas en la legislación concursal podrá escucharse la comunicación en otra Comisión de Paulo Roberto Colombo Arnoldi sobre “A crise economico-financeira da empresa e os instrumentos jurídicos que possibilitam a preservação da empresa na lei de concursos brasileira (11.101/2005)”.

4. Nosotros trabajaremos dentro del parámetro que indica el distinguido colega E. Daniel Truffat en comunicación a este Congreso -que nos anticipó gentilmente en el plazo previsto por la Prof. Pacchi, pese a no corresponder a la temática de esta Comisión-: *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 ‘concursalidad’ en tanto técnica jurídica es, básicamente, una regla de reparto de pérdidas frente al fenómeno insidioso de la **cesación de pagos** ⁽⁵⁾. Su norte es evitar la propagación de tal fenómeno -dado que la imposi-*

⁵ “... Esta teoría amplia del estado de cesación de pagos o insolvencia define este concepto como el grado de impotencia patrimonial que imposibilita el cumplimiento

bilidad de cumplimiento de un sujeto cualquiera, bien puede desencadenar en catarata otras imposibilidades y así al infinito ⁽⁶⁾... *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 más 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* ⁽⁷⁾, *si la solución consistiera entre otras medidas en el cambio de titulares). Un concurso rehabilitatorio que no contemple un 'sacrificio compartido' sería un abuso. Pero un concurso que intente que todo el padecer recaiga exclusivamente sobre los hombros del vector infectado por cesación, concluirá en un fracaso...* ⁽⁸⁾. *No es aquí el lugar para debatir sobre la necesidad de meca-*

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”, Revista de Derecho Privado y Comunitario N° 11, Concursos y Quiebras -II, pág. 9 [la cita es de pág. 18].

⁶ 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.

⁷ “... *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 más 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. cit., pág. 27.

⁸ “... *A poco que se mire se advertirá que el derecho concursal argentino, antiguamente tan estatista y -al mismo tiempo ritual-, hoy, luego de la durísima experiencia de siete años de un liberalismo que atrasaba cien años en materia concursal, está*

nismos de prevención y soluciones ‘autocompuestas’, básicamente de orden intrasocietario, en los que tanto ha trabajado algún sector de la doctrina argentina -cuyo bastonero ha sido, claramente, el maestro Efraín Hugo Richard⁽⁹⁾-. Tales posturas, cuyo sentido común y sensatez parecen indisputables, marcan algo así como un ‘código de buena conducta’ para las sociedades en crisis; como un ‘manual de operaciones’. Ahora cuando tales pasos no ha sido seguidos, o han sido cumplidos de modo insuficiente, o cuando el daño era tan profundo que no había modo de llevar a cabo los pasos del auto rescate; sólo queda la técnica concursal”⁽¹⁰⁾.

buscando un quicio que lo ha vuelto a acercar a las hipótesis ‘convencionales’ o ‘contractualistas’. Sólo que, y el dato no es menor, con jueces atentos que -conscientes de un acuerdo de mayorías debe ser mirado con ojos severos para tutelar los derechos de las minorías- recurren libremente a todas las disposiciones que provee la ley sustantiva (en particular civil) para garantizar la transparencia de tales acuerdos y la justicia última de lo pactado en ellos. Es cierto que esto de la ‘justicia última’ puede no pasar muchas veces de una expresión de deseos; porque la concursalidad es hija de la cesación de pagos [es decir, de la escasez, de la impotencia], pero parece obvio que la actual directriz está orientada a impedir que el concurso se vea como un negocio de un empresario pícaro que pretende transferir a sus acreedores las consecuencias de sus malas decisiones; y que, por el contrario, aparezca como un modo prudente y racional de socializar el daño, permitiendo a quien (obtenidas quitas, esperas o mutación del objeto de la deuda) se revele como sujeto potencialmente útil -capaz de repagar las consecuencias de ese “pasado” en los términos acordados y de proyectarse al futuro- intentando superar el duro trance de la cesación...”, TRUFFAT, E. Daniel, comunicación al Congreso de Nueva Esparta, Venezuela, 2007, titulada “Brevisimas reflexiones sobre el estado actual del derecho concursal argentino en lo referente al procedimiento preventivo o saneatorio”, publicada en Revista de las Sociedades y Concursos, año 10, N° 50, febrero/marzo 2008, pág. 37 [la cita es de pág. 44].

⁹ “... La funcionalidad y la legislación societaria tienen hoy normas y recursos que permiten reencauzar las crisis patrimoniales. Son fundamentales las previsiones en torno a como debe procederse cuando se detecten o produzcan causales de disolución, facilitando la remoción de la vinculadas a aspectos patrimoniales las de aumento o reintegración del capital social, aumento por capitalización de pasivos, solución esta última que debería anticiparse a la apertura de cualquier concurso, como lo hace la ley concursal de Colombia, vinculando ambas legislaciones. La conservación de la empresa estructurada societariamente es un problema de los administradores y de los socios. Es una cuestión de derecho privado...”, autor citado, “Ensayo sobre axiología del derecho concursal”, en RDCO N° 235, marzo/abril 2009, pág. 315 [la cita es de pág. 379].

¹⁰ TRUFFAT, E. Daniel, “El carácter imprescindible de la concursalidad frente al fenómeno de la insolvencia”, en libro del IIDC, *Cuarto Congreso Iberoamericano de Derecho Concursal*, pág. 289.

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

5. No existen estadísticas ni referencias de las sociedades -ni de sus correctos administradores- que asumen la crisis dentro de las normas específicas que regulan esas organizaciones. Hemos participado con éxito en esas negociaciones, integrando nuevos socios o acreedores a la propiedad del capital social, como así también participado en liquidaciones poco onerosas, que han satisfecho a los acreedores pese a no cobrar la totalidad de sus acreencias. Esas estadísticas permitirían hacer comparaciones de las superaciones logradas, inclusive con abiertos aumentos de capital o liquidando ordenadamente y con el menor daño a la sociedad, a los socios, a los acreedores y al mercado.

Es en juicios concursales -preventivos o liquidativos- donde se advierten las conductas extrañas al no haberse intentado los remedios societarios pese a operar muchos años en cesación de pagos, conforme certificación objetiva en el informe general del síndico concursal.

Ford, Chevrolet y otras automotrices se encuentran sujetas desde hace varios años a un plan de reestructuración para afrontar la crisis patrimonial que ellas mismas denunciaron y al que se sujetan con variado éxito. Se acaba de informar⁽¹¹⁾ algo que ilustra la posibilidad de soluciones exógenas de carácter extraconcursal: “... Alemania respiraba aliviada ayer, después de llegarse a un acuerdo para que la autopartista canadiense Magna, apoyada por capitales rusos, se quedara con Opel, cuya supervivencia estaba amenazada por la inminente bancarrota de su controlante estadounidense General Motors (GM)...”. Apunta E. Daniel Truffat que no se trató de una “pura transacción” mercantil, porque para realizarla el gobierno alemán deberá adelantar la no módica suma de 2.120 millones de dólares a una futura firma fiduciaria, que es la que transferirá Opel de GM a Magna (la que cuenta con el respaldo del banco ruso Sberbank y de la automotriz rusa GAZ).

Muchas soluciones se han formalizado ante la crisis financiera global que atravesamos usando en general de las estructuras societarias, a tra-

¹¹ Diario La Nación, ejemplar del 31/5/09, pág. 6.

vés 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 1992⁽¹²⁾.

6. Dentro de la crisis de la organización societaria podemos apuntar varias situaciones:

- a. La crisis que se avizora y que puede llevar a la cesación de pagos o la insolvencia.
- b. La continuidad de la actuación de la sociedad en cesación de pagos o insolvencia
- c. El uso de las técnicas concursales o preconcursales sin intentar las previsiones que impone el derecho específico de la organización societaria.

En orden a una visión integral de esa problemática ofrecemos nuestras apreciaciones, sin perjuicio de ulterior profundización, y subrayando que la omisión de los deberes de diligencia, o abusos en la gestión, o en el uso de la organización societaria, puede conllevar efectos disvaliosos para socios y administradores si generan daño a la sociedad, a los socios o a terceros.

Lo haremos conforme el orden que nos hemos fijado en el Índice.

I. La crisis económica 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-

¹² Varios trabajos pueden verse en www.acaderc.org.ar

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 contagio⁽¹³⁾.

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

¹³ Lo hacía Yadarola en 1925, *Proyecto de ley de quiebras* publicado en la Revista de la Universidad Nacional de Córdoba, 1925, y reproducido en *Homenaje a Yadarola*, Córdoba, Editorial Universidad Nacional de Córdoba, 1963, t. I, pág. 335, lo hizo nuestra legislación en 1983 y ahora lo remarca MAFFIA, Osvaldo J., “Francia. La ley del 26/julio/05 sobre salvaguarda de la empresa”, E.D. 25/10/05: “... 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**, aUn 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)”. Conf. Ntro. “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*, edición Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Córdoba, 1999, pág. 631 y ss..

legitimando para esa apertura no sólo a la sociedad deudora, sino a otros legitimados -internos o externos a ésta-.

Ello lo es conforme al “bien jurídico tutelado por la legislación concursal”⁽¹⁴⁾.

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.

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

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

2. Llevando la cuestión al justo punto, Daniel Roque Vítolo⁽¹⁵⁾ expresa: “VI. Conclusión. Ha señalado... Richard que el hipergarantismo lleva a inadvertir las maniobras artificiosas en el seno de sociedades para mantener su operatoria calificándola como *normal* pese a estar en estado de insolvencia. Aquello que Provinciali -recuerda el doctrinario cordobés- señaló como “*ció que segna el con fine tra fisiología e patología*”

¹⁴ Ntro. “Bien jurídico tutelado por la legislación concursal”, Revista de la Universidad Nacional de Córdoba, años 79/80, pág. 262.

¹⁵ “Responsabilidad de los directores al ingresar la sociedad en la zona de insolvencia”, L.L. 2005-A, 1207.

nella vita del patrimonio”, lo que es hoy habitual al señalar los informes generales previstos en el art. 39 del régimen concursal argentino⁽¹⁶⁾, que el estado de cesación de pagos se produjo -en la mayoría de los casos “hace muchos años...” o al menos en un tiempo bastante más lejano que aquél que ha denunciado el concursado o el fallido; es decir que el patrimonio arrastraba una situación terminal dentro de la fisiología o funcionalidad de la sociedad; posición congruente con la de no requerir a los administradores societarios -como buenos hombres de negocios- la planificaron de la funcionalidad societaria, para no perjudicar a terceros con los que contratan”.

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

¹⁶ 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 Cba., www.acaderc.org.ar

4. La expresión y alcance de la locución “*zona de insolvencia*” la han usado Barreiro y Truffat en “Responsabilidad de administradores y representantes en la ley de quiebras: el deber fiduciario de la ley de sociedades, ¿se traslada a los acreedores?”⁽¹⁷⁾, citando a Lorente -expresión que no se corresponde a nuestras expresiones vinculadas con la operatoria de sociedades ya en “cesación de pagos”-, donde puede resultar alguna aparente desinteligencia entre nuestras posiciones. Ello pareció manifestarse nuevamente en reciente artículo de Lorente en el libro del Instituto Argentino de Derecho Comercial donde tipifica claramente la “zona de insolvencia” del sistema de los Estados Unidos de América, o sea cuando no se ha generado aun la cesación de pagos. Lo que algún autor de esa procedencia señala como *red flags*, las señales de alerta que anticipan la posibilidad de caer en cesación de pagos. Al hablar de lo que Lorente denomina “zona de insolvencia”, eventualmente lo hemos hecho en orden de entender a la sociedad en cesación de pagos (o insolvencia). La *zona de insolvencia*, sin cesación de pagos que aluden, es lo que nosotros referimos como crisis general económico-financiera.

5. Señala Lorente en ese reciente artículo⁽¹⁸⁾, que “*La difícil noción de la ‘zona de insolvencia’ se convierte en una cuestión espino-sa para los administradores sociales, tanto en Estados Unidos como en Argentina*”, y ya hemos apuntado las reflexiones de Vítolo sobre ese mismo aspecto.

Sobre este mismo tópico conversábamos hace poco con el jurista rosarino Miguel Raspall⁽¹⁹⁾, que apuntaba que compartiría con nuestras tesis sobre responsabilidad de administradores societarios en supuestos de insolvencia, si nos refiriéramos a obligaciones contraídas en “zona roja”

¹⁷ En *Doctrina Societaria y Concursal*, octubre 2005, t. XVII, pág. 1205.

¹⁸ “Una cuestión difícilísima: definir la zona de insolvencia”, pág. 333, N° 3.

¹⁹ Miembro también del Instituto de la Empresa de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, y lo hacíamos en el marco de las IV Jornadas Concursales Interdisciplinarias del Centro de la República, que organizara esa Academia, el Departamento de Derecho Comercial de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Córdoba, y la Fundación para Estudios de la Empresa, 16 y 17 de junio de 2009 (ver *Ensayos de Derecho Empesario* N° 5), donde también se formalizó un homenaje a los Profesores Eméritos Y Miembros De Número De esa Academia, fallecidos,

o sea con cesación de pagos, y no en “zona gris” donde no estaba aún claramente definido ese estado. La conversación introdujo la expresión “zona” en ambos colores. Reafirmamos en ese caso que no pensábamos distinto, que siempre nos referíamos en supuestos de obrar claramente en estado de cesación de pagos, y no de crisis -zona gris (zona de insolvencia para Lorente)- donde se impone la planificación, y sólo podía generarse responsabilidad frente a un obrar doloso y no meramente omisivo.

A su vez, de conversaciones con otro miembro del Instituto, el distinguido amigo y colega Francisco Junyent Bas sobre estos aspectos, este tratadista entiende que la “zona de insolvencia” no es otra que la recogida por la ley de concursos y quiebras argentina (LCQA) en su art. 174 al extender ciertas responsabilidades “a los actos practicados hasta un año antes desde la fecha inicial de la cesación de pagos”, referida a actos cumplidos por “Los representantes, administradores, mandatarios o gestores de negocios del fallido que dolosamente hubieran producido, facilitado, permitido y agravado la situación patrimonial del deudor o su insolvencia, deben indemnizar los perjuicios causados” (art. 173 LCQA). Esta aguda visión del colega se completa con una visión histórica sobre la reiteración de esta norma en las leyes precedentes del derecho patrio y comparado. Si bien esa responsabilidad en zona de insolvencia se abre sólo en caso de quiebra, significa una adecuada interpretación para cuando corresponda analizar la responsabilidad de administradores por actos cumplidos en cesación de pagos, aunque no medie declaración de quiebra por cuanto logran homologar un acuerdo.

6. Se trata, sin duda, de “las expresiones jurídicas que los juristas usan a diario sin reflexionar demasiado sobre ello”... sin “dar cuenta en la realidad el equivalente semántico”... *“En definitiva: El derecho se encuentra íntimamente relacionado con esencias de un mundo trascendente o bien tiene que ver con convenciones sociales... el lenguaje común u ordinario que la gente que usa a diario para llevar a cabo sus diversas prácticas de socialización, difiere diametralmente*

Dres. Héctor Cámara y Francisco Quintana Ferreyra. El número de Ensayos fue dedicado a homenajear a Mauricio C. Yadarola, caracterizando así a lo que llamamos la Escuela Comercialista de Córdoba.

*de aquella jerga que utilizan los juristas para comunicarse. Surge entonces el interrogante: ¿si utilizan discursos diferentes y de muy difícil reflexibilidad, como pueden referirse a un mismo objeto?... Se nos hace fácil advertir entonces una clara diferencia entre el conocimiento ordinario que maneja a diario el común de la gente y el lenguaje de los juristas... Hacer uso del lenguaje normativo jurídico presupone una compleja práctica social de instituciones creadoras e instituciones aplicadoras del derecho que comparten en forma concomitante, por lo común, funcionarios legales y ciudadanos, quienes la viven como un plexo normativo y autoritario de patrones públicos de comportamientos que evidencian mediante juicios lingüísticos tales como ‘es correcto’, ‘es incorrecto’... Esta compleja práctica social que desde ya es cultural y normativa, constituye el **test de criterio de validez** de todo aquello que predicamos como ‘jurídico’ o ‘jurídicamente’; de allí emana todo el **sentido** por el lado del derecho, es decir, la **significación jurídica**...” (20).*

A esas imprecisiones de nuestras conversaciones y apreciaciones agréguese la terminología proveniente de legislaciones o prácticas foráneas. Apunta Truffat correctamente en torno a la importación de soluciones del “derecho comparado” (21): “... *la asunción acrítica del modelo americano incurrió en la increíble contradicción de importar la flexibilidad y libertad negocial americana, pero dejando en el camino a la clave de bóveda del sistema: el poderoso juez de bancarrotas con que cuenta tal sistema, y que es el supremo garante del **fair play***” (22).

²⁰ HART, H.L.A., “Definición y teoría de la ciencia del derecho” en *Derecho y moral. Contribución a su análisis*, trad. Gerardo L. Carrió, Buenos Aires, Depalma; RAMÍREZ, Jorge Alejandro, “Esencialismo vs. convencionalismo. El planteo superador de Hart”, edición de ponencias, Encuentro Nacional de Profesores de Introducción al Derecho y Teoría General del Derecho, Vaquerías, Córdoba, 2009, pág. 99.

²¹ TRUFFAT, E. Daniel, “La abusividad de la propuesta y la moralización de los concursos en lo atinente -precisamente- a la oferta del deudor”, citado.

²² Cabe apuntar la relatividad de esas normas en el país aunque se invoque el derecho extranjero: “Aun admitiendo que no se haya demostrado en forma apropiada el derecho extranjero alegado en virtud de no haberse aportado el texto material de la ley, lo cierto es que el diferendo suscitado entre las partes y que motiva el litigio debe ser

7. Frente a la crisis financiera-económica, incluso ante la cesación de pagos de sociedades -lo que algunos llaman “zona de insolvencia” aun sin cesación de pagos- los administradores no pueden dejar de advertir señales tales como la infrapatrimonialización, sobreendeudamiento o insuficiencia del flujo de caja para asumir las obligaciones contraídas o para cumplir el objeto social (empresa, al decir de Colombres y Girón Tena).

Expresa Vítolo en su referido trabajo: “*La primera pregunta que todos los directores deben hacerse es ¿cuáles son los criterios utilizados para determinar cuándo una sociedad ha entrado en la zona de insolvencia (también referida como cercanía de insolvencia o insolvencia de hecho)?* **III. 2. Las pruebas de insolvencia.** Los tribunales americanos han reconocido tres pruebas financieras generales para determinar si una sociedad se encuentra dentro de la **zona de insolvencia**. Si a una sociedad determinada se aplica cualquiera de ellas, y el resultado es negativo, podrá concluirse -a juicio de dichos tribunales- que ésta ha entrado en **zona de insolvencia**. a) **La prueba del balance:** la primera de las pruebas es referida -habitualmente- como la **prueba del balance**. Según ésta, una sociedad ha entrado en la zona de insolvencia cuando su pasivo supera su activo. Esta es una prueba directa -y simple- que muchos tribunales han

resuelto con sujeción a las indicaciones del derecho nacional, pues resulta inaceptable que una contienda culmine con el rechazo de la demanda por inexistencia de un ordenamiento jurídico. Bajo el régimen de la ley 22.434 el juez tendrá, ahora, siempre, una ley para aplicar en el proceso; normalmente será la nacional y como excepción la extranjera, a condición de ser alegado por los justiciables, y su adecuación a nuestro régimen. No existirá problema de carga de la prueba, pues el magistrado deberá concederla” (Cámara Nacional en lo Comercial, Sala C, “Credit Suisse c/ Coren SCA s/ Ordinario”, Sent. del 21/4/89, SAII; Sumario. N0002556). En estos supuestos ni siquiera se da la situación que comenta BOGGIANO, Antonio *Curso de Derecho Internacional Privado*, págs. 194/5: Cuando se trata de aplicar derecho extranjero, “...Hay que decidir el caso tal como lo solucionaría el juez del país cuyo derecho sería aplicable si tuviese jurisdicción (*foreign court theory*). Hay que imitar la probable sentencia del juez extranjero...Ello conduce a pensar que el juez extranjero, muy probablemente tomará en cuenta y aplicará aquellas proposiciones jurídicas definitivas que desarrollan conceptos de los tipos legales o las consecuencias jurídicas...Todas las clasificaciones normativamente relevantes del derecho extranjero han de ser tenidas en cuenta, como seguramente lo haría el juez del sistema foráneo...”.

adoptado. **b) La prueba del flujo de caja (cash flow):** la segunda es una simple prueba de flujo de caja. Básicamente, cuando una sociedad no puede pagar sus deudas a medida que éstas se vuelven exigibles, ha entrado en zona de insolvencia. **c) La prueba del análisis transaccional.** Finalmente, la tercera prueba es un análisis transaccional. Cuando una sociedad realiza una transacción de la cual resulta un irrazonable -por pequeño- remanente de capital en dicha sociedad y ésta enfrenta un razonable riesgo de insolvencia, ha entrado en la zona de insolvencia. **d) Interacción entre las pruebas.** Cada prueba representa una investigación intensiva de hechos por parte del directorio. Si éste, luego de examinar los medios financieros de una sociedad o el impacto de una potencial transacción, determina que la sociedad no supera cualquiera de las tres pruebas, debe concluir que ésta ha entrado en la zona de insolvencia; aunque esto no determine que la sociedad sea -realmente- insolvente, o que posteriormente se la declare en quiebra”.

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

9. A su vez, en el trabajo referido- enfatizamos: Debemos apuntar que la jurisprudencia americana sobre la que alerta Lorente las diferenciaciones, no es ajena a ambigüedades⁽²³⁾. A ello deben sumarse las referencias terminológicas. Es necesario señalar que en acciones promovidas por accionistas en lo que el distinguido amigo llama la “zona de insolvencia” o sea la “red flags”, debe apuntarse que la restrictiva jurisprudencia que se cita de los tribunales de Delaware aceptan la responsabilidad cuando no existe buena fe, o sea dolo -ni siquiera culpa grave- por violación del

²³ ANDRELLI, G., “Doveri di controllo degli amministratori e crisi finanziaria: una decisione della Chancery Court del Delaware”, *Rivista delle Società*, anno 54°, 2009, marzo-giugno, pág. 579.

deber de lealtad (*duty of loyalty*) y no meramente violación de la diligencia -activa u omisiva- (*duty of care*). No es el supuesto de acreedores vinculados en tiempos de cesación de pagos.

Se verá que la cuestión es bien distinta a la que perfila nuestro art. 59 L.S.A. ⁽²⁴⁾, o sea a los factores de atribución de culpa y dolo. La jurisprudencia de Delaware -traída al comentario- rechaza las acciones contra los administradores si no se acreditan circunstancias indicativas de la mala fe, considerada necesaria para hacer valer la responsabilidad de los directores en relación a sus deberes de control ⁽²⁵⁾.

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

Vítolo amonesta sobre el punto continuando sus conclusiones: “Advertido esto, dentro de las pautas de conducta que se marcan en el art. 59 de la ley 19.550, *los administradores deberán tomar muy en cuenta los caminos a seguir, ya que su pasividad, tolerancia o la decisión expresa de continuar operando en la zona de insolvencia -sin tomar medidas específicas respecto de ello-, resultarán -necesariamente- elementos generadores de responsabilidad dentro de ese marco tan atípico cual es la responsabilidad societaria*; en especial en el caso de los directores de sociedades anónimas donde la responsabilidad deviene del carácter solidario con que la ley imperativamente sanciona a los inte-

²⁴ RICHARD, Efraín Hugo y MUIÑO, Orlando Manuel, *Derecho societario*, Buenos Aires, Astrea, 1999, pág. 229 y conchs.; RICHARD, Efraín Hugo, RODRÍGUEZ, Pablo Javier y VÉLEZ, Héctor G., “Responsabilidad de administradores societarios y socios en supuestos de insolvencia en la concepción del Anteproyecto de Reformas a la ley de sociedades”, libro colectivo *Nuevas Perspectivas en el Derecho Societario y el Anteproyecto de Reforma a la Ley de Sociedades Comerciales*, coordinado por Daniel R. Vítolo y Marta G. Pardini, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2005, pág. 407; también ntro. “Responsabilidad de Administradores y Socios por no asumir tempestivamente la crisis” en *Problemas y cuestiones sobre las sociedades*, libro colectivo dirigido por Daniel R. Vítolo y Marta Pardini, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2006, pág. 345, publicación de las XIII Jornadas de Instituto de Derecho Comercial de la República Argentina, Bahía Blanca, Pcia. de Buenos Aires, 26 y 27 de octubre de 2006.

²⁵ Citigroup Inc. Shareholder Derivative Litigation, 964, A ed 206 (Del. Ch. 2009). Si los administradores han organizado un adecuado sistema de control interno.

grantes del órgano de administración. Del mismo modo, cuando la conducta en este sentido adquiera carácter doloso, las responsabilidades concursales pertinentes también resultarán aplicables”.

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

Abundando remitimos a lo expresado en el trabajo “Es tiempo de siembra (Sobre ciertas desinteligencias que afirman las soluciones societarias a sus crisis, evitando responsabilidad de administradores)”⁽²⁶⁾.

Advertida la situación de crisis, imposible de soslayar por un administrador societario -buen hombre de negocios-, debe con diligencia actuar para paliarla -planificando⁽²⁷⁾-, llevando la cuestión a conocimiento y decisión de los socios⁽²⁸⁾, 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 pasivo⁽²⁹⁾ 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 aun de resolverla cuando ya se hubiera producido la cesación de pagos.

Ante la crisis un buen administrador debe intentar afrontarla, con una planificación informal o formal, un faro. Y que si continúa contra-

²⁶ En *Doctrina Societaria y Concursal*, Errepar, Buenos Aires, septiembre 2009.

²⁷ RICHARD, Efraín Hugo *Insolvencia societaria*, Buenos Aires, Lexis Nexis, 2007; RICHARD, Efraín Hugo, “El plan de empresa (o como asumir crisis tempestiva y extrajudicialmente)”, en libro colectivo *Homenaje al Dr. Osvaldo J. Maffía*, Córdoba, Lerner, 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, Cap. II, pág. 217.

²⁸ Supuestos extraordinarios pueden imponer que sean los mismos administradores quienes deben tomar la resolución, como en megaempresas con gran dilución del poder. Pero en tal caso serán los administradores los que decidan la capitalización u otra medida extraordinaria, sin perjuicio de la oportuna ratificación.

²⁹ 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.

tando en cesación de pagos (zona de cesación de pagos), asume responsabilidad frente a esos acreedores. En este aspecto aparece total coincidencia.

II. Causales de disolución de las sociedades

Formalizamos una aproximación a las previsiones normativas societarias.

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. Franceschelli⁽³⁰⁾. 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.

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). “4. Memoria descriptiva de las causas que lo llevaron a la situación de insolvencia. 5. Un flujo de caja para atender el pago de las obligaciones. 6. Un plan de negocios de reorganización del deudor que contemple no solo la reestructuración financiera, sino también organizacional, operativa o de competitividad conducentes a solucionar las razones por las cuales es solicitado el proceso, cuando sea el caso”, y concordantemente como efecto de la admisión en el art. 23 se genera “Suspensión de la causal de disolución por pérdidas “Durante el trámite del proceso de reorganización queda suspendido de pleno derecho, el plazo dentro del cual pueden tomarse u ordenar las medidas conducentes al restablecimiento del patrimonio social, con el objeto de enervar la causal de disolución por pérdidas. En el acuerdo de reorga-

³⁰ “L’aprendistas stregone, l’elisir di lunga vita e l’impresa immortale” en *Giur. Comm.*, 1982, t. I, pág. 575 y ss.

nización deberá pactarse expresamente la forma y términos cómo subsanarán dicha causal, incluyendo el documento de compromiso de los socios, cuando sea del caso”.

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

La continuidad de la actuación de la sociedad sin afrontar la eliminación de las causales de disolución, genera la responsabilidad de administradores, que “puede serle extensiva a los socios si lo consintieron o beneficiaron con ello”⁽³¹⁾.

2. Conforme con 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 sociedad⁽³²⁾ 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 L.S.), y determinando causales de disolución (art. 94 L.S.)⁽³³⁾. Así lo sostiene Araya⁽³⁴⁾.

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

Normalmente se equipara a una infracapitalización material, no formal, pero el problema es siempre patrimonial⁽³⁵⁾.

³¹ ROITMAN, Horacio y colaboradores, *Ley de sociedades comerciales. Anotada y Comentada*, Buenos Aires, La Ley, 2006, t. II, pág. 491.

³² ETCHEVERRY, Raúl Aníbal, “Empresa y objeto social”, RDCO, año 15, pág. 781 y ss.; COLOMBRES, Gervasio, *Curso de derecho societario*, Buenos Aires, 1972, pág. 116.

³³ Conf. nuestro “Conservación de la empresa”, en *Anales de la Academia Nacional de Derecho de Córdoba*, mayo de 1981, t. 25, pág. 107 y ss.

³⁴ ARAYA, M., “La función preconcursal de la pérdida del capital social”, en *Ensayos de Derecho Empresario* N° 3, director: E.H. Richard, FESPRESA, Córdoba, 2007, pág. 247 y ss.,

³⁵ PORTALE, Giuseppe B. y COSTA, Concetto, “Capitale sociale e società per azioni sottocapitalizzate: le nuove tendenze nei paesi europei”, pág. 133 y ss..

Un deber inmediato de los administradores debería ser determinar la profundidad de la crisis, si se mantendrá, y la comunicación a los socios, que desde el punto de vista del análisis económico del derecho, de la metodología de la relación costo-beneficio es probable que no arriesguen más capital, incluso que se desinteresen del giro social si no se les asegura la posibilidad de un beneficio mediante la reorganización de la empresa. No hacerlo implica faltar a su deber de buen hombre de negocios. Aquí el riesgo del “negocio del concurso” apuntado por Truffat

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

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

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

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

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

³⁶ RICHARD, Efraín Hugo, “Pérdida del capital social en la emergencia económica (un comentario al decreto 1269/02 de necesidad y urgencia)”, Semanario Jurídico, N° 1379, 19/9/02, pág. 225 y ss..

Frente a la crisis en la República Argentina, una ley de emergencia en el 2002 dispuso que la pérdida del capital social, o su disminución, no imponía la disolución de la sociedad⁽³⁶⁾, pero no se eliminó la norma que imponía la liquidación o capitalización de la sociedad ante la imposibilidad sobreviniente de cumplimiento del objeto social (art. 94 inc. 4 L.S.A.), tema que fue soslayado en la experiencia concursalista. Con el mismo criterio, ahora ante la crisis se ha formalizado una reforma legislativa en Alemania (el 20 de octubre de 2008): la “Ley para la estabilización del mercado financiero”, introduciendo un cambio muy importante al no imponer la presentación en concurso por sobreendeudamiento en “aquellos casos en los que la continuidad de la empresa es, bajo todas las circunstancias, bastante probable (o verosímil)”. En situación semejante a la posibilidad de continuación de la empresa o sea consecución del objeto social, imponiendo este análisis a administradores y socios de control, como acaece en toda la legislación societaria mundial.

Una correcta lectura permite advertir que los administradores deberán formular un plan de negocios sobre la viabilidad de la empresa o sea sobre la posibilidad de cumplimiento del objeto social, obligación insoslayable en cualquier momento⁽³⁷⁾, como insistiremos.

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

Justamente la Exposición de Motivos de la ley 22/2003, de 9 de julio, concursal del Reino de España, señala en el punto I: “predominio de determinados intereses particulares en detrimento de otros generales y del principio de igualdad de tratamiento de los acreedores, con la consecuencia de soluciones injustas, frecuentemente propiciadas en la práctica por maniobras de mala fe, abusos y simulaciones, que las normas reguladoras de las instituciones concursales no alcanza a reprimir eficazmente”,

³⁷ RICHARD, Efraín Hugo, “El plan de empresa (o como asumir crisis tempestiva y extrajudicialmente)” en libro colectivo *Homenaje al Dr. Osvaldo J. Maffía*, Ed. 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, Córdoba, Lerner, 2008, Cap. II, pág. 217.

remarcando en II: “El deudor tiene el deber de solicitar la declaración de concurso cuando conozca o hubiera debido conocer su estado de insolvencia; pero tiene la facultad de anticiparse a éste”.

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

El derecho inglés ha fijado criterios en la Insolvency Act de 1986, pero registra antecedentes desde el año 1924. Ha generado una regla en la que la culpa grave (“Wrongful trading”) consistente en la “continuación con la actividad empresarial cuando no existían perspectivas razonables de pagar las deudas a su vencimiento”, señalándose dentro de un catálogo de culpas graves: cobro de salarios muy altos, incumplimiento de contabilidad legal, redacción defectuosa de memorias e informes, falta de entrega de mercaderías o prestación de servicios que hubieran sido pagados, ventas por valores anormales.

Las soluciones a las crisis patrimoniales societarias deben aplicarse en la forma más contemporánea posible al advertirse la situación de cesación de pagos, cuando aún es posible reconvertir la situación -lo que en la actualidad no se constata en los procesos concursales-, evitando difundir a terceros *in bonis* la insolvencia⁽³⁸⁾.

³⁸ Afrontando estas cuestiones, Mauricio Yadarola en 1925 (YADAROLA, Mauricio, “Proyecto de Ley de quiebras” con indicación “Publicado en la Revista de la Universidad Nacional de Córdoba, año 1925” en *Homenaje a Yadarola*, Ed. Universidad Nacional de Córdoba, 1963, t. I, pág. 335 y ss.) expresaba que un sistema concursal debe tener un “plan o método”, conforme el cual las normas “*puedan ser armonizadas en todo momento, mediante la obra de una sabia jurisprudencia*”, proyectando en torno a la situación en “*que puede hallarse un comerciante: simplemente en dificultades para afrontar sus compromisos, más o menos próximos, o ya en estado de cesación de pagos; para el primer caso el pedido de convocatoria es facultativo, ya que conviene dejar librado al propio criterio del deudor, la apreciación de si podrá o no salir de esas dificultades. En el segundo caso, es cuando la cesación de pagos se ha producido, cuando la exigencia*

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

Y así están las cosas. “*Se advierte... una tónica uniforme que exterioriza disconformidad frente a la insatisfacción de los sistemas destinados a regular las crisis empresarias, y en suma, el fracaso de la legislación, lo que constituye una causa determinante de sucesivas reformas en búsqueda irrenunciable de la estrella polar de una solución imposible*”⁽³⁹⁾. Es que ante la crisis económico-patrimonial-financiera de las sociedades, ésta debe ser asumida desde el derecho societario. Sólo fracasadas las acciones previstas en él, para conservar la empresa podrá afrontarse el camino concursal, con el debido equilibrio entre acreedores y socios.

A su vez, entendemos que las sociedades comerciales tienen regulada prevención de la crisis en la legislación societaria específica, que deben aplicar, recorriendo ciertos procedimientos orgánicos, los administradores societarios. El derecho societario iberoamericano -y mundial- es suficientemente uniforme para admitir (e imponer) estas conductas.

III. Intereses a tutelar

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

amenazante de un acreedor puede llevarlo a pagar a éste, en perjuicio del resto de sus acreedores para evitar un pedido de quiebra, o a realizar operaciones desastrosas con el mismo fin, se hace necesario obligar al deudor a convocar judicialmente a sus acreedores para que, sin más dilaciones resuelvan éstos lo que más convenga a sus intereses comprometidos. Ahora bien, la primera pregunta que surge cuando se establece una cláusula legal con carácter de imperativa, es ésta: ¿cuál es la sanción para el caso de incumplimiento?”. Tal el nudo de la cuestión, lo que preocupa a alguna doctrina hoy, ya había sido requerido y planteado en 1925. Y a ese interrogante hemos tratado de responder señalando que es la responsabilidad de los administradores -y eventualmente de los controlantes- incluso frente al acuerdo concursal homologado.

³⁹ DASSO, Ariel Angel, *Tendencias actuales del derecho concursal*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 1999, pág. 49.

Se trata, a la postre de situaciones de desequilibrio que ponen en peligro la supervivencia de una organización⁽⁴⁰⁾, de una sociedad. Desequilibrios quizá transitorios que pueden llegar a la permanencia del estado patrimonial.

1. En un trabajo del maestro y miembro del Instituto Iberoamericano de Derecho Concursal, Héctor Alegría, “Diálogo de economía y derecho y convergencias culturales y sociales en la insolvencia”⁽⁴¹⁾, en el último capítulo, al referirse a los administradores de las sociedades en crisis, tiene a bien hacer una condescendiente referencia a algunos de nuestros trabajos en ese aspecto: *“Un autor local que está trabajando el tema (Richard) dice: cuando se presenta la cesación de pagos o la insolvencia, el administrador tiene que variar su norte y ceñirse a una administración correcta de la empresa, a los pasos legales, administrativos o económicos financieros para la **solución de la crisis**, y si no lo hace responde ante los acreedores. No sólo a los accionistas que lo han nombrado sino también y fundamentalmente ante los acreedores”*.

Ello (sin ser textual) representa nuestra posición ante el evidente apartamiento de esas conductas que resultan de informes generales en concursos preventivos que apuntan cesaciones de pago de larga data - como concuerda Vítolo- sin que se adopte ninguna previsión antes de convocar a los socios a ratificar la presentación en concurso; o que resulta de los libros societarios si es que no se han incendiado o sustraído por terceros-. Esa forma de administrar debe serlo desde la constitución de la sociedad.

Sigue el distinguido jurista *“ante una crisis el administrador debe tomar decisiones, a veces imaginativas y otras desafiantes. Si ese administrador está sujeto a rigores extremos, algunos juzgados sólo ex post o sobre presupuestos meramente formales, es altamente factible que limite su accionar, con perjuicio de la empresa y de su recupero. También esa rigurosidad puede incidir en la selección de*

⁴⁰ CICHERO, Liliana, “Las crisis empresariales y el acuerdo preventivo extrajudicial homologado”, L.L. Actualidad, diario del 15/3/01, pág. 1.

⁴¹ Diario L.L. del 9/5/07, págs. 1 a 10.

nuevos administradores de una empresa en crisis, pues cabe que se restrinja o desaparezca la posibilidad de incorporar personas capaces, o bien que quienes acepten circunscriban su actividad y no sean eficaces para la solución”.

Hemos tranquilizado al distinguido amigo. En forma alguna pretendemos que el administrador asuma el riesgo del mercado o del error en la planificación, sino que tome conciencia que de una actitud omisiva o desleal puede resultar responsabilidad, si se aparta de ese interés social, o si no adopta las medidas tendientes a su cumplimiento, frustrándolo indirectamente⁽⁴²⁾. Concretamente, debe poner la cuestión en manos de los socios, presentándoles algún plan para afrontar la crisis. Es el mismo criterio previsto por Alegría en 1983⁽⁴³⁾ al pergeñar las soluciones regladas en los hoy derogados arts. 125.1/125.2 de la ley 19.551, que sometían la validez de los actos a la razonabilidad de un plan, juzgado recién al fracasar pero con la óptica de ser descartable a la fecha de su presentación.

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 administrado-

⁴² La preocupación es similar a reparos que nos formalizan los Dasso en nuestras fraternales discusiones en giras por congresos internacionales, al mismo tiempo que nos alientan a proseguir nuestro análisis sistémico, separándonos de discusiones sobre aspectos formales, meramente doctrinarios o procedimentales. Las mismas no son diferentes a las que motivaron la primera polémica con Truffat, acompañado de Barreiro, en “Responsabilidad de administradores y representantes en la ley de quiebras: el deber fiduciario de la ley de sociedades, ¿se traslada a los acreedores” en *Doctrina Societaria y Concursal*, Errepar, octubre 2005, t. XVII, pág. 1205, que contestamos adhiriendo y tranquilizándolos en “Está lloviendo. ¡Se acabó la sequía!” en *Doctrina Societaria y Concursal*, Errepar, Buenos Aires, diciembre 2005, N° 217, t. XVII, pág. 1532. De ninguna forma pretendemos que el administrador asuma el riesgo del mercado o del error en la planificación, sino que tome conciencia que de una actitud omisiva o desleal puede resultar responsabilidad.

⁴³ Una fórmula eficaz que evitaba su análisis inmediato, pero que abría la posibilidad de atacar actos, y sin duda generar responsabilidad, ante su insensatez, generada por la Comisión integrada por Alberti, Alegría, Farina, Quintana Ferreyra y Obeid.

res, respecto a los procedimientos decisionales y organizativos diseñados *ex ante* ⁽⁴⁴⁾.

¿Qué intereses deben tutelarse frente a la crisis de una organización empresarial-societaria? Vítolo -en el trabajo que nos atrapa- da respuestas que copiamos: “*III. 3. El problema de los intereses representados en la visión del common law. Una vez que el directorio ha determinado que la sociedad está en zona de insolvencia, la segunda pregunta que deben hacerse los administradores -en el caso de las sociedades anónimas los directores- es ¿qué obligaciones fiduciarias se deben y a quién? En general, en derecho societario norteamericano, el directorio de una sociedad solvente sólo tiene una obligación fiduciaria para con sus accionistas a fin de maximizar las ganancias y su valor. Por ejemplo, el Tribunal Concursal del Distrito Norte de Illinois, dispuso que los directores de las sociedades solventes únicamente deben obligaciones fiduciarias a los accionistas ya que son realmente éstos los dueños de la sociedad y el manejo de los activos societarios se encuentra a cargo de los directores. También el tribunal Judicial de Delaware reconoció la regla general referida a que los directores no tienen obligaciones con los acreedores más allá de los términos contractuales relevantes, no existiendo circunstancias especiales tales como la insolvencia. El motivo fundamental de la obligación para con los accionistas es que los acreedores celebren contratos con las sociedades sobre los cuales se basan sus reclamos. Por lo tanto, por definición, una sociedad solvente es aquella que cuenta con la capacidad de satisfacer sus obligaciones monetarias contractuales y se presume que los acreedores se encuentran protegidos por los términos de los derechos que emanan de los contratos celebrados con aquélla. Por otra parte, los accionistas dependen de la habilidad gerencial del directorio para lograr un recupero de sus inversiones y consecuentemente la ley le impone a éste un deber fiduciario para con los -según ella ‘vulnerables’- accionistas*”. Sigue Vítolo: “*Sin embargo, cuando se determina que una sociedad está en zona de insolvencia, los acreedores ya no pueden confiar en lo que establecen sus contratos para asegurar el pago de*

⁴⁴ CHIAPETTA, Franceso, “Finanziamento della società per azioni e interesse sociale” en *Rivista delle Società*, anno 51°, 2006, pág. 668 y ss..

*sus créditos pues, más allá de la letra o el espíritu del instrumento o de la convención, aparece un nuevo elemento cual es el que la sociedad deudora resulta impotente para hacer frente a sus obligaciones en forma regular. Por lo tanto, cuando una sociedad entra en la zona de insolvencia, el common law tiene bien establecido que los deberes fiduciarios del directorio varían para incluir -entre ellos- **la preservación de los activos de la sociedad para beneficio de los acreedores**; un elemento que -hasta ese momento- no se encontraba entre aquellos a ser evaluados por los directores de la sociedad deudora en la conducción de sus actos de administración ordinaria del negocio.... Otro motivo para el cambio en los deberes fiduciarios del directorio es la potencial conducta oportunista en tiempos de insolvencia. Tal conducta puede incluir la venta de bienes a precios de liquidación y la irrazonable asunción de riesgos por parte del directorio. En efecto; los tribunales han advertido que la posibilidad de cercana insolvencia puede provocar acciones curiosas para crear incentivos, exponiendo a los acreedores a riesgos de conductas oportunistas como las de apostar con el dinero de los demás, bajo la figura de la **traslación de riesgos**; es decir, cuando los accionistas dejan de tener un valor real respecto de sus derechos sobre el capital, porque han sido desplazados en tal interés por los acreedores, la operación de la sociedad se efectúa sobre la base de la asunción de eventuales pérdidas sólo por los acreedores sociales. Por el contrario, la eventual ganancia, redundará en beneficio de los accionistas si el **equity** se nivela y se torna positivo. El cambio de deberes en el momento de ingresar en la zona de insolvencia -entonces- apunta a proteger a los acreedores y a asegurar la conservación de los activos sociales”.*

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?

Entrelineamos que Embid Irujo apunta que en la versión del proyecto de ley de sociedades por acciones de España se refería al interés común de los socios, pero con la versión definitiva de la ley se asienta el “interés de la sociedad”, huyéndose así en el derecho español de planteamientos habituales en el debate sobre el Corporate Governance, como la idea de creación de valor para el accionista (*shareholder value*), proyectándose

así en el art. 127 bis de la ley española “la idea del interés social como interés de la sociedad para desbordar el estricto significado contractual atribuible a la fórmula anterior para proyectarse hacia el ámbito de la empresa social”, y el directorio se “guió por el interés de la Compañía, entendido como haber máximo, de forma sostenida, el valor económico de la empresa, respeto a las leyes y reglamentos, cumplimiento de buena fe de sus obligaciones y contratos -del Código unificado de buen gobierno de las sociedades cotizadas promovido por la Comisión Nacional del Mercado de Valores de España-, sin aludir al mayor valor para los accionistas y subrayando el “interés de la empresa”⁴⁵). Las reglas de la “responsabilidad social corporativa” asumen conductas que excluyen los procesos concursales en la mayoría de los casos.

Sigue Vítolo, casi atendiendo a las reflexiones que hacemos: *“Sin embargo, este cambio de deberes no significa que el directorio no deba considerar otros sectores en su proceso de toma de decisiones. De hecho, los directores se enfrentan con la tarea de considerar a todos los sectores en sus decisiones, incluyendo a los accionistas y a los acreedores, pero no sólo a éstos. ¿Es tan simple la cuestión de reemplazar a los accionistas por los acreedores en relación con la titularidad de los derechos a ser protegidos, o también algo debe hacerse y decirse en relación con la sociedad misma? Frente a la realidad de la empresa y su concepción actual como un subsistema dentro de un sistema social más amplio ¿puede soslayarse tener en cuenta al momento de establecer los deberes fiduciarios de los administradores el interés ‘social’ de la empresa que subyace bajo la figura de la sociedad titular del mismo? O, dicho de otro modo ¿no hay que prestar también atención a la posibilidad de continuidad del emprendimiento relacionando dicha posibilidad con un deber de*

⁴⁵ EMBID IRUJO, José Miguel, “Apuntes sobre los deberes de fidelidad y lealtad de los administradores de las sociedades anónimas”, Cuadernos de Derecho y Comercio 46, diciembre de 2006, Ed. Consejo General del Notariado, Madrid especialmente págs. 25 a 28. A pág. 9 y ss., pág. 12 expresa: “... en la doctrina española se había consolidado en los últimos años un planteamiento, de raíz norteamericana, con arreglo al cual los administradores, en el ejercicio de su función, venían sometidos a dos deberes generales que, al modo de dos grandes categorías básicas, definían y perfilaban un comportamiento: el deber de diligencia (*duty of care*) y el deber de lealtad (*duty of loyalty*)”.

*protección, por parte de los administradores, del mayor valor creado por la organización que revalúa sus activos -especialmente los intangibles a través de la conceptualización de la **empresa en marcha**? El caso primordial referido a las obligaciones del directorio - en el derecho norteamericano- y que se ocupó de acercar algo de luz al respecto, es el del *Crédit Lyonnais Bank*. En ese caso el Tribunal Judicial de Delaware entendió que cuando una sociedad opera cerca de la insolvencia, el directorio no es simplemente un representante de quienes tienen el riesgo residual, sino que tiene un deber - también- para con la sociedad misma". Son expresiones que se corresponden a la RSC.*

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

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

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

La conservación de la empresa estructurada societariamente es un problema de los administradores y de los socios⁽⁴⁶⁾. Es una cuestión de

⁴⁶ "La conservación de la Empresa" en *Anales* de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Cba., t. XXV, pág. 107 y ss. correspondiendo a mi comunicación en ocasión de recibir el Premio Academia en 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 Cba., www.acader.unc.edu.ar; MICELLI, María I., "Los nuevos concordatos irrisorios. El delica-

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 judicial ⁽⁴⁷⁾.

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 de 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 está 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 sociedad ⁽⁴⁸⁾ como forma de materializar la “idea de empresa”. La legislación de Grecia impone considerar, ante la crisis, los intereses de la sociedad. Igualmente la del Estado de Israel. En Sudáfrica si los directores de una sociedad continúan obteniendo crédito cuando son conscientes de que la sociedad no puede para sus obligaciones, pueden ser responsables en forma personal por las deudas de ésta. Los directores tienen también un deber general de actuar en el mejor interés de la sociedad.

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

El problema de la empresa debe verse externamente y no internamente. La apreciación debe ser genérica para tutelar la empresa como

do 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..

⁴⁷ 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 ssamblea de accionistas, una buena realización de bienes llevó al pago del 70%.

⁴⁸ ETCHEVERRY, Raúl Anfbal, “Empresa y objeto social”, RDCO, año 15, pág. 781 y ss.; COLOMBRES, Gervasio, *Curso de derecho societario*, Buenos Aires, 1972, pág. 116.

organización económica, limitando los efectos externos de su cesación de pagos y permitiendo que, en ese contexto, la “empresa” pueda solucionar su problema.

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

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

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

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

7. Nuestra inicial posición sobre los remedios que deben aplicar tempranamente los administradores societarios, solitaria, encontró eco hace pocos años en trabajos de los distinguidos juristas Marcelo Barreiro, Javier Lorente y Daniel Truffat, entre otros, de lo que hicimos oportuna crónica⁽⁴⁹⁾. Barreiro y Truffat recuerdan la posición de Lorente -que contrastaría con la nuestra (¿?), pero influida por el derecho anglosajón, sobre el que alguna jurisprudencia hemos buceado⁽⁵⁰⁾-, señalando dichos autores que “*sin olvidar la responsabilización que cupiera por maniobras al inicio de la crisis, en lo que hace hincapié es en la transferencia -a favor de los acreedores- del ‘equity’ cuando la empresa*

⁴⁹ Ntro. “Está lloviendo. ¿Se acabó la sequía! (En torno a la insolvencia societaria)”, en *Doctrina Societaria y Concursal*, Errepar, Buenos Aires, diciembre 2005, N° 217, t. XVII, pág. 1532.

⁵⁰ Entre otros, en *Los administradores societarios y la insolvencia* cit., pág. 570/1.

entra en cesación de pagos. Es decir, en alguna medida hay un punto en que el interés de los accionistas ⁽⁵¹⁾ *debe dejar de ser el norte del obrar de los administradores porque, en ese momento, la sociedad es ‘de algún modo, en alguna medida’ de propiedad de los acreedores y no más de los socios”, para señalar -ellos mismos- más adelante: “Si hay padecer deben sufrirlo todos, pero en especial los dueños. Si hay éxito, deben gozarlo todos, pero en especial los acreedores”.* Hemos coincidido totalmente con esto, destacando que Lorente no descarta la acción de responsabilidad.

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

¿Cuáles son los deberes del administrador si la sociedad es patrimonialmente inepta para el cumplimiento del objeto social? Deberá someter la situación orgánicamente a consideración de los socios. La sociedad es un sujeto de derecho -persona jurídica- que el sistema jurídico entrega (como técnica de organización) para que los fundadores de una empresa puedan generar un centro de imputación autogestante ⁽⁵²⁾ y con responsabilidad limitada. Esa funcionalidad es el bien jurídico tutelado por el sistema societario, que otorga a la autonomía de la voluntad la capacidad jurígena de concebir personas jurídicas. Así aparece fundamental la tutela de la propia sociedad. A su vez, se ha venido gestando la tutela de los acreedores no informados a través de la infor-

⁵¹ GALGANO, Franceso, *Las instituciones de la economía capitalista*, Barcelona, Ed. A, 1900, pág. 79, en traducción de Carmen Alborch Bataller: Los empresarios han protagonizado “*una existencia cada vez más extensa y apremiante... de condiciones de favor, de inmunidad respecto del derecho común, reclamando como incentivos a la actividad productiva*”.

⁵² Centros de imputación no autogestantes lo constituyen los patrimonios destinados a un específico negocio incorporado en Italia (BIANCA, Mirzia, “La reforma italiana al régimen de sociedades comerciales”, L.L. del 20/6/05), y que se encuentran regulados en la mal llamada sociedad accidental o en participación en el art. 361 de la ley de sociedades argentina.

mación, perfilando claramente lo que son las obligaciones de los administradores ⁽⁵³⁾.

8. Los problemas concursales -o de crisis de empresa- no deberían solucionarse siempre dentro de la legislación concursal, y la problemática de la reparación de los acreedores debe ser afrontada integrando el análisis con las normas sobre responsabilidad general contenidas en el Código Civil y las específicas de la ley societaria ⁽⁵⁴⁾, como forma de afrontar la crisis en forma privada y extrajudicialmente, atendiendo las posiciones doctrinarias más modernas, considerando a su vez los menores costes de transacción y reglas de equidad básicas en la asunción de las crisis societarias.

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

Será evidente que los administradores y socios no usaron de los recursos impuestos por la ley societaria sino que tampoco presentaron tempestivamente en concurso a la sociedad administrada.

⁵³ SPOLIDORO, Marco Saverio, "Il capital sociale", en "Il Diritto delle società per azioni: problema, esperienze, progetti", collana della Rivista delle Società, Giuffrè, 1993, pág. 99.

⁵⁴ Los acreedores débiles nacidos con posterioridad a la fecha en que la sociedad continuó operando en cesación de pagos, legitimados por la contratación dolosa de los administradores, podrán iniciar una acción individual de responsabilidad contra los mismos, en los términos previstos por la ley societaria. Las acciones de responsabilidad, como la de imputabilidad aditiva (muchas veces denominada como de inoponibilidad de la personalidad jurídica), no requieren -como las acciones revocatorias concursales o de extensión de la quiebra- de un presupuesto de insolvencia o de declaración de quiebra para ampliar la legitimación pasiva o autorizar la promoción de acciones especiales. La limitación de responsabilidad de los administradores está basada en el supuesto de un comportamiento leal.

9. El interés a tutelar está vinculado con una axiología de la empresa y de los sistemas jurídicos societario y particularmente el concursal como solución residual. Sobre la axiología de la crisis nos hemos expedido⁵⁵: el valor es restituir a la empresa -o la sociedad- su viabilidad funcional.

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

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

Esta referencia a la empresa acota también la reflexión en torno a concursos de sociedades que desenvuelven un objeto social como empresa, sumado a concursos de organizaciones con actividades que se entienda conveniente conservar -entidades deportivas, sociales o comunicacionales), con clara distinción de otro grupo de concursos de consumidores donde el principal objetivo es liberar un patrimonio ínfimo de las consecuencias de un endeudamiento inapropiado.

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

Si el objetivo es evitar la disociación del patrimonio eliminando el estado de cesación de pagos, la hipótesis que podríamos arriesgar es que la “axiología” del sistema sería asegurar el mantenimiento de la eficiencia

⁵⁵ “Axiología del derecho concursal” (comunicación al II Congreso Colombiano de Derecho Concursal, organizado por el Capítulo Colombiano del Instituto Iberoamericano de Derecho Concursal (Valle de Leyva, Colombia, agosto de 2008), y “Ensayo sobre la axiología del derecho concursal”, RDCO, N° 235, marzo/abril, 2009, págs. 313 a 380.

de la actividad empresarial, evitando la disgregación del patrimonio, asegurando su consistencia para el cumplimiento del objeto -causa de constitución- de la organización empresarial o a proteger. Y deberíamos apuntar que ello debería acaecer desde el nacimiento de ese patrimonio afectado y durante toda la funcionalidad de la “empresa”.

10. Dentro del bien común, dentro del derecho positivo o del bien común temporal, el bien común económico y todo lo relacionado a la productividad, distribución y consumo de bienes, con una más justa distribución, se puede identificar como un valor. Dentro de nuestra sociedad, el mantenimiento de la fuente de trabajo, de lo que crea riqueza distribuable, de lo que genera bienes y servicios, aparecen como un bien común económico apreciable, tutelable como finalidad del legislador⁽⁵⁶⁾.

Devolver la potencialidad productiva puede aparecer como un bien común. Eliminar los factores que impiden que se generen bienes, se multipliquen las relaciones jurídicas de contenido económico conforme su efecto multiplicador, esparciendo riqueza y libre de los riesgos de incumplimiento, resulta tutelable. Esto aparece compuesto por el proceso concursal conforme los efectos de su apertura, por las posibilidades de concertación y colaboración con los acreedores a través del acuerdo, o con la continuación de la empresa, o con el avenimiento, o con la liquidación de la empresa, libre del estado de cesación de pagos y del empresario que generó y no pudo resolver ese estado de cosas.

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 *“Acreedo-*

⁵⁶ QUINTANA – RICHARD, trabajo citado.

res 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 implica una cuestión de legitimación substancial y procesal, que regla las relaciones entre los acreedores convocados y concurrentes a este proceso de reorganización. En el derecho portugués de la última década señala la ordenanza respectiva en el párrafo primero: “El procedimiento de insolvencia tiene por finalidad satisfacer colectivamente a los acreedores del deudor mediante la realización de su patrimonio y la distribución del producto resultante, o mediante un plan de insolvencia en el que se contenga una reglamentación diferencia especialmente dirigida a la conservación de la empresa”.

La “conservación de la empresa” aparece así como declaración de interés público, y objetivo normativo-legislativo. Más limitadamente la ley colombiana se expresa en torno a la “dirección general definida para el manejo y destinación de los activos, con miras a lograr propósitos de pago y de reactividad empresarial”.

11. Nos preocupa -como venimos desarrollando- la comprensión de la expresión “conservación de la empresa”, usado latamente particularmente por alguna doctrina concursalista⁵⁷, 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

⁵⁷ 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”.

reactivación que aparece como un imperativo de la legislación concursal. Y diferencia entre conservación y reactivación parece justificar la apertura de procedimientos de crisis ante la mera avizoración de la crisis, conservando así la empresa y no meramente reactivándola.

Para que la conservación de la empresa represente un verdadero principio debe tenerse presente el complejo de *intereses* que concurren en su mantenimiento, que no son ya los mismos que generaron su advenimiento -limitados a la decisión empresarial que generó el aporte patrimonial para su fundación-. Se trata de los “intereses diversamente vinculados” a través de la conservación de la empresa: de los trabajadores, los proveedores, los clientes, la comunidad nacional, el mercado en su conjunto y el estado. Es que *“Los intereses mencionados gradúan, en mayor o menor medida, según el caso el giro y el contenido de las modernas legislaciones concursales”* ⁽⁵⁸⁾.

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

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

⁵⁸ ALEGRÍA, Héctor, “Diálogo de economía y derecho y convergencias culturales y sociales en la insolvencia”, L.L. del 9/5/07, págs. 1 a 10.

La lectura de la legislación concursal colombiana nos da pistas universales. Normalmente dentro de un patrimonio que actúa en el mercado existe una organización: una empresa, gran empresa, pequeña empresa o microempresa.

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

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

Esa reciente ley colombiana del 27 de diciembre de 2006, establece el “Régimen de insolvencia empresarial”, declara que el régimen de insolvencia propicia y protege la buena fe en las relaciones comerciales y patrimoniales, destacando como principios la universalidad, la igualdad de los concurrentes, la eficiencia e información, la negociabilidad, reciprocidad y gobernabilidad económica manifestada en una “dirección general definida para el manejo y destinación de los activos, con miras a *lograr* propósitos de pago y de *reactividad empresarial*”.

Fija claramente el objetivo de “reactividad empresarial”, o sea de conservación de la empresa. Esta legislación es preclara al manifestar “Finalidad del régimen de la insolvencia.... tiene por objeto... la recuperación y conservación de la empresa como unidad de explotación económica y fuente generadora de empleo, a través de los procesos de reorganización y de liquidación judicial, siempre bajo el criterio de agregación de valor. El proceso de reorganización pretende a través de un acuerdo, preservar empresas viables y normalizar sus relaciones comerciales y crediticias, mediante su reestructuración operación, administrativa, de activos o pasivos” en su art. 1º, primero segundo párrafos.

La visión de las normas societarias como preventivas resulta del art. 10 que impone que la solicitud de reorganización debe presentarse con la

acreditación de “No haberse vencido el plazo establecido en la ley para enervar las causales de disolución, sin haber adoptado las medidas tendientes a subsanarla”.

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

El empresario -individual o social- afronta en su actividad un riesgo típico e inmanente, sujeto a la eventualidad de errores de gestión o de eventos externos más o menos previsibles comprometiendo el pleno y correcto desenvolvimiento del programa empresario adoptado y el alcance de los resultados esperados. Cuando el riesgo acaece, y no se pone pronto remedio, es inevitable que la actividad vaya hacia su propia declinación. Y justamente el derecho concursal se ocupa de la empresa en crisis y el presupuesto de activación de los procedimientos concursales se basa en la incapacidad, actual o en algunos casos sólo potencial, del empresario de asumir regularmente las obligaciones contraídas⁽⁵⁹⁾. Se trata, como titulan esos autores, una crisis de la organización.

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

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

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

Descartada esa viabilidad debe estudiarse la posibilidad de escindir ese patrimonio separando la porción de bienes (materiales e inmateriales)

⁵⁹ ABRIATTI, N.; CALVOSA, L.; FERRI JR, G.; GIANNELLI, G.; GUERRERA, F.; GUIZZI, G.; MOTTI, C.; NOTARI, M.; PACCIELLO, A.; PISCITELLO, P.; REGOLI, D.; RESCIO, G.A.; ROSAPEPE, R.; ROSSI, R.; STELLA RICHTER JR., M. y TOFFOLETTO A., *Diritto fallimentare*, Milán, Giuffrè, 2008, págs. 3/4.

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 económica⁽⁶⁰⁾, sino solidaria⁽⁶¹⁾, lícita y viable.

La empresa que no es autosustentable no es empresa⁽⁶²⁾.

Nuestra concepción sobre la empresa es desde el derecho societario, en la idea que es la forma normal de organización de las empresas de mayor significación económica⁽⁶³⁾. Por otra parte la construcción del sistema societario es similar en la totalidad de los países iberoamericanos y la visión, esbozada concretamente desde un derecho nacional, permite su expansión.

Nuestra tesis es que la crisis debe ser asumida por administradores y socios desde la normativa societaria, similar en todos los países. Hemos constatado en la práctica argentina que los administradores de esas sociedades, y los socios de control, ante la crisis no adoptan ninguna de las medidas o vías que les ofrece el sistema societario: no llaman formalmente a los socios a considerar como afrontar la crisis. No se expresa ello ni en Asambleas ni en Reuniones Generales, y menos aún se les convoca para aumentar el capital social, reintegración del mismo, reorganización

⁶⁰ Empresa económica implica la viabilidad de la empresa, de la empresa que no lleva en su seno su autodestrucción por económicamente inviable, confr. ntra. *La conservación de la empresa* cit..

⁶¹ La empresa, aunque sea económicamente apta no puede actuar contrariamente al medio social, sería una actividad ilícita, como lo es contaminar; conf. nro. *Sociedad y contratos asociativos*, Buenos Aires, Zavalía, 1989, Cap. “La empresa.

⁶² 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.

⁶³ Conf. QUINTANA FERREYRA, FRANCISCO y nosotros, “La conservación de la empresa en las leyes de sociedades 19550 y de concursos 19.551”, RDCO 1978-1376.

de la empresa, venta de activos inactivos, y particularmente a una capitalización de pasivos por negociación con acreedores -art. 197 L.S.A.-. No asumidos los problemas de la crisis en lo básico, la discusión debería recaer en la disolución por alguna causal, fundamentalmente por la imposibilidad sobreviniente de cumplimiento del objeto social, como forma de exteriorizarse la idea de empresa.

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

IV. El patrimonio social

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

La organización de la empresa a través de las sociedades genera, en el uso de ese maravilloso instrumento, dos tensiones: la limitación de responsabilidad de los socios (junto a la no asunción de responsabilidad de los administradores) y el riesgo de los terceros acreedores ante su eventual incapacidad patrimonial⁽⁶⁴⁾. 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.

La integral aplicación de las normas sobre la patrimonialización de las sociedades, como de otras del sistema jurídico, debe permitir prevenir

⁶⁴ 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.

su insolvencia e impedir la transferencia de los daños a los acreedores⁽⁶⁵⁾. Si los administradores continúan la operación de una sociedad, y el patrimonio no es apto para el cumplimiento del objeto (empresa), ello se advertirá rápidamente en la no satisfacción de las obligaciones sociales. Y en tal supuesto los administradores asumirán responsabilidad por los principios generales.

Cualquiera sea la solución: sociedades con capital mínimo, sin capital social, con capital variable, identificamos para todas ellas una misma funcionalidad: no deberían las sociedades continuar su actividad, si patrimonialmente no resisten test⁽⁶⁶⁾, y menos iniciarla sin el patrimonio suficiente conforme el plan de negocios que debemos presumir tuvieron en miras al constituir la sociedad.

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. Aquí volvemos al tema del interés a tutelar: 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⁽⁶⁷⁾, que no tuvieron en cuenta cuando

⁶⁵ RICHARD, Efraín Hugo, “Insolvencia societaria y responsabilidad”, J.A. libro en conmemoración de su 80º Aniversario, 1918-1998, pág. 380 y ss.; y en “Las relaciones de organización y el sistema jurídico del derecho privado”, ed. Academia de Córdoba, Capítulo XI Insolvencia societaria y responsabilidad, Córdoba, 2000, pág. 481 y ss..

⁶⁶ ARAYA, ob. cit., pág. 235; OLIVERA GARCÍA, Ricardo, en su libro *Estudios de derecho societario*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2005, Cap. XI sobre capital social, “La crisis del concepto de capital social”, pág. 247. O los señalados por Vito en el artículo al que hacemos reiterada referencia.

⁶⁷ STANGHELLINI, Lorenzo, “Proprietà e controllo dell’impresa in crisis”, Rivista delle Società, anno 49º, 2004, settembre-ottobre fascicolo 5º, Milán, Giuffré, pág. 1079. Los socios minoritarios, ajenos al grupo de control y dirección de la sociedad están casi en la situación de inversores, hasta pudiendo constituir una clase de socios, pero siempre tienen derecho a una información sobre el estado de la sociedad y una preferencia ante el aumento del capital, directamente vinculado a su derecho al resultado social; sobre este

contrataron sin la información de esa situación o antes que se produjera esa situación. Los deberes del administrador societario aumentan en esta situación frente a los acreedores y terceros.

1. Yadarola refería respecto al capital a: “*Contralor preventivo y represivo que asegure el derecho de las minorías, evite la explotación de empleados y obreros -colaboradores en la obra común- y aleje los perjuicios que para la economía nacional representa siempre el dislocamiento de las economías particulares*”⁽⁶⁸⁾.

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

En el actual contexto económico, caracterizado por la apertura y la competitividad, la confianza presenta un valor económico indudable. Como recurso productivo es acumulable y conlleva un fuerte ahorro en los costos de transacción especialmente en situaciones caracterizadas por la información asimétrica, esto es, cuando una de las partes involucradas en un contrato no dispone de toda la información relevante acerca de las características del otro contratante⁽⁶⁹⁾.

Ratificando la prevención en derecho societario se sostiene⁽⁷⁰⁾ que “Si el capital social aparece como manifiestamente desproporcionado en

punto puede verse SPOLIDORO, *Il capital sociale*, pág. 59 y especialmente pág. 67 citado, en *Il diritto delle società per azioni: provlema, esperienze, progetti*, collana della Rivista delle Società, Giuffrè 1993.

⁶⁸ YADAROLA, Mauricio, *Sociedades comerciales*, t. II de Homenaje a Yadarola, pág. 349, esp. pág. 353, reproduciendo el prólogo a edición argentina de la obra de Roberto GOLDSCHMIDT, *Problemas jurídicos de la sociedad anónima*.

⁶⁹ BEBCZUK, Ricardo N., *Información asimétrica en mercados financieros*, Madrid, Cambridge University Press, 2000, pág. 9.

⁷⁰ Cámara C. 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

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”.

2. Un eje fundamental debe tener en cuenta la subcapitalización material constitutiva o sobrevenida -o subpatrimonialización-, distinguiendo la subcapitalización nominal o formal, que ocurre cuando la sociedad está dotada de un capital social de importe muy reducido, que no aseguraría la congruencia del patrimonio neto con respecto al objeto social. En este caso no necesariamente hay una subcapitalización material, y no hay alteraciones del riesgo de empresa, no configurándose por tanto ningún riesgo ni efecto sobre la responsabilidad.

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

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

3. La infrapatrimonialización aparece como genética de la insolvencia. La falta de recursos patrimoniales (por ser insuficientes o por sobreendeudamiento) para satisfacer las obligaciones asumidas constituyen el escenario del problema societario en análisis. De allí se generan efectos básicos: la imposibilidad sobrevenida 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.Civile italiano rezaba: “*Cause di scioglimento. 2) ... per la sopravvenuta impossibilit  di conseguirlo (oggetto sociale). 3 per la riduzione del capitale al disotto del minimo legale*”. La cesaci3n de pagos importa una imposibilidad de cumplimiento del objeto social, salvo que sea removida la dificultad patrimonial, por los medios que la legislaci3n societaria determina. La infrapatrimonializaci3n o un flujo de caja insuficiente para esa operatoria constituye lo que Vítolo define como insolvencia material.

En el derecho argentino se ha potenciado que las situaciones sean irreversibles, pese a facilitar herramientas al administrador societario⁽⁷¹⁾, generándose la idea de que los administradores societarios pueden continuar ininterrumpidamente la actividad de la sociedad pese a estar en insolvencia, sin planificaci3n coherente, tratando de obtener más créditos o reciclar el existente, con la misma modalidad que los administradores públicos argentinos afrontaron la deuda externa en la década pasada.

La infrapatrimonializaci3n implicaría una causal disolutoria cuando se analiza la situaci3n patrimonial. La cuesti3n deba verse más allá: en la funcionalidad de la sociedad. Como señala Gir3n Tena⁽⁷²⁾ que “*la conclusi3n de la empresa que constituye el objeto social origina la disoluci3n... debe equipararse a la imposibilidad jurídica o extrajurídica del mismo...Las dificultades econ3micas o jurídicas transitorias de la marcha de la sociedad no corresponde a este concepto*”. Por ello estamos hablando de situaciones no transitorias, que imponen que la cuesti3n sea tratada por los socios. La legislaci3n co-

⁷¹ Sobre acuerdos extrajudiciales, ALEGRÍA, Héctor, “Acuerdo preventivo extrajudicial (Caracterizaci3n, problemas y acuerdos privados)” en Revista de Derecho Privado y Comunitario 2002-3, Concursos 1, pág. 145; JUNYENT VÉLEZ, FRANCISCO, “El acuerdo preventivo extrajudicial: ley 25.589”, en la misma revista, pág. 189.

⁷² GIR3N TENA, J., *Derecho de sociedades*, edici3n del autor, Madrid, 1976, t. I, pág. 623 y ss..

lombiana impide la presentación en concurso de una sociedad si no se han superado las causales de disolución⁽⁷³⁾.

En soluciones como la chilena, se impone determinar anualmente el capital social como dotación patrimonial no distribuible como utilidad. En efecto se establece “*que el capital social se modifica de pleno derecho cada vez que la junta ordinaria de accionistas apruebe el balance del ejercicio (art. 10 inciso 2º, Ley 18.046), lo que demuestra la voluntad de la ley de equiparar en este tipo social el capital social con el capital en sentido económico o patrimonio; la norma que dispone que los dividendos se pagarán exclusivamente de las utilidades líquidas del ejercicio o de las retenidas, prevenientes de balances aprobados por la junta y que ordena aplicar tales utilidades en primer término a absorber las pérdidas acumuladas si las hubiere (art. 78 Ley 18.046), lo que impide la descapitalización de la sociedad*”⁽⁷⁴⁾.

No debe entenderse distinta hoy la solución en el sistema societario argentino. Esto es lo que justifica los resultados no asignados⁽⁷⁵⁾. Además de la existencia de un patrimonio fundacional que *prima facie* permite el cumplimiento del objeto social, anualmente los administradores deben asegurarse que la sociedad se encuentra debidamente patrimonializada para el cumplimiento del objeto, procediendo en consecuencia.

⁷³ Del 27/12/06 que establece el “Régimen de insolvencia empresarial”, con visión de las normas societarias como preventivas, que resulta del art. 10 que impone que la solicitud de reorganización debe presentarse con la acreditación de “No haberse vencido el plazo establecido en la ley para enervar las causales de disolución, sin haber adoptado las medidas tendientes a subsanarla”, sobre ello puede verse nuestra comunicación “Axiología del derecho concursal” al II Congreso Colombiano de Derecho Concursal, organizado por el Capítulo Colombiano del Instituto Iberoamericano de Derecho Concursal (Valle de Leyva, Colombia, Agosto de 2008 www.acaderc.org.ar).

⁷⁴ UBILLA GRANDI, Luis, “El capital social en el derecho chileno. Notas sobre sus funciones ¿Una garantía para los acreedores?” en libro colectivo *Jornadas Nacionales de Derecho Societario en Homenaje al Profesor Enrique M. Butty*, Buenos Aires, 2007, págs. 195 y ss., especialmente pág. 205.

⁷⁵ Trabajo conjunto con FUSHIMI, Jorge, “Financiamiento con resultados no asignados”.

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

Todo lo expresado está vinculado a los deberes activos de un administrador, buen hombre de negocios, en cuanto debe estar informado de la funcionalidad de la sociedad.

Esa información se vincula directamente con la constante planificación del negocio y si hay índices negativos se impone la adopción de medidas congruentes y razonables.

V. Problema funcional: la planificación

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

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

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

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

Vítolo apunta *“Advertido esto, dentro de las pautas de conducta que se marcan en el art. 59 de la ley 19.550, los administradores deberán tomar muy en cuenta los caminos a seguir, ya que su pasividad, tolerancia o la decisión expresa de continuar operando en la zona de insolvencia -sin tomar medidas específicas respecto de ello-, resultarán -necesariamente- elementos generadores de responsabilidad dentro de ese marco tan atípico cual es la responsabilidad*

societaria; en especial en el caso de los directores de sociedades anónimas donde la responsabilidad deviene del carácter solidario con que la ley imperativamente sanciona a los integrantes del órgano de administración. Del mismo modo, cuando la conducta en este sentido adquiera carácter doloso, las responsabilidades concursales pertinentes también resultarán aplicables". Y concordamos con Vítolo como lo hemos hecho con otros tratadistas que reflexionan sobre el tema.

Nos hemos explayado en "El plan de empresa (o como asumir crisis tempestiva y extrajudicialmente)"⁽⁷⁶⁾ y en "La planificación preconcursal (actuando tempestiva y extrajudicialmente)"⁽⁷⁷⁾. 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*⁽⁷⁸⁾.

1. Se trata de prevenir, de no afectar el mercado, de no ahondar la crisis empresaria, de no contagiar la insolvencia a los acreedores, particularmente a los vinculados como proveedores no debidamente informados.

Es la cuestión de la continuidad de la actuación de la sociedad en cesación de pagos o insolvencia material.

Operar en cesación de pagos importa una clara conducta dolosa en perjuicio de los nuevos acreedores de la sociedad, que conlleva responsabilidad de administradores.

En el derecho norteamericano, respecto a sociedad en estado de cesación de pagos cuyos administradores no abren los procedimientos concursales, la jurisprudencia dio un viraje a partir de 1991 sosteniendo la

⁷⁶ En libro colectivo *Homenaje al Dr. Osvaldo J. Maffia*, Córdoba, Lerner, 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, Cap. II. pág. 217.

⁷⁷ 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.

⁷⁸ 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.

responsabilidad civil de esos administradores frente a los nuevos acreedores⁽⁷⁹⁾. En base a la *business judgement rule* “si la decisión fue tomada sin la información adecuada y disponible, ha existido una gruesa negligencia (culpa grave) del empresario por lo que deberá responder civilmente”⁽⁸⁰⁾. Se expresa⁽⁸¹⁾ “... si en la actualidad una compañía se ve metida en líos, los consejeros pueden ser demandados a título personal... “. Y ello es anterior al “caso Emron” y los demás escándalos corporativos contemporáneos que agravaron las normas y su juzgamiento.

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

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

En estado de insolvencia o cesación de pagos, apuntan Araya y Olivera García, cualquiera sea el origen que afecta la funcionalidad patrimonial de la sociedad, no deberían continuar su actividad o deberían afrontar soluciones si patrimonialmente no resisten un “insolvency test” (equity insolvency test, balance sheet-based test, bankruptcy test)⁽⁸²⁾.

⁷⁹ VICARI, Andrea, “I doveri degli amministratori in caso de insolvenza della società nel diritto statunitense”, en *Rivista delle Società*, 1999, pág. 1244 y ss.

⁸⁰ Conf. DOBSON, trabajo citado específicamente, pág. 105.

⁸¹ GIBNEY, Frank, *El milagro programado*, 2ª ed., Buenos Aires, Sudamericana Planeta, 1987, pág. 13.

⁸² ARAYA, Miguel C., “Responsabilidad de los administradores de la Sociedad Anónima” en *Derechos patrimoniales Estudios en homenaje al Profesor emérito Dr.*

Muchas técnicas jurídicas se han introducido en la legislación concursal desde el año 1995⁽⁸³⁾: el acuerdo heterónomo que permite a terceros hacer propuestas de acuerdo, permitiendo la reforma que la propia sociedad concursada intervenga en una segunda oportunidad; la conversión de la quiebra -incluso la pedida por el propio deudor- en concurso; propuestas múltiples de acuerdo sin límite de monto y plazos, ni imposición de ajustes o intereses; posibilidad que el juez imponga ese tipo de acuerdo a ciertos acreedores aun en casos de no lograrse las mayorías previstas, etc.. De diligencia nada, con lo que el concurso se tramita para frenar un remate, después de muchos años de cesación de pagos y con una “empresa” que no está en condiciones de afrontar el mercado.

3. Los administradores tienen el deber de asegurar la normal vida societaria -conforme al estándar de buen hombre de negocios- con la sociedad, los socios y los terceros, pues así como no puede imputársele por daños generados por el riesgo empresarial la cuestión varía fundamentalmente cuando omiten el cumplimiento de sus deberes de información, control y diligencia. Verónica Martínez -miembro también del Instituto y juez con competencia especial en Concursos y Sociedades en la Ciudad de Córdoba- imputó responsabilidad por la totalidad del pasivo verificado ante la acreditación “que los administradores no realizaron ninguna actividad tendiente a superar la insolvencia... Los administradores debieron tomar alguna medida activa para evitar continuar operando en esas condiciones, puesto que pesa sobre ellos el deber de no dañar y además, en respeto a tal normativa específica, en la ley de sociedades, que es impuesta sobre todo, en protección de terceros” (Sentencia N° 272, 25 julio 2006 en “Sindicatura de la quiebra de Sanatorio Privado

Efraín Hugo Richard, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2001, bajo la dirección de Laura Filippi y María Laura Juárez, t. II, pág. 639, especialmente pág. 647; OLIVERA GARCÍA, Ricardo, *Estudios de derecho societario*, Santa Fe Rubinzal-Culzoni, 2005, los capítulos en torno del capital social, particularmente el XI, “La crisis del concepto de capital social”, pág. 247 y ss..

⁸³ Ntros. “Tempestividad en la presentación en concurso” citado, y “Ensayo en torno a la buena fe e insolvencia societaria”; “Asistematicidad de la reforma concursal”; “Ineficacia de la ley concursal” en página electrónica de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Cba., <http://www.acader.unc.edu.ar>

Colon S.R.L. c/ Moyano, Jorge Antonio y otro - Acción ordinaria - Acción de responsabilidad”), citando a su vez a Julia Villanueva⁽⁸⁴⁾, subrayando que “no se trata de responsabilidad objetiva, sino de exigirles que cumplan con el deber de responder que pesa sobre todo aquel que administra lo que no es suyo. Tampoco se trata de evaluar la gestión empresarial en términos de juzgar el acierto o desacierto del administrador en materia de mérito o conveniencia de las operaciones que integraron la actividad empresarial o su riesgo, sino de exigirles el cumplimiento de las aludidas normas de orden público que integran el derecho societario. Nos referimos a las normas pensadas en protección de terceros, obligación de la que no podrían ser dispensados, naturalmente, por ninguna asamblea de socios (art. 275 L.S.)”, continuando luego de esta misma autora “Sobre la base de parecidas consideraciones, autorizada doctrina sostiene que, cuando la sociedad se halla en zona de insolvencia, los administradores deben cumplir su deber fiduciario primordialmente a favor de los acreedores, evitando trasladar sobre éstos las pérdidas o dificultades que afecten a la sociedad”⁽⁸⁵⁾.

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

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

4. Según el planteo del Banco Mundial, “Cuando una empresa no es viable, el impulso central del derecho debe ser la liquidación rápida y

⁸⁴ VILLANUEVA, Julia, “Breve introducción al estudio de las acciones de responsabilidad patrimonial en la quiebra” en *Conflictos en la insolvencia*, directores Nissen-Vítolo, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2005, pág. 281 y ss..

⁸⁵ VILLANUEVA, ob. cit., pág. 282, con cita a nosotros, “Los administradores societarios y la insolvencia”, RDCO N° 203, set. 2003, pág. 553 y ss., y también RICHARD, Efraín Hugo, “Responsabilidad de administrador de sociedad en concurso preventivo” en *IX Congreso Argentino de Derecho Societario y V Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa*, Tucumán 2004, t. II, pág. 689 y ss..

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”.

Informal, formal es la liquidación societaria.

Y en ese contexto de la planificación el Banco Mundial requiere un “Marco para los acuerdos colectivos informales. Los acuerdos empresariales colectivos e informales deben ser favorecidos por un entorno que aliente a los participantes a restablecer la viabilidad financiera de la empresa. Los acuerdos informales se negocian “a la sombra de la ley”. Consecuentemente, el entorno propicio debe incluir leyes y procedimientos claros que exijan la exposición o el acceso a información financiera oportuna y precisa sobre la empresa en dificultades; promuevan el préstamo a, la inversión en o la recapitalización de las empresas viables en dificultades; permitan una amplia gama de medios de reestructuración, tales como quitas, esperas, reestructuraciones y capitalización de la deuda; y proporcionen un tratamiento impositivo favorable o neutral para las reestructuraciones.

Así la ley española de concursos 13.813, ley 22/2003, de 9 de julio de 2003, en cuya exposición de motivos se registra: “El deudor tiene el deber de solicitar la declaración de concurso cuando conozca o hubiera debido conocer su estado de insolvencia; pero tiene la facultad de anticiparse a éste. El sistema legal combina así las garantías del deudor con la conveniencia de adelantar en el tiempo la declaración de concurso, a fin de evitar que el deterioro del estado patrimonial impida o dificulte las soluciones más adecuadas para satisfacer a los acreedores. Los estímulos a la solicitud de concurso voluntario, las sanciones al deudor por incumplimiento del deber de solicitarlo y el otorgamiento al crédito del acreedor instante de privilegio general hasta la cuarta parte de su importe son medidas con las que se pretende alcanzar ese objetivo”. Destacamos la expresión “el deber de solicitar” y la posibilidad de anticiparse a la cesación

de pagos a través de la preconcursalidad enmarcada en el sistema societario, privada y extrajudicialmente..

5. Se trata ni más ni menos que el tema de la tempestividad en la presentación en concurso, que desvela en la doctrina y legislación extranjera, o en devolver el principio del que daña repara, referido al daño causado por sociedades cuyos administradores y controlantes continúan operando en insolvencia, sin planificar afectando con dolo la contratación y generación de nuevos acreedores después de haber advertido o deber haber advertido el estado de cesación de pagos, afectando la seguridad jurídica general al romper las reglas del mercado y de la competencia respecto a operadores de actividades similares que cumplen con todas sus obligaciones, y que no usan la técnica jurídica de organización societaria abusivamente, ya en la imposibilidad de cumplimiento del objeto social⁽⁸⁶⁾.

Austria obliga a los directores de una sociedad en la cual los socios tengan responsabilidad limitada, a iniciar procesos de insolvencia en un plazo de 60 días si la sociedad pierde liquidez o está sobreendeudada.

La Ley de Quiebras de la República checa establece que una sociedad insolvente debe peticionar la declaración de quiebra sin demora injustificada. Esta obligación pesa sobre los directores quienes pueden ser responsables frente a los acreedores por los daños causados por la falta de cumplimiento de esta obligación.

La legislación de Luxemburgo impone que los directores de una sociedad tienen el deber de convocar una asamblea extraordinaria en caso de haberse perdido más de la mitad del capital accionario. Dicha asamblea debe convocarse dentro de los dos meses a contarse desde la fecha en que los directores descubrieron tal pérdida y podrá aprobarse una resolución con el acuerdo de 2/3 de los accionistas. Cuando la pérdida sea superior a tres cuartos del capital accionario, sólo se requerirá de un cuarto

⁸⁶ Ntro. “Los administradores societarios y la insolvencia”, RDCO N° 203, septiembre 2003 pág. 553 y ss.; y DEYA, Federico Sebastián, “Infracapitalización societaria desde una perspectiva económica del derecho”, RDCO N° 200, pág. 813. Sobre el bien jurídico tutelado en el derecho concursal y la tempestividad en la presentación en concurso se ha abierto un seminario a distancia, que culminará a fin de año en la página electrónica de la Fundación para Estudios de la Empresa, a la que se puede acceder desde la página electrónica de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba.

de los miembros para aprobar la resolución. Cuando una sociedad ha dejado de pagar a sus acreedores, los directores deben declarar esta cesación de pagos al tribunal en el término de un mes.

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

Este es el aspecto más delicado y que entendemos vinculado a la encomienda que nos han impuesto la organizadora de este Congreso.

Reafirmamos posición en algunos aspectos que sin duda serán integrados a través de las sesiones de trabajo:

a. La normativa societaria tiene claras soluciones en las legislaciones mundiales en orden a situaciones vinculadas a la insolvencia, que actúan como causales de disolución: la pérdida del capital social, o la imposibilidad sobreviniente de cumplimiento del objeto social cuando ésta deviene de un problema de infrapatrimonialización, aunque no medie pérdida del capital social (p. ej. sobreendeudamiento, o falta de correlación entre pasivo y activo corriente, flujo de caja). “... parece razonable pensar que la quiebra de una sociedad anónima -o limitada o comanditaria por acciones- debería convertirse en una institución residual, ya que el sistema preconcursal previsto legalmente debería ser suficiente para impedir que la sociedad llegase a ser insolvente...”⁽⁸⁷⁾, solución expresa del derecho español que no debería ser extraña a cualquier sistema.

b. El recurrir a los remedios concursales, pese a su alto coste, sin intentar previamente las soluciones societarias, parece un despropósito, sólo justificable cuando se agotaron negativamente aquellas. Incluso carece de sentido si se arriba a una capitalización del pasivo como propuesta de acuerdo concursal, cuando ello se logra fácilmente conforme la legislación societaria. Y si se intenta una quita y espera, sin haber intentando por la vía societaria la capitalización, ello aparecerá como un abuso de derecho, pues

⁸⁷ BELTRAN SÁNCHEZ, 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.

implica un enriquecimiento para la sociedad -y obviamente para los socios- con el correlativo empobrecimiento de los acreedores.

Este es el panorama sobre el que podemos discurrir.

VI. El plan de negocios

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

Las soluciones societarias están directamente vinculadas a la planificación. Planificación constitutiva en cuanto a la determinación del capital o patrimonio necesario para el cumplimiento del objeto social o de la actividad empresarial prevista (plan de negocios), plan advertible por actos cumplidos incluso antes de la suscripción del estatuto social⁽⁸⁸⁾.

El administrador de una sociedad tiene que formalizar un plan o mirada prospectiva, como medio para la discusión, información, explicación y control de su propia gestión⁽⁸⁹⁾. Los encargados de tomar decisiones de financiamiento o de planificar la funcionalidad de la sociedad, deben tener muy en cuenta ciertos *ratios* sobre la estructura del capital y del endeudamiento, que hacen a la salud financiera y funcionalidad de la sociedad, *ratios* sobre los que se ha acreditado empíricamente su utilidad⁽⁹⁰⁾, fundamentalmente para facilitar la apreciación de los acreedores. El no uso de esos *ratios*, particularmente cuando se ha utilizado aportes irrevocables incorporándolos a la cuenta patrimonial y no al pasivo, altera esos *ratios* o índices que todo empresario debe tener en cuenta, para determinar la viabilidad de la empresa, pero utilizando esos aportes con su incor-

⁸⁸ Ntra. *Sociedad en gestación: su calificación jurídica*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2008, N° 11, pág. 1243, jurisprudencia anotada.

⁸⁹ MARZAL, Antonio, *Empresa y democracia económica*, Barcelona, Argot, 1983.

⁹⁰ BEAVER, William, "Financial Ratios and Predictors of Failure", en *Empirical Research in Accounting, Selected Studies*, suplemento del Journal of Accounti research, 1966, 77-111, donde se comparan los ratios financieros de 79 empresas que posteriormente fracasaron -ingresando en procedimientos concursales- con los ratios de 79 sociedades que permanecieron solventes, concluyendo que las 79 primeras registraban ratios de endeudamiento mayores que las otras 79 que permanecieron solventes.

poración al patrimonio neto y no al pasivo en la necesidad de mantener *ratios* óptimos y balances *maquillados*, a los efectos de mostrar a la sociedad saneada ante la mirada de acreedores.

Formalizado un plan o advertida la existencia de la pérdida total o parcial del capital social, o de la imposibilidad sobreviniente de continuar el giro, los administradores deben convocar a asamblea o reunión de socios para asumir la crisis, reintegrando el capital social, aumentarlo o disolver la sociedad en caso negativo. Esto impone observar la cuestión de la capitalización de la sociedad, pues enfrentan una causal de disolución..

No se trata de ampliar la responsabilidad de los administradores societarios en cuanto al riesgo empresario. La empresa debe ser autosuficiente generando, a partir de su patrimonio y el plan o directriz de desarrollo de sus actividades, los medios para su manutención económica; esto implica la viabilidad de la empresa, de la empresa que no lleva en su destino su autodestrucción por económicamente inviable⁽⁹¹⁾. Por otra parte la empresa viable es la única que merece conservarse, sea por disposiciones concursales, preconcursales o extraconcursales. La sociedad es la estructura técnica jurídica personalizante a disposición del empresario como instrumento “de organización”. La organización no sólo supone la disponibilidad jurídica de órganos, de un sistema de imputación simplificante de las relaciones jurídicas con terceros y socios, sino la actuación coherente del órgano de administración asegurando el cumplimiento del “objeto social” como forma de manifestación de la empresa o empresas, con la dotación patrimonial adecuada.

1. Agregando algo más sobre lo reflexionado en trabajos que hemos referenciado poco antes, agregamos las importantes acotaciones recientemente expresadas por el profesor Bernardo Carlino⁽⁹²⁾ en “Genética

⁹¹ QUINTANA FERREYRA, FRANCISCO y RICHARD, Efraín Hugo, “La conservación de la empresa en las leyes de sociedades y de concursos”, en RDCO, año 1978 pág. 1373; y ntro. “La conservación de la empresa” en *Anales* de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Cba., t. XXV, pág.107 y ss.

⁹² 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.

del plan de negocios (más sobre la contribución de E. H. Richard)”⁽⁹³⁾, 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. Richard⁽⁹⁴⁾, 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.

Por ello es que creo oportuno ir un poco más allá respecto de esta herramienta para indagar acerca de la génesis -y eventual extinción- del llamado plan de negocios, sobre el que también nos estamos acostumbrándonos a dar por sentado su contenido a sabiendas de ciertas borrosidades propias de una materia ajena a las preocupaciones de la doctrina jurídica. ...

⁹³ CARLINO, Bernardo, “Genética del plan de negocios (más sobre la contribución de E. H. Richard)”, en Abeledo Perrot, Newsletter, 20/3/09, sección Doctrina, repetido el 23 de marzo, donde podrá consultarse íntegramente.

⁹⁴ 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, Fespresa, Córdoba, 2008, págs. 56 y ss.,

El deber de diligente administración se “integra también con el deber de informarse adecuadamente sobre la marcha de la sociedad”⁽⁹⁵⁾.

Las crisis disolutorias y de insolvencia se conjuran dentro del marco de las respectivas leyes.

Una disciplina continuada por parte de los administradores en el ámbito de la LSC, acompañada de la exigencia de los socios de tratar en cada reunión ordinaria la marcha y ajuste del plan de negocios, tornaría automático y natural el ejercicio de su formulación original y re formulación periódica, de tal modo que la insuficiencia de capital y la necesidad de aumentarlo, su pérdida (art. 96) o la necesidad de reducirlo (art. 203), la conveniencia de reorganizar el patrimonio según las alternativas de la ley (arts. 82 y 88), y las demás vicisitudes propias de la vida de una empresa, surgirían con la temporalidad adecuada a los márgenes de previsión y decisión racionales, sin apresuramientos costosos para la sociedad y los terceros.

Si esta fuera la situación, la crisis disolutoria así como la de insolvencia, que tan prístinamente recopilara y planteara Araya⁽⁹⁶⁾ analizando los diferentes enfoques del derecho norteamericano y del europeo respecto de la legislación nativa, se pondrían oportunamente en evidencia en los contenidos del plan de negocios-memoria, con la anticipación suficiente como para que las responsabilidades de los administradores quedaran debidamente resguardadas (o por el contrario: debidamente condenadas por su deficiencia de formulación), y los socios tomaran las decisiones dentro de los parámetros legales vigentes, a cabalidad y sin pretextos ulteriores.

También adquieren meridiana claridad y justificación los reiterados reclamos de Richard respecto de “...que ante la crisis económico-patrimonial-financiera de las sociedades, ésta debe ser asumida por el derecho societario. Solo fracasadas las acciones previstas en el él, para conservar la empresa podrá afrontarse el camino concursal, con el debido equilibrio entre acreedores y socios. El derecho societario iberoamerica-

⁹⁵ EMBID IRUJO, ob. cit., nota 10, pág. 15.

⁹⁶ ARAYA, M., “La función preconcursal de la pérdida del capital social”, en Ensayos de Derecho Empresario N° 3, director: E.H. Richard, Fespresa, Córdoba, 2007, pág. 247 y ss.

no es suficientemente uniforme para admitir (e imponer) estas conductas”⁹⁷).”.... En síntesis: La vasta contribución de Richard sobre el enfoque de la crisis de insolvencia y su conjura desde las herramientas del derecho societario y a partir de la propuesta que surja de un plan de negocios, encuentra su cabal inserción dentro de un enfoque vitalista del uso continuado de esta herramienta, como disciplina de los socios y de los administradores, en beneficio de ellos y de los terceros.

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.

Como tal, debiera formar parte del contrato y constituirse en el medio idóneo para diseñar periódicamente las estrategias que ejecutarán los administradores y merced al cual se juzgarán sus responsabilidades.

Del mismo modo habrá de procederse en la etapa concursal o en la liquidatoria”.

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

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

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

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

⁹⁷ RICHARD, E. H., “En torno a la conservación de la empresa”, en Ensayos de Derecho Empresario N° 3, director: E.H. Richard, Fespresa, Córdoba, 2007, pág. 41 y ss.

Tenemos expresada posición crítica sobre la falta de eficacia de la legislación concursal⁽⁹⁸⁾: específicamente en torno a la aplicación de la normativa societaria cuando el concursado fuere una sociedad, por la obligación de los administradores societarios de presentar un plan o presupuesto de desempeño futuro, o plan de empresa, y a su responsabilidad individual -y extraconcursal- frente a nuevos acreedores luego de advertido el estado de cesación de pagos, amen de la aplicabilidad de las normas sobre imputabilidad aditiva al controlante torpe.

3. La primera cuestión es planificar, como hemos abundado. Normalmente -afirmamos-, ningún deudor puede ser tomado por sorpresa ante la aparición de la cesación de pagos, salvo por circunstancias sólo a él imputables (desidia culposa en la administración). De tal manera, que en el ámbito de una organización comercial adecuada, el elemento “sorpresa” no es admisible”. Hasta aquí la afirmación que lleva como consecuencia que de no haber desidia hay dolo si se continúa contratando en estado de cesación de pagos. La Resolución 6/2006 de IGJN sobre el contenido de la Memoria -si bien hoy suspendida- pone las cosas en su lugar⁽⁹⁹⁾.

Al generar la existencia de una persona jurídica, al recurrir a la tipología societaria, los socios deben formalizar una previsión, un plan con respecto al desenvolvimiento de la actividad para cumplir el objeto social, para determinar su dotación, no bastando simplemente determinar el capital social como cifra etérea y genérica. Los directores, administradores y fiscalizadores deben tener un plan, cuya existencia o inexistencia servirá para determinar el cumplimiento del “estándar” de buen hombre de negocios en su conducta.

⁹⁸ RICHARD, Efraín Hugo *Las relaciones de organización y el sistema de derecho privado*, citado Capítulo X, pág. 441, e “Ineficiencia de la ley concursal” publicado en *Revista Derecho y Empresa*, N° 10 diciembre 2000, pág. 176 y ss..

⁹⁹ RICHARD, EFRAÍN H., “El plan de empresa. Ética y responsabilidad del empresario” en *Estudios en honor de Pedro J. Frías*, edición de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Córdoba, 1994, t. III, pág. 1187..

VII. Las soluciones societarias. La capitalización

Ya 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.

1. Se plantea así, como un problema desde la legislación concursal - pero ¿por qué 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 riesgo⁽¹⁰⁰⁾. En función de ello los acreedores deberían organizarse en categorías, con intereses uniformes, para intervenir en la vida de la sociedad⁽¹⁰¹⁾.

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 derecho⁽¹⁰²⁾, 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

¹⁰⁰ Esta es la idea que desvuelve en proyección de reforma de la legislación falencial STANGHELLINI, Lorenzo, "Proprietá e controllo del'impresa in crisis" en Rivista delle Società, anno 49°, 2004 settembre-ottobre fascicolo 5°, Milán, Giuffrè, 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.

¹⁰¹ MAZZONI, Alberto, "L'impresa tra diritto ed economia" en Rivista delle Società, anno 53°, 2008, pág. 668, especialmente 666.

¹⁰² STANGUPELLINI, ob. cit., pág. 1079.

de la misma a los acreedores ⁽¹⁰³⁾. Insistimos: cuando el valor patrimonial de la sociedad no permite satisfacer su pasivo, los accionistas pierden interés en la gestión, y los acreedores en cambio pasan a tener interés fundamental en la prosecución exitosa de la actividad.

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

Se trata de pensar en la responsabilidad de los socios por la tutela del patrimonio social frente a los acreedores, resultante en la obligación de aportar nuevos recursos financieros para mantenerla con vida ⁽¹⁰⁴⁾.

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 socios ⁽¹⁰⁵⁾. 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 judicial ⁽¹⁰⁶⁾, incluso cuando no lo

¹⁰³ STANGHELLINI, ob. cit., específicamente pág. 1072.

¹⁰⁴ “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.

¹⁰⁵ “La conservación de la empresa” en *Anales de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Cba.*, t. 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 Cba., 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..

¹⁰⁶ 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,

hubieran logrado inicialmente por la vía prevista de capitalización de pasivo (art. 197 L.S.). 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.

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 socios ⁽¹⁰⁷⁾, capitalizando el pasivo ⁽¹⁰⁸⁾ 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.

Adviértanse los sistemas que en situaciones semejantes permiten a los administradores a emitir acciones sin autorización de los socios ⁽¹⁰⁹⁾. La tutela de los acreedores ante la continuidad de la empresa en cesación

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%.

¹⁰⁷ 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*, dirigido con Daniel R. Vítolo, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2005, pág. 229.

¹⁰⁸ Situación expresamente prevista en la ley de sociedades art. 197.2 L.S., que soluciona integralmente la cesación de pagos de una empresa viable en la que los administradores informen fundadamente esa posibilidad a los acreedores.

¹⁰⁹ 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

de pagos, aumentando la posibilidad de pérdidas ante una prospectiva incierta, la tutela de acreedores impone pensar en la responsabilidad de los administradores ⁽¹¹⁰⁾, señalándose la utilidad que reviste en general “los remedios tempestivos e idóneos a la primera señal de crisis” ⁽¹¹¹⁾.

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 adecuadamente ⁽¹¹²⁾, no soslayándola para permitir el “negocio” en el trámite concursal. Similares soluciones contienen todas las legislaciones que hemos consultado.

Paradójicamente, los administradores societarios en vez de adoptar esas medidas presentan tardíamente en concurso a la sociedad, y la reunión de los socios es al sólo efecto de ratificar esa presentación. Nada se cumplió de ese proceso “privado” de afrontar la crisis de la empresa.

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.

3. Ante la negativa o imposibilidad de los accionistas y no deseando liquidar la sociedad, se abre la solución prevista del art. 197 L.S. 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 L.C.Q.

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 capi-

¹¹⁰ MIOLA, ob. cit., pág. 1310.

¹¹¹ MIOLA, ob. cit., pág. 1309.

¹¹² RICHARD, Efraín Hugo, “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, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2006, pág. 31.

talizada, pues se liberarán de esa obligación de garantía, fórmula que no está 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 omisión ⁽¹¹³⁾.

Pruebas contables como el *insolvency test* o el *balance sheet test* son las recomendaciones técnicas usadas en el mundo globalizado para determinar fehacientemente el estado de la sociedad, sea por pérdida de capital social o de patrimonio para asumir el pasivo corriente.

3. Enfatizamos: la capitalización del pasivo es la forma societaria de afrontar la crisis. Un acuerdo expropiatorio -sin indemnización- de quita y espera para ser constitucional debería ir unido a que los acreedores compartieran el patrimonio social, como una forma de compensación. Ello devuelve a lo que sostuviéramos en 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”.

4. Este ensayo deja abierta la conveniencia de converger sobre una axiología de la empresa, o mejor aún de las relaciones de organización, para atender desde la genética (concepción) hasta la liquidación (muerte), y a través de su funcionalidad (vida) colaborando con la interpretación constructivista en el perfeccionamiento y simplificación del sistema normativo, y en la predictibilidad de las conductas (de jueces y de administradores y partícipes de esas relaciones).

¹¹³ MIOLA, ob. 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 suficiente ⁽¹¹⁴⁾ 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 acarrea 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.

El problema central es lo tardío de una intervención que impide el saneamiento. Angel Rojo señala que “de la quiebra se huía a través de la suspensión de pagos”, llevando a que en la práctica la convocatoria haya servido para tramitar verdaderas quiebras, demostrando a la postre el fracaso del derecho para salvar una empresa que ya no podía serlo. Para superar el problema hace falta intervenir a tiempo y sin vacilaciones. El éxito de todo sistema concursal que persigue como fin primario el saneamiento, exige -al igual que el tratamiento de un enfermo- diagnosticar a la mayor brevedad para iniciar a tiempo el tratamiento. Es menester ante todo intervenir con rapidez ⁽¹¹⁵⁾. Ya citando directamente al maestro español, éste rescata que *“En la doctrina científica contemporánea del derecho concursal existe sustancial acuerdo acerca de la necesidad de que el concurso de acreedores sea declarado oportunamente. El problema del ‘tiempo’ de apertura del procedimiento concursal (timing problem) constituye preocupación constante de quienes, desde los más distintos ámbitos se ocupan de la reforma del derecho de la insolvencia. La formulación de este problema es muy simple: el con-*

¹¹⁴ “... 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. L.L. 1980-D, pág. 464 y ss.).

¹¹⁵ ARROYO MARTÍNEZ, Ignacio, *Ley de sociedades anónimas*, 11ª ed., Madrid, Tecnos, págs. 126/127.

curso llega tarde a la situación de insuficiencia del patrimonio del deudor y, en ocasiones, tan tarde que el patrimonio del deudor está ya vacío, lo que impide al derecho concursal cumplir la función esencial ... el concurso de acreedores debe ser un instrumento técnico para poder curar enfermos y no para enterrar cadáveres” ⁽¹¹⁶⁾, y por eso debe privilegiarse el procedimiento previsto en las normas sobre la técnica societaria de organización de la actividad empresarial.

Debe operarse con visión integradora del derecho privado, como técnica pero sin perder el sentido axiológico y sociológico que debe tener el sistema jurídico y a la que debe rendirse su aplicación ⁽¹¹⁷⁾.

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

La doctrina italiana reitera que la reforma de la legislación concursal ha omitido una regulación orgánica de la crisis y de la insolvencia de la sociedad, perpetuando una laguna de la legislación concursal hace tiempo criticada por la doctrina ⁽¹¹⁸⁾, pero se asienta en la necesidad de que la cuestión se ponga en manos de los socios al determinar que la capitalización de la sociedad en crisis -sea la reconstitución del capital o la capitalización- o insolvente, requiere una decisión del órgano de gobierno, partiendo de la situación patrimonial determinada al tiempo de presentación en concurso preventivo conforme un balance extraordinario ⁽¹¹⁹⁾. El tema

¹¹⁶ ROJO, Angel, *La reforma del derecho concursal español*, pág. 87 y ss. en el libro colectivo *La reforma de la legislación concursal* citado dirigido por él específicamente pág. 113.

¹¹⁷ Ntro. *Insolvencia societaria* citado.

¹¹⁸ 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, 1934, 209 ss.. Por supuesto que a la fecha existe una tendencia a enfrentarlo de otra forma, de lo que da cuenta la Comisión de este Congreso.

¹¹⁹ “*La ricapitalizzazione della società in crisi o insolvente richiede anzitutto, partendo della domanda di concordato preventivo o della dichiarazione di fallimento, l’elaborazione di un bilancio ordinario infrannuale o straordinario, redatto secondo criteri contabili consoni alle prospettive della ristrutturazione risultanti dal piano collegato alla proposta di concordato* (confr. COLOMBO, G.E., “Bilancio d’esercizio e consolidato”,

no es extraño en la doctrina mundial. Hace muchos años señalabamos la posición de Karsten Schmidt sobre este aspecto ⁽¹²⁰⁾.

Se dice que cuando existen dificultades los socios ya no tienen interés en 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

in *Trattato delle società per azioni*, diretto da G.E. Colombo e G.B. Portale, 7ª, Torino, 1994, 28 ss.; CARATOZZOLO, M., *I bilanci straordinari*, Milán, 1996, pág. 579 ss.; AFAMENI, P., *Perdita del capitale bilancio straordinari*, Milán, 2004, pág. 23 ss., pág. 97 ss.). “Tale “piano” potrà preveder infatti, secondo i casi, la continuazione dell’impresa, la dismissione di latuni cespiti o rami diazienda in funzione del suo risanamento e anche la totale cessazione dell’attività, nel’ottica di una liquidazione volontaria, prevedibilmente piú profittevole, del patrimonio sociale...” (GUERRERA, FABRIZIO, MALTONI, Marco Concordati giuziali e operazioni societarie di “riorganizzazione” en Revista delle Società, anno 53, 2008, pág. 18, especialmente, págs. 62/3).

¹²⁰ Lo hemos citado en numerosos trabajos, y lo volví a hacer en su conferencia “Responsabilidad de los socios y administradores”, donde señalaba introductoriamente: “I. El objeto de la disertación. 1. Un viejo tema... siempre nuevo. Hace cinco años en La Cumbre, en las sierras de Córdoba, en el gran “Segundo Congreso Iberoamericano” di una conferencia sobre el tema “El Derecho Empresario y el Derecho Concursal”. Recuerdo vivamente las discusiones en ese Congreso y volveré más tarde brevemente sobre lo expuesto en aquel momento. Hoy me referiré a una parte especialmente importante en la práctica de este tema general y puedo prometerles, que no repetiré conceptos. Yo no **quiero** ser reiterativo, ni tampoco **podría** serlo. Es que hay muchas novedades para comunicar. Novedades de la legislación, pero también muchas más de la jurisprudencia. Mi conferencia se divide en cuatro partes. La primera parte, que es introductoria, ya comenzó. Se refiere a las bases. Siguen pasajes acerca de la responsabilidad de los órganos de dirección (Parte II: Responsabilidad de los administradores) y de los socios (Parte III: Responsabilidad de los socios). En una cuarta parte hablaré por separado de los problemas especiales de la responsabilidad del arrastre de la insolvencia y de la liquidación cuando falta masa (Parte IV). Se trata de los casos dramáticos, en los que el patrimonio de la sociedad no alcanza ni siquiera para la iniciación de un procedimiento concursal. Todo esto como una visión preliminar. Todavía nos encontramos en la primera parte”. Reitera la posición que venimos predicando sobre que las normas societarias son las que introducen las soluciones a la crisis económica de esa organización técnica de

del capital sino a una pluralidad de sujetos extraños a la sociedad, pudiendo llegar a quedar en sus manos las decisiones sociales ⁽¹²¹⁾.

6. La normología societaria trae soluciones. Estas son a cargo de los socios en primer lugar y de los acreedores en segundo lugar. Es la forma de asumir los repartos con justicia ante los acontecimientos. Son los órganos societarios los que deben asumir esa solución en el campo privado, previsto en la normología societaria y sujeto al valor justicia, con equilibrio en los repartos conforme el ejercicio de la capacidad jurigenética y funcional que tienen los socios. Si estos no los asumen, por una regla de equidad *-principal equity rule-* quedan subordinados y son los acreedores son los deben asumir los riesgos, pero también los beneficios.

Son los socios los que deben asumir las soluciones, no los acreedores, conservando la empresa que desarrolla la sociedad que constituyeron, o disolviéndola si no es viable.

Los administradores de esas sociedades, y los socios de control, ante la crisis no adoptan ninguna de las medidas o vías que les ofrece el sistema societario: no llaman formalmente a los socios a considerar como afrontar la crisis. No se expresa ello ni en asambleas ni en reuniones generales, y menos aún se les convoca para aumentar del capital social, reintegración de éste, reorganización de la empresa, venta de activos inactivos, y particularmente a una capitalización de pasivos por negociación con acreedores. No asumidos los problemas de la crisis en lo básico, la discusión debería recaer en la disolución por alguna causal, fundamentalmente por la imposibilidad sobreviniente de cumplimiento del objeto social, como forma de exteriorizarse la idea de empresa.

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

la empresa, y su abandono o apartamiento involucra responsabilidad de administradores y, a veces, de los socios. Lo repite en su libro *Fundamentos del nuevo derecho concursal alemán. La ley alemana de insolvencia de 1994* en “Sobre el Anteproyecto de Ley concursal del 2001” -de España apuntamos- Ed. Diles, Madrid 2002, pág. 34 y ss...

¹²¹ GUERRERA, FABRIZIO, MALTONI, MARCO, “Concordati giuiziali e operazioni societarie di ‘riorganizzazione’” en *Revista delle Società*, anno 53, 2008, págs. 22/3; D’ALESSANDRO A., *La crisi delle procedure concursali*, pág. 355; STANGHELLINI, LORENZO, “Creditori forti e governo della crisi d’impresa”, *Fallimento* 2006, pág. 145 ss..

personas vinculadas, o satisfacción de cuentas personales, o de aquellas que registran fianzas de los socios de control o administradores, e incluso la decisión de no aumentar capital social y devolver aportes irrevocables. Ello ha llevado a diversas respuestas de la legislación, particularmente a la revocabilidad de esos actos y la apreciación de esos créditos como subordinados.

Claro que los aportes irrevocables debidamente usados importan una capitalización de la sociedad, si luego son debidamente aplicados al aumento del capital social, utilizándose únicamente como medida rápida e inmediata mientras se genera el trámite de capitalización consiguiente.

7. Adviértase la sencillez para lograr el equilibrio a bajo costo, de la capitalización del pasivo, donde se eliminan todos los costes de transacción para salir de la crisis y se transforma la situación patrimonial de la sociedad. España ha afrontado la cuestión en la legislación societaria. *“Tres son las piezas que componen ese mecanismo legal: el deber de los administradores de convocar junta general en el plazo de dos meses desde que concurra causa de disolución, la admisión expresa de la disolución judicial cuando la sociedad no proceda a acordar la disolución o la remoción de la causa, para lo cual se concede legitimación a cualquier interesado y se impone un deber de solicitud a los administradores; y la imposición a los administradores de una sanción consistente en la responsabilidad por las obligaciones sociales, cuando incumplan cualquiera de los deberes indicados. La más llamativa de esas disposiciones es, sin duda alguna, la que sanciona a los administradores con la responsabilidad solidaria por las deudas sociales (arts. 265, incs. 2º y 5º, L.S.A., y 195, inc. 5º, L.S.R.L.), algo que puede sorprender en sociedades en las que los socios no responden de las deudas sociales (arts. 1º, L.S.A., y 1º, L.S.R.L.)”* ⁽¹²²⁾. *“Con el art. 262, inc. 5º, de la ley (española) persi-*

¹²² BELTRÁN SÁNCHEZ, 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, pág. 133.

que la misma finalidad. Pero en lugar de quedarse pasivamente esperando a que de forma espontánea los administradores y los socios lleven a cabo las actuaciones conducentes para conseguir la disolución, el legislador del 89 da un importante paso adelante: ha configurado un recurso (la extensión de responsabilidad por deudas) para disuadir a los administradores, con una sociedad en estado de disolución entre sus manos, de que contraigan nuevos compromisos con terceras personas; pero un recurso que al propio tiempo facilita el remedio para salvaguardar los intereses de los terceros sorprendidos en su buena fe: los terceros, en caso de incumplimiento por la sociedad deudora, podrán dirigir su poder de agresión contra el patrimonio personal de los administradores a quienes se hace garantes (responsables) solidarios del buen fin de las obligaciones contraídas” ⁽¹²³⁾.

Con esta visión se construye un sistema de preconcursalidad desde el derecho societario.

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

¹²³ 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, pág. 2481, esp. pág. 2496. Sobre la responsabilidad por no convocar a junta general o no adecuar los estatutos, sentencia del 30/10/2000, Tribunal Supremo, Sala Civ., pág. 1687; Tribunal Constitucional. Sentencias y la sentencia del 21 de diciembre de 2000, pág. 169.

presa y del mercado para beneficiarse con demérito de los acreedores, incluso generando costos de transacción y operacionales innecesarios para la sociedad, pero necesarios para lograr las utilidades marginales a la explotación del objeto social. Enriquecimiento de los socios y subsidio de los acreedores es el resultado.

8. ¿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.

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 está prevista 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 impuestas 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 matices ⁽¹²⁴⁾. Appreciar 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.

Adviértanse los sistemas que en situaciones semejantes autorizan a los administradores a emitir acciones sin autorización de los socios ⁽¹²⁵⁾.

Con visión egoísta -que se advierte cuando se descartan todas estas posibilidades para una postergada presentación en concurso planificando

¹²⁴ Por ejemplo: emitir con prima, o acciones de clase, con preferencias, determinando pactos de rescate, etc.. las cláusulas 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 estén contenidos en el estatuto o en pactos privados entre accionistas (confr. MANÓVIL, R., *Grupos de sociedades*, Buenos Aires, 1998, pág. 320; REGGIARDO, R., “Sobre la transmisión ‘entre vivos’ de acciones”, E.D. 205-844; VANHAECKE, M., *Les groupes de sociétés*, París, Librairie Generale de Droit et de Jurisprudence, 1962, pág. 76, N° 65; CHAMPAUD, C., *Le pouvoir de concentration de la société par actions*, Paris, Sirey, 1962, págs. 51-52, N° 49 y 50; ASCARELLI, T., “Sui limiti statuari alla circolazione delle partecipacion azionarie”, en *Saggi di diritto commerciali*, Milán, Giuffrè, 1955, pág. 359, esp. pág. 391, N° 18), y sea que comprendan a todos los accionistas o solo a cierta clase de ellos, en cualquier caso, es incuestionable la licitud del convenio (confr. BROSETA PONT, M., *Restricciones estatutarias a la libre transmisibilidad de acciones*, Madrid, 1963, págs. 51 y 138.). *in re* “Recupero Energético S.A. c/ Camuzzi Gas Pampeana S.A. s/ ordinario”. Vocales: Heredia, Vassallo, Dieuzeide, de Cámara Comercial: d., 2007-02-14.

¹²⁵ 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

las mayorías para imponer un acuerdo de quita y espera predatorio-, puede no sólo analizarse la cuestión de la prima de emisión sino en capitalizar con opciones de rescate de las acciones, o generando clases privilegiadas, con múltiples soluciones prácticas.

9. Congruentemente, como lo señalan Barreiro y Truffat en “Responsabilidad de administradores y representantes en la ley de quiebras: el deber fiduciario de la ley de sociedades, ¿se traslada a los acreedores?”⁽¹²⁶⁾, *“lo dirimente es poner la cuestión en manos de los socios. Estos tal vez decidan la capitalización de la empresa o admitan su fusión por absorción con otro ente más saludable”*. Omiten la más sensata medida, que es la capitalización de las deudas, que luego receptan cuando enfrentan -a mi entender es su único error- mi visión con la de Lorente: *“Se verá a continuación que sobre el punto hay dos visiones: una extrema (la de Richard) quien quiere que los administradores respondan, incluso, por la socialización de pérdidas que importan las soluciones preventivas. Otra más moderada (la de Lorente) -que es la que nos resulta más cercana- donde lo que se pretende es que el énfasis del rescate de la empresa esté en preservar a ésta y al el interés de los acreedores, antes que al interés de los socios”*. Y páginas más adelante concluyen apoyando la posición de Lorente: *“Ya no se trata tanto de que alguien responda por los ‘daños’ de la insolvencia sobre el patrimonio de un acreedor concreto (aunque esta hipótesis no es descartable) sino que -frente al desangelado fenómeno de la insolvencia- las cargas del daño se repartan equitativamente; siendo intolerable que el sacrificio de los acreedores permita a los socios tener una sociedad renacida. Si hay padecer deben sufrirlo todos, pero en especial los dueños. Si hay éxito deben gozarlo todos, pero en especial los acreedores”*. Hay daño y hay formas prioritarias de enfrentarlo en beneficio de la empresa conforme al “esfuerzo compartido”.

Nos apoyamos en la “*absolute equity rule*”⁽¹²⁷⁾ -recordada por Lorente-, para sostener la necesidad de aplicar el art. 197 2º L.S.A.,

¹²⁶ En Doctrina Societaria y Concursal, octubre, 2005, t. XVII, pág. 1205.

¹²⁷ En las Segundas Jornadas Interdisciplinarias Concursales del Centro, Cba., 2005 que compartimos con Truffat, en las Jornadas Italoargentinas de Derecho, Córdoba, 2005 y luego en Barranquilla.

sobre capitalización del pasivo si es que los socios no quieren capitalizar, antes de pensar en presentarse en concurso. Y que las propuestas son abusivas, incluso inconstitucionales ⁽¹²⁸⁾ si junto a las quitas y esperas no hay una capitalización de la diferencia, pues en caso contrario hay un despojo a los acreedores en beneficio de los socios. Una propuesta de quita y espera sin esa contrapartida en la participación en el capital, o alguna forma de negocio participativo, es inconstitucional por violar el derecho de propiedad (art. 17 C.N.).

10. Constatábamos ⁽¹²⁹⁾ que la presentación de sociedades comerciales en concurso después de muchos años operando en cesación de pagos -pero el fenómeno en análisis lo es también cuando la cesación de pagos es inmediata anterior-, es efectivizada sin que hayan recorrido el camino que la ley específica les impone.

Conforme las normas de la ley societaria -más específicas en otras legislaciones-, el actuar como buen hombre de negocios -particularmente con lealtad- impone que los administradores adopten aquellas medidas que de no ser directamente la de disolución (pérdida del capital social, imposibilidad sobreviniente de cumplir el objeto social -con el patrimonio u organización-), convoquen a los socios que podrán rápidamente solucionarlo con una escisión, fusión, o con un aumento de capital que, de no ser deseado por los socios, puede llevarlos a la capitalización del pasivo prevista en la ley de sociedades.

¹²⁸ Comunicación al Primer Congreso Hispanoamericano de Derecho Concursal, Barranquilla, octubre 2005, *Reforma concursal: ¿de ideas o de normas?* en el CD editado por el Congreso, y “Hacia la desjudicialización de las crisis: la conservación de la empresa”, comunicación en la Jornada Internacional de Derecho Concursal, Cali -Colombia-, 18/10/05, Facultad de Humanidades y Ciencias Sociales, Carrera de Derecho de la Pontificia Universidad Javeriana, y Cámara de Comercio de Cali, o ambos en la página electrónica de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Cba., www.acader.unc.edu.ar, y antes *Propuesta abusiva* para elDial.com en agosto de 2005 y también en esa página electrónica de la Academia y artículos similares en prensa en Zeus, Córdoba, y Santa Fe.

¹²⁹ “Asunción de la crisis de sociedades comerciales a través del derecho específico (la conservación de la empresa es una cuestión privada, societaria)”, 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.

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.

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

11. Volvemos a la palabras de Truffat en el ensayo a este Congreso 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 sólo 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 éste de capital suficiente), pretendiendo contar -sin auténtico contravalor- con la limitación de responsabilidad que se sigue de emplear tipos societarios que tienen tal calidad ⁽¹³⁰⁾. *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. Esto sin olvidar, claro está, la importancia de la **conservación de la empresa**, básicamente en tanto dadora de trabajo y productora de bienes y servicios. Parece de elemental justicia que se propicien mecanismos de “asociación” de los acreedores con el eventual éxito de la reestructuración”.*

¹³⁰ “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.

12. Otras soluciones societarias pueden darse a través de la reorganización. Un ejemplo paradigmático del uso de la escisión es el “proyecto” de reestructuración que tendría, a la fecha de preparación de esta comunicación la General Motors (es decir, la segunda compañía automotriz del mundo). Según “The Economist”: *“el gobierno y la firma ponen sus esperanzas en un tipo de proceso de quiebra al que se ha denominado “preempaquetado”. El plan es que el gobierno provea financiación para permitir a la compañía continuar con sus operaciones cotidianas. Además, para poder concretar una rápida división entre una GM “buena” que adquiriría todos los activos viables, y una GM “mala” en la que se descargarían todas las obligaciones indeseadas, desde deuda hasta juicios por productos defectuosos y por daños provocados por amianto. La buena y la mala. La GM “buena” emergería luego de dos o tres meses, con una estructura de capital limpia y sin contratos que representen cargas pesadas. Los acreedores y otros demandantes tendrían que disputar, quizá durante años, lo que quedara de valor en la GM “mala”, tales como fábricas no deseadas o marcas como Saturn y Pontiac. Suena muy bien, pero aún hay cosas que podrían salir mal. En primer lugar, el juez nombrado para supervisar la quiebra debe estar dispuesto a permitir la venta por vía rápida de los activos buenos. En el caso de Chrysler, el juez Arthur González ha dado su bendición a esa propuesta. Pero GM es mucho más grande y complejo. Tampoco está claro que efecto tendría la quiebra en la imagen que los clientes tienen de GM. Tal como sucede con Chrysler, el gobierno prometió cumplir las garantías sobre autos nuevos hasta que el futuro esté más claro...el plan del gobierno es el único juego existente. Sólo un juez muy valiente se atrevería a tomar la decisión de liquidar a GM y los 250.000 puestos de trabajo que desaparecerían con la firma...”* ⁽¹³¹⁾.

¹³¹ El texto fue publicado -en versión castellana de Gabriel Zadunaisky- en el diario La Nación del 24/5/09, suplemento “Economía y Negocios”, pág. 5.

VIII. 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”.

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 aserto 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 las relaciones de cambio el valor justicia tiene una dimensión, que en épocas de crisis fue paliado con el “esfuerzo compartido” al romperse el sinalagma contractual por eventos ajenos a la voluntad de las partes (crisis sistémica por decisión política). En las relaciones de organización la cuestión tiene similar característica pero otra proyección. Y esa proyección toma especiales características cuando existe una “empresa”.

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 vida ⁽¹³²⁾.

El cuestionamiento se consolida toda vez que los propósitos del derecho concursal (sobreser el estado de cesación de pagos, asegurar la conservación de la empresa) pueden lograrse compartiendo los socios con los acreedores la titularidad del capital social, y ello puede hacerse privadamente en el ámbito societario. Con una presentación en concurso sin satisfacer la legislación societaria se complica al juez para lograr el enriquecimiento de los socios.

Por tal razón 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.

IX. Algo sobre las respuestas al abuso: levantamiento del velo

Sin intentar un análisis profundo de temas de responsabilidad, formalizamos alguna aproximación a temas que hemos tratado ⁽¹³³⁾.

Se trata, frente al uso antifuncional de una sociedad persona jurídica, de revisar las diferentes modalidades de evitar la frustración de derechos de terceros, socios o acreedores (de la sociedad o de los socios), distinguiendo entre las técnicas de levantamiento del velo, imputación aditiva o de responsabilidad, respecto de integrantes de órganos y de controlantes, socios o no, además de la posible responsabilidad de todos los socios.

Argentina y Uruguay tienen norma específica sobre la imputación a los controlantes torpes por las consecuencias que genere el abuso abusivo del instrumento societario. En el sistema mundial ello se ha logrado,

¹³² “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.

¹³³ Ntro. *Insolvencia societaria* citado; *La responsabilidad de los administradores en las sociedades y los concursos*, Buenos Aires, Legis, publicación del Instituto Argentino de Derecho Comercial en su 70º Aniversario, 2009 mayo 2009; ntro. “Acción individual de responsabilidad de acreedores contra administradores societarios” (pág. 387).

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 directa ⁽¹³⁴⁾ y, *de haber perjuicios, la responsabilidad* solidaria e ilimitada.

1. La medida de elaboración e incorporación de reglas de *disregard* permite, frente a situaciones o instrumentaciones “abusivas” de las formas societarias, prescindir de éstas y de la limitación de responsabilidad de los socios, que son su consecuencia ⁽¹³⁵⁾. 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* ⁽¹³⁶⁾, está asociada con determinada con-

¹³⁴ 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. 2° de la ley 19.550 (ADLA, XXXII-B, 1760) (del fallo de primera instancia confirmado por sus fundamentos). CNCom., Sala E, 5/9/84, “Oddone, Luis A. y otra s/ quiebra”) L.L. 1984-D, 412

¹³⁵ El párrafo, casi textual, también corresponde a LE PERA en *Cuestiones...* citado, pág. 101.

¹³⁶ MARZORATTI (H), Osvaldo J., “La teoría del *disregard of legal entity* a través de la jurisprudencia norteamericana”, 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”, RDCO, año 9, pág. 27 y ss.; GAGLIARDO, Mariano, *El directorio de la sociedad anónima*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1986, Capítulo IX, Personalidad jurídica e inoponibilidad de la forma societaria, pág. 215 y ss., en particular pág. 222.

cepción 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 problemas ⁽¹³⁷⁾. Si la limitación de la responsabilidad de los socios es de la esencia de la persona jurídica, tendríamos que concluir que efectivamente ambos problemas están íntimamente ligados. No si la respuesta es negativa, según la opinión que compartimos, la responsabilidad limitada de los socios no es de la esencia del concepto “persona jurídica”. El ordenamiento jurídico puede prescribir que los socios respondan solidariamente por las deudas sociales, o en forma subsidiaria como fiadores.

En el sistema imputativo natural que atribuye la relación a la sociedad, se genera la imputación y la consiguiente responsabilidad al controlante abusivo. Los controlantes, socios o no, deben responder de todos los daños causados a terceros, a la sociedad y a otros socios. Esa responsabilidad no cesa aunque la sociedad cumpla el contrato o la sentencia.

2. La Corte Suprema de Justicia de la República Argentina ha sostenido en el llamado caso “Palomeque” ⁽¹³⁸⁾, con mucha limitación, el criterio para responsabilizar a los socios conforme la norma del art. 54 ter L.S.A. En ese fallo “Palomeque, Aldo René c/ Benemeth S.A. y otro s/ recurso de hecho”, puede verse, pese a la aparente restricción a la aplicación del art. 54 *in fine* ley de sociedades comerciales, un interesante atisbo de imputaciones constitutivas. En ese fallo, la C.S.J.N. (con fecha 3/4/ 03) al hacer suyas las consideraciones del Procurador General de la Nación (fecha 23/10/01), parecería que sólo acepta la aplicación de la imputación y responsabilización al controlante torpe -la llamada inoponibilidad de la personalidad jurídica-, o a accionistas y directores, en supuestos en que la actividad desviada fuera genética respecto a la sociedad creada (“*no ha quedado acreditado que estemos en presencia de una sociedad ficticia o fraudulenta, constituida en abuso del dere-*

¹³⁷ MOEREMANS, Daniel E., “Extensión de la responsabilidad de los socios en las sociedades de capital, en virtud del disregard of the legal entity”, RDCO, N° 131, octubre 1989, pág. 713 y ss..

¹³⁸ C.S.J.N., “Palomeque, Aldo R. c/ Benemeth S.A. y otro s/ recurso de hecho”, 3/4/03.

cho y con el propósito de violar la ley”), lo que realmente implica confundirlo con el supuesto penal societario del art. 19 L.S., restringido incluso éste. Indirectamente la Corte Suprema ha fijado cuatro casos de inoponibilidad (y quizá de actividad ilícita) vinculados a la sociedad aparente o a la constituida en fraude a los acreedores o que opera en insolvencia, dos de ellos dedicados a la infrapatrimonialización: c. Infracapitalización material constitutiva, d. Sociedad con actividad ilícita inicial.

En la doctrina de los Estados Unidos de Norteamérica se cuestiona la teoría del *disregard* por su imprecisión y se plantea si no es una modalidad de aplicar responsabilidad. La desestimación en sentido estricto implica el desconocimiento del principio de división (separación o escisión) patrimonial entre la sociedad y los socios o los terceros controlantes, pero normalmente es usado en sentido lato, eliminando las limitaciones de responsabilidad de los socios fijados por el tipo societario o de imputabilidad por las formas societarias. En este sentido se usa en el derecho americano la expresión “*disregard of the legal entity o percing of the corporate veil*”⁽¹³⁹⁾. En relación con el período de preconcursalidad, o sea de sociedad en estado de cesación de pagos cuyos administradores no abren los procedimientos concursales, la jurisprudencia ha dado un viraje a partir de 1991 sosteniendo la responsabilidad civil de esos administradores frente a los nuevos acreedores⁽¹⁴⁰⁾. En base a la “*business judgement rule*” si la decisión fue tomada sin la información adecuada y disponible, ha existido una gruesa negligencia (culpa grave) del empresario por lo que deberá responder civilmente⁽¹⁴¹⁾.

¹³⁹ Court of Appeal for the Fifth Circuit, con fecha 29 de enero de 1990 sostuvo que el recurso de la personalidad jurídica no puede ser superado para afirmar la responsabilidad de la sociedad controlante en relación a los costos relativos a la bonificación de un área en la que actúa una sociedad totalmente controlada.... A criterio de la Corte el superamiento del recurso de la personalidad jurídica debe ser limitado a la situación en la que la forma de la sociedad *personificada* es usada como una función preordenada a un fin fraudulento o al efecto de no incurrir en responsabilidad personal (confr. Corporate Veil Cannot Be Pierced To Impose Superfund Liability On Parent, in Securities Regulation and Law Reports, vol. 22, 2 febbraio 1990, pág. 158 y ss.).

¹⁴⁰ VICARI, Andrea, “I doveri degli amministratori in caso de insolvenza della società nel diritto statunitense”, en Rivista delle Società, 1999, pág. 1244 y ss..

¹⁴¹ GIBNEY, Frank, *El milagro programado*, 2ª ed., Buenos Aires, Sudamericana Planeta, 1987, pág. 13.

De todas formas es tema debatido en EE.UU. si se está verdaderamente frente a acciones de descorrimiento de velo o meramente de responsabilidad. La doctrina sostiene que en el derecho americano la teoría del levantamiento del velo es una figura que deja enorme discrecionalidad al juzgador, no percibiéndose como una construcción debidamente delimitada para la justicia y seguridad jurídica.

Es que ha llegado a sostener la doctrina que no existen elementos esenciales diferenciadores entre la teoría del *disregard* y de la presunción de responsabilidad por la *enterprise theory*.

En Alemania se construyó un modelo basado en el principio de que la limitación de la responsabilidad de los socios se fundamenta en una dotación adecuada de capital social, y en que éste se preserve conforme a las normas de defensa del capital para poder hacer frente a las obligaciones de que resulten titulares los acreedores de la sociedad. Consecuentemente, si los socios no dotan a la sociedad de capital suficiente, estarían abusando del instituto del capital social, y el privilegio de la limitación de la responsabilidad de que disfrutaban quedaría sin fundamento, y por lo tanto responderán ilimitadamente frente a los acreedores de la sociedad por las deudas de la misma, correspondiendo al juez decretar tal responsabilidad por la vía del *levantamiento del velo societario* (desestimación o inoponibilidad de la personalidad jurídica). Los directores deben convocar a asamblea si, en cualquier momento, el capital de la sociedad (capital accionario emitido y reservas de capital y ganancias/pérdidas) es inferior a la mitad del valor del capital accionario emitido. La buena práctica recomienda que esto se aplique en todo momento y que los directores deben tener presente esta prueba aun cuando no se hubieren preparado cuentas auditadas. Así lo expuso Karsten Schmidt ⁽¹⁴²⁾.

¹⁴² SCHMIDT, Karsten, en disertación en la Argentina en 2005, sobre “Responsabilidad de los socios y administradores en el derecho alemán”, de donde extrajimos las referencias del texto y, además, su expresión textual: “Para ilustrarlo voy a crear un caso. Imaginémonos un supermercado como sociedad de responsabilidad limitada con una facturación promedio. Cada noche el gerente lleva el dinero de las cajas al banco y hace acreditar la suma en la cuenta bancaria. Seguramente por día serán más de diez mil pesos. En la crisis de la sociedad la cuenta bancaria es negativa, o sea tiene un saldo deudor. Cuando el gerente lleva el dinero al banco tiene la sensación de estar administrando activos de la sociedad y no piensa que cada día está efectuando pagos a un acreedor, en este caso, el banco. Si se abre el procedimiento de insolvencia, el síndico del

3. La limitación de responsabilidad de los administradores, y de los socios queda sujeta en el derecho nacional y comparado al correctivo del *superamento della personalità giurídica*, levantamiento del velo, *piercing the corporate veil* ⁽¹⁴³⁾, o sea al uso funcional de la sociedad como persona jurídica. Al mismo fin debería llegarse a través de principios de atribución de responsabilidad con base subjetiva. Si el obrar culposo o doloso genera daño, éste debe ser indemnizado por quien usó de la técnica societaria para generar el perjuicio. La sociedad debe estar adecuadamente dotada patrimonialmente para el cumplimiento del objeto. Una sociedad infrapatrimonializada genéticamente autorizaría la llamada “inoponibilidad de la personalidad jurídica”, al criterio de la C.S.J.N. en el expuesto caso “Palomeque”. Es, a la postre la inoponibilidad del beneficio de la limitación de responsabilidad ⁽¹⁴⁴⁾.

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

concurso retirará todos los pagos desde el sobreendeudamiento, quizá también del banco (eso sería la actio pauliana). Pero seguramente demandará al gerente. Si éste hubiera arrastrado durante cien días la insolvencia, resultará una responsabilidad de más de un millón de pesos (o sea 100 x 10.000). En la práctica, eso significa: el gerente sufre un embargo masivo, sin que se cuestione si hubo un daño. Yo he protestado contra ello y considero que esta responsabilidad es exorbitante. Pero así se maneja en la práctica en Alemania”.

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

¹⁴⁴ NISSEN, Ricardo, “La importancia del capital social” en libro colectivo *Panorama actual del derecho societario*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2000, pág. 29; MILLER, Alejandro, *Sociedades anónimas. Directorio. Síndico*, Montevideo, AMF, 2005, pág. 112 y ss.; RIPPE, Siegbert, “Subcapitalización y responsabilidad de directores y administradores”, J.A. 1997, pág. 725.

do los acreedores son los trabajadores dependientes de la sociedad, porque quienes buscan empleo no están en condiciones -como generalmente sucede con los comerciantes- de tomar en cuenta el capital social de la empresa con la que hayan de contratar.

5. En el derecho comparado tiende a enfrentarse el problema a través de la teoría general de la responsabilidad, adaptada a lo que nosotros hemos sistematizado como “relaciones de organización”, pues al existir una persona jurídica artificialmente creada, los constituyentes, dueños y administradores asumen especiales roles ante perjuicios que puedan generarse por la actuación del ente, pero generándose dificultades en cuanto a la imputación de actos en sentido estricto.

En Francia se registra la *action en complement du passif*, que se ejercita en el concurso en los casos de cesión o liquidación judicial debiendo probarse la insuficiencia efectiva del activo para satisfacer el crédito del acreedor reclamante, lo que delimita su daño, como así también la negligencia o dolo de los administradores por falta de gestión, y el nexo de causalidad entre esa falta de gestión y la insuficiencia del activo.

En Italia, ante la reciente reforma introducida en el sistema societario, el nuevo art. 2497⁽¹⁴⁵⁾ (D. Lgs. del 17 de enero de 2003 n. 6) establece un régimen de acciones de responsabilidad, en virtud del cual las sociedades o entes en actividades de dirección y coordinación de sociedades, que actúen en interés propio o ajeno violando la correcta gestión, son directamente responsables frente a los socios de estas por los perjuicios a la renta y al valor de la participación y frente a los acreedores por la lesión al patrimonio de la sociedad extendiendo la responsabilidad solidaria al partícipe en los límites del beneficio obtenido a sabiendas. El art. 2448

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

C.C. imponía a los administradores societarios abstenerse de continuar o emprender el giro social cuando acaece alguna de las causales de disolución contempladas en dicho artículo, que alcanzaría a la infrapatrimonialización como forma impeditiva de cumplir el objeto social, pues en caso contrario asumirán responsabilidad ilimitada y solidaria por los nuevos negocios, conforme la visión que venimos sosteniendo en nuestro país.

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

Siempre quedarán pendientes aspectos de imputabilidad por el uso desviado de los centros personificados o patrimonializados y las relaciones de organización -o de empresa-, que imponen una visión diferente de la responsabilidad y la imputación, que hace conveniente gestar una doctrina que vaya más allá de la mera extensión de responsabilidad.

X. Responsabilidad de administradores por no usar la vía societaria

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

Ante la pregunta que siempre formulamos: ¿realmente no hay sanción para alguien por la no adopción en lo interno de la sociedad de las medidas previstas por las normas o por no presentarse tempestivamente en concurso continuando contratando en cesación de pagos? Barreiro y Truffat responden afirmativamente, aunque preocupados por nuestro “extremismo” señalen *“la línea de responsabilización en zona de insolvencia que propugna el maestro cordobés deberá acotarse a casos absolutamente graves y evidentes”*. Hemos tranquilizado a los distinguidos amigos y jóvenes juristas. No decimos otra cosa: no contraten en cesación de pagos porque hacerlo es doloso y pueden asumir responsabilidad, y los casos que evidenciamos son de inusitada gravedad y evidencia -aunque se intenten cubrir las apariencias-: los informes generales de los síndicos en los que se constata objetivamente que la sociedad concursada arrastra una situación de cesación de pagos de muchos años, cinco o

más, y que la presentación se produjo ante el inminente remate de un bien en un juicio iniciado hace muchos años por un tercero.

El extremismo y el riesgo para los administradores -y socios- de una sociedad en insolvencia, lo generan los que suponen que no hay responsabilidad alguna por operar en cesación de pagos por prolongado tiempo. Y con ellos no se enrola la moderna doctrina concursalista.

Si se aprobó un acuerdo predatorio, de quita y espera, empobreciendo a los acreedores y enriqueciendo a los socios que condujeron o toleraron administradores que llevaran a ese estado de cosas: ¿se entenderá que se genera alguna responsabilidad? Hemos dado una respuesta afirmativa ⁽¹⁴⁶⁾.

XI. La liquidación societaria

1. Dentro de lo expuesto, cuando la empresa no es viable enfrentamos normalmente una causal de disolución.

Esa causal puede ser coetánea con la constatación de la insolvencia de la sociedad.

Insolvencia societaria que impondría, a petición de acreedor la declaración de quiebra como desenlace final ⁽¹⁴⁷⁾. 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.

¹⁴⁶ Ntro. “Inoponibilidad de la personalidad jurídica: imputabilidad y responsabilidad”, Revista de Derecho Privado y Comunitario, Santa Fe Rubinzal-Culzoni, 2009, N° 2008-3, págs. 191 a 246, y trabajos citados sobre responsabilidad de administradores.

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

Ello no elimina la posibilidad de acciones de responsabilidad, sociales o individuales, si administradores o socios hubieren incurrido en acciones u omisiones que generan daño imputable.

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

Sin duda la liquidación de la sociedad debe sujetarse a un plan. En forma alguna corresponde el cese total de la actividad aún en casos de constatarse causales de inmediata acreditación -causales que operan *ipso 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 terceros ⁽¹⁴⁸⁾.

2. 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, L.S.C.) 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 empresaria, salvo excepciones provenientes de la particularidad del objeto social. Desde esta perspectiva, bien puede el art. 103 L.S.C. leerse como una formulación *ad hoc* del

¹⁴⁸ RICHARD-MUIÑO, *Derecho societario*, 2ª ed. citada, t. I, pág. 365 y ss., especialmente pág. 370, “... la sociedad puede seguir actuando, lo que relativiza la imperatividad de la causal”.

plan de negocios, más que como una mera formalidad que debe cumplir el liquidador so pena de ser removido y pasible de responsabilidades. Es que el final del proceso de liquidación ofrece tres alternativas: 1) Que el producido de la liquidación de los activos no alcance para cancelar los pasivos, lo que dará lugar a que “... *Cuando los fondos sociales fueran insuficientes para satisfacer las deudas, los liquidadores están obligados a exigir de los socios las contribuciones debidas de acuerdo con el tipo de la sociedad o del contrato constitutivo*” (art. 106). 2) Que extinguido el pasivo social, del remanente los liquidadores reembolsen las partes de capital en proporción a la participación de cada socio en las ganancias, o lo que diga el contrato a contrario. 3) Que no quede remanente alguno. Cuál de ellas devendrá finalmente como resultado, dependerá de la correcta formulación del ‘plan’ para esta etapa que proponga el liquidador y aprueben los socios en la oportunidad de los arts. 103, 104, 107 y 109 L.S.C. La última y mínima expresión del plan de negocios está contemplada en el art. 110, al que la ley titula precisamente ‘plan de partición’, que se trata del balance final y el proyecto de distribución de los excedentes, cuya aprobación está sujeta a una serie de formalidades previstas en esa norma, pero de tal entidad que al art. 111 manda agregar al legajo de la sociedad en el Registro Público de Comercio para se proceder a su ejecución. Lo que cerraría el ciclo vital del plan de negocios, si se admite que su nacimiento reside en la etapa precontractual de generación del negocios económico”.

Hasta aquí las reflexiones de Bernardo Carlino sobre el punto específico de la liquidación privada ante la existencia de una causal de disolución no removible o removida.

3. La legislación sudafricana permite que una sociedad sea liquidada en forma voluntaria mediante una resolución de sus miembros o de manera involuntaria dispuesta por un tribunal. El art. 344 de la ley de sociedades de 1973 establece que una sociedad puede ser liquidada judicialmente cuando es incapaz de pagar sus deudas. La facultad del tribunal de disponer una liquidación es discrecional y no se otorgará automáticamente por el simple hecho de que la sociedad no pueda pagar sus obligaciones cuando éstas se tornan exigibles, conforme nos explica Vítolo en su usado artículo.

A su vez, en la mayoría de 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.

4. Según un codicilo del Código de Comercio francés (arts. L-225/248), los directores deben actuar si las cuentas auditadas demuestran que los activos netos de la sociedad son inferiores a la mitad del capital accionario emitido. Deberán convocar una asamblea general dentro de los cuatro meses de la aprobación de las cuentas auditadas. Los accionistas puedan decidir reducir el capital o liquidar la sociedad. También pueden decidir que continúe operando, pero la situación debe regularizarse dentro de los tres años de la fecha de las cuentas en cuestión.

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

En Italia, aunque la situación de insolvencia no necesariamente depende del balance/flujo de caja de la sociedad, una S.p.A. debe disolverse si existen pérdidas que alcanzan a un tercio de las reservas de capital o, en cualquier caso, si las reservas se reducen a menos del monto exigido por ley (100.000 euros), a menos que el capital sea incrementado o la sociedad adquiera otro tipo societario (tal como una S.R.L., sociedad de responsabilidad limitada con una exigencia menor de capital). La falta de integración de nuevo capital puede ser indicativa de un estado de insolvencia. En caso de reducirse el capital social, la sociedad puede disolverse de conformidad con el procedimiento previsto en la ley de sociedades italiana (incluyendo la designación de un liquidador). En cuanto al ingreso a la zona de insolvencia el denominado “modelo italiano” no prescribe un régimen específico en la materia sino que, mediante una norma que limita el ámbito de la legitimación para actuar por parte de los administradores, impone la obligación de éstos de abstenerse de continuar o emprender actividad societaria cuando ha acaecido alguna de las causales disolutorias contempladas en el art. 2448 del Código Civil -entre las cuales se incluyen la pérdida del capital social o la imposibilidad sobreviniente de cumplir el objeto social, que alcanzaría la infracapitalización- bajo aperebimiento

de asumir una responsabilidad ilimitada y solidaria por los emprendimientos que encaren. Siendo que las causales de disolución por pérdida de capital social, y por imposibilidad sobreviniente de cumplir el objeto social operan de pleno derecho como impedimento para que los administradores puedan encarar nuevas operaciones, por el solo conocimiento de éstos del acaecimiento de la causal, ello deviene en una suerte de sanción indirecta por infracapitalización sustancial o material, así como por haber ingresado a la *zona de insolvencia* sin tomar -a partir de ello- las medidas del caso.

En Suiza cuando el balance auditado demuestra que los activos netos no alcanzan al menos a la mitad del capital accionario, el directorio puede convocar inmediatamente una asamblea general y proponer una reorganización financiera. La ley no establece limitaciones de tiempo específicas, pero por lo general se considera que la asamblea debe convocarse en el término de un mes desde que el directorio recibió las cuentas financieras auditadas. La información brindada a los accionistas debe ser suficiente para permitirles tomar una decisión con respecto a la naturaleza de la reorganización. Ello puede implicar una revaluación de ciertos activos, la venta de éstos o una reducción del capital accionario. No obstante, en caso de no haber solución viable, el directorio deberá proponer la liquidación de la sociedad peticionándolo judicialmente.

En la legislación sueca existe una importante diferencia entre la liquidación de una sociedad insolvente y la liquidación de acuerdo con la ley de sociedades sueca 1975:1385. Si el directorio tiene motivos para creer que los activos netos de la sociedad son inferiores a la mitad del capital accionario nominal, debe requerir a los auditores que preparen y revisen un balance. Si los activos netos no alcanzan a la mitad del capital accionario nominal, los directores deberán convocar una asamblea para considerar la liquidación de la sociedad. En caso de que los accionistas resuelvan continuar con el giro comercial, se repetirá el análisis del balance a los ocho meses. Si en esta segunda etapa los activos netos resultan inferiores al capital nominal, los directores deberán peticionar al tribunal la liquidación de la sociedad en el término de dos semanas.

De conformidad con el art. 633 del Código de Sociedades belga, si una sociedad ha perdido más de la mitad de su capital nominal (prueba estándar de capital accionario neto con relación al capital nominal), los directores deben convocar una asamblea de accionistas en el plazo de dos meses.

Según el derecho finlandés -ley de quiebras 120/2004, que reemplaza a la anterior ley de 1868-, existen dos pruebas relativas a la insolvencia: a) *Prueba del balance* que se encuentra en el Capítulo 13, Sección 2 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada. Esta es la prueba presentada por la Directiva Europea en caso de que los activos netos caigan por debajo del valor correspondiente a la mitad de la totalidad del capital accionario emitido. En este caso debe prepararse inmediatamente un balance auditado y los activos deben estimarse según los valores de los libros, precisos y actuales. Dentro de los dos meses de preparado el balance, debe convocarse una asamblea. Desde la fecha de esta primera asamblea, la sociedad cuenta con 12 meses para recapitalizar, preparar un nuevo balance auditado y hacer que la asamblea lo apruebe. De no hacerlo, los directores deben dar inicio a la liquidación de la sociedad.

En Grecia, como en muchas otras jurisdicciones europeas, se imponen limitaciones cuando los activos netos caen por debajo del valor del capital accionario de la sociedad. El art. 48 de la ley 2190/20 establece que si el total de los activos de la sociedad es inferior a 1/10 del capital accionario registrado, la sociedad debe liquidarse. Los accionistas deberán en forma inmediata celebrar una asamblea en la que sin demora aprobarán la decisión de liquidar la sociedad. Los directores tienen un deber general de diligencia para con la sociedad.

Debe remarcar el carácter sancionatorio del sistema legal español bajo los supuestos de incumplimiento del deber de convocatoria de la Junta General, de la solicitud de disolución judicial, en la S.R.L. del transcurso de un año desde la adopción de un acuerdo de reducción obligatorio del capital por debajo del mínimo legal sin que haya inscrito la transformación o la disolución o el aumento de su capital. Se determina el carácter solidario de la responsabilidad con extensión a todas las deudas sociales. La nueva legislación española viene a cubrir la falta en la del año 1951 de un sistema que asegurara la disolución en presencia de una causa legítima.

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

sistema preconcursal previsto legalmente debería ser suficiente para impedir que la sociedad llegase a ser insolvente...” (149).

Encuadran las irregularidades descriptas, en la ilegalidad denominada “infracapitalización societaria”, la cual sabido es que tiene fundamentos -resarcitorios- no solo en planos individuales sino también porque se afecta negativamente la oferta de crédito y aleja a la comunidad de la eficiencia económica. “... *La infra-capitalización en general puede definirse como la manipulación del patrimonio social, con el objeto de trasladar indebidamente el riesgo a los acreedores. ...*” (150).

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

¹⁴⁹ BELTRÁN SÁNCHEZ, Emilio, “La responsabilidad por las deudas sociales”, citado en pág. 154, parágrafo “5. Responsabilidad de los administradores por las deudas sociales e insolvencia de la sociedad”.

¹⁵⁰ RAMÍREZ BOSCO, Lucas, *Responsabilidad por infracapitalización societaria*, Buenos Aires, Hammurabi, 2004, pág. 47.

XII. A modo de meditación introductoria a debates

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..

No hay duda que la cesación de pagos -o su inminencia, la insolvencia o los grados menores de crisis financiera o económica- son las situaciones patrimoniales críticas de un patrimonio que alterando las relaciones individuales permiten la actuación concursal, más en el caso de sociedades imponen conductas y soluciones previstas en la normativa específica.

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 cómo debe procederse cuando se detecten o produzcan causales de disolución, facilitando la remoción de las vinculadas a aspectos patrimoniales las de aumento o reintegración del capital social, solución que debería anticiparse a la apertura de cualquier concurso, como lo hace la ley concursal de Colombia, vinculando ambas legislaciones.

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.

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 jurígena individual de generar personas jurídicas o centros de imputación, debe equilibrarse con la funcionalidad regular de esas instituciones, eventualmente en aquella tradicional: no dañar. La libertad entraña responsabilidad y la obligación de reparar el daño que se cause, y la eficiencia del sistema jurídico y judicial está vinculado a esos objetivos, tanto para disuadir como para equilibrar rápidamente las relaciones afectadas.

Se trata de concebir la funcionalidad societaria y la autonomía de la voluntad para pergeñar la personalidad jurídica dentro del sistema correspondiente, que debe ser interpretado coherentemente ⁽¹⁵¹⁾, componiendo “un conjunto estructurado de elementos que podemos percibir como tal en un momento dado... Las estructuras no son caprichosas, corresponden a interconexiones definidas de subsistemas y elementos entre sí” ⁽¹⁵²⁾. No puede aplicarse excluyentemente la normativa concursal a una sociedad sin integrarla con la específica societaria, que en forma alguna excluye la aplicación de normas superiores contenidas en la Constitución Nacional, los tratados, y los códigos Civil y Comercial.

5. La tesis sustentada es una invitación a retomar esas ideas, que permitirían salvaguardar la empresa y las actividades productivas, ha-

¹⁵¹ GRÜN, Ernesto, “Un nuevo enfoque para la teoría general del derecho”, L.L. 1988-A-789.

¹⁵² GRÜN, Ernesto, *Una visión sistémica y cibernética del derecho en el mundo globalizado del siglo XXI*, Buenos Aires, Lexis Nexis, 2006, pág. 173.

ciendo 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.

Quizá nuestras críticas a las soluciones concursales se constituyan porque llegan tardíamente a esa práctica las sociedades que no enfrentaron oportunamente las soluciones societarias, no planificaron positivamente las salidas y no cumplieron con las previsiones de la R.S.C..

6. Este Congreso nos servirá, como señalamos en el lema, para reflexionar grupalmente, quizá tranquilizando nuestras inquietudes, encontrando soluciones más eficientes para los múltiples intereses comprometidos en la crisis de las sociedades, a su vez con menos costes y menor desgaste jurisdiccional como se corresponde al nombre con el que hemos sido convocados a esta nueva reunión del Instituto Iberoamericano de Derecho Concursal: *La reestructuración de la empresa y sus costes.*

Córdoba (República Argentina,) agosto de 2009

2ª PARTE

**COMUNICACIONES A CONGRESOS
NACIONALES DEL INSTITUTO
IBEROAMERICANO ***

* Hasta aquí las comunicaciones a los cinco congresos donde nos desempeñáramos. Ahora algunas comunicaciones a otros congresos vinculados al IIDC, dos de ellas conjuntas con Antonio Silva Oropeza, quien fuera presidente luego de la renuncia de Jesús Sanguino Sánchez que pasó a la presidencia honoraria, y hasta el V Congreso de Montepulciano.

HACIA LA DESJUDICIALIZACIÓN DE LAS CRISIS: LA CONSERVACIÓN DE LA EMPRESA *

Sumario: I. La empresa. Sus administradores. II. La conservación de la empresa.

I. La empresa. Sus administradores

En el limitado tiempo que se me ha asignado en esta importante Jornada, donde han quedado plasmadas las tenencias del derecho concursal, destaco que desde mi incorporación a las cátedras de Derecho Comercial de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba, República Argentina, en la década de los 60 quedó plasmada la adhesión a una idea eje: la empresa en la construcción del sistema del derecho comercial, una idea sostenida por Mauricio Yadarola en las mismas Cátedras en la década del '20, anticipatoriamente a los cambios introducidos por la legislación italiana en los '40.

Trataré la generalizar mi visión del derecho argentino para universalizar el problema y la solución.

1. La sociedad es un instrumento maravilloso para la organización empresaria. En la mayoría de las legislaciones se otorga a los particulares la capacidad jurigenética de crear personas jurídicas (o centros de impu-

* Comunicación en la Jornada Internacional de Derecho Concursal, Cali, Colombia, martes 18 de octubre de 2005, Facultad de Humanidades y Ciencias Sociales, Carrera de Derecho de la Pontificia Universidad Javeriana, y Cámara de Comercio de Cali, que organizara Jesús Sanguino Sánchez en forma inmediata al Primer Congreso del I.I.D.C. de Barranquilla.

tación diferenciados) para afrontar determinadas actividades, acotando las responsabilidades.

Esas sociedades son gobernadas, administradas y representadas por órganos, donde a la postre se encuentran a personas físicas que tienen obligaciones y deberes para con la sociedad, los socios y los terceros con los que se vinculan, dentro de un standard de conducta que puede traducirse en la figura del “buen hombre de negocios” que debe actuar con lealtad y diligencia.

2. Coetáneamente al dictado de la ley 24.522 en 1995, alterando profundamente el sistema concursal argentino en 1995, sostuve que *“el método de empresa o de organización global, donde se intenta poner atención a los efectos que genera una relación entre partes frente a la comunidad o terceros indeterminados... Se impone así, en la legislación mercantil, el método de empresa o de organización, que trata de analizar en su conjunto una serie de actos o contratos conexos conforme su finalidad, según su funcionalidad... La responsabilidad actual se sitúa en el sistema de empresa: prevenir el daño”*.

Antes, en el '94, allí recordaba que la obligación de un buen hombre de negocios es planificar para el cumplimiento del objeto social de la sociedad que administra. Aun planificando existen riesgos, pero actuar sin planificación es de por sí generador de responsabilidad por no adoptar la actitud profesional que el art. 59 L.S. exige. La cuestión se potencia cuando actúa un órgano colegiado, que desenvuelve su actividad a través de resoluciones que importan un acto colegial colectivo imputable a la sociedad.

Reiterativamente trabajé sobre criterios no consolidados en torno a las obligaciones de planificar de los administradores. El punto estaba vinculado a una cuestión que habíamos iniciado antes en el '68 con mi maestro, Francisco Quintana Ferreyra, y que remarqué al recibir el Premio Academia en 1981.

Destacaba que en la realidad económica de hoy la responsabilidad de los administradores societarios, situación calificada en el caso de grupos societarios, toma especial relevancia por las crisis que han llevado, incluso, a pergeñar una nueva legislación concursal. Pero consideramos que la cuestión no se solucionará con esa legislación concurrencial, sino

previniendo sobre la misma sociedad, imponiendo una adecuada inteligencia del rol de sus administradores y particularmente de su responsabilidad frente a la crisis preanunciada y no afrontada.

De allí la importancia de la recapitulación de temas tan fundantes como la responsabilidad de los administradores societarios, con la sistemática que se afronta en esta obra. Esa responsabilidad es la llave maestra de una adecuada funcionalidad societaria y de una verdadera acción preventiva de la insolvencia. El punto a plasmar es el de la responsabilidad de quienes administran o conducen una empresa y de los que confeccionan el plan operativo de la empresa, que, a nuestro entender deben ser la base de una adecuada sistematización de las normas societarias concursales tendientes a prevenir las crisis: “Rediseñar las soluciones para la recomposición patrimonial y ejercicio de las responsabilidades del deudor, los integrantes de sus órganos, en su caso, y terceros. Eliminación del sistema de calificación de conducta y eventual reforma al Código Penal”.

3. Parece así que el principio “rector” es sustituir la punición por la responsabilidad, la sanción por la reparación del daño, la calificación por la determinación de responsabilidad. “El principio de la punibilidad debe ceder al principio general de reparación del daño.... No puede haber dudas de responsabilidad societaria, rayana en el delito, cuando los administradores no aplican las normas societarias sobre liquidación en caso de pérdida de capital, o la actuación con subcapitalización material aumentando el pasivo sin que razonablemente se avizore la posibilidad de su pago, cuando los administradores -de derecho y de hecho- sabían o debieron haber sabido que no existían perspectivas razonables de evitar la liquidación por insolvencia”.... La administración fraudulenta, “*fraudulent trading*”, debería establecer sanciones particulares para cualquier persona que hubiera conscientemente participado en la continuación de los negocios de una compañía con la intención de defraudar a los acreedores, incluso con la inhabilitación de directores de hecho (“*shadow directors*”): aquellas personas con cuyas directivas o instrucciones acostumbran actuar los directores. No obstante no será considerado un director de hecho aquel que aconseja a los directores exclusivamente en calidad profesional).

“Congruente con despenalizar, apartándose del criterio punitivo, parece adecuado responsabilizar con un nuevo criterio reparatorio, incluso en ‘interés de la empresa’ viable y/o de los acreedores en todos los casos.

Debe darse congruencia a la ley de concursos con la ley societaria en orden a acciones de responsabilidad, vinculadas a las normas legales y jurisprudenciales creadas en Francia en tal sentido, como es la acción de ‘comblement’ que es similar a los supuestos del art. 54 *in fine* ley de sociedades. Generalizando: quien usó de los bienes sociales, quien perjudicó a terceros con abuso del medio técnico, es responsable de complementar el activo de la liquidación para satisfacer el pasivo concursal.

La noción de administración fraudulenta -que se mantendría en sede penal- sería sustituida por la del administrador dañoso en sede privada -societaria o concursal-: Cualquier persona que como director o ejecutivo de una compañía supiera que ella había incurrido en obligaciones sin perspectivas razonables de satisfacerlas en su totalidad, incurriría en responsabilidad directa y general. O cuando la posición de los acreedores resulta empeorada, los directores de hecho y de derecho resultan personalmente responsables por las deudas y por las pérdidas sufridas por los acreedores. Se trata, a la postre, de incorporar parámetros tales como los incorporados en el art. 54 de la ley de sociedades, con efectos más generales, sin confundir con la extensión de la quiebra.

Debe pensarse entre las causales de atribución de responsabilidad para los administradores de sociedades, una lo es la inexistencia de una planificación o de contabilidad para anticipar la detección de dificultades económicas o afrontar la situación de crisis. Como hacen los proyectos concursales más modernos, de trata de proveer instrumentos para evitar el abuso de la responsabilidad limitada por parte de los directores y ejecutivos de compañías, cuyos actos irresponsables hubieran lesionado los intereses de los acreedores o los intereses generales del comercio.

La noción de administración fraudulenta sería sustituida por la del administrador dañoso “*wrongful trading*”: cualquier persona que como director o ejecutivo de una compañía supiera que ella había incurrido en obligaciones sin perspectivas razonables de satisfacerlas en su totalidad, incurriría en responsabilidad directa y general. Un criterio objetivo para atribuir responsabilidad -que no elimina el criterio de responsabilidad con base subjetiva-: el de la capitalización insuficiente: cuando la compañía haya sido dotada de un capital que resulta groseramente inadecuado, el juez debe concluir que ha habido administración dañosa y ello importará responsabilidad para el director, o sea cuando los administradores -de derecho y de hecho- sabían o debieron haber sabido que no existían perspectivas razonables de evitar la liquidación por insolvencia, por ejemplo

no planificar, o no iniciar la liquidación voluntaria cuando corresponde conforme nuestra ley de sociedades, o no se intenta el aumento de capital, la posición de los acreedores resulta empeorada, los directores de hecho y de derecho resultan personalmente responsables por las deudas y por las pérdidas sufridas por los acreedores. La actual calificación debe ser coordinada con el resto de la normativa argentina, y -en tal sentido- parece adecuado integrar la norma con las referidas a la responsabilidad de administradores, socios o terceros.

En tal sentido, las normas de los arts. 54, 58, 274 y correlativos de la ley societaria, específicas para los administradores societarios.

La base de la despenalización generada por la ley concursal 24.522 de 1995, debió ser la responsabilidad, fundada particularmente en la obligación de los administradores de actuar como un “buen hombre de negocios”. Como se advertirá, las grandes soluciones que se impondrían en torno del sistema concursal de las personas jurídicas sería el poner la atención en la responsabilidad de sus administradores o de quienes ejercitan control sobre los mismos”. Hoy vengo a retomar, una vez más, esa posición.

II. La conservación de la empresa

1. Pese a tales criterios universales es claro hoy que se ha abandonado toda actitud preventiva -el caso Emron y otros secuenciales lo acreditan-, revelándose ello en escandalosas quiebras o quitas y esperas impuestas a los acreedores, so pretexto que ello es lo mínimo necesario para “conservar la empresa”. Ello ha quedado de manifiesto en esta Jornada Internacional, donde mi voz presenta una faceta totalmente distinta sobre el problema, con un enfoque diferente sobre las soluciones.

Mientras otros se preocupan por señalar la conveniencia de reformar la legislación vigente, he asumido una posición de interpretar la legislación actual, partiendo del principio que, para conservar la empresa, sus administradores deben actuar oportuna o tempestivamente.

2. Sustento la idea de una “economía del derecho”, o sea menos normas y más efectivas, basadas en los principios básicos de la conviven-

cia y no arrasados por supuestos de realidad a través de los que quieren justificarse soluciones inadecuadas. La realidad debe ser observada para asegurar la convivencia, y en pleno conocimiento de ello decidir si es necesaria o no una norma para asegurarla.

Para este supuesto dejaré de lado pequeños concursos y los procesos correspondientes a personas físicas, para recalcar donde podemos encontrar normas que resuelvan la cuestión: las crisis de sociedades que pueden devenir en concursos o quiebras. Las sociedades son las formas más perfeccionadas de organización de la empresa.

Afronto la idea de empresa como actividad y organización económica, manifestación maravillosa del capitalismo moderno, pues representa una unidad o un conjunto de actividades separables o no de técnica, trabajo, capital y dirección que genera riqueza para todos, con un plus para los propietarios

3. El riesgo empresario es connatural de esa organización y afecta, o puede afectar, esas actividades y generarle pérdidas, que si son constantes transforma a la empresa en no sustentable, o sea en una “no empresa”. El tema está ligado a las autorregulaciones denominadas “responsabilidad social corporativa” o “responsabilidad social empresaria” o “*corporate government*”, donde esas reglas autoimpuestas impiden afectar no sólo la ecología, sino al mercado, actuando en competencia desleal, perjudicando a trabajadores, competidores, no abonando las cargas sociales o impositivas, que es lo que acaece cuando una sociedad opera largo tiempo en cesación de pagos.

Aquí se aplica el derecho concursal como forma de conversión de los sistemas de derecho común, alterando las relaciones bilaterales e intentando un sistema de relaciones de organización y justicia distributiva, imponiendo la apertura de un juicio de concurrencia obligatoria por todos los vinculados al deudor en crisis.

4. En momentos en que legislación y posiciones, nacionales y del derecho comparado, marcan la tendencia a desjudicializar o privatizar el sistema del derecho concursal, o mejor dicho de prevención, parece adecuado reiterar mi posición con la aplicación de principios y normas sobre el punto que confirman esa idea, pero desde una posición diferente.

5. ¿Cuál es el fundamento de la conversión de las relaciones individuales, impidiendo su ejercicio? ¿Cuál es el bien jurídico tutelado? Dentro de diversas opiniones se suele converger en el de la “conservación de la empresa”, como forma de mantener la actividad productiva -depredada en la década del ‘90-, conservar el empleo por su interés público.

La problemática que atiende y justifica la legislación concursal es la cesación de pagos -presupuesto objetivo para la apertura de un concurso-. Suerte de antivalue dentro de la bipolaridad de los valores -como afirmó en la década de los ‘70-. Eliminar ese estado como nefasto para la empresa que es aquejada, como el contagio que pueda generar la misma en la comunidad, es el valor.

Mauricio Yadarola en el Proyecto que presentó en 1925 remarcó la necesidad de actuar anticipatoriamente, frente a la mera crisis financiera o económica general, y hoy es unánime doctrina y legislación que se va perfilando en torno de la necesidad de actuar anticipatoriamente, o sea oportuna y tempestivamente. La mera avizoración de que pueda producirse el estado de cesación de pagos o la insolvencia, impone la obligación de actuar, lo que aparece como un deber de los administradores societarios, propio de su calidad de “buen hombre de negocios”.

Ello fue recién receptado en la legislación argentina en 1983 respecto de los llamados acuerdos preconcursales, pero hoy parece letra muerta y sin interés para el concurso preventivo, donde los informes generales de los síndicos promedian entre tres y ocho años el período en que la sociedad ha operado en cesación de pagos, sin que de ello la doctrina extraiga la existencia de alguna sanción para los administradores que así actúan.

Vengo formalizando comunicaciones incentivando encontrar técnicas jurídicas que aseguren la mayor anticipación en la apertura de los juicios concursales, tendiendo a prevenir los efectos nocivos de la actividad cumplida en cesación de pagos y los efectos expansivos del incumplimiento, sosteniendo que el problema es la funcionalidad societaria.

Pero por diversas razones los administradores societarios siguen operando en el mercado pese a no hacerlo en forma normal, contagiando o transmitiendo su estado a proveedores, acreedores y trabajadores.

6. Una doctrina permisiva tendió a limitar las acciones de responsabilidad en la quiebra a supuestos de dolo, sujetas a autorizaciones que parecían difíciles de alcanzar, coherentemente con ciertas posiciones que

tienden a acotar la responsabilidad de administradores societarios. Al mismo tiempo se supone que ninguna sanción ha de aplicarse a los administradores societarios que presentan tardíamente a la sociedad en concurso, si es que logran un acuerdo.

Ello llevó a una sensación de impunidad en el obrar de esos administradores -contagiada a los administradores públicos- que transfieren el problema a terceros, a partir de cuyo exceso se viene registrando una tímida reacción.

Parecería que el efecto pretendido -no explícito- es el salvataje del empresario con la desestimulación de acciones de responsabilidad y de reconstrucción patrimonial, y la acotación de las garantías. Se explicita que se intenta proteger a la empresa -en realidad al empresario- en cesación de pagos permitiendo que la misma continúe su actividad. La ley no impediría -sostienen- que continúe operando en ese estado sin presentarse en concurso, transmitiendo la insolvencia a sus proveedores y acreedores, al no imponer ningún plazo para la presentación, ni para la publicitación de ese estado, bajo la idea de que una manifestación en tal sentido generaría la restricción del crédito y la necesidad de liquidar la empresa, y que los acreedores tienen autonomía de la voluntad para contratar con ese sujeto o pedirle la quiebra.

Si se trata de verlo desde lo interno de la empresa, sosteniendo que no importa que ésta contamine, debe estimularse su autonomía para afrontar la cuestión, sin límites, y también la de los acreedores para enfrentar la situación. Esto forma una mezcla explosiva con la lentitud de los procesos, concebidos con excesivos ritualismos y garantismos, y la desestimulación de los acreedores, que se ven dominados por la planificación desplegada por el deudor en los procesos concursales.

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

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

La problemática de la cesación de pagos tiene dos aristas: una la del patrimonio en insolvencia para tratar de superar la crisis o imponerse su liquidación, y la otra y tanto o más importante, que es la de evitar que se contagie el estado de cesación de pagos a otros patrimonios.

7. Pero con la idea de privatización de las soluciones, vuelvo a insistir que este no es un problema inicialmente del derecho concursal, sino del Código Civil y de la legislación societaria. El tema, efectivamente, debe tratarse desde lo privado. La sociedad como instrumento de organización, donde ni los socios ni los administradores asumen responsabilidad en los tipos más usuales, no puede convertirse en un instrumento de dañar.

Los administradores y los socios tienen los medios y técnicas para enderezar la situación frente a una crisis. Ello no es un derecho sino un deber, particularmente de los primeros, incluso dentro de nuestra legislación.

8. La cuestión debe centrarse en el estado de cesación de pagos, en la mera crisis, para solucionarlo y evitar su difusión hacia los acreedores y proveedores del deudor en dificultades, y evitar el perjuicio a terceras empresas por la competencia desleal.

Concebida de esta forma, debe alentarse -exigirse- que los administradores de una persona en cesación de pagos afronten esa situación dañando lo menos posible a los terceros.

Lo expresado concilia los intereses de la empresa en dificultades y de su entorno. Claro que implica limitar el margen de maniobra de los administradores del concursado para perjudicar a terceros, incentivar las acciones de responsabilidad o de reconstrucción patrimonial. Con esa óptica resulta impensable que puedan concurrir empleados en razón de “créditos” laborales correspondientes a sus salarios inmediatos. Claro que implica denunciar el enriquecimiento ilícito de los socios.

Veamos la cuestión.

9. Toda ley de sociedades impone balances anuales, libros con anotaciones diarias, y una buena técnica brinda información *on line* de la situación patrimonial y de caja, como de su proyección. A ello se agrega la obligación de confeccionar Memorias con la perspectiva de las actividades en el próximo período.

Las causales de disolución de sociedades son estrictas en cuanto a la pérdida del capital, imponiendo su reintegro o aumento, y particularmente en el análisis de la “imposibilidad sobreviniente” de cumplir la actividad societaria o el objeto social. La pérdida de rentabilidad trae como consecuencia esa imposibilidad, antes o después de advertirse la pérdida del capital social.

La previsión de capitalización de pasivos es tema previsto en esa legislación como forma de paliar dificultades.

Y los administradores sociales, como buenos hombres de negocios, con diligencia y lealtad, deben afrontar esas vicisitudes, convocando a los socios con claras opciones.

Son los socios los que deben formalizar nuevos aportes, reintegrar y/o aumentar el capital social, liquidar activos, o aceptar la liquidación de la sociedad, liquidación privada que aunque no satisfaga a la totalidad de los acreedores quirografarios puede ser aceptada por su corrección, evitando mayores gastos y no generando la apertura de un proceso de quiebra liquidatorio. Jamás se advierte un intento de capitalizar el pasivo, como autoriza la ley argentina de sociedades, suspendiendo en tal caso el derecho de suscripción preferente, que indudablemente no se ha querido ejercer por los socios, pues de no se podría pagar a esos acreedores al contado.

10. Paradójicamente, los administradores societarios en vez de adoptar esas medidas presentan tardíamente en concurso a la sociedad, y la reunión de los socios es al solo efecto de ratificar esa presentación. Nada se cumplió de ese proceso “privado” de afrontar la crisis de la empresa desde el derecho de la sociedad, en lo interno de ésta.

Es convicción del deudor que el incumplimiento del contrato o de la obligación no le traerá ningún efecto inmediato, y que -en cambio- el acreedor deberá sortear muchas dificultades con desembolsos económicos y trámites, que lo desalientan para iniciar su acción e intentar medidas cautelares ineficaces. Esta apreciación lleva al administrador de una persona en cesación de pagos a seguir operando en su beneficio y/o del grupo controlante de la persona jurídica en su caso, y en detrimento de los acreedores y competidores, a quienes intentan traspasarle -y a veces lo logran con éxito-, el estado de cesación de pagos, y lo justifican bajo la idea que si exterioriza el estado “se le corta el crédito y las posibilidades

de recuperación” (de seguir estafando). No sólo existen sanciones derivadas de la ley de sociedades, sino también de la ley penal.

Un penalista argentino, Carlos Palacio Laje, refiere a las sociedades cuyos administradores -y quizá los socios- planifican la insolvencia: “los vencimientos del pasivo se van postergando y se obtiene refinanciamiento, mediante la exhibición de un “gran patrimonio”, aunque total o parcialmente impago. Con este ardid se obtiene también crédito por parte de los proveedores comerciales que aumentan el pseudo patrimonio o el stock de mercadería”, con una descripción que se corresponde a los informes generales que los síndicos que formalizan en la mayoría de los concursos preventivos (no quiebra) de sociedades que han venido operando en insolvencia, lo que califica como “ardid”, del que “maliciosamente afecta el normal desenvolvimiento” de una “empresa”, cometido a través de un plan, que consiste en tornar a la empresa incapaz de cumplir sus deudas, frustrando las expectativas de los patrimonios de los acreedores. Ello tipifica desde 2003 un delito dentro del Código Penal argentino que es olvidado por la doctrina (y los jueces).

Y aquí se inicia un proceso mixto, donde la legislación societaria no es desplazada. Los administradores, con la ratificación de los socios, presentan acuerdos para “conservar la empresa” proponiendo quitas y esperas desmesuradas. Se apunta exclusivamente al sacrificio de los acreedores, tratando de imponer por mayoría un acuerdo, que se inicia tratando de evitar el reconocimiento inmediato de créditos, y sorpresivamente aparecen terceros adquiriendo créditos, incluso hipotecarios, y con claro conflicto de intereses que les impediría votar -teoría del acuerdo colectivo-, no sólo renuncian al privilegio o derecho real de hipoteca sino que aceptan esas quitas y esperas depredatorias.

11. Los jueces ante la votación formal por esa mayoría espuria de acuerdos donde se impone todo el sacrificio a los acreedores, sin aliciente alguno sobre las posibles ganancias, tímidamente han ejercitado poderes jurisdiccionales dudosos, a través de lo que ha dado en llamarse la “tercera vía”, morigerando los acuerdos, pero sin alterar la unilateralidad del esfuerzo. Sólo en pocos fallos se ha cuestionado el voto de acreedores nacidos con posterioridad a la presentación, donde se advierte el interés contrario o el conflicto de intereses con los restantes acreedores.

12. Ante este estado de situación, me he venido preguntando -y contestando afirmativamente-, si existen sanciones por esa actitud de abandonar las soluciones societarias y llegar tardíamente a la presentación del concurso.

La pregunta es: ¿pueden los acreedores que se sientan perjudicados promover acciones de responsabilidad contra administradores y socios aunque se hubiere homologado el acuerdo de la sociedad respectiva?

Las acciones de responsabilidad, como la de imputabilidad aditiva (muchas veces denominada como de inoponibilidad de la personalidad jurídica), no requieren -como las acciones revocatorias concursales o de extensión de la quiebra- de un presupuesto de insolvencia o de declaración de quiebra para ampliar la legitimación pasiva o autorizar la promoción de acciones especiales. La limitación de responsabilidad de los administradores está basada en el supuesto de un comportamiento leal.

Analizando estas reflexiones, la respuesta al interrogante con el que las introducimos es afirmativa.

13. Los problemas concursales -o de crisis de empresa- no pueden solucionarse siempre dentro de la legislación concursal, y la problemática de la reparación de los acreedores debe ser afrontada integrando el análisis con las normas sobre responsabilidad general contenidas en el Código Civil y las específicas de la ley societaria. Esa integral aplicación de las normas debe permitir prevenir la insolvencia de las mismas e impedir la transferencia de los daños a los terceros.

Se trata de un problema metodológico que puede ser afrontado desde una ley de concursos, o bien desde la legislación que regula esos patrimonios, impidiendo que un instrumento de organización se constituya en una fuente de destrucción de la economía y la producción.

Mientras no se adopte una solución clara, debe recrearse la responsabilidad de los administradores, con una inteligencia plena de la técnica societaria de organización de la empresa: estoy sugiriendo el ejercicio de acciones individuales de responsabilidad contra los administradores de sociedades concursadas, ejercitadas por acreedores por causa posterior a la cesación de pagos, extraconcursalmente.

Ello supone daño directo causado a esos acreedores por los administradores en el ejercicio de su representación o administración.

Se acredita que contratar en estado de cesación de pagos es doloso, en los términos del art. 931 C.C., por reticencia en la información que llevaría a no contratar, o sea que el administrador beneficiando a la sociedad causa daño directo a los terceros que contratan sin conocer esa situación.

Es advertible que administradores y socios no han protegido a la empresa pues la crisis no se superó, 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.

Es evidente que los administradores y socios no usaron de los recursos impuestos por la ley societaria sino que tampoco presentaron tempestivamente en concurso a la sociedad administrada.

Correlativamente se advierte que no es transparente la forma como se logró la mayoría para imponer el acuerdo depredatorio.

Esta situación lleva a pensar que se ha afectado el derecho de propiedad de los acreedores -art. 17 C.N.-, pues no debe inferirse de la eliminación del porcentaje de quitas -hasta el 60% en el año 2002 que se eliminó el tope- que se haya autorizado a violar la Constitución Nacional.

Se despoja de su derecho a los acreedores y se beneficia, enriqueciéndolos, a los socios de la sociedad en dificultades. El “esfuerzo compartido”, con que jurisprudencia y doctrina ha afrontado la crisis en otros aspectos, es dejado de lado donde más se debería aplicar.

14. 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 sostuve en 1981 acerca de 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”*. Dejo este artículo junto con estos libros para la biblioteca de la Pontificia Universidad Javeriana.

A la comunidad, al país, a los trabajadores, a la economía en general, es indistinto quiénes sean los titulares del capital social. Y no puedo aceptar que se enriquezcan quiénes se marginaron del sistema privado de

solucionar el problema, que es el societario, eventualmente asumiendo tempestivamente un sistema concursal o preconcursal, imponiéndose el esfuerzo compartido en salvaguarda de la empresa, convergiendo en el capital social todos los interesados -u otorgando otros beneficios participativos-, sin excluir de posibles beneficios futuros a los acreedores.

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

Una sociedad que opera en cesación de pagos está realizando actividad ilícita.

La tesis sustentada es una invitación a retomar esas ideas, que permitirían salvaguardar la empresa y las actividades productivas. Se trata de seguir abriendo surcos, explorando y arrojando unas pocas ideas, para que otros más dedicados las abonen y hagan fructificarlas para la mejor convivencia y seguridad jurídica.

Mi posición está expuesta en un rosario de artículos que pueden verse -en su mayoría- en la página electrónica de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba www.acader.unc.edu.ar, otros resultan allí referenciados.

Quedaría satisfecho si pensara que estas reflexiones pueden llevarlos a meditar nuevamente sobre la crisis financiera y económica de las sociedades, devolviendo la cuestión al marco y manos adecuadas: lo privado. Muchas gracias por la atención que hayan dispensado a la recepción de estas ideas.

LA EFICIENCIA DEL DERECHO CONCURSAL (SOBRE LA TEMPESTIVIDAD Y EL PRESUPUESTO OBJETIVO) (*)

*EFRAÍN HUGO RICHARD*¹ Y *ANTONIO SILVA OROPEZA*²

Sumario: I. Bien jurídico tutelado por el sistema concursal. II. Intereses concurrentes. III. Presupuesto objetivo: cesación de pagos y aspectos anticipatorios. IV. Algunas previsiones legislativas específicas. V. En lo societario.

En la imposibilidad de uno de nosotros³ de aceptar la honrosa invitación a disertar en el Primer Congreso Nacional de Derecho Concursal (México - Distrito Federal 27 a 29 de junio de 2007, conforme la gentileza de los distinguidos juristas y amigos Jaime Guerra, Jaime García Priani y

* Comunicación al Primer Congreso Mexicano de Derecho Concursal, Ciudad de México 27 a 29 de junio de 2007.

¹ Vicepresidente académico del Instituto Iberoamericano de Derecho Concursal, profesor emérito de la Universidad Nacional de Córdoba, doctor en Ciencias Jurídicas y Sociales por la Universidad Nacional del Litoral, doctor Honoris Causa por las universidades Nacional de Tucumán, Católica de Salta y del Norte Santo Tomás de Aquino de San Miguel de Tucumán; miembro de número de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba; director de su Instituto de la Empresa; director del Departamento de Derecho Comercial de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba; vicedirector de la Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones.

² Presidente del Capítulo Mexicano del Instituto Iberoamericano de Derecho Concursal, secretario general y tesorero del Instituto Iberoamericano de Derecho Concursal, miembro del Instituto de la Empresa de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba.

³ Con anterioridad a la gentil invitación habíamos sido comprometidos a intervenir activamente en el I Congreso Iberoamericano de Derecho Bancario y V Congreso

Jorge Sepúlveda ⁴, nos unimos para formalizar una comunicación con otro de los anfitriones -que la defenderá- con un comentario sobre la eficiencia del derecho concursal con coyuntural referencias a algunas normas de la ley mexicana del año 2000 en relación con la apertura de los procedimientos concursales preventivos.

I. Bien jurídico tutelado por el sistema concursal

Unimos así las ideas que nos vincularon a ambos ponentes en el II Congreso Iberoamericano de Derecho Concursal, realizado en Mérida en noviembre de 2007, convocado por los mismos exitosos anfitriones que hoy organizan este Primer Congreso, afrontando dilucidar cuál es el fundamento, razón de ser o bien jurídico tutelado por el derecho concursal. Derecho que al actuar genera un procedimiento vinculado con las relaciones de organización, pluriparticipativo y universalista. Esa visión general la unimos hoy a una apreciación sobre esos aspectos en el derecho concursal mexicano.

Frente a la diversidad de opiniones sobre el punto, apuntábamos la solución sobre la bipolaridad de los valores, pues no hay dudas de que la crisis patrimonial -en sus diversos grados- es la que receptan todos los sistemas concursales para autorizar la apertura de ese proceso.

De esa forma aparece claramente la situación disvaliosa que faculta a un deudor a no cumplir con sus obligaciones, convocando a sus acreedores para absolver ese estado patrimonial y permitir la continuidad de la empresa, evitando agravar los daños que en el mercado genera la actuación de empresas en cesación de pagos. El bien jurídico tutelado fijado en el ap. 1129 a. de la Bankruptcy de USA es el “sobreseimiento de la insol-

sobre Aspectos Jurídicos de las Entidades Financieras, a realizarse en nuestro país, y con el auspicio académico de las instituciones que dirijo, los días 28 y 29 de junio, lo que dejaba un escaso margen para intervenir en México el día de apertura lo que pareció misión imposible frente a los problemas de nuestra principal línea de aeronavegación en primer lugar y la situación de los aeropuertos en segundo lugar.

⁴ Miembros del Instituto de la Empresa de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba.

vencia”. Así el contravalor es el estado de cesación de pagos que afecta la conservación de la empresa desarrollada por una sociedad.

Mauricio Yadarola, en 1925, expresaba que un sistema concursal debe tener un “plan o método”, conforme el cual las normas “puedan ser armonizadas en todo momento, mediante la obra de una sabia jurisprudencia”, proyectando en torno de la situación en *“que puede hallarse un comerciante: simplemente en dificultades para afrontar sus compromisos, más o menos próximos, o ya en estado de cesación de pagos; para el primer caso el pedido de convocatoria es facultativo, ya que conviene dejar librado al propio criterio del deudor, la apreciación de si podrá o no salir de esas dificultades. En el segundo caso, es cuando la cesación de pagos se ha producido, cuando la exigencia amenazante de un acreedor puede llevarlo a pagar a éste, en perjuicio del resto de sus acreedores para evitar un pedido de quiebra, o a realizar operaciones desastrosas con el mismo fin, se hace necesario obligar al deudor a convocar judicialmente a sus acreedores para que, sin más dilaciones resuelvan éstos lo que más convenga a sus intereses comprometidos. Ahora bien, la primera pregunta que surge cuando se establece una cláusula legal con carácter de imperativa, es ésta: ¿cuál es la sanción para el caso de incumplimiento?”*⁵. Y a ese interrogante hemos tratado de responder señalando que es la responsabilidad incluso frente al acuerdo concursal homologado.

II. Intereses concurrentes

No hay dudas que la cesación de pagos -o su inminencia, la insolvencia o los grados menores de crisis financiera o económica- son las situaciones patrimoniales críticas de un patrimonio que alterando las relaciones individuales permiten la actuación concursal.

Afrontando la crisis se tutelan múltiples intereses, específicamente la conservación de la empresa -con o sin sus administradores originarios-

⁵ YADAROLA, Mauricio, en *Homenaje a Yadarola*, edición de la Universidad Nacional de Córdoba, 1963, t. I, pág. 335 y ss.; *Proyecto de Ley de quiebras*, con indicación “Publicado en la Revista de la Universidad Nacional de Córdoba, año 1925”.

, la estructura societaria, la consistencia del patrimonio como prenda común de los acreedores, una fuente de puestos de trabajo y la satisfacción de la comunidad donde la actividad esta instalada.

Nos referimos específicamente a la empresa organizada societariamente.

Para que la conservación de la empresa represente un verdadero principio debe tenerse presente el complejo de *intereses* que concurren en su mantenimiento, que no son ya los mismos que generaron su advenimiento -limitados a la decisión empresaria que generó el aporte patrimonial para su fundación-. Se trata de los “intereses diversamente vinculados” a través de la conservación de la empresa: de los trabajadores, los proveedores, los clientes, la comunidad nacional, el mercado en su conjunto y el Estado. Es que *“Los intereses mencionados gradúan, en mayor o menor medida, según el caso el giro y el contenido de las modernas legislaciones concursales”* ⁶.

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”.

En el derecho argentino se ha potenciado que las situaciones sean irreversibles, pese a facilitar herramientas al administrador societario a través del acuerdo preventivo extrajudicial ⁷, generándose la idea de que los administradores societarios pueden continuar ininterrumpidamente la actividad de la sociedad pese a estar en insolvencia, sin planificación coherente, tratando de obtener más créditos o reciclar el existente, con la misma modalidad que los administradores públicos argentinos afrontaron la deuda externa en la década pasada.

⁶ ALEGRÍA, Héctor, “Diálogo de economía y derecho y convergencias culturales y sociales en la insolvencia”, L.L. del 9/5/07, págs. 1 a 10.

⁷ Sobre acuerdos extrajudiciales ALEGRÍA, Héctor, “Acuerdo preventivo extrajudicial (Caracterización, problemas y acuerdos privados)”, Revista de Derecho Privado y Comunitario 2002-3 Concursos 1, pág. 145; JUNYENT VÉLEZ, Francisco, “El acuerdo preventivo extrajudicial: ley 25.589”, en la misma revista, pág. 189.

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

III. Presupuesto objetivo: cesación de pagos y aspectos anticipatorios

La doctrina ha sido conteste, y el derecho comparado viene dando soluciones diversas, que ante las crisis los remedios deben aplicarse en la forma más rápida posible, evitando la profundización de esa crisis y su contagio, y la importancia capital de la prevención ⁸.

⁸ Lo hacía Yadarola en 1925, *Proyecto de ley de quiebras*, publicado en la Revista de la Universidad Nacional de Córdoba, 1925, y reproducido en *Homenaje a Yadarola*, Editorial Universidad Nacional de Córdoba, Córdoba, 1963, t. I, pág. 335, lo hizo nuestra legislación en 1983 y ahora lo remarca MAFFÍA, Osvaldo J., “Francia. La ley del 26/julio/05 sobre salvaguarda de la empresa”, E.D. del 25/10/05: “*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**, aun 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)”;* conf. RICHARD, Efraín Hugo, *Justicia y Derecho. Insolvencia societaria*: “El incumplimiento voluntario de ciertas obligaciones por un deudor en dificultades financieras puede llevar a la quiebra al acreedor previsor que se encontraba *in bonis*”, en *Congreso de Academias Iberoamericanas de*

“La terapéutica debe adoptarse oportunamente, a imagen de las personas físicas que padecen alguna dolencia, en su oportunidad, y no tardíamente; es decir, cuando detectan los primeros síntomas de dificultades, y no al tiempo de la insolvencia.... Los legisladores de diversos países apoyan dicha tesitura, aunque no siempre con éxito... Un viejo adagio reza ‘más vale prevenir que curar’” ⁹.

Es la protección preconcursal a la empresa en dificultades que refiere Osvaldo J. Maffia ¹⁰.

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 a solicitar el concurso, sino a otros legitimados -internos o externos a ella-.

“Uno de los más graves problemas del derecho concursal es el denominado problema temporal: el concurso se abre, con frecuencia, cuando el patrimonio del deudor no sólo es insuficiente... disminuyen considerablemente las expectativas de conservación de las empresas en crisis. La receta para la solución del problema es doble, y arranca de la evidente constatación de que deudor y acreedores disponer de diferente información. El deudor ha de conocer su situación, por lo que basta con ofrecerle estímulos -positivos o negativos- para que inste su propio concurso” ¹¹.

Cámara ¹² manifiesta la interrelación entre las dificultades financieras y económicas, refiriéndose al “Informe Sudreau” que aconseja la concursabilidad ante las dificultades reales o potenciales, “evitando siem-

Derecho, edición Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Córdoba 1999, pág. 631 y ss..

⁹ CÁMARA, Héctor, *El concurso preventivo y la quiebra*, Buenos Aires, Depalma, 1982, t. III, pág. 1429.

¹⁰“La ley de concursos y la comezón del séptimo año”, RDCO, octubre 1979, año 12 , pág.435 y ss., especialmente págs. 458, 463, 467.

¹¹ BELTRÁN SÁNCHEZ, Emilio M., “El nuevo derecho concursal español”, *Doctrina Societaria y Concursal*, noviembre 2003, t. XVII, pág. 1127 y ss., específicamente pág. 1136.

¹² CÁMARA, Héctor, *El concurso preventivo y la quiebra*, Buenos Aires, Depalma, 1990, vol. III-B, pág. 676.

pre que el desencadenante del procedimiento sea demasiado tardío, señalándose como indicios la falta de pago de cotizaciones fiscales o sociales`´`”.

Se trata, a la postre de situaciones de desequilibrio que ponen en peligro la supervivencia de una organización ¹³, 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 los remedios internos para superar la crisis, como exige previamente la ley colombiana.

Desde la doctrina tradicional se señala ¹⁴ -citando a Bolaffio y a Rocco que “... *Se ha dicho que la presentación del deudor no es un acto discrecional sino el cumplimiento de un deber impuesto por la ley...*”. De allí que no se vea que intentamos poner sobre las espaldas de los administradores societarios deberes que escapen a sus normales funciones. Con ello despejamos las preocupaciones que distinguidos juristas amigos han formalizado al respecto ¹⁵.

¹³ CICHERO, Liliana, “Las crisis empresariales y el acuerdo preventivo extrajudicial homologado” en L.L. Actualidad, página 1, 15/3/01.

¹⁴ HEREDIA, Pablo D., *Tratado exegético concursal...*, citado, t. I, pág. 324, 2º párrafo Bolaffio y a Pajardi en la nota 8.

¹⁵ ALEGRÍA, Héctor “Diálogo de economía y derecho y convergencias culturales y sociales en la insolvencia”, citado, en el último capítulo (X) al referirse a los administradores de las sociedades en crisis (“El rol de los administradores ante la situación de insolvencia”), tiene a bien hacer una condescendiente referencia a algunos de mis trabajos en ese aspecto”. Un autor local que está trabajando en el tema (Richard) dice: cuando se presenta la cesación de pagos o la insolvencia, el administrador tiene que variar su norte y ceñirse a una administración correcta de la empresa, a los pasos legales, administrativos o económicos financieros para la solución de la crisis, y si no lo hace responde ante los acreedores. No sólo a los accionistas que lo han nombrado sino también y fundamentalmente ante los acreedores -que sin ser textual representa nuestra posición ante el evidente apartamiento de esas conductas que resulta del informe de los síndicos en concursos preventivos -que señalan cesaciones de pago de larga data sin que se adopte ninguna previsión antes de convocar a los socios a ratificar la presentación en concurso; o que resulta de los libros societarios si es que no se han incendiado o sustraído por terceros-. Siga el distinguido jurista más adelante “*La exposición completa de estos temas ha dado*

En ese orden, la legislación concursal mexicana exige un objetivo y tasado incumplimiento. En el art. 10 que "... el incumplimiento generalizado en el pago de las obligaciones de un comerciante a que se refiere el artículo anterior, consiste en el incumplimiento en sus obligaciones de pago a dos o más acreedores distintos y se presenten las siguientes condiciones: I. Que de aquellas obligaciones vencidas... las que tengan por lo menos treinta días de haber vencido representando el treinta y cinco por ciento o más de todas las obligaciones... y II. El comerciante no tenga activos enunciados... para hacer frente a lo por lo menos el ochenta por ciento de sus obligaciones vencidas a la fecha de la demanda".

O sea que esta legislación impone una subsistencia y gravedad del Estado como una apreciación pecuniaria, similar a la que exige la Resolución IGJN 6/2006 que comentaremos más adelante. Se advertirá que se abre la idea de la necesaria existencia de un diagnóstico, que un buen hombre de negocios no puede dislocar de un pronóstico desarrollando las acciones que la legislación societaria le impone.

Tan importante como la exteriorización, es la exactitud de la manifestación como expresión del estado de cesación de pagos, o sea que corresponda a un correcto diagnóstico, distinguiendo entre mera impuntualidad y la solvencia artificiosa. Por ello los hechos reveladores del estado de cesa-

lugar a importantes aportes doctrinales, muestra lugares comunes que se entrecruzan. En efecto, ante una crisis el administrador debe tomar decisiones, a veces imaginativas y otras desafiantes. Si ese administrador está sujeto a rigores extremos, algunos juzgados sólo ex post o sobre presupuestos meramente formales, es altamente factible que limite su accionar, con perjuicio de la empresa y de su recupero. También esa rigurosidad puede incidir en la selección de nuevos administradores de una empresa en crisis, pues cabe que se restrinja o desaparezca la posibilidad de incorporar personas capaces, o bien que quienes acepten circunscriban su actividad y no sean eficaces para la solución". La preocupación es similar a reparos que nos formalizan los Dasso en nuestras fraternales discusiones en giras por congresos internacionales, al mismo tiempo que nos alientan a proseguir nuestro análisis sistémico, separándonos de discusiones sobre aspectos formales, meramente doctrinarios o procedimentales. Estas no son diferentes de las que motivaron la primera polémica con Truffat, acompañado de Barreiro, en "Responsabilidad de administradores y representantes en la ley de quiebras: el deber fiduciario de la ley de sociedades, ¿se traslada a los acreedores" citado, que contestamos adhiriendo y tranquilizándolos en "Está lloviendo. ¡Se acabó la sequía!", también ya citado. De ninguna forma pretendemos que el administrador asuma el riesgo del mercado o del error en la planificación, sino que tome conciencia que de una actitud omisiva o desleal puede resultar responsabilidad.

ción de pagos que incorporan las legislaciones, y la idea que la prueba de que ellos no importan ese estado deben caer en el supuesto insolvente.

Un hipergarantismo trata de no advertir esas maniobras artificiosas, aquello que Provinciali¹⁶ destacó como “*ció que segna el confine tra fisiología e patologia nella vita del patrimonio*”, lo que es hoy habitual al señalar los informes generales que el estado de cesación de pagos se produjo hace muchos años, o sea que el patrimonio arrastraba una situación terminal dentro de la fisiología o funcionalidad de la sociedad, y que los administradores -salvo prueba indubitable en contrario- no planificaron una salida, ocultaron la situación y perjudicaron a terceros con los que contrataron.

Se expresa¹⁷ que “*la cesación de pagos autoprovocada por el deudor, sea con malicia o negligencia, merece sanción penal y no así el incumplimiento de una obligación... tratándose de una deudor de entidad relativa en la economía... pueden incidir negativamente, con mayor o menor fuerza, en el funcionamiento macroeconómico, poniendo en jaque así al sistema crediticio en particular, considerando el fenómeno que hemos denominado de la concatenación de patrimonios lo que en concreto puede significar un sinnúmero de quiebras o insolvencia en cadena; y al mercado en general, pues de algún modo el quebrado producirá una distorsión de este mecanismo de circulación de la riqueza*”.

No hay duda que la “dificultad financiera” alude a un endeudamiento, sin duda por capital insuficiente, que podría paliarse mediante un mero acto de reordenamiento patrimonial como desprenderse de una sucursal o de un activo improductivo. Sobre el punto se señala, recordando los principios de INSOL¹⁸, que “*En el caso que un deudor presentar dificultades financieras, todos los acreedores relevantes (importantes) deberían prepararse para cooperar entre ellos, y también para conceder tiempo suficiente (pero limitado) al deudor (período de suspensión) para obtener de él información para ser evaluada, con el*

¹⁶ PROVINCIALI, RENZO, *Trattato di diritto fallimentare I*, pág. 324, nota 80.

¹⁷ PUGA VIAL, Juan Esteban, *Derecho concursal. El juicio de quiebra*, 3ª ed. actualizada, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1999, pág. 42 y ss..

¹⁸ ANICH, Juan A., “Los principios de INSOL y el acuerdo preventivo extrajudicial”, *Doctrina Societaria y Concursal*, octubre 2003, t. XV, pág. 1007.

fin de proponer modos de resolución de las dificultades.... el deudor deberá proveer, y permitir a los acreedores relevantes... el acceso a toda la información relativa a su patrimonio, deudas, negocios y perspectivas, a fin de permitir una evaluación adecuada". Normalmente esa información es retaceada o deformada.

Otra fórmula para habilitar la aplicación de las normas concursales que, alterando la original vinculación con los acreedores del deudor en relaciones de cambio, habilita la aplicación de normas propias de las relaciones de organización es la inminencia de la insolvencia¹⁹, conforme la cual los administradores societarios deben adoptar medidas en lo interno, y fracasando ellas podrán recurrir tempestivamente a la apertura de un proceso concursal de concurrencia.

La idea de generalidad, permanencia, objetividad e insalvabilidad que tipificaría al estado de cesación de pagos para habilitar la apertura de un procedimiento concursal, cede ante la confesión del deudor que de esa forma dispone de la posibilidad de adelantar o retardar la presentación. En definitiva, es una cuestión de inteligencia, incluso reservada al deudor común la calificación de su estado económico-financiero.

Claro que la apreciación de la situación de que es "dificultad", tiene una "vinculación directa con la proyección de la empresa", importando "un dictamen técnico", pues "*sólo el deudor está habilitado para invocar y probar las dificultades económicas y financieras*"²⁰ con una nota de generalidad, aunque bastará que el deudor pronuncie las palabras mágicas de "estar en cesación de pagos", como el "ábrete sésamo", para que se abra el proceso respectivo, sin siquiera preguntarle o constatar si agotaron los remedios internos.

Nuestro presidente, Jesús Sanguino Sánchez²¹ sostiene, luego de eruditas apreciaciones, que la apertura de los concursos habrá de fundar-

¹⁹ En la legislación española: PULGAR EZQUERRA, Juana, "La reforma del derecho concursal español: el presupuesto objetivo del concurso de acreedores", en *Doctrina Societaria y Concursal*, marzo 2004, t. XVI, pág. 267 conforme con "un principio conservativo como medio para la satisfacción de los acreedores".

²⁰ Conf. MOLINA SANDOVAL, Carlos A., *Acuerdo preventivo extrajudicial. Alternativas para la superación de las dificultades empresarias*, Abaco, Bs. As., 2003, pág. 98.

²¹ *Bases para una reforma de los procedimientos concursales*, Anuario de Derecho Comercial, Montevideo N° 2 pág. 177 y ss.

se en la existencia de una situación de “crisis económica del deudor”, y que la confesión de éste debe ser suficiente para la apertura del concurso.

Venimos incentivando²² encontrar técnicas jurídicas que aseguren la mayor anticipación en la apertura de los juicios concursales²³, tendiendo a prevenir los efectos nocivos de la actividad cumplida en cesación de pagos y los efectos expansivos del incumplimiento.

Cabe advertir que las soluciones preventivas en las sociedades se encuentran en la legislación específica. Es una constante de gran uniformidad en el derecho comparado.

IV. Algunas previsiones legislativas específicas

Se trata de distintas gradaciones²⁴, aconsejadas por la doctrina y receptadas por la legislación, surgiendo soluciones diferentes. Aunque dentro de ello, insistimos, en todos los casos existe una solución homogénea en el derecho comparado dentro de las legislaciones societarias.

- La actual legislación argentina eliminó la norma del art. 10 de la ley 19.551 (ya dejado en desuso con la reforma del '83 sobre la calificación

²² En *De la insolvencia*, 3 ts., In Memorian de Héctor Cámara y Francisco Quintana Ferreyra, Córdoba, Advocatus, 2000, con las comunicaciones al II Congreso Iberoamericano de la Insolvencia, *Técnicas preventivas de la insolvencia*. Tomo I pág. 5. 4º. En torno a responsabilidad y concurso. Un “embrión” de proyecto. Tomo III pág. 313. *Extensión de quiebra y de responsabilidad*, t. III pág. 411. *Daños causados por la insolvencia: Acciones individuales de responsabilidad contra administradores de sociedades*, t. III, pág. 549..

²³ Lo hicimos específicamente en los dos Congresos Iberoamericanos de Derecho Concursal (Barranquilla 2005 y Mérida 2006) organizados por el Instituto Iberoamericano de Derecho Concursal. También pueden verse otros trabajos: *Las relaciones de organización y el sistema jurídico del derecho privado*, Córdoba, 2000, ed. de la Academia de Córdoba, Capítulo X, Cuestiones que debería resolver una legislación concursal, y en el Capítulo XI, La reparación de daños y el acceso a la justicia (visión de un comercialista), pág. 457, en especial el parágrafo VI “La problemática concursal” a pág. 474, y la página web de esa Academia www.acader.unc.edu.ar

²⁴ ALEGRIA, Héctor, *Diálogo de Economía ... cit..*

de la quiebra), que imponía la oportunidad para requerir el concurso preventivo dentro del tercer día después que el deudor haya conocido su estado de cesación de pagos, norma que no impedía la presentación posterior, superando así la interpretación de normas que permitían rechazar la pretensión de suspensión de pagos presentada extemporáneamente. México imponía en anterior legislación la presentación dentro de los tres días -al igual que en España-, criterio que existía en nuestra ley 4156 que consideraba perentorio el plazo, lo que fue luego dejado de lado, y ahora mucho más. Cámara ²⁵ citaba a Bonfanti y Garrone sobre la utopía que presenta en nuestra sociedad que una sociedad o un comerciante se presente dentro de ese plazo. Destaca que legislaciones como las de Bolivia y Paraguay declaran improcedente el acuerdo o la apertura del concurso si existe un pedido de quiebra, aun rechazado, si el deudor no se presentó dentro del plazo (Bolivia, 15 días). El Líbano admite el concurso antes de la cesación de pagos o dentro de los 15 días de producido.

Mauricio Yadarola en el Proyecto que presentó en 1925 remarcó la necesidad de actuar anticipatoriamente, frente a la mera crisis financiera o económica general, y hoy es unánime la doctrina, y la legislación que se va perfilando en torno a la necesidad de actuar anticipatoriamente, o sea oportuna o tempestivamente. La mera avizoración de que pueda producirse el estado de cesación de pagos o la insolvencia, impone la obligación de actuar, lo que aparece como un deber de los administradores societarios, propio de su calidad de “buen hombre de negocios”.

Ello fue recién receptado en la legislación argentina en 1983 respecto a los llamados acuerdos preconcursales, pero hoy parece letra muerta y sin interés para el concurso preventivo, donde los informes generales de los síndicos promedian entre tres y ocho años el período en que la sociedad ha operado en cesación de pagos, sin que de ello la doctrina extraiga la existencia de alguna sanción para los administradores que así actúan. Los arts. 125-1 y 2 exigían una planificación que no fuere irrazonable.

La cesación de pagos confesada por el deudor satisface el presupuesto objetivo para alterar los requerimientos individuales e imponer la concurrencia ante el pedido de concurso preventivo, o la conversión del proceso de quiebra solicitado por tercero. La CNCom., Sala A, en autos

²⁵ CÁMARA, ob. cit., pág. 397.

“Santamarina, María s/concurso preventivo”, dispuso revocar la resolución que había rechazado *in limine* la apertura del concurso con sustento en que no se encontraba cumplido el presupuesto del estado de cesación de pagos, por considerarlo prematuro, con fundamento en que las obligaciones denunciadas, aun sin manifestación expresa de la imposibilidad de cumplirlas, constituyen hechos reveladores de la impotencia patrimonial.

- La reciente ley colombiana del 27 de diciembre de 2006 establece el “Régimen de insolvencia empresarial”, declara que el régimen de insolvencia propicia y protege la buena fe en las relaciones comerciales y patrimoniales, destacando como principios la universalidad, la igualdad de los concurrentes, la eficiencia e información, la negociabilidad, reciprocidad y gobernabilidad económica manifestada en una “dirección general definida para el manejo y destinación de los activos, con miras a lograr propósitos de pago y de reactividad empresarial”. A su vez, define en el art. 9º los requisitos de inicio del proceso de reorganización (Cap. II): “Situación de cesación de pagos o de una incapacidad de pago inminente”.

Esa ley determina cuándo “El deudor estará en cesación de pagos”, expresando que ello acaecerá cuando “Incumpla el pago por más de 90 días de 2 o más obligaciones a favor de 2 o más acreedores, contraídas en desarrollo de su actividad, o tenga por lo menos 2 demandas de ejecución presentadas por 2 o más acreedores para el pago de obligaciones”, agregando acumulativamente que ese pasivo “deberá representar no menos del 10% del pasivo total a cargo del deudor a la fecha de los estados financieros de la solicitud”.

La incapacidad de pago inminente se tendrá por tal cuando se “acredite la existencia de circunstancias en el respectivo mercado o al interior de su organización o estructura, que afecten o razonablemente puedan afectar en forma grave, el incumplimiento normal de sus obligaciones, con un vencimiento igual o inferior a un año”. Ello integra los puntos 1 y 2 respectivamente del art. 9º.

La visión de las normas societarias como preventivas, resulta del art. 10 que impone que la solicitud de reorganización debe presentarse con la acreditación de “No haberse vencido el plazo establecido en la ley para enervar las causales de disolución, sin haber adoptado las medidas tendientes a subsanarla”, “Estar cumpliendo con sus obligaciones de comerciante, establecidas en el Código de Comercio”, “estar al día en el pago

de las mesadas pensionales, bonos y títulos pensionales exigibles”, “No tener a cargo obligaciones vencidas por retenciones de carácter obligatorio, a favor de autoridades fiscales, por descuentos efectuados a los trabajadores, o por aportes al Sistema de Seguridad Social Integral”.

Ampliando la legitimación activa, el art. 11 autoriza el inicio del proceso en caso de cesación de pagos al deudor o a uno o varios de sus acreedores titulares de acreencias incumplidas, o solicitada de oficio por la Superintendencia que ejerza supervisión sobre el respectivo deudor o actividad”, y ante la situación de incapacidad de pago inminente “por el deudor o por un número plural de acreedores externos sin vinculación con el deudor o con sus socios”.

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

- La ley concursal 22/2003 de España, establece en su art. 2º como presupuesto objetivo la posibilidad de que la solicite el deudor justificando “*su estado de insolvencia, que podrá ser actual o inminente. Se encuentra en estado de insolvencia inminente el deudor que prevea que no podrá cumplir regular y puntualmente sus obligaciones*”²⁶, si en cambio la petición la formula un acreedor, “deberá fundarlo en título por el cual se haya despachado ejecución o apremio sin que del embargo resultasen bienes libres bastantes para el pago, o en la existencia” de los hechos reveladores clásicos: impago de obligaciones corrientes, existencia de embargos, alzamiento o liquidación apresurada, impago de obligaciones tributarias, previsionales, relaciones de trabajo.

- En orden a la pretendida reforma de la legislación concursal de la República Oriental del Uruguay, Ricardo Olivera García²⁷ subraya: “El

²⁶ ROJO, Angel, “Art. 2º Presupuesto objetivo”, en *Comentario a la ley concursal*, libro colectivo por Angel Rojo y Emilio Beltrán, Madrid, Civitas, 2004, pág. 164 y ss..

²⁷ En su *Anteproyecto de Ley de Concursos para la República Oriental del Uruguay* -ed. Universidad de Montevideo 1999- a pág. 310. El destacado del texto transcrito nos pertenece.

Proyecto procura que el mismo abarque la mayor cantidad posible de las situaciones de insolvencia que se presentan en la realidad y que los procedimientos solutorios se apliquen antes que el deterioro vuelva la situación irreversible. Para esto se propone estimular el acceso al concurso a iniciativa del deudor y de los acreedores... Si el concurso se transforma en un camino para que el acreedor logre la recuperación de sus créditos en situaciones de insolvencia, los acreedores estarán estimulados para transitar el mismo. Para reforzar este estímulo se propone conceder privilegio al acreedor quirografario que promueva el concurso...”.

- La reciente legislación francesa, buscando dar remedio a la “considerable disminución del derecho de los acreedores” ha puesto énfasis en los mecanismos de la tempestiva revelación de la dificultad (procedimientos de alerta y de conciliación) para evitar que tempranos problemas de liquidez se traduzcan en situaciones de insolvencia²⁸.

Recordemos que en esa legislación francesa²⁹, “*el procedimiento de la salvaguarda de la empresa se aparta en un punto de los reclamos reunidos en los estudios e informes tradicionales: la iniciativa limitada al empresario. Los esfuerzos para intervenir judicialmente en vista a superar dificultades que comprometieran la continuación del giro empresarial sólo tienen sentido si esa intervención es tempestiva, esto es, cuando los problemas no avanzaron hasta desencadenar en “la cesación de pagos” (estado que excluye la vía de la salvaguarda). A fin de que esa intervención judicial sea oportuna, es una prédica justificada por una experiencia irrefragable que la iniciativa no debe restar en manos exclusivas del empresario, quien demora al máximo su ocurrencia a las vías judiciales, tanto cuanto le permita su situación. Humanamente se comprende, y así fue señalado invariablemente; pero esa comprensión humana adquiere sentido si nos retroproyectamos cien años hasta los tiempos en que el*

²⁸ Rivista delle Società, *Il progetto di riforma del diritto fallimentare francese*, 2005, gennaio-febbraio fascicolo 1º, pág. 297.

²⁹ MAFFIA, Osvaldo J., “Francia. La ley del 16/julio/05 sobre salvaguardia de la empresa”, E.D. del 25/10/05.

*empresario era un comerciante individual, y estaba en sus manos arriesgar lo que le era propio. Hace mucho que la situación es bien otra. Si hoy un empresario trastabilla, no es sólo él quien se juega lo suyo, sino una empresa en la que va enancada la suerte de cuantos a ella se vinculan, dramáticamente en los casos de industrias madre-automotriz, construcción, petrolera y tantas otras- cada una de ellas posibilitando la vida de otras empresas que a su vez son fuente de ocupación y de innumerables actividades negociales. Se trata de algo tan patente, tan sabido, tan remarcado, que de alguna manera se comprende el dicho -hiperbólico- de que la empresa ya **no es**, del todo de los **titulares** (muchas veces anónimos). Y ello funda la preocupación por asegurar el recurso tempestivo a las vías judiciales, tempestividad que marcha a par y paso con lo que Pajardi llama, “amplitud del ámbito subjetivo” en orden a iniciativa”.*

Conforme con ello permite actuar ante una dificultad susceptible de comprometer la continuidad de la explotación (art. 611-2) para su subsanación. Marcando en un segundo grado la imposición de obrar tempestivamente en cuanto no hubiere transcurrido más de 45 días en cesación de pagos, se autoriza un procedimiento de concertación ante dificultades jurídicas económicas o financieras (art. 611-4), permitiendo otro procedimiento de reorganización o de salvaguardia (art. 620-1) cuando se enfrentaren dificultades que no pudiera superar y que fueran susceptibles de conducirlo al estado de cesación de pagos. A su vez, el procedimiento de “*redressement judiciaire*” -saneamiento de la empresa- (art. 631-1) corresponde cuando el deudor no pueda hacer frente al pasivo exigible con el activo disponible (cesación de pagos), con la pretensión de la continuidad de la actividad de la empresa, manteniendo el empleo y satisfacción del pasivo a través de un plan.

Siguiendo a Maffia ³⁰ se señala: “***El deudor que justifique dificultades que no está en condiciones de superar, susceptibles de conducirlo a la ‘cesación de pagos’, puede demandar la apertura de un procedimiento de salvaguarda, que apareja la suspensión provisoria de las ejecuciones. Ese procedimiento tiende a facilitar la reorganización de la empresa a fin permitir la prosecución de las actividades***

³⁰ También puede verse ALEGRÍA, Héctor, *Diálogo de Economía ... cit.*

*económicas, el mantenimiento del empleo y el arreglo del pasivo”. “El procedimiento de salvaguarda da lugar a un plan, confirmado por decisión judicial tras un período de observación y, en su caso, a la constitución de dos comités de acreedores”. El plan permite al deudor la elaboración, con sus acreedores, tendente a la elaboración de una fórmula que procure la reorganización de la empresa. En ese procedimiento el empresario conserva su rol, no incumbiendo al administrador judicial sustituirlo. Es decir, en la **salvaguarda** únicamente el deudor gobierna a su empresa”.*

“El procedimiento de salvaguarda -prosigue- da lugar a un plan confirmado por sentencia tras un período de observación y, en su caso, a la constitución de dos comités de acreedores...” (la ley contempla dos comités de acreedores porque uno comprende a los establecimientos de crédito, y el otro a los principales proveedores de bienes o de servicios). “El tribunal estatuye sobre la apertura del procedimiento después de haber oído o debidamente citado al deudor y los representantes del comité de empresa o, en su defecto, los delegados del personal. Puede asimismo escuchar a toda persona cuya audición le parezca útil (...). Antes de resolver, el tribunal puede comisionar un juez para reunir todas las informaciones que hagan a la situación financiera, económica, social y patrimonial de la empresa”, pudiendo asimismo “hacerse asistir por todo experto de su elección” (omitimos variantes).

“Cuando el proyecto de plan ha sido adoptado por los comités,... el tribunal se asegura de que el interés de todos los acreedores están suficientemente protegidos. En ese caso el tribunal homologa el plan conforme al proyecto adoptado... Su decisión hace aplicables a todos sus miembros las propuestas aceptadas por cada uno de los comités” (art. 626-31)

- En la legislación italiana se ha pasado de la cesación de pagos del Código de Comercio a la insolvencia de la legislación del '42, introduciéndose el plan de saneamiento tendiente al reequilibrio de la situación que evitan el cuestionamiento revocatorio de dichos actos, al igual que la legislación argentina de 1983 en los arts. 125-1 y 125-2 incorporados a la ley 19.551. Esa legislación impone que para admitir el proceso del concordato preventivo la empresa se encuentre en crisis y se presente un plan de saneamiento.

- En el derecho alemán se tratan supuestos por retraso de insolvencia e insolvencia sin masa, vinculados directamente con la tempestividad que recalca en la responsabilidad de los administradores -que a la postre sostenemos doctrinalmente aun a falta de normas específicas basados en los deberes obligaciones de los administradores societarios-:

a) La responsabilidad por retraso de insolvencia es un gran problema. En teoría funciona de esta manera: Si una sociedad de capital está sobreendeudada o entra en cesación de pagos, el directorio o los gerentes deberán solicitar la apertura del procedimiento de insolvencia si no logran un saneamiento dentro de las tres semanas subsiguientes (art. 92 de la ley de S.A., art. 64 de la ley de S.R.L.). Si no lo hicieran, se harían pasibles de sanciones (art. 401 de la ley de S.A., art. 84 de la ley de S.R.L.). Además los acreedores podrán exigir del directorio o de los gerentes una indemnización por daños y perjuicios, pues las normas son así llamadas leyes de protección y su violación culposa conduce a la indemnización por daños y perjuicios (art. 823 inciso 2 del Código Civil).

b) Cierta día los síndicos concursales descubrieron normas que habían quedado a oscuras durante 100 años. Según estas disposiciones en el derecho de sociedades anónimas y S.R.L. el directorio o los gerentes deberán realizar a la masa cada uno de los pagos, que hubiera efectuado en forma culposa después de manifiesto el sobreendeudamiento (art. 93 inciso 3 N° 6 de la ley S.A., art. 64 inciso 2 de la ley de S.R.L.). Hay que tener en cuenta que esto no es una “actio pauliana” (impugnación por los acreedores), sino una demanda de restitución contra el directorio o el gerente. La jurisprudencia aplica estas disposiciones en forma textual. Aquí no se piensa en daños a los acreedores. La concreción de la responsabilidad es realmente simple, el riesgo de responsabilidad es para la conducción de la empresa absolutamente incalculable ³¹.

³¹ SCHMIDT, Karsten, disertación en Argentina, 2005, sobre “Responsabilidad de los socios y administradores en el derecho alemán”, de donde entresacamos las referencias del texto, y además: Para ilustrarlo voy a crear un caso. Imaginémonos un supermercado como S.R.L. con una facturación promedio. Cada noche el gerente lleva el dinero de las cajas al banco y hace acreditar la suma en la cuenta bancaria. Seguramente por día serán más de 10.000 pesos. En la crisis de la sociedad la cuenta bancaria es negativa, o sea tiene

Arribamos así al breve análisis bajo tales parámetros de la legislación mexicana, que dejamos *ex profeso* para el final, para que quede -en el marco que hemos formalizado- para el debate de los especialistas locales, que son los que pueden explicar adecuadamente la interpretación y modalidad de aplicación de esas normas.

Coherentemente con lo expuesto, la ley de concursos mercantiles determina en el art. 1º que “Es de interés público conservar las empresa 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. 1 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 sustancial y procesal, que regla las relaciones entre los acreedores convocados y concurrentes a este proceso de reorganización.

El art. 9º define el presupuesto sustancial: “Será declarado en concurso mercantil, el Comerciante que incumpla generalizadamente en el pago de sus obligaciones Se entenderá que un comerciante incumplió generalizadamente en el pago de sus obligaciones, cuando: I. El comerciante solicite su declaración en concurso mercantil y se ubique en alguno de los supuestos consignados en las fracciones I o II del artículo siguien-

un saldo deudor. Cuando el gerente lleva el dinero al banco tiene la sensación de estar administrando activos de la sociedad y no piensa que cada día está efectuando pagos a un acreedor, en este caso el banco. Si se abre el procedimiento de insolvencia, el síndico del concurso retirará todos los pagos desde el sobreendeudamiento quizás también del banco (eso sería la *actio pauliana*). Pero seguramente demandará al gerente. Si éste hubiera arrastrado durante 100 días la insolvencia, resultará una responsabilidad de más de 1 millón de pesos (o sea 100 x 10.000). En la práctica eso significa: el gerente sufre un embargo masivo, sin que se cuestione si hubo un daño. Yo he protestado contra ello y considero que esta responsabilidad es exorbitante. Pero así se maneja en la práctica en Alemania.

te, o II. Cualquier acreedor o el Ministerio Público hubiesen demandado la declaración de concurso mercantil del comerciante y éste se ubique en los dos supuestos consignados en las fracciones I y II del artículo siguiente”.

Y el art. 10 especifica: “Para los efectos de esta ley, el incumplimiento generalizado en el pago de las obligaciones de un comerciante a que se refiere el artículo anterior, consiste en el incumplimiento en sus obligaciones de pago a dos o más acreedores distintos y se presenten las siguientes condiciones:

I. Que de aquellas obligaciones vencidas a las que se refiere el párrafo anterior, las que tengan por lo menos treinta días de haber vencido representando el treinta y cinco por ciento o más de todas las obligaciones a cargo del comerciante a la fecha en que se haya presentado la demanda o solicitud de concurso, y

II. El comerciante no tenga activos enunciados en el párrafo siguiente, para hacer frente a lo por lo menos el ochenta por ciento de sus obligaciones vencidas a la fecha de la demanda”.

Claro que el art. 11 simplifica la cuestión, determinando que “Se presumirá que un comerciante incumplió generalizadamente en el pago de sus obligaciones, cuando se presente alguno de los siguientes casos:

- I. Inexistencia o insuficiencia de bienes en qué trabar ejecución al practicarse un embargo por el incumplimiento de una obligación o al pretender ejecutar una sentencia en su contra con autoridad de cosa juzgada;
- II. El cumplimiento en el pago de obligaciones a dos o más acreedores distintos;
- III. Ocultación o ausencia, sin dejar al frente de la administración u operación de su empresa a alguien que pueda cumplir con sus obligaciones;
- IV. En iguales circunstancias que en caso anterior, el cierre de los locales de su empresa;
- V. Acudir a prácticas ruinosas, fraudulentas o ficticias para atender o dejar de cumplir sus obligaciones.
- VI. Incumplimiento de obligaciones pecuniarias contenidas en un convenio celebrado en términos del Título Quinto de esta ley, y
- VII. En cualesquiera otros casos de naturaleza análoga”.

Sin formalizar otro juicio de valor, pensamos que corresponderá integrar el sistema, como en el derecho argentino, con las normas del derecho societario, y determinar la existencia de responsabilidad si no se actuó diligentemente, oportunamente generando daño, como hemos visto lo hace el derecho alemán.

V. En lo societario

La funcionalidad y la legislación societaria tienen hoy normas y recursos que permiten reencauzar las crisis patrimoniales. Son fundamentales las previsiones en torno a cómo 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, aumento por capitalización de pasivos, solución esta última que debería anticiparse a la apertura de cualquier concurso, como lo hace la ley concursal de Colombia, vinculando ambas legislaciones.

1. Una resolución de importante dependencia estatal en materia de autoridad de contralor societaria en la República Argentina, generará un cambio fundamental.

Se trata de la resolución de la IGJN N° 6/2006 que impone cierto contenido a la Memoria.

Esta no sólo importa formular un plan de empresa, sino una apreciación sobre la avizoración de una crisis, sensiblemente anterior al supuesto de una crisis instalada, poniendo la cuestión en manos de los socios. Se devuelve el natural rol que tiene la Memoria de las Sociedades.

La cuestión de cómo la desenvuelve el inspector general lo es en relación a la Memoria, con lo que quedará solucionada toda discusión en torno a la preconcursalidad, imponiendo recorrer el camino societario a las sociedades que atravesen una crisis y descartando la posibilidad que la sociedad opere largo tiempo en cesación de pagos (incluso una mera crisis), sin que los administradores se vean obligados a planificar, poniendo la cuestión en manos de los socios.

Ese plan de empresa, a la postre, no es sino la Memoria que deben anualmente configurar los administradores de las sociedades anónimas, para asegurar una buena administración, formalizar un análisis de los ne-

gocios concluidos y prospectivo del futuro de la empresa, para su propio gobierno y examen de los accionistas. Esa información es integrada por el Estado de Resultados (arg. art. 64 b) 9 *in fine*, ley 19.550, y las notas complementarias (art. 65 ley 19.550).

La memoria de los administradores y las notas complementarias (arts. 66 y 65 ley 19.550) debe expresar las razones en torno a la determinación de reservas facultativas que excedan las legales³², que permitan determinar que son razonables y corresponden a una prudente administración³³, las causas “detalladamente expuestas” por las que se propone el pago de dividendos o la distribución de ganancias en otra forma que en efectivo, y, fundamentalmente, la estimación u orientación sobre perspectivas de las futuras operaciones³⁴, como también todo lo acaecido entre el cierre del balance y la confección de la memoria (art. 65 1º f, ley 19.550). Las perspectivas de las futuras operaciones importan anticiparlas en su orientación y determinar el posible impacto económico y sus resultados, que deben tener una vinculación directa con el plan de reservas facultativas y política de dividendos. Implica sin duda una planificación de las operaciones futuras y de su prospectiva.

La resolución reconoce el origen doctrinario de los planteos, y de la inmediata unidad que generó en la escuela cordobesa, la que se nutrió en el vuelco masivo que esa formulación encontró en la doctrina. Justamente ante las actitudes ambiguas, partiendo de que la ley 24.522 y sus reformas no exigen ninguna planificación para salir de la crisis, ni para presentar acuerdo (no para ser evaluado por un tercero o por un juez, sino como parámetro para juzgar la responsabilidad del administrador), se formuló una tesis³⁵ sosteniendo que las soluciones deben buscarse en el caso del

³² Explicación clara y circunstanciada.

³³ Arg. art. 70 ley 19.550 que autoriza el cuestionamiento de la constitución de reservas facultativas excesivas.

³⁴ Art. 66, apartado 5, en concordancia con las notas que impone el art. 65, apartado f, de la ley 19.550.

³⁵ ALBERTI, Marcelo Edgardo, “Una contribución de Efraín Hugo Richard al derecho concursal: El plan de empresa como recaudo del concurso preventivo en “Derechos patrimoniales”, *Estudios en Homenaje al Profesor Emérito Dr. Efraín Hugo Richard*, citado, t. II, pºsg. 949. Conf. ntros. “Salvataje de la empresa y propuesta de acuerdo preventivo”, *Revista Derecho y Empresa de la Universidad Austral*, 1996, Nº 6, Rosario,

concurso de sociedades en la legislación societaria, particularmente para determinar acciones de responsabilidad, como la de imputabilidad aditiva (denominada de inoponibilidad de la personalidad jurídica³⁶), o de acciones de responsabilidad individual por los acreedores posteriores a la cesación de pagos, todas con posibilidad de ejercitarse extraconcursalmente.

Ello se impone ahora a través de la referida resolución. Se señalan en sus consideraciones, conforme hemos desarrollado: "... Que la vigencia de deberes, principios y prácticas como los señalados, fundan requerir a la publicidad financiera alcances que aporten a la transparencia del mercado y la lealtad en la libre competencia, habiendo también destacado la doctrina la importancia del plan de empresa tanto desde la mira de la responsabilidad profesional de los administradores como desde la seriedad y viabilidad de las soluciones concursales para empresas en crisis. Al respecto ha recordado Richard que *"la obligación de un buen hombre de negocios es planificar para el cumplimiento del objeto social de la sociedad que administra. Aun planificando existen riesgos, pero actuar sin planificación es de por sí generador de responsabilidad por no adoptar la actitud profesional que el art. 59, L.S. exige. La cuestión se potencia cuando actúa un órgano colegiado, que desen-*

2ª quincena de marzo de 1997, págs. 121 a 128; "Propuesta de acuerdo preventivo. Su integración necesaria con un plan de dirección" en Doctrina Societaria N° 109, diciembre 1996, Errepar, t. VIII, pág. 548 y ss.; "Ensayo sobre el plan de empresa y las obligaciones del empresario", en Revista Estudios de Derecho Comercial, del Colegio de Abogados de San Isidro, N° 9, 1993, págs. 55 a 70; "El 'buen hombre de negocios' y el 'plan de empresa'" en Doctrina Societaria y Concursal, Errepar, t. V, pág. 337. *Crédito y plan de empresa* en XXIX Congreso Anual Ordinario de ABAPRA, La Rioja, 30 de mayo/ 1 de junio de 1988; "¿Se integra la propuesta de acuerdo con un plan de cumplimiento?", ponencias al III Congreso Nacional de Derecho Concursal y I Congreso Iberoamericano sobre la Insolvencia, Mar del Plata, 27, 28 y 29 de noviembre de 1997, 3 tomos, Buenos Aires, Ad-Hoc, 1997, t. I, pág. 433; "Salvataje de la empresa: ¿una postulación sin respuesta en la ley concursal?", con FRANCISCO JUNYENT BAS y Orlando Manuel MUIÑO, en RDCO año 30, 1997, pág. 525 y ss..

³⁶ RICHARD, Efraín Hugo, comunicación sobre "Las sociedades comerciales y su actuación en el mercado" al Primer Congreso Argentino-Español de Derecho Mercantil, Valencia, España, 19, 20 y 21 de septiembre de 2001, con títulos *Sociedades comerciales y personalidad jurídica, Allanamiento, desestimación e inoponibilidad de la personalidad jurídica, Responsabilidad de los integrantes de los órganos de administración, Responsabilidad de los controlantes*" (*Una propuesta metodológica*).

vuelve su actividad a través de resoluciones que importan un acto colegial colectivo imputable a la sociedad” (Richard, Efraín Hugo, “El plan de empresa, Ética y responsabilidad del empresario”, en *Estudios en honor de Pedro J. Frías*, Ed. de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, 1994, t. III, p. 1187; en similar sentido, el autor citado, junto con Junyent Bas, Francisco y Muiño, Orlando, “Salvataje de la empresa: ¿una postulación sin respuesta en la ley concursal”, *Rev. de Derecho Comercial y las Obligaciones*, Depalma, Bs. As., 1997, p. 525); y que “en la realidad económica de hoy la responsabilidad de los administradores societarios, situación calificada en el caso de grupos societarios, toma especial relevancia por las crisis que han llevado, incluso, a pergeñar una nueva legislación concursal. Pero consideramos que la cuestión no se solucionará con esa legislación concurrencial, sino previniendo sobre la misma sociedad, imponiendo una adecuada inteligencia del rol de sus administradores y particularmente de su responsabilidad frente a la crisis preanunciada y no afrontada” (del prólogo de Richard a *Responsabilidad de los administradores*, de Junyent Bas, Francisco, Ed. Advocatus, Córdoba, 1996); otros autores se han inscripto en análoga orientación en torno a la necesidad de un plan de empresa para la viabilidad concursal de ésta (confr. Quintana Ferreyra, Francisco, *Concursos*, Astrea, t. II, pp. 396/397; Tonon, Antonio, “El acuerdo preconcursal”, en *Rev. del Derecho Comercial y de las Obligaciones*, Depalma, Bs. As., 1984, p. 167; Segal, Rubén, “El régimen legal de los acuerdos preconcursales”, L.L. 1984-D-1186; Porcelli, Luis, “Particularidades de la liquidación falencial en clubes ‘grandes’ de fútbol profesional”, LL. 1999-B-1096)..... Conforme a ello el subinspector general (int.) a cargo de la Inspección General de Justicia, RESUELVE: art. 1.- A los fines del cumplimiento de lo dispuesto por el artículo 66, encabezamiento e incisos 1), 5) y 6), de la ley 19.550, la memoria de ejercicio de las sociedades por acciones deberá incluir, (donde destacamos en relación a situaciones de crisis y la tempestividad para enfrentarla, no necesariamente en forma concursal, los apartados 5, 6 y 7, 5); los siguientes indicadores, razones o índices, expuestos comparativamente en columnas correspondientes a los del ejercicio anterior y a los del ejercicio a que se refiera la memoria, explicitando la fórmula (cociente) utilizada para su cálculo: a) Solvencia; b) Endeudamiento; c) Liquidez corriente; d) “Prueba del ácido” o liquidez inmediata; e) Razón del patrimonio al activo; f) Razón de inmovilización

de activos o del capital; g) Rentabilidad total y ordinaria de la inversión de los accionistas; h) Apalancamiento o “leverage” financiero; i) Rotación de activos; j) Rotación de inventarios. ...6. La definición de los objetivos para el nuevo ejercicio en los alcances y con la fundamentación, mínimos contemplados en el inciso 2), con consideración, en su caso, de las vinculaciones a que se refiere el inciso 4) y de componentes del contexto general y sectorial que se estimen previsibles, y la mención concreta de las correcciones principales a la política empresarial que se considere necesario introducir. 7. La estimación aproximada del monto que, en caso de considerárselos necesarios, deberían alcanzar los aportes de los accionistas o u otros medios de financiación durante el ejercicio entrante”.

En síntesis, el contenido de la Memoria toma así su verdadero carácter de prevención y planificación, imponiendo el análisis anticipatorio de toda situación de crisis, provocando la actuación preventiva de una cesación de pagos dentro del ámbito societario, evitando el sistema concursal de enriquecimiento de los socios que genera en forma sospechosa quitas y esperas predatorias a los acreedores quirografarios llamados al concurso.

2. Como viene sosteniendo en otros trabajos de uno de los coautores de esta ponencia ³⁷, la conservación de la empresa estructurada societariamente es un problema de los administradores y de los socios. Es una cuestión de derecho privado. Obviamente que tal reorganización podría ser asumida directamente por la sociedad como una propuesta de acuerdo preventivo extrajudicial o judicial ³⁸, incluso cuando no lo hubie-

³⁷ RICHARD, Efraín Hugo, “La conservación de la empresa”, en *Anales de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba*, t. XXV, pág. 107 y ss. correspondiendo a mi comunicación en ocasión de recibir el Premio Academia en 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..

³⁸ 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%.

ran logrado en un intento absolutamente privado siguiendo la vía prevista de la capitalización de pasivo (art. 197 L.S.), que es cuidadosamente ignorado por los administradores dolosos. A veces sospechamos que los esos administradores ignoran la gravedad de sus conductas por la falta de un adecuado asesoramiento.

Todo ello es conforme al “bien jurídico tutelado por la legislación concursal”³⁹ y a las obligaciones-deberes de administradores societarios de actuar como “buenos hombres de negocios”.

El presupuesto objetivo de la aplicación del sistema concursal es la cesación de pagos o su inminencia -dificultades financieras o económicas generales-, resultado ello el antivalor que reemplaza la autonomía de la voluntad y la regulación bilateral para componer las relaciones de cambio entre el deudor y sus acreedores.

Se señala⁴⁰ que *“lo dirimente es poner la cuestión en manos de los socios. Estos tal vez decidan la capitalización de la empresa o admitan su fusión por absorción con otro ente más saludable”*.

A la empresa -metafóricamente- no le interesa quiénes sean sus dueños, sino “ser empresa” o sea “autosustentable”.

Frente a la falta de actuación tempestiva de administradores societarios -de omisión de sus deberes- se trata de pensar en la responsabilidad de los administradores -y quizá también 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 vida⁴¹, como ha señalado recientemente importante doctrina judicial⁴².

³⁹ RICHARD, Efraín Hugo, “Bien jurídico tutelado por la legislación concursal” en Revista de la Universidad Nacional de Córdoba, años 79/80, pág. 262.

⁴⁰ BARREIRO, Marcelo G. - TRUFFAT, E. Daniel, “Responsabilidad de administradores y representantes en la ley de quiebras: el deber fiduciario de la ley de sociedades, ¿se traslada a los acreedores”, en Doctrina Societaria y Concursal, octubre 2005, t. XVII, pág. 1205 y ss.

⁴¹ “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.

⁴² CNCom., Sala B, 20/12/06, “Transportes Perpen S.A. s/ quiebra c/ Ernesto Perpen y otros s/ordinario (acción de responsabilidad)”.

3. Como conclusión, frente a una crisis económico-financiera de una sociedad deben habilitarse procedimientos para afrontarla en la forma más rápida posible. Estos se encuentran uniformemente en el derecho comparado, dentro de la legislación societaria y se están a cargo de los administradores.

Córdoba (República Argentina) junio de 2007.

EL AUMENTO DE CAPITAL COMO SOLUCIÓN A LA CRISIS *

EFRAÍN HUGO RICHARD Y ANTONIO SILVA OROPEZA

Sumario: I. El antecedente y la preocupación. II. Las tendencias: afrontar la crisis anticipatoriamente y en forma extrajudicial. III. El aumento de capital. IV. Planificación. V. Ineficiencia y eficiencia. VI. Análisis económico y daño (y responsabilidad) por insolvencia. VII. Conclusión.

I. El antecedente y la preocupación

En “La eficiencia del derecho concursal (sobre la tempestividad y el presupuesto”, *objetivo*), comunicación que formalizáramos también conjuntamente al Primer Congreso Mexicano de Derecho Concursal, Ciudad de México 27 a 29 de junio de 2007, afrontamos dilucidar cuál es el fundamento, razón de ser o bien jurídico tutelado por el derecho concursal, particularmente refiriéndonos a la conservación de la empresa -con o sin sus administradores originarios-, organizada societariamente.

Señalábamos que para que la conservación de la empresa represente un verdadero principio debe tenerse presente el complejo de *intereses* que concurren en su mantenimiento, que no son ya los mismos que generaron su advenimiento -limitados a la decisión empresarial que generó el aporte patrimonial para su fundación-.

* Comunicación al II Congreso Mexicano de Derecho Concursal, Guadalajara 2008.

Son los “intereses diversamente vinculados” a través del funcionamiento normal de la empresa: de los trabajadores, los proveedores, los clientes, la comunidad nacional, el mercado en su conjunto y el Estado.

Representando correctamente esa problemática de los intereses vinculados en la conservación de la empresa, la ley de concursos mercantiles de México -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”.

Cuando la empresa está organizada con la técnica jurídica societaria, en su normativa debe encontrarse su solución.

Apuntamos que en el derecho argentino se ha potenciado que las situaciones sean irreversibles, pese a facilitar herramientas al administrador societario a través del acuerdo preventivo extrajudicial, generándose la idea de que los administradores societarios pueden continuar ininterrumpidamente la actividad de la sociedad pese a estar en insolvencia, sin planificación coherente, tratando de obtener más créditos o reciclar el existente.

II. Las tendencias: afrontar la crisis anticipatoriamente y en forma extrajudicial

Viene marcándose la conveniencia de afrontar las crisis en su inicio, antes que se instale en la empresa y propague al mercado la cesación de pagos, y de ser posible haciéndolo con los menores costos de transacción, extrajudicialmente y causando el menor daño a los intereses vinculados.

La doctrina ha sido conteste, y el derecho comparado viene dando soluciones diversas, que ante las crisis los remedios deben aplicarse en la forma más rápida posible, evitando la profundización de esa crisis y su contagio, y la importancia capital de la prevención¹.

¹ Lo hacía Yadarola en 1925, en el *Proyecto de ley de quiebras*, publicado en la Revista de la Universidad Nacional de Córdoba, 1925, y reproducido en *Homenaje a Yadarola*, Editorial Universidad Nacional de Córdoba, Córdoba 1963, t. I, pág. 335, lo

Desde ese aspecto señalamos desde hace tiempo que las legislaciones mundiales otorgan soluciones a las crisis económico-financieras de las sociedades a través de ese propio medio técnico de la organización empresaria ².

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

“La terapéutica debe adoptarse oportunamente, a imagen de las personas físicas que padecen alguna dolencia, en su oportunidad, y no tardíamente; es decir, cuando detectan los primeros síntomas de dificultades, y no al tiempo de la insolvencia.... Los legisla-

hizo nuestra legislación en 1983 y ahora lo remarca MAFFÍA, Osvaldo J., “Francia. La ley del 26/julio/05 sobre salvaguarda de la empresa”, en E.D. del 25/10/05: “*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**, aun 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 en nuestra 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)”. Conf. RICHARD, Efraín Hugo, *Justicia y derecho. Insolvencia societaria: “El incumplimiento voluntario de ciertas obligaciones por un deudor en dificultades financieras puede llevar a la quiebra al acreedor previsor que se encontraba in bonis”*, en *Congreso de Academias Iberoamericanas de Derecho*, edición Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Córdoba, 1999, pág. 631 y ss.*

² RICHARD, E.H., *Insolvencia societaria*, Buenos Aires, Lexis Nexis, 2007 y los antecedentes en él relacionados.

*dores de diversos países apoyan dicha tesitura, aunque no siempre con éxito... Un viejo adagio reza 'más vale prevenir que curar'”*³.

Se trata, a la postre de situaciones de desequilibrio que ponen en peligro la supervivencia de una organización⁴, 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.

Desde la doctrina tradicional se señala⁵ -citando a Bolaffio y a Rocco que “... *Se ha dicho que la presentación del deudor no es un acto discrecional sino el cumplimiento de un deber impuesto por la ley...*”. De allí que no se vea que intentamos poner sobre las espaldas de los administradores societarios deberes que escapen a sus normales funciones. Con ello despejamos las preocupaciones que distinguidos juristas amigos han formalizado al respecto⁶.

³ CÁMARA, Héctor, *El concurso preventivo y la quiebra*, Buenos Aires, Depalma, 1982, t. III, pág. 1429.

⁴ CICHERO, Liliana, “Las crisis empresariales y el acuerdo preventivo extrajudicial homologado”, en L.L. Actualidad del 15/3/01, pág. 1.

⁵ HEREDIA, Pablo D., *Tratado exegético concursal...*, citado, t. I, pág. 324, 2º párrafo, Bolaffio y a Pajardi en la nota 8.

⁶ ALEGRÍA, Héctor, “Diálogo de economía y derecho y convergencias culturales y sociales en la insolvencia” citado, en el último capítulo (X) al referirse a los administradores de las sociedades en crisis (“El rol de los administradores ante la situación de insolvencia”), tiene a bien hacer una condescendiente referencia a algunos de mis trabajos en ese aspecto: “*Un autor local que está trabajando el tema (Richard) dice: cuando se presenta la cesación de pagos o la insolvencia, el administrador tiene que variar su norte y ceñirse a una administración correcta de la empresa, a los pasos legales, administrativos o económicos financieros para la solución de la crisis, y si no lo hace responde ante los acreedores. No sólo a los accionistas que lo han nombrado sino también y fundamentalmente ante los acreedores*” -que sin ser textual representa nuestra posición ante el evidente apartamiento de esas conductas que resulta del informe de los síndicos en concursos preventivos- que señalan cesaciones de pago de larga data sin que se adopte ninguna previsión antes de convocar a los socios a ratificar la presentación en concurso; o que resulta de los libros societarios si es que no se han incendiado o sustraído por terceros-. Sigue el distinguido jurista más adelante: “*La exposición completa de estos*

III. El aumento de capital

Pero lo importante y sobre lo que queremos centrar nuestra mirada, es en la norma de la legislación concursal mexicana, que apunta a los acuerdos concursales de aumento de capital, forma por demás equilibrada de solucionar los aspectos económico financieros de una infrapatrimonialización o incapitalización material o substancial.

Se trata del art. 155: “En caso de que en la propuesta de convenio se pacte un aumento de capital social, el conciliador deberá informarlo al juez para que lo notifique a los socios con el propósito de que éstos puedan ejercer su derecho de preferencia dentro de los quince días naturales siguientes a su notificación. Si este derecho no es ejercido dentro del plazo señalado, el juez podrá autorizar el aumento de capital social en los términos del convenio que hubiere propuesto el conciliador”.

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

En ese contexto resulta importante otorgar la preferencia a los socios, que quizá no quisieron capitalizar la sociedad en el contexto de la legislación societaria por la crisis que atravesaba la sociedad. Pero ahora con un acuerdo el horizonte negocial puede ser excelente y reconsiderando

temas ha dado lugar a importantes aportes doctrinales, muestra lugares comunes que se entrecruzan. En efecto, ante una crisis el administrador debe tomar decisiones, a veces imaginativas y otras desafiantes. Si ese administrador está sujeto a rigores extremos, algunos juzgados sólo ex post o sobre presupuestos meramente formales, es altamente factible que limite su accionar, con perjuicio de la empresa y de su recupero. También esa rigurosidad puede incidir en la selección de nuevos administradores de una empresa en crisis, pues cabe que se restrinja o desaparezca la posibilidad de incorporar personas capaces, o bien que quienes acepten circunscriban su actividad y no sean eficaces para la solución”. La preocupación es similar a reparos que nos formalizan los Dasso en nuestras fraternales discusiones en giras por congresos internacionales, al mismo tiempo que nos alientan a proseguir nuestro análisis sistémico, separándonos de discusiones sobre aspectos formales, meramente doctrinarios o procedimentales. Las mismas no son diferentes a las que motivaron la primer polémica con Truffat, acompañado de Barreiro, en “Responsabilidad de administradores y represenantes en la ley de quiebras: el deber fiduciario de la ley de sociedades, ¿se traslada a los acreedores” citado, que contestamos adhiriendo y tranquilizándolos en “Está lloviendo. ¡Se acabó la sequía!”, también ya citado. De ninguna forma pretendemos que el administrador asuma el riesgo del mercado o del error en la planificación, sino que tome conciencia que de una actitud omisiva o desleal puede resultar responsabilidad.

la situación decidirse a mantener su posición societaria. No dudamos que en el caso no sólo tendrían derecho de preferencia, sino también de acrecer si alguno de los consocios no ejercitara su derecho.

Con ese ingreso de capital se satisfarán las obligaciones sociales que motivaron el concurso y cesará la situación de crisis, por lo que se habrá sobrepasado la situación concursal con un bajo coste de transacción.

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

Como señaló la jurisprudencia⁷: “... 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.

Lo “*dirimente*’ es poner la cuestión en manos de los socios. Estos tal vez decidan la capitalización de la empresa o admitan su fusión por absorción con otro ente más saludable”⁸. Claro que lo ideal es hacerlo a través de la funcionalidad societaria, sin presentación en concurso.

IV. Planificación

Frente a la falta de actuación tempestiva de administradores societarios -de omisión de sus deberes- se trata de pensar en la responsa-

⁷ Cámara del Trabajo y Minas, 4ª Nominación de Santiago del Estero, República Argentina, 15/6/05, en la causa “Salazar, Oscar E. c/ Forestal El Milagro S.R.L.”, L.L. NOA 2005-1446.

⁸ BARREIRO, Marcelo G. - TRUFFAT, E. Daniel, “Responsabilidad de administradores y representantes en la ley de quiebras: el deber fiduciario de la ley de sociedades, ¿se

bilidad de los administradores -y quizá también 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 vida⁹, como ha señalado importante doctrina judicial¹⁰.

La planificación, propia de las relaciones de organización, se impone particularmente cuando se advierte una crisis. Como tal es ajena al derecho concursal, pues evita un incumplimiento generalizado, o cuanto menos lo precede. Una actuación tempestiva en lo interno de la sociedad o en la actuación pre o concursal permitirá la rápida solución a la crisis, pero si los administradores y socios no actúan oportunamente y la crisis se agrava no pueden pretender que sean los acreedores los que soporten su impericia o su dolo.

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 doble análisis de viabilidad para determinar el merecimiento de una tutela. Ese examen lo debería hacer primariamente el mismo titular del patrimonio, constituyendo *el plan de negocios*. Alberti¹¹

traslada a los acreedores”, en *Doctrina Societaria y Concursal*, octubre 2005, t. XVII, pág. 1205 y ss.

⁹ “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.

¹⁰ CNCCom., Sala B, 20/12/06, “Transportes Perpen S.A. s/ quiebra c/Ernesto Perpen y otros s/ ordinario (acción de responsabilidad)”.

¹¹ ALBERTI, Marcelo Edgardo, “Una contribución de Efraín Hugo Richard al derecho concursal: El plan de empresa como recaudo del concurso preventivo”, en *Derechos patrimoniales*, Estudios en Homenaje al Profesor Emérito Dr. Efraín Hugo Richard, citado t. II, pág. 949. Conf. ntros. “Salvataje de la empresa y propuesta de acuerdo preventivo”, *Revista Derecho y Empresa de la Universidad Austral* N° 6, Rosario 2ª quincena de marzo de 1997, págs. 121 a 128; “Propuesta de acuerdo preventivo. Su integración necesaria con un plan de dirección”, en *Doctrina Societaria* N° 109, diciembre 1996, Errepar, t. VIII, pág. 548 y ss.; “Ensayo sobre el plan de empresa y las obligaciones del empresario”, en *Revista Estudios de Derecho Comercial*, del Colegio de Abogados de San Isidro, N° 9, 1993, págs. 55 a 70; “El ‘buen hombre de negocios’ y el ‘plan de empresa’”, en *Doctrina Societaria y Concursal*, Errepar, t. V, pág. 337; “Crédito y plan de empresa” en XXIX Congreso Anual Ordinario de Abapra, La Rioja 30 de mayo-1 de junio de 1988; “¿Se integra la propuesta de acuerdo con un plan de cumplimiento?”, ponencias al III Congreso Nacional de Derecho Concursal y I Congreso Iberoamericano sobre la

con la profundidad de su escalpelo jurídico subraya que “el concurso preventivo se desenvolverá incurablemente como una dialéctica solamente procedimental, destinada a cerrarse documentalmente cuando los acreedores acuerden con el insolventes vías de solución que continúan siendo principalmente, casi exclusivamente, un aplazamiento de la exigibilidad de los pagos, o una reducción de los montos a pagar... Bastaría para promover una modificación de ese desarrollo ritual de lo *actualmente llamado retóricamente solución concordataria*... que el concursado ha de exponer un *plan* de su futura actividad económica... pues la sola utilización del remedio jurídico no curará los males empresarios. La necesidad de requerir en el concurso la enunciación y difusión del llamado *plan de empresa* fue sostenida perspicazmente por Richard, en referencia al acuerdo preventivo prejudicial; formulando en torno de ello una exposición válida para toda forma concordataria... la carencia de ese *plan* provoca fatalmente la inoperancia de los esfuerzos aplicados a la concreción del acuerdo preventivo extrajudicial; como puede ser visto en su *Efectos societarios de la insolvencia*¹²; ...sostuvo... valerosamente al hacerlo en un medio más proclive a la tolerancia vergonzante que a la exigencia del cumplimiento de las obligaciones del tráfico, *que un juez podría no homologar un acuerdo que no previera su factibilidad en una formulación mínima en torno de la viabilidad, expresada juntamente con la fórmula de la quita, espera u otras*. Fue esta una tesis atinada; que indica constituir un debito implícito de la obtención del concordato con los acreedores, la formulación de un programa de operaciones ulteriores al acuerdo... la disponibilidad de ese plan permitiría advertir desde una etapa inicial del procedimiento, y casi inequívocamente la viabilidad de la empresa del insolvente”.

Recordábamos inicialmente que el problema temporal es central para asumir la crisis y la opinión que basta con ofrecerle estímulos al administra-

Insolvencia, Mar del Plata, 27, 28 y 29 de noviembre de 1997, 3 tomos, Buenos Aires, Ad-Hoc, 1997, t. I pág. 433; “Salvataje de la empresa: ¿Una postulación sin respuesta en la ley concursal?” juntamente con Francisco Junyent Bas y Orlando Manuel Muiño, en RDCO año 30, 1997, pág. 525 y ss..

¹²En *Anales XXVI* (1987) 161, de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, y sigue Alberti: “retomó el tema, por segunda vez hasta donde conocemos en su *El ‘buen hombre de negocios’ y el ‘plan de empresa’*, *Doctrina Societaria y Concursal*, abril 1993 pág. 337”.

dor societario -positivos o negativos- para actuar. Creemos que su perfil de “buen hombre de negocios”, impone que actúe siempre bajo planificación -lo que no elimina necesariamente los riesgos empresarios, pero los acota y fundamentalmente no los difunde-. Y si no actúa como tal basta con agitar un principio básico: recordándole al administrador de la responsabilidad que asumiría de no actuar adecuadamente, y en eso estamos.

El bien logrado juego de responsabilidades con la oportunidad de la presentación parece concurrir en forma efectiva para la obtención del objetivo perseguido ¹³.

Franco Bonelli ¹⁴ afronta el supuesto de la continuación de la gestión social después de la pérdida del capital social, con la responsabilidad de los administradores por actos cumplidos en conflicto de intereses, particularmente por daño a una sociedad controlada y daño a la sociedad directamente administrada para aventajar a la controlante o otra sociedad del grupo, una forma de ellas la dirección unitaria.

V. Ineficiencia y eficiencia

Tenemos expresada posición crítica sobre la falta de eficacia de la legislación concursal ¹⁵: específicamente en torno de la aplicación de la normativa societaria cuando el concursado fuere una sociedad, por la obligación de los administradores societarios de presentar un plan o presupuesto de desempeño futuro, o plan de empresa, y a su responsabilidad individual -y extraconcursal- frente a nuevos acreedores luego de advertido el estado de cesación de pagos, amen de la aplicabilidad de las normas sobre imputabilidad aditiva al controlante torpe.

Resulta sorprendente que sociedades requieren los remedios concursales sin que se advierta que han intentado los remedios societarios.

¹³ Ver RICHARD, *Insolvencia societaria* cit..

¹⁴ En “La responsabilità degli amministratori di società per azioni”, Giuffré, N° 135 de los Quaderini di Giurisprudenza Commerciali,

¹⁵ RICHARD, E.H., *Las relaciones de organización y el sistema de derecho privado*, 2ª ed., Córdoba, Advocatus, 2002, Capítulo X, pág. 441, e “Ineficiencia de la ley concursal”, en Revista Derecho y Empresa, N° 10 diciembre 2000, pág. 176 y ss..

En la doctrina italiana se determina que la capitalización de la sociedad en crisis -sea la reconstitución del capital o la capitalización- o insolvente, requiere una decisión del órgano de gobierno, partiendo de la situación patrimonial determinada al tiempo de presentación en concurso preventivo conforme un balance extraordinario ¹⁶.

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 doctrina ¹⁷. 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 sociales ¹⁸. Se trata de usar de la “eficiencia” de los administradores societarios, ante la relativa eficiencia de

¹⁶ “La ricapitalizzazione della società in crisi o insolvente richiede anzitutto, partendo della domanda di concordato preventivo o della dichiarazione di fallimento, l’elaborazione di un bilancio ordinario infrannuale o straordinario, redatto secondo criteri contabili consoni alle prospettive della ristrutturazione risultanti dal piano collegato alla proposta di concordato” (confr. COLOMBO, G.E., *Bilancio d’esercizio e consolidato*, in *Trattato delle società per azioni*, diretto da G.E. Colombo e G.B. Portale, 7ª, Torino 1994, pág. 28 ss.; CARATTOZZOLO, M., *I bilanci straordinari*, Milano, 1996, pág. 579 ss.; AFAMENI, P., *Perdita del capitale bilancio straordinari*, Milano, 2004, pág. 23 ss., 97 ss.. “Tale ‘piano’ potrà preveder infatti, secondo i casi, la continuazione dell’impresa, la dismissione di latuni cespiti o rami diazienda in funzione del suo risanamento e anche la totale cessazione dell’attività, nel’ottica di una liquidazione volontaria, prevedibilmente piú profittevole, del patrimonio sociale...” (GUERRERA, FABRIZIO, MALTONI, MARCO, “Concordati giuiziali e operazioni societarie di ‘riorganizzazione’” en *Revista delle Società*, anno 53, 2008, pág. 18, especialmente págs. 62/3).

¹⁷ NIGRO, A., “Le società per azioni nelle procedure concursali”, in *Trattato delle società per azioni*, diretto da G.E. Colombo e G.B. Portale, 9º, Torino, 1993, pág. 209 ss.

¹⁸ GUERRERA, FABRIZIO, MALTONI, MARCO, “Concordati giuiziali e operazioni societarie di ‘riorganizzazione’” en *Revista delle Società*, anno 53, 2008, págs. 22/3;

todo sistema concursal cuando la crisis ya esta entronizada y los incumplimientos se han generalizado, potenciando los daños al mercado.

Actuando como buen hombre de negocios, se impone al administrador societario, como deber de lealtad, informar a los socios para que estos colaboren en la asunción de la crisis. Cumpliendo ese deber, no omitiendo diligencias propias, no asumen responsabilidad.

VI. Análisis económico y daño (y responsabilidad) por insolvencia

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.

Se afirma¹⁹ que *“El caso de los agentes con solvencia insuficiente para responder por los daños que producen es un problema frecuentemente tratado en el análisis económico de la responsabilidad por daños...: cuando un agente no cuenta con bienes suficientes para responder por todos los daños que puede causar, sus incentivos para invertir en medidas de prevención se reducen correlativamente al incremento de la diferencia entre el valor de sus bienes y el valor del daño. Para decirlo simplemente, la posibilidad de verse enfrentado al deber de resarcir constituye una amenaza menos seria cuanto menor es la solvencia del potencial dañador... La denominación inglesa “judgment proof” precisamente, intenta identificar a un tipo especial de individuos a quienes su solvencia nula los convierte en sujetos “a prueba de condenas”. Esto explica a lo que se refería Alberti, a la insolvencia planificada, y -obviamente- a la necesidad que se piense en un plan de recuperación ante lo constatado negativamente”*.

D'ALESSANDRO A., *La crisi delle procedure concursali*, pág. 355; STANGHELLINI, LORENZO, *Creditori forti e governo della crisi d'impresa*, Fallimento, 2006, pág.145 ss..

¹⁹ ACCIARRI, HUGO A.; CASTELLANO, ANDREA y BARBERO, ANDREA, “El problema de la insolvencia en el Derecho de Daños. Un aporte para su análisis económico”, J.A. 2008-1, número especial “Derecho y Economía”, coordinador por Hugo A. Acciarri, Buenos Aires Lexis Nexis, 2008, doctrina, pág. 10 y ss.

A la postre, se enfatiza²⁰ “... *pasar a ser un agente insolvente no es más que una decisión*”. Decisión que muchas veces se adopta en la constitución misma de una sociedad, o traspasando los riesgos a otros agentes -p. ej. obligacionistas- y luego manteniendo conductas para maximizar las ganancias haciendo soportar el riesgo de la insolvencia a los acreedores, “... entendemos que el agente en cuestión decidirá ser insolvente cuando ello le sea más beneficioso que no serlo”, tal situación se advierte en las sociedades cuando no adoptan los administradores y los socios, si son llamados a hacerlo, las medidas societarias para paliar la crisis, que las hay y muy buenas.

VII. Conclusión

Con esta visión se construye un sistema de preconcursalidad desde el derecho societario. Recuérdese que la ley de sociedades argentina autoriza el aumento de capital, la capitalización del pasivo -que es una forma de superar las dificultades y que en tal caso se extinguen las fianzas y garantías personales de terceros, impone la reintegración del capital social, y soluciones liquidatorias privadas al no poder alcanzarse el cumplimiento del objeto social -empresa-, si los socios no deciden remover el obstáculo, y otorga amplias formas y técnicas de reorganización y reordenamiento del negocio. Con Angel Rojo mantuvimos muchas conversaciones sobre el punto antes de la formulación de los proyectos españoles, lo que nos llevó en 1995 a generar un anteproyecto novedoso en torno a la responsabilidad de administradores societarios por no haber afrontado la crisis y desde la óptica del derecho de daños²¹.

²⁰ ACCIARRI, Hugo A.; CASTELLANO, Andrea y BARBERO, Andrea, “El problema...” citado.

²¹ RICHARD, E. H., en *De la insolvencia*, In *Memorian de Héctor Cámara y Francisco Quintana Ferreyra*, Córdoba, Advocatus, 2000, comunicaciones al II Congreso Iberoamericano de la Insolvencia: “En torno a responsabilidad y concurso. Un “embrión” de proyecto”, t. III, pág. 313 y “Daños causados por la insolvencia: acciones individuales de responsabilidad contra administradores de sociedades”, t. III, pág. 549. 8º; “Ausencia

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. Franceschelli²². 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.

Hemos querido enfatizar la norma de la legislación concursal mexicana sobre aumento de capital, como una forma de destacar que la estructura societaria es apta, extrajudicialmente, preconcursalmente o concursalmente, para solucionar la crisis que afecta su desenvolvimiento.

Al observar la norma concursal y evaluarla, hemos planteado, a su vez, nuestra visión anticipatoria, de bajo costo de transacción, que permite alejar cualquier acción de responsabilidad contra administradores societarios, a través de los mecanismos de reintegración, integración o aumento del capital social.

de sede y responsabilidad de administradores (II)", t. III, pág. 579. 9º; "Pretensiones patrimoniales y contratos comprendidos en art. 20 ley 24.452, Competencia de árbitro frente al concurso", t. IV, pág. 243.

²²*L'apprendistas stregone, l'elisir di lunga vita e l'impresa immortale* en Giur. Comm., 1982, t. I, pág. 575 y ss.

AXIOLOGÍA DEL DERECHO CONCURSAL *

Sumario: I. El problema. II. ¿Qué entendemos por axiología? IV. Bien jurídico tutelado por el sistema concursal. V. Sobre conservación de empresa y concurso. VI. La empresa. VII. Sobre prevención: responsabilidad social empresaria y planificación. VIII. Desde el derecho de la organización hacia todo el derecho. IX. A modo de meditación.

El profesor Dr. Jesús Sanguino Sánchez mantiene una línea de ejemplaridad vital, tanto en su vocación académica y profesional, como en su estilo de vida. El compromiso con el derecho y la comunidad, con actitudes no individualistas, de dinámica grupal aglutina ideas y conductas en pro de ideales jurídicos. Ahora aseguró nuestra presencia en este II Congreso Colombiano de Derecho Concursal -Villa de Leyva (República de Colombia) agosto de 2008- planteándonos el desafío de un tema inédito.

I. El problema

Debemos intentar desentrañar la existencia de alguna axiología para el derecho concursal. No es tarea fácil. Algunas legislaciones fijan principios orientadores.

(*) Comunicación al II Congreso Colombiano de Derecho Concursal, organizado por el Capítulo Colombiano del Instituto Iberoamericano de Derecho Concursal (Valle de Leyva, Colombia, agosto de 2008).

No se trata aquí de enfrentar un problema sobre la metodología del derecho -a nuestro modesto entender-. En efecto no es aquí donde nos referiremos a un método o a una metodología, conveniente o necesaria para la construcción de un sistema normativo o su interpretación.

Lo que intentaremos es extraer el valor, la axiología del sistema.

Esa determinación tendrá importancia capital para delinear actuaciones en abuso del derecho o fraude a la ley, tema que no abordaremos en este ensayo que representa así un pivote.

1. Quizá sea conveniente, en primer lugar, recordar que la consecuencia de aplicarse el derecho concursal es la suspensión de acciones individuales de contenido patrimonial, generando la universalidad, concurrencia, y efectos semejantes. Concretamente se impide el funcionamiento del art. 505 C.C. argentino -que como en similares normas del derecho comparado- autoriza la acción individual para exigir el cumplimiento de una obligación y la compensación del daño.

Lidia Vaiser¹ apunta que “*el proceso se estructura sobre ciertos principios reconocidos desde tiempos inmemoriales: la universalidad, la colectividad y el carácter inquisitivo del proceso*”².

Lo que es claro es que el derecho concursal viene en sustituir el derecho común, alterando los derechos de los acreedores de una persona física o jurídica cuyo patrimonio aparece insuficiente para satisfacer los reclamos individuales, al solo efecto de asegurar la universalidad, concurrencia y eficiencia de la solución patrimonial: superación de la crisis o liquidación.

El principio primero en el tiempo, primero en el derecho, es alterado, impidiendo el ejercicio individual de coerción para obtener el cumplimiento forzado de aquello que no fue satisfecho voluntariamente por el deudor.

¹ VAISER, Lidia, *El abuso de derecho en los procesos concursales*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2008, a pág. 41.

² Con cita de TONÓN, Antonio, en *Derecho concursal*, Buenos Aires, Astrea, 1986, para luego a pág. 43 continuar.

2. En segundo lugar, en qué condiciones es posible la aplicación del derecho concursal: suspensión de pagos, peligro inminente, crisis, etc., recomendándose su temprana aplicación ante la crisis, no obstante lo cual se exige cierta permanencia o rigurosidad a la crisis³.

La aplicación del derecho concursal por los acreedores resulta de un incumplimiento o de la evidencia palmaria de que se va a incumplir. Por parte del deudor puede resultar de su confesión de que no podrá cumplir en un futuro inminente.

Ante ello -por decisión de un órgano público competente- se convoca a los acreedores, a un juicio universal, a un concurso. Se incorpora así a las relaciones de organización, alterando las relaciones de cambio.

3. Y en tercer lugar y como aproximación a esa axiología, reflexionando sobre el bien jurídico tutelado⁴.

II. ¿Qué entendemos por axiología?

El término, conforme al *Diccionario de la Real Academia*, significa “digno de valor”, y referido a la filosofía “teoría de los valores”. La axiología se corresponde a la “teoría de los valores”.

Frente a ello y el derecho común, no hay duda que resulta un valor negativo la insuficiencia patrimonial para atender a los acreedores. No implica una cuantía. La insuficiencia es un disvalor que impone un derecho especial y un accionar de órganos especiales -tanto jurisdiccionales o administrativos como de personas externas a ese patrimonio con funciones propias (síncico, curador, etc.). El derecho concursal tiende a organi-

³ RICHARD, Efraín Hugo y SILVA OROPEZA, Antonio, “La eficiencia del derecho concursal (sobre la tempestividad y el presupuesto objetivo)”, Comunicación al I Congreso Mexicano de Derecho Concursal, Ciudad de México, 27 a 29 de junio de 2007; RICHARD, Efraín Hugo, “Bien jurídico tutelado por la legislación concursal”, en Revista de la Universidad Nacional de Córdoba, años 79/80, pág. 262.

⁴ RICHARD, Efraín Hugo, “La empresa, su crisis y su conservación (meditaciones desde una visión nacional)”, comunicación al II Congreso Iberoamericano de Derecho Concursal, Mérida 8 al 10 de noviembre de 2006.

zar el reparto o un acuerdo para el cobro. En una sobreestimación de la persona-deudor, podría sostenerse que se trata de asegurar la existencia de ese patrimonio. Pero el patrimonio en si resulta una concepción sin contenido, sólo es una aptitud.

Ferrater Mora en su *Diccionario*⁵ señala que “*En su libro Valuation: Its nature and Laws (1906), Wilbur M. Urban escribe: “La segunda tarea de una teoría del valor es la evaluación reflexiva de objetos de valor. No sólo sentimos el valor de objetos, sino que evaluamos estos objetos y, últimamente, los propios sentimientos de valor. Es claro que aquí interviene un punto de vista distinto del psicológico, un punto de vista que no sólo requiere ser claramente definido, sino también ser adecuadamente relacionado con el psicológico. Si nuestro problema fuese el de una determinación de la validez de objetos y procesos de conocimiento, lo mejor sería como describirlo como un problema lógico o epistemológico. Pero el término epistemología es demasiado estrecho para incluir el problema de la evaluación de los valores; podemos, pues, usar un término especial para definir el problema tal como aquí se presenta. Por analogía con el término epistemología hemos forjado el término axiología, y podemos desde ahora hablar de la relación entre el punto de vista axiológico y el psicológico” (pág. 16). Urban examina en su libro el “problema” y el “método” “axiológicos” (págs. 17 y ss.) y usa expresiones como “suficiencia axiológica” (pág. 405)”.*

Sigue Ferrater Mora: “*J. N. Findlay (Axiological Ethics, 1970) hace notar que Urban fue el primero en usar “axiología” para traducir la expresión alemana Werttheorie (“teoría del valor”) que el economista von Neumann había introducido en economía, como “teoría del valor económico”, y que Ehrenfels y Meinong, entre otros, habían tratado como teoría general de todos los valores. Formando a base del término griego “aexos” (valioso, estimable, digno de ser honrado), el vocable axiología es usado a veces como equivalente a teoría de los valores (incluyendo los llamados “disvalores” o “valores negativos”. Se usa más particularmente en relación con valores éticos y estéticos. La “ética axiológica” es la fundada en la teoría de los valores, tal*

⁵ FERRATER, MORA, JOSÉ, *Diccionario de Filosofía*, 2ª ed., Madrid, Alianza Editorial, 1980, t. 1 pág. 264,

como ha sido desarrollada por Scheler y Nicolay Hartmann, con los precedentes de Ehrenfels, Meinong y, sobre todo, Brentano”.

¿Existe una axiología en el derecho concursal?

1. Eventualmente esa axiología: ¿debería existir normológicamente o sea en la construcción del derecho concursal positivo?

¿O debe limitarse a una construcción doctrinaria? O mejor aún, es mejor prescindir de una axiología del derecho concursal para estar a respuestas ante las situaciones fácticas que se vayan presentando? Incluso para una mayor elasticidad en la aplicación de las normas conforme las necesidades del caso. Y en tal supuesto nos preguntaríamos cuáles serían las necesidades del caso que impusieran ruptura de cierta axiología, valores, principios, objetivos orientadores en la aplicación de un sistema que aparta de las relaciones de cambio e impone un derecho de crisis agrupando las relaciones de cambio y generando una relación de organización en torno al patrimonio del deudor común.

La constatación que haremos en algunas legislaciones nos llevarán a una respuesta positiva al primer interrogante, pero la falta de expresión normativa expresa no nos hará ceder en el propósito e impone la generalización que intentaremos en este ensayo como respuesta a la segunda cuestión.

No queremos caer en lo que cuestiona el maestro Osvaldo J. Maffia sobre “invocar las “miras” del legislador y el “espíritu” de la ley. Confesamos nuestra alergia ante este tipo de argumentos. Es tentador elevarse a ciertas alturas, pero hace milenios que Icaro nos mostró las consecuencias de traspasar ciertos límites en el vuelo. Muchas veces se recurrió a un huero palabrerío como nutrición de fallos *contra legem*, y Almafuerie dijo saber de *azules contricciones/ que acabaron en turbias bacanales*. Casos recientes nos dieron ocasión de señalar ese recurso en juicios, algunos de ellos resonantes por su volumen y lo manifiesto de la inclinación judicial a favorecer su éxito. Una sola mención bastará. Frente a una situación similar a otra en la que el tribunal había fijado su criterio, nuestros jueces practicaron su explícito *revirement* de la anterior doctrina, disimulando su borocotización mediante fundamentos rabelaisianos, a saber, los arts. 32 bis y 45 bis *introducen un subinstituto en la fase insinuatoria de créditos emanados en emisiones colectivas de títulos de deuda privada (...) se estableció con ello una normativa puntual en referencia al art. 45 bis, específicamente una condición particu-*

lar de acreedores, quienes se presumen aglutinados, organizados y reglados, etc.. Además, debe establecérsela dinámica propia de este subinstituto. Tales fueron las “palabras, palabras, palabras” en las que el tribunal, en un caos de impresionante volumen, decidió lo contrario a lo resuelto antes de un proceso similar en el encuadramiento jurídico, pero en las antípodas respecto de las cifras en juego. Un viejo brocado que recuerda Perelman en su elucidación de las distintas formulaciones de la justicia, reza: *Quod licen jove non licet bove*”⁶.

Sigue amonestando Maffia: “*Accedamos a un ejemplo más. El art. 45, ley 24.522 dice qué acreedores no pueden votar (rectius, expedirse sobre la propuesta concordataria, aclaración imprescindible para aventar las furias de nuestro amigo Truffat). En cierto concurso era necesario que el tribunal excluyera a determinados acreedores renuentes, pues de lo contrario las mayorías no se iban a lograr, y tras referir que la ley no incluía la situación que era el caso, amontonó ocurrencias para presentarlas como razones. Por ejemplo: télesis; interpretación amplia; interpretación finalista; nuevas circunstancias de las relaciones negociales; ratio legis del precepto; la dinámica propia del instituto. Es decir, mil dividido por jueves*”.

Para luego advertir “*III. La dogmática, o sea la ciencia específica del derecho positivo, ocurre, sobre todo desde la pandectística en adelante, al empleo de algo así como unidades racionales llamadas “institutos”. De ese modo, uno o varias normas -eventualmente muchas- permiten una utilización que sería compleja y dispendiosa si nos limitáramos directamente a ellas. Los institutos hacen posible el manejo de un material normativo que no siempre recordamos, y esa valiosa facilidad que su empleo nos brinda si intentáramos arreglarnos con las normas en vez de mencionar el instituto, pues ¿acaso tenemos presentes cuántas menciones legales reemplazamos con las palabras “fideicomiso”, o “hipoteca”, o “leasing”?*”. Sigue Maffia: “*Muchas cosas se sobreentienden en la comunicación ordinaria, y si ante un colega nos referimos a lo que ya mencionamos con aquellos vocablos, es porque contamos con su comprensión al respecto: ‘... el lenguaje conlleva siempre una conceptualización ya*

⁶ MAFFIA, Osvaldo J., “Extraña actualidad de un tema olvidado”, J.A. 2008-II, fascículo 12, 18/6/08, pág. 3 y ss.

formada', escribe Heidegger en "Ser tiempo" (p. 255 de la trad. al italiano por Pietro Chiodi) y el iusfilósofo contemporáneo García Amado dice, en esa misma línea, que cuando se discuten 'pretensiones de validez no se opera en el vacío, sino sobre el terreno de un cuerpo de ideas previas socialmente compartidas', y agrega citando a Habermas: "... todo proceso de entendimiento tiene lugar sobre el trasfondo de una precomprensión imbuida culturalmente" ("Ensayos de Filosofía Jurídica", Bogotá, 2003, pág. 181). Pero siempre estaremos ante una elaboración dogmática con apoyo en el derecho positivo. Galgano recordó que 'los conceptos jurídicos se constituyen a partir de las normas, no las normas a partir de los principios' ("Prefazione" a "Il nuovo Diritto Societario", Ed. Cedam, 2003), y la sentencia del gran iusprivatista es bastante más que el retruécano. Ocurre a veces que el concepto no se limita a la connotación originaria, sino que con el uso le va siendo atribuido un plus o un minus al modo que fuere de sus notas. En nuestro universo de discurso, una noción pudo haber sido elaborador por los romanos, y la seguimos utilizando; pero el conjunto de notas que integran el concepto -la 'intención' que dicen los lógicos- es posible e incluso frecuente que hubiera cambiado". Y da ejemplos, continuando su pensamiento -que sintetizamos-: "... existe el riesgo de manejarse con un concepto cuya intensión fuese diversamente considerada en la hipótesis de una conversación entre colegas ... Y por supuesto que no se trata sólo del caso típico de la variación en las notas, sino las que se tienen presentes por uno y por el otro. Sin embargo igual podemos entendernos, gracias a la noción elaborada por la dogmática y al margen de la mayor o menor presencia en cada uno de las normas que fueron base de aquella elaboración.- Aunque a título meramente ilustrativo, recordaremos una deliciosa alegoría, casi una viñeta, de Alf Ross: Así como en el mundo de la naturaleza un organismo viviente puede morir, pero retener su forma en el curso del tiempo es llenada con nuevo contenido (...) inadecuado de acuerdo con su verdadera naturaleza para la forma encontrada, y cuyo resultado es una imitación extraña en piedra o en cristal de seres alguna vez vivos, así también, en mi opinión, sucede en la historia del intelecto humano: un concepto que ha perdido su original contenido viviente puede sobrevivir con la estructura pristinamente dada que es inadecuada para el modo de pensar de posteriores épocas, y por consiguiente aparece a la mente moderna como una reliquia fosilizada de

*una mentalidad oscura de tiempos primitivos (Ross, “Hacia una ciencia realista del Derecho”, Buenos Aires, 1961, pág. 19). Reiteramos -sigue Maffia- la ventaja de manejarnos con esas figuras, en especial los **institutos**. El peligro consiste en que las nociones de nuestro manejo cotidiano del material jurídico se apartaran en exceso de este último, y sólo restara el vocablo. En otro terreno, “a partir, “a partir de la Escolástica, y hablado con más precisión a partir de Platón y Aristóteles, la filosofía ha sido en gran parte un abuso continuo de las nociones generales (...) En todo tiempo los espíritus se han sentido inclinados a operar con (...) nociones abstractas (...) lo que tal vez provenga de cierta pereza intelectual (...). Incluso los “Tópicos” de Aristóteles (...) nacieron de ese abuso de las nociones generales (...) se han empleado conceptos demasiado vastos en los que se podía incluir más de lo que su verdadero sentido tolera (...) los conceptos generales deben ser el molde en que la filosofía deposita sus conocimientos, pero no fuente de donde las tome. Son el **terminus ad quem, no a quo**” (Schopenhauer, “El mundo como voluntad y representación”, Ed. Aguilar, espigado de las ps. 606 y 608). Por supuesto que las “nociones generales” mencionadas por Schopenhauer se enraizan en la metafísica, que afortunadamente no nos abarca en el tema que tratamos (apuntamos: la rehabilitación), pero estimamos que orienta en el sentido de la insinuada prevención contra el empleo de conceptos cuyo contenido -variable- pudiera llevarnos a utilizar desviadamente el vocablo con que lo mentamos”.*

Qué difícil enfrentar esta cuestión después de tales consideraciones. Pero nos afirma en la idea de que sin violentar la norma, cada una de ellas integra un sistema -en muchos casos también un instituto-, que impide su interpretación aislada e impone su congruencia con el sistema general, al que referiremos. No obstante, bucearemos en las normas para encontrar algún principio.

2. Moral, ética y derecho.

Moral es definida por Ferrater Mora⁷: “El término moral tiene usualmente una significación más amplia que el vocablo ‘ética’.

⁷ En *Diccionario...* cit., t. III, pág. 272.

Además de oponerse a lo físico, “Finalmente, lo moral se opone comúnmente a lo inmoral y a lo amoral en cuanto lo que se halla insertado en el orbe ético se opone a lo que se enfrenta con este orbe o permanece indiferente ante él. Lo moral es en tal caso lo que se somete a un valor, en tanto que lo inmoral y lo amoral son, respectivamente, lo que se opone a todo valor y lo que es indiferente al valor. Kant ha distinguido entre la moralidad y la legalidad. Hegel distingue entre la Moralität que ‘consiste en el cumplimiento del deber por el acto de la voluntad’, y la Sittlichkeit es la obediencia a la ley moral en tanto que fijada por las normas, leyes y costumbres de la sociedad, la cual representa a la vez el espíritu objetivo. Sin embargo, a diferencia de Kant, y aun en oposición a Kant, Hegel considera que la mera buena voluntad subjetiva es insuficiente; en rigor, esta buena voluntad puede obtener laureles que no son sino hojas secas que nunca han verdecido. ... Para que llegue a ser concreto es preciso que se integre con lo objetivo,... es la racionalidad de la moral universal concreta que puede dar un contenido a la moralidad subjetiva de la merca conciencia amoral... ‘se debe ser moral porque es lo justo, lo adecuado, lo conveniente... o porque nos hace felices, o porque es útil a la sociedad, o porque es un mandato de la razón’”.

Se ha dicho que “la consideración ética y la cuestión de los valores tienen distintos significados y respuestas en cada disciplina, y desde los más variados sectores se analizan los aspectos éticos implicados en las diversas actividades: empresariales, jurídicas... y rara es la obra de carácter general -de cualquier materia- que no contemple en un capítulo específico los aspectos éticos de lo estudiado. ¿Quiere decir esto que la ética goza de buena salud en este momento?... la demanda de “ética” a que se hacía referencia al principio no tiene una respuesta unívoca.... Se suele afirmar que hoy en día la normativización es excesiva, que la masa de normas es copiosa y que éstas están escasamente interiorizadas tanto por parte de la sociedad como por parte de los mismos juristas. ... La relación entre derecho y moral... constituye uno de los más relevantes temas de estudio en disciplinas como la Filosofía del Derecho, donde los problemas axiológicos constituyen el campo central de su estudio. El análisis y la crítica del Derecho, de la necesidad de su existencia, de su aplicación y relación con la justicia son aspectos frecuentemente

abordados por los estudiosos de esa disciplina y tiene una significativa carga valorativa....-y citando a Radbruch- en caso de conflicto entre seguridad jurídica y justicia, entre Derecho y moral hay que dar prioridad al Derecho positivo, salvo que “... su contradicción con la justicia alcance un grado tan intolerable que la ley, en tanto que derecho injusto, tenga que ceder ante la justicia” ... Las complejas relaciones entre ética y Derecho se evidencian especialmente en los “casos difíciles”; es decir, en aquellas circunstancias en las cuales no existe un claro acuerdo social a la hora de definir cuáles deban ser las conductas exigibles jurídicamente -con el especial plus de coactividad que el Derecho posee-, y también en aquellos supuestos en los cuales los jueces deben decidir sin norma... la transformación de la sociedad es lo que hace que el Derecho evolucione; que los valores y las actitudes se modifiquen lleva implícita la idea de cambio, y no la de retorno” (todos los destacados nos corresponden) ⁸.

Advertimos en la disciplina en la que estamos trabajando la dificultad del tema, particularmente por cuanto no se lo muestra como es, se oculta a través del cumplimiento de formalismos y en encubre a falta de expresas referencias normativas que desalienten los repartos desequilibrantes, o que ignoren las adjudicaciones que el derecho otorga.

3. Desde un positivismo, reconociendo la fuerza normativa ejercida por los gobiernos, señala Daniel E. Truffat -en uno de sus medulosos trabajos- comentando las tesis de Dworkin sobre el punto- uno de nuestros más destacados iusfilósofos ⁹ señalando: “... Al positivismo normativista de Hart, Dworkin le declara la guerra explícitamente cuando en 1967 publica ‘The model of rules’, reimpreso posteriormente con el elocuente título de ‘Is law a system of rules?’. La respuesta dworkiniana a este interrogante no se limitará a ser negativa, sino que además postulará como alternativa un sistema ju-

⁸ CASADO, María, “Sobre la ética, el Derecho y la deontología profesional”, J.A. 2007-I, pág. 3 y ss..

⁹ VIGO, Rodolfo L., “Interpretación Jurídica” (Del modelo iuspositivista legalista decimonónico a las nuevas perspectivas), pág.46 [los destacados no están en el original].

*rídico integrado por una variedad de estándares ‘que no funcionan como reglas, sino que operan de manera diferente, como **principios, directrices políticas y otros tipos de pautas**’. La mirada jurídica positivista reducida a reglas, es ampliada tanto a aquellos estándares propios del Poder Legislativo (directrices políticas o políticas) cuyo contenido refiere a **objetivos que han ‘de ser alcanzados en tanto implican una mejora en el campo económico, político o social de la comunidad**’, como así también, y privilegiadamente, a aquellos estándares con los que operan básicamente los jueces y juristas (principios en sentido estricto o principios), cuando deben determinar qué derechos y deberes les corresponden a los ciudadanos, los que han de ser observados ‘no porque favorezcan o aseguren una situación económica, política o social que se considera deseable, sino porque es una exigencia de justicia, equidad o alguna otra dimensión de moralidad’...”.*

Ante la cita de Truffat sobre este aspecto nos preguntamos de la dimensión “moralidad” ¿Puede hablarse de ello? Corresponde expresar ciertos ideales o principios. ¿Soplan vientos de cambio? Consideramos que antes que pensar en cambios legislativos debemos cambiar la forma de pensar, de actuar. Todo lo que nos conmueve tiene solución a través de una mirada constructivista del sistema jurídico.

“Si bien los propios jueces ya habían iniciado un camino de resistencia a tan devastadora supresión de facultades, reivindicando jurisprudencialmente el deber de garantizar la supremacía de todo el orden normativo¹⁰ (lo que incluye a aplicación de ciertos

¹⁰Entre otros, la Cámara Nacional en lo Comercial -Sala “C”- produjo dos fallos que fueron determinantes en tal concepción: “La Naviera” y “Línea Vanguard”. No podemos dejar de citar la opinión de Guillermo G. Mosso -destacadísimo juez de Concursos fallecido de la provincia de Mendoza- quien, en épocas tempranas del debate, escribió: “Las opiniones transcritas sólo enfatizan sobre el modo como el juez efectuará el contralor -similar al que se hace en los acuerdos transaccionales- pero no sugieren que aquél no efectúe también un examen sustancial... respecto del denominado control de legalidad, éste resta **intacto e íntegro** en manos del juez. No sólo el de legalidad formal o extrínseco, que mira al cumplimiento de los requisitos establecidos por la normativa concursal, sino también el de legalidad sustancial o intrínseco, que apunta a velar por el respeto de los principios que conforman el total del orden jurídico... Aparentemente, el tenor textual del art. 52 de la L.C.Q. llevaría a la conclusión de que la homologación es

estándares que trae nuestra ley civil de sujeción de los actos privados a la ‘moral y buenas costumbres’, arts. 21, 953, 1047, 1071 del Código Civil), una reforma legislativa acaecida en el año 2002 -ley 25.589- instaló el mandato expreso de no homologar acuerdos abusivos o en fraude a la ley... Una primera cuestión a ponderar es la habitualmente predicada separación entre el terreno del derecho y el de la moral. Obvio que la moral, en tanto mandato heterónimo pero incorporado subjetivamente por las personas cuya conducta pretende regular, comporta un ámbito “normativo” diverso del jurídico estricto sensu. Este último, en general, está determinado por la ley y goza de la coacción estatal, a diferencia del primero. Pero sería un gran mentira en sociedades como las nuestras predicar una absoluta ajenidad (más propia de ciertos debates decimonónicos que encubrían, en verdad, el intento de alejar a los sectores religiosos - habituales, pero no exclusivos, sostenedores de ciertos valores éticos- más que sostener que un sistema jurídico laico puede ser formalmente neutro en lo atinente a los valores morales ¹¹)... La leyes

forzosa, automática o mecánica, quedando limitado el juez a un simple controlador de las condiciones formales., pues la normativa concursal se encuentra inserta dentro de un todo armónico que es el orden jurídico. Y los principios que lo conforman (la equidad, la moral y las buenas costumbres, el ejercicio funcional y no abusivo de los derechos, la buena fe, la inexistencia de fraude, el no aprovechamiento lesivo de situaciones de inferioridad, etc.) siguen plenamente subsistentes. Las reglas contenidas en los artículos 21, 502, 953, 954, 1071, 1198 y concordantes del Código Civil son -se ha dicho con verdad- normas no subordinadas sino subordinantes pues cubren todos los actos jurídicos que puedan celebrarse. Son principios jurídicos fundamentales, supuestos en todo ordenamiento normativo y presentes en todas sus expresiones y formas...” (TRUFFAT, Daniel E., “El cramdown y otras novedades concursales”, pág. 263).

¹¹ “... ni metafísica ni psicológicamente es posible separar al Derecho de la Moral, que tienen el mismo objeto material, la conducta humana; la misma finalidad, el bien o felicidad del hombre; el mismo sujeto, el ser humano; y el mismo origen, la libertad del hombre... agregaremos que Jossierand no distingue las fronteras de uno y otro orden, que según él no han existido sino en la imaginación de los autores, pues el Derecho no sería otra cosa que la moral social, la moral en acción, ‘la moral en la medida que es susceptible de coerción’. Por su parte Ripert no cree que haya una diferencia de naturaleza entre Moral y Derecho, pues entiende que éste aún en sus partes más técnicas es siempre dominado por la ley moral siendo en función de una cierta moral y para realizar sus directivas que las reglas de derecho son impuestas...” (LLAMBIAS, Jorge Joaquín, *Tratado de derecho civil, Parte general*, t. I, pág. 34).

positivas -incluso las constituciones- de nuestros países tienen expresas aperturas a ese derecho natural y a preceptos de moral. En el caso argentino, el Preámbulo de la Constitución se remite a la protección de Dios “fuente de toda razón y justicia”, ya desde 1853 hace mención al “derecho de gentes” y nuestra ley civil -tan lejos en el tiempo como la versión codificada en 1870- sienta parámetros básicos de normativización de parámetros morales. La locución habitual es la remisión al ‘orden público’ y a la ‘moral y a las buenas costumbres’ (ideas que, en alguna medida, se mezclan e influyen correspectivamente)... Bien entendido [acotación: este dato no es menor en estos tiempos de intolerancia y de renacimiento de posturas religiosas totalitarias o, al menos invasivas]; que la moral de la que estoy escribiendo es la moral social media. Aquella que es construida socialmente y trasunta un conjunto de lugares comunes de una cierta sociedad, en un cierto tiempo, sobre lo socialmente justo, equitativo o tolerable. La Constitución argentina trae desde su jura por los pueblos y entrada en vigencia el 25 de mayo de 1853 una locución preciosa sobre el particular que exime de la autoridad de los magistrados a las ‘acciones privadas de los hombres’ en tanto y en cuanto no sean ‘contrarias a la moral’ o ‘no perjudiquen a terceros’ -encontrando un exacto equilibrio entre la libertad individual y la sujeción, en tanto miembro de una comunidad y partícipe de un proyecto colectivo, a ciertas exigencias mínimas (no dañar a otros; no ofender la moral social media)-...”¹².

Otro prestigioso jurista argentino, ha dicho: “El derecho se emplea para regular la conducta de los hombres en sus relaciones entre sí y esta conducta debe actuarse con criterio moral. No nos estamos refiriendo a los principios morales que ha de observar el individuo en la esfera interna de sus convicciones. Pues la justicia, si bien es una virtud, no lo es referente a la perfección del sujeto en su esfera

¹² Así se expresaba en el II Congreso Iberoamericano de Derecho Concursal, Mérida, Estado de Yucatán, México, sobre “La abusividad de la propuesta y la moralización de los concursos en lo atinente -precisamente- A la oferta del deudor”, el distinguido jurista argentino E. Daniel Truffat, en el punto I de su presentación.

*íntima. Cuando hablamos de la base moral del derecho nos estamos refiriendo a aquella conducta del sujeto que repercute en la esfera de intereses de otro individuo y de la sociedad en general para cuya solución el juez ha de aplicar la ley teniendo en cuenta que el derecho exige que la ley y los hechos que motivan el proceso sean interpretados con un criterio moral en el sentido de no soslayar comportamientos que bajo la apariencia de ajustarse a normas jurídicas, éstas, en realidad, son usadas para fines arteros o valiéndose de medios ardidosos para obtener ventajas indebidas, lograr el sometimiento de una persona y otros recursos que demuestran un comportamiento reñido con los criterios éticos de una comunidad. Por ello estimamos que, lejos de entrar en la polémica sobre cuáles son las diferencias entre moral y derecho o si se trata de dos especies del mismo género, debemos considerar que un derecho extraño a la moral, en el aspecto arriba referido, es un **no derecho**. Debemos considerar las exigencias jurídicas y morales como bases coordinadas para evaluar la conducta de los justiciables...* ¹³. Agrégase que en estos caóticos tiempos que corren -donde la explosión de expectativas de los justiciables, los límites del sistema de justicia (no hablo aquí de los límites presupuestarios sino de la limitación del sistema “en sí”), el debilitamiento de proyectos comunes, la ausencia de mitos fundantes, la falta de procesamiento adecuado de una catarata informativa tan dantesca como inaprehensible ¹⁴- las normas o principios morales aparecen revalorizados como integrantes de cualquier plexo jurídico y su interpretación y aplicación. “...A pesar de la multiplicidad de concepciones y de la ambigüedad del término, los principios son muy usados por el juez para resolver, para el legislador para legislar, por el jurista para pensar y fundar, y por el operador jurídico para actuar. No sólo son perennes al devenir del tiempo, sino que su importancia se acrecienta cada vez más. Ante el evidente desprestigio de la ley producido por la superproducción legislativa, ante el peso abrumador que tie-

¹³FARINA, Juan M., *Justicia. Ficción y realidad*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1997, pág. 158.

¹⁴BARREIRO, Marcelo G.; LORENTE, Javier A., y TRUFFAT, E. Daniel, “Vientos de cambio en el derecho mercantil en tiempos de la posmodernidad”, Errepar, Doctrina Societaria y Concursal, N° 211, junio 2005, pág. 661 (“La página del director”).

ne los digestos y las oscilaciones de la jurisprudencia, ante la multiplicidad de ordenamientos que conviven en el contexto de la globalización del mundo, se postula cada vez más una tarea de simplificación en base a principios. En su larga historia, han demostrado dos caracteres que les han dado fortaleza: El primero es su simplicidad, o por lo menos la aspiración de tener un conjunto de ideas que guían el cálculo jurídico. El segundo es su jerarquía superior. Cualquiera que sea la concepción que se desarrolle acerca de ellos, siempre se los ha ubicado bien alto; para algunos integran el derecho natural, para otros tienen una raíz histórica; para otra opinión son anteriores al ordenamiento, pero se obtienen por generalización de normas y son superiores a ellas. Esta altura, esta superioridad, es la que permite conferirles una función de control, de límite, de guía de actividad infraprincipal. Con estos caracteres de simplicidad y de alta jerarquía, los principios constituyen una ‘armazón’, una ‘arquitectura’ del ordenamiento jurídico privado...”¹⁵.

Hace poco se tituló una Comisión en el Congreso Iberoamericano de Derecho de la Insolvencia con la convocatoria “Moralización de los procesos concursales”, reemplazada “Moralización en.....” lo que supone el ajuste de una serie de acciones para evitar la “inmoralización del proceso”. Las conductas humanas son morales o inmorales. A la postre, el título tiende al margen de toda magia verbal, a exponer realidades que son conductas humanas abusivas en los procesos concursales. Nunca hemos usado la expresión “moralización” en ningún sentido, porque la realidad que se ha de mostrar debe ser afrontada con principios jurídicos, todos de inspiración ética que no pueden aceptar el abuso.

“La conclusione é que la l’etica non é un valore dell’impresa ma un limite”¹⁶.

¹⁵ LORENZETTI, Ricardo L., *Teoría de la decisión judicial*, pág. 136. Si bien este destacado autor -hoy integrante de la Corte Suprema de Justicia de la República Argentina- ha dedicado el párrafo transcrito a los “principios jurídicos” y no a la moral propiamente dicha, va de suyo que entre los principios más trascendentes y abarcativos, está la sujeción del sistema todo de derecho privado a la moral y a las buenas costumbres.

¹⁶ DI SABATO, Franco, “I fini sociali dell’impresa etica”, en *Rivista delle Società*, anno 51, 2006, pág. 633 y ss..

Se ha dicho que el rol de la ética en la definición del desenvolvimiento de la empresa, a propósito de la doctrina y práctica de la responsabilidad social empresaria se encuentra en crecimiento¹⁷. Se cuestiona, citando a Milton Friedman que se suele plantear ello desde las posiciones cínicas o amorales, sin considerar situaciones de mercado global que imponen muchas veces trasladar una empresa a otro país. Este es otro tema, ajeno a la insolvencia pues ese traslado normalmente está unido a un cuidadoso cumplimiento de las obligaciones laborales, contractuales y fiscales.

4. Se dice que ciertas discusiones jurídicas y/o económicas constituyen un espejismo que suele contribuir a apartar la vista de las situaciones sociales reales, para conformarse con hundirla en el hoyo de un autoengañador discurso juricista, conformando una especie de pantalla para no percatarse de cómo pasan las cosas en la realidad, una suerte de manifestación más del pensamiento de tipo mágico en el uso del lenguaje.

Obviamente que el discurso podría entenderse que representa meramente un ideal, que pretenda que algunas cosas sean tenidas en cuenta, expresando con claridad ciertas situaciones que no son ponderadas por lo jueces.

De este Congreso es el rol de que los derechos, los ideales, las reglas éticas del “*corporate goverment*”, de la competencia leal, de la responsabilidad social empresaria, obren efectivamente como ideales en la conciencia de los juristas y el nuestro un discurso eficiente. De no ser así sólo servirán como pretexto para trazar otro círculo en el cielo que referencia Ihering, donde tan a gusto se siente buena parte de la dogmática jurídica.

Todo podría transformarse en una retórica donde la racionalidad de las proposiciones cognoscitivas podía ser obtenida mediante el perfeccionamiento del arte de convencer o persuadir a un auditorio, que no puede desconectarse de la argumentación como entidad basilar del proceso de racionalidad justificatoria del derecho. El contenido ético del derecho es insoslayable, y no hace falta reforma sustancial -las realizadas son procedimentales-, sino una nueva lectura del sistema jurídico total y a ello convocamos.

¹⁷SCOTTI CAMUZZI, Sergio, “Rileggendo ‘Recenti mutamenti nella struttura e nella gerarchia dell’impresa’” di Luigi Mengoni, en *Rivista delle Società*, anno 53, 2008, pág. 362 y ss..

5. Sustentamos la idea de una “economía del derecho”, o sea menos normas y más efectivas, basadas en los principios básicos de la convivencia y no arrasados por supuestos de realidad a través de los que quieren justificarse soluciones inadecuadas. La realidad debe ser observada para asegurar la convivencia, y en pleno conocimiento de ello decidir si es necesaria o no una norma para asegurar esa convivencia. Los principios están en el derecho civil y en el societario.

Coincidimos con Truffat que en una época donde se debate sobre la “moralización de los concursos” (señalándola como magnífica iniciativa mientras no se desmadre presuponiendo acriticamente que los concursos por el solo hecho de ser tales son perversos o inmorales), la idea de la relación entre la moral y la propuesta concordataria, genera terreno fértil para el análisis, imponiendo reglas que han de ser observadas “no porque favorezcan o aseguren una situación económica, política o social que se considera deseable, sino porque es una exigencia de justicia, equidad o alguna otra dimensión de moralidad...”.

6. Existe hoy un marcado escepticismo en torno de la eficiencia del sistema jurídico y judicial, sobre la seguridad jurídica. ¿Cómo devolver a la comunidad la confianza en él, razón de nuestra vocación?

Ese escepticismo se vincula directamente con las inversiones de capital productivo -no golondrina- que nuestro país necesita, que -como ocurrió con los inmigrantes en nuestra historia- elija colaborar en el progreso del país y gozar de sus beneficios. Nos planteamos: ¿cómo atraer esas inversiones?

La cuestión se corresponde con una macroeconomía para el crecimiento, congruente para afrontar la inequidad social que genera inseguridad, y que no debiera corregirse estructuralmente.

El derecho aparece como una abstracción, justificándose en sí mismo, olvidándose de su base dikelógica, alejándose de la razón del nacimiento del derecho comercial: la aplicación de los usos y costumbres de los comerciantes como ética de los negocios, y la rápida solución de los conflictos.

Dar preferencia a las cuestiones formales por sobre la realidad de las relaciones de fondo, aceptar la prolongación indefinida de los procesos judiciales cuya ejecución se diluye en procesos concursales, persistiendo el incumplimiento, homologando acuerdos predatorios del crédito,

imponiendo sacrificio sólo a los acreedores, sin mayorías transparentes, obtenidas a través de actuaciones éticamente injustificables de terceros, implican un resquebrajamiento del sistema jurídico.

Incorporamos estas reflexiones como deber de la doctrina no sólo en la generación de reformas normativas, sino para una interpretación superadora de las normas vigentes devolviendo al derecho su fundamentación ética -en visión uni, tri o pluridimensional-. La carencia de *ethos* en la comunidad genera la imposibilidad de asegurar la vida económica y lleva a los poderes empresariales serios a sumergirse en la oscuridad de una economía sombría, generando inseguridad jurídica constituyéndose el derecho en una fachada formal.

Resulta una obligación pensar un derecho simplificante y al mismo tiempo ejemplificador que asegure el orden social comprometido, que se corresponde con los valores de seguridad, justicia y equidad. No debería ser ajeno a ello el derecho concursal.

Encontrar el equilibrio y la mejor composición de los intereses entre la tendencia reguladora y la orientación desreguladora debería ser una preocupación de la doctrina, volviendo a una virtud olvidada: la autodisciplina. Ante la ruptura de la convivencia- potenciar la rapidez de reacción del sistema para reparar el incumplimiento.

La doctrina debe asumir la responsabilidad de interpretar el derecho con eticidad y ello debe alentarse. Ese es nuestro rol, manteniendo el tradicional corazón del derecho comercial y receptando la modernidad.

La pérdida de eticidad en estrategias concursales es un fenómeno autónomo aunque parte de la decadencia general, de la ruptura del contrato social, y de los códigos de ética autoimpuestos por los administradores que fácilmente se apartan de ellos, mientras nos entretienen con su discurso.

Se critica la situación sosteniendo la existencia de disfunciones de la actual ley, por vacíos normativos, requiriendo una reforma que será necesariamente insuficiente y por tanto ineficiente. Pero el problema se centra en la pérdida de eticidad de nuestro sistema económico, que no equilibra libertad con responsabilidad, asegurada por un sistema judicial eficiente.

No se intente sostener una libertad basada en que la cuestión no está acotada o legislada por la norma concursal, pues no debe pretenderse que el legislador tenga un rasgo de genialidad divina para prever todas

las cuestiones que la funcionalidad de la empresa o la picardía generen, y que de alcanzarse tal rasgo de genialidad imposible se caerá en la oscura prolijidad. Lo importante es tener en claro los principios, y que esos principios no pueden afectar los derechos de terceros, a la comunidad. Se trata de una manera particular de construir el sistema jurídico, y en eso estamos.

El derecho no puede presumir la falta de ética, la comunidad y la justicia deben aplicar las sanciones con esa visión ética, en un constructivismo racional del sistema jurídico. Para que la Argentina tenga un crecimiento económico sustentable, con seguridad jurídica, es preciso reconstruir el contrato social, como pacto de convivencia pues el derecho no tiene fines en sí mismo, no es una abstracción, es para el hombre como también lo es la economía.

El ideal no garantiza el éxito, pero es el único que lo posibilita, si acaso. Este acaso significa que las cosas no dependen simplemente del ideal en sí mismo, sino también del realismo con que sea encarado. No basta con enarbolar el ideal, aunque afirmarlo es fundamental. Hay que poner mucha atención en no confiar en que por el solo hecho de anhelarlo, de escribirlo, quedará asegurado sin más, y que ese ideal se va a realizar de por sí.

Este es nuestro exordio. Un proceso en forma alguna puede atentar contra la moral (principio del art. 21 C.C.), contra la ética, como fundamento axiológico del sistema jurídico y de los procesos que posibilitan su aplicación.

7. ¿Cómo construir un pensamiento sistémico del sistema jurídico, de las crisis económicas y la irrupción inconexa del sistema concursal? ¿Existe realmente una axiología, valores rescatables aplicables a esa visión constructivista y sistémica?

Sin referirse a lo que hoy aparece en los concursos que motivan las sospechas que se expresan, Pitirim A. Sorokin¹⁸ señala: *“El actual estado de la occidental cultura y sociedad nos da un trágico espectro*

¹⁸SOROKIN, Pitirim A., *Dinámica social y cultural II*, 1957, 30 años después de la primera, en el Capítulo XVI, pág. 1376, “Crisis... Catarsis... Carisma... Resurrección”.

del comienzo de la desintegración de su sensualidad super-sistema. Por tanto, su más próximo futuro, medido en años, y aun en unas pocas décadas, ha de pasar bajo el signo del dies irae, dies illa, de transición a una nueva fase ideativa o idealista, con todos los satélites o características secundarias de un tal proceso... CRISIS. 1. Los valores sensualistas serán todavía más relativos y atomistas hasta llegar a quedar reducidos a polvo, carentes de todo universal reconocimiento y poder vinculante. La línea divisoria entre lo verdadero y lo falso, lo acertado y lo erróneo, lo bello y lo feo, los valores positivos y los negativos, irá borrándose progresivamente hasta que la anarquía mental, moral estética y social reine como suprema... 2... Se irán haciendo cada vez más destructivos y menos constructivos... La mentalidad sensualidad cada vez más, interpretará el hombre y todos los valores 'de un modo... conductivista, económico, psicoanalítico, mecanicista, materialista... con humanos robots comprendidos en su inmenso e inerte tejido'... 4. Los contratos y convenios perderán los últimos restos de su poder vinculante... Con su desmoronamiento desaparecerán, la democracia contractual, el capitalismo contractualista, incluso la propiedad privada, y la contractual libre sociedad de hombres libres. 5. La fuerza bruta y el más cínico fraude llegarán a ser los únicos árbitros de todos los valores y de todas las relaciones interindividuales, e intergrupales... 6. La libertad llegará a ser simple mito para la mayoría y se convertirá en desenfundada licencia para la minoría dominante. Habrá despojo de los derechos inalienables... 7. Los gobiernos serán cada vez más torpes, fraudulentos y tiránicos... violencia en vez de derecho.... 10... Las invenciones tecnológicas constructivas serán progresivamente suplantadas por las destructivas. Más específicamente: a. El cuantitativo colosalismo sustituirá al refinamiento cualitativo... el golpe de efecto al valor duradero; la manipulación operativa a la intuición iluminadora. B. El pensamiento será reemplazado por información... los sabios por lindos... los criterios reales por criterios falsados... c. Hasta los más grandes valores culturales del pasado se degradarán... 11. Con la creciente anarquía moral, mental y social y la decreciente potencialidad creadora de la mentalidad sensualista, la producción de los valores materiales declinará, las depresiones se irán haciendo cada vez mayores, y el material nivel de vida descenderá. 12. Por las mismas razones, la seguridad de vidas y en el

*disfrute de los bienes materiales estará amenazada... Aumentarás los suicidios, las enfermedades mentales y la delincuencia. El tedio se irá extendiendo cada vez más por la sociedad. ... CATARSIS De esta manera la cultura y el hombre sensualista se verán empujados a su **bancarrota** y autodestrucción... todos los valores sensuales hechos pedazos y todos los sueños sensualistas desvanecidos; en esas condiciones los pueblos del Occidente no podrán dejar de abrir sus ojos al vacío de la declinante cultura sensualista... La tragedia, el sufrimiento y la crucifixión traerán la purificación, y la vuelta a la razón, a los eternos, invariables, universales y absolutos valores. La atomización de los valores será reemplazada por su universalización y absolutización. Los valores sensuales serán complementados por los ideativos y los idealistas y se subordinarán a éstos. ... En tal cambio comenzará por realizarse en las mejores mentes de la sociedad del Occidente. Sus mejores cerebros progresivamente se irán convirtiendo en nuevos grandes dirigentes... Su orientación renovadora será luego seguida por las masas. Y una vez que esta fase de catarsis se haya alcanzado, la crisis concluirá. CARISMA Y RESURRECCIÓN. Purificada por la ígnea ordalía de la catástrofe, la sociedad del Occidente aceptará un nuevo carisma, y con él, la resurrección y la liberación de nuevas fuerzas creadoras. Estas nos introducirán en un constructivo período de... una noble sociedad construida no sobre la seca raíz sensualista, sino sobre la más sana y más vigorosa raíz del principio integralista". En su segunda edición sigue con un post scriptum escrito en 1957: "Unos treinta años han pasado desde que yo aventuré el diagnóstico del estado actual de la cultura occidental... se hallaba en un estado de crisis total en la que todos los compartimientos de su cultura, todos sus valores principales, las bases mismas de su organización social... todo crujía... En la gozosa y optimista atmósfera de la tercera década del siglo veinte esta clase de diagnóstico y predicciones naturalmente era una **voz que clamaba en el desierto**, y a muchos parecía necio, extravagante... y completamente erróneo... el diagnóstico y predicciones se han cumplido. ... En la época actual todo el mundo sabe que la humanidad se enfrenta con su mayor crisis, si bien la mayoría de las personas no conoce exactamente su real naturaleza, y su cómo y por qué.... En la ciencia este doble proceso se manifiesta en: a), el indicado creciente carácter destructivo de los moralmente irresponsa-*

bles sensualistas progresos... medios de destrucción del hombre y de todos sus valores importantes; y b), con la transformación de las teorías básicas de la ciencia en una moralmente responsable dirección ideativa e idealista". Su visión pesimista y esperanzada a la vez para que no se repitan situaciones, la culmina con la motivadora expresión: "Cuál de estas alternativas vaya a tener realidad, no hay duda que dependerá de la actitud de todos y cada uno de nosotros".

Y esto nos motiva. Frente a la nueva crisis generada por la globalización financiera, que tanto criticamos y que nada tiene que ver con la actividad financiera necesaria para el desarrollo en cuanto unida a la actividad productiva, no podemos dejar de apuntar ciertas cuestiones específicas para el llamado "derecho concursal, de crisis o de insolvencia". Traemos alguna reflexión: "*Para el trialismo, que reconoce la misión esencial del jurista de **repartir con justicia** y le señala el deber de rechazar y sustituir las normas injustas, los dos enfoques sólo corresponde a momentos constitutivos diferentes de una misma actividad*"¹⁹. Se refiere a los enfoques de *lege lata* y de *lege ferenda*. Personalmente trabajamos sobre la *lege lata*, para en interpretaciones sistémicas, constructivistas, valoristas mirar la posible norma futura, para evitar los cambios históricos e incordinados, que justamente caracterizan la legislación concursal argentina.

*"Hoy el desenvolvimiento de la Metodología Dikelógica es quizás el enfoque predominante en la consideración de la justicia... 3. Uno de los grandes desafíos del pensamiento jurídico de este tiempo es superar la 'simplicidad pura', pretendida por Kelsen y sus continuadores, en una 'complejidad pura', sin retroceder hacia las 'complejidades impuras' jusnaturalista, sociologista, economicista, psicologista, lingüística, etcétera, que, con mayor o menor posibilidad de conciencia el maestro vienés procuró superar*²⁰. Entre los

¹⁹ CIURO CALDANI, Miguel Angel, "La nueva versión de la teoría trialista del mundo jurídico", E.D., t.53 4-03-74, comentando el libro de GOLDSCHMIDT, Werner, *Introducción filosófica al derecho*, 4ª ed., Buenos Aires, Depalma, 1973.

²⁰ El autor señala en la nota que coloca en este punto: "*La cuestión consiste en saber cuál concepto de derecho es correcto o adecuado. Quien desee responder esta pregunta tiene que relacionar tres elementos de la legalidad conforme al ordenamiento, el de la eficacia social y el de la corrección material. Quien no conceda ninguna impor-*

esfuerzos para trascender ese reto se encuentra el integrativismo tridimensionalista de la teoría trialista del mundo jurídico que propone construir un objeto jurídico compuesto de repartos de potencia o impotencia²¹ (dimensión sociológica), captados normativamente (dimensión normológica) y valorados por un plexo axiológico que culmina en la justicia (dimensión dikelógica)”²². Continuando, el mismo Ciuro Caldani refiere al “valor justicia... proponemos adoptar la exigencia básica que como principio supremo de justicia objetivo, propuso Goldschmidt: adjudicar a cada individuo la espera de libertad necesaria para desarrollarse plenamente, para personalizarse”, para repetir la nota que agrega y que referimos a los problemas concursales “Según que el principio supremo sea más abstracto o concreto las posibilidades de acuerdo son mayores o menores, pero en el primer supuesto son mayores las posibilidades de acuerdos meramente aparentes”, que es lo que no puede dejar de valorarse en los concursos desde la dimensión sociológica y axiológica.

Dentro de las clases de justicia y su proyección en lo material, Ciuro Caldani recuerda que *“En lo privatista material el enfoque patrimonial, sobre todo cuando es contractual, es más fácilmente pensable según los senderos de la justicia ‘partial’, sectorial, de aislamiento y particular clase ésta cuyas exigencias caracterizan el fin al Derecho Privado. ... Es posible que en ellos impere también la justicia absoluta, pero el capitalismo se vale en gran medida de la justicia relativa para la fijación de los precios”. “La forma ha de encararse según los caminos de mayor audiencia del proceso y la negociación o la menor audiencia de la mera imposición y la mera adhesión”-pág. 229-. Como vemos, todo un desafío.*

tancia a la legalidad conforme al ordenamiento y a la eficacia social y tan sólo apunte a la corrección material obtiene un concepto de dercho puramente iusnatural o iusracional. Llega un concepto de derecho pruamente positivista quien excluya totalmente la corrección material y apunte sólo a la legalidad conforme al ordenamiento y/o a la eficacia social. Entre estos dos extremos son concebibles muchas formas intermedias”.

²¹ Lo que favorece o perjudica al ser y más específicamente la vida.

²² CIURO CALDANI, Miguel Angel, “Bases metodológicas para el pensamiento de la justicia en el derecho privado”, Homenaje al Prof. Dr. Luis O. Andorno, Revista de la Facultad de Derecho Universidad Nacional de Rosario N^{os}. 17/18, Rosario, 2005-2006, Rubinzal-Culzoni, abril 2007, a pág. 205, en particular 207.

Es particular la situación, como se subraya: *“En los días del ocaso el sentimiento y la razón se hacen conflictivos y los fraccionamientos se desorientan, llegándose a la apología de la seguridad o de la inseguridad como si fueran valores en sí mismas”*²³. Sostiene el mismo autor que citamos: *“La Axiología Dikelógica se basa en el principio supremo de justicia consistente en adjudicar a cada individuo la esfera de libertad necesaria para que se convierta en persona, o sea para que desarrolle debidamente su modo de ser, todos los hombres estamos legitimados para elegir entre los restantes valores naturales y para fabricar valores mientras nuestras decisiones no sean conflictivas con la justicia y con los otros valores naturales”,* siguiendo luego: *“La Jurídica Sociológica trialista parte de la diferenciación de los repartos, no son adjudicaciones de potencia e impotencia originadas por la conducta de seres humanos... La valoración de justicia en dimensión humana solo tiene sentido en el marco de las posibilidades abiertas por el libre albedrío supuesto por la idea de reparto. En cambio las distribuciones por sí mismas pertenecen al campo del azar y de la necesidad, de modo que sólo pueden ser tema de la justicia en la medida que se relacione con los repartos. La justicia en relación con los repartos forma cadenas de valoraciones relativamente inelásticas, en talo que la justicia referida a las distribuciones tiende a una mayor elasticidad. ... El derecho privado es más afín con la justicia referida a los repartos... 13. Respecto a los objetos del reparto se distinguen la justicia de aislamiento y la justicia de participación. La primera de carácter excluyente es fundamento de las estructuras de estilo societario; la segunda de tipo abierto, identifica a las formas de alcance comunitario... 14. Con mira a la forma con que se lleva a identificar el reparto justo en relación a los demás se distinguen la justicia absoluta, que se limita a las cualidades y su tratamiento, y la justicia relativa, que exige una proporción con el tratamiento dado a otros casos... La **autointegración** del ordenamiento mediante la analogía se orienta a través de la justicia relativa, en tanto la **autointegración** con los prin-*

²³ CIURO CALDANI, Miguel Angel, “Perspectiva trialista de la axiología dikelógica”, E.D. año XIX, 8/2/80.

*cipios generales del Derecho Positivo, y la **heterointegración** por recurso a la justicia material permiten el ingreso más directo en la justicia absoluta. La justicia de tipo absoluto es especialmente afín al mantenimiento de la distinción entre el Derecho Privado y el Derecho Público, en tanto que la justicia relativa por su mayor pluralidad de miembros se constituye en nexo entre ambos... 16... Las valoraciones de justicia producen en nosotros un sentimiento racional de evidencia... 17... Cuando un ciclo jurídico llega a su período de **decadencia** el reinado de los valores fabricados falsos se expresa - como decía Toynbee- en una **combinación de valores incompatibles**. Entonces las distribuciones ocupan el valor de los repartos y la idolatría del azar o de la necesidad, reverenciados en lugar de la justicia, se pago con la **sensación de hallarse a la deriva**. En los tiempos de decadencia los distintos caminos para profundizar en el conocimiento de la justicia de radicalizan y el relativismo intenta cubrir las brechas abiertas indebidamente entre las minorías dominantes y las masas o dentro de cada sector”, culminando con las palabras con las que iniciamos esta larga transcripción.*

Con anterioridad, Werner Goldschmidt, además de en sus libros, había iluminado la cuestión²⁴, reclamando en coincidencia con Alf Ross: “Creo, por ello, que a fin de llevar a cabo un trabajo de valor en el campo de la filosofía jurídica es necesario que uno sea o filósofo o jurista, o mejor aún ambas cosas a la vez”, siguiendo el primero: “Ambos tipos de iusfilósofos deben comprender algo de derecho y de filosofía. Lo que importa es que la jurística requiere a un jurista **comprometido -engagé-** ... El orden social, las normas y la justicia son (si es que son) tres objetos totalmente diversos... En este orden de ideas hay que concebir el mundo jurídico como tridimensional. Consiste en una dimensión social, el ordenamiento normativo referido a aquélla y **la justicia que valora ambos**. La dimensión social comprende la totalidad de las adjudicaciones de potencia e impotencia, sobre todo con respecto a hombres. Si las adjudicaciones se realizan por hombres, hablamos de repartos. Si en cambio ellas pro-

²⁴ GOLDSCHMIDT, Werner, “Uni o pluridimensionalismo en el mundo jurídico”, L.L., año XXIII, 11/10/69.

*ceden de la suerte, el destino, la naturaleza o influencias difusas (entre las cuales puede haber actos humanos -como en los concursos agregamos-) nos encontramos con distribuciones. La jurística sociológica estudia esta dimensión social; no sería lícito confundirla con una sociología jurídica. El ordenamiento jurídico se compone de normas. Las normas hacen referencia de las adjudicaciones, el ordenamiento normativo, en cambio, el orden de adjudicaciones. Esa referencia es doble. Las normas describen e integran las adjudicaciones. La norma describe el contenido de la voluntad de los repartidores la cual se halla en el pasado, y predice el cumplimiento de la misma en los porvenir... La justicia es un valor cuyo objeto de valoración es en primer término el orden de adjudicaciones y luego en segundo lugar el ordenamiento normativo referente a aquél. La ciencia de la justicia se llama **dikelogía**. Se puede, por consiguiente hablar de una jurística dikelógica; no sería lícito confundirla con la filosofía moral y las doctrinas que conciernen al derecho natural.- La unidad del mundo jurídico se garantiza pese la triplicidad de los métodos materiales a él referente, gracias a la concatenación de las dimensiones captadas por los sendos métodos. La justicia como valor requiere ineludiblemente un objeto de valoración; y este objeto de valoración es el orden de adjudicaciones descrito e integrado por el ordenamiento normativo. Si se parte del orden de adjudicaciones, uno se da cuenta que el mismo es referido a la justicia, toda vez que las adjudicaciones son necesariamente justas o injustas, extendiéndose la jurística a las norma en cuanto describen e integran la realidad social. Si se inicia el análisis, por último, con el ordenamiento normativo, se llega, por un lado a la realidad social y, por el otro, a la justicia”.*

Introduciendo una inmediata referencia a la axiología propiciada a través del valor justicia, adviértase que normológicamente se prevén las adjudicaciones y se fijan los repartos ante la funcionalidad y crisis de organizaciones en su propia normativa, y al introducirse a través del derecho concursal cierto alejamiento del derecho público por las relaciones de participación que se generan en los concursos, que imponen referirse a la empresa y a su conservación, pero ello no puede llevar a distorsiones de injusticia de los repartos previstos generando “distribuciones” alejadas del valor justicia.

Trabajando en las expresiones precedentes podemos señalar que el sistema de organización asociativa ha tratado de preservar la justicia de los repartos, frente al realismo distributivo que se intenta imponer desde los concursos, pues “los repartos pueden ser autoritarios desenvueltos a través de la imposición y realizadores del valor poder, o autónomos desarrollados al hilo del acuerdo y satisfactorios de la cooperación”²⁵, que acaece dentro del derecho societario y conforme las normas imperativas de la estructura asociativa impuesta para el desarrollo y conservación de la empresa.

8. Es pública y notoria la injusticia en los repartos concursales.

El derecho concursal aparece como “un sistema de extinción de las obligaciones” ante la insolvencia del deudor común, donde deben tenerse presentes los costes de transacción entre la ejecución del patrimonio del deudor -cuyo valor es ignorado por los acreedores-, los costes de que ese patrimonio siga operando, y un acuerdo, frente a los que el procedimiento concursal “se utiliza como un medio de orillar los delitos de quiebra y otorgar al deudor un cierto monopolio natural”, donde se produce un reparto siempre “desigual”, que no se apoya “en el mito del reparto equitativo de las pérdidas”, y que “*la función exclusiva del derecho concursal ha de consistir en maximizar el valor del patrimonio del deudor, asignándole al uso que mayor utilidad reporte, bien sea liquidándolo, bien se manteniéndolo operativo ...*” y “*como la insolvencia es previsible y la información al respecto está irregularmente distribuida, el derecho concursal debe imputar los costos de la insolvencia de un modo que impida que esa irregularidad afecte a la función principal enunciada*”²⁶.

Ante ese panorama y función, es pública y notoria la planificación de la insolvencia por los administradores-socios de una sociedad insolvente²⁷,

²⁵ CIURO CALDANI, Miguel Angel, *Derecho de la Integración y su lugar histórico como rama del mundo jurídico*, 1ª ed., Rosario, Editorial UNR, 1997, pág. 15.

²⁶ BISBAL, Joaquim, “La insoportable levedad del derecho concursal” en *Revista de Derecho Mercantil*, Madrid, 1994, N° 214, octubre-diciembre, pág. 843 y ss., específicamente pág. 845.

²⁷ PALACIO LAJE, Carlos *Delitos de vaciamiento de empresas*, Córdoba, Marcos Lerner, 2002.

y la práctica concursal en torno de la renuncia al privilegio “producida” por el adquirente de un crédito hipotecario, lo que constituye un tema opinable y que se vincula a si el acreedor se limita a ello, o intenta incidir en la gestación de un acuerdo concursal, lo que como acto colegial colectivo impone algunas consideraciones

Muy preocupados por las prácticas espurias escribimos en un libro colectivo sobre las propuestas abusivas y las cuestiones conexas vinculadas a la “compra” o “acomodo” del voto, desde el obligado pago de las obligaciones con garantía reales, particularmente las hipotecarias, realizadas por un tercero, y la renuncia al privilegio y prácticamente al crédito al votar propuestas predatorias²⁸.

Se trata de un problema de responsabilidad social o colectiva empresarial²⁹, protegiendo a la propia empresa, las demás empresas que están en el mercado, sean de la competencia o vinculadas por contratos de provisión o subprovisión. La actuación predatoria en insolvencia recuerda que *“La dinámica e inventiva empresaria en permanente desarrollo obstaculiza -como contratendencia- mediante la generación de nuevas formulaciones cada vez más complejas y sofisticadas, cualquier mejora que se produzca en función de la protección efectiva de quienes se encuentran en una situación de poder desigual en el mercado... De forma tal que, creemos, resulta necesario comenzar con la búsqueda de alternativas jurídicas que otorguen y garanticen mayor seguridad al conjunto social”*³⁰. ¿Ello impone una reforma normativa?

²⁸“Otra vez sobre propuesta abusiva” en libro colectivo *Conflictos en la insolvencia*, dirigido por Ricardo A. Nissen y Daniel R. Vítolo, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2005, pág. 409, especialmente pág. 431 y ss.: “7. Un tema vinculado: el voto complaciente”, y “Funcionalidad de sociedad y propuesta concursal abusiva” en Zeus Córdoba, t. 7, págs. 505 a 515, 8/11/05.

²⁹RICHARD, Efraín Hugo, “Responsabilidad social de la empresa”, texto publicado de la conferencia formalizada en la Universidad Nacional del Nordeste, Corrientes, el 16 de agosto de 2005, cuyo texto puede verse en la página electrónica de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba www.acader.unc.edu.ar

³⁰LOVECE, Graciela, “La metamorfosis empresarial. De la intangibilidad del capital a la intangibilidad de la reparación”, en libro colectivo *Edición homenaje Dr. Jorge Mosset Iturraspe. Derecho de las obligaciones. Responsabilidad por Daños. Derecho de los contratos. Teoría general del contrato*, Edición Universidad Nacional del Litoral, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Santa Fe, 2005, pág. 327 y ss., específicamente pág. 332.

Fundamentalmente se requiere una reforma en la forma de pensar o concebir al sistema jurídico³¹, y particularmente el concursal. “*No basta con un equilibrio formal de intereses, que exclusivamente atienda a la relación jurídica considerada aisladamente como pretende el constructivismo jurídico, sino de lo que se trata es de hallar una distribución o regulación más equilibrada de los derechos y obligaciones, para alcanzar una relación jurídica más justa y equitativa*”³⁴. En eso estamos.

Concluimos con palabras de Paulo Freire en *El grito manso*: “... la realidad no es así, la realidad está así. Y está así no porque ella quiera. Ninguna realidad es dueña de sí misma... nuestra lucha es por cambiarla y no acomodarnos a ella...”.

III. La hipótesis

Hasta aquí algunas divagaciones sobre la axiología, aproximándonos al corazón del derecho concursal.

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

“El principio de conservación de la empresa como razón de orden social y en especial en lo atinente al mantenimiento de las fuentes de trabajo y de riqueza, constituye un presupuesto insoslayable en una interpretación finalista de la ley. Dicho de otro modo, sin

³¹RICHARD, Efraín Hugo, “Realidad, economía y derecho” en libro colectivo *Política, economía y derecho. Equilibrios y desequilibrios*, 2ª ed., edición de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, 2005, pág. 84 y ss.; “Reforma concursal: ¿de normas o de ideas?”, en el CD del Primer Congreso Hispanoamericano de Derecho concursal, Barranquilla Colombia octubre 2005, y ambos en la página electrónica de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, www.acader.unc.edu.ar

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, vicepresidente del Instituto Iberoamericano de Derecho Concursal (presidido ahora honorariamente por Sanguino Sánchez) ilumina la cuestión.

Esta referencia a la empresa acota también la reflexión en torno a concursos de sociedades que desenvuelven un objeto social como empresa, sumado a concursos de organizaciones con actividades que se entienda conveniente conservar -entidades deportivas, sociales y/o comunicacionales), con clara distinción de otro grupo de concursos de consumidores donde el principal objetivo es liberar un patrimonio ínfimo de las consecuencias de un endeudamiento inapropiado.

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

Si el objetivo es evitar la disociación del patrimonio eliminando el estado de cesación de pagos, la hipótesis que podríamos arriesgar es que la “axiología” del sistema sería asegurar el mantenimiento de la eficiencia de la actividad 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”.

IV. Bien jurídico tutelado por el sistema concursal

Recordemos que “valor”, en su acepción filosófica, es “Calidad que revisten algunas realidades, consideradas bienes, por lo cual son estimables. Los valores tienen polaridad por lo que son positivos o negativos, y jerarquía en cuanto son superiores o inferiores”.

1. Resulta así fundamental para el análisis de un sistema normativo esclarecer cuál es el bien jurídico que el ordenamiento intenta tutelar, tratando de corroborar las hipótesis. En función de ese estudio se podrá ahondar en la interpretación de las normas, buscando su coherencia, o propugnar el perfeccionamiento del sistema si el legislador no logró, mediante la norma positiva, alcanzar una real protección del bien jurídico.

En materia concursal no sólo se discute si el ordenamiento es de carácter sustancial o procesal³³ sino también cuál es el bien jurídico que la legislación intenta proteger³⁴. Y serán muy distintas las tutelas en orden a que se haya protegido la simple integración patrimonial, o la paridad de los acreedores, o el interés social, o la conservación de la empresa³⁵, o una diversa combinación de aquellos. Quizá la discrepancia o confusión radica en la observación de distintos ordenamientos jurídicos o en la realidad tan cambiante en materia económica³⁶.

2. La organización de la comunidad impone el ordenamiento jurídico que, por ello mismo no debe ser caprichoso sino que implica que el legislador al ordenar un sistema normativo lo haga en función de proteger determinados valores caros a esa sociedad, cumpliendo con una necesidad de bien común³⁷.

³²WEINGARTEN, Celia, “La equidad económica como principio general del derecho de los negocios” en libro colectivo *Edición homenaje Dr. Jorge Mosset Iturraspe...*, cit., pág. 629 y ss., específicamente pág. 636.

³³CÁMARA, Héctor, *El concurso preventivo y la quiebra*, Buenos Aires, 1978, t. 1, pág. 229 y ss. señala las divergencias entre quienes consideran a las normas -concursoales como rituales, si bien aparecen entremezcladas con normas sustanciales y administrativas.

³⁴RAMÍREZ, José A., *Derecho concursal español: la quiebra*, t. 1, págs. 315 y 395; CÁMARA, ob. cit., t. 1, pág. 95 y ss.; PROVINCIALI, *Tratato di Diritto Fallimentare*, t. 1, pág. 34 y ss.; CÚNEO, *La procedure concursuali*, t. 1, pág. 4 y ss.; PAJARDI, *Manuale di diritto fallimentare*, t. 1, pág. 19 y ss.; RUISI - JOINO - ALBERTI, *Tedeschi, Il fallimento*, t. 1, pág. 1 y ss.

³⁵QUINTANA FERREYRA, FRANCISCO y RICHARD, Efraín Hugo “La conservación de la empresa en las leyes de sociedades 19.550 y de concursos 19.551”, *Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones*, Buenos Aires, octubre 1978, año 11, N° 65, pág. 1373 y ss..

³⁶“La técnica jurídica está para servir las exigencias de la realidad y no al contrario”, GARRIGUEZ, Joaquín, *Tratado de derecho mercantil*, Madrid, 1955, t. II, Títulos Valores, pág. 45; VERNENGO, Roberto J., “El sentido del realismo jurídico”, en *Del actual pensamiento jurídico argentino*, Arayú 1955, pág. 234 y ss..

³⁷BARBERO, Domenico, *Sistema del derecho privado*, Buenos Aires, 1967, pág. 67 y ss. Sobre el tema tratado en este trabajo puede verse nuestra ponencia “¿Cuáles son los bienes jurídicos que el proceso concursal intenta tutelar?” propuesta en abril de 1979 a la Comisión de Filosofía y Sociología del Derecho en las Primeras Jornadas sobre Concursos en el Derecho Argentino y Comparado, realizadas en Rosario en mayo de 1979, y las conclusiones para el plenario que realizara dicha Comisión relatadas por su director, Prof. Dr. Ariel Alvarez Gardiol.

Si bien los filósofos desde siempre han tratado las estructuras formales y los contenidos de los valores, recién en el curso del siglo anterior y comienzos del presente se desarrolló como disciplina jurídica la “teoría de los valores”³⁸, como hemos relatado. Por eso en muchos casos encontramos como equivalentes a la expresión “valores” la denominación “bienes” o “fines”. Bien es la cosa concreta estimada o estimable, y valor la calidad abstracta que la hace estimable o estimada a la cosa. El valor no es distinto al bien, es su propiedad, es algo del ser que sólo tiene realidad en el ser (o bien). Por tales razones y por simplificación, usaremos equivalentemente las locuciones valor, bien o fines.

3. Con esta introducción corresponde proceder a determinar cuál ha sido el bien jurídico tutelado, el valor protegido, la causa fin, la finalidad económico social perseguida por el legislador en materia concursal.

El presupuesto sustancial incuestionado para la apertura de concursos es la cesación de pagos. En nuestro sistema ha sido recibida plenamente la tesis de Bonelli, quien considera que dicho estado se manifiesta por cualquier acto o hecho que lleve certeza de tal situación³⁹. Este hecho objetivo puede ser nominado de otras formas: estado de insolvencia, cesación de pagar, sobreseer o suspender los pagos, *insolvenza*, *oberschuldung*⁴⁰. Se trata, en definitiva, de describir un estado de impotencia patrimonial para atender las deudas exigibles, con los bienes normalmente realizables.

La empresa, el cumplimiento del objeto, es inviable por la insolvencia, conservarla es eliminar la insolvencia, hacer viable la empresa.

Estamos mostrando desequilibrios. ¿Dónde están los equilibrios? La disociación entre derechos y obligaciones en un patrimonio es el aspecto a afrontar. Ante ello cesa la aplicación del derecho común, los acreedores son despojados de los derechos que la ley les acuerda y sometidos a una “asistencia, participación, colaboración” en un juicio concursal, donde deben ser reconocidos frente a los restantes acreedores y someterse a

³⁸ GOLDSCHMIDT, Werner, *Introducción al derecho*, 3ª ed., pág. 462 y ss..

³⁹ *Del fallimento*, Milán, 1923, t. 1 N° 46.

⁴⁰ CÁMARA, ob. cit., t. 1, pág. 235 y ss..

reglas especiales. Debe apuntarse que esa alteración del derecho común se limita a lo que expresamente el derecho de excepción impone, manteniéndose las reglas constitucionales, civiles, comerciales y de las personas jurídicas concursadas en todo lo que no sea expresamente alterado.

Y vienen las preguntas en busca de afirmar o desalentar la hipótesis: ¿se impone la concurrencia o concurso para evitar que los acreedores actúen desorganizadamente? ¿Se impone para proteger al patrimonio deudor en sí mismo? ¿Se impone para asegurar algo dentro de ese patrimonio? ¿Esa conservación es un valor realizable exclusivamente a través del derecho concursal? Sobre ello volveremos.

Todo el sistema general del cumplimiento de las prestaciones derivadas de los repartos determinados por los negocios jurídicos, aparece convulsionado por el estado de cesación de pagos de una persona, como centro de un haz de derechos y deberes subjetivos. La importancia de la presencia de esa persona y de ese haz de relaciones en el campo jurídico-económico es la que generará mayor o menor desequilibrio en el sistema. Quizá la menor importancia de las prestaciones a cumplir por algunas personas permite que el sistema jurídico tradicional asegure el equilibrio o la estabilización de los desequilibrios producidos por ese sistema tradicional de hacer justicia, y el estado de cesación de pagos de esas personas no genere un impacto general en la sociedad que afecte algún valor sustancial, que imponga al Estado una presencia a través de una legislación específica que imponga distribuciones imperativas, cual la legislación concursal.

Es la magnitud del desequilibrio que se produce en el sistema jurídico económico tradicional por el estado de cesación de pagos de determinadas personas, lo que impone la necesidad de una legislación especial, apartándose de la justicia conmutativa del derecho común, generando un conjunto de normas que subordinan principios de derecho procesal y sustancial común en aras del interés general en preservar las relaciones generales ante el estado de cesación de pagos.

El impacto que el incumplimiento de los repartos determinados en los negocios jurídicos emanados del derecho privado genera en una determinada sociedad, cuando esos incumplimientos son de carácter masivo y a cargo de una persona, imponen medidas particulares, prácticamente de derecho público. Estas situaciones conmocionan al valor justicia y equidad en relación a la comunidad de los acreedores. El sistema jurídico tradicional permitirá que alguno satisfaga su acreencia, más no todos, lo

que genera un conflicto entre todos quienes requieran cumplimiento de prestaciones de la persona en estado de insolvencia, dismantelará la actividad de quien no puede pagar aunque quiera pagar, o que no pueda pagar a todos aunque no desconozca sus obligaciones ni sus incumplimientos.

Un nuevo reparto impuesto por el derecho público, un nuevo sistema de distribución con participación colectiva de todos los interesados es impuesto por el Estado, ante situaciones particulares generadas por convenios privados o incumplimiento de contribuciones legales, pero como actuación de derecho público ante situaciones impensadas por las partes, para preservar la justicia de los repartos. Un nuevo concepto distributivo con intervención colectiva de todos los interesados en el ámbito privatístico es impuesto por el Estado con una actividad de derecho público minimizada.

4. Metodológicamente es difícil encontrar en forma directa el valor protegido por la legislación concursal], pues no hay duda que -como en todo ordenamiento jurídico- genéricamente se aplica el valor justicia, seguridad, equidad, utilidad. Ante tal constatación y lo indicado precedentemente, debe recurrirse al principio de polaridad como característica fundamental de los valores ⁴¹. Así aparece como disvalor “la cesación de pagos”, como situación irregular no querida por la sociedad, y por tanto asumido por la actividad del legislador para darle solución para evitar esa quiebra del principio del bien común económico, desnaturalizando también aquel otro de la actividad económica productiva ⁴².

⁴¹ Confr. ponencia citada en nota 5 y el despacho de la Comisión: “Fue *metodología de la coincidencia de la* Comisión, en la *búsqueda de los bienes jurídicos que el proceso concursal intenta proteger; la determinación de los disvalores* cuya eliminación la ley procura. Ello, a partir del principio de polaridad como característica fundamental de los valores. Así la Comisión, coincide en que ese disvalor fundamental es el estado económico jurídico de la cesación de pagos, que quiebra el principio del bien común económico, desnaturalizando también aquel otro de la actividad económica productiva. Detectado ese disvalor, la ley procura realizar el valor jurídico de la justicia distributiva, que pondera por encima de la simple pretensión adecuada del crédito y no se satisface sólo con ello, orientada al restablecimiento de actividades económicas útiles. En el marco de esos valores, la ley conjuga bienes jurídicos económicos básicos, tales como la protección o el restablecimiento del crédito y la conservación de la empresa útil, en tanto encarnen los valores y principios enunciados”.

⁴² Confr. el despacho citado en nota anterior.

Podemos anticipar que eliminar el estado de cesación de pagos resulta el bien jurídico tutelado⁴³. No es función del legislador enunciar el bien jurídico tutelado, sino imponer una serie de principios generales, rectores, normativos, en los que ha tenido en cuenta o insertado su finalidad, el respeto de un valor o la eliminación de un disvalor.

El legislador argentino reconoció esos principios en la Exposición de Motivos de la anterior ley 19.551⁴⁴ e impone normas tendientes a asegurar la consecución de los mismos. A través de esa finalidad se tutela un bien jurídico, tratando de eliminar el disvalor. *“Detectado ese disvalor, la ley procura realizar el valor jurídico de la justicia distributivo, que pondera por encima de la simple protección adecuada del crédito y no se satisface sola con ello, orientada al restablecimiento de actividades económicas útiles”*⁴⁵ sin que ello implique proteger al empresario, pues la actividad productiva libre del estado de cesación de pagos puede continuar bajo la propiedad o dirección de un tercero.

5. Ese bien jurídico tutelado que acabamos de enunciar: la eliminación del disvalor de la cesación de pagos, obliga a hacer un reconocimiento sobre su naturaleza. Entendemos que representa un bien común económico, valor en el que se conjugan los de justicia, orden y seguridad jurídica⁴⁶.

Los valores justicia, orden, equidad, seguridad y bien común no presentan antinomia, sino que se interrelacionan en armonía, permitiendo superar cualquier análisis sobre la validez individual de alguno de ellos⁴⁷.

⁴³Sobre el tema puede verse la ponencia referida en nota 9.

⁴⁴Consideraciones generales, punto 40.

⁴⁵Ver despacho de Comisión transcripto en nota 9 y ponencia allí referida.

⁴⁶GOLDSCHMIDT, ob. cit., pág. 463; CIURO CALDANI, Miguel Angel, “Perspectiva trialista de la axiología dikelógica”, E.D. del 8/2/80.

⁴⁷CIURO CALDANI, trabajo citado: *“En los días del ocaso el sentimiento y la razón se hacen conflictivos y los fraccionamientos se desorientan, llegándose a la apología de la seguridad o de la inseguridad civil como si fueran valores en sí mismos”*; SOBOKIN, Pitirim A., *Dinámica social y cultural*, t. 11, pág. 1376 y ss., *“Estos cada vez más atomizados valores sensuales, incluyendo el hombre mismo, se irán progresivamente rebajando, haciéndose sensuales y materiales, carentes de todo carácter divino, sacro y absoluto. Se hundirán cada vez más en el fiemo de las sentinas socioculturales. Se irán haciendo cada*

Prima el valor justicia, y dentro de la axiología del derecho concursal evitar operar a sabiendas en perjuicio de los demás. El valor justicia tiende a asegurar los repartos de las pérdidas o cargas, evitando violar los principios o valores de justicia y equidad.

6. La justicia que requiere la problemática concursal no es del tipo conmutativo, sino del tipo integrativo o distributivo típico de la justicia llamada social o del bien común. La igualdad no es de cantidad, sino de proporción o mejor aún de conjunción. Ante la dificultad de efectivizar los repartos determinados se procede a una distribución aplicando principios de derecho público.

La justicia es propia de todas las virtudes en cuanto ordena al hombre al bien, pero no sólo en relación a otro sujeto sino al bien común, como carácter social o de convivir en sociedad. La justicia es la virtud general. A la ley concursal le interesa, sin perder de vista esta virtud general o principio de justicia, restablecer el orden económico, la actividad económica de la empresa libre del disvalor, del estado de insolvencia o hacer cesar toda actividad empresaria cuando no se la pueda liberar de aquel disvalor. Se trata en sí de restablecer el desequilibrio de los repartos por medio de un nuevo sistema de distribución.

El derecho concursal se aparta de los derechos que por otros derechos corresponden: el acreedor deja de tener su derecho sobre los bienes ya aprehendidos, el adquirente ve inoponible su derecho de propiedad frente a los acreedores concurrentes. La ley concursal enfrenta un haz de derechos y repartos conmutativos enfrentados en relación al deudor común, y con principios de justicia distributiva debe interferir en el orden común formalizando adecuadamente los repartos frente al estado de cesación de pagos del deudor común. La ley concursal interfiere en los repartos iniciados por el derecho común frente al disvalor de la insolvencia y mientras ésta exista. Desaparecido el estado de cesación de pagos cesan los efectos particulares del sistema concursal.

Corresponde aclarar que no entendemos al derecho concursal como un derecho especial o de excepción. El derecho concursal jamás se aplica como excepción frente al derecho común, sino que producido el esta-

vez más destructivos y menos constructivos, representando en su conjunto un museo de patología sociocultural mejor que los imperecederos valores del Reino de Dios”.

do de excepción que llevó al legislador al dictado de las normas concursales, constatado judicialmente ese estado de excepción de cesación de pagos, el derecho concursal] pasa a aplicarse como derecho común, y el ordenamiento general sólo se aplicará cuando este ordenamiento común concursal así lo disponga o cuando sean las normas compatibles.

La ley concursal, al intentar restablecer el orden de los repartos, no mira el beneficio de los acreedores, ni de éstos en común, ni los del deudor, sino los de la sociedad toda en la que se encuentra inserta la actividad afectada de] disvalor, a la que intentará liberar de ese estado o procederá a hacerla cesar.

El ordenamiento concursal, como por el principio del bien común el Estado puede imponer contribuciones, impone determinadas cargas para hacer valer los derechos, distintos al del derecho común. Así la forma única, típica y necesaria de insinuarse dentro del pasivo del concurso, con expresión de la causa de su acreencia, causa de adquisición de los títulos valores circulatorios⁴⁸, condicionando también el ejercicio y límite de esos derechos por medio de los llamados acuerdos concursales, determinando el reparto que le corresponde a cada uno de los concurrentes atendiendo al bien común y a principios distintos al del derecho común, modificando incluso el sistema de privilegios, y determinando formas de distribución particulares.

Frente a este análisis, parecería que la dificultad restante estriba en determinar cuál es la naturaleza del bien común o causa fin del legislador que determina esos principios concursales. ¿Será una forma de reinscripción del mundo económico en el mundo moral? Esto aparecería como probable en un mundo donde los valores económicos parecen tener mayor importancia que los morales, no obstante lo cual no creemos tal intención en la ley concursal. En cambio parece atendible entrever el intento de reinsertar el individualismo económico, sea del deudor o de sus acreedores, en una dirección de interés común: mantener o depurar la actividad económica de elementos impuros, cual es el estado de cesación de pagos. Se trata de restaurar al más breve plazo la aplicabilidad de la normativa conmutativa, de la libertad económica y de la autonomía de la voluntad.

⁴⁸ Confr. plenario de la Cámara Comercial de la Capital, L.L. del 10/2/80.

Insistimos que en el derecho concursal no es aplicable la justicia conmutativa o justicia de equivalencia de las prestaciones, de tipo privatístico, pues el interés superior de la sociedad se encuentra en juego. Al no poder resolver las partes individualmente el estado de cesación de pagos, pernicioso para la sociedad en la que se insertan las relaciones jurídico-económicas, por el principio de subsidiariedad, el Estado incorpora un sistema procesal publicístico, con normas sustantivas dirigidas al bien común, y ese bien común es mantener en lo posible la actividad económica productiva, eliminando la insolvencia e inclusive apartando al mismo empresario de la actividad productiva, sea de la propiedad por medio de la forma liquidatoria del art. 198 LC o acuerdos concursales, o de la dirección conforme acuerdos concursales o actividad de los funcionarios del concurso.

Bien común es la confluencia o integración de intereses en los concursos. Las normas en general tutelan el bien común pero con carácter conmutativo, en el derecho concursal hay convergencia, de carácter distributivo en búsqueda del bien común. Búsqueda que se formaliza por múltiples medios que otorga la ley para superar el estado de cesación de pagos en la actividad productiva.

7. Se remarca ese principio de justicia asegurando la integración patrimonial, disponiendo la inoponibilidad a los acreedores de determinados actos válidos finiquitados entre el concursado y terceros. Esa ineficacia frente a la validez del acto se encuentra imbuido en el valor justicia con respecto del bien común de todos los concurrentes frente al tercero.

Este valor justicia, no obstante, no puede realizarse sin un orden. El orden no es un valor en sí mismo, pero resulta indispensable para garantizar la justicia, la paz, la seguridad, la libertad y el bien común perseguido. El orden aparece así como un principio primario sobre el que se asentarán otros valores, sobre el que convergerán para construir un sistema. Generar una organización de la sociedad sobre ciertas bases con el fin de asegurar la subsistencia del grupo, realizar la empresa de una civilización y también en vista a obtener, por equilibrios apropiados, el movimiento lento y uniforme del conjunto de situaciones y relaciones sociales⁴⁹, aparece

⁴⁹HAURIUO, André, *Precis de droit constitutionnel*, Nontchestein, Paris, 1998, pág. 34; DU PASQUIER, Claude, *Introducción a la teoría general del derecho y la filosofía*, Delachaux et Niestle, Paris, 1998, pág. 389.

como una misión esencial. El orden presupone la libertad y justicia dentro de las cuales la sociedad se desarrolla, y en cuyo seno y en su beneficio se generan organizaciones de bienes y servicios productivos.

El orden jurídico es la unidad de los derechos de la personalidad y de las exigencias de la vida social⁵⁰.

La paz converge y se asienta con los valores justicia y orden, y es una consecuencia de la existencia de estos. No hay paz en un orden injusto, donde aunque se aparte del sistema conmutativo no existan determinadas garantías en la distribución de los repartos.

8. La seguridad deriva del orden. Ambos son presupuestos de la justicia. La seguridad en sentido objetivo se traduce en la existencia de un ordenamiento jurídico y en su mantenimiento y desarrollo. Las relaciones persona-persona, persona-sociedad, con la autoridad, recíprocamente debe cimentarse sobre un claro fundamento jurídico y estar protegido, si hay necesidad por la autoridad judicial, lo que supone la existencia de un ordenamiento normativo determinado y de un tribunal que lo aplique. Estos resguardos orden y seguridad están garantizados por el sistema, procesal publicístico desenvuelto por la ley concursal.

Pero los fines del derecho están englobados en la noción más amplia del bien común. La finalidad es un hecho universal en el movimiento ordenado del universo, pero sólo el hombre obra por un fin, por el conocimiento cognoscitivo e intención del bien, como producto de su inteligencia, que es la causa final de su obrar. Corresponde esa actitud finalista a una inclinación social del hombre, a una potencia de él que se actualiza gradual y permanentemente. Todas las sociedades, como los individuos que la integran, buscan su bien común, como causa final o primer principio impulsor⁵¹.

Ese bien común social, de carácter temporal, objeto del derecho como su finalidad, representa el compuesto de presupuestos sociales necesarios para que los individuos, los grupos y las sociedades alcancen sus

⁵⁰ RENARD, GEORGE, *Le droit, la logique et le bon sens*, Paris, Sirey, 1998, pág. 259.

⁵¹ URDANOS, Teófilo, *Comentarios a la Summa Teológica*, Madrid, 1956, t. VIII, pág. 758.

finalidades existenciales y logren su pleno desarrollo, integrados en las comunidades mayores, como partes de un todo⁵².

Este enfoque representa una justicia de proporciones, frente a una justicia conmutativa propia de las relaciones simplemente bilaterales, pues vincula el bien particular con los otros bienes particulares, y los bienes particulares con el bien común, según un reparto de proporciones, en análisis de las diversas relaciones afectadas. No se trata de sacrificar a nadie sino de buscar la ubicación de los derechos de cada uno en el todo. Ese es un fin en sí mismo de un procedimiento de tipo universal cual el concursal. El bien común aparece como superior al bien privado. Lo que pertenece a una sola persona es poca cosa en comparación a lo que conviene al grupo humano en el que se integra esa persona al convivir en sociedad.

9. Dentro del bien común, dentro del derecho positivo o del bien común temporal, el bien común económico y todo lo relacionado a la productividad, distribución y consumo de bienes, con una más justa distribución, se puede identificar como un valor. Dentro de nuestra sociedad, el mantenimiento de la fuente de trabajo, de lo que crea riqueza distribuible, de lo que genera bienes y servicios, aparecen como un bien común económico apreciable, tutelable como finalidad del legislador⁵³.

Reconstruir y mantener consolidado un patrimonio es una forma de eliminar la insolvencia que recaía sobre un patrimonio al que se habían excluido o sustraído determinados bienes. Eliminar créditos ilegales tiene la misma finalidad, evitando que incidan sobre la incapacidad financiera del patrimonio.

La formulación de los acuerdos y la decisión sobre su homologación debe construirse sobre la posibilidad cierta de la eliminación del estado de cesación de pagos. Cuando no es superable esta situación económica, se tiende a eliminarla en relación con la empresa⁵⁴, liquidándola, en funcionamiento pero libre del estado cesación de pagos que recaerá sobre el patrimonio que queda como prenda común de los acreedores constituido

⁵² GOLDSCHMIDT, ob. cit., pág. 107 y ss.

⁵³ QUINTANA - RICHARD, trabajo citado.

⁵⁴ La expresión "empresa" está tomada como grupo de bienes integrados para un fin productivo o de servicios, en actividad productiva o con potencialidad inmediata de actividad productiva.

por el precio de venta y otros bienes del concursado. El fin de la ley está concluido: se ha liberado del estado de insolvencia a los fondos productivos. La confianza del crédito queda restituida.

Devolver la potencialidad productiva puede aparecer como un bien común. Eliminar los factores que impiden que se generen bienes, se multipliquen las relaciones jurídicas de contenido económico conforme su efecto multiplicador, esparciendo riqueza y libre de los riesgos de incumplimiento, resulta tutelable. Esto aparece compuesto por el proceso concursal conforme los efectos de su apertura, por las posibilidades de concertación y colaboración con los acreedores a través del acuerdo, o con la continuación de la empresa, o con el avenimiento, o con la liquidación de la empresa, libre del estado de cesación de pagos y del empresario que generó y no pudo resolver ese estado de cosas.

Pero si el procedimiento concursal no logra mantener la actividad económica libre del disvalor de la cesación de pagos, hace cesar la actividad económica y por ende los riesgos de la insolvencia para el futuro. Interesa la actividad empresarial, pero más que ello evitar actividad económica en cesación de pagos por el efecto que ello produce con carácter multiplicador en las relaciones jurídico-económicas, pérdida de la seguridad y alteración de la justicia conmutativa cada vez más difícil de restablecer frente a la perdurabilidad en la sociedad de una empresa en estado de insolvencia.

Podríamos reconocer y analizar, con esta dirección finalística del bien común económico, la totalidad de las normas e institutos creados por la ley concursal como ley común cuando se reconoce judicialmente el estado de cesación de pagos. En esa eliminación del disvalor, permitiendo la continuidad o asegurando la cesación de la actividad económica, se enrollan el grueso de sus normas en forma fácilmente identificable.

La revocatoria concursal o sistema de inoponibilidad, la suspensión de actos de ejecución forzada o de acciones de contenido patrimonial, de intereses, la facultad del síndico respecto a la resolución o cumplimiento de contratos y las formas de liquidación configuran un todo sistemático e integrado con la finalidad expresada. El llamado derecho de excepción interfiere en el derecho común y lo sustituye como tal cuando se reconoce el disvalor de la cesación de pagos, orientándose a restablecer el bien común económico alterado.

10. Determinar los valores y bienes jurídicos tutelados por una norma es obra de tiempos y doctrina, el legislador se limita a enfrentar su realidad social y económica, en forma sistemática que dan coherencia y permanencia a las normas.

A esa inclinación social del hombre que, a través del conocimiento cognoscitivo e intención del bien como producto de su inteligencia -que hemos reconocido precedentemente- importa una actualización gradual y permanente de la ciencia jurídica, no sólo a través del ordenamiento normativo sino de la doctrina judicial y científica, compromete el aseguramiento constante de aquellos fines. Compromete esa característica a revisar constantemente los medios de aseguramientos de los bienes jurídicos tutelados, revisar si debe anticiparse la actuación concursal ante el fantasma de la cesación de pagos, si deben mantenerse excluidos los acreedores beneficiados con derechos reales de garantía, si la inoponibilidad de actos no debe anticiparse en los trámites concursales, como tantas otras situaciones advertibles con posterioridad a la sanción de nuestra actual ley concursal que, indudablemente, es respuesta a esa actualización permanente de la sociedad, pero cuyo análisis escapa al tema central de esta nota, cuyo objetivo es contribuir a esa actualización en la búsqueda de principios orientadores uniformes, necesarios para la interpretación integral del sistema concursal.

En materia concursal la axiología recupera aspectos de valores económicos, sin dejar los éticos. El antivalue es excluir del mercado los estados de cesación de pagos, sin excluir a la empresa viable. Esto aparece como apreciación axiológica del rol de un derecho de crisis.

“Todo orden de repartos constituye un régimen. Ya vimos oportunamente que en la constitución del régimen intervienen ciertos valores y que son: el poder (básico del reparto autoritario), la cooperación (fundamental del reparto autónomo), la previsibilidad (inherente al plan de gobierno) y la solidaridad (subyacente en la concatenación de los repartos como modelos y seguimientos). Pero todo orden de repartos, considerado en su totalidad, realiza aún otro valor que es precisamente el valor del orden que produce siempre una pacificación. En efecto, si bien el orden como tal no es capaz de dar lugar a la auténtica paz, a cuyo fin sería necesario que el orden fuese justo -paz, según las palabras de San Agustín, es el orden en la justicia-, no lo es menos que cualquier orden, por muy injusto que parezca, por el mero hecho de ser orden, pacífica. Lo que no se debe

olvidar es que si la injusticia del régimen rebasa ciertos límites mínimos, no resulta ya posible ni siquiera preservar el orden, y todo el régimen viene abajo. Todos los valores inherentes al régimen son naturales y relativos (Puede haber ciertas dudas respecto a la previsibilidad. La policía es “la fuerza del orden”, pero no necesariamente la de la justicia). Por ser relativos, su intensificación implica peligros” (Goldschmidt, Werner, págs. 96/7).

Ciuro Caldaní expresa: *“En los días del ocaso el sentimiento y la razón se hacen conflictivos y los fraccionamientos se desorientan, llegándose a la apología de la seguridad o de la inseguridad como si fueran valores en sí mismas... El valor de las teorías jurídicas está en relación directa con las posibilidades que brindan para la realización de la justicia. Superando a las doctrinas imperativistas y coactivistas, que se ciñen a la vertiente extraconsensual; al anarquismo, que se limita al cauce consensual; al organicismo que se enmarca excesivamente en la realización gubernativa y al pactismo que se limita al cauce “parcial”, el trialismo da amplias posibilidades a todas las clases de justicia. A diferencia de los unidimensionalismos sociológico y nomológico, que exageran la importancia de los valores naturales relativos convirtiéndolos en valores falsos y del unidimensionalismo dikelógico, que al desbordar las posibilidades de la justicia la transforma en otro favor falso, el trialismo brinda su debida ubicación a la justicia y a los restantes valores del mundo jurídico, sean éstos naturales relativos o fabricados” (“Perspectiva trialista de la axiología dikelógica”, E.D., 8/2/1980).*

“Que el jurista cuente en nuestro tiempo con los elementos teóricos que hagan posible la ubicación autónoma del problema epistemológico del derecho, es una contribución definitiva de la teoría pura y de su descubrimiento de la peculiaridad de la inmutación y de la lógica especial del deber ser. La gran importancia de la teoría pura no estriba en el hecho de haber creado una nueva ciencia jurídica echando por la borda todo el ilustre pasado de la jurisprudencia, sino en la explicitación de la tarea cumplida por el jurista. El significado del “¡eureka!” kelseniano consiste precisamente en eso, en la búsqueda de una solución doméstica, en la dignificación científica del procedimiento peculiar del jurista, purificándolo con la sutileza de una lógica rigurosa. Por eso el jurista en la actualidad, liberado del sociologismo, encuentra en la teoría pura su pro-

pio habitat teórico...” (Machado Neto, Antonio Luis, “Teoría pura y teoría general del derecho. Actualidad de una polémica”, L.L. 15/ 8/1968).

Claro que esta constatación sobre el valor, objetivo, o bien jurídico protegido por el sistema concursal y las referencias a la necesidad de actuar anticipatoriamente para que el antivalor genere efectos destructivos, conlleva una pregunta: ¿existe otro sistema anticipatorio? En una cuestión y pregunta clave sobre la que expresaremos nuestra opinión.

*V. Sobre conservación de empresa y concurso*⁵⁵

Eliminar el antivalor estado de cesación de pagos o de crisis de un patrimonio organizado, aparece así como la axiología del derecho de crisis. Ello es equivalente y congruente con la expresión “conservación de la empresa”, o con la continuidad normal del desenvolvimiento de la funcionalidad operativa de un ente organizado.

O sea que la construcción dogmática puede entenderse coincidencia con la determinación normológica sobre los objetivos del derecho concursal. Aparece así la “axiología” desde dos vertientes: una normológica, cuando una ley determinada, como previsión del legislador, registra los principios u objetivos que deben guiar. Y por otra parte, en relación a las legislaciones que no son así explícitas, el antivalor de la constatación de la crisis - en sus diversas intensidades- que afecta a un patrimonio, justifican o autorizan la aplicación de las normas de excepción para intentar devolver a ese patrimonio la calidad necesaria para el desenvolvimiento de la empresa, su viabilidad, su funcionalidad constitutiva.

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*

⁵⁵ RICHARD, Efraín Hugo, comunicación al Primer Congreso Colombiano de Derecho Concursal, organizado por la Universidad de Medellín en homenaje al Prof. Dr. Jesús Sanguino Sánchez, Colombia, Medellín, setiembre de 2007.

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. 1 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 implica una cuestión de legitimación sustancial y procesal, que regla las relaciones entre los acreedores convocados y concurrentes a este proceso de reorganización. En el derecho portugués de la última década señala la ordenanza respectiva en el párrafo primero: "el procedimiento de insolvencia tiene por finalidad satisfacer colectivamente a los acreedores del deudor mediante la realización de su patrimonio y la distribución del producto resultante, o mediante un plan de insolvencia en el que se contenga una reglamentación diferencia especialmente dirigida a la conservación de la empresa".

La "conservación de la empresa" aparece así como declaración de interés público, y objetivo normativo-legislativo. Más limitadamente la ley colombiana se expresa en torno de la "dirección general definida para el manejo y destinación de los activos, con miras a lograr propósitos de pago y de reactividad empresarial".

Nos preocupa -como venimos desarrollando- la comprensión de la expresión "conservación de la empresa", usado latamente particularmente por alguna doctrina concursalista⁵⁶, 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. Un objetivo central debe ser "conservarla", evitar que caiga en crisis. La crisis es un

⁵⁶Volviendo a las referencias de Maffía: "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*".

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

Para que la conservación de la empresa represente un verdadero principio debe tenerse presente el complejo de *intereses* que concurren en su mantenimiento, que no son ya los mismos que generaron su advenimiento -limitados a la decisión empresaria que generó el aporte patrimonial para su fundación-. Se trata de los “intereses diversamente vinculados” a través de la conservación de la empresa: de los trabajadores, los proveedores, los clientes, la comunidad nacional, el mercado en su conjunto y el estado. Es que *“Los intereses mencionados gradúan, en mayor o menor medida, según el caso el giro y el contenido de las modernas legislaciones concursales”*⁵⁷.

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

Es fundamental esta visión personalizada del deber de “conservar” la empresa, pues ello impone asumir la crisis tempestivamente, por los

⁵⁷ ALEGRÍA, Héctor, “Diálogo de economía y derecho y convergencias culturales y sociales en la insolvencia”, L.L. del 9/5/07, págs. 1 a 10.

medios previstos en la legislación específica de ese centro imputativo (sociedad, asociación, fundación, fideicomiso...) y eventualmente a través del sistema concursal.

La lectura de la legislación concursal colombiana nos da pistas universales. Normalmente dentro de un patrimonio que actúa en el mercado existe una organización: una empresa, gran empresa, pequeña empresa o microempresa.

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

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

En el derecho argentino se ha potenciado que las situaciones sean irreversibles, pese a facilitar herramientas al administrador societario a través del acuerdo preventivo extrajudicial⁵⁸, generándose la idea de que los administradores societarios pueden continuar ininterrumpidamente la actividad de la sociedad pese a estar en insolvencia, sin planificación coherente, tratando de obtener más créditos o reciclar el existente, con la misma modalidad que los administradores públicos argentinos afrontaron la deuda externa en la década pasada.

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

⁵⁸Sobre acuerdos extrajudiciales, ALEGRÍA, Héctor, “Acuerdo preventivo extrajudicial (Caracterización, problemas y acuerdos privados)”, *Revista de Derecho Privado y Comunitario* 2002-3 Concursos 1, pág. 145; JUNYENT VÉLEZ, FRANCISCO, “*El acuerdo preventivo extrajudicial: ley 25.589*”, en la misma revista pág. 189.

Se trata, a la postre de situaciones de desequilibrio que ponen en peligro la supervivencia de una organización⁵⁹, 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 dentro del propio sistema societario, 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 exige previamente la ley colombiana.

Esa reciente ley colombiana del 27/12/06 establece el “Régimen de insolvencia empresarial”, declara que el régimen de insolvencia propicia y protege la buena fe en las relaciones comerciales y patrimoniales, destacando como principios la universalidad, la igualdad de los concurrentes, la eficiencia e información, la negociabilidad, reciprocidad y gobernabilidad económica manifestada en una “dirección general definida para el manejo y destinación de los activos, con miras a *lograr* propósitos de pago y de *reactividad empresarial*”.

Fija claramente el objetivo de “reactividad empresarial”, o sea de conservación de la empresa. Esta legislación es preclara al manifestar “Finalidad del régimen de la insolvencia... tiene por objeto... la recuperación y conservación de la empresa como unidad de explotación económica y fuente generadora de empleo, a través de los procesos de reorganización y de liquidación judicial, siempre bajo el criterio de agregación de valor. El proceso de reorganización pretende a través de un acuerdo, preservar empresas viables y normalizar sus relaciones comerciales y crediticias, mediante su reestructuración operación, administrativa, de activos o pasivos” en su art. 1º primero segundo párrafos.

La visión de las normas societarias como preventivas resulta del art. 10 que impone que la solicitud de reorganización debe presentarse con la acreditación de “No haberse vencido el plazo establecido en la ley para enervar las causales de disolución, sin haber adoptado las medidas tendientes a subsanarla”.

⁵⁹CICHERO, Lilibiana, “Las crisis empresariales y el acuerdo preventivo extrajudicial homologado”, L.L. Actualidad, 15/3/01, pág. 1.

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

El empresario -individual o social- afronta en su actividad un riesgo típico e inmanente, sujeto a la eventualidad de errores de gestión o de eventos externos más o menos previsibles comprometiendo el pleno y correcto desenvolvimiento del programa empresario adoptado y el alcance de los resultados esperados. Cuando el riesgo acaece, y no se pone pronto remedio, es inevitable que la actividad vaya hacia su propia declinación. Y justamente el derecho concursal se ocupa de la empresa en crisis y el presupuesto de activación de los procedimientos concursales se basa en la incapacidad, actual o en algunos casos sólo potencial, del empresario de asumir regularmente las obligaciones contraídas⁶⁰. Se trata, como titulan esos autores, una crisis de la organización.

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.

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

Descartada esa viabilidad debe estudiarse la posibilidad de escindir ese patrimonio separando la porción de bienes (materiales e inmateriales) organizados para el cumplimiento de alguna de las actividades u objeto sociales (ya que el patrimonio podría albergar a varias “empresas”). Y en vista de esa escisión, que de no ser voluntaria debe llevar a la quiebra como forma de escisión coactiva, debe determinarse si existe alguna “em-

⁶⁰ ABRIATTI, N.; CALVOSA, L.; FERRI jr, G.; GIANNELLI, G.; GUERRERA, F.; GUIZZI, G.; MOTTI, C.; NOTARI, M.; PACCIELLO, A.; PISCITELLO, P.; REGOLI, D.; RESCIO, G.A.; ROSAPEPE, R.; ROSSI, R.; STELLA RICHTER jr, M. y TOFFOLETTO A., *Diritto fallimentare*, Milán, Giuffrè, 2008, págs. 3/4.

presa” 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 económica⁶¹, sino solidaria⁶², lícita y viable.

La empresa que no es autosustentable no es empresa⁶³.

La legislación concursal contemporánea se avizora conforme la descripción de herramientas que permitan lograr un acuerdo a la propia deudora o a un tercero, venciendo las oposiciones que pudieran hacer los acreedores para alcanzar una mayoría que recepte la propuesta formalizada por la deudora o un tercero.

La insolvencia de una sociedad -que gestiona una empresa- tiene características particulares, pues la legislación que autoriza la constitución y funcionamiento de ese medio técnico, con libertad jurigenética de personas jurídicas, prevé las dificultades de la sociedad por falta de capital o patrimonio, sea imponiendo la reconstitución del capital social, por propias aportaciones de los socios, de terceros o de los acreedores, o la liquidación ordenada de la misma, al menor costo.

Resulta paradójico que ese cúmulo de herramientas que brinda o brindará la legislación concursal no aparezcan concatenadas en un orden, una axiología, valores determinantes, al producirse la ruptura del sistema contractual autorizando el incumplimiento generalizado de la mayoría de las obligaciones.

También ello lleva a cierta perplejidad por cuanto no siempre aparecen las herramientas vinculadas a la exteriorización de un plan de negocios para suponer que las mismas serán eficientes. Plan de negocios que

⁶¹ Empresa económica implica la viabilidad de la empresa, de la empresa que no lleva en su seno su autodestrucción por económicamente inviable, confr. ntra. “La conservación de la empresa”, cit..

⁶² La empresa, aunque sea económicamente apta no puede actuar contrariamente al medio social, sería una actividad ilícita, como lo es contaminar, conf. RICHARD, Efraín Hugo, *Sociedad y contratos asociativos*, Buenos Aires Zavalía, 1989, cap. “La empresa”.

⁶³ 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.

hoy está vinculado indisolublemente a la decisión de cualquier emprendimiento, de la formalización de cualquier inversión.

Y resulta más sorpresiva la cuestión, por cuanto las sociedades requieren los remedios concursales sin que se advierta que han intentado los remedios societarios.

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.

Se enfrentan así dos aspectos: uno axiológico y uno económico, ambos faltantes en la mayoría del uso de esas herramientas. El axiológico como valor indicativo de la estructura normativa que ha de guiar a los concurrentes, a la deudora, sus administradores y fundamentalmente al juez para aplicar la norma y entender que no es abusiva una solución y por tanto no contraria a derecho. Y la económica porque se excluye lo que la economía no dubita en exigir para catalogar un negocio: el plan de empresa, el plan de negocios, la rentabilidad y posibilidad del proyecto o de la solución proyectada u ofrecida.

Si no se ven usadas las medidas que impone el derecho societario, u ofrece, parece que no existirían ninguno de los principios, ni el jurídico ni el económico, respetados, y que o es un salto al vacío o se intenta ocultar el enriquecimiento incausado que resulta del incumplimiento -en muchos casos programado-.

Nuestra concepción sobre la empresa es desde el derecho societario, en la idea que es la forma normal de organización de las empresas de mayor significación económica⁶⁴. Por otra parte, la construcción del sistema societario es similar en la totalidad de los países iberoamericanos y la visión, esbozada concretamente desde un derecho nacional, permite su expansión.

Coherente con ello centramos la problemática en que la mera crisis financiera o la crisis económica general de una sociedad, y la cesación de pagos o la insolvencia, deben enfrentarse en la forma más tempestiva

⁶⁴Conf. QUINTANA FERREYRA, FRANCISCO y nosotros, "La conservación de la empresa en las leyes de sociedades 19550 y de concursos 19.551", RDCO 1978-1376.

posible una vez advertida, para evitar su instalación y los efectos consecuentes, su contagio a la economía que la circunda, particularmente a los acreedores.

Nuestra tesis es que la crisis debe ser asumida por administradores y socios desde la normativa societaria, similar en todos los países. Hemos constatado en la práctica argentina que los administradores de esas sociedades, y los socios de control, ante la crisis no adoptan ninguna de las medidas o vías que les ofrece el sistema societario: no llaman formalmente a los socios a considerar como afrontar la crisis. No se expresa ello ni en asambleas ni en reuniones generales, y menos aún se les convoca para aumentar el capital social, su reintegración, reorganización de la empresa, venta de activos inactivos, y particularmente a una capitalización de pasivos por negociación con acreedores -art. 197 L.S.A.-. No asumidos los problemas de la crisis en lo básico, la discusión debería recaer en la disolución por alguna causal, fundamentalmente por la imposibilidad sobreviniente de cumplimiento del objeto social, como forma de exteriorizarse la idea de empresa.

Lejos de ello, se suelen advertir maniobras oscuras y contrarias a deberes fiduciarios de los administradores tales como devolución de préstamos a personas vinculadas, o satisfacción de cuentas personales, o de aquellas que registran fianzas de los socios de control o administradores, e incluso la decisión de no aumentar capital social y devolver aportes irrevocables. Ello ha llevado a diversas respuestas de la legislación, particularmente a la revocabilidad de esos actos y la apreciación de esos créditos como subordinados.

Adviértase que la referida norma colombiana se enrola en esta visión, pues impone, como vimos, el “No haberse vencido el plazo establecido en la ley para *enervar las causales de disolución, sin haber adoptado las medidas tendientes a subsanarlas*”, como condición del uso de las herramientas concursales. Adviértase la sencillez preventiva del precepto, que impone el tratamiento de las causales disolutorias, para lograr el equilibrio a bajo costo, como 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.

Al referirnos a la empresa y su conservación introducimos varios problemas temáticos: 1°. Nos referimos a la actividad empresaria o a la organización que la sustenta, en este último caso debemos pensar en las soluciones que brinda el marco regulatorio de la propia organización, 2°.

Nos referimos a conservar a los propietarios de la organización, ello no lo es necesariamente ni dentro de la propia regulación de la organización, y menos aún en la concursal que brinda soluciones heterónomas. 3°. Cuando la organización que sustenta la empresa no ha optado por las soluciones de su propio régimen, que debe tener en cuenta el sistema concursal al referirse a la conservación de la empresa.

Se trata de soluciones inmediatas, a través de conservar la organización, y de soluciones mediatas a través del sistema concursal. Los costes de mediación jurídica y la eficiencia varían en cada uno de los casos y se impone su análisis -no necesariamente en este ensayo sobre la axiología-

Y dentro de cada sistema el orden de los repartos, el valor justicia.

Impone la racionalidad, incluso desde visiones pragmáticas, de mercado, económicas, considerar la viabilidad empresarial desde la sustentabilidad de los negocios, que se impone no sólo desde la responsabilidad social empresarial, sino desde la teoría general de la responsabilidad civil como venimos sosteniendo.

Fundamental es una visión global del problema, del bien jurídico tutelado o que se pretende tutelar por el sistema concursal, de la existencia de normas preventivas en el sistema general del que aquél nos aparta, y de las estrategias que se desarrollan en los procesos concursales, para determinar su funcionalidad en la intersubjetividad de intereses o su abusividad para lograr propósitos no amparados por el sistema. También la necesidad de distinguir entre la sociedad, la empresa, los socios y los administradores. El sistema concursal no puede amparar a administradores ineficientes, para peor en el intento de enriquecer a los socios.

La protección de la empresa, y de la sociedad que la contiene, pasa por otras vías que no son ni alientan la abusividad en los concursos que debe entenderse como una normatividad de excepción ante situaciones de crisis en las que han fracasado los otros recursos previstos por el derecho.

Desde la óptica de la “empresa” no es relevante quiénes sean los propietarios de las participaciones sociales.

VI. La empresa

La “conservación de la empresa” nos lleva a referirnos a la “empresa”.

Si esa conservación es el objetivo normativo y la cesación de pagos el antivalar que intenta extirparse a través de la legislación concursal, en realidad el “bien social” es la “empresa”.

La empresa aparece como nudo, en orden a corresponder a la noción de bienes y actividades organizados con una causa, fundamento de separar o afectar un patrimonio a través de una técnica o relación organizativa. Centramos nuestra concepción de la empresa en la actividad hace tiempo⁶⁵, dentro de las concepciones multifacéticas de la doctrina. Recientemente se ha afirmado “*De más está decir que en la actualidad la **empresa** ha pasado a ser pivote del derecho comercial, y por ello puede admitirse que no lo es el **sujeto empresario** sino la acción de ese sujeto es decir la **actividad***”⁶⁶. Se sigue “*El problema de la actividad en tanto situación absolutamente diferenciable del acto hace a la comprensión del sujeto empresario (sea individual o colectivo) porque éste es el actor de una actividad que es la característica de la vida de la empresa por ser ‘un organismo económico que se basa en una organización fundada en principios técnicos y en leyes económicas dando lugar a una actividad organizativa’*”⁶⁷.

Guyenot, en 1971 señalaba que el camino de un reconocimiento jurídico de la empresa era la noción de sociedad, en la cual normalmente se absorbía. Noción que ya se registraba en el conocido libro de Ascarelli *Iniciación al derecho mercantil*, donde potencia la técnica de la libertad corporativa o sea constituir sociedades para generar centros imputativos diferenciados, es decir organizar la empresa como un centro imputativo diferenciado del patrimonio de sus titulares. Últimamente se ha advertido una reacción contra el concepto de la personalidad jurídica, fundada en el descrédito con que la actitud individualista de algunos empañó la ficción de personalidad jurídica absolutamente independiente de los socios. Así,

⁶⁵ RICHARD, Efraín Hugo, “La conservación de la empresa”, en *Anales de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba*, 1981-XXV-107, al recibir el Premio Academia.

⁶⁶ Citado a LIBONATTI, B., *Diritto commerciale*, Milán, 2005, Capítulo I, lo hace FARGOSI, HORACIO, “La incidencia de la empresa en la sociedad anónima”, L.L. del 11/8/05, pág. 1.

⁶⁷ Con cita de FERRI, G., *Manuale di diritto commerciale*, 5ª ed., Torino, 1980, págs. 35/6.

Joaquín Garriguez y Díaz Cabañete afirman que se trata de un concepto jurídico, pero antes que nada de una agrupación de hombres unidos por una “finalidad común” y “el dictado de normas para la justa convivencia entre los socios”.

La empresa es el elemento material y la técnica organizativa es la sociedad como un elemento formal.

Alconada Aramburú fija el alcance de esta concepción sosteniendo que una persona jurídica es una ficción ideada por razones técnicas, “*a fin de que en la vida negocial puedan alcanzarse determinados fines que el ordenamiento jurídico no desaprueba*”, afirmando a continuación, y fundado en esta premisa finalista, los límites dentro de los cuales “*puede reconocerse vida propia a la persona colectiva: si se abusa de la misma para alcanzar fines contrarios a la vida de la sociedad, es posible adoptar medidas contra los hombres o respecto de las verdaderas relaciones encubiertas tras la máscara de la persona jurídica, que no puede ser obstáculo para el cumplimiento de una sentencia justa*”, siguiendo más adelante con que “*la ley puede burlarse mediante la utilización de la persona jurídica o colectiva, cuando los individuos tratan de alcanzar el resultado que la ley rechaza, cumpliendo los actos prohibidos por medio del ente y ocultándose tras él, tanto en el caso de que el mismo existiera como en el supuesto de crearlo especialmente para sustraerlo al imperativo legal*”.

Sereni afirma que cuando el concepto de la personalidad jurídica está usado contra el interés público para justificar una irregularidad, favorecer un acto fraudulento o perpetrar un acto delictivo, la ley debe considerar a la sociedad como una mera asociación de personas. Claro está que la ley no puede introducirse en los principios finalistas que han tenido los originales o actuales socios de la anónima, por lo que debe contentarse con sancionar el objeto o actividad ilícita por la que trasciende la finalidad ilícita de los socios o de un grupo de ellos, pues la licitud de los fines está ligada a la licitud de los medios. O sea que la finalidad no debe ser reprochable, y el objeto debe ser aceptable por el ordenamiento jurídico, lo que importa reconocer las facultades no discrecionales de vigilancia de la creación y funcionamiento de determinadas sociedades.

El fin de todos los accionistas es el lucro, que se confunde con el de la sociedad que finalísticamente debe o tiende a producir lucro. Así los derechos patrimoniales son los principales y los otros, accesorios, los administrativos, parapolíticos o de consecución, que permiten el logro per-

feccionado de los derechos patrimoniales. Dalmartello destaca la existencia de intereses contrapuestos en la realización del contrato, e inclusive posteriormente, y la necesidad de no anteponerlos al común interés, como obligación y como una necesaria consecuencia del tipo del contrato de constitución de la sociedad, o sea la reducción de los intereses particulares de los socios a un superior interés social, y la actuación de ese dicho interés superior con preferencia a los intereses individuales de los socios, lo que resulta como efecto obligatorio del contrato. Al hablar de finalidad común de los contratantes debe entenderse en el sentido de que ella existe en cuanto a la búsqueda de un fin-medio, de un instrumento jurídico, que sería la realización de una actividad económica por medio de la generación de un ente societario para obtener un determinado resultado.

Sea que la consideremos un organismo con finalidades y medios propios y superiores en poder y en duración a los individuos que la componen, que configura la doctrina de la institución, o nos finquemos en los individuos que contratan para constituir un nuevo medio o instrumento de sus finalidades de progresión económica, encontraremos iguales nociones de causa fuente y causa fin, porque en la sociedad en sí no se advertiría sino el medio técnico para obtener la finalidad propuesta, sea del individuo, sea de la empresa. Así la personalidad jurídica de la sociedad tiene como límite el hecho de ser un medio para el logro de los fines de sus constituyentes, que usarán ese medio en la medida del objeto pensado para el logro de sus finalidades dentro de la licitud en el marco del ordenamiento jurídico, constituyentes que quedarán así vinculados a ese medio.

Encontramos en común en la sociedad, el que mirados en su causa fuente se advierte la persecución de una misma finalidad en todas las partes, a distinción de otros contratos en que cada parte se acerca para obtener fines diversos. En aquella se advierte una comunidad de fin, especialmente señalada por las doctrinas contractualistas; un fin común, pues no hay allí intercambio de prestaciones que sirva de causa recíproca, sino que se vinculan en la obtención de una finalidad común, y el fin común de todos los otorgantes es la realización de una ganancia o el cumplimiento de otra finalidad, pero por el medio de la fundación del ente que los reúne como instrumento jurídico que permite el alcance de dichos diversos fines -aunque existe contraposición original de intereses- a través del fin común. Fargosi resume correctamente el alcance de dicho fin común, o razón económico-jurídica fundamental, que no es

otra cosa que el crear ese medio a través del cual lograrán la satisfacción de su interés personal.

La posición de Alconada Aramburú ya comentada puede sintetizarse con la siguiente cita: *“los fines de la sociedad por acciones deben adscribirse al desarrollo económico y social, propender al ahorro nacional popular en función de la ampliación de los beneficios comunes. Para decirlo en elocuente síntesis: enderezarse al servicio del hombre y no a la satisfacción de intereses económicos determinados”*.

Hemos querido dejar destacada la necesidad de una finalidad y de un objeto que corresponda a la razón misma de ser de un ente colectivo y en especialidad de la sociedad por acciones, ya que por su estructura la despersonalización con respecto a sus socios llega al mayor grado, y que la constitución represente un fin: la creación de un ente con un objeto, cuyo cumplimiento en cuanto aceptado por el orden jurídico, que recepta este tipo de entes, perfila el alcance de su personalidad jurídica,

Se concibe a las figuras societarias como un recurso técnico de la ciencia jurídica, que posibilita que una declaración negocial de una o de una pluralidad de personas, genere una estructura con fines instrumentales, para lograr una organización funcional que permita atribuir derechos y contraer obligaciones imputables a su fondo de afectación.

En definitiva, el ente, como centro de imputación, es el intermediario en la actividad colectiva de los miembros con los terceros y en las relaciones entre sí. El fenómeno se complejifica en el asociacionismo de segundo grado: las sociedades constituidas exclusivamente por otras sociedades o personas jurídicas.

Al personificar cierto sustrato (empresa, fondo de comercio, etc.), además de capacitarlo como sujeto de derecho, indirectamente también se le permite ser objeto de relaciones jurídicas, pues al patrimonializar su conjunto de derechos y obligaciones se permite su negociación genérica, transfiriendo ese patrimonio conforme sea el tipo del sustrato de su titularidad, a través del título representativo de su “propiedad” o titularidad (acciones, cuotas, cesión de partes o de derechos). También puede encomendarse su *management* o la gestión orgánica del patrimonio por un tercero, lo que lo acerca notablemente con la técnica jurídica de imputación usada para el fideicomiso: su patrimonialización y su administración heterogestante. Son las herramientas que ofrece el derecho a la economía.

Esa conexidad entre persona jurídica y patrimonio, como técnicas jurídicas resulta de la propia nota del art. 2312 C.C. argentino donde Dalmacio Vélez Sársfield expresa: “El patrimonio de una persona... Es la personalidad misma del hombre puesta en relación con los diferentes objetos de sus derechos”.

La personalidad impone la exteriorización de una voluntad diferente a la de quién la manifiesta, imputable a un patrimonio autónomo.

La organización formal societaria obliga referirse al objeto social, que es la forma de darse la idea de empresa, para cuyo cumplimiento los constituyentes asignan un patrimonio al nuevo ente.

Hay una serie de apotegmas usados en el derecho concursal: la empresa es el centro del mundo económico. Ergo debe conservarse la empresa, que se vincula con otro apotegma: no se cobra en la liquidación, hay que homologar cualquier propuesta, no importa como se logre la mayoría de aceptaciones por parte de los acreedores. Son palabras usadas normalmente con sentido futil⁶⁸, unidas para la homologación de acuerdos absurdos a la manifestación de no advertirse fraude o abuso en lo acordado con la mayoría -aparente- de los acreedores. Existe una “manipulación de las palabras”. Así, conservar la empresa figura en todas las resoluciones de homologación de acuerdos, sin que medie seguridad de esa conservación, por cuanto no se ha exigido ningún plan, ningún aval de los socios, con votantes de utilería. La ley nada exige, pero la jurisprudencia las usa como fachada.

No se fijan objetivos, ni se educa a los sectores -o actores- en pugna, equilibrando los repartos ante la conveniencia -o necesidad- de conservar la empresa.

Las dificultades de la empresa deben ser superadas por las herramientas que da el derecho. Así la construcción del derecho concursal - pero a veces olvidándose del derecho societario- determinar que es crisis, que la cuestión es un negocio privado, que los terceros interesados en

⁶⁸MAFFIA, Osvaldo J., “Los abogados tenemos una acusada tendencia a enfocar situaciones novedosas con el aparato conceptual y el vocabulario acostumbrado” en *Sobre el llamado APE*, Buenos Aires, Lexis Nexis, 2005, nota con la que iniciamos nuestro trabajo en su homenaje, en prensa, *El plan de empresa (o como asumir crisis tempestiva y extrajudicialmente)*.

conservar la empresa debe intervenir. Otro conflicto ontológico es el mantenimiento del empleo.

Por eso es importante mantener el derecho de información, con diferencias del derecho societario, particularmente en la formulación de planes de recuperación, asegurando la intervención de profesionales especializados. No son descartables para nada los procesos de desjudicialización, otorgando esas funciones a instituciones administrativas (la Subsecretaría de Quiebras en Colombia, el INDECOPI de Perú). De hecho propiciamos esa desjudicialización y privatización a través de la aplicación de las normas específicas del sistema de organización de la empresa o actividad protegible, en forma genérica del sistema societario.

Aparecen a disposición de administradores y partícipes de esas relaciones de organización que recurren a medios concursales, soluciones ante la mera crisis sin insolvencia, donde la necesidad de aportar más capital se soslaya dentro de lo interno. Se intenta objetivizar la insolvencia de diversas medidas: diferencia en cuenta ganancias y pérdidas y estado de resultados, diferencia con disponibilidades de caja y medios de pago, flujos, que son crisis económica la primera y financiera la segunda, con cesación de pagos.

Centramos siempre los comentarios a los concursos de sociedades comerciales -como paradigma de la organización de la empresa, no exclusivo-, pues el abuso del proceso es una forma más del abuso del derecho, que pasa particularmente por no usar de los medios preventivos del derecho societario, o de usar tardíamente la vía concursal, desnaturalizándola, forzando formas preventivas con propuestas írritas que no hubieran sido necesarias.

Nos hemos preocupado en señalar que el sistema jurídico de las relaciones patrimoniales contractuales se desarrolló desde las llamadas “relaciones de cambio”, con algunos atisbos pluripersonales pero no organizacionales, por lo que hemos incursionado en las “relaciones de organización”, aluvional y asistemáticamente introducidas en nuestro sistema positivo.

La libertad jurigenética de crear sociedades-personas jurídicas se encuentra vinculada a su uso funcional, o sea planificado.

Estamos frente a la empresa, con nuestra visión ajena al acto aislado, para pensar en la actividad o en las relaciones organizadas o de organización.

Lo primero es tener en claro el objetivo que tiene su constitución, o sea la causa del negocio asociativo, que si bien puede ser mediatamente el lucro, la finalidad asociativa se vincula inmediatamente al cumplimiento de un objeto-empresa.

Cuando uno tiene en claro la política a seguir, el objetivo, como en una nación, las técnicas para satisfacerlo son más factibles de usar, de encontrar las más aptas, de lograr los mejores resultados.

Y la primera técnica para el cumplimiento del objeto-empresa es contar con los elementos económicos-financieros adecuados, que en materia de constituir una sociedad se vincula al patrimonio constitutivo, o sea al capital que se dota a la sociedad como requisito formal constitutivo.

Así hemos avizorado la primera planificación: para qué constituimos la sociedad.

Hay que tener en cuenta los comportamientos, particularmente cuando existe una empresa organizada y actúan numerosas personas físicas vinculadas directa o indirectamente con su propiedad, control, administración, dirección, fiscalización y auditoría, de los cuales se puede *“predecir su comportamiento. Un modelo, por ejemplo puede trabajar con agentes imperfectamente informados o perfectamente informados y, a partir de allí, intentar predecir su comportamiento frente a ciertas elecciones ... en lo que hace específicamente a las posibilidades de insolvencia voluntaria, consideradas como alternativa de elección factible y una materia de diseño institucional, el tema parece guardar una relación central con algunos aspectos del análisis financiero, con un campo de desarrollo particularmente digno de explorar”*⁶⁹.

Miremos la realidad de las sociedades comerciales que se presentan en concurso para suspender una subasta en un juicio que lleva muchos años, sin presentar todos los libros por situaciones “accidentales”, donde el informe general del síndico determina que operaron en cesación de pagos durante muchos años, y sin planificación evidenciada alguna proponen propuestas írritas, cuestionándose por falta de causa créditos suscriptos por los mismos administradores actuales sin que sean removi-

⁶⁹ ACCIARRI, Hugo A.; CASTELLANO, Andrea y BARBERO, Andrea, “El problema de la insolvencia en el derecho de daños” en Derecho y Economía, J.A. 2008 - I - número especial 19 de marzo de 2008, coordinador Hugo A. Acciarrí, pág. 2 y ss., especialmente pág. 17.

dos, donde las mayorías son obtenidas con diversas estrategias. Ideas suelen oscurecer el discurso: - La suerte de la empresa que se desenvolvía como objeto de la sociedad concursada, que muchas veces ha sido sellada por el desvío de bienes y de la misma empresa, a través de un trasvasamiento. El argumento de conservación de la empresa aparece al homologar un acuerdo que carece de toda planificación de aseguramiento, aunque fuere eventual. La conservación con carácter programático pero como concepto indeterminado. Parece un fin, objetivo o bien jurídico de las normas, no escrito, y que no ha sido cuidado por la concursada que no parece haber adoptado ninguna de las medidas que le impone la ley societaria, como un orden jurídico imperativo. O sea que las conductas de los administradores no aparecen inspiradas en el mismo objetivo que luego sirve para una homologación opinable. Tampoco aparece en ninguna norma de la ley de concursos la conservación de la empresa, que ha intentado ser asegurada en la quiebra con criterios extranormativos inspirando reformas, sólo en la homologación.

El derecho debe ser interpretado de manera favorable a los ideales en cuestión, constructivamente integrando normas, de derecho constitucional de propiedad, de derecho penal, de no entorpecer la normal marcha de la empresa, de derecho civil de indemnizar si se dañó y de derecho societario de adoptar tempestivamente las medidas que aseguren la funcionalidad regular de la sociedad. Nunca convirtiéndose en una forma de beneficiar a los socios pese a su desinterés en capitalizarla, afectando inconstitucionalmente a acreedores con quitas ilegales.

La visión es hasta ahora exclusiva desde una apreciación limitada al derecho concursal como eje de la solución de las crisis, sin mirar el sistema de organización del sujeto en crisis.

Los ideales no suelen ser eficaces sino en la medida en que tengamos claro, junto con su idea misma, todo lo que debemos hacer. Y en este caso si nos referimos a la conservación de la empresa debemos revisar que hicieron antes los administradores del ente en crisis, de sociedades que mágicamente señalan como única solución una propuesta írrita aprobada sospechosamente por mayorías obtenidas por terceros no convocados, y por tanto no legitimados, muchas veces sociedades off shore de paraísos fiscales, o excluyendo a acreedores convocados por supuesto interés contrario con la propia concursada.

Esta expresión “sospechosamente” corresponde a Vaiser, Truffat y los rosarinos Granados y Holand, entre otros⁷⁰.

VII. Sobre prevención: responsabilidad social empresaria y planificación

La ética de la organización empresaria, de los sujetos que tienen la función-deber de administrarla, han impuesto una suerte de autorregulación en la llamada “responsabilidad social empresaria” a la que resultan convocados todos cuantos tienen intereses diversos en la funcionalidad empresarial. Responsabilidad que a su vez impone como cimiento básico la planificación constitutiva y funcional de quienes crean el nuevo ente y de quienes lo gestionan.

Ratificando esa concepción general, Cámara expresa sobre el sistema normativo concursal que “*En aras de los múltiples intereses económicos conexos, de carácter individual y colectivo... protege la permanencia de la empresa mientras exhiba algunos signos de vida*”⁷¹.

Se anticipó a la autorregulación generada en torno de la responsabilidad social empresaria, “*tutelando el valioso capital técnico, financiero y humano que representa*”⁷², recordando algún pensamiento sobre “*las nuevas actitudes del Estado consiste en hacer que las empresas sean más conscientes de su responsabilidad, respecto de los hombres que emplean y de los hombres entre los cuales viven. En la nueva óptica, el destino de la empresa ya no se limita a su propia situación financiera. La evolución rápida de la técnica y de los mercados ya no le obliga solamente a equilibrar sus cuentas. Le crea el deber moral de sobrevivir, porque su supervivencia se ha hecho indispensable para la salvaguardia de otros intereses que los de su propietario: el pleno empleo de la población activa de la localidad*

⁷⁰Sobre los aspectos de propuestas írritas, acreedores no legitimados y otros aspectos de la práctica concursal, como las referencias a las sospechas referidas, ver RICHARD, Efraín Hugo, *Insolvencia societaria*, Buenos Aires, Lexis Nexis, 2007.

⁷¹CÁMARA, *El concurso preventivo y la quiebra*, cit., t. I, pág. 88.

⁷²CÁMARA *El concurso preventivo y la quiebra*, cit., t. I, pág. 87.

*donde funciona, la prosperidad de esa localidad y de su región, la productividad máxima de los medios que inmoviliza, etc. El Estado le invita, pues a preocuparse continuamente de lo que puede llamarse su destino público”*⁷³. Se anticipa a la doctrina de la responsabilidad social empresaria.

1. El abuso de la autonomía negocial en las relaciones de organización siempre importa la responsabilidad de quien así actuó

Ante este estado de situación, nos preguntamos -y contestando afirmativamente-, si existen sanciones por esa actitud de abandonar las soluciones societarias y llegar tardíamente a la presentación del concurso. Muchas otras deficiencias acusa el derecho de la quiebra. La falta de un sistema de detección de dificultades y el retardo en la promoción traen como consecuencia que muchas empresas soliciten su concurso cuando hace tiempo que están en situación desesperante. Por ello los medios de tutela no deben ser buscados en la ley concursal, sino en la prevención interna societaria. La cuestión debe ser resuelta en forma práctica y sencilla, advirtiendo que los mayores daños resultan no de la presentación del deudor persona individual sino de la insolvencia societaria.

La pregunta es: ¿pueden los acreedores que se sientan perjudicados promover acciones de responsabilidad contra administradores y socios aunque se hubiere homologado el acuerdo de la sociedad respectiva?

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

Por ello la respuesta al interrogante es afirmativa.

⁷³CÁMARA, *El concurso preventivo y la quiebra*, cit. t. I, pág. 88 con cita de BLOCH-LAINÉ, *Pour une réforme de l'entreprise*, París, 1963, pág. 129.

Así el fallo “Palomeque, Aldo René c/ Benemeth S.A. y otro s/ recurso de hecho”, donde pueden verse, pese a la aparente restricción a la aplicación del art. 54 *in fine* ley de Sociedades Comerciales, un interesante atisbo de soluciones para ciertos casos. En ese fallo, la C.S.J.N. (3/4/03) al hacer suyas las consideraciones del procurador general de la Nación (23/9/01), parecería que sólo acepta la aplicación de la imputación y responsabilización al controlante torpe -la llamada inoponibilidad de la personalidad jurídica-, o a accionistas y directores, en supuestos en que la actividad desviada fuera genética respecto a la sociedad creada (“***no ha quedado acreditado que estemos en presencia de una sociedad ficticia o fraudulenta, constituida en abuso del derecho y con el propósito de violar la ley***”), lo que realmente implica confundirlo con el supuesto penal societario del art. 19 L.S., restringido incluso éste.

Indirectamente la Corte Suprema ha fijado cuatro casos de inoponibilidad (y quizá de actividad ilícita) vinculados a la sociedad aparente que señalaba Galgano o a la constituida en fraude a los acreedores o que opera en insolvencia:

a. Bi/plurilateralidad genética simulada lícitamente; b. Sociedad de cómodo, uno de cuyos supuestos -como eruditamente indica el fallo lo es la unipersonalidad encubierta; c. Infracapitalización material constitutiva y d. Sociedad con actividad ilícita inicial.

Claro que esa interpretación se vincula más con una doctrina restrictiva en torno de la aplicación del referido art. 19 de la ley de sociedades, que a la letra, espíritu y doctrina del referido art. 54 *in fine*.

La inoponibilidad de ciertos efectos es la respuesta adecuada en el sistema de las relaciones de organización, pues sin afectar la personalidad jurídica del ente, genera efectos de imputación o de responsabilidad que no resultan normales y que sólo corresponde efectivizar ante abusos funcionales o fraude a la ley.

El criterio es respecto a la infracapitalización material constitutiva, pero si ésta apareciera en la funcionalidad societaria se estaría frente a una causal de disolución de orden público, que impone que los administradores convoquen a los socios, y que éstos superen la situación o abran el período de liquidación de la misma.

El empresario -individual o social- afronta en su actividad un riesgo típico e inmanente, sujeto a la eventualidad de errores de gestión o de eventos externos más o menos previsibles comprometiendo el pleno y

correcto desenvolvimiento del programa empresarial adoptado y el alcance de los resultados esperados. Cuando el riesgo acaece, y no se pone pronto remedio, es inevitable que la actividad vaya hacia su propia declinación. Y justamente el derecho concursal se ocupa de la empresa en crisis y el presupuesto de activación de los procedimientos concursales se basa en la incapacidad, actual o en algunos casos sólo potencial, del empresario de asumir regularmente las obligaciones contraídas⁷⁴. Se trata, como titulan esos autores, una crisis de la organización.

2. Dentro de la axiología dogmática y normativa expresada, en la acción de “conservar”, aparece la función-deber de planificar

Lo que hoy debemos enfrentar si consideramos a la empresa una unidad económica, es entrenar a sus administradores y a los acreedores. A los primeros a prever, planificar y evitar los síntomas que anticipan la autodestrucción de esa unidad y la afectación a la comunidad y al mercado, pues como señala Lorenzo Stanghellini⁷⁵ -describiendo situaciones similares en el contexto de la responsabilidad social de la empresa- el acreedor se encuentra en la misma situación de un “inversor sin derechos”. A los segundos -dentro de los cuales pueden estar los trabajadores- para asumir la titularidad o cotitularidad de la propiedad de la empresa, con o sin aquellos administradores, cuando los socios no puedan o no quieran soportar los esfuerzos que impone una crisis. El derecho no puede aceptar, so pretexto de la conservación de la empresa, que las pérdidas y las dificultades sean afrontadas exclusivamente por los proveedores de créditos, bienes o servicios, sin que éstos puedan alcanzar algún beneficio que resulte de aquél sacrificio.

⁷⁴ ABRIATTI, N.; CALVOSA, L.; FERRI jr., G.; GIANNELLI, G.; GUERRERA, F.; GUIZZI, G.; MOTTI, C.; NOTARI, M.; PACCIELLO, A.; PISCITELLO, P.; REGOLI, D.; RESCIO, G.A.; ROSAPEPE, R.; ROSSI, R.; STELLA RICHTER jr., M. y TOFFOLETTO A., *Diritto fallimentare*, Milán, Giuffrè, 2008, págs. 3/4.

⁷⁵ “Proprietá e controllo dell impresa in crisi” en *Rivista delle Società* settembre-ottobre 2004, pág. 1041, específicamente pág. 1074, especialmente pág. 1079.

Pero la sociedad no ya como una institución social (es una institución jurídica) que pueda hacer pensar en la “empresa inmortal” -al decir de Jaime Anaya-, sino en el aseguramiento de su funcionalidad normativa y estructural: las obligaciones o deberes fiduciarios de los administradores societarios. La doctrina actual tiene en claro que “*el saneamiento y recuperación empresarial será por sí un objetivo que haya que actuar contra las fuerzas del mercado*”⁷⁶.

Adviértase que no nos incorporamos en la tesis pesimista de la escuela económica del derecho (Bowers), que sostiene que las soluciones se logran al margen de este juicio, donde muchos profesionales lucran con ello. Los grandes acreedores ya constituyeron hipotecas o garantías, participar en el juicio concursal es ineficaz. En ese sentido Thomas H. Jackson (EE.UU.) expresa: “*como muchas especies arruinan la sopa, muchas funciones arruinan el derecho, opacan la verdadera función del derecho concursal*”. Y al lado de esas posiciones nihilistas, los constructivistas dentro de esa misma escuela optan por la preparación de un plan de reorganización de la sociedad con los acreedores y accionistas, con una huida de la judicialidad. ¿Hacia dónde deberían tender las nuevas técnicas jurídicas en torno a la insolvencia? Volver al redil, a las normas societarias.

Si no existe precepto alguno que limite la libertad de los socios fundadores para determinar la cifra concreta de capital social, ni que establezca la obligación de éstos de establecerla de conformidad con las necesidades financieras de la empresa social, prohibiendo su infracapitalización

⁷⁶ STOLL, H. y MORAHT, J., “La insolvencia del derecho privado alemán en los años 1990 - 1991”, traducción J. Santos Briz, en Revista de Derecho Privado 1993, pág. 1111 y ss..

⁷⁷ Así lo reconocen PAZ-ARES, C., “La infracapitalización. Una aproximación contractual”, RdS, Nº 2, 1994, pág. 262) que parte de la premisa de que en nuestro ordenamiento se consagra -de manera implícita- un deber de capitalización adecuada y, por tanto, la responsabilidad de los socios por infracapitalización. Para MASSAGUER, J., *El capital nominal RGD*, 1990, pág. 5571) en el ordenamiento jurídico español, el principio de adecuación entre la cifra de capital social y las necesidades financieras de la empresa, de congruencia con el objeto de la sociedad, se halla presente, sobre todo, en el art. 260.3º L.S.A., puesto que éste incluye entre las causas de disolución de la sociedad anónima la “imposibilidad manifiesta de realizar el fin social”. También encuentra base legal en el art. 167 L.S.A. que reconoce el derecho de oposición de los acreedores en los casos de reducción del capital social. Conf. BOLDÓ RODA en trabajo cit..

material, ello no impide que el deber de los socios y administradores de procurar una adecuada capitalización de la sociedad esté reconocido a nivel normativo⁷⁷, aunque sea casi imposible fijar con criterios apriorísticos cuáles son las necesidades financieras de una determinada actividad empresarial⁷⁸.

Ante la falta de disposición normativa existe la posibilidad de enfocar el problema de la infracapitalización desde la óptica de la *responsabilidad de los administradores*. Así se contempla en Francia, con la *action en comblement du passif*, que establece en sede concursal la sanción a la infracapitalización⁷⁹. Lo mismo sucede en Italia, por la aplicación de la acción del art. 2449 del *Codice Civile*⁸⁰. Si bien en España no existen normas similares⁸¹, la aplicación del art. 262.5 de la L.S.A. puede llevar a obtener resultados semejantes⁸².

Con ello se seguiría el “modelo italiano” de tratamiento positivo de la infracapitalización material, basado ante todo “*en la función empresarial del capital social y, por tanto, en soluciones que atienden a la ineptitud del fondo patrimonial que esconde para la explotación de la empresa social y, por ello, para la realización del objeto social*”⁸³.

⁷⁸Conf. MASSAGUER, J., *El capital nominal...*, op. cit., págs. 5567-5570.

⁷⁹Art. 180 de de la ley 85-98 de 25 de enero de 1985 *relative au redressement et à la liquidation judiciaires des entreprises*.

⁸⁰Cuando se ha continuado en la gestión social una vez acaecida la infracapitalización o la pérdida del capital social, causas de disolución contempladas en los números 2 y 4 del art. 1448 del *Codice Civile*.

⁸¹Sobre esta cuestión, confr. MASSAGUER, J., *La reintegración a la masa de los procedimientos concursales*, Barcelona, 1986, pág. 168.

⁸²Conf. MASSAGUER, J., *El capital nominal...cit.* .

⁸³Conf. OTXOA-ERRARTE, *Comentario a la resolución de la Dirección de los Registros y del Notariado de 22 de junio de 1993. La infracapitalización CDC*, setiembre 1994, pág. 284), también en Alemania, últimamente, parece que un sector doctrinal propugna, frente a la responsabilidad por infracapitalización material, la responsabilidad de los administradores que nace en los casos en que el sobreendeudamiento es presupuesto para la apertura de un procedimiento concursal y existe retraso por parte de los mismos en instar dicho procedimiento ante esa situación (§ 823.2 BGB y § 830 del mismo texto legal, aplicable a los socios cuando haya por su parte algún tipo de colaboración en esa actuación).

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.

La conservación de la empresa estructurada societariamente es un problema de los administradores y de los socios⁸⁴. 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 judicial⁸⁵, incluso cuando no lo hubieran logrado inicialmente por la vía prevista de capitalización de pasivo (art. 197 L.S.). Esta última es cuidadosamente ignorada en la presentación concursal...

Y así están las cosas. “*Se advierte... una tónica uniforme que exterioriza disconformidad frente a la insatisfacción de los sistemas destinados a regular las crisis empresarias, y en suma, el fracaso de la legislación, lo que constituye una causa determinante de sucesivas reformas en búsqueda irrenunciable de la estrella polar de una solución imposible*”⁸⁶, es que ante la crisis económico-patrimonial-financiera de las sociedades, ésta debe ser asumida desde el derecho societario. Sólo fracasadas las acciones previstas en él para conservar la empresa podrá afrontarse el camino concursal, con el debido equilibrio entre acreedores y socios.

⁸⁴“La conservación de la empresa” en *Anales de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba*, t. XXV, pág. 107 y ss. correspondiendo a mi comunicación en ocasión de recibir el Premio Academia en 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..

⁸⁵Recordamos 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%.

⁸⁶DASSO, Ariel Angel, *Tendencias actuales del derecho concursal*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 1999, pág. 49.

El derecho societario iberoamericano es suficientemente uniforme para admitir (e imponer) estas conductas.

3. *El plan de negocios*

La axiología esbozada, la vinculación a la “conservación de la empresa” impone una vinculación principista a un “plan de negocios”, impuesto incluso por el bien jurídico a tutelar.

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

3.1. Sobre el punto existe una doble visión

Efectivamente entendemos que existe una visión *concursal*: *el plan de reestructuración o saneamiento*, cuando ya se ha instalado la crisis y otra -como venimos pregonando- anticipatoria en el derecho societario.

En “Nueva oportunidad perdida: más de lo mismo en materia concursal (III)”, Maffía⁸⁷ expresaba “*Otra expresión de la política que inspiran las orientaciones contemporáneas a que aludimos finca en la importancia capital que se otorga a la elaboración, seria y fundada, de un plan de saneamiento*”. Esta nota nos ocupará del régimen que, pensamos, mejor expresa ese ítem del “Derecho de la empresa en crisis”, refiriendo la ordenanza francesa del 23 de setiembre de 1967..., siguiendo que “*Esa apertura se amplió notablemente gracias a la ley del 10 de junio de 1994, que modifica la del 25/enero/1985 -o “ley de concursos” como diríamos nosotros-, pero también a la ley de sociedades comerciales (ADLA, XLIV-B, 1310) del 24/julio/1966, asimismo a la de arreglo amigable del 1º/marzo/1984. Nada más que para dar una idea de la innovación y de su incidencia en orden a sujetos*

⁸⁷L.L. 1995-E, 1107.

legitimados para la apertura, repárese en lo siguiente: las sociedades anónimas son controladas por un “comisario de cuentas”, o sea el síndico de nuestra ley de sociedades, sólo que un órgano de control en serio en lugar de una pieza más del staff dirigente (no lo eligen quienes constituyen la sociedad, sino que deben pedirlo a un registro donde esos controladores de cuentas, probadamente capacitados, se inscriben, y al cual se debe solicitar la adjudicación por quienes fundan o administran una sociedad). Cuando esos comisarios de cuentas comprobaran alguna anomalía o dificultad que pudiese en peligro la continuación de las actividades darían ciertos pasos informando de ello al Comité de empresas. La ley del 10 de junio de 1994 impone la comunicación también al Tribunal de Comercio, el cual puede abrir oficiosamente el procedimiento (art. 4º, párr. 2º, ley de 25 de enero de 1985). Eso comporta la viabilidad del trámite ante la mera existencia de dificultades, sin necesidad de que se hubiese instalado la situación de insolvencia....El proyecto de plan determina las perspectivas de resaneamiento en función de posibilidades y de modalidades de actividad, de la situación del mercado y de los medios de financiación disponibles. Ese proyecto define las modalidades de arreglo del pasivo... la eventual necesidad de quitas, las ventas que sea posible efectuar sin comprometer la prosecución de la empresa, la necesidad de incorporar capitales o el modo que fuere mejorar el activo”.

Parecería que desde la óptica del derecho concursal nada habría que planificar -y ello motiva esa insistencia de Maffia- y que podría libremente traspasarse -en las sociedades- el problema a los acreedores exigiéndoles un sacrificio de quitas y esperas para enriquecer a los socios que no supieron afrontar la crisis. Conforme a ello reitera en su zaga “Nueva oportunidad perdida: más de lo mismo en materia concursal (IV)”⁸⁸: “I. En los números anteriores (ts. 1995-D, 1062; 1257; 1995-E, 1107) señalamos algunos aspectos de la ley 24.522 (ADLA, LV-D, 4381) que reniegan de toda posible actualización del régimen concursal rutinario, por ejemplo, la falta de un tratamiento preinsolvencia o al menos precurso, ... y la total prescindencia de un “plan de

⁸⁸L.L. 1996-A, 978.

recuperación” que es nota definitoria de las modernas regulaciones... vimos que mientras los regímenes de avanzada centran su atención en el estudio cuidadoso, técnico y detenido de la posible resanabilidad de las empresas en crisis, del plan escrupuloso que orientará la salida, de las perspectivas de reinserción de la empresa en el mercado, del costo del salvataje y de la disponibilidad de los medios, la ley 24.522 sólo requiere que los acreedores acepten la fórmula concordataria. El concursado no tiene deber alguno de explicarse ante el magistrado: No necesita siquiera decir qué piensa hacer, incluido el dato mismo del posible saneamiento”.

O sea que nuestra ley parecería que entiende que el titular del patrimonio en crisis no tiene obligación alguna de planificar, ni antes ni después de la crisis.

El “plan” visto desde esa óptica concursal aparece como elemental y paleolítico, pues supone que se llegó al estado de crisis sin planificación alguna. Y ya destacamos que Maffia apuntaba a la prevención generando nuestras posteriores preocupaciones.

3.2. La legislación colombiana introduce enfáticamente la cuestión en la solicitud de admisión del proceso de reorganización, al disponer en el art. 13 en sus apartados 4, 5 y 6 respectivamente la formulación de: 4: “Memoria explicativa de las causas que lo llevaron a la situación de insolvencia”, 5: “Un flujo de caja para atender el pago de las obligaciones” y particularmente el 6: “Un plan de negocios de reorganización del deudor que contemple no sólo la reestructuración financiera, sino también organizacional, operativa o de competitividad, conducentes a solucionar las razones por las cuales es solicitado el proceso”.

Se trata, a la postre, de situaciones de desequilibrio que ponen en peligro la supervivencia de una organización ⁸⁹, 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

⁸⁹CICHERO, Liliana, “Las crisis empresariales y el acuerdo preventivo extrajudicial homologado”, L.L. Actualidad, pág. 1 del diario del 15/3/01.

socios no han intentado los remedios internos para superar la crisis, como exige previamente la ley colombiana.

No hay duda de que la “dificultad financiera” alude a un endeudamiento, sin duda por capital insuficiente, que podría paliarse mediante un mero acto de reordenamiento patrimonial como desprenderse de una sucursal o de un activo improductivo. Sobre el punto se señala, recordando los principios de INSOL⁹⁰ que “En el caso que un deudor presentare dificultades financieras, todos los acreedores relevantes (importantes) deberían prepararse para cooperar entre ellos, y también para conceder tiempo suficiente (pero limitado) al deudor (período de suspensión) para obtener de él información para ser evaluada, con el fin de proponer modos de resolución de las dificultades.... el deudor deberá proveer, y permitir a los acreedores relevantes ... el acceso a toda la información relativa a su patrimonio, deudas, negocios y perspectivas, a fin de permitir una evaluación adecuada”. Normalmente esa información es retaceada o deformada.

Nuestro anfitrión, el profesor Jesús Sanguino Sánchez⁹¹, sostiene, luego de eruditas apreciaciones, que la apertura de los concursos habrá de fundarse en la existencia de una situación de “crisis económica del deudor”, y que la confesión de éste debe ser suficiente para la apertura del concurso.

La apreciación de la situación de que es “dificultad”, tiene una “vinculación directa con la proyección de la empresa”, importando “un dictamen técnico”, pues “*sólo el deudor está habilitado para invocar y probar las dificultades económicas y financieras*”⁹² con una nota de generalidad, aunque bastará que el deudor pronuncie las palabras mágicas de “estar en cesación de pagos”, como el “abrete sésamo”, para que se abra el proceso respectivo, sin siquiera preguntarle o constatar si agotaron los remedios internos.

⁹⁰ ANICH, Juan A., “Los principios de INSOL y el acuerdo preventivo extrajudicial” en *Doctrina Societaria y Concursal*, octubre 2003, t. XV, pág. 1007.

⁹¹ “Bases para una reforma de los procedimientos concursales”, *Anuario de Derecho Comercial*, Montevideo, N° 2, pág. 177 y ss.

⁹² Conf. MOLINA SANDOVAL, Carlos A., *Acuerdo preventivo extrajudicial. Alternativas para la superación de las dificultades empresarias*, Buenos Aires, Abaco, 2003, pág. 98.

3.3. Venimos incentivando⁹³ encontrar técnicas jurídicas que aseguren la mayor anticipación en la apertura de los juicios concursales⁹⁴, tendiendo a prevenir los efectos nocivos de la actividad cumplida en cesación de pagos y los efectos expansivos del incumplimiento.

Cabe advertir que las soluciones preventivas en las sociedades se encuentran en la legislación específica. Es una constante de gran uniformidad en el derecho comparado.

La ley colombiana sobre insolvencia empresarial declara que el régimen de insolvencia propicia y protege la buena fe en las relaciones comerciales y patrimoniales, destacando como principios la universalidad, la igualdad de los concurrentes, la eficiencia e información, la negociabilidad, reciprocidad y gobernabilidad económica manifestada en una “dirección general definida para el manejo y destinación de los activos, con miras a lograr propósitos de pago y de reactividad empresarial”.

La visión de las normas societarias como preventivas resulta del mentado art. 10 que impone que la solicitud de reorganización debe presentarse con la acreditación de “No haberse vencido el plazo establecido en la ley para enervar las causales de disolución, sin haber adoptado las medidas tendientes a subsanarla”, “Estar cumpliendo con sus obligaciones de comerciante, establecidas en el Código de Comercio”, “estar al día en el pago de las mesadas pensionales, bonos y títulos pensionales exigibles”, “No tener a cargo obligaciones vencidas por retenciones de carácter obligatorio,

⁹³En *De la insolvencia, In Memoriam de Héctor Cámara y Francisco Quintana Ferreyra*, 3 ts., Córdoba, Advocatus, 2000, con las comunicaciones al II Congreso Iberoamericano de la Insolvencia, *Técnicas preventivas de la insolvencia*, t. I, pág. 5. 4°. En torno a responsabilidad y concurso. Un “embrión” de proyecto, t. III, pág. 313. *Extensión de quiebra y de responsabilidad*, t. III, pág. 411. *Daños causados por la insolvencia: Acciones individuales de responsabilidad contra administradores de sociedades*, t. III, pág. 549.

⁹⁴Lo hicimos específicamente en los dos Congresos Iberoamericanos de Derecho Concursal (Barranquilla 2005 y Mérida 2006) organizados por el Instituto Iberoamericano de Derecho Concursal. También pueden verse otros trabajos *Las relaciones de organización y el sistema jurídico del derecho privado*, Córdoba 2000, ed. de la Academia de Córdoba, Capítulo X Cuestiones que debería resolver una legislación concursal, y en el Capítulo XI La reparación de daños y el acceso a la justicia (visión de un comercialista), pág. 457, en especial el párrafo VI, “La problemática concursal” a pág. 474, y la página web de esa Academia www.acader.unc.edu.ar

a favor de autoridades fiscales, por descuentos efectivos a los trabajadores, o por aportes al Sistema de Seguridad Social Integral”.

3.5. Hacia una visión globalizada de la “planificación”.

La conservación de la empresa, principio rector del derecho concursal -pero también del derecho societario-, impone estar planificada, previendo su factibilidad y eficiencia. La creación de un ente formal que desarrolle una empresa está basada axiológicamente en su posibilidad.

La planificación es una obligación de cualquier administrador, que también debe afrontar la crisis en la forma más temprana posible para evitar la proliferación de los daños⁹⁵.

Alguna doctrina concursalista ve la exigibilidad de un plan en la propia actual ley concursal, tratando de cubrir las falencias apuntadas, conforme la visión que propiciamos.

Así, como en una bisagra en “El “régimen de administración” en la propuesta de acuerdo: ¿plan de empresa?” Lidia Vaiser⁹⁶ preclaramente se refirió muy particularmente al “plan de empresa” -apuntando a la visión globalizante para enfrentar las crisis- y su germen en la actual ley 24.522. Así sostuvo: “*VI. Propuesta complementaria eventual. Bajo la óptica recién focalizada, la ‘reorganización societaria’, la ‘administración de bienes en beneficio de los acreedores’..., nociones desprendidas del texto legal (art. 43, L.C.Q.) no pueden más que considerarse como una “propuesta complementaria eventual”. Y la denominamos ‘eventual’ en contraposición a la ‘necesaria’ (de la que se dio noticia antes), que normativamente viene impuesta en punto al “régimen de administración y limitación de los actos de disposición” y a la ‘constitución del comité definitivo’. Habíamos considerado en oportunidad anterior, que en este segmento de la propuesta de acuerdo podría encontrarse en estado embrionario, lo que el derecho comparado ofrece y la doctrina nacional mira con apetencia: “EL PLAN”*”⁹⁷.

⁹⁵RICHARD, Efraín Hugo, “Ideales y realidad. Afrontar la crisis”, J.A. 2007-I Fascículo 8, Lexis Nexos, 21/2/07, pág. 3,

⁹⁶L.L. 1999-D, 1073.

⁹⁷VAISER, Lidia, “Vivisección de la propuesta de concordato”, ponencia al III Congreso Argentino de Derecho Concursal, I Congreso Iberoamericano sobre la Insolvencia, Buenos Aires, Ad-Hoc, t. I, pág. 441.

También podría afirmarse en un plano más profundo, que la aquí denominada 'propuesta complementaria eventual', podría llegar a virtualizar las exigencias tenidas en mira para el diseño del 'plan'...

IX. ¿Qué alcance debe otorgarse al régimen de administración? En "Vivisección de la propuesta de concordato" (ob. cit.) considerábamos que la "addenda" introducida por la ley 24.522 al régimen de la propuesta, en punto a la cuestión del epígrafe, tal vez constituía una forma proteica de lo que desde estas latitudes miramos con apepetencia (siempre en dirección al norte): el famoso "plan de empresa". Extrañamente, este agregado pasó casi inadvertido para la doctrina local. Los autores refieren de modo genérico a la existencia de recaudos adicionales (Barbieri) o a la ostensible desubicación sistemática (Iglesias), pero sin penetrar en el tema ni en su conflictiva. Maffía, ya sabemos, pregona no sin razón, que el plan de salvataje de la empresa resulta el gran ausente en el sistema concursal vigente ("Manual...", pág. 314). ... De su lado, en otra ponencia presentada al evento académico antes consignado, (III Congreso Nacional...)... Efraín Hugo Richard afirmaba con énfasis que esta nueva exigencia terminaba por insertar el plan de empresa en nuestro sistema concursal ("...La propuesta de acuerdo debe ser acompañada en todos los casos por un plan de administración para superar la situación económico financiera de la concursada...", Richard, Efraín Hugo, ob. cit., pág. 420). La conclusión podría aparentar un tanto extrema, pero a poco de ver sus contenidos resultan de gran utilidad para fundar ciertas precisiones en torno al tema. ... XI. El plan y el buen hombre de negocios No pueden existir dudas acerca de que el standard jurídico del buen hombre de negocios obliga a los dirigentes sociales a planificar las políticas empresarias. Un buen ejercicio de la planificación y del control permite detectar a tiempo las dificultades, corregir el rumbo y, si es posible, adoptar los remedios necesarios. Las funciones gerenciales implican tres aspectos básicos de la dirección empresarial: Planificación, control y coordinación. Ninguna empresa o dirigente puede prescindir del planeamiento. En la ciencia de la administración las cuestiones vinculadas al planeamiento empresario se engloban en el presupuesto y en el control presupuestario. El presupuesto constituye una herramienta indispensable para la dirección de la empresa. Contiene: a) Una planificación: en base a los objetivos trazados se planifica la actividad

*futura de la empresa b) Una coordinación: que es la manera de obtener los resultados perseguidos mediante la coordinación de las distintas funciones delegadas o descentralizadas de la administración. c) Un control: toda dirección debe controlar, es decir, debe tener información que permita la comparación entre lo presupuestado y la realidad, para poder corregir las deficiencias que detecte. Al presupuestar, la dirección hace un esfuerzo consciente con miras a predecir el futuro; y el intento por conocer el futuro lleva implícita la posibilidad de modificarlo (Perel, Vicente L., “Manual del presupuesto”, Ed. Macchi, 1968). El presupuesto sirve -en consecuencia- como un insoslayable instrumento de dirección. Es tan grande su importancia que puede aseverarse que sea la principal herramienta para dirigir eficazmente una empresa mediana o grande. De modo tal que resulta un imperativo para todo dirigente, bajo pena de incurrir por omisión en una grave inconducta. Sabemos que la falta de sujeción de un dirigente empresario a los standards jurídicos de ‘buena conducta’, engendra responsabilidades en el marco del derecho societario. Y en el marco del derecho concursal una conducta violatoria de aquellos parámetros también **genera responsabilidad a los administradores** (art. 173, LCQ) El art. 59 de la ley de sociedades establece que los administradores y los representantes de la sociedad, deben obrar con lealtad y con la diligencia de un buen hombre de negocios. Los que faltaren a sus obligaciones serán responsables por los daños y perjuicios que resultaren de su acción u omisión. Ahora bien,... Richard se preguntaba si a los administradores de la empresa en crisis,-con mayor razón que a los de una empresa en equilibrio-, no habría que exigirles una adecuada planificación para resolver la crisis. Recordemos que en la presentación en concurso la ley impone explicar cómo se llegó a la crisis. En consecuencia, en la formulación de la propuesta parece lógico que deba exigirse una explicación acerca de cómo se va a administrar la empresa durante el período de cumplimiento del acuerdo, cómo se la va a sanear, cómo se van a generar los recursos para hacer frente al pasivo. Según quiera verse, **tales temperamentos podían ser considerados un “plan de empresa”**, dicho en el sentido que la doctrina le acuerda, y ya sea en estado proteico o acabado. Lo que no parece admitir duda es que el cumplimiento de los estandares de conducta de los dirigentes sociales constituye una exigencia insoslayable, tam-*

bién en el marco de un proceso concursal. La recepción de estos principios, ante la ausencia de prescripciones imperativas muy claras, va a depender de las mayores exigencias que el juez o los acreedores planteen al deudor. De hecho y en la práctica, durante la negociación de la propuesta, los acreedores 'institucionales' demandan ciertas precisiones sobre la proyección de los negocios del concursado que pocas veces se transfiere al expediente. Sin embargo su acatamiento, por imperio del poder económico ejercido, resulta irresistible para el convocatario. Existe otro argumento (destacado por Richard en el trabajo citado), que puede servir de cartabón para dirimir la cuestión en favor del recaudo de la planificación en la propuesta de concordato. El art. 190 le impone al síndico presentar, dentro de los veinte días de asumir el cargo, un informe sobre la factibilidad de continuación de la empresa, a lo cual la ley 24.522 - recordemos- le acordó carácter excepcional. En ese informe y de aconsejarse la continuación, según lo expresado por los incs. 4° y 6°, el síndico debe: inc. 4): '... (presentar) el plan de explotación, acompañado de un presupuesto de recursos, debidamente fundado..'” inc. 6) '... las reorganizaciones o modificaciones que deban realizarse en la empresa para hacer económicamente viable su explotación...'. Concluyendo: el síndico debe elaborar una verdadera planificación. **Se impone preguntarse entonces, si es dable exigir menos al concursado que al síndico. Y se impone concordar con Richard cuanto por respuesta da un no rotundo (ob. citado).** De allí, que esta cuña injertada por la ley 24.522, este 'plan de administración' adosado como componente necesario de la propuesta concordataria, puede llevar al planteo de mayores exigencias para el deudor cuando propone la solución concordataria. Y a la vez puede paliar en alguna medida los defectos perniciosos del régimen concursal, tantas veces señalados por la crítica doctrinaria. ... Ya sabemos que la de 'interés público' es de aquellas locuciones a las cuales -como alguna vez dijo Maffía-, hay que pedirles cartas credenciales. Sin embargo, la necesidad de contemplar una razonable planificación empresarial como parte integrante de la propuesta concordataria, parece un criterio que, apuntando al saneamiento empresarial y por ende al del crédito bien puede esgrimirse como representativo de intereses superiores. En la deliberación de los 'operadores jurídicos' se encuentra la posibilidad

de acordar mayor sentido a la normativa vigente, aún reconociendo sus marcadas limitaciones”

Recójase esta visión constructivista de las obligaciones del concursado, de los administradores de la sociedad concursada, de integrar la propuesta con un plan de empresa⁹⁸. Agradecemos esa traducción tan auténtica e integradora de nuestra visión, generando una línea de pensamiento -realmente de vanguardia dentro de los concursualistas expuestas por la vicepresidente del Instituto Iberoamericano de Derecho Concursal. Lidia Vaiser.

Se advierte la influencia de apreciaciones doctrinarias concursualistas que ligan lo concursal con lo societario.

VIII. Desde el derecho de la organización hacia todo el derecho

Ya hemos trazado el camino y avizorado las cuestiones centrales.

Las relaciones de organización imponen una normativa y visión diferente de las relaciones de cambio bajo las que se construyeron las normas escritas⁹⁹.

El plan de empresa, o de negocios, es el mínimo que puede exigirse a un empresario que afronta una dificultad económica o financiera, y más aún si intenta superar un estado de cesación de pagos. El análisis de ese plan de empresa es el que permitirá evaluar si el propietario de ese patrimonio o sus administradores son merecedores de un apoyo que no imponga la necesidad de generar la ruptura de la relación jurídica propietario-patrimonio, mediante un juicio coactivo individual o general. Ya lo vimos en la concepción de Lidia Vaiser.

Quién no demuestra capacidad para superar sus propias dificultades,

⁹⁸ RICHARD, Efraín Hugo, “Sobre la homologación de la propuesta de acuerdo” en libro colectivo *XIV Jornadas de Institutos de Derecho Comercial de la República Argentina*, Paraná, Pcia. de Entre Ríos 30/31 de agosto de 2007, edición de Fundación para la Investigación y Desarrollo de las Ciencias Jurídicas, Buenos Aires, agosto 2007, pág. 261.

⁹⁹ RICHARD, Efraín Hugo, *Las relaciones de organización. El sistema jurídico del derecho privado*, cit..

realizando un adecuado diagnóstico y proponiendo a sus socios, acreedores o financistas un plan razonable y congruente para su análisis, no puede ser merecedor de ninguna de las tutelas que el derecho y la economía aconsejan para estas situaciones. No corresponderá sino extirpar lo más rápido posible de la comunidad a quién con su actuación genera incumplimientos que, como un tumor canceroso, tiende a afectar la totalidad del cuerpo social.

*“La empresa en cuanto a organización de los factores de la producción es una sola, es universal; lo que es distinto es el ropaje técnico como sostenía Paillosseau, que le concede cada país, a través de su ordenamiento societario en particular... los problemas que se detectan en la gestión empresarial, son iguales para todas las empresas, cualquiera fuera el país en que se desenvuelven”*¹⁰⁰. *“Para poder conocer como el directorio administra supervisando..., debemos recurrir a la disciplina de la administración de empresas, la que nos indica que aquella se realiza mediante los documentos que debe elaborar la gerencia y someter a consideración de los directores. Estos documentos se conocen como contabilidad de gestión y entre ellos podríamos mencionar el **plan de negocios o plan empresa**, el flujo de ingresos y egresos proyectado y el informe mensual de gestión. El **plan de negocios** que debe proyectar el gerente general (funcionario permanente) y someter a la aprobación del directorio, contiene una enunciación de las actividades futuras que desarrollará la empresa, con un detalle cuantitativo y con una explicación de la conveniencia de su realización”*¹⁰¹.

¹⁰⁰ MATA Y TREJO, Guillermo E., “En torno al funcionamiento del directorio de la anónima” en *Temas del derecho societario vivo*, AA.VV., edición de la Fundación para la Investigación y Desarrollo de las Ciencias Jurídicas, Buenos Aires, 2008, pág. 325 y ss., específicamente 326.

¹⁰¹ MATA Y TREJO, ob. cit., pág. 330, con cita de LAVOLPE, Antonio y otros, *Presupuesto y gestión*, Buenos Aires, La Ley, 2006, pág. 2 sobre la documentación que constituye un “sistema de planificación y control”, destacando que el primero *“es el proceso por el cual los órganos directivos de la empresa diseñan permanentemente el futuro deseable y seleccionan las forma de hacerlo factible... el planeamiento ejerce una influencia central en el proceso decisorio estratégico de las organizaciones; a la vez, los presupuestos constituyen el medio de acción que da forma en términos económicos a las decisiones contenidas en planes, programas y proyectos. Tanto el planeamiento como los presupuestos mantienen una vigencia formidable como ayuda para la gestión”*.

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 doble análisis de viabilidad para determinar el merecimiento de una tutela. Ese examen lo debería hacer primariamente el mismo titular del patrimonio, constituyendo *el plan de negocios*.

Por otra parte, ese plan de empresa no es sino la Memoria que deben anualmente configurar los administradores de las sociedades anónimas, para asegurar una buena administración, formalizar un análisis de los negocios concluidos y prospectivo del futuro de la empresa, para su propio gobierno y examen de los accionistas.

Alberti¹⁰² con la profundidad de su escarpelo jurídico subraya que *“el concurso preventivo se desenvolverá incurablemente como una dialéctica solamente procedimental, destinada a cerrarse documentalente cuando los acreedores acuerden con el insolventes vías de solución que continúan siendo principalmente, casi exclusivamente, un aplazamiento de la exigibilidad de los pagos, o una reducción de los montos a pagar... Bastaría para promover una modificación de ese desarrollo ritual de lo actualmente llamado retóricamente solución concordataria... que el concursado ha de exponer un plan de su futura actividad económica... pues la sola utili-*

¹⁰² ALBERTI, Marcelo Edgardo, “Una contribución de Efraín Hugo Richard al derecho concursal: El plan de empresa como recaudo del concurso preventivo” en *Derechos patrimoniales*, Estudios en Homenaje al Profesor Emérito Dr. Efraín Hugo Richard, citado, t. II, pág. 949. Conf. ntros. “Salvataje de la empresa y propuesta de acuerdo preventivo”, *Revista Derecho y Empresa de la Universidad Austral*, 1996, N° 6, Rosario, 2ª quincena de marzo de 1997, págs. 121 a 128; “Propuesta de acuerdo preventivo. Su integración necesaria con un plan de dirección” en *Doctrina Societaria* N° 109, diciembre 1996, Errepar, t. VIII, pág. 548 y ss.; “Ensayo sobre el plan de empresa y las obligaciones del empresario” en revista *Estudios de Derecho Comercial del Colegio de Abogados de San Isidro*, N° 9, 1993, págs. 55 a 70; “El ‘buen hombre de negocios’ y el ‘plan de empresa’” en *Doctrina Societaria y Concursal*, Errepar, t. V, pág. 337; “Crédito y plan de empresa”, en *XXIX Congreso Anual Ordinario de Abapra*, La Rioja 30 de mayo- 1 de junio de 1988; “¿Se integra la propuesta de acuerdo con un plan de cumplimiento?”, Ponencias al *III Congreso Nacional de Derecho Concursal y I Congreso Iberoamericano sobre la Insolvencia*, Mar del Plata, 27, 28 y 29 de noviembre de 1997, 3 tomos, Buenos Aires, Ad-Hoc, noviembre 1997, t. I, pág. 433; “Salvataje de la empresa: ¿Una postulación sin respuesta en la ley concursal?”, juntamente con Francisco Junyent Bas y Orlando Manuel Muiño, en *RDCO*, año 30, 1997, pág. 525 y ss..

*zación del remedio jurídico no curará los males empresarios. La necesidad de requerir en el concurso la enunciación y difusión del llamado **plan de empresa** fue sostenida perspicazmente por Richard, en referencia al acuerdo preventivo prejudicial; formulando en torno de ello una exposición válida para toda forma concordataria... la carencia de ese **plan** provoca fatalmente la inoperancia de los esfuerzos aplicados a la concreción del acuerdo preventivo extrajudicial; como puede ser visto en su “Efectos societarios de la insolvencia” -Anales XXVI (1987) 161 de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba-... retomó el tema, por segunda vez hasta donde conocemos en su “El ‘buen hombre de negocios’ y el ‘plan de empresa’” -Doctrina Societaria y Concursal, abril 1993 pág. 337-; ...sostuvo ... valerosamente al hacerlo en un medio más proclive a la tolerancia vergonzante que a la exigencia del cumplimiento de las obligaciones del tráfico, **que un juez podría no homologar un acuerdo que no previera su factibilidad en una formulación mínima en torno de la viabilidad, expresada juntamente con la fórmula de la quita, espera u otras.** Fue esta una tesis atinada; que indica constituir un debito implícito de la obtención del concordato con los acreedores, la formulación de un programa de operaciones ulteriores al acuerdo... la disponibilidad de ese plan permitiría advertir desde una etapa inicial del procedimiento, y casi inequívocamente la viabilidad de la empresa del insolvente... La exposición del plan de empresa, por el insolvente o quien hiciese suya la redención del pasivo y la propiedad de la empresa, elevaría el acuerdo concursal de mera apuesta a ideación intelectual de una obra por realizar... saneará el concurso preventivo de su actual empleo como artificio procedimental destinado simplemente a diferir...”.*

Tenemos expresada posición crítica sobre la falta de eficacia de la legislación concursal¹⁰³: específicamente en torno de la aplicación de la normativa societaria cuando el concursado fuere una sociedad, por la obligación de los administradores societarios de presentar un plan o pre-

¹⁰³ RICHARD, Efraín Hugo, *Las relaciones de organización y el sistema de derecho privado* cit., Capítulo X, pág. 441 e “Ineficiencia de la ley concursal”, en *Revista Derecho y Empresa*, N° 10, diciembre 2000, pág. 176 y ss..

supuesto de desempeño futuro, o plan de empresa, y a su responsabilidad individual -y extraconcursal- frente a nuevos acreedores luego de advertido el estado de cesación de pagos, amén de la aplicabilidad de las normas sobre imputabilidad aditiva al controlante torpe.

Justamente la Exposición de Motivos de la ley 22/2003, de 9 de julio, concursal del Reino de España, señala en el punto I: “Predominio de determinados intereses particulares en detrimento de otros generales y del principio de igualdad de tratamiento de los acreedores, con la consecuencia de soluciones injustas, frecuentemente propiciadas en la práctica por maniobras de mala fe, abusos y simulaciones, que las normas reguladoras de las instituciones concursales no alcanza a reprimir eficazmente”, remarcando en II: “El deudor tiene el deber de solicitar la declaración de concurso cuando conozca o hubiera debido conocer su estado de insolvencia; pero tiene la facultad de anticiparse a éste”. O sea que hace a la diligencia de los administradores societarios, particularmente, el no seguir operando en un estado de crisis que ha de desembocar en la insolvencia, usando de remedios concursales, aunque -agregamos- debemos suponer que intento los remedios societarios -lo que en la práctica no ocurre pues ellos mantienen un principio de equidad del que puede zafarse en los procesos concursales en detrimento de los acreedores con enriquecimiento de los socios de la insolvente.

El equilibrio 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 aserto 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-.

Aparece como una constante en nuestro país el integrar las necesidades patrimoniales de una sociedad para el cumplimiento de su objeto social (empresa) recurriendo al mercado de capitales. Se emiten obligaciones negociables sin claros planes de negocios de amortización de intereses y capital mostrando flujos de caja, y ante la menor crisis no asumen la capitalización de la sociedad -como impone la legislación específica- recurriendo al sistema concursal para lograr -a veces con sofisticada ingeniería jurídica- a quitas y esperas a cargo de los obligacionistas, que

comportan posteriormente un enriquecimiento de los socios. Ello a través del balance post concursal donde surge ese ajuste patrimonial con utilidades no logradas del giro normal de la empresa. Se trata de una suerte de “*leverage buy out*”, de apalancamiento financiero soslayando la obligación de aportar por parte de los socios para usar los medios de la empresa y del mercado para beneficiarse con demérito de los acreedores, incluso generando costos de transacción y operacionales innecesarios para la sociedad, pero necesarios para lograr las utilidades marginales a la explotación del objeto social. Enriquecimiento de los socios y subsidio de los acreedores es el resultado.

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

1. Constataciones: el derecho societario

En la insolvencia societaria, que es a la que dedicamos estos esfuerzos, creado el patrimonio, generada la persona jurídica, la relación genética intenta el cumplimiento del objeto social con un patrimonio dado. La imposibilidad de cumplimiento del objeto social es causa de disolución e impone la liquidación del ente si no se absuelve la causal.

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

La normología societaria trae soluciones, que están a cargo de los socios en primer lugar y de los acreedores en segundo lugar. Es la forma de asumir los repartos con justicia ante los acontecimientos. Son los órganos societarios los que deben asumir esa solución en el campo privado, previsto en la normología societaria y sujeto al valor justicia, con equilibrio en los repartos conforme el ejercicio de la capacidad jurigenética y funcional que tienen los socios. Si éstos no los asumen, por una regla de equidad -*principal equity rule*- quedan subordinados y son los acreedores los que deben asumir los riesgos, pero también los beneficios.

Por tal razón 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.

Se justifica así el principio de conservación de la empresa a través del método indirecto de conservar la sociedad, removiendo la causal de disolución a fin de 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 está inserta la empresa, etc..

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

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

En momentos que legislación y posiciones, nacionales y extranjeras, marcan la tendencia a desjudicializar o privatizar el sistema del derecho concursal, o mejor dicho de prevención, parece adecuado reiterar nuestra posición con la aplicación de principios y normas del derecho societario, sin costes de transacción. Siguiendo esas nuevas tendencias hay que educar a los acreedores, particularmente los no informados, para que asuman la participación e incluso la conducción de la empresa, reemplazando a administradores ineficientes que no queriendo asumir oportunamente la crisis contrataron dolosamente con ellos. Principios “rectores” lo son sustituir la punición por la responsabilidad, la sanción por la reparación del daño, la calificación por la determinación de responsabilidad. Una doctrina permisiva tendió a limitar las acciones de responsabilidad en la quiebra a supuestos de dolo, llevando a una sensación de impunidad en el obrar de esos administradores -contagiada a los administradores públicos- que transfieren el problema a terceros, a partir de cuyo exceso se viene registrando una tímida reacción.

Son los socios los que deben asumir las soluciones, no los acreedores, conservando la empresa que desarrolla la sociedad que constituyeron, o disolviéndola.

Sostuvimos que los administradores de esas sociedades, y los socios de control, ante la crisis no adoptan ninguna de las medidas o vías que les ofrece el sistema societario: no llaman formalmente a los socios a considerar cómo afrontar la crisis. No se expresa ello ni en asambleas ni en reuniones generales, y menos aún se les convoca para aumentar del capital social, su reintegración, reorganización de la empresa, venta de activos inactivos, y particularmente a una capitalización de pasivos por negociación con acreedores. No asumidos los problemas de la crisis en lo básico, la discusión debería recaer en la disolución por alguna causal, fundamentalmente por la imposibilidad sobreviniente de cumplimiento del objeto social, como forma de exteriorizarse la idea de empresa.

Lejos de ello, se suelen advertir maniobras oscuras y contrarias a deberes fiduciarios de los administradores tales como devolución de préstamos a personas vinculadas, o satisfacción de cuentas personales, o de aquellas que registran fianzas de los socios de control o administradores, e incluso la decisión de no aumentar capital social y devolver aportes irrevocables. Ello ha llevado a diversas respuestas de la legislación, particularmente a la revocabilidad de esos actos y la apreciación de esos créditos como subordinados.

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.

En cambio, la quita y espera lograda en un concurso, enriquece a los socios que no capitalizan, además de los altos costos de transacción, y las maniobras por las que terceros adquieren créditos con grandes desembolsos para luego renunciar a su íntegro cobro votando quitas y esperas predatorias para imponérselas a los acreedores convocados.

El cuestionamiento se consolida toda vez que los propósitos del derecho concursal (sobreser el estado de cesación de pagos, asegurar la conservación de la empresa) pueden lograrse compartiendo los socios con los acreedores la titularidad del capital social. Creemos haber dejado de resalto los remedios disponibles, requiriendo el debate profundo para devolver la eficiencia del derecho de crisis, sin responsabilidad para los administradores societarios o los socios.

2. En las relaciones de cambio el valor justicia tiene una dimensión, que en épocas de crisis fue paliado con el “esfuerzo compartido” al rom-

perse el sinalagma contractual por eventos ajenos a la voluntad de las partes (crisis sistémica por decisión política). En las relaciones de organización la cuestión tiene similar característica pero otra proyección. Y esa proyección toma especiales características cuando existe una “empresa”. Allí el valor solidaridad, esfuerzo compartido, desaparece en torno a un sujeto de derecho, para volcarse en la actividad -que es como concebimos a la idea de empresa-. Sin embargo, con visión de las relaciones de cambio, 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. Ello es congruente con la axiología expuesta.

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 sostuvimos en 1981 en torno de 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”*.

Congruentemente, como lo señalan Barreiro y Truffat *“lo dirimente es poner la cuestión en manos de los socios. Estos tal vez decidan la capitalización de la empresa o admitan su fusión por absorción con otro ente más saludable”*. Omiten la más sensata medida, que es la capitalización de las deudas, que luego receptan cuando enfrentan -a mi entender es su único error- mi visión con la de Lorente: *“Se verá a continuación que sobre el punto hay dos visiones: una extrema (la de Richard) quien quiere que los administradores respondan, incluso, por la socialización de pérdidas que importan las soluciones preventivas. Otra más moderada (la de Lorente) -que es la que nos resulta más cercana- donde lo que se pretende es que el énfasis del rescate de la empresa esté en preservar a ésta y al el interés de los acreedores, antes que al interés de los socios”*. Y páginas más adelan-

te concluyen apoyando la posición de Lorente: “*Ya no se trata tanto de que alguien responda por los “daños” de la insolvencia sobre el patrimonio de un acreedor concreto (aunque esta hipótesis no es descartable) sino que -frente al desangelado fenómeno de la insolvencia- las cargas del daño se repartan equitativamente; siendo intolerable que el sacrificio de los acreedores permita a los socios tener una sociedad renacida. Si hay padecer deben sufrirlo todos, pero en especial los dueños. Si hay éxito deben gozarlo todos, pero en especial los acreedores*”. Hay daño y hay formas prioritarias de enfrentarlo en beneficio de la empresa conforme al ‘esfuerzo compartido’”.

Nos hemos apoyado en la “*absolute equity rule*”¹⁰⁴ -recordada por Lorente-, para sostener la necesidad de aplicar el art. 197 2º L.S., sobre capitalización del pasivo si es que los socios no quieren capitalizar, antes de pensar en presentarse en concurso. Y que las propuestas son abusivas, incluso inconstitucionales¹⁰⁵ si junto a las quitas y esperas no hay una capitalización de la diferencia, pues en caso contrario hay un despojo a los acreedores en beneficio de los socios. Una propuesta de quita y espera sin esa contrapartida en la participación en el capital, o alguna forma de negocio participativo, es inconstitucional por violar el derecho de propiedad (art. 17 C.N.).

3. La doctrina italiana reitera que la reforma de la legislación concursal ha omitido una regulación orgánica de la crisis y de la insolvencia de la

¹⁰⁴ En las Segundas Jornadas Interdisciplinarias Concursales del Centro, Córdoba 2005 que compartimos con Truffat, en las Jornadas Italoargentinas de Derecho, Córdoba 2005 y luego en Barranquilla.

¹⁰⁵ Comunicación al Primer Congreso Hispanoamericano de Derecho Concursal, Barranquilla, octubre 2005, “Reforma concursal: ¿de ideas o de normas?” en el CD editado por el Congreso, y “Hacia la desjudicialización de las crisis: LA Conservación de la empresa”, comunicación en la Jornada Internacional de Derecho Concursal, Cali, Colombia, martes 18 de octubre de 2005, Facultad de Humanidades y Ciencias Sociales, Carrera de Derecho de la Pontificia Universidad Javeriana, y Cámara de Comercio de Cali, o ambos en la página electrónica de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba www.acader.unc.edu.ar, y antes “Propuesta abusiva”, para elDial.com en agosto de 2005 y también en esa página electrónica de la Academia y artículos similares en prensa en Zeus, Córdoba y Santa Fe.

sociedad, perpetuando una laguna de la legislación concursal hace tiempo criticada por la doctrina ¹⁰⁶, pero se asienta en la necesidad de que la cuestión se ponga en manos de los socios al determinar que la capitalización de la sociedad en crisis -sea la reconstitución del capital o la capitalización- o insolvente, requiere una decisión del órgano de gobierno, partiendo de la situación patrimonial determinada al tiempo de presentación en concurso preventivo conforme un balance extraordinario ¹⁰⁷.

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 sociales ¹⁰⁸.

¹⁰⁶ 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, pág. 209 ss.

¹⁰⁷ “*La ricapitalizzazione della società in crisi o insolvente richiede anzitutto, partendo della domanda di concordato preventivo o della dichiarazione di fallimento, l’elaborazione di un bilancio ordinario infrannuale o straordinario, redatto secondo criteri contabili consoni alle prospettive della ristrutturazione risultanti dal piano collegato alla proposta di concordato* (confr. COLOMBO, G.E., “Bilancio d’esercizio e consolidato”, in *Trattato delle società per azioni*, diretto da G.E. Colombo e G.B. Portale, 7°, Turín, 1994, 28 ss.; CARATOZZOLO, M., *I bilanci straordinari*, Milán, 1996, 579 ss.; AFAMENI, P., *Perdita del capitale bilancio straordinari*, Milán, 2004, 23 ss., 97 ss.. “*Tale ‘piano’ potrà preveder infatti, secondo i casi, la continuazione dell’impresa, la dismissione di latuni cespiti o rami diazienda in funzione del suo risanamento e anche la totale cessazione dell’attività, nel’ottica di una liquidazione volontaria, prevedibilmente piú profittevole, del patrimonio sociale...*”, GUERRERA, Fabrizio y MALTONI, Marco, “Concordati giuiziali e operazioni societarie di ‘riorganizzazione’” en *Revista delle Società*, anno 53, 2008, pág. 18, especialmente págs. 62/3.

¹⁰⁸ GUERRERA, Fabrizio y MALTONI, Marco, “Concordati giuiziali...” cit., págs. 22/3, D’ALESSANDRO A., *La crisi delle procedure concursali*, pág. 355; STANGHELLINI, LORENZO, “Creditori forti e governo della crisi d’impresa”, *Fallimento*, 2006, pág. 145 ss..

En un reciente trabajo del maestro y miembro del Instituto Iberoamericano de Derecho Concursal, Héctor Alegría¹⁰⁹, en el último capítulo, al referirse a los administradores de las sociedades en crisis, tiene a bien hacer una condescendiente referencia a algunos de nuestros trabajos en ese aspecto: “*Un autor local que está trabajando el tema (Richard) dice: cuando se presenta la cesación de pagos o la insolvencia, el administrador tiene que variar su norte y ceñirse a una administración correcta de la empresa, a los pasos legales, administrativos o económicos financieros para la **solución de la crisis**, y si no lo hace responde ante los acreedores. No sólo a los accionistas que lo han nombrado sino también y fundamentalmente ante los acreedores*”. Ello (sin ser textual) representa nuestra posición ante el evidente apartamiento de esas conductas que resultan de informes generales en concursos preventivos que apuntan cesaciones de pago de larga data sin que se adopte ninguna previsión antes de convocar a los socios a ratificar la presentación en concurso; o que resulta de los libros societarios si es que no se han incendiado o sustraído por terceros. Esa forma de administrar debe serlo desde la constitución de la sociedad.

Sigue el distinguido jurista: “... *ante una crisis el administrador debe tomar decisiones, a veces imaginativas y otras desafiantes. Si ese administrador está sujeto a rigores extremos, algunos juzgados sólo ex post o sobre presupuestos meramente formales, es altamente factible que limite su accionar, con perjuicio de la empresa y de su recupero. También esa rigurosidad puede incidir en la selección de nuevos administradores de una empresa en crisis, pues cabe que se restrinja o desaparezca la posibilidad de incorporar personas capaces, o bien que quienes acepten circunscriban su actividad y no sean eficaces para la solución*”.

Hemos tranquilizado al distinguido amigo. En forma alguna pretendemos que el administrador asuma el riesgo del mercado o del error en la planificación, sino que tome conciencia que de una actitud omisiva o desleal puede resultar responsabilidad, si se aparta de ese interés social, o si no adopta las medidas tendientes a su cumplimiento, frustrándolo indirectamente.

¹⁰⁹ ALEGRÍA, Héctor, “Diálogo de economía y derecho y convergencias culturales y sociales en la insolvencia”, L.L. del 9/5/07, págs. 1 a 10.

tamente¹¹⁰. Concretamente debe poner la cuestión en manos de los socios, presentándoles algún plan para afrontar la crisis. Es el mismo criterio previsto por Alegría en 1983¹¹¹ al pergeñar las soluciones regladas en los hoy derogados arts. 125.1/125.2 de la ley 19.551, que sometían la validez de los actos a la razonabilidad de un plan, juzgado recién al fracasar pero con la óptica de ser descartable a la fecha de su presentación.

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, el interés de los partícipes -particularmente previsto en la nueva legislación italiana y no descartable en el sistema jurídico argentino- y los obligacionistas como inversores institucionales, se pone el énfasis en las obligaciones de los administradores, respecto a los procedimientos decisionales y organizativos diseñados *ex ante*¹¹².

El problema resulta en que del incumplimiento de ciertos deberes de diligencia puede resultar responsabilidad para los administradores de la sociedad en dificultades.

4. Llevando la cuestión al justo punto, en “Responsabilidad de los directores al ingresar la sociedad en la zona de insolvencia”, Daniel Ro-

¹¹⁰ La preocupación es similar a reparos que nos formalizan los Dasso en nuestras fraternales discusiones en giras por congresos internacionales, al mismo tiempo que nos alientan a proseguir nuestro análisis sistémico, separándonos de discusiones sobre aspectos formales, meramente doctrinarios o procedimentales. Las mismas no son diferentes a las que motivaron la primera polémica con Truffat, acompañado de Barreiro, en “Responsabilidad de administradores y representantes en la ley de quiebras: el deber fiduciario de la ley de sociedades, ¿se traslada a los acreedores?”, en *Doctrina Societaria y Concursal*, Errepar, octubre 2005, t. XVII, pág. 1205, que contestamos adhiriendo y tranquilizándonos en “Está lloviendo. ¡Se acabó la sequía!” en *Doctrina Societaria y Concursal*, Errepar, Buenos Aires, diciembre 2005, N° 217, t. XVII, pág. 1532. De ninguna forma pretendemos que el administrador asuma el riesgo del mercado o del error en la planificación, sino que tome conciencia que de una actitud omisiva o desleal puede resultar responsabilidad.

¹¹¹ Una fórmula eficaz que evitaba su análisis inmediato, pero que abría la posibilidad de atacar actos, y sin duda generar responsabilidad, ante su insensatez, generada por la Comisión integrada por Alberti, Alegría, Farina, Quintana Ferreyra y Obeid.

¹¹² CHIAPETTA, Franceso, “Finanziamento della società poer azioni e interesse sociale” *Rivista delle Società*, anno 51, 2006, pág. 668 y ss..

que Vítolo¹¹³ remata su trabajo: “VI. Conclusión. Ha señalado -en alguna oportunidad- Richard que el hipergarantismo lleva a inadvertir las maniobras artificiosas en el seno de sociedades para mantener su operatoria calificándola como normal pese a estar en estado de insolvencia. Aquello que Provinciali -recuerda el doctrinario cordobés- señaló como “ció que segna el con fine tra fisiología e patologia nella vita del patrimonio”, lo que es hoy habitual al señalar los informes generales previstos en el art. 39 del régimen concursal argentino, que el estado de cesación de pagos se produjo -en la mayoría de los casos ‘hace muchos años...’ o al menos en un tiempo bastante más lejano que aquél que ha denunciado el concursado o el fallido; es decir que el patrimonio arrastraba una situación terminal dentro de la fisiología o funcionalidad de la sociedad; posición congruente con la de no requerir a los administradores societarios -como buenos hombres de negocios- la planificaron de la funcionalidad societaria, para no perjudicar a terceros con los que contratan. Parecería que en nuestro régimen jurídico no habría resistencia para que pudiera acogerse el concepto desarrollado por el derecho norteamericano respecto de la **zona de insolvencia**. La ley 24.522, al igual que su anterior 19.551 aceptó el principio del **estado de cesación de pagos** como presupuesto objetivo para la solicitud de un concurso preventivo o la declaración en quiebra. ... parecería prima facie que -dentro de nuestro ordenamiento legal- el **test del flujo de caja (cash flow)** sería el más adecuado para ajustarnos a poder determinar el ingreso de la actividad societaria a la **zona de insolvencia**. Sin embargo, a poco que se profundice el análisis podremos advertir que tanto la incorporación de un concepto amplio, respecto de lo que debe entenderse por estado de **cesación de pagos**, como que el **análisis transaccional** no necesariamente es **revelador** de esa situación sino que sólo puede llegar a serlo, llevan a que -desde nuestro punto de vista se deba recurrir -necesariamente- a los tres análisis simultáneamente: a) balance, b) flujo de caja, y c) evidencia transaccional, para que -de la comparación de los resultados que arrojen los mismos- los administradores de socieda-

¹¹³ L.L. 2005-A, 1207.

des comerciales puedan determinar claramente si la sociedad está ingresando o ha ingresado en la denominada 'zona de insolvencia' o si, por el contrario, se encuentra fuera de ella. Advertido esto, dentro de las pautas de conducta que se marcan en el art. 59 de la ley 19.550, los administradores deberán tomar muy en cuenta los caminos a seguir, ya que su pasividad, tolerancia o la decisión expresa de continuar operando en la zona de insolvencia -sin tomar medidas específicas respecto de ello-, resultarán -necesariamente- elementos generadores de responsabilidad dentro de ese marco tan atípico cual es la responsabilidad societaria; en especial en el caso de los directores de sociedades anónimas donde la responsabilidad deviene del carácter solidario con que la ley imperativamente sanciona a los integrantes del órgano de administración. Del mismo modo, cuando la conducta en este sentido adquiera carácter doloso, las responsabilidades concursales pertinentes también resultarán aplicables”.

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 sociales (arts. 265, incs. 2 y 5 L.S.A. y 195 inc. 5 L.S.R.L.), algo que puede sorprender en sociedades en las que los socios no responden de las deudas sociales (arts. 1º, L.S.A. y 1º L.S.R.L.)”¹¹⁴.

¹¹⁴ BELTRÁN SÁNCHEZ, 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, pág. 133.

“Con el art. 262, inc. 5º, de la ley (española) persigue la misma finalidad. Pero en lugar de quedarse pasivamente esperando a que de forma espontánea los administradores y los socios lleven a cabo las actuaciones conducentes para conseguir la disolución, el legislador del 89 da un importante paso adelante: ha configurado un recurso (la extensión de responsabilidad por deudas) para disuadir a los administradores, con una sociedad en estado de disolución entre sus manos, de que contraigan nuevos compromisos con terceras personas; pero un recurso que al propio tiempo facilita el remedio para salvaguardar los intereses de los terceros sorprendidos en su buena fe: los terceros, en caso de incumplimiento por la sociedad deudora, podrán dirigir su poder de agresión contra el patrimonio personal de los administradores a quienes se hace garantes (responsables) solidarios del buen fin de las obligaciones contraídas” ¹¹⁵.

Con esta visión se construye un sistema de preconcursalidad desde el derecho societario. Recuérdese que la ley de sociedades argentina autoriza el aumento de capital, la capitalización del pasivo -que es una forma de superar las dificultades y que en tal caso se extinguen las fianzas y garantías personales de terceros, impone la reintegración del capital social, y soluciones liquidatorias privadas al no poder alcanzarse el cumplimiento del objeto social -empresa-, si los socios no deciden remover el obstáculo, y otorga amplias formas y técnicas de reorganización y reordenamiento del negocio. Con Ángel Rojo mantuvimos muchas conversaciones sobre el punto antes de la formulación de los proyectos españoles, lo que nos llevó en 1995 a generar un proyecto novedoso en torno a la responsabilidad de administradores societarios por no haber afrontado la crisis y desde la óptica del derecho de daños ¹¹⁶.

¹¹⁵ 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, pág. 2481, esp. pág. 2496. Sobre la responsabilidad por no convocar a junta general o no adecuar los estatutos, sentencia del 30/10/00, Tribunal Supremo, Sala Civ., pág. 1687; *Tribunal Constitucional. Sentencias*, y la sentencia del 21 de diciembre de 2000, pág. 169.

¹¹⁶ En *De la insolvencia*, In *Memorian de Héctor Cámara y Francisco Quintana Ferreyra*, Córdoba, Advocatus, 2000, comunicaciones al II Congreso Iberoamericano de

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. Franceschelli¹¹⁹. 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.

Encontramos esta construcción en la legislación colombiana. El art. 23 de la ley colombiana de insolvencia empresarial dispone que *“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. Ello es congruente con el bien jurídico de eliminar el estado patrimonial que afecta el desarrollo y conservación de la empresa.*

*La continuidad de la actuación de la sociedad sin afrontar la eliminación de las causales de disolución, genera la responsabilidad de administradores, que “puede serle extensiva a los socios si lo consintieron o beneficiaron con ello”*¹¹⁸.

IX. A modo de meditación

Creemos haber determinado que existe una axiología del derecho concursal contemporáneo: 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

la Insolvencia, “En torno a responsabilidad y concurso. Un “embrión” de proyecto”, t. III, pág. 313. y “Daños causados por la insolvencia: Acciones individuales de responsabilidad contra administradores de sociedades”, t. III, pág. 549. “8°. Ausencia de sede y responsabilidad de administradores (II)”, t. III, pág. 579. 9°. “Pretensiones patrimoniales y contratos comprendidos en art. 20 ley 24.452, Competencia de árbitro frente al concurso”, t. IV, pág. 243.

¹¹⁷ “L’aprendistas stregone, l’elisir di lunga vita e l’impresa immortale” en Giur. Comm., 1982, I pág. 575 y ss.

¹¹⁸ ROITMAN, ob. y t. cits., pág. 491.

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.

No hay duda de que la cesación de pagos -o su inminencia, la insolvencia o los grados menores de crisis financiera o económica- son las situaciones patrimoniales críticas de un patrimonio que alterando las relaciones individuales permiten la actuación concursal.

La conservación de la empresa como expresión significa mantener un patrimonio funcional para el cumplimiento del objeto.

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

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, aumento por capitalización de pasivos, solución esta última que debería anticiparse a la apertura de cualquier concurso, como lo hace la ley concursal de Colombia, vinculando ambas legislaciones.

La conservación de la empresa estructurada societariamente es un problema de los administradores y de los socios. Es una cuestión de derecho privado. Obviamente que tal reorganización podría ser asumida directamente por la sociedad como una propuesta de acuerdo preventivo extrajudicial o judicial, incluso cuando no lo hubieran logrado en un intento absolutamente privado siguiendo la vía prevista de la capitalización de pasivo (art. 197 L.S.), que es cuidadosamente ignorado por los administradores dolosos. A veces sospechamos que los esos administradores ignoran la gravedad de sus conductas por la falta de un adecuado asesoramiento.

Todo ello es conforme al “bien jurídico tutelado por la legislación concursal”¹¹⁹ y a las obligaciones-deberes de administradores societarios de actuar como “buenos hombres de negocios”.

2. Recapitulando: 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 1981 en torno de 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”*.

Nos apoyamos en la “*absolute equity rule*”¹²⁰-recordada por Lorente-, para sostener la necesidad de aplicar el art. 197 2º L.S. antes de pensar en presentarse en concurso. Y que las propuestas son abusivas, incluso inconstitucionales¹²¹ si junto a las quitas y esperas no hay una capitalización de la diferencia, pues en caso contrario hay un despojo a los acreedores en beneficio de los socios. Una propuesta de quita y espera sin esa contrapartida en la participación en el capital, o alguna forma de negocio participativo, es inconstitucional por violar el derecho de propiedad (art. 17 C.N.).

A la comunidad, al país, a los trabajadores, a la economía en general, es indistinto quiénes sean los titulares del capital social. Y no puedo acep-

¹¹⁹ RICHARD, Efraín H., “Bien jurídico tutelado por la legislación concursal”, cit., Revista de la Universidad Nacional de Córdoba.

¹²⁰ En las Segundas Jornadas Interdisciplinarias Concursales del Centro, Córdoba 2005 que compartimos con Truffat, en las Jornadas Italoargentinas de Derecho, Córdoba 2005 y luego en Barranquilla.

¹²¹ Comunicación al Primer Congreso Hispanoamericano de Derecho Concursal, Barranquilla, octubre 2005, “Reforma concursal: ¿de ideas o de normas?” en el CD editado por el Congreso, y “Hacia la desjudicialización de las crisis: La Conservación de la empresa”, comunicación en la Jornada Internacional de Derecho Concursal, Cali, Colombia, martes 18 de octubre de 2005, Facultad de Humanidades y Ciencias Sociales, Carrera de Derecho de la Pontificia Universidad Javeriana, y Cámara de Comercio de Cali, o ambos en la página electrónica de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba www.acaderc.org.ar, y antes “Propuesta abusiva” para elDial.com en agosto de 2005 y también en esa página electrónica de la Academia.

tar que se enriquezcan quienes se marginaron del sistema privado de solucionar el problema, que es el societario, 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.

3. Sólo a través de transportar los fundamentos de la actuación tempestiva a las sociedades ante la crisis, en la tramitación y homologación de un acuerdo preventivo -subrayando el riesgo de asumir responsabilidad administradores y socios, se podrá con visión globalizante asegurar la conservación de la empresa viable, y mantener el equilibrio distributivo entre la sociedad deudora y sus acreedores.

No son ajenas a esta concepción axiológica sobre los valores que rigen el sistema concursal las referencias a las intervenciones de los acreedores en los procesos de reestructuración ¹²².

4. Este ensayo deja abierta la conveniencia de converger sobre una axiología de la empresa, o mejor aún de las relaciones de organización, para atender desde la genética (concepción) hasta la liquidación (muerte), y a través de su funcionalidad (vida) colaborando con la interpretación constructivista en el perfeccionamiento y simplificación del sistema normativo, y en la predictibilidad de las conductas (de jueces y de administradores y partícipes de esas relaciones).

¹²² Ello aun cuando aparezcan diluidas o no las nociones de “colegio” vinculadas a las decisiones mayoritarias de los acreedores que delimitan la conformidad en un acuerdo. Porque la noción mayoritaria implica referirse a quiénes están legitimados para generar esa decisión mayoritaria o no, y eventualmente quiénes deben ser “excluidos” (por la ley o por resolución judicial) o que son “extraños” (no legitimados por la norma). Particularmente en torno de los excluidos por resolución judicial meditar desde la axiología sobre el interés contrario. ¿Contrario a qué? ¿Al deudor (sociedad, persona jurídica o física)? ¿A la empresa? ¿Interés contrario con quién o con qué? Son temas fundamentales de la axiología concursal. ¿Acuerdo logable en beneficio de quién? ¿De la conservación de la empresa? ¿Con sólo sacrificio de los acreedores? ¿Sin ser compartido el sacrificio por los socios? ¿Con enriquecimiento de éstos si solo hubiere sacrificio de los acreedores que al mutar el pasivo genera utilidades patrimoniales? ¿Sin esfuerzo compartido? ¿Qué de la absolute equity rule?

Muchas gracias maestro Sanguino Sánchez por habernos encaminado en este inconcluso ensayo, que nos ha dejado llenos de motivaciones para continuar explorando en la vocación común de pensar un derecho más eficiente y justo.

*Universidad Nacional de Córdoba (República Argentina) julio
de 2008.*

3ª Parte

**CONFERENCIA EN EL V CONGRESO
IBEROAMERICANO DE DERECHO DE LA
INSOLVENCIA (Mendoza, octubre 2009),
realizado en forma inmediata al V Congreso
Iberoamericano de Derecho Concursal**

FACULTADES Y DEBERES DEL SÍNDICO EN LOS CONCURSOS DE SOCIEDADES: EL INFORME GENERAL ¹

Sumario: I. Introducción. II. Naturaleza de la función sindical. III. El informe mensual. IV. Los informes individuales. V. El informe general del síndico. VI. Observaciones. VII. Valor del informe. VIII. De *lege ferenda*. IX. En conclusión.

I. Introducción

El título con que se convoca a deliberar en ese Congreso es motivante: “Nuevos desafíos de la insolvencia al derecho”.

Esa motivación es calificada en el tema que se nos ha asignado por la particular posición que mantenemos por la funcionalidad societaria para enfrentar el estado de “cesación de pagos” ².

¹ Documento para la Conferencia en Comisiones de Trabajo del tema “Facultades y deberes del síndico y otros sujetos en los concursos”, a formalizarse en el marco del V Congreso Iberoamericano sobre la Insolvencia y VII Congreso Nacional de Derecho Concursal, a realizarse en Mendoza del 4 al 7 de octubre de 2009, organizado por la Universidad Nacional de Cuyo.

² La expresión y alcance de la locución “*zona de insolvencia*” no se corresponde a la expresión “estado de cesación de pagos” nuestros enunciados, y de allí puede resultar alguna aparente desinteligencia. Esto se ratifica en el nuevo artículo de Lorente en el reciente libro del IADC donde tipifica claramente la “*zona de insolvencia*” del sistema de los Estados Unidos de América, o sea cuando no se ha generado aun la cesación de pagos. Lo que algún autor de esa procedencia señala como *red flags*, las señales de alerta que anticipan la posibilidad de caer en cesación de pagos. Al hablar de lo que Lorente denomina “zona de insolvencia”, eventualmente lo hemos hecho en orden de entender a la sociedad en cesación de pagos (o insolvencia). La “*zona de insolvencia*”, sin cesación de pagos que aluden, es lo que nosotros referimos como crisis general económico-financiera.

La estructuración de los procesos concursales, particularmente en caso de liquidación, acerca a numerosos funcionarios.

En el caso, y sin perjuicio de las comunicaciones que puedan formalizarse, hemos centrado nuestra atención en el síndico, sujeto necesario en los procesos de reorganización o de liquidación.

En el sistema nacional no hay duda de la profesionalidad del síndico concursal. Bajo ese parámetro asumimos el encargo -compartido con un prestigioso especialista Dr. José Escandell, con quien hemos convenido los temas que cada uno afrontaríamos- conforme al rol introductorio que se nos ha asignado en esta Comisión sobre “Facultades y derechos del síndico y otros sujetos en los concursos”, y especialmente nos referiremos centralmente al informe general de la sindicatura, que consideramos la pieza clave del sistema, especialmente, en los casos donde la concursada es una persona jurídica, particularmente sociedad comercial -desde donde se podrá generalizar-. Ello atento a que esas sociedades son el centro de los concursos relevantes.

II. Naturaleza de la función sindical

Sólo una breve referencia introductoria a la naturaleza jurídica de la función sindical en los concursos.

1. En tal sentido, lo resuelto por la Corte Suprema de Justicia de la Nación (C.S.) el 4/11/03 en la causa “Amiano, Marcelo E. y otro c/ Ministerio de Justicia y otro”³. Originariamente, la Cámara de Apelaciones condenó civilmente al Estado Nacional y al síndico designado en un con-

“*Es tiempo de siembra* (Sobre ciertas desinteligencias que afirman las soluciones societarias a sus crisis, evitando responsabilidad de administradores)” a publicar en *Doctrina Societaria y Concursal*, Errepar, 2009, en edición dedicada a este Congreso.

³ Publicado en: L.L. 2004-B-825, con nota de Darío J. Graziabile - IMP 2004-A, 1346 - L.L. del 1/9/04, 3, con nota de Eduardo Mertehikian - RCyS 2004, 1081 - J.A. 2004-I-77 - Colección de Análisis Jurisprudencial Derecho Concursal (director: Julio César Rivera) - Editorial La Ley, 2006, 59, con nota de Héctor R. Fragapale. Cita Fallos Corte: 326:4445.

curso preventivo por haber omitido este último la inscripción de la inhibición general de bienes del concursado en el Registro de la Propiedad Inmueble y, en consecuencia, haber hecho fracasar la compra de un inmueble adquirido por ignorarse dicha circunstancia. El Estado Nacional planteó recurso extraordinario contra dicha resolución, sosteniendo que la figura del síndico no podía equipararse a la de un órgano estatal por el que aquél deba responder. La Corte hizo lugar al recurso interpuesto. Resolvió la Corte que “no corresponde atribuir responsabilidad al juez concursal, en su carácter de órgano estatal, por la omisión del síndico de inscribir la inhibición general de bienes ordenada en el Registro de la Propiedad Inmueble -en el caso, dicha omisión provocó la frustración de la compra de un inmueble del fallido-, pues el síndico no constituye un órgano mediante el cual el Estado exterioriza sus potestades y voluntad, sino un sujeto *auxiliar de la justicia que desarrolla su actividad en el proceso colectivo con autonomía y en base a la idoneidad técnica que deriva de su título profesional sin subordinación jerárquica*”. Ello es más patente en el concurso preventivo.

En el voto del doctor Vázquez destacamos: “5°) *Que la condición jurídica del síndico del concurso, es muy discutida en la doctrina universal, pudiendo ser encontradas distintas respuestas, cada una de las cuales están en mayor o menor medida influida por las diferentes construcciones hechas sobre la naturaleza jurídica de la quiebra y de sus efectos... Desde otra perspectiva, una corriente de opinión más moderna entiende que el síndico no es representante, ni tampoco órgano o funcionario estatal, sino órgano del concurso (Maffía, O.J., El síndico - órgano del concurso, RDCO, 1978, p. 997... Finalmente, en cuanto a la ley 19.551, cabe señalar que si bien el Anteproyecto de Ley de Concursos Mercantiles de 1969 había propiciado la figura del ‘síndico oficial’, cuya condición era la de un funcionario oficial (conf. Cámara, H., ‘Ley de Concursos Mercantiles, algunas sugerencias sobre el anteproyecto’, J.A. doct. 1972, pág. 14, N° 57), expresamente el legislador de 1972 erradicó a esa figura del articulado de aquélla, no innovando, entonces, con relación al sistema anterior, y limitándose solamente a introducir modificaciones tendientes a un mejor y eficaz desempeño del síndico concursal (conf. Cámara, H., ‘Las modificaciones introducidas por la ley 19.551 al anteproyecto de Ley de Concursos Mercantiles’,*

J.A. doct. 1973, pág. 426, espec., pág. 435)". Se refiere ahora al concurso preventivo: "8°) *Que nada hay, pues, en la Ley Concursal, ni en otra ley del ordenamiento jurídico argentino, que indique que el síndico que actúa en un concurso preventivo o en una quiebra sea un funcionario público. Funcionalmente, tampoco es un órgano mediante el cual el Estado exterioriza sus potestades y voluntad, sino un sujeto auxiliar de la justicia, cuya actividad en el proceso colectivo se desarrolla con autonomía, sin subordinación jerárquica, y en base a la idoneidad técnica que deriva de su título profesional*".

2. Sobre la estructura del proceso concursal y el sistema de "sindicatura" puede verse *El modelo de proceso concursal adoptado, debe definir el tipo y la conformación de la sindicatura. Abogando por la sindicatura interdisciplinaria en nuestro medio* del jurista rosarino Miguel Angel Raspall ⁴, de donde destacamos sus referencias a "El derecho comparado": "Creo que puede ser un aporte de interés informativo para estas jornadas, la visión que tienen sobre el tema algunas normas del derecho comparado. Lo primero es identificar que las diversas normas concursales no abordan todas por igual el tratamiento de la insolvencia y en tal orden, algunas leyes extranjeras tratan diferenciadamente los problemas de la insolvencia de las empresas, del de los particulares o de los consumidores; otras, sin modificar sus viejas normas concursales, o las previsiones dispuestas en sus códigos de comercio, han dictado leyes especiales para atender los problemas específicos de las empresas o sociedades en crisis; a su vez, algunas leyes siguen tramitando la solución concursal en la vía jurisdiccional, pero otras muchas, tratan los temas relacionados con los conflictos de las empresas ante organismos o dependencias administrativas o ante las cámaras empresarias, en tal orden 'procesos o procedimientos no jurisdiccionales'. Sin embargo, lo que es común a todas las leyes es que además del tribunal o del organismo administrativo o empresario ante el cual tramitará el proceso concursal, en todas sin excepción, existe una o varias personas, con formación profesional,

⁴ Ponencia a las Jornadas de Derecho Concursal, Mendoza 2 y 3 de octubre de 2008, organizadas por la Universidad Nacional de Cuyo, Facultad de Ciencias Económicas en forma conjunta con el Consejo Profesional de Ciencias Económicas de Mendoza.

que asisten, controlan, ayudan o intervienen de una u otra manera en el proceso, cumplimiento similares funciones a las que lleva adelante nuestro síndico concursal. Veamos ahora el tratamiento del tema de la incumbencia profesional de los auxiliares de los procesos concursales en algunas leyes extranjeras, recordando la diversidad de las características de las mismas que he indicado precedentemente, o sea, normas con tratamiento diferenciado entre concursos de empresas o consumidores; procesos jurisdiccionales o administrativos; procesos preventivos, reestructurativos o liquidativos, etc..

1. España. Ley 22/2003. Los órganos necesarios del concurso son dos: El juez y la Administración Concursal. La Administración Concursal (arts. 26/36) es un *órgano colegiado* con intervención preponderante sobre las materias que tienen relevancia en el proceso, que son la jurídica y la económica (así lo define la Exposición de Motivos). La integración de este órgano colegiado es la siguiente: **1. Un abogado con experiencia profesional 5 años; 2. un auditor de cuentas, economista o titulado mercantil colegiado; 1 acreedor titular de un crédito ordinario (quirografario) o general no garantizado.** La norma admite el nombramiento de *auxiliares delegados* para situaciones o casos complejos. En definitiva adopta el sistema del **trabajo interdisciplinario**, donde las decisiones colegiadas se alcanzan por mayorías en caso de no alcanzarse, resuelve el juez.

2. Puerto Rico. Lo relativo a los concursos está incorporado el Código de Comercio. El proceso es judicial. El órgano auxiliar del juez es el “curador” (art. 873) que será un **abogado** de los tribunales. Cuando el juez lo considere conveniente a los intereses del concurso, podrá nombrar como curador a una **institución bancaria o a una sociedad comercial**, en cuyo caso, las funciones del curador serán ejercidas por el administrador bajo la dirección de un abogado.

3. México. Ley de Concursos “*Mercantiles*” del 2000. Esta norma regula sólo concursos mercantiles y preferentemente de las empresas, admitiendo a los pequeños comerciantes sólo cuando acepten someterse voluntariamente a esta ley. El proceso es judicial. La Exposición de Motivos trata específicamente lo relacionado con los órganos del proceso. El órgano central y rector del proceso es el juez. *Marca que las tendencias modernas reservan al juez sólo lo relativo a los problemas jurídicos que se presentan en los procedimientos concursales y deriva a los otros órganos de los concursos lo relativo a la toma de decisión vinculada con la administración y gestión empresarial.* Así, la comisión redactora plantea la división de competencia y

funciones: el juez resuelve sobre los conflictos o litigios que provengan de cualquier cuestión que afecte derechos y las demás relativas a gestión y administración deben ser resueltas por los especialistas. La ley atribuye facultades a tres “especialistas”: **visitadores, conciliadores y síndicos** (que actúan en distintas etapas del proceso). Los profesionales cuya preparación les permite atender estas funciones forman un grupo de donde pueden reclutarse especialistas; **licenciados en derecho, licenciados en administración de empresas, los licenciados en economía, los contadores y los especialistas en ingeniería financiera.** **4. Colombia.** Ley 550/1999. Esta norma tiene como sujetos comprendidos (ámbito subjetivo) a las personas jurídicas (nacional o extranjera), sean privadas o públicas, de economía mixta y entidades territoriales (exceptúa a las de seguro social, ahorro, actividad financiera). La finalidad confesada por la ley es promover la reactivación de la economía y el empleo mediante la *reestructuración de empresas* pertenecientes a sectores productivos de la economía, tales como agropecuario, minero, manufacturero, comercial, de la construcción, de las comunicaciones y de los servicios. O sea, regula el régimen de Acuerdos de Reestructuración de las “empresas”. El trámite es administrativo y se realiza ante la Superintendencia que controle la actividad empresarial o ante su Cámara Empresarial o de Comercio. Los funcionarios que colaboran en la actividad de control que realiza la Superintendencia o la Cámara, son el **“promotor” y los peritos**. Tienen como función participar en las negociaciones, análisis y elaboración de los acuerdos de reestructuración y pueden contar con la asesoría de expertos. Se inscriben como conciliadores personas con formación o capacitación en la mediación de conflictos, tales como **árbitros o amigables componedores que tengan pertenencia a Centros de Conciliación o a Cámaras de Comercio.** **5. Perú.** La ley peruana de reciente vigencia. La ley establece como prioridad y finalidad de los procedimientos concursales, propiciar un ambiente idóneo para la negociación entre acreedores y el deudor, que permita llegar a un acuerdo de reestructuración, o en defecto, a la salida ordenada del mercado bajo reducidos costos de transacción (dos procedimientos; reestructuración o liquidación). La autoridad concursal es un organismo de la administración pública, que se denomina INDECOPI (Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual, la cual actúa a través de la Comisión de Procedimientos Concursales. O sea, que el procedimiento es administrativo. Existen dos

funcionarios que actúan auxiliando en el proceso, que son el **administrador y el liquidador**, que podrán ser ejercidos por personas naturales o jurídicas inscriptas en la Comisión. El recaudo para la persona natural es tener **grado académico universitario**. **6. Brasil.** La ley 11.101/05. La ley regula el régimen concursal de los empresarios y de las sociedades empresarias. Los modos de tramitación son; la recuperación judicial; la recuperación extrajudicial y la quiebra. El trámite es jurisdiccional. El funcionario auxiliar es denominado Administrador Judicial y el art. 21 establece que podrán serlo un profesional idóneo; preferentemente **abogado, economista, administrado de empresa, contador o persona jurídica especializada**. **7. Chile.** La ley fue sancionada en enero de 2005 y regula lo que se denomina como Sistema de administración privada de las quiebras. El juicio de quiebra se tramitará en dos tramos, el de la Quiebra y el de la Administración. El trámite es jurisdiccional, con intervención de órganos de control del estado que es la Superintendencia de Quiebras (Título II art. 7º y ss.) que depende del Ministerio de Justicia y cumple la función de “supervigilar” y controlarla actuación de los síndicos. Los síndicos se encuentran regulados bajo el Título III arts. 14 a 36. Se requiere poseer **título profesional o técnico y experiencia calificada en área económica, comercial o jurídica**. **8. Bolivia.** Ley 2495/03 de Reestructuración Voluntaria, que funciona como procedimiento alternativo al régimen del Código de Comercio. El procedimiento tramita ante la Superintendencia de Empresas o sea, no es jurisdiccional y se desarrolla en dos fases; reestructuración voluntaria o liquidación voluntaria de empresas. Para ser síndico de la reestructuración (art. 44 del decr. reglamentario) se requiere **título universitario y 3 años de experiencia en gestión empresarial**. **9. Paraguay.** El art. 210 de la ley 154 de 1969 dispone que el síndico general sea abogado y el **síndico simple puede ser abogado, doctor en ciencias económicas, licenciado en ciencias contables o administrativas”**.

3. Se revela cierta insatisfacción respecto del funcionamiento de las sindicaturas -en punto a su desempeño cuanto a su costo (alto para algunos, bajo para quién lo desempeña)-. La cuestión requeriría analizarse si es conveniente que se autorice a la colectividad de acreedores a designar un síndico, como prevé la ley alemana con relación al administrador. Claro que esto debería ser decidido por acreedores preconcursales y no los que adquieran tal carácter con posterioridad, por ser cesionarios.

III. El informe mensual

Accederemos al contenido del informe general con previas referencias al “informe mensual” que ha incorporado el ap. 12 del art. 14 L.C.Q. y el “informe individual” para la verificación del pasivo.

Hemos formalizado algunas reflexiones sobre ello en el *Análisis de tareas del síndico incorporadas por ley 26.086*⁵. Ahora las referimos parcialmente en orden a la posterior estructuración del informe general.

1. El rol funcional de los administradores societarios. Sobre el plan de negocios

La falta de claridad del legislador respecto a la conducción de sus negocios por el concursado y las tareas que deben cumplir particularmente en caso de ser sociedades, impide estructurar una funcionalidad razonable de esos procesos y afecta las tareas esperables de los síndicos concursales. Ello se agrava en la reforma introducida por la ley 26.086, en los arts. 14 incs. 11 y 12, y 16 de la ley de concursos y quiebras (L.C.Q., en adelante).

Conforme el inc. 11 del art. 14 L.C.Q., el síndico debe expedirse sobre: los pasivos laborales denunciados por el deudor, otros créditos laborales comprendidos en el pronto pago y situación futura de los trabajadores en relación de dependencia ante la suspensión del convenio colectivo. Se intenta asegurar el pronto pago -e incluso la verificación más inmediata- mediante algunas previsiones que significan intensificar las cargas sobre la sindicatura, sin atender a la naturaleza de las cosas, en orden a los deberes informativos y conductivos de los administradores societarios.

Pero la norma, continuando con el criterio estructural de liberar -aparentemente- de cargas y responsabilidades a los administradores de sociedades concursadas, lo pone a cargo del síndico en los nuevos incisos del art. 14.

⁵ Con FUSHIMI, Jorge, en libro *Primera Jornada Nacional de Derecho Contable*, edición de la Universidad de Morón, Facultad de Ciencias Económicas y Empresariales, Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales, pág. 109 y ss..

Colegimos que el síndico debe expedirse sobre las manifestaciones formalizadas por el deudor y su cuestionamiento puede generar la aplicación de las medidas cautelares previstas en el art. 16 L.C.Q. Por eso decimos que sólo aparentemente se libera de obligaciones a los administradores de las sociedades concursadas, pero ello está ínsito en sus deberes de actuar con la lealtad y diligencia de un buen hombre de negocios.

El síndico, en los concursos preventivos, sólo tiene la “vigilancia”, supervisión o control de la administración que continúa ejerciendo el concursado. De tal manera que no tiene libre e ilimitado acceso a la documentación contable y legal, sino sólo a aquella que se ponga a disposición del Tribunal interviniente por orden judicial. Este error conceptual ha sido advertido por Vítolo ⁶, con una dureza inusual, y reconocemos que la tarea exigida al síndico tendrá severas limitaciones respecto del alcance de la tarea realizada, aun cuando el concursado -por imperio del art. 17 L.C.Q.- esté obligado a brindar toda la información y colaboración que le sea requerida por el juez o el síndico.

No es razonable que si el síndico hallara trabajadores no registrados (“*en negro*”), éstos no puedan ser incluidos en el dictamen. Consideramos que, existiendo un incumplimiento a las disposiciones legales de orden público en materia laboral y previsional, si el síndico concursal detectara esta modalidad de contratación de empleados, deberá denunciarlo al Tribunal en el informe mensual previsto en las disposiciones del inc. 12 del art. 14 L.C.Q., y no por las disposiciones del apartado que estamos tratando.

2. Contenido del plan de crisis

La cuestión sobre la existencia de un plan se refuerza en el caso que se pretenda generar efectos laborales por la crisis de la empresa.

⁶ VÍTOLO, Daniel Roque: “Desaciertos...”, ob cit.¿?, “*En forma evidente, el reformador de la ley 26.086 -no conocemos si por inexperiencia o ignorancia- ha confundido algunos aspectos centrales del concurso preventivo con la quiebra, pues estas previsiones legales respecto del pronto pago de créditos laborales, así como las nuevas funciones asignadas al síndico, tienen una mayor similitud con los procesos liquidativos que con los conservatorios*”.

Frente a esta norma, y a las disposiciones de la ley 25.587, que establece en su art. 20 la información que debe brindar el empleador en los procedimientos de crisis y en especial en los supuestos de empresas concursadas, el concursado deberá informar sobre las: I. Causas de la crisis y sus repercusiones sobre el empleo; II. Situación económico financiera de la empresa y del entorno en que se desenvuelve; III. Propuesta de acuerdo con los acreedores; IV. Rehabilitación de la actividad productiva; V. Situación de los créditos laborales.

Adviértase que esta disposición, unida a las normas sobre deberes de diligencia de los administradores societarios, impone la necesidad de que la concursada, particularmente cuando es una sociedad, informe sobre cómo afrontó la crisis y el plan de saneamiento, en forma similar a lo que requiere Lidia Vaiser, con quien concordamos ⁷. En efecto, esta distinguida concursalista ⁸ señala expresamente: “*b) El plan de empresa en la propuesta de acuerdo: en anteriores trabajos reivindicamos la función jurisdiccional en punto al régimen de administración que, como parte integrante de la propuesta, introdujo la ley 24.522, dando lugar al planteo de mayores exigencias para el deudor a la hora de dar cuenta sobre la reestructuración empresaria que como finalidad persigue el concurso, y la función del juez al momento de homologar respecto del cumplimiento de las mismas (‘El régimen de administración en la propuesta de acuerdo: plan de empresa’, L.L. 1999-D-1073). Si bien inicialmente la tesis no tuvo mayores adherentes, más allá del Prof. Richard, de Córdoba, quien ya venía trabajando y pensado en igual sentido, la oposición que la idea recibió fincaba en la falta de sanción para el deudor por tales omisiones*”.

Pero, no resulta evidente de esta disposición qué deberá informar el síndico, y para qué deberá hacerlo. En la hipótesis de continuación de la explotación de la empresa en la quiebra, sí es razonable exigir esta infor-

⁷ RICHARD, Efraín Hugo, “Sobre la homologación de la propuesta de acuerdo”, publicado en libro colectivo *XIV Jornadas de Institutos de Derecho Comercial de la República Argentina* -Paraná, Pcia. de Entre Ríos el 30/31 de agosto de 2007- pág. 261, Buenos Aires, edición de la Fundación para la Investigación y Desarrollo de las Ciencias Jurídicas, agosto 2007.

⁸ VAISER, Lidia, “El abuso de derecho en los procesos concursales”, en J.A. 2003-IV-1328,

mación, pero no podemos advertir la utilidad y el sentido de ésta dentro del proceso concursal, ya que si se entiende exigible ningún *plan de empresa* al concursado, mal puede conocer el síndico la situación futura de los trabajadores: en tal sentido debería conocer, cuanto menos, información objetiva, tales como dimensión de la producción a afrontar; cantidad de líneas de producción que se mantendrán, reducirán o aumentarán; sucursales, agencias o filiales que se abrirán o cerrarán, etc. En definitiva, pareciera que se exige del síndico adivinar el futuro, ya que ni siquiera existe un mínimo de información confiable que permita realizar una proyección con bases científicas. Es la visión dual: no exigir el comportamiento leal y lógico al concursado, poniéndolo en cabeza de un tercero -el síndico- en un proceso voluntario iniciado por aquél. Ello no es razonable ni congruente.

A fortiori de la exigencia de ese plan de negocios, el legislador omite consignar a qué se refiere con la expresión “evolución de la empresa” (inc. 12 del art. 14), que debe responder a ese plan. El informe sobre la evolución de la empresa está siempre a cargo del órgano de administración (en los entes colectivos) a través de la Memoria u otros documentos, y el órgano de fiscalización (sindicatura societaria o consejo de vigilancia) dictamina sobre ellos. A falta expresa de previsión debe entenderse que el concursado -que continúa con la administración- debe informar mensualmente sobre la evolución de la empresa y el síndico deberá -sobre la base del seguimiento de la información legal y contable- auditar y dictaminar sobre ello.

El síndico deberá auditar la información que proporcionarán los administradores de la concursada. No obstante esa nueva norma, un juez podría imponer la presentación un plan de negocios, sobre la evolución y prospectiva de la empresa, de acuerdo con sus facultades y a la carga de información de la concursada, con una mirada retrospectiva y prospectiva, para imponer anticipadamente una razonabilidad en la propuesta de acuerdo que se pudiera estar pergeñando (arts. 52 - 4. y 3. b) iv) que suelen intentar aplicar residualmente los tribunales para forzar la homologación de un acuerdo predatorio).

Tampoco se prevé que la información recabada y el análisis evolutivo posconcursal pueda servir como herramienta para determinar si la propuesta del concursado podrá -o no- ser cumplida. Esta tarea, aunque reprochemos algunos aspectos, entendemos que puede brindar información relevante para todo el proceso de toma de decisiones de los acreedo-

res, además de servir como elemento indispensable para la confección del informe general del síndico del art. 39 L.C.Q..

La disponibilidad de fondos, debe entenderse vinculada a las disposiciones del art. 16 al tratar la satisfacción del pronto pago de créditos laborales; es decir, si existen fondos suficientes para atender la totalidad de los pronto pagos. Molina Sandoval ⁹ sostiene que “*el síndico podrá requerirle al concursado la información vinculada con su cash flow*” y luego discrimina entre el concepto de fondos líquidos y fondos líquidos disponibles.

Otro inconveniente con el que se topa la norma es que los fondos líquidos disponibles, deben serlo para atender los pronto pagos (art. 16 L.C.Q.), y aquí se pretende que el síndico establezca algo que sólo depende de la voluntad del deudor, ya que los fondos líquidos son siempre de libre disponibilidad y sólo el deudor está en condiciones de establecer a la atención de qué se destinarán éstos, lo que debe corresponder a la planificación formalizada -y que eventualmente deberá requerirse por el juez en el caso de sociedades comerciales, por ser coherente con su funcionalidad y obligaciones de los administradores-. Es decir, los fondos que ingresan no tienen una afectación específica y con asignación conforme vayan ingresando, sino que la afectación o destino que se les dé, dependerá exclusivamente de la voluntad o plan del deudor.

Sólo el empresario, de manera subjetiva y personal, aunque generalmente siguiendo principios de racionalidad económica, es quien decide qué parte de los fondos líquidos se afectarán para determinadas obligaciones y cuáles no. Se advierte nuevamente la tensión al ignorar las obligaciones de la concursada, particularmente de sus administradores de presentar un plan de negocios -base de la teoría de la administración empresarial-, dejando la crisis al voluntarismo del deudor incumplidor, impidiendo un análisis serio de la prospectiva o viabilidad de la empresa ¹⁰.

⁹ MOLINA SANDOVAL, Carlos A., “Una modalidad informativa ‘adicional’ del síndico concursal”, L.L. del 11/5/06, pág. 2.

¹⁰Ntro. “El plan de empresa (o cómo asumir crisis tempestiva y extrajudicialmente)”, en libro colectivo *Homenaje al Dr. Osvaldo J. Maffía*, Córdoba, Lerner, 2008, Cap. II, pág. 217; 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 y Ramón Vicente Nicastro).

En Perú, en los “Procedimientos de reestructuración patrimonial”, donde acreedores y deudor pueden pactar libremente las condiciones, se otorga un tratamiento preferente a los acreedores laborales, otorgándoles un derecho a un 30% de los flujos de fondos de caja y al monto que se recaude cada vez que se disponga de activos fijos.

IV. Los informes individuales

La segunda línea de información corresponde a la verificación de créditos.

El sistema impuesto por la ley 19.551 significó una revolución procesal, por cuanto imponía la suspensión de todas las causas de contenido patrimonial y la imposición de un trámite multiparticipativo con posibilidad de impugnaciones, con intervención del síndico como funcionario del concurso que debía realizar todas las investigaciones, como una suerte de perito contador para determinar la realidad de las transacciones o relaciones de las que derivaba la pretensión patrimonial.

Lentamente se fue desmantelando ese sistema, en lugar de mejorarse. No hay duda que el objetivo final del concursado es que exista la menor cantidad de créditos verificados o declarados admisibles al momento de formalizarse la categorización y determinarse el cómputo necesario para la aprobación de acuerdos predatorios. No deben coadyuvar a ello ni el síndico ni el juez.

Advertimos continuamente una patología que tiende al rechazo de ciertos pedidos de verificación, sin cumplir el síndico las labores de indagación en la contabilidad de la concursada y la justificación de la pretensión. Todo pasivo implica el ingreso de una partida al activo, o sea que debe tener una contrapartida de un ingreso al activo, salvo que corresponda a la satisfacción de un daño. Y si en las relaciones contractuales no existe una contrapartida debemos pensar en un fraude en el que no puede dejar de haber participado la concursada o sus administradores. Tal situación conlleva la obligación del juez de adoptar una medida intervencionista a la administración de la concursada.

A ello adhiere normalmente la concursada y el juez resuelve de conformidad sin advertir la revolución procesal de la concursabilidad y universalidad que impone conocer la integridad de la situación patrimonial de la

concurzada, y particularmente si se aplican los fallos plenarios “Difry” y “Transline”, que se basaban en la posibilidad de un concilio fraudulento entre la deudora y el acreedor de títulos de crédito-, tener en claro que la no admisibilidad conllevaría el supuesto de connivencia con la concursada. Y ello, por el principio de congruencia impondría el apartamiento de los administradores o, por lo menos, la coadministración limitativa, para evitar que se puedan estar generando deudas con el mismo criterio. Pero el efecto concreto es que poco se verifica y de esa forma es más accesible para la deudora obtener un acuerdo predatorio.

Sobre este aspecto vienen a cuento las expresivas y sinceras manifestaciones *obiter dictum* del camarista Dr. Alfredo A. Kölliker Frers ¹¹ 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 cómo 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 ficti-*

¹¹ En la Resolución del 22 de abril de 2008 en la causa “Southern Winds S.A. s/ concurso preventivo” fallado por la Cámara Nacional en lo Comercial, Sala A, en L.L. del 15/8/08, pág. 8 con nota de Claudio Alfredo Casadio Martínez.

cios o ya ‘desinteresados’ deliberadamente para que brinden su conivente 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”. Porcelli ¹² sostiene que “*la propuesta es abusiva cuando las condiciones y términos de ella, han sido impuestos por el deudor a su arbitrio, aprovechando una posición de fuerza por el manejo o manipuleo de la mayoría y de esta forma, las prestaciones a que se obliga dependen, en definitiva de su voluntad; y no son fruto de un consenso necesario e imprescindible, para un equilibrio entre intereses antagónicos tal como lo exige toda solución reversiva de la crisis que contemple los derechos de todos los afectados*”. Como compartimos estos diagnósticos, tan brutales, es que dirigimos nuestros razonamientos a dar una inteligencia constructivista al sistema concursal actual, integrándolo con la legislación societaria ¹³.

Así, el rol técnico del síndico sobresale en el proceso de verificación para determinar la situación patrimonial de la concursada. Así, ante el pedido de verificación “El síndico *debe realizar todas las compulsas necesarias en los libros y documentos del concursado y, en cuanto corresponda, en los del acreedor. Puede, asimismo, valerse de todos los elementos de juicio que estime útiles y, en caso de negativa a suministrarlos, solicitar del juez de la causa las medidas pertinentes*” -art. 33 L.C.Q., 1er. párrafo), incluso de terceros conforme las facultades que le confiere el art. 275 incs. 2, 3 y 6 L.C.Q..

¹² PORCELLI, Luis A., “No homologación del acuerdo preventivo. Propuesta abusiva o en fraude a la ley”, L.L. 2002-D-1079, y CABANILLAS, Ana C., “Abuso del derecho en las propuestas de acuerdo preventivo. El inc. 4 del nuevo art. 52 L.C.Q.”, en *Derecho concursal argentino e iberoamericano*, Buenos Aires, Ad-Hoc, t. I, pág. 501.

¹³ “Reforma concursal: ¿de ideas o de normas?, comunicación al Primer Congreso Iberoamericano de Derecho Concursal: “El derecho concursal del Siglo XXI”, Barranquilla, Colombia, 12 al 14 de octubre de 2005, www.acaderc.org.ar, y ntro. *Insolvencia societaria*, Buenos Aires, Lexis Nexis, 2007.

Si se limita a recordar los fallos plenarios sería conveniente que el síndico fuera un abogado pues se trata de una cuestión legal formal.

Si en cambio consideramos que tiene el deber-función (facultad-deber) de actuar como una suerte de perito, informando al juez de la verdad de la existencia del crédito, o de las connivencias para crearlo, pensaremos en un profesional de las ciencias económicas. Se trata incluso de cotejos o exhibición de libros, general del concursado y parcial de los acreedores o terceros. Decíamos, soñando con el sistema de verificación de créditos de la ley 19.551 como una verdadera revolución procesal, allá por 1979 “La verificación de créditos de causa anterior es el procedimiento único y típico para respetar el principio de concentración de este juicio universal y de conocimiento de un solo juez¹⁴. Procedimiento contencioso, simplificado, de control múltiple por los acreedores, con facultades inquisitorias para el síndico que en esta parte del proceso tiene un *rol de perito técnico obligatorio*, de libertad absoluta para el juez que puede apartarse de la litis, sistema que tiende a asegurar la obtención de la verdad material en corto tiempo, asegurando el derecho de defensa y otorgando el carácter de cosa juzgada a las resoluciones adoptadas”¹⁵.

Conforme tal actividad pericial el síndico debe presentar el informe individual -art. 35 L.C.Q.- y en él “expresar respecto de cada crédito, opinión fundada sobre la procedencia de la verificación del crédito y el privilegio”.

V. El informe general del síndico

Centramos aquí nuestra atención. Los informes anteriores deben reflejarse en éste por su carácter general.

¹⁴ Cuanto nos hemos alejado, particularmente con las últimas reformas de ese principio fundamental en beneficio de la empresa y de todos los intereses, que ahora se nublan a favor de la concursada.

¹⁵ RICHARD, Efraín Hugo “Verificación de créditos y suspensión de las acciones de contenido patrimonial en los concursos”, pág. 163, en libro *Homenaje al Profesor Doctor Rodolfo Oscar Fontanarrosa*, Rosario, Ediciones Universitarias, Servicio de Publicaciones de la UnN.R., 1981.

1. El informe general del síndico es la pieza maestra sobre la historia de la concursada, particularmente cuando se trata de una empresa y calificada si la organización es societaria. “Contiene una síntesis de la investigación e información vinculada con la empresa o actividad del concursado y su patrimonio (en sus negocios retrospectiva, actual y proyectiva y constituye una gran herramienta a la hora de evaluar muchas de las contingencias concursales... Este informe debe ser concreto y desprovisto de libre subjetividad, aun cuando el síndico deberá emitir su parecer sobre algunos temas.

Por medio del informe general, el juez y los acreedores pueden tomar adecuado conocimiento de las circunstancias relacionadas en su texto, elaboradas por quien posee los conocimientos técnicos que fundamentan su opinión. También se ha señalado que aporta criterios para que los acreedores decidan con conocimiento de causa la actitud a adoptar al tratar la propuesta de acuerdo ¹⁶.

Deberá ser fundado y valorado en las circunstancias acaecidas en el proceso concursal (v.gr., demanda concursal -art. 11 L.C.Q.-; pronto pagos -arts. 16 y 183 L.C.Q.-; sentencia de verificación -art. 36 L.C.Q.-; remates de otros bienes, juicios de conocimiento continuados -art. 21 inc. 1 L.C.Q.-; contratos en trámite -art. 20 L.C.Q.-, etc.), en otra información obtenida en el ejercicio de sus funciones (art. 275 L.C.Q.) y en otros elementos que considere útiles ¹⁷.

Obviamente deberá expresar todo lo relevante de los informes referidos anteriormente y todo lo que resulte de la contabilidad y especialmente de los libros que debe llevar en el caso de tratarse de una sociedad: libros de actas de los órganos, de acciones, de registros de asistencia, Memorias, etc..

Venimos perfilando su importancia y contenido a través de los comentarios precedentes. Será imposible soslayar en este informe general lo que se hubiere actuado e informado conforme lo dispuesto por el ap. 12 del art. 14.

¹⁶ QUINTANA FERREYRA, FRANCISCO, *Concursos*, Buenos Aires, Astrea, 1985, t. I, pág. 451; ROUILLÓN, Adolfo A.N., *Régimen de concursos y quiebras. Ley 24.522*, Buenos Aires, Astrea, 1998, pág. 101.

¹⁷ JUNYENT BAS, FRANCISCO A. y MOLINA SANDOVAL, Carlos A., *Ley de concursos y quiebras comentada*, Buenos Aires, Lexis Nexis - Depalma, 2003, págs. 231/2.

Estamos convencidos que la información prevista en el art. 39 L.C.Q. como materia de ese informe, debe ser ampliada en el caso de sociedades y particularmente bajo la imposición que genera el art. 275 L.C.Q. bajo el título “Deberes y facultades del síndico”, cuando reza que “Compete al síndico efectuar las peticiones necesarias para la rápida tramitación de la causa, la averiguación de la situación patrimonial del concursado, los hechos que puedan haber incidido en ella y la determinación de sus responsables”¹⁸.

Adviértase que la referencia a la “situación patrimonial del concursado” lo es con relación a una situación actual y de prospectiva o potencialidad funcional hacia el futuro. Por otra parte, la referencia a los “hechos que puedan haber incidido en ella”, excede el marco de la fijación de la fecha efectiva de la cesación de pagos, imponiendo en caso de sociedades que se revise que hicieron los administradores ante la crisis.

La potenciación de ello resulta del último párrafo “la determinación de sus responsables”, que importa referirse a terceros, y particularmente en el caso de sociedades a sus administradores, socios y controlantes. Y ello no sólo para el caso de quiebra, pues es claro que la concursada, los socios y terceros -incluso acreedores- podrán promover acciones contra administradores y controlantes abusivos durante el curso del proceso concursal e incluso después de la homologación del acuerdo por los daños sufridos. Estas precisiones generan una apreciación sobre los deberes-funciones del síndico en el informe general, particularmente de tratarse de una sociedad la concursada¹⁹.

“Si el informe sindical no cumple adecuadamente con los requisitos, el juez podrá emplazar a dicho funcionario a los fines que reformule o amplíe ciertos puntos, sin perjuicio de las demás medidas que pudieren ser pertinentes (art. 255 L.C.Q.). Estos requisitos son taxativos (el síndico cumple con cumplimentar con lo requerido

¹⁸ Coherente con esto formalizamos un anteproyecto de ley de concursos “De la insolvencia”, 3 tomos, libros *In Memoriam* de CÁMARA, Héctor y QUINTANA FERREYRA, Francisco, Córdoba, Advocatus, 2000, con las comunicaciones al II Congreso Iberoamericano de la Insolvencia, “En torno a responsabilidad y concurso. Un ‘embrión’ de proyecto”, t. III, pág. 313.

¹⁹ Ntro. *Insolvencia societaria* cit..

en los distintos incisos del art. 39 L.C.Q., sin perjuicio de que el juez pueda solicitar al funcionario concursal (en esta oportunidad o en otra) alguna información complementaria” ²⁰. Como hemos anticipado, no creemos que esa obligación quede cumplida con la mera referencia taxativa indicada en los diversos incisos en el caso de sociedades comerciales. Allí, el informe general del síndico del concurso -art. 39 L.C.Q.-, debe referirse a las previsiones que han tomado los administradores para la continuidad del negocio y satisfacer la propuesta, que es un contenido que necesariamente debería contener la Memoria social en las sociedades que requieren de tal instrumento de información, como resulta de las actuaciones impuestas por ley en los informes del art. 14 ap. 12. También las referencias a los libros funcionales de la sociedad.

2. Nuestra apreciación es coherente con la reforma de la L.C.Q., en cuanto el inc. 12 del art. 14 L.C.Q., establece que el síndico deberá emitir un informe mensual sobre la evolución de la empresa, entre otras cosas. Quien normalmente informa sobre la evolución de la empresa es el órgano de administración (en los entes colectivos) a través de la Memoria y el órgano de fiscalización (sindicatura societaria o consejo de vigilancia) dictamina sobre ella. La norma debió prever que sólo la concursada -a través de sus administradores- informe mensualmente sobre la evolución de la empresa y el síndico deberá -sobre la base del seguimiento de la información legal y contable- auditar y dictaminar sobre él. Así debe entenderse el precepto en congruencia con las funciones del órgano de administración societario. Ese informe mensual -como referimos en apartado II- tiende a hacer operativas las disposiciones de pronto pago específicas que adopta la ley ante el negativo resultado del instituto. No obstante ello, ante la inactividad de aquellos administradores, el juez podrá imponer el informe, e incluso la presentación de un plan de negocios, sobre la evolución y prospectiva de la empresa, de acuerdo con sus facultades y a la carga de información de la concursada, con una mirada retrospectiva y prospectiva, para imponer anticipadamente una razonabilidad en la propuesta de acuerdo que se pudiera estar pergeñando.

²⁰ JUNYENT - MOLINA SANDOVAL, ob. cit., pág. 233.

3. Repasemos el contenido del art. 39 que fija los “mínimos” de ese informe general -relativizados por la norma del art. 275 L.C.Q.-, que entendemos no son suficientes en el caso de sociedades ²¹, mínimos que tienen vinculación con el contenido de la demanda de concurso preventivo ²²:

1. El análisis de las causas del desequilibrio económico del deudor

Se trata del elemento clave: ¿Qué se hizo desde que la sociedad está en estado cesación de pagos? ¿Qué medidas se adoptaron para tratar de salir de ese estado? ¿Cuál fue el efecto de esas medidas? Si se trata de una sociedad: ¿que hizo el órgano de administración al advertir que se estaría frente a causales de disolución (tales como pérdida del capital social e imposibilidad sobreviniente de cumplimiento del objeto social)?; ¿requirió informes técnicos, formalizó alguna planificación, adoptó alguna política para evitar que la crisis se profundizara?; ¿convocó a los socios o accionistas para que aprobaran esa planificación o adoptaran otras medidas? Ante la crisis patrimonial ¿se sugirió capitalizar la sociedad, por los propios socios, terceros o capitalizando el pasivo? El capital social ¿fue suficiente al constituir la sociedad o era evidentemente insuficiente y no existió un plan para considerarlo apto para cumplir el objeto social? ¿Se consideró la posibilidad de liquidar el patrimonio social privadamente al existir una causal de disolución?

Algunas cuestiones están vinculadas al criterio de la C.S.J.N., en el caso “Palomeque”, pudiendo sostener la inoponibilidad de la personalidad jurídica y la consiguiente responsabilidad de todos los constituyentes y de los administradores si la infrapatrimonialización es constitutiva.

Recuérdese que es rol del síndico “la determinación de sus responsables”, y que ese análisis debe extenderse a un año antes de la fecha en que entienda producida la cesación de pagos. ¿Desde cuándo se había

²¹ Se señala que el contenido del art. 39 es enunciativo, no es de interpretación limitada, en el sentido de que el síndico podrá extenderse en otros aspectos que conciernen a la actividad del deudor (QUINTANA FERREYRA, FRANCISCO, ob. cit., t. 1, pág. 455; GARCÍA MARTÍNEZ, ROBERTO, *Derecho concursal*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1997, pág. 153; CÁMARA, HÉCTOR, *El concurso preventivo y la quiebra*, Buenos Aires, Depalma, 1979, vol. II, pág. 735.

²² ROUILLÓN, ob. cit., pág. 101.

generado una causal de disolución -p. ej., imposibilidad sobreviniente de cumplimiento del objeto social- y cuándo afrontaron el trámite de disolución o el de superar la causal?

El desequilibrio económico al que se refiere la norma es el estado de cesación de pagos que constituye el presupuesto esencial para la apertura del concurso. Si bien estas causas son indiferentes a los fines de la aplicación de la ley, son relevantes a los efectos de determinar la opinión de los acreedores respecto de la propuesta del acuerdo. El síndico debe actuar como un investigador más que como un simple receptor de datos presentados por el deudor²³. Este punto tiene fundamental relación con la fecha de la cesación de pagos, las acciones de integración patrimonial y de responsabilidad, incluso, societarias.

En las Séptimas Jornadas de Sindicatura Concursal²⁴ se refirieron sobre este punto: “El análisis de las causas del desequilibrio económico del deudor art. 39 inc. 1 L.C.Q. Previsión y consecuencias”, se ha sostenido que “el informe general del síndico del art. 39, de la ley 24.522, en su confección conforme a su inciso 1 debe -de *lege ferenda*- exponer el análisis de los recaudos legales que permitirían avizorar la crisis y fijar el deslinde de responsabilidades emergentes, a partir de la observancia de la legislación societaria, civil, concursal y penal en el ejercicio de la función de la administración empresaria; de donde, surgen los criterios de atribución de la responsabilidad de los administradores. Al respecto, el autor de la ponencia -Dr. C.P. Serafín Cupito-, destacó que quien tiene negocios con la empresa en ‘peligro de crisis’, a través del seguimiento, tiene la posibilidad de calcular hasta dónde puede llegar su decisión y afrontar soluciones compartidas con la empresa en peligro. Muchas veces ahondar el crédito y excederlo a sus posibilidades de cobertura o garantía no denota otra cosa que contribuir a prolongar, en el tiempo y en intensidad, la crisis avistada. Por ello, debiera analizarse si cabe la posibilidad de investigar la existencia de alguna responsabilidad compartida”. Estamos de acuerdo con esa posición, pero entendemos que lo mismo puede colegirse del sistema de normas vigentes como hemos fundamentado precedentemente.

²³ QUINTANA FERREYRA, ob. cit., vol. I, pág. 457.

²⁴ C.P.C.E. de Córdoba, 8 y 9 de noviembre de 2007, publicadas las conclusiones en Revista “Factor” de C. y J., el 17/6/08.

2. La composición actualizada y detallada del activo, con la estimación de los valores probables de realización de cada rubro, incluyendo intangibles

En el informe general, el síndico debe describir el patrimonio concursal en forma analítica, descriptiva y estimativa, buscando expresar en forma detallada, la situación patrimonial del deudor al momento del informe ²⁵. Al elaborarle, el síndico no debe circunscribirse a la información suministrada por el deudor, como tampoco a los inventarios que hubiera confeccionado en oportunidad de sus balances de ejercicio. Es necesario practicar el inventario teniendo en cuenta la fecha del informe ²⁶.

Hemos apuntado ²⁷ que existe hoy una tendencia a requerir al síndico cuánto se percibiría en el caso de liquidación para determinar la abusividad de la propuesta. No se trata de una obligación del síndico. Ello se requeriría para argumentar sobre el llamado “mejor interés de los acreedores”, en la idea de que si el resultado de la liquidación fuere inferior al predatorio acuerdo ofrecido y aceptado, éste no sería abusivo para los acreedores a los que se les impone. Sobre el punto existe un excelente trabajo del mismo Casadio Martínez: “Propuesta concordataria: el test de abusividad y el síndico (un modelo en construcción)” ²⁸. Claro que en el caso de sociedades debe integrarse sin duda con el resultado de las acciones de responsabilidad contra los socios y administradores ²⁹ -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.

²⁵ GARCÍA MARTÍNEZ, FRANCISCO, *La convocatoria de acreedores y la quiebra, Ley 11.719. Expresión y crítica*, Buenos Aires, Araujo, 1934, pág. 153.

²⁶ QUINTANA FERREYRA, ob. cit., t. I, pág. 459.

²⁷ RICHARD, Efraín Hugo, “Fachadas empresarias y preocupante mensaje jurisprudencial: ¿vale todo para homologar una propuesta?”, en L.L. del 15/4/09.

²⁸ CASADIO MARTÍNEZ, “Propuesta concordataria: el test de abusividad y el síndico (un modelo en construcción)”, en *Doctrina Societaria y Concursal de Errepar*, febrero 2009, pág. 115.

²⁹ Ntro. *Insolvencia societaria* cit..

Y una última pregunta que habría que hacerse, es la siguiente: ese resultado presunto de la liquidación ¿habría sido el mismo si la sociedad se liquidara como prevé la ley de sociedades? Sin duda con mucho menor costo que en el concurso. Claro que en este supuesto, las acciones de responsabilidad, integración e inoponibilidad serían muy factibles aun mediando un acuerdo homologado, pues las acciones por daño contra administradores y socios de control no concursados no se nova, y conforme al contenido del informe general, el síndico habría informado si se evaluó la liquidación privada.

En orden a los intangibles es una cuestión polémica el valor de las “marcas”, cuyo precio de transacción se reconoce en caso de ventas de sociedades o de la titularidad de la marca³⁰.

3. La composición del pasivo, que incluye también, como previsión, detalle de los créditos que el deudor denunciara en su presentación y que no se hubieren presentado a verificar, así como los demás que resulten de la contabilidad o de otros elementos de juicio verosímiles

En este aspecto es fundamental correlacionar el pasivo con ingresos al activo o a la funcionalidad de una sociedad, con conexidad con el informe individual, teniendo en cuenta los créditos que no aconsejó verificar, y de ser títulos valores si los mismos estaban suscriptos por los actuales administradores o por quiénes.

Recuérdese que este informe general se produce 20 días después de la resolución de verificación de créditos.

Debería cuantificarse aquí las referencias a bienes de terceros que se encuentren en el patrimonio de la concursada.

4. Enumeración de los libros de contabilidad, con dictamen sobre la regularidad, las deficiencias que se hubieran observado y el cumplimiento de los arts. 43, 44 y 51 del C.Com..

Hemos podido observar en lo ancho y largo del país una predisposición a que sociedades concursadas sufran daños totales o parciales sobre todos o algunos de sus libros de contabilidad, o toda o alguna documenta-

³⁰ JUNYENT - MOLINA SANDOVAL, ob. cit., pág. 234.

ción respaldatoria ³¹. Siniestros de distinto origen: incendios, sustracciones, robos de vehículos donde estaban esos libros o documentación, hasta inundaciones... En el caso de los libros de comercio y la documentación respaldatoria de sociedades, no puede hablarse de “carga del comerciante”, sino de “obligación del órgano de administración”, con la consiguiente responsabilidad sobre su regular confección, guarda y, particularmente, sobre su mantenimiento en el domicilio social. En análisis de éstos y el informe correspondiente es típico de los profesionales en las ciencias económicas. Si basta la constatación formal de su existencia y regularidad es una buena tarea para un abogado.

“El ‘dictamen sobre la regularidad’ que exige el precepto comentado, supone una indagación por parte del síndico de, cuando menos, los siguientes tres principios exigibles a toda contabilidad: ‘uniformidad, veracidad y claridad’” ³².

5. La referencia sobre las inscripciones del deudor en los registros correspondientes y, en caso de sociedades, sobre las del contrato social y sus modificaciones, indicando el nombre y domicilio de los administradores y socios con responsabilidad ilimitada

Creemos que habría que avanzar e indicar la existencia de grupos de control de derecho o de hecho. Como también de expresiones que Otaegui llama de “jactancia” en virtud de haberse atribuido, para contratar u obtener financiamiento, solvencia por la pertenencia a grupos, situación de los socios o terceros vinculados.

“La mención del nombre y del domicilio -se entiende el real- de los administradores y socios con responsabilidad ilimitada se justifica en función de los posibles viajes al exterior..., de las responsabilidades impuestas por los arts. 160, 173, etc., así como por lo establecido por el art. 18 de la ley en estudio” ³³.

³¹ RICHARD, Efraín Hugo, “Fachadas empresarias y preocupante mensaje...” cit..

³² HEREDIA, Pablo D., *Tratado exegético de derecho concursal*, Buenos Aires, Abaco de Rodolfo Depalma, 2000, t. 1, p. 794, citando a CÁMARA, ob. cit., ts. I y II, pág. 800.

³³ HEREDIA, ob. cit., t. I, pág. 804 y referencias a otros autores.

De la misma expresión doctrinal anterior se advierte que la referencia debería incluir a cualquier administrador societario y a los controlantes, en cuanto existiere posibilidad de promover acciones de responsabilidad, concursales o societarias, particularmente de estas últimas que hemos señalado no se eluden ni aun en el caso de homologación de acuerdos ³⁴, o de supuestos de aplicación de la llamada inoponibilidad de la personalidad jurídica ³⁵.

Estas registraciones deben vincularse -si no se hizo la referencia en el apartado anterior- a los libros sociales -registros, libros de actas y asistencia, etc.-, cuya regularidad y constancias son fundamentales para determinar responsabilidades.

6. La expresión de la época en que se produjo la cesación de pagos, hechos y circunstancias que fundamenten el dictamen

Adviértase que se requiere un “dictamen”, que debe indicarse la época real y no limitarse a los dos años de la retroacción de ineficacia de ciertos actos. Los efectos de la cesación de pagos se retrotraen a un año antes de esa época (art. 173 L.C.Q.) -a la que debe indicarse como fecha al individualizar hechos y circunstancias que fundamenten el dictamen, muchos de los cuales resultarán de los pedidos de verificación-. Y ello es fundamental para la determinación de responsabilidades.

Si es una sociedad puede haber nacido infrapatrimonializada y, por tanto, generarse la cesación de pagos en forma coetánea a la constitución. Igualmente si se planificó recurrir al financiamiento externo pero no se formalizó un plan de negocios razonable que previera el pago de intereses y la amortización de ese endeudamiento.

Es fundamental este informe general como elemento probatorio no sólo en el juicio concursal sino en juicios que acreedores o terceros puedan promover a socios y administradores.

³⁴ Ntro. *Insolvencia societaria* cit., y “*Es tiempo de siembra* (Sobre ciertas desinteligencias que...” cit., en número que se editará para este Congreso.

³⁵ Ntro. “Inoponibilidad de la personalidad jurídica: imputabilidad y responsabilidad”, en *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2009, N° 2008-3, págs. 191 a 246.

De la presentación en concurso, del informe general del síndico o de otros elementos agregados al juicio concursal podrá determinarse el incumplimiento de los deberes societarios de administradores, y fundar la promoción de acciones de responsabilidad individuales por parte de ciertos acreedores. Particularmente aquellos “no informados” que contrataron estando la sociedad en cesación de pagos, lo que constituiría una falta de lealtad y dolo por parte de los administradores societarios. Este informe general en el concurso facilita la prueba de los extremos que podrán invocar esos acreedores, que -en otros casos- puede ser bastante dificultosa, como se señala en la doctrina de los Estados Unidos de América ³⁶.

Se ha resuelto que “corresponde declarar la validez del informe presentado por la sindicatura del juicio concursal de una de las partes litigantes en reemplazo de la prueba pericial contable, si dicho informe aparece ofrecido por ambas partes, no ha sido cuestionado y resulta similar en su realización, a una pericia contable” ³⁷.

7. En caso de sociedades, debe informar si los socios realizaron regularmente sus aportes, y si existe responsabilidad patrimonial que se les pueda imputar por su actuación en tal carácter

Este punto debe conectarse con los inmediatos anteriores.

La cuestión supera -a nuestro entender- determinar si cuantitativamente desembolsaron lo que se comprometieron en el momento constitutivo o en la decisión de aumentar el capital.

El segundo párrafo debe conectarse a su responsabilidad por no haber dotado adecuadamente la sociedad que constituían, generando una nueva persona jurídica infrapatrimonializada para el cumplimiento de su objeto social. ¿O es que crearon un sujeto dañino para los terceros que contratarían, pues su patrimonio no era suficiente para cumplir las obliga-

³⁶ Entienden los autores norteamericanos sobre la incerteza de la responsabilidad de administradores y confirmando las obligaciones de alegar y probar a cargo de los actores que hacen extremadamente gravosas estas acciones (RIBSTEIN, L., *Another perspective on Citigroup and AIG* en “blogs.law.harvard.edu”).

³⁷ Cámara del Trabajo de Rosario, Sala I, 20/5/85, *in re* “Delgado, Juan C. y otro c/ Río Grande S.A.”, J.A. 77-123.

ciones que contraerían, no existiendo ningún plan de negocios razonable para asumir tal “aventura”?

No se trata sólo de asegurar el aporte efectivamente comprometido, sino también el que era necesario para el normal desenvolvimiento de la sociedad y no perjudicar a terceros con una sociedad infrapatrimonializada, o sea comprometiendo aportes insuficientes para el cumplimiento del objeto social que ellos libremente habían fijado. Obviamente que ello constituye una causal de disolución que debió ser atendida en el caso de las sociedades concursadas.

Es fundamental que el síndico se refiera a qué previsiones adoptaron los administradores sociales desde que aparecieron dificultades, si las pusieron en conocimiento de los socios y qué dispusieron éstos para cumplir con las normas imperativas de las sociedades en torno a causales de disolución, su remoción o iniciación inmediata de la etapa de liquidación, con las responsabilidades consiguientes, tales como la pérdida del capital social, que genera la obligación de reintegrarlo. Eventualmente si el problema era de una infrapatrimonialización -constitutiva o funcional-, si se advirtió algún intento de capitalización por parte de los socios, terceros o acreedores ³⁸.

8. La enumeración concreta de los actos que se consideren susceptibles de ser revocados, según lo disponen los arts. 118 y 119

El informe debe ser amplio en este sentido, con relación a lo actuado por la concursada dentro del período de retroacción y que no corresponda al giro normal de los negocios. El supuesto no conocimiento por el tercero del estado de cesación de pagos no debe ser argumento, en este estadio, para omitir exponer la situación a consideración de los acreedores y del juez.

9. Opinión fundada respecto del agrupamiento y clasificación que el deudor hubiere efectuado respecto de los acreedores

La norma es congruente con lo que se debe formalizar a tenor de las referencias del art. 41, que también debe vincularse a la posibilidad de

³⁸ Ntro. ensayo citado en nota 2.

recibirse observaciones -art. 40- y la posterior resolución de categorización -art. 42 L.C.Q.-.

Esta norma reemplazó a la original previsión sobre la “valuación patrimonial de la empresa, según registros contables” que había merecido jugosos comentarios ³⁹.

10. Deberá informar si el deudor resulta pasible del trámite legal prevenido por el Capítulo III de la ley 25.156, por encontrarse comprendido en el art. 8º de dicha norma

O sea dar trámite a la Comisión de Defensa de la Competencia conforme el volumen operativo de la concursada, imponiendo el análisis de las situaciones de control, controlante o controlada, y vinculaciones con otras sociedades de la concursada.

Ello está vinculado a la posibilidad que un tercero intente llegar a un acuerdo con los acreedores ante el fracaso de la propuesta original de la concursada -art. 48 L.C.Q.-, que autoriza la adquisición compulsiva de las participaciones societarias por ese tercero.

Una apreciación: la sociedad que opera durante mucho tiempo en cesación de pagos no sólo contagia la insolvencia sino también altera las reglas de lealtad competitiva. Hemos catalogado tal actividad como ilícita y sujeta a la sanción prevista en el art. 19 L.S., por lo que se impondría el juicio del síndico sobre este aspecto.

4. No podemos pensar que éste es un informe de carácter formalista y rutinario, sino que debe expresar una verdadera auditoría de la situación jurídica, económica y patrimonial de la concursada, particularmente de tratarse de una sociedad.

Se trata de la pieza clave, donde se determinará la tempestividad con la que actuó la concursada sociedad y particularmente si los administradores y socios adoptaron las medidas previstas por las disposiciones de la ley societaria.

Un síndico no cumple con su función si omite la información societaria, no evaluando la diligencia con la que actuó la administración,

³⁹ HEREDIA, ob. cit., t. I, pág. 806.

el esfuerzo que los socios hicieron para superar la crisis en ese ámbito privado y extrajudicial, pero de su competencia conforme con normas imperativas de aquella ley específica, que impondrá pensar en responsabilidades -cuando no en la llamada inoponibilidad de la personalidad jurídica-.

Por ello, el informe general debe esclarecer sobre el cumplimiento o no de la obligación de los administradores de poner en conocimiento de los socios el estado de cesación de pagos de la sociedad -aun antes de que éste se produzca- para que éstos intenten superar las causales de disolución que son contemporáneas a la cesación de pagos: pérdida del capital social y/o imposibilidad sobreviniente del cumplimiento del objeto social.

Debe suponerse que prepararon un plan de superación, similar al que se supone debió existir para determinar la dotación patrimonial constitutiva para que no nazca una sociedad infrapatrimonializada. Y ello debería reiterarse por lo menos cada año al someter el balance a consideración de los titulares de las participaciones societarias.

El síndico debe requerir esos elementos y poner de resalto la diligencia con la que actuaron las administraciones o las omisiones a sus deberes y normas imperativas de la organización societaria.

Sin duda muchos otros elementos informativos resultarán en el caso de que el síndico concursal examine a fondo la documentación societaria de la concursada, bajo las previsiones de la ley societaria específica.

VI. Observaciones

Una vez que el juez tenga por presentado el informe general, o se satisfagan los requerimientos que exija el tribunal para tener por cumplida esa obligación del síndico, comienza a correr el plazo de 10 días dentro del cual pueden presentarse las observaciones previstas en el art. 40.

Claro que ante la falta de resolución inmediata del juez, es conveniente formalizarlas dentro de los diez días de presentado materialmente el informe general, para asegurar la incorporación de tales observaciones.

Hemos apreciado las dificultades que tienen los acreedores al presentar el deudor en concurso, ante la pérdida evidenciada y el riesgo de

costas ⁴⁰. Un elemento equilibrante de intereses es que los acreedores aporten críticas o requerimientos para encauzar al síndico en el eficiente cumplimiento de sus funciones a través de la herramienta de las “observaciones al informe”, previstas en el art. 40, que sin bien “son agregadas sin substanciación” permitirán al juez evaluar la actividad del síndico y el cumplimiento de sus funciones. Sin duda ello deberá ser tenido en cuenta al homologar la propuesta de acuerdo, particularmente evaluando su “abusividad”, ya no sólo cuantitativamente sino en orden a la actuación de los administradores y socios de una sociedad concursada, si omitieron afrontar la crisis conforme impone la ley societaria, se alejaron de soluciones de “esfuerzo compartido” y ponen la solución en cabeza de los acreedores, aunque aparezca autorizado por una mayoría de los declarados verificados o admisibles, cuando gran parte del pasivo quedó observada, y los que adhieren son personas extrañas a los verificados.

La formulación de observaciones no genera costas en ningún supuesto.

Resultan de particular importancia las observaciones al informe general que pudieren formularse respecto de los valores de realización del activo, la época de la cesación de pagos, los actos susceptibles de ser revocados, el agrupamiento y clasificación de los acreedores y la valuación patrimonial de la empresa ⁴¹.

El hecho que no tengan trámite alguno, no impide que el juez -ante la magnitud e importancia de los hechos, actos u omisiones que se “obser-

⁴⁰ Conf. Ntro. *Insolvencia societaria* cit., pág. 183, donde relatamos “*La intimidación a los acreedores, es evidente. Así se desestimula la intervención de los acreedores. Ello se evidencia particularmente en la aplicación y regulación de costas. Aun cuando el acreedor es ganador, pues se tiene en cuenta el total de su crédito cuando ya existe propuesta de acuerdo, e incluso cuando ésta está homologada con quitas y esperas confiscatorias que esfuman el valor de su interés. Ese interés debería determinar el monto de la cuestión, inclusive evitando que su propio abogado le requiera el pago aun cuando las costas hubieran sido impuestas al concurso o al concursado. Gils Carbó relata cuidadosamente en tal sentido maniobras en una de sus denuncias. Transcribimos textualmente lo sofisticado de la acción: ‘Intimidación a los acreedores’*”, a lo que remitimos.

⁴¹ RIVERA, Julio César; ROITMAN, Horacio; VÍTOLO, Daniel Roque, *Concursos y quiebras. Ley 24.522*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 1995, pág. 72.

ven”- pueda adoptar medidas para asegurar una mejor información. Por ejemplo requiriendo información suplementaria al síndico o a la concursada -que también está autorizado a formalizar esas observaciones-.

En vinculación con el valor del informe -a lo que haremos referencia en el siguiente apartado-, se ha resuelto que no constituya una observación admisible aquella por la cual se pretende someter el informe general a la fiscalización de un perito contador ⁴².

VII. Valor del informe

Se ha indicado, y coincidimos -como ya lo hemos anticipado-, que las conclusiones del síndico si bien no obligan al juez, tienen el valor de una pericia, dado la especialidad profesional y las explicaciones y fundamentos que se le exigen en cada caso ⁴³, y que si no ha integrado debería requerírsele el Tribunal como hemos expuesto.

Heredia apunta ⁴⁴: “*Acerca de su eficacia probatoria, Cámara señala que ‘goza de plena fe en todo lo relativo a la actividad de documentación, como es la comprobación de irregularidades en la contabilidad del deudor (...); en cambio, tienen valor indiciario las otras opiniones y tarea de investigación cumplida, v.gr., fecha inicial del estado de cesación de pagos’*”.

En *El rol de la sindicatura frente a la insolvencia* Guillermo Carreira González señala refiriéndose al síndico y los intereses contrapuestos: “*en el proceso concursal, resulta ser una pieza fundamental de este equilibrio, y si bien es un auxiliar de la justicia (C.S.J.N., 4/11/2003, ‘Amiano, Marcelo E. c/ MJN’), debe tener en cuenta que el proceso no será conducido en términos estrictamente formales o caprichosos, sino que el desarrollo del proceso debe estar destina-*

⁴² CNCom., Sala E, 7/6/93, autos: “Antonnio Aventín e Hijos S.A. Rep.”, J.A., t. 1994, págs. 274/5, sumario 75.

⁴³ QUINTANA FERREYRA, Francisco, ob. cit., t. 1, pág. 455; GARCÍA MARTÍNEZ, Roberto, ob. cit., pág. 153; CÁMARA, Héctor, ob. cit., vol. II, pág. 735.

⁴⁴ HEREDIA, ob. cit., t. 1, pág. 794, citando a CÁMARA, ob. cit., t. II, pág. 785.

do al establecimiento de la verdad jurídica objetiva que es su norte, y concordante con ello, tanto la judicatura como el síndico deben siempre proponer y tomar la iniciativa (art. 33 ley 24.522) para esclarecer los hechos debatidos colaborando activamente en la determinación de los activos y pasivos en los procesos de insolvencia, pues la búsqueda de la verdad hará que la sentencia sea la aplicación de la ley al caso, pues, de lo contrario sólo será consagrar la frustración del derecho (C.S.J.N., 18/9/57, 'Colalillo')".

VIII. De lege ferenda

Nos referimos a un proyecto, que titulamos en un congreso "En torno a responsabilidad y concurso. Un 'embrión' de proyecto"⁴⁵, pergeñado antes de la actual ley 24.522.

En aquel trabajo *valorizando el informe general del síndico y extendiendo la responsabilidad no sólo en supuestos de quiebra sino a todas las presentaciones concursales*, tendiendo a facilitar el efecto de inmediatez en afrontar la crisis societaria o concursalmente, pretendido unánimemente por la doctrina mundial.

Así, en una Sección III, Responsabilidad de terceros, en el segundo artículo de ésta proyectábamos: "Art...: *Personas jurídicas. Responsabilidad de terceros. Procedimientos*. La declaración jurisdiccional de responsabilidad de los sujetos indicados en el artículo... (anterior que correspondería al art. 173 L.C.Q.) será formalizada por el juez *después del informe general del síndico, sin trámite*; pudiendo ser revisada por el propio juez a pedido de cualquier interesado, o en segunda instancia, tramitando por vía incidental...".

Congruente con ello, también sugeríamos la reforma de las normas referentes al informe general del síndico: "(Modificación agregando al

⁴⁵ En *De la insolvencia*, libros *In Memoriam* de CÁMARA, Héctor y QUINTANA FERREYRA, FRANCISCO, 3 tomos, Córdoba, Advocatus, 2000, con las comunicaciones al II Congreso Iberoamericano de la Insolvencia; nro. "En torno a responsabilidad y..." cit., t. III, pág. 313.

art... (actual art. 39) sobre informe general del síndico: inc.....) Referencia sobre actos u omisiones de representantes, administradores, fiscalizadores, mandatarios o gestores de negocios, socios de la persona jurídica en concurso, o terceros, que impliquen responsabilidad, por aplicación de las disposiciones del ordenamiento general o de normas específicas de esta ley”.

En otra norma, anticipándonos a las argucias para dilatar a los procesos, sugeríamos -a lo que haremos una referencia en las conclusiones-, proyectábamos: “Art... *Extensión. Prescripción. Suspensión.* La responsabilidad prevista en esta Sección se extiende a los actos practicados hasta un (1) año antes de la fecha inicial de la cesación de pagos. La acción prescribe a los dos (2) años, contados desde la apertura del concurso o sentencia de quiebra y la instancia perime a los seis (6) meses hábiles. La referencia de posibles actos u omisiones atributivos de responsabilidad a los sujetos indicados en su informe general, importa suspensión de la prescripción de todas las acciones de responsabilidad, salvo renuncia en un acuerdo preconcursal o concursal, y sólo con efecto para acreedores, socios o terceros que así lo consintieron”.

IX. En conclusión

Debemos alentar la actividad del síndico en la confección del informe general, cuyas determinaciones en orden a actos, negocios, omisiones, bienes, permitirán no sólo una adecuada evaluación de los acreedores de la propuesta de acuerdo, sino fijar criterios en casos complejos, como el concurso de sociedades, en torno a la responsabilidad de administradores y socios de control por no haber adoptado las medidas previstas en la legislación societaria, lo que sin duda forma parte del contenido obligatorio de ese informe general.

No podemos dejar de alabar la idea de concluir el Congreso con una conferencia magistral a cargo de su mentora Aída R. Kemelmajer de Carlucci sobre “El derecho a un proceso sin dilaciones indebidas”. No dudamos de lo que dirá, coincidiendo con la preocupación incorporada en la norma proyectada de la que acabamos de dar cuenta, y también trasuntada en dos recientes fallos que introducen duros juicios de valor sobre la conducta desplegada por las concursadas: uno el de Kölliker

Frers ya referido, y otro del juez de Mendoza José E.A. Arcaná expresando “si se tiene en cuenta la excesiva litigiosidad deliberada y dilatoria que caracteriza últimamente a todos estos procesos concursales”⁴⁶, considerando abusiva una propuesta *ab initio* para no dilatar las discusiones, todo lo que es coherente con la vocación expresada en el art. 275 L.C.Q..

¿Será una utopía lo que dejamos expresado?

⁴⁶ Expte. N° 69170, “Villafañe, Juan Agustín p/ Conc. preventivo”, Resolución del 10/7/08, con mayores referencias en ntro. “Plata dulce ¿o amarga?, Prólogo (página del director) en “Ensayos de derecho empresario”, número 4, publicación de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba y de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, editado por FESPRESA, Córdoba, noviembre 2008, págs. 15 a 23.

4ª PARTE

**HOMENAJE A JESÚS SANGUINO SÁNCHEZ
FUNDADOR-PRESIDENTE HONORARIO DEL
INSTITUTO IBEROAMERICANO DE
DERECHO CONCURSAL**

**LIBRO COLECTIVO EN HOMENAJE A
JESÚS SANGUINO SÁNCHEZ**

1º de abril de 2009

Sr. presidente honorario
Instituto Iberoamericano de Derecho Concursal
Prof. Dr. Jesús Sanguino Sánchez:

Queremos hacerte saber que en la fecha se ha editado electrónicamente el libro titulado *Derecho concursal contemporáneo* en tu homenaje, donde se nuclea 16 ensayos de trascendencia.

De esta forma la Comisión Directiva y los miembros del Instituto Iberoamericano de Derecho Concursal han querido testimoniar públicamente al mundo académico y jurídico tu trayectoria desde hace una década para generar el Instituto Iberoamericano de Derecho Concursal y asegurar la actuación bajo esa organización de miembros destacados en calidad y número de países vinculados por el lenguaje y también periféricos.

Te acompañamos la carátula, el prólogo-homenaje y el índice para acreditar la publicación, que podrás encontrar en la página electrónica del Instituto.

Huelgan otras manifestaciones para expresarte nuestro agradecimiento -que representa la de todos los miembros del Instituto- por las posibilidades que nos has generado con la Institución que creaste.

Recibe las seguridades de nuestro invariable respeto personal e intelectual.

Efraín Hugo Richard Antonio Silva Oropeza Lidia Vaiser

A JESÚS SANGUINO SÁNCHEZ
(Dedicatoria del libro de Homenaje)

Este libro comporta una conversación personal contigo de cada uno de los autores que han engarzado los ensayos que lo componen. Conversación pública para testimoniar lo que has engendrado.

Verás así que no sólo se advierten tus enseñanzas directas en las preocupaciones sociales y sus derivaciones normativas, acotadas o agudizadas por la interpretación jurisprudencial y doctrinal. Se advierte también lo que has generado con tu impronta personal, en tu línea de ejemplaridad vital, con tu vocación académica y profesional, y en tu estilo de vida.

Las ideas de todos los autores aquí unidos, como las nuestras, son tus ideas, gestadas en la conformación de tu Instituto Iberoamericano de Derecho Concursal. Sólo así es posible plasmar un libro como el que hoy te dedicamos para testimoniar a la comunidad universal tu presencia en el mundo social y jurídico, las ideas que has gestado como gestaste a tus hijos, con la ejemplaridad de tu compañera de toda la vida.

Tu compromiso con el derecho y la comunidad, con actitudes no individualistas, de dinámica grupal, aglutino y aglutina ideas y conductas en pro de ideales jurídicos y sociales. Este libro es tu fruto, con relación a algunos de los temas en los que continuamente centraste tu atención, fogueándonos con problemáticas desafiantes.

La comunidad que creaste perdurará en el tiempo, aún cuando todos nosotros nos hayamos alejados, que el mundo de las ideas es parte relevante de la inmortalidad de los hombres.

Muchas gracias Jesús, Maestro Jesús Sanguino Sánchez, por haber-nos encaminado en este inconcluso camino lleno de motivaciones para continuar explorando en la vocación común de pensar un derecho más eficiente y justo, uniéndonos a través del Instituto Iberoamericano de Derecho Concursal.

Esa gestación que incubaste desde el encuentro en el Congreso Iberoamericano de la Insolvencia en La Cumbre -sierras de Córdoba, República Argentina- en el año 2000, acercando luego a otros juristas iberoamericanos y también de otros países de raíces comunes, es un mérito y un logro que signa y potencia nuestras individualidades, y que te debemos a ti.

Desde la inmortalidad de esas ideas te rogamos nos sigas alentando, inquietando y vigilando, pues estaremos siempre atentos a tus señales para no equivocarnos el camino en un aspecto tan delicado como el derecho de crisis, para asegurar los derechos colectivos y los individuales bajo los ideales de Justicia y Paz Social.

Gracias Jesús por estar a nuestro lado. Te aseguramos nuestro reconocimiento y agradecimiento.

BASES SUSTANCIALES PARA LA CONSERVACIÓN DE LA EMPRESA

“El hombre no vive en un espacio vacío, y debe imponer lo que quiere hacer realidad en un medio determinado y contra la resistencia de su medio. El poder es en ese sentido la facultad de crear espacio para el propio desarrollo y afirmarlo y, con ello, el afán de imponerse a la resistencia del medio. Esto vale ya en el dominio puramente espiritual. Cada estilo artístico nuevo, cada nueva teoría científica no es aceptada de antemano con beneplácito, sino que se presenta al principio como una interferencia molesta con las concepciones tradicionales y debe imponerse trabajosamente a la resistencia de éstas” *

(Otto Friedrich Bollnow)

Sumario: I. El homenaje. II. El tema. III. El primer tema: la factibilidad de la empresa. IV. El segundo tema: la estructuración de la empresa. V. El tercer tema: sobre la conservación de la empresa. VI. El cuarto tema: la avizoración de la crisis. VII. El quinto tema: a cargo de quién está afrontar la crisis, tratando de asegurar esa conservación. VIII. El sexto tema: sobre quién debe soportar los costos de superar la crisis. IX. El séptimo tema: la visión integral del problema, y meditaciones conclusivas. X. Reflexiones.

* FRIEDRICH BOLLNOW, Otto, “Antropología filosófica”, en Revista Universitas, diciembre de 1989, Revista Trimestral Alemana de Letras, Ciencias y Artes.

I. El homenaje

El profesor Dr. Jesús Sanguino Sánchez mantiene una línea de ejemplaridad vital, tanto en su vocación académica y profesional, como en su estilo de vida.

El compromiso con el derecho y la comunidad, con actitudes no individualistas, de dinámica grupal, aglutina ideas y conductas en pro de ideales jurídicos y sociales, y nada mejor que dedicarle un ensayo sobre los temas en los que continuamente centra su atención o nos fogonea con problemáticas desafiantes, dentro de un libro en su homenaje gestado desde la comunidad que él creó.

Muchas gracias maestro Sanguino Sánchez por habernos encaminado en este inconcluso camino lleno de motivaciones para continuar explorando en la vocación común de pensar un derecho más eficiente y justo.

El habernos unido a través del Instituto Iberoamericano de Derecho Concursal, en iniciativa de la que no cejó desde el encuentro en el Congreso Iberoamericano de la Insolvencia en La Cumbre -sierras de Córdoba, República Argentina- en el 2000, es un mérito y un logro que signa y potencia nuestras individualidades.

II. El tema

Existe criterio uniforme sobre la conservación de la empresa, tanto en base societaria como concursal.

La cuestión tiene un abordaje metodológico, que intentamos esbozar en estas líneas.

- El primer tema: la factibilidad de la empresa.
- El segundo tema: la estructuración de la empresa.
- El tercer tema: la conservación de la empresa.
- El cuarto tema: la avizoración de la crisis.
- El quinto tema: a cargo de quién está afrontar la crisis, tratando de asegurar esa conservación.
- El sexto tema: quién debe soportar los costos de superar la crisis.
- El séptimo tema: la visión integral del problema.

Y esa metodología nos lleva a concebir una hipótesis: la genética de la empresa, su funcionalidad y, particularmente, su conservación ante probables avatares esta directamente vinculada a un genético y constantemente corregido análisis de factibilidad, denominado en la ciencia de la administración de empresa: *plan de negocios*.

III. El primer tema: la factibilidad de la empresa

La organización de una empresa aparece siempre como fruto de una necesidad no cubierta o de una posibilidad de negocio, para obtener una utilidad. En el primer caso hasta puede ser encarada por el Estado para satisfacer un servicio público. En el segundo caso es siempre fruto de una iniciativa privada, no descartable para el primer supuesto.

Un plan de negocios -o plan de empresa- se formaliza para encarar cualquier emprendimiento. A veces, en la mente del emprendedor y otras veces con sofisticados estudios para determinar la inversión y la prospectiva del resultado. Parece insoslayable en el caso de decidirse constituir una sociedad -como en la mayoría de los emprendimientos complejos-, para convocar a otros socios y/o inversores, determinando el patrimonio necesario para el éxito de la empresa.

1. En materia concursal, en la jurisprudencia y doctrina argentina, se suele aceptar que la deudora no tenga ni presente ningún plan para superar la crisis ¹, ni en la obligación de actuar tempestivamente al aparecer una dificultad o crisis, ni que se haya dotado adecuadamente el patrimonio de la sociedad genéticamente ² ni intentado hacerlo cuando se publicitó

¹ RICHARD, Efraín Hugo, “Integración de propuesta de acuerdo (en concurso preventivo de sociedad)” en *Doctrina Societaria y Concursal*, noviembre 2008, pág. 1081; ¿Abusos en el proceso concursal? en *La Ley*, 24 de diciembre de 2008; “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, Abeledo-Perrot, pág. 79.

² RICHARD, Efraín Hugo, “El capital social y la responsabilidad limitada”, en *Estudios jurídicos*, publicación de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica de Uruguay, N° 3 -2007-, República Oriental del Uruguay, págs. 163/202.

inexorablemente su insuficiencia, ni haber hecho algún intento de los previstos en la ley de organización societaria para asumir concretamente la dificultad ³.

Es como si se negara la realidad: todo emprendedor tiene un plan, y lo reprochable es que lo oculte, quizá para que no se adviertan actos reprochables para que la crisis, la insolvencia la asuman acreedores, transformando la crisis en un gran negocio para los socios o accionistas ⁴.

2. Así lo explicita con claridad meridiana Bernardo Carlino ⁵, alejándolo de la crisis: “Origen del plan de negocios: la etapa precontractual. 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. Richard ⁶, no caben dudas que la ley de sociedades provee y prevé mecanismos suficientes para conjurarla exitosamente. El maestro no sólo 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... Por ello es que creo oportuno ir un poco más allá respecto de esta herramienta para indagar acerca de la génesis -y eventual extinción- del llamado plan de negocios, sobre el que también nos estamos acostumbrándonos a dar por sentado su contenido a sabiendas de ciertas borrosidades

³ RICHARD, Efraín Hugo, *Insolvencia societaria*, Buenos Aires, Lexis Nexis, 2007.

⁴ Así puede verse el caso del Acuerdo Preventivo Extrajudicial de Multicanal S.A., donde inmediatamente de homologado el APE referido sólo a las obligaciones negociables, el balance de la sociedad dio un resultado positivo de más de Mil ochocientos millones de pesos (seiscientos millones de dólares) que se repartieron inmediatamente entre los socios, y que no provenía del resultado ordinario de la explotación ordinaria. Por otra parte toda quita o espera a los acreedores beneficia directamente a los socios. En similar sentido, PALACIO LAJE, Carlos, *Delitos de vaciamiento de empresa*, Córdoba, Marcos Lerner, 2002.

⁵ 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.

⁶ 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, Córdoba, FESPRESA, 2008, pág. 56 y ss..

propias de una materia ajena a las preocupaciones de la doctrina jurídica. Afortunadamente se cuenta con material abundante y convergente respecto de lo que debe contener un plan de negocios, ya que tanto las instituciones bancarias ⁷, como las cámaras empresariales y las universidades abordan el tratamiento del tema de manera abundante, con apoyo informático y contenido similar; desde muchos de estos sitios se insiste en que no se necesita apoyo especializado para formularlo. Considero importante entonces que, al estar instalada su importancia, no se conciba al plan de negocios como un emergente de la crisis de la empresa, sino como una práctica continuada que comienza -o debiera comenzar- con el diseño mismo del negocio, en la etapa precontractual... Probablemente no lo hayan hecho de manera sistemática e integrada como lo prevén los formatos consagrados de planes de negocios en uso, pero no por casualidad ni moda académica desde todas las incubadoras de empresas se reclama primero el plan de negocios como condición básica para que el emprendimiento sea tal de manera creíble y sustentable. En los países que cuentan con mercados de créditos o de capitales, el requisito para acceder al apoyo de inversores es contar con un plan de negocios. Sin él, ninguna buena idea pasa de ser tal, y no es tomada en serio para su análisis económico y de factibilidad por parte de terceros... Las crisis disolutorias y de insolvencia se conjuran dentro del marco de las respectivas leyes. Una disciplina continuada por parte de los administradores en el ámbito de la L.S.C., acompañada de la exigencia de los socios de tratar en cada reunión ordinaria la marcha y ajuste del plan de negocios, tornaría automático y natural el ejercicio de su formulación original y reformulación periódica, de tal modo que la insuficiencia de capital y la necesidad de aumentarlo, su pérdida (art. 96) o la necesidad de reducirlo (art. 203), la conveniencia de reorganizar el patrimonio según las alternativas de la ley (arts. 82 y 88), y las demás vicisitudes propias de la vida de una empresa, surgirían con la temporalidad adecuada a los márgenes de previsión y decisión racionales, sin apresuramientos costosos para la sociedad y los terceros. Si ésta fuera la situación, la crisis disolutoria así como la de insolvencia, que tan prístinamente recopilara y planteara

⁷ Como por ejemplo, el Banco de la Nación Argentina, www.bna.com.ar/pymes/py_instituto.asp

Araya⁸ analizando los diferentes enfoques del derecho norteamericano y del europeo respecto de la legislación nativa, se pondrían oportunamente en evidencia en los contenidos del plan de negocios-memoria, con la anticipación suficiente como para que las responsabilidades de los administradores quedaran debidamente resguardadas (o por el contrario: debidamente condenadas por su deficiencia de formulación), y los socios tomaran las decisiones dentro de los parámetros legales vigentes, a cabalidad y sin pretextos ulteriores. También adquieren meridiana claridad y justificación los reiterados reclamos de Richard respecto de ‘... *que ante la crisis económico-patrimonial-financiera de las sociedades, ésta debe ser asumida por el derecho societario. Sólo fracasadas las acciones previstas en el él, para conservar la empresa podrá afrontarse el camino concursal, con el debido equilibrio entre acreedores y socios. El derecho societario iberoamericano es suficientemente uniforme para admitir (e imponer) estas conductas*’⁹. 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, L.S.C.) 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, etc. 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 L.S.C. 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 síntesis: la vasta contribución de Richard sobre el enfoque de la crisis de insolvencia y su conjura desde las herramientas

⁸ ARAYA, M., “La función preconcursal de la pérdida del capital social”, en Ensayos de Derecho Empresario N° 3, director: E.H. Richard, Córdoba, FESPRESA, 2007, pág. 247 y ss..

⁹ RICHARD, E., “En torno a la conservación de la empresa”, en “Ensayos de Derecho Empresario” N° 3, director: E.H. Richard, Córdoba, FESPRESA, 2007, pág. 41.

del derecho societario y a partir de la propuesta que surja de un plan de negocios, encuentra su cabal inserción dentro de un enfoque vitalista del uso continuado de esta herramienta, como disciplina de los socios y de los administradores, en beneficio de ellos y de los terceros. El plan de negocios nace en la etapa precontractual, 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. Como tal, debiera formar parte del contrato y constituirse en el medio idóneo para diseñar periódicamente las estrategias que ejecutarán los administradores y merced al cual se juzgarán sus responsabilidades. Del mismo modo habrá de procederse en la etapa concursal o en la liquidatoria”.

Hasta aquí la lúcida y técnica contribución de Carlino, cuya lectura completa aconsejamos, que se vincula directamente al nacimiento y conservación de la empresa.

Hemos vinculado esta cuestión a un problema axiológico y de la teoría de los valores, como justificativo del derecho concursal ante la crisis: eliminar el estado de cesación de pagos ¹⁰.

Pero ha quedado en claro que la cuestión central de la empresa, de su factibilidad, es el plan de negocios con que se encara su desarrollo.

IV. El segundo tema: la estructuración de la empresa

Aceptado el plan de negocios, como apreciación de la organización económica, se desarrolla inmediatamente la cuestión de su estructuración jurídica. Desde el punto de vista económico, el plan de negocios implica una ideación para la realización de una empresa, uniendo en el objetivo técnicas productivas, técnicas organizativas, administradores, dadores de trabajo, aportadores de capital, etc..

¹⁰ RICHARD, Efraín Hugo, “Axiología del derecho concursal” (comunicación al II Congreso Colombiano de Derecho Concursal, organizado por el Capítulo Colombiano del Instituto Iberoamericano de Derecho Concursal (Colombia, Valle de Leyva, agosto de 2008).

Pero desde el punto de vista jurídico, al referirnos a la estructuración de la empresa lo pensamos en orden a la técnica jurídica de organización, ligada normalmente a un sistema asociativo, a la elección de un tipo societario, persona jurídica con patrimonio diferenciado y autogestante.

Y desde esta óptica de la organización o estructuración jurídica de la empresa, la legislación específica -en el caso, la societaria- trae las soluciones para asegurar el normal funcionamiento de la sociedad o su liquidación. Este es un aserto que venimos manteniendo desde hace muchos años ¹¹.

Pensar sobre la “conservación de la empresa” conlleva referirse a la “empresa” y a su estructuración.

1. Si la conservación es el objetivo normativo y la cesación de pagos el antivalue que intenta extirparse a través de la legislación concursal, en realidad, el “bien social” es la “empresa”.

La empresa aparece como nudo, en orden a corresponder a la noción de bienes y actividades organizados con una causa, fundamento de separar o afectar un patrimonio a través de una técnica o relación organizativa. Centramos nuestra concepción de la empresa en la actividad hace tiempo ¹², dentro de las concepciones multifacéticas de la doctrina. Recientemente se ha afirmado: “*De más está decir que en la actualidad la **empresa** ha pasado a ser pivote del derecho comercial, y por ello puede admitirse que no lo es el **sujeto empresario** sino la acción de ese sujeto, es decir, la **actividad***” ¹³. Se sigue: “*El problema de la actividad en tanto situación absolutamente diferenciable del acto hace a la comprensión del sujeto empresario (sea individual o colectivo) porque éste es el actor de una actividad*

¹¹ RICHARD, Efraín Hugo, Prólogo al libro de JUNYENT BAS, FRANCISCO, *Responsabilidad de los administradores*, Córdoba, Advocatus, 1996.

¹² RICHARD, Efraín Hugo, “La conservación de la empresa”, en *Anales de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba*, 1981-XXV-107, al recibir el Premio Academia.

¹³ Citado a LIBONATTI, B., *Diritto commerciale*, Milán, 2005, Capítulo I, lo hace FARGOSI, HORACIO, “La incidencia de la empresa en la sociedad anónima” en L.L. del 11/8/05, pág. 1.

*que es la característica de la vida de la empresa por ser ‘un organismo económico que se basa en una organización fundada en principios técnicos y en leyes económicas dando lugar a una actividad organizativa’”*¹⁴.

Guyenot en 1971 señalaba que el camino de un reconocimiento jurídico de la empresa era la noción de sociedad, en la cual normalmente se absorbía. Noción que ya se registraba en el conocido libro de Ascarelli *Iniciación al derecho mercantil*, donde potencia la técnica de la libertad corporativa o sea constituir sociedades para generar centros imputativos diferenciados, es decir, organizar la empresa como un centro imputativo diferenciado del patrimonio de sus titulares.

La empresa es el elemento material y la técnica organizativa es la sociedad como un elemento formal.

Sea que la consideremos un organismo con finalidades y medios propios y superiores en poder y en duración a los individuos que la componen, que configura la doctrina de la institución, o nos finquemos en los individuos que contratan para constituir un nuevo medio o instrumento de sus finalidades de progresión económica, encontraremos iguales nociones de causa fuente y causa fin, porque en la sociedad en sí no se advertiría sino el medio técnico para obtener la finalidad propuesta, sea del individuo, sea de la empresa. Así, la personalidad jurídica de la sociedad tiene como límite el hecho de ser un medio para el logro de los fines de sus constituyentes, que usarán ese medio en la medida del objeto pensado para el logro de sus finalidades dentro de la licitud en el marco del ordenamiento jurídico, constituyentes que quedarán así vinculados a ese medio.

Encontramos en común en la sociedad, el que mirados en su causa fuente se advierte la persecución de una misma finalidad en todas las partes, a distinción de otros contratos en que cada parte se acerca para obtener fines diversos. En aquella se advierte una comunidad de fin, especialmente señalado por las doctrinas contractualistas; un fin común, pues no hay allí intercambio de prestaciones que sirva de causa recíproca, sino que se vinculan en la obtención de una finalidad común, y el fin común de todos los otorgantes es la realización de una ganancia o el cumplimiento de otra finalidad, pero por el medio de la fundación

¹⁴ Con cita de FERRI, G., *Manuale di diritto commerciale*, 5ª ed., págs. 35/6.

del ente que los reúne como instrumento jurídico que permite el alcance de dichos diversos fines -aunque existe contraposición original de intereses- a través del fin común. Fargosi resume correctamente el alcance de dicho fin común, o razón económico-jurídica fundamental, que no es otra cosa que el crear ese medio a través del cual lograrán la satisfacción de su interés personal.

Hemos querido dejar destacada la necesidad de una finalidad y de un objeto que corresponda a la razón misma de ser de un ente colectivo y en especialidad de la sociedad por acciones, ya que por su estructura la despersonalización con respecto a sus socios llega al mayor grado, y que la constitución represente un fin: la creación de un ente con un objeto, cuyo cumplimiento en cuanto aceptado por el orden jurídico, que recepta este tipo de entes, perfila el alcance de su personalidad jurídica.

Se concibe a las figuras societarias como un recurso técnico de la ciencia jurídica, que posibilita que una declaración negocial de una o de una pluralidad de personas, genere una estructura con fines instrumentales, para lograr una organización funcional que permita atribuir derechos y contraer obligaciones imputables a su fondo de afectación.

En definitiva, el ente, como centro de imputación, es el intermediario en la actividad colectiva de los miembros con los terceros y en las relaciones entre sí. El fenómeno se complejifica en el asociacionismo de segundo grado: las sociedades constituidas exclusivamente por otras sociedades o personas jurídicas.

Al personificar cierto substrato (empresa, fondo de comercio, etc.) además de capacitarlo como sujeto de derecho, indirectamente también se le permite ser objeto de relaciones jurídicas, pues al patrimonializar su conjunto de derechos y obligaciones se permite su negociación genérica, transfiriendo ese patrimonio conforme sea el tipo del substrato de su titularidad, a través del título representativo de su “propiedad” o titularidad (acciones, cuotas, cesión de partes o de derechos). También puede encomendarse su *management* o la gestión orgánica del patrimonio por un tercero, lo que lo acerca notablemente con la técnica jurídica de imputación usada para el fideicomiso: su patrimonialización y su administración heterogestante. Son las herramientas que ofrece el derecho a la economía.

Esa conexidad entre persona jurídica y patrimonio, como técnicas jurídicas resulta de la propia nota del art. 2312 C.C. argentino donde Dalmacio Vélez Sársfield expresa: “*El patrimonio de una persona...*”

Es la personalidad misma del hombre puesta en relación con los diferentes objetos de sus derechos”.

La personalidad impone la exteriorización de una voluntad diferente a la de quien la manifiesta, imputable a un patrimonio autónomo.

La organización formal societaria obliga referirse al objeto social, que es la forma de darse la idea de empresa, para cuyo cumplimiento los constituyentes asignan un patrimonio al nuevo ente.

2. Hay una serie de apotegmas usados en el derecho concursal: la empresa es el centro del mundo económico. Ergo debe conservarse la empresa, que se vincula con otro apotegma: no se cobra en la liquidación, hay que homologar cualquier propuesta, no importa cómo se logre la mayoría de aceptaciones por parte de los acreedores. Son palabras usadas normalmente con sentido fútil¹⁵, unidas para la homologación de acuerdos absurdos a la manifestación de no advertirse fraude o abuso en lo acordado con la mayoría -aparente- de los acreedores. Existe una “manipulación de las palabras”. Así conservar la empresa figura en todas las resoluciones de homologación de acuerdos, sin que medie seguridad de esa conservación, por cuanto no se ha exigido ningún plan, ningún aval de los socios, con votantes de utilería. La ley nada exige, pero la jurisprudencia las usa como fachada.

No se fijan objetivos, ni se educa a los sectores -o actores- en pugna, equilibrando los repartos ante la conveniencia -o necesidad- de conservar la empresa.

Las dificultades de la empresa deben ser superadas por las herramientas que da el derecho. Así la construcción del derecho concursal -pero, a veces, olvidándose del derecho societario- determinar que es crisis, que la cuestión es un negocio privado, que los terceros interesados en

¹⁵ MAFFÍA, Osvaldo J., “Los abogados tenemos una acusada tendencia a enfocar situaciones novedosas con el aparato conceptual y el vocabulario acostumbrado” en Sobre el llamado APE, Buenos Aires, 2005, citado en RICHARD, Efraín Hugo, “El plan de empresa (o cómo asumir crisis tempestiva y extrajudicialmente)” en libro colectivo *Homenaje al Dr. Osvaldo J. Maffía*, Cap. II, Córdoba, Lerner, 2008, pág. 217, 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 y Ramón Vicente Nicastro.

conservar la empresa deben intervenir. Otro conflicto ontológico es el mantenimiento del empleo.

Por eso es importante mantener el derecho de información, con diferencias del derecho societario, particularmente en la formulación de planes de recuperación, asegurando la intervención de profesionales especializados. No son descartables para nada los procesos de desjudicialización, otorgando esas funciones a instituciones administrativas (la Subsecretaría de Quiebras en Colombia, el INDECOPI de Perú). De hecho propiciamos esa desjudicialización y privatización a través de la aplicación de las normas específicas del sistema de organización de la empresa o actividad protegible, en forma genérica del sistema societario.

Aparecen a disposición de administradores y partícipes de esas relaciones de organización que recurren a medios concursales, soluciones ante la mera crisis sin insolvencia, donde la necesidad de aportar más capital se soslaya dentro de lo interno. Se intenta objetivizar la insolvencia de diversas medidas: diferencia en cuenta ganancias y pérdidas y estado de resultados, diferencia con disponibilidades de caja y medios de pago, flujos, que son crisis económica la primera y financiera la segunda, con cesación de pagos.

3. Centramos siempre los comentarios a los concursos de sociedades comerciales -como paradigma de la organización de la empresa, no exclusivo-, pues el abuso del proceso es una forma más del abuso del derecho, que pasa particularmente por no usar de los medios preventivos del derecho societario, o de usar tardíamente la vía concursal, desnaturalizándola, forzando formas preventivas con propuestas írritas que no hubieran sido necesarias.

Nos hemos preocupado de señalar que el sistema jurídico de las relaciones patrimoniales contractuales se desarrolló desde las llamadas “relaciones de cambio”, con algunos atisbos pluripersonales pero no organizacionales, por lo que hemos incursionado en las “relaciones de organización”, aluvional y asistemáticamente introducidas en nuestro sistema positivo.

La libertad jurigenética de crear sociedades-personas jurídicas se encuentra vinculada a su uso funcional, o sea planificado.

Estamos frente a la empresa, con nuestra visión ajena al acto aislado, para pensar en la actividad o en las relaciones organizadas o de organización.

Lo primero es tener en claro el objetivo que tiene su constitución, o sea la causa del negocio asociativo, que si bien puede ser mediatamente el lucro, la finalidad asociativa se vincula inmediatamente al cumplimiento de un objeto-empresa.

Cuando uno tiene en claro la política a seguir, el objetivo, como en una nación, las técnicas para satisfacerlo son más factibles de usar, de encontrar las más aptas, de lograr los mejores resultados.

Y la primera técnica para el cumplimiento del objeto-empresa es contar con los elementos económicos-financieros adecuados, que en materia de constituir una sociedad se vincula al patrimonio constitutivo, o sea al capital que se dota a la sociedad como requisito formal constitutivo. Dotación patrimonial suficiente que implica posibilitar el cumplimiento de la empresa genéticamente ¹⁶.

4. Así hemos avizorado la primera planificación del negocio y de su estructuración para la constitución como sociedad.

V. El tercer tema: sobre la conservación de la empresa

La conservación de la empresa será tema recurrente, pero se imponen algunas puntualizaciones.

La ética de la organización empresaria, de los sujetos que tienen la función-deber de administrarla, ha impuesto una suerte de autorregulación en la llamada “responsabilidad social empresaria” a la que resultan convocados todos cuantos tienen intereses diversos en la funcionalidad empresaria. Responsabilidad que a su vez impone como cimiento básico la planificación constitutiva y funcional de quiénes crean el nuevo ente y de quiénes lo gestionan. Se entrecruza con la llamada teoría del *corporate goverment*, predicamentos que no siempre tienen respuesta normativa pero que configuran los deberes, funciones, facultades y obligaciones de

¹⁶ RICHARD, Efraín Hugo en Libros del X Congreso Argentino de Derecho Societario y VI Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa, t. II, *Relación capital-objeto: su regulación*, pág. 405.

los administradores societarios como “buenos hombres de negocio”, como así también el concepto de “lealtad” que lo integra.

Ratificando esa concepción general, Cámara expresa sobre el sistema normativo concursal que “*En aras de los múltiples intereses económicos conexos, de carácter individual y colectivo... protege la permanencia de la empresa mientras exhiba algunos signos de vida*”¹⁷.

Se anticipó a la autorregulación generada en torno a la responsabilidad social empresaria, “tutelando el valioso capital técnico, financiero y humano que representa”¹⁸, recordando algún pensamiento sobre “*las nuevas actitudes del Estado consiste en hacer que las empresas sean más conscientes de su responsabilidad, respecto de los hombres que emplean y de los hombres entre los cuales viven. En la nueva óptica, el destino de la empresa ya no se limita a su propia situación financiera. La evolución rápida de la técnica y de los mercados ya no le obliga solamente a equilibrar sus cuentas. Le crea el deber moral de sobrevivir, porque su supervivencia se ha hecho indispensable para la salvaguardia de otros intereses que los de su propietario: el pleno empleo de la población activa de la localidad donde funciona, la prosperidad de esa localidad y de su región, la productividad máxima de los medios que inmoviliza, etc. El Estado le invita, pues a preocuparse continuamente de lo que puede llamarse su destino público*”¹⁹. Se anticipa a la doctrina de la responsabilidad social empresaria.

1. El abuso de la autonomía negocial en las relaciones de organización siempre importa la responsabilidad de quien así actuó. Este es el sistema correctivo, de encauzamiento. Los administradores no deben asumir responsabilidad alguna actuando conforme con “un buen hombre de negocios”.

Ante este estado de situación, nos preguntamos -y contestando afirmativamente-, si existen sanciones por esa actitud de abandonar las soluciones societarias y llegar tardíamente a la presentación del concurso.

¹⁷ CÁMARA, Héctor, *El concurso preventivo y la quiebra*, Buenos Aires, Depalma, 1978, t. I, pág. 88.

¹⁸ CÁMARA, Héctor, *El concurso preventivo y...* cit., t. I, pág. 87.

¹⁹ CÁMARA, Héctor, *El concurso preventivo y...* cit., t. I, pág. 88 con cita de BLOCH-LAINÉ, *Pour une réforme de l'entreprise*, París, 1963, pág. 129.

Muchas otras deficiencias acusa el derecho de la quiebra. La falta de un sistema de detección de dificultades y el retardo en la promoción traen como consecuencia que muchas empresas soliciten su concurso cuando hace tiempo que están en situación desesperante. Por ello, los medios de tutela no deben ser buscados en la ley concursal, sino en la prevención interna societaria. La cuestión debe ser resuelta en forma práctica y sencilla, advirtiendo que los mayores daños resultan no de la presentación del deudor persona individual sino de la insolvencia societaria.

Sin embargo, como vimos y veremos, se afirma la necesidad de actuar anticipatoriamente por mandato legal explícito en materia societaria y concursal, sosteniéndose que ese mandato no existe en la República Argentina, lo que hemos contestado ²⁰.

La pregunta correctiva es: ¿pueden los acreedores que se sientan perjudicados promover acciones de responsabilidad contra administradores y socios aunque se hubiere homologado el acuerdo de la sociedad respectiva?

Las acciones de responsabilidad, como la de imputabilidad aditiva (muchas veces denominada como de inoponibilidad de la personalidad jurídica), no requieren -como las acciones revocatorias concursales o de extensión de la quiebra- de un presupuesto de insolvencia o de declaración de quiebra para ampliar la legitimación pasiva o autorizar la promoción de acciones especiales. La limitación de responsabilidad de los administradores está basada en el supuesto de un comportamiento leal.

Por ello, la respuesta al interrogante es afirmativa.

Así el fallo “Palomeque, Aldo René c/ Benemeth S.A. y otro s/ recurso de hecho”, donde pueden verse, pese a la aparente restricción a la aplicación del art. 54 *in fine* ley de sociedades comerciales, un interesante atisbo de soluciones para ciertos casos. En él, la C.S.J.N. (del 3 de abril de 2003) al hacer suyas las consideraciones del procurador general de la Nación (del 23 de octubre de 2001), parecería que sólo acepta la aplicación de la imputación y responsabilización al controlante torpe -la

²⁰ RICHARD, Efraín Hugo, Administración societaria: responsabilidad por no actuar tempestivamente ante la crisis (Corporation's administration: responsibility for inactivity in front of the economic crisis) en *Anuario X del CIIJS*, Centro de Investigaciones Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Córdoba, pág. 291.

llamada inoponibilidad de la personalidad jurídica-, o a accionistas y directores, en supuestos en que la actividad desviada fuera genética respecto a la sociedad creada (“***no ha quedado acreditado que estemos en presencia de una sociedad ficticia o fraudulenta, constituida en abuso del derecho y con el propósito de violar la ley***”), lo que realmente implica confundirlo con el supuesto penal societario del art. 19 L.S., restringido incluso éste.

Indirectamente, la C.S. ha fijado cuatro casos de inoponibilidad (y quizá de actividad ilícita) vinculados a la sociedad aparente que señalaba Galgano o a la constituida en fraude a los acreedores o que opera en insolvencia:

a. Bi/plurilateralidad genética simulada lícitamente; b. Sociedad de cómodo, uno de cuyos supuestos -como eruditamente indica el fallo- lo es la unipersonalidad encubierta; c. Infracapitalización material constitutiva, y d. Sociedad con actividad ilícita inicial.

Claro que esa interpretación se vincula más con una doctrina restrictiva en torno a la aplicación del referido art. 19 de la ley de sociedades, que a la letra, espíritu y doctrina del referido art. 54 *in fine*.

La inoponibilidad de ciertos efectos es la respuesta adecuada en el sistema de las relaciones de organización, pues sin afectar la personalidad jurídica del ente, genera efectos de imputación o de responsabilidad que no resultan normales y que sólo corresponde efectivizar ante abusos funcionales o fraude a la ley.

El criterio es respecto a la infracapitalización material constitutiva, pero si ésta apareciera en la funcionalidad societaria se estaría frente a una causal de disolución de orden público, que impone que los administradores convoquen a los socios, y que éstos superen la situación o abran el período de liquidación de ella.

El empresario -individual o social- afronta en su actividad un riesgo típico e inmanente, sujeto a la eventualidad de errores de gestión o de eventos externos más o menos previsibles comprometiendo el pleno y correcto desenvolvimiento del programa empresario adoptado y el alcance de los resultados esperados. Cuando el riesgo acaece, y no se pone pronto remedio, es inevitable que la actividad vaya hacia su propia declinación. Y justamente, el derecho concursal se ocupa de la empresa en crisis, y el presupuesto de activación de los procedimientos concursales se basa en la incapacidad actual, o en algunos casos sólo potencial, del

empresario de asumir regularmente las obligaciones contraídas²¹. Se trata, como titulan esos autores, una crisis de la organización.

2. El plan de negocios. Volvemos al principio.

La vinculación a la “conservación de la empresa” impone una vinculación principista a un “plan de negocios”, impuesto incluso por el bien jurídico a tutelar.

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

Parecería que desde la óptica del derecho concursal nada habría que planificar -y ello motiva esa insistencia de Maffía- y que podría libremente traspasarse -en las sociedades- el problema a los acreedores exigiéndoles un sacrificio de quitas y esperas para enriquecer a los socios que no supieron afrontar la crisis. Conforme con ello reitera en su zaga *Nueva oportunidad perdida: más de lo mismo en materia concursal (IV)*²²: “I. En los números anteriores (ts. 1995-D-1062; 1257; 1995-E-1107) señalamos algunos aspectos de la ley 24.522 (ADLA, LV-D, 4381) que reniegan de toda posible actualización del régimen concursal rutinario, por ejemplo, *la falta de un tratamiento preinsolvencia o al menos preconcurso...* y la *total prescindencia de un “plan de recuperación” que es nota definitoria de las modernas regulaciones...* vimos que mientras los regímenes de avanzada centran su atención en el estudio cuidadoso, técnico y detenido de la *posible resanabilidad de las empresas en crisis, del plan escrupuloso que orientará la salida*, de las perspectivas de reinscripción de la empresa en el mercado, del costo del salvataje y de la disponibilidad de los medios, la ley 24.522 sólo requiere que los acreedores acepten la fórmula concordataria. *El concursado no*

²¹ ABRIATTI, N.; CALVOSA, L.; FERRI jr., G.; GIANNELLI, G.; GUERRERA, F.; GUIZZI, G.; MOTTI, C.; NOTARI, M.; PACCIELLO, A.; PISCITELLO, P.; REGOLI, D.; RESCIO, G.A.; ROSAPEPE, R.; ROSSI, R.; STELLA RICHTER jr., M. y TOFFOLETTO, A., *Diritto fallimentare*, Giuffrè, 2008, págs. 3/4.

tiene deber alguno de explicarse ante el magistrado: no necesita siquiera decir qué piensa hacer, incluido el dato mismo del posible saneamiento".

O sea que nuestra ley parecería que entiende que el titular del patrimonio en crisis no tiene obligación alguna de planificar, ni antes ni después de la crisis.

El "plan" visto desde esa óptica concursal aparece como elemental y paleolítico, pues supone que se llegó al estado de crisis sin planificación alguna. Y ya destacamos que Maffía apuntaba a la prevención generando nuestras posteriores preocupaciones.

3. La legislación colombiana introduce enfáticamente la cuestión en la solicitud de admisión del proceso de reorganización, al disponer en el art. 13, en sus apartados 4, 5 y 6 respectivamente, la formulación de: 4. "Memoria explicativa de las causas que lo llevaron a la situación de insolvencia", 5. "Un flujo de caja para atender el pago de las obligaciones" y, particularmente, el 6. "Un plan de negocios de reorganización del deudor que contemple no sólo la reestructuración financiera, sino también organizacional, operativa o de competitividad, conducentes a solucionar las razones por las cuales es solicitado el proceso".

Se trata, a la postre de situaciones de desequilibrio que ponen en peligro la supervivencia de una organización²³, 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 los remedios internos para superar la crisis, como exige previamente la ley colombiana.

No hay duda que la "dificultad financiera" alude a un endeudamiento, sin duda por capital insuficiente, que podría paliarse mediante un mero acto de reordenamiento patrimonial como desprenderse de una

²² L.L. 1996-A-978.

²³ CICHERO, Liliana, "Las crisis empresariales y el acuerdo preventivo extrajudicial homologado" en L.L. Actualidad, página 1 del diario del 15 de marzo de 2001.

sucursal o de un activo improductivo. Sobre el punto se señala, recordando los principios de INSOL²⁴ que “En el caso que un deudor presentare dificultades financieras, todos los acreedores relevantes (importantes) deberían prepararse para cooperar entre ellos, y también para conceder tiempo suficiente (pero limitado) al deudor (período de suspensión) para obtener de él información para ser evaluada, con el fin de proponer modos de resolución de las dificultades... el deudor deberá proveer, y permitir a los acreedores relevantes... el acceso a toda la información relativa a su patrimonio, deudas, negocios y perspectivas, a fin de permitir una evaluación adecuada”. Normalmente esa información es retaceada o deformada.

Nuestro homenajeado, el profesor Dr. Jesús Sanguino Sánchez²⁵, sostiene, luego de eruditas apreciaciones, que la apertura de los concursos habrá de fundarse en la existencia de una situación de “crisis económica del deudor”, y que la confesión de éste debe ser suficiente para la apertura del concurso.

La apreciación de la situación de que es “dificultad”, tiene una “vinculación directa con la proyección de la empresa”, importando “un dictamen técnico”, pues “*sólo el deudor está habilitado para invocar y probar las dificultades económicas y financieras*”²⁶ con una nota de generalidad, aunque bastará que el deudor pronuncie las palabras mágicas de “estar en cesación de pagos”, como el “Abrete Sésamo”, para que se abra el proceso respectivo, sin siquiera preguntarle o constatar si se agotaron los remedios internos.

²⁴ ANICH, Juan A., “Los principios de INSOL y el acuerdo preventivo extrajudicial” en *Doctrina Societaria y Concursal*, octubre 2003, t. XV, pág. 1007.

²⁵ “Bases para una reforma de los procedimientos concursales”, *Anuario de Derecho Comercial*, Montevideo N° 2, pág. 177 y ss..

²⁶ Conf. MOLINA SANDOVAL, Carlos A., *Acuerdo preventivo extrajudicial. Alternativas para la superación de las dificultades empresarias*, Buenos Aires, Abaco, 2003, pág. 98.

4. Propiciamos²⁷ encontrar técnicas jurídicas que aseguren la mayor anticipación en la apertura de los juicios concursales²⁸, tendiendo a prevenir los efectos nocivos de la actividad cumplida en cesación de pagos y los efectos expansivos del incumplimiento.

Cabe advertir que las soluciones preventivas en las sociedades se encuentran en la legislación específica. Es una constante de gran uniformidad en el derecho comparado.

La ley colombiana sobre insolvencia empresarial declara que el régimen de insolvencia propicia y protege la buena fe en las relaciones comerciales y patrimoniales, destacando como principios: la universalidad, la igualdad de los concurrentes, la eficiencia e información, la negociabilidad, reciprocidad y gobernabilidad económica manifestada en una “dirección general definida para el manejo y destinación de los activos, con miras a lograr propósitos de pago y de reactividad empresarial”.

La visión de las normas societarias como preventivas resulta del mentado art. 10 que impone que la solicitud de reorganización debe presentarse con la acreditación de “No haberse vencido el plazo establecido en la ley para enervar las causales de disolución, sin haber adoptado las medidas tendientes a subsanarla”; “Estar cumpliendo con sus obligaciones de comerciante, establecidas en el Código de Comercio”; “Estar al día en el pago de las mesadas pensionales, bonos y títulos pensionales exigibles”; “No tener a cargo obligaciones vencidas por

²⁷ En *De la insolvencia*, 3 t., *In Memoriam* de Héctor Cámara y Francisco Quintana Ferreyra, Córdoba, Advocatus, 2000, con las comunicaciones al II Congreso Iberoamericano de la Insolvencia, *Técnicas preventivas de la insolvencia*. t. I, pág. 5. 4º. En torno a responsabilidad y concurso. Un “embrión” de proyecto, t. III, pág. 313. *Extensión de quiebra y de responsabilidad*, t. III, pág. 411. *Daños causados por la insolvencia: acciones individuales de responsabilidad contra administradores de sociedades*, t. III, pág. 549.

²⁸ Lo hicimos específicamente en los dos congresos Iberoamericanos de Derecho Concursal (Barranquilla 2005 y Mérida 2006) organizados por el Instituto Iberoamericano de Derecho Concursal. También pueden verse otros trabajos: *Las relaciones de organización y el sistema jurídico del derecho privado*, 2000, Córdoba, ed. de la Academia de Córdoba, Capítulo X, “Cuestiones que debería resolver una legislación concursal”, y en el Capítulo XI, “La reparación de daños y el acceso a la justicia (visión de un comercialista)” p. 457, en especial, el párrafo VI: “La problemática concursal” a pág. 474, y la página web de esa Academia www.acader.unc.edu.ar

retenciones de carácter obligatorio, a favor de autoridades fiscales, por descuentos efectuados a los trabajadores, o por aportes al Sistema de Seguridad Social Integral”.

5. Hacia una visión globalizada de la “planificación”, o sea de la conservación de la empresa.

La conservación de la empresa, principio rector del derecho concursal -pero también del derecho societario-, impone estar planificada, previniendo su factibilidad y eficiencia. La creación de un ente formal que desarrolle una empresa está basada axiológicamente en su posibilidad.

La planificación es una obligación de cualquier administrador, que también debe afrontar la crisis en la forma más temprana posible para evitar la proliferación de los daños ²⁹.

Alguna doctrina concursalista ve la exigibilidad de un plan en la propia actual ley concursal, tratando de cubrir las falencias apuntadas, conforme la visión que propiciamos.

Como en una bisagra en “El ‘régimen de administración’ en la propuesta de acuerdo: ¿plan de empresa?”, Lidia Vaiser ³⁰ preclaramente se refirió, muy particularmente, al “plan de empresa” -apuntando a la visión globalizante para enfrentar las crisis- y su germen en la actual ley 24.522. Así sostuvo: “VI. *Propuesta complementaria eventual. Bajo la óptica recién focalizada, la ‘reorganización societaria’, la ‘administración de bienes en beneficio de los acreedores’...*, nociones desprendidas del texto legal (art. 43 L.C.Q.) no pueden más que considerarse como una ‘propuesta complementaria eventual’. Y la denominamos ‘eventual’ en contraposición a la ‘necesaria’, (de la que se dio noticia antes), que normativamente viene impuesta en punto al ‘régimen de administración y limitación de los actos de disposición’ y a la ‘constitución del comité definitivo’. Habíamos considerado en oportunidad anterior, que en este segmento de la propuesta de acuerdo podría encontrarse en estado embrionario, lo que el derecho compa-

²⁹ RICHARD, Efraín Hugo, “Ideales y realidad. Afrontar la crisis” en J.A., 2007 – I, Fascículo 8, 21/2/07, pág. 3, Lexis Nexis.

³⁰ L.L. 1999-D-1073.

rado ofrece y la doctrina nacional mira con apetencia: 'El plan' ³¹. También podría afirmarse en un plano más profundo, que la aquí denominada 'propuesta complementaria eventual', podría llegar a virtualizar las exigencias tenidas en mira para el diseño del 'plan'. ... IX. ¿Qué alcance debe otorgarse al régimen de administración? En 'Vivisección de la propuesta de concordato' (ob. cit.) considerábamos que la 'addenda' introducida por la ley 24.522 al régimen de la propuesta, en punto a la cuestión del epígrafe, tal vez constituía una forma proteica de lo que desde estas latitudes miramos con apetencia (siempre en dirección al norte): el famoso "plan de empresa". Extrañamente, este agregado pasó casi inadvertido para la doctrina local. Los autores refieren de modo genérico a la existencia de recaudos adicionales (Barbieri) o a la ostensible desubicación sistemática (Iglesias), pero sin penetrar en el tema ni en su conflictiva. *Maffía, ya sabemos, pregona no sin razón, que el plan de salvataje de la empresa resulta el gran ausente en el sistema concursal vigente (Manual..., pág. 314)...* De su lado, en otra ponencia presentada al evento académico antes consignado, (III Congreso Nacional...) ... Efraín Hugo Richard afirmaba con énfasis que esta nueva exigencia terminaba por insertar el plan de empresa en nuestro sistema concursal ('... *La propuesta de acuerdo debe ser acompañada en todos los casos por un plan de administración para superar la situación económico financiera de la concursada...*', Richard, Efraín Hugo, ob. cit., pág. 420). La conclusión podría aparentar un tanto extrema, pero a poco de ver sus contenidos resultan de gran utilidad para fundar ciertas precisiones en torno al tema. ... XI. El plan y el buen hombre de negocios No pueden existir dudas acerca de que el standard jurídico del buen hombre de negocios obliga a los dirigentes sociales a planificar las políticas empresarias. Un buen ejercicio de la planificación y del control permite detectar a tiempo las dificultades, corregir el rumbo y, si es posible, adoptar los remedios necesarios. Las funciones gerenciales implican tres aspectos básicos de la dirección empresarial: planificación, control y coordinación. Ninguna empresa o dirigente puede prescindir del planeamiento. En la ciencia de la administración, las cuestiones vinculadas al planeamiento

³¹ VAISER, Lidia, *Vivisección de la propuesta de concordato*, ponencia al III Congreso Argentino de Derecho Concursal, I Congreso Iberoamericano sobre la Insolvencia, Ad-Hoc, t. I, pág. 441.

empresario se engloban en el presupuesto y en el control presupuestario. El presupuesto constituye una herramienta indispensable para la dirección de la empresa. Contiene: a) Una planificación: en base a los objetivos trazados se planifica la actividad futura de la empresa; b) Una coordinación: que es la manera de obtener los resultados perseguidos mediante la coordinación de las distintas funciones delegadas o descentralizadas de la administración; c) Un control: toda dirección debe controlar, es decir, debe tener información que permita la comparación entre lo presupuestado y la realidad, para poder corregir las deficiencias que detecte. Al presupuestar, la dirección hace un esfuerzo consciente con miras a predecir el futuro; y el intento por conocer el futuro lleva implícita la posibilidad de modificarlo (Perel, Vicente L., *Manual del presupuesto*, Macchi, 1968). El presupuesto sirve -en consecuencia- como un insoslayable instrumento de dirección. Es tan grande su importancia que puede aseverarse que sea la principal herramienta para dirigir eficazmente una empresa mediana o grande. De modo tal que resulta un imperativo para todo dirigente, bajo pena de incurrir por omisión en una grave inconducta. Sabemos que la falta de sujeción de un dirigente empresario a los standards jurídicos de 'buena conducta', engendra responsabilidades en el marco del derecho societario. Y en el marco del derecho concursal una conducta violatoria de aquellos parámetros también **genera responsabilidad a los administradores** (art. 173 L.C.Q.) El art. 59 de la ley de sociedades establece que los administradores y los representantes de la sociedad, deben obrar con lealtad y con la diligencia de un buen hombre de negocios. Los que faltaren a sus obligaciones serán responsables por los daños y perjuicios que resultaren de su acción u omisión. Ahora bien,... Richard se preguntaba si a los administradores de la empresa en crisis -con mayor razón que a los de una empresa en equilibrio-, no habría que exigirles una adecuada planificación para resolver la crisis. Recordemos que en la presentación en concurso la ley impone explicar cómo se llegó a la crisis. En consecuencia, en la formulación de la propuesta parece lógico que deba exigirse una explicación acerca de cómo se va a administrar la empresa durante el período de cumplimiento del acuerdo, cómo se la va a sanear, cómo se van a generar los recursos para hacer frente al pasivo. Según quiera verse, **tales temperamentos podían ser considerados un 'plan de empresa'**, dicho en el sentido que la doctrina le acuerda, y ya sea en estado proterico o acabado. Lo que no parece admitir duda es que el cumplimiento de los *standards* de conducta de los dirigentes socia-

les constituye una exigencia insoslayable, también en el marco de un proceso concursal. La recepción de estos principios, ante la ausencia de prescripciones imperativas muy claras, va a depender de las mayores exigencias que el juez o los acreedores planteen al deudor. De hecho y en la práctica, durante la negociación de la propuesta, los acreedores ‘institucionales’ demandan ciertas precisiones sobre la proyección de los negocios del concursado que pocas veces se transfiere al expediente. Sin embargo, su acatamiento, por imperio del poder económico ejercido, resulta irresistible para el convocatario. Existe otro argumento (destacado por Richard en el trabajo citado), que puede servir de cartabón para dirimir la cuestión en favor del recaudo de la planificación en la propuesta de concordato. El art. 190 le impone al síndico presentar, dentro de los veinte días de asumir el cargo, un informe sobre la factibilidad de continuación de la empresa, a lo cual la ley 24.522 -recordemos- le acordó carácter excepcional. En ese informe y de aconsejarse la continuación, según lo expresado por los incs. 4 y 6, el síndico debe: inc. 4): ‘... (presentar) el plan de explotación, acompañado de un presupuesto de recursos, debidamente fundado...’ inc. 6) ‘... las reorganizaciones o modificaciones que deban realizarse en la empresa para hacer económicamente viable su explotación...’. Concluyendo: el síndico debe elaborar una verdadera planificación. ***Se impone preguntarse entonces, si es dable exigir menos al concursado que al síndico. Y se impone concordar con Richard cuanto por respuesta da un no rotundo (ob. cit.).*** De allí, que esta cuña injertada por la ley 24.522, este ‘plan de administración’ adosado como componente necesario de la propuesta concordataria, puede llevar al planteo de mayores exigencias para el deudor cuando propone la solución concordataria”.

Recójase esta visión constructivista de las obligaciones del concursado, de los administradores de la sociedad concursada, de integrar la propuesta con un plan de empresa ³². Agradecemos esa traducción tan auténtica e integradora de nuestra visión, generando una línea de pensa-

³² RICHARD, Efraín Hugo, “Sobre la homologación de la propuesta de acuerdo” en libro colectivo *XIV Jornadas de Institutos de Derecho Comercial de la República Argentina*, Paraná, Pcia. de Entre Ríos, 30/31 de agosto de 2007, Buenos Aires, edición de la Fundación para la Investigación y Desarrollo de las Ciencias Jurídicas, 2007, pág. 261.

miento -realmente de vanguardia dentro de los concursualistas expuestas por la vicepresidente del Instituto Iberoamericano de Derecho Concursal Prof. Lidia Vaiser.

Se advierte la influencia de apreciaciones doctrinarias concursualistas que ligan lo concursal con lo societario.

Se ha trazado el camino y avizorado las cuestiones centrales.

Las relaciones de organización imponen una normativa y visión diferente de las relaciones de cambio bajo las que se construyeron las normas escritas ³³.

Alberti ³⁴ con la profundidad de su escalpelo jurídico subraya que “el concurso preventivo se desenvolverá incurablemente como una dialéctica solamente procedimental, destinada a cerrarse documentalmente cuando los acreedores acuerden con el insolventes vías de solución que continúan siendo principalmente, casi exclusivamente, un aplazamiento de la exigibilidad de los pagos, o una reducción de los montos a pagar... Bastaría para promover una modificación de ese desarrollo ritual de lo *actualmente llamado retóricamente solución concordataria*... que el concursado ha de exponer un *plan* de su futura actividad económica... pues la

³³ RICHARD, Efraín Hugo, *Las relaciones de organización. El sistema jurídico del derecho privado*, edición de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales, 2ª, Córdoba, Advocatus, 2002.

³⁴ ALBERTI, Marcelo Edgardo, “Una contribución de Efraín Hugo Richard al derecho concursal: el plan de empresa como recaudo del concurso preventivo” en “Derechos patrimoniales”, *Estudios en Homenaje al Profesor Emérito Dr. Efraín Hugo Richard*, citado t. II, pág. 949. Cfme. ntos., *Salvataje de la empresa y propuesta de acuerdo preventivo*, 1996, n° 6, págs. 121 a 128, Rosario, 2a. quincena de marzo de 1997, Revista Derecho y Empresa de la Universidad Austral; “Propuesta de acuerdo preventivo. Su integración necesaria con un plan de dirección” en *Doctrina Societaria* N° 109, diciembre 1996, Errepar, t. VIII, pág. 548 y ss.; “Ensayo sobre el plan de empresa y las obligaciones del empresario” en *Revista Estudios de Derecho Comercial del Colegio de Abogados de San Isidro*, N° 9, 1993, págs. 55 a 70; “El ‘buen hombre de negocios’ y el ‘plan de empresa’” en *Doctrina Societaria y Concursal*, Errepar, t. V, pág. 337; “Crédito y plan de empresa” en XXIX Congreso Anual Ordinario de Abapra, La Rioja, 30 de mayo - 1 de junio de 1988; “¿Se integra la propuesta de acuerdo con un plan de cumplimiento?”, t. I, pág. 433; ponencias al III Congreso Nacional de Derecho Concursal y I Congreso Iberoamericano sobre la Insolvencia, Mar del Plata, 27, 28 y 29 de noviembre de 1997, 3 tomos, Buenos Aires, Ad-Hoc, noviembre 1997; “Salvataje de la empresa: ¿una postulación sin respuesta en la ley concursal?”, juntamente con Francisco Junyent Bas y Orlando Manuel Muñío, en *RDCO*, año '30, 1997, pág. 525 y ss..

sola utilización del remedio jurídico no curará los males empresarios. La necesidad de requerir en el concurso la enunciación y difusión del llamado *plan de empresa* fue sostenida perspicazmente por Richard, en referencia al acuerdo preventivo prejudicial; formulando en torno de ello una exposición válida para toda forma concordataria... la carencia de ese *plan* provoca fatalmente la inoperancia de los esfuerzos aplicados a la concreción del acuerdo preventivo extrajudicial; como puede ser visto en su “*Efectos societarios de la insolvencia -Anales XXVI (1987) 161* de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba... retomó el tema, por segunda vez hasta donde conocemos en su *El ‘buen hombre de negocios’ y el ‘plan de empresa’ -Doctrina Societaria y Concursal, abril 1993 pág. 337-*; ...sostuvo... valerosamente al hacerlo en un medio más proclive a la tolerancia vergonzante que a la exigencia del cumplimiento de las obligaciones del tráfico, *que un juez podría no homologar un acuerdo que no previera su factibilidad en una formulación mínima en torno de la viabilidad, expresada juntamente con la fórmula de la quita, espera u otras*. Fue ésta una tesis atinada; que indica constituir un débito implícito de la obtención del concordato con los acreedores, la formulación de un programa de operaciones ulteriores al acuerdo... la disponibilidad de ese plan permitiría advertir desde una etapa inicial del procedimiento, y casi inequívocamente la viabilidad de la empresa del insolvente... La exposición del plan de empresa, por el insolvente o quien hiciese suya la redención del pasivo y la propiedad de la empresa, elevaría el acuerdo concursal de mera apuesta a ideación intelectual de una obra por realizar... saneará el concurso preventivo de su actual empleo como artificio procedimental destinado simplemente a diferir...”.

La exposición de motivos de la ley 22/03, de 9 de julio, concursal del Reino de España, señala en el punto I: “predominio de determinados intereses particulares en detrimento de otros generales y del principio de igualdad de tratamiento de los acreedores, con la consecuencia de soluciones injustas, frecuentemente propiciadas en la práctica por maniobras de mala fe, abusos y simulaciones, que las normas reguladoras de las instituciones concursales no alcanza a reprimir eficazmente”, remarcando en II: “El deudor tiene el deber de solicitar la declaración de concurso cuando conozca o hubiera debido conocer su estado de insolvencia; pero tiene la facultad de anticiparse a éste”. O sea que hace a la diligencia de los administradores societarios, particularmente, el no seguir operando en

un estado de crisis que ha de desembocar en la insolvencia, usando de remedios concursales, aunque -agregamos- debemos suponer que intento los remedios societarios -lo que en la práctica no ocurre pues ellos mantienen un principio de equidad del que puede zafarse en los procesos concursales en detrimento de los acreedores con enriquecimiento de los socios de la insolvente.

El equilibrio 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 aserto 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-.

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

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

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”, que es lo que importa la locución “conservación de la empresa” en derecho concursal -o mejor aún del derecho de crisis- que es superar la crisis manteniendo la actividad empresaria.

6. Se justifica así 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., etc..

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

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

En momentos que legislación y posiciones, nacionales y extranjeras, marcan la tendencia a desjudicializar o privatizar el sistema del derecho concursal, o mejor dicho de prevención, parece adecuado reiterar nuestra posición con la aplicación de principios y normas del derecho societario, sin costes de transacción. Siguiendo esas nuevas tendencias hay que educar a los acreedores, particularmente los no informados, para que asuman la participación e incluso la conducción de la empresa, reemplazando a administradores ineficientes que no queriendo asumir oportunamente la crisis contrataron dolosamente con ellos. Principios “rectores” lo son susti-

tuir la punición por la responsabilidad, la sanción por la reparación del daño, la calificación por la determinación de responsabilidad. Una doctrina permisiva tendió a limitar las acciones de responsabilidad en la quiebra a supuestos de dolo, llevando a una sensación de impunidad en el obrar de esos administradores -contagiada a los administradores públicos- que transfieren el problema a terceros, a partir de cuyo exceso se viene registrando una tímida reacción.

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. Franceschelli ³⁵. 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.

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*” ³⁶. Ello por cuanto no han actuado como buenos hombres de negocios para afrontar la crisis y asegurar la funcionalidad de la empresa -su conservación-.

VI. El cuarto tema: la avizoración de la crisis

Apuntamos a que la crisis debe ser asumida dentro de la organización de la empresa, y que no hacerlo puede generar responsabilidad.

Nos hemos referido así a la temática organizativa. Veamos ahora algunas apreciaciones desde el limitado campo concursal.

Se trata del tema de una doble tempestividad: desde el punto de vista legal concursal permitir el uso de las vías concursales más anticipatoriamente a que se haya instalado la cesación de pagos, la insolvencia. Frente a la crisis, no hay dudas que se disparan soluciones desde

³⁵ *L'aprendistas stregone, l'elisir di lunga vita e l'impresa immortale* en Giur. Comm. 1982 I, pág. 575 y ss..

³⁶ ROITMAN, Horacio, *Ley de sociedades comerciales*, Buenos Aires, La Ley, 2006, t. 1, pág. 491.

el Estado, con modificaciones del sistema jurídico, de la doctrina para afrontar esa crisis, y desde la jurisprudencia.

Y un punto más crítico, que ha separado mucho a la doctrina argentina, es la inmediatez con la que debe actuar la deudora, particularmente sus administradores y socios cuando se trata de una sociedad. Más específicamente si esa inmediatez o tempestividad debe ser simplemente presentarse rápidamente en concurso -lo que no ocurre en la práctica- sino también adoptar las medidas previstas en la legislación societaria para solucionar la crisis o liquidar la sociedad, atemperando los costes de transacción y los daños que genera toda crisis.

1. Así nos planteamos: ¿Existe una axiología en el derecho concursal?³⁷

Las cuestiones que venimos desarrollando llevan a esta pregunta. Pero más allá deberíamos preguntarnos si existe independiente de todo sistema.

Eventualmente esa axiología: ¿debería existir normológicamente o sea en la construcción del derecho concursal positivo?

¿O debe limitarse a una construcción doctrinaria? ¿O mejor aún es mejor prescindir de una axiología del derecho concursal para estar a respuestas ante las situaciones fácticas que se vayan presentando? Incluso para una mayor elasticidad en la aplicación de las normas conforme las necesidades del caso. Y en tal supuesto nos preguntaríamos cuales serían las necesidades del caso que impusieran ruptura de cierta axiología, valores, principios, objetivos orientadores en la aplicación de un sistema que aparta de las relaciones de cambio e impone un derecho de crisis agrupando las relaciones de cambio y generando una relación de organización en torno al patrimonio del deudor común.

Así lo sostuvimos y lo sostenemos³⁸, advirtiendo como las posiciones doctrinarias se van acercando a esos postulados.

³⁷ RICHARD, Efraín Hugo, "Axiología del derecho concursal", comunicación al II Congreso Colombiano de Derecho Concursal, organizado por el Capítulo Colombiano del Instituto Iberoamericano de Derecho Concursal (Valle de Leyva, Colombia, agosto de 2008), citado.

³⁸ RICHARD, Efraín Hugo, "Notas en torno a la conservación de la empresa: ¿principio concursal o del derecho societario?", en Ensayos de Derecho Empresario, t. 4, págs.

Recientemente, el distinguido amigo y jurista Ariel Angel Dasso, lanzó su artículo sobre el primer aspecto de esta cuestión, donde no deja de tratar los otros: “La primera respuesta del derecho concursal a la crisis global; la reforma de la *Insolvenzordnung*” en su constante mirada al derecho comparado para determinar las “tendencias”.

Lo hizo bajo una invocación que es coherente con el ensayo encarado y la visión que venimos sosteniendo: “La legislación concursal es el brazo armado de la economía, el auxilio jurídico instrumental al mundo negocial al momento de la crisis. Las postrimerías del siglo XX mostraban un escenario macroeconómico en expansión y reclamó al derecho una instrumentación concurrente a un fin: el mantenimiento de la actividad y el empleo aún en la crisis... Todas las nuevas leyes concursales y los debates doctrinarios reflejan una inquietud instrumental conceptualizada como idónea al mejor funcionamiento de los sistemas legales de crisis: la anticipación al estado de cesación de pagos para disparar el procedimiento concursal... De la mano del nuevo presupuesto material, y en orden a su efectividad, se pone a cargo del administrador la responsabilidad de la presentación oportuna bajo apercibimiento de responsabilidad patrimonial personal, y aún penal”. Ya hemos comentado que esto no está alejado de nuestra interpretación integral de la normativa argentina.

Sigue Dasso: “El mundo concursal tiene la primera respuesta: el 20 de octubre de 2008 el *Bundesblatt* (Boletín Oficial de Alemania) publicó la ley sancionada por el Parlamento Federal de Alemania denominada “Ley para la estabilización del mercado financiero” (*Finanzmarktstabilisierungsgesetz*)... Se destaca en esta normativa una modificación fundamental en el presupuesto objetivo del concurso regulado por la *Insolvenzordnung* de 1994, vigente desde el 1º de enero de 1999. La ley de insolvencia alemana, determina como presupuesto objetivo del concurso, la “incapacidad de pago actual ³⁹ (*Zahlungsunfähigkeit*) o inminente ⁴⁰ (*Drohende Zahlungsunfähigkeit*)”, reguladas respecti-

55 a 165, Córdoba, edición de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba y de la Facultad de Derecho y Cs. Sociales U.N.C., 2008.

³⁹ Art. 17, II “... cuando no se encuentra en condiciones de cumplir con las obligaciones exigibles... (y)... se supone cuando ha cesado en los pagos”.

⁴⁰ Art. 18, II “... cuando es previsible que no se encontrara en condiciones de cumplir con las obligaciones de pago pendientes en el momento del vencimiento”.

vamente en los arts. 17 y 18 de la *InsO* y como segundo y nuevo presupuesto material, previo a la insolvencia, aplicable sólo a las personas jurídicas, a las entidades sin personalidad jurídica sin socio persona física personalmente responsable, el “*Sobreendeudamiento*” (*Überschuldung*) regulado en el art. 19.2 y definido como existente “*cuando el patrimonio no cubre las obligaciones contraídas*”. La reforma del 20 de octubre de 2008 (*FMSStG*) introduce un cambio fundamental al exceptuar del concepto de sobreendeudamiento, “*aquellos casos en los que la continuidad de la empresa es, bajo todas las circunstancias, bastante probable (o verosímil)*”. El cambio acontecido en el segundo presupuesto material del concurso, tiene por objetivo, excusar a los administradores de la obligación de presentar en concurso a las empresas que, como consecuencia del deterioro sufrido en el valor de sus activos financieros o inmobiliarios como consecuencia de la crisis global, quedaron atrapados en el concepto legal primigenio del sobreendeudamiento. La *Insolvenzordnung* (art. 15.1) impone a los administradores solicitar la apertura del concurso cuando la sociedad se encuentre alcanzada por cualquiera de los dos presupuestos objetivos, insolvencia o sobreendeudamiento. La obligación estaba contenida en el art. 64.1 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada (*GmbHG*)⁴¹ pero a partir de la recientísima Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada y de Prevención de Abusos (*Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen* cuyo acrónimo es *MoMiG*), aprobada el 26 de junio de 2008 y en vigor desde el 1 de noviembre de 2008 fue eliminada de la Ley de Responsabilidad Limitada ordinaria (*GmbHG*) para ser incorporada directamente a la *Insolvenzordnung* en el art. 15.1 estableciendo que los administradores deben solicitar el concurso dentro de las tres semanas desde que la sociedad se encuentra en situación de insolvencia, el incumplimiento de cuya obligación les obliga a restituir a la masa todos los pagos realizados con posterioridad, situación esta que se establece en el art. 64 reformado de la Ley de Sociedad de Responsabilidad Limitada ordinaria (*GmbHG*), y en el art. 92 de la Ley de Sociedades Anónimas (*AkpG*), sin perjuicio de la responsabilidad penal de pena privativa de libertad hasta tres años es-

⁴¹ Esta forma societaria.

tablecida en el nuevo art. 15.4 de la *InsO* ⁴². La mutación del concepto de sobreendeudamiento constituye sin lugar a dudas el aspecto más trascendente de las reformas introducidas por la ley del 20 de octubre de 2008 en el régimen de la *Insolvenzordnung*. La redacción anterior del art. 19 acudía también a la necesidad de tener en cuenta la “*bastante probable (o verosímil)*” continuación de la empresa, bajo todas las circunstancias, pero al sólo efecto de la valoración del patrimonio del deudor, como elemento integrante de la definición del sobreendeudamiento. El cambio es notable porque pasa a considerar como inexistente el sobreendeudamiento, cuando la continuidad de la empresa es bastante probable, verosímil, o tiene un cierto grado convincente de posibilidad. El hecho de que la probabilidad de la continuación hubiera estado anteriormente involucrada en la definición del sobreendeudamiento, (art. 19 en su redacción *ex ante* reforma), como se ha explicado precedentemente a otros efectos, explica que la jurisprudencia anterior hubiere considerado el concepto de probable o verosímil continuación cuando la “*capacidad financiera de la sociedad alcanza para garantizarla por medio de un plan de liquidez con prospectivas de resultados, que acreditaré que la sociedad en el mediano plazo no estará en incapacidad de pago*” (BGH del 13 de julio de 1992) ⁴³. El carácter reciente de la reforma impide evaluar opiniones autorales. La primer doctrina, sin embargo, pone énfasis en la inseguridad de la norma, que supedita una decisión de tanta importancia como es la de solicitar el concurso, sancionada con consecuencias patrimoniales y penales para el administrador, a una mera proyección de futuro que aparece desprovista de condiciones de certeza, la cual aún resultando en origen acertada, podría ulteriormente ser evaluada por un juez en forma distinta.

Adviértase que la eliminación de la causal de sobreendeudamiento no suspende la obligación de los administradores y socios de determinar

⁴² El art. 84 de la Ley de Responsabilidad Limitada Ordinaria (*GmbHG*), impone la misma sanción a los administradores por deficiente información a los socios de las pérdidas que redujeren los fondos propios de la sociedad a la mitad del capital social.

⁴³ También la doctrina cita en tal sentido fallos que determinan que un pronóstico de continuidad no solamente debe ponderar el propósito del deudor sino fundamentalmente la capacidad de la empresa para continuar, debiendo justificar en forma precisa la evolución prevista, sin que alcance para ello una mera enunciación de escenarios en los que fuere posible.

la posibilidad de continuar la empresa o sea que no existe la causal disolutoria de imposibilidad de cumplimiento del objeto social. A su vez implica el reconocimiento del plan de negocios, ínsito para determinar la factibilidad de continuar el giro social para el cumplimiento del objeto o actividad.

Lo mismo ocurrió en la República Argentina cuando las leyes de emergencia eliminaron como causal de disolución de las sociedades la pérdida del capital social, pero en forma alguna dejaron de lado aquella causal de liquidación por darse el presupuesto disolutorio de imposibilidad sobreviniente de cumplir el objeto social como forma de darse la empresa.

Claro que existe cierta controversia sobre los caminos para sostenerla. La base es que cierta doctrina sólo mira las soluciones concursales, particularmente en cuanto a que la crisis sea soportada por los acreedores y beneficie a los deudores⁴⁵. Otros hemos entendido que las soluciones en materia de empresas organizadas societariamente (las más importantes) la solución se encuentra en la legislación societaria que no puede ser soslayada, y luego recién recurrir a los remedios concursales con una clara idea de los repartos, o sea del esfuerzo compartido.

No es diferente la cuestión del salvataje global ante la crisis financiera mundial. Crisis que anticipamos sobrevendría⁴⁶. El salvataje parece dirigido a las empresas que intervinieron para generar el daño, no obstante lo cual se repartieron suculentos beneficios a los administradores de las mismas conforme balances inflados por títulos sin valor. Así el caso AIG. La cuestión puede repetirse cuando el gobierno de Estados Unidos compre activos sin valor, seguramente para salvar a los deudores, pero generando el cambio en los balances de los bancos, que acusaran ganancias que pueden revertirse a favor de los administradores que crearon, lanzaron o compraron los bonos o títulos en cuestión.

⁴⁴ FERRÉ, Juan y WERNER, Norman, “La reciente reforma societaria y concursal en Alemania con especial referencia a la modificación del régimen de los préstamos de los socios”, *Anuario de Derecho Concursal*, Madrid, 2009-1, en prensa.

⁴⁵ RICHARD, Efraín H., *Insolvencia societaria* cit..

⁴⁶ RICHARD, Efraín Hugo, “Derecho y economía, el desafío del siglo XXI”, en E.D., 26 de febrero de 2002 y “La crisis argentina y la mundialización financiera” en E.D., 6 de marzo de 2002.

VII. El quinto tema: a cargo de quién está afrontar la crisis, tratando de asegurar esa conservación

La cuestión es constitutivamente a cargo de los socios, y funcionalmente a cargo de los administradores y de los socios.

Dentro de la axiología dogmática y normativa expresada, en la acción de “conservar”, aparece la función-deber de planificar.

1. Lo que hoy debemos enfrentar si consideramos a la empresa una unidad económica, es entrenar a sus administradores y a los acreedores. A los primeros, a prever, planificar y evitar los síntomas que anticipan la autodestrucción de esa unidad y la afectación a la comunidad y al mercado, pues como señala Lorenzo Stanghellini ⁴⁷ -describiendo situaciones similares en el contexto de la responsabilidad social de la empresa- el acreedor se encuentra en la misma situación de un “inversor sin derechos”. A los segundos -dentro de los cuales pueden estar los trabajadores- para asumir la titularidad o cotitularidad de la propiedad de la empresa, con o sin aquellos administradores, cuando los socios no puedan o no quieran soportar los esfuerzos que impone una crisis. El derecho no puede aceptar, so pretexto de la conservación de la empresa, que las pérdidas y las dificultades sean afrontadas exclusivamente por los proveedores de créditos, bienes o servicios, sin que los mismos puedan alcanzar algún beneficio que resulte de aquél sacrificio.

Pero la sociedad no ya como una institución social (es una institución jurídica) que pueda hacer pensar en la “empresa inmortal” -al decir de Jaime Anaya-, sino en el aseguramiento de su funcionalidad normativa y estructural: las obligaciones o deberes fiduciarios de los administradores societarios. La doctrina actual tiene en claro que “*el saneamiento y recuperación empresarial será por sí un objetivo que haya que actuar contra las fuerzas del mercado*” ⁴⁸.

⁴⁷ STANGHELLINI, Lorenzo, “Proprietà e controllo dell'impresa in crisi” en Rivista delle Società, settembre-ottobre 2004, pág. 1041, específicamente, pág. 1074, especialmente, pág. 1079.

⁴⁸ STOLL, H. y MORAHT, J., “La insolvencia del derecho privado alemán en los años 1990 - 1991”, traducción J. Santos Briz, en Revista de Derecho Privado 1993, pág. 1111 y ss..

Adviértase que no nos incorporamos en la tesis pesimista de la escuela económica del derecho (Bowers), quien sostiene que las soluciones se logran al margen de este juicio, donde muchos profesionales lucran con ello. Los grandes acreedores ya constituyeron hipotecas o garantías, participar en el juicio concursal es ineficaz. En ese sentido, Thomas H. Jackson (EE.UU.) expresa “*como muchas especias arruinan la sopa, muchas funciones arruinan el derecho, opacan la verdadera función del derecho concursal*”. Y al lado de esas posiciones nihilistas, los constructivistas dentro de esa misma escuela optan por la preparación de un plan de reorganización de la sociedad con los acreedores y accionistas, con una huida de la judicialidad. ¿Hacia dónde deberían tender las nuevas técnicas jurídicas en torno a la insolvencia? Volver al redil, a las normas societarias.

Si no existe precepto alguno que limite la libertad de los socios fundadores para determinar la cifra concreta de capital social, ni que establezca la obligación de éstos de establecerla de conformidad con las necesidades financieras de la empresa social, prohibiendo la infracapitalización material de la misma, ello no impide que el deber de los socios y administradores de procurar una adecuada capitalización de la sociedad esté reconocido a nivel normativo⁴⁹, aunque sea casi imposible fijar con criterios apriorísticos cuales son las necesidades financieras de una determinada actividad empresarial⁵⁰.

⁴⁹ Así lo reconoce PAZ-ARES, C., “La infracapitalización. Una aproximación contractual”, RdS, N° 2 1994, pág. 262) que parte de la premisa de que en nuestro ordenamiento se consagra -de manera implícita- un deber de capitalización adecuada y, por tanto, la responsabilidad de los socios por infracapitalización. Para MASSAGUER, J., *El capital nominal RGD*, 1990, pág. 5571) en el ordenamiento jurídico español, el principio de adecuación entre la cifra de capital social y las necesidades financieras de la empresa, de congruencia con el objeto de la sociedad, se halla presente, sobre todo, en el art. 260.3 L.S.A., puesto que éste incluye entre las causas de disolución de la sociedad anónima la “imposibilidad manifiesta de realizar el fin social”. También encuentra base legal en el art. 167 LSA que reconoce el derecho de oposición de los acreedores en los casos de reducción del capital social. Conf. BOLDÓ RODA, Carmen, “La doctrina del levantamiento del velo en el derecho español”, en *Ensayos de Derecho Empresario N° 4, In Memoriam Francisco Quintana Ferreyra*, Córdoba, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba y Facultad de Derecho y Ciencias Sociales U.N.C., 2008, director: E.H. Richard.

⁵⁰ MASSAGUER, J., *El capital nominal...*, op. cit., págs. 5567-5570.

2. Ante falta de disposición normativa existe la posibilidad de enfocar el problema de la infracapitalización desde la óptica de la *responsabilidad de los administradores*. Así se contempla en Francia, con la *action en comblement du passif*, que establece en sede concursal la sanción a la infracapitalización⁵¹. Lo mismo sucede en Italia, por la aplicación de la acción del art. 2449 del Codice Civile⁵². Si bien en España no existen normas similares⁵³, la aplicación del art. 262.5 de la L.S.A., puede llevar a obtener resultados semejantes⁵⁴.

Con ello se seguiría el “modelo italiano” de tratamiento positivo de la infracapitalización material, basado ante todo “*en la función empresarial del capital social y, por tanto, en soluciones que atienden a la ineptitud del fondo patrimonial que esconde para la explotación de la empresa social y, por ello, para la realización del objeto social*”⁵⁵.

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.

⁵¹ Art. 180 de la ley 85-98 del 25 de enero de 1985 *relative au redressement et à la liquidation judiciaires des entreprises*.

⁵² Cuando se ha continuado en la gestión social una vez acaecida la infracapitalización o la pérdida del capital social, causas de disolución contempladas en los números 2 y 4 del art. 1448 del Codice Civile.

⁵³ Sobre esta cuestión, confr. MASSAGUER, J., *La reintegración a la masa de los procedimientos concursales*, Barcelona, 1986, pág. 168.

⁵⁴ Conf. MASSAGUER, J., *El capital nominal...* cit..

⁵⁵ Conf. OTXOA-ERRARTE, “Comentario a la resolución de la Dirección de los Registros y del Notariado del 22 de junio de 1993. La infracapitalización CDC”, septiembre 1994, pág. 284), también en Alemania, últimamente, parece que un sector doctrinal propugna, frente a la responsabilidad por infracapitalización material, la responsabilidad de los administradores que nace en los casos en que el sobreendeudamiento es presupuesto para la apertura de un procedimiento concursal y existe retraso por parte de los mismos en instar dicho procedimiento ante esa situación (§ 823.2 BGB y § 830 del mismo texto legal, aplicable a los socios cuando haya por su parte algún tipo de colaboración en esa actuación).

3. La conservación de la empresa estructurada societariamente es un problema de los administradores y de los socios⁵⁶. 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 judicial⁵⁷, incluso cuando no lo hubieran logrado inicialmente por la vía prevista de capitalización de pasivo (art. 197 L.S.). Esta última es cuidadosamente ignorada en la presentación concursal...

Son los socios los que deben asumir las soluciones, no los acreedores, conservando la empresa que desarrolla la sociedad que constituyeron, o disolviéndola.

Sostuvimos que los administradores de esas sociedades, y los socios de control, ante la crisis no adoptan ninguna de las medidas o vías que les ofrece el sistema societario: no llaman formalmente a los socios a considerar como afrontar la crisis. No se expresa ello ni en asambleas ni en reuniones generales, y menos aún se les convoca para aumentar del capital social, su reintegración, reorganización de la empresa, venta de activos inactivos, y particularmente a una capitalización de pasivos por negociación con acreedores. No asumidos los problemas de la crisis en lo básico, la discusión debería recaer en la disolución por alguna causal, fundamentalmente por la imposibilidad sobreviniente de cumplimiento del objeto social, como forma de exteriorizarse la idea de empresa.

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

⁵⁶ “La conservación de la empresa” en *Anales* de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, t. XXV, pág. 107 y ss., correspondiendo a mi comunicación en ocasión de recibir el Premio Academia en 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..

⁵⁷ 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%.

aquellas que registran fianzas de los socios de control o administradores, e incluso la decisión de no aumentar capital social y devolver aportes irrevocables. Ello ha llevado a diversas respuestas de la legislación, particularmente a la revocabilidad de esos actos y la apreciación de esos créditos como subordinados.

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.

En cambio la quita y espera lograda en un concurso, enriquece a los socios que no capitalizan, además de los altos costos de transacción, y las maniobras por las que terceros adquieren créditos con grandes desembolsos para luego renunciar a su íntegro cobro votando quitas y esperas predatorias para imponérselas a los acreedores convocados.

El cuestionamiento se consolida toda vez que los propósitos del derecho concursal (sobreser el estado de cesación de pagos, asegurar la conservación de la empresa) pueden lograrse compartiendo los socios con los acreedores la titularidad del capital social. Creemos haber dejado de resalto los remedios disponibles, requiriendo el debate profundo para devolver la eficiencia del derecho de crisis, sin responsabilidad para los administradores societarios o los socios.

4. En las relaciones de cambio el valor justicia tiene una dimensión, que en épocas de crisis fue paliado con el “esfuerzo compartido” al romperse el sinalagma contractual por eventos ajenos a la voluntad de las partes (crisis sistémica por decisión política). En las relaciones de organización la cuestión tiene similar característica pero otra proyección. Y esa proyección toma especiales características cuando existe una “empresa”. Allí el valor solidaridad, esfuerzo compartido, desaparece en torno a un sujeto de derecho, para volcarse en la actividad -que es como concebimos a la idea de empresa-. Sin embargo, con visión de las relaciones de cambio, 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. Ello es congruente con la axiología expuesta.

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 sostuvimos en 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”*.

Congruentemente como lo señalan Barreiro y Truffat: *“lo dirimente es poner la cuestión en manos de los socios. Estos tal vez decidan la capitalización de la empresa o admitan su fusión por absorción con otro ente más saludable”*. Omiten la más sensata medida, que es la capitalización de las deudas, que luego receptan cuando enfrentan -a mi entender es su único error- mi visión con la de Lorente: *“Se verá a continuación que sobre el punto hay dos visiones: una extrema (la de Richard) quien quiere que los administradores respondan, incluso, por la socialización de pérdidas que importan las soluciones preventivas. Otra más moderada (la de Lorente) -que es la que nos resulta más cercana- donde lo que se pretende es que el énfasis del rescate de la empresa esté en preservar a ésta y al el interés de los acreedores, antes que al interés de los socios”*. Y páginas más adelante concluyen apoyando la posición de Lorente: *“Ya no se trata tanto de que alguien responda por los ‘daños’ de la insolvencia sobre el patrimonio de un acreedor concreto (aunque esta hipótesis no es descartable) sino que -frente al desangelado fenómeno de la insolvencia- las cargas del daño se repartan equitativamente; siendo intolerable que el sacrificio de los acreedores permita a los socios tener una sociedad renacida. Si hay padecer deben sufrirlo todos, pero, en especial, los dueños. Si hay éxito deben gozarlo todos, pero, en especial, los acreedores”*. Hay daño y hay formas prioritarias de enfrentarlo en beneficio de la empresa conforme al “esfuerzo compartido”.

Nos hemos apoyado en la *absolute equity rule*⁵⁸ -recordada por Lorente-, para sostener la necesidad de aplicar el art. 197 2º L.S., sobre

⁵⁸ En las Segundas Jornadas Interdisciplinarias Concursales del Centro, Córdoba, 2005 que compartimos con Truffat, en las Jornadas Italoargentinas de Derecho, Córdoba, 2005 y luego en Barranquilla.

capitalización del pasivo si es que los socios no quieren capitalizar, antes de pensar en presentarse en concurso. Y que las propuestas son abusivas, incluso inconstitucionales ⁵⁹ si junto a las quitas y esperas no hay una capitalización de la diferencia, pues en caso contrario hay un despojo a los acreedores en beneficio de los socios. Una propuesta de quita y espera sin esa contrapartida en la participación en el capital, o alguna forma de negocio participativo, es inconstitucional por violar el derecho de propiedad (art. 17 C.N.).

5. 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 doctrina ⁶⁰, pero se asienta en la necesidad de que la cuestión se ponga en manos de los socios al determinar que la capitalización de la sociedad en crisis -sea la reconstitución del capital o la capitalización- o insolvente, requiere una decisión del órgano de gobierno, partiendo de la situación patrimonial determinada al tiempo de presentación en concurso preventivo conforme un balance extraordinario ⁶¹.

⁵⁹ Comunicación al Primer Congreso Hispanoamericano de Derecho Concursal, Barranquilla, octubre 2005, “Reforma concursal: ¿de ideas o de normas?” en el CD editado por el Congreso, y “Hacia la desjudicialización de las crisis: la conservación de la empresa”, comunicación en la Jornada Internacional de Derecho Concursal, Cali -Colombia- martes 18 de octubre de 2005, Facultad de Humanidades y Ciencias Sociales, carrera de Derecho de la Pontificia Universidad Javeriana, y Cámara de Comercio de Cali, o ambos en la página electrónica de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba www.acader.unc.edu.ar, y antes “Propuesta abusiva” para elDial.com en agosto de 2005 y también en esa página electrónica de la Academia y artículos similares en prensa en Zeus, Córdoba y Santa Fe.

⁶⁰ 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, 1934, pág. 209 ss..

⁶¹ “La ricapitalizzazione della società in crisi o insolvente richiede anzitutto, partendo della domanda di concordato preventivo o della dichiarazione di fallimento, l’elaborazione di un bilancio ordinario infrannuale o straordinario, redatto secondo criteri contabili consoni alle prospettive della ristrutturazione risultanti dal piano collegato alla proposta di concordato (confr. COLOMBO, G.E., *Bilancio d’esercizio e consolidato*, in *Trattato delle società per azioni*, diretto da G.E. Colombo e G.B. Portale, 7ª, Torino, 1994, pág. 28 y ss.; M. CARATTOZZOLO, *I bilanci straordinari*, Milano, 1996, pág. 579 y ss.; P. AFAMENI *Perdita del capitale bilancio straordinari*, Milano, 2004, págs. 23 ss. y 97 ss..

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 sociales ⁶².

Y así están las cosas. “*Se advierte... una tónica uniforme que exterioriza disconformidad frente a la insatisfacción de los sistemas destinados a regular las crisis empresarias, y en suma, el fracaso de la legislación, lo que constituye una causa determinante de sucesivas reformas en búsqueda irrenunciable de la estrella polar de una solución imposible*” ⁶³, es que ante la crisis económico-patrimonial-financiera de las sociedades, la misma debe ser asumida desde el derecho societario. Sólo fracasadas las acciones previstas en el mismo, para conservar la empresa podrá afrontarse el camino concursal, con el debido equilibrio entre acreedores y socios.

El derecho societario comparado es suficientemente uniforme para admitir (e imponer) estas conductas.

Tale “piano” potrà preveder infatti, secondo i casi, la continuazione dell’impresa, la dismissione di latuni cespiti o rami diazienda in funzione del suo risanamento e anche la totale cessazione dell’attività, nel’ottica di una liquidazione volontaria, prevedibilmente piú profittevole, del patrimonio sociale...”, GUERRERA, Fabrizio - MALTONI, Marco, “Concordati giuiziali e operazioni societarie di ‘riorganizzazione’” en Revista delle società, anno 53, 2008, pág. 18, especialmente, págs. 62/3.

⁶² GUERRERA, Fabrizio y MALTONI, Marco, “Concordati giuiziali e operazioni” cit., págs. 22/3; D’ALESSANDRO, A., *La crisi delle procedure concursali*, pág. 355; STANGHELLINI, LORENZO, *Creditori forti e governo della crisi d’impresa*, Fallimento, 2006, pág. 145 ss..

⁶³ DASSO, Ariel Angel, *Tendencias actuales del derecho concursal*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 1999, pág. 49.

6. Hay que tener en cuenta los comportamientos, particularmente cuando existe una empresa organizada y actúan numerosas personas físicas vinculadas directa o indirectamente con su propiedad, control, administración, dirección, fiscalización y auditoría, de los cuales se puede “predecir su comportamiento. Un modelo, por ejemplo puede trabajar con agentes imperfectamente informados o perfectamente informados y, a partir de allí, intentar predecir su comportamiento frente a ciertas elecciones... en lo que hace específicamente a las posibilidades de insolvencia voluntaria, consideradas como alternativa de elección factible y una materia de diseño institucional, el tema parece guardar una relación central con algunos aspectos del análisis financiero, con un campo de desarrollo particularmente digno de explorar”⁶⁴.

Miremos la realidad de las sociedades comerciales que se presentan en concurso para suspender una subasta en un juicio que lleva muchos años, sin presentar todos los libros por situaciones “accidentales”, donde el informe general del síndico determina que operaron en cesación de pagos durante muchos años, y sin planificación evidenciada alguna proponen propuestas írritas, cuestionándose por falta de causa créditos suscritos por los mismos administradores actuales sin que sean removidos, donde las mayorías son obtenidas con diversas estrategias. Ideas suelen oscurecer el discurso: - La suerte de la empresa que se desarrollaría como objeto de la sociedad concursada, que muchas veces ha sido sellada por el desvío de bienes y de la misma empresa, a través de un trasvasamiento. El argumento de conservación de la empresa aparece al homologar un acuerdo que carece de toda planificación de aseguramiento, aunque fuere eventual. La conservación con carácter programático pero como concepto indeterminado. Parece un fin, objetivo o bien jurídico de las normas, no escrito, y que no ha sido cuidado por la concursada que no parece haber adoptado ninguna de las medidas que le impone la ley societaria, como un orden jurídico imperativo. O sea que las conductas de los administradores no aparecen inspiradas en el mismo objetivo que lue-

⁶⁴ ACCIARRI, HUGO A.; CASTELLANO, Andrea y BARBERO, Andrea, “El problema de la insolvencia en el derecho de daños” en *Derecho y economía*, J.A., 2008 -I- número especial 19 de marzo de 2008; coordinador: Hugo A. Acciari, pág. 2 y ss., especialmente, pág. 17.

go sirve para una homologación opinable. Tampoco aparece en ninguna norma de la ley de concursos la conservación de la empresa, que ha intentado ser asegurada en la quiebra con criterios extranormativos inspirando reformas, sólo en la homologación.

El derecho debe ser interpretado de manera favorable a los ideales en cuestión, constructivamente integrando normas, de derecho constitucional de propiedad, de derecho penal de no entorpecer la normal marcha de la empresa, de derecho civil de indemnizar si se daño y de derecho societario de adoptar tempestivamente las medidas que aseguren la funcionalidad regular de la sociedad. Nunca convirtiéndose en una forma de beneficiar a los socios pese a su desinterés en capitalizarla, afectando inconstitucionalmente a acreedores con quitas ilegales.

La visión es hasta ahora exclusiva desde una apreciación limitada al derecho concursal como eje de la solución de las crisis, sin mirar el sistema de organización del sujeto en crisis.

Los ideales no suelen ser eficaces sino en la medida en que tengamos claro, junto con su idea misma, todo lo que debemos hacer. Y en este caso si nos referimos a la conservación de la empresa debemos revisar qué hicieron antes los administradores del ente en crisis, de sociedades que mágicamente señalan como única solución una propuesta írrita aprobada sospechosamente por mayorías obtenidas por terceros no convocados, y por tanto, no legitimados, muchas veces sociedades *off shore* de paraísos fiscales, o excluyendo a acreedores convocados por supuesto interés contrario... con la propia concursada.

Pero la realidad parece escapar de esa normativa, y la actual crisis financiera global lleva a pensar en ello. “*La conclusione é que la l’etica non é un valore dell’impresa ma un limite*”⁶⁵.

Se ha dicho que el rol de la ética en la definición del desenvolvimiento de la empresa, a propósito de la doctrina y práctica de la responsabilidad social empresaria se encuentra en crecimiento⁶⁶. Se cuestiona, citando a

⁶⁵ DI SABATO, Franco, “I fini sociali dell’impresa etica” en *Rivista delle Società*, anno 51^a / 2006, pág. 633 y ss..

⁶⁶ SCOTTI CAMUZZI, Sergio, *Rileggendo*, “Recenti mutamenti nella struttura e nella gerarchia dell’impresa” di Luigi Mengoni, en *Rivista delle Società*, anno 53, 2008, pág. 362 y ss..

Milton Friedman que se suele plantear ello desde las posiciones cínicas o amorales, sin considerar situaciones de mercado global que imponen muchas veces trasladar una empresa a otro país. Este es otro tema, ajeno a la insolvencia pues ese traslado normalmente está unido a un cuidadoso cumplimiento de las obligaciones laborales, contractuales y fiscales.

Es que la “ética” y la técnica que impone asumir la crisis en la organización societaria, aparece diluida por una idea utilitaria: que los costos de superar la crisis los soporte “otro”.

VIII. El sexto tema: sobre quién debe soportar los costos de superar la crisis

Resulta fundamental para el análisis de un sistema normativo esclarecer cual es el bien jurídico que el ordenamiento intenta tutelar, tratando de corroborar las hipótesis. Adelantamos que la eliminación de la cesación de pagos aparece unida casi indisolublemente con la conservación o la rehabilitación de la empresa.

Y que esa eliminación implica costes, alteraciones en los repartos. En una palabra soportar los costes de superar la crisis.

1. El presupuesto substancial incuestionado para la apertura de concursos es la cesación de pagos. En nuestro sistema ha sido recibida plenamente la tesis de Bonelli, quien considera que dicho estado se manifiesta por cualquier acto o hecho que lleve certeza de tal situación ⁶⁷. Este hecho objetivo puede ser nominado de otras formas: estado de insolvencia, cesación de pagar, sobreseer o suspender los pagos, *insolvenza*, *oberschuldung* ⁶⁸. Se trata en definitiva de describir un estado de impotencia patrimonial para atender las deudas exigibles con los bienes normalmente realizables.

La empresa, el cumplimiento del objeto, es inviable por la insolvencia, conservarla es eliminar la insolvencia, hacer viable la empresa.

⁶⁷ *Del fallimento*, Milán, 1923, t. 1, Nº 46.

⁶⁸ CÁMARA, Héctor, ob. cit., t. 1, pág. 235 y ss..

Todo el sistema general del cumplimiento de las prestaciones derivadas de los repartos determinados por los negocios jurídicos, aparece convulsionado por el estado de cesación de pagos de una persona, como centro de un haz de derechos y deberes subjetivos. La importancia de la presencia de esa persona y de ese haz de relaciones en el campo jurídico-económico es la que generará mayor o menor desequilibrio en el sistema. Quizá la menor importancia de las prestaciones a cumplir por algunas personas permite que el sistema jurídico tradicional asegure el equilibrio o la estabilización de los desequilibrios producidos por ese sistema tradicional de hacer justicia, y el estado de cesación de pagos de esas personas no genere un impacto general en la sociedad que afecte algún valor sustancial, que imponga al Estado una presencia a través de una legislación específica que imponga distribuciones imperativas, cual la legislación concursal.

Reconstruir y mantener consolidado un patrimonio es una forma de eliminar la insolvencia que recaía sobre un patrimonio al que se habían excluido o sustraído determinados bienes. Eliminar créditos ilegales tiene la misma finalidad, evitando que incidan sobre la incapacidad financiera del patrimonio.

La formulación de los acuerdos y la decisión sobre su homologación debe construirse sobre la posibilidad, cierta de la eliminación del estado de cesación de pagos. Cuando no es superable esta situación económica, se tiende a eliminarla con relación a la empresa ⁶⁹, liquidándola, en funcionamiento pero libre del estado cesación de pagos que recaerá sobre el patrimonio que queda como prenda común de los acreedores constituido por el precio de venta y otros bienes del concursado. El fin de la ley está concluido: se ha liberado del estado de insolvencia a los fondos productivos. La confianza del crédito queda restituida.

Devolver la potencialidad productiva puede aparecer como un bien común. Eliminar los factores que impiden que se generen bienes, se multipliquen las relaciones jurídicas de contenido económico conforme el efecto multiplicador de las mismas, esparciendo riqueza y libre de los riesgos de incumplimiento, resulta tutelable. Esto aparece compuesto por el proceso concursal] conforme los efectos de su apertura, por las posibilidades

⁶⁹ La expresión “empresa” está tomada como grupo de bienes integrados para un fin productivo o de servicios, en actividad productiva o con potencialidad inmediata de actividad productiva.

de concertación y colaboración con los acreedores a través del acuerdo, o con la continuación de la empresa, o con el avenimiento, o con la liquidación de la empresa, libre del estado de cesación de pagos y del empresario que generó y no pudo resolver ese estado de cosas.

2. 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. 1 se entenderá por “Acreedores reconocidos, a aquéllos que adquieran tal carácter por virtud de la sentencia de reconocimiento, graduación y prelación de créditos”. Este es un tema muy importante pues importa una cuestión de legitimación substancial y procesal, que regla las relaciones entre los acreedores convocados y concurrentes a este proceso de reorganización. En el derecho portugués de la última década señala la Ordenanza respectiva en el párrafo primero: “el procedimiento de insolvencia tiene por finalidad satisfacer colectivamente a los acreedores del deudor mediante la realización de su patrimonio y la distribución del producto resultante, o mediante un plan de insolvencia en el que se contenga una reglamentación diferencia especialmente dirigida a la conservación de la empresa”.

La “conservación de la empresa” aparece así como declaración de interés público, y objetivo normativo-legislativo. Más limitadamente la ley colombiana se expresa en torno a la “dirección general definida para el manejo y destinación de los activos, con miras a lograr propósitos de pago y de reactividad empresarial”.

Nos preocupa -como venimos desarrollando- la comprensión de la expresión “conservación de la empresa”, usado latamente particularmente por alguna doctrina concursalista ⁷⁰, y recogida sin mayores ex-

⁷⁰ Volviendo a las referencias de Maffía: “Instituto” en el Diccionario de la Real Academia sólo encuentra una insinuación en “Finalidad, objetivo, competencia”, y

plicaciones -o peor aún justificación para el caso concreto- por la jurisprudencia.

Conservar la empresa no es lo mismo que reactivarla. 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 como un imperativo del derecho concursal. Al no haber podido conservar la empresa eficiente, al no haber podido superar la crisis por los medios normales al alcance de toda organización, debe intentarse la reactivación que aparece como un imperativo de la legislación concursal. Y diferencia entre conservación y reactivación parece justificar la apertura de procedimientos de crisis ante la mera avizoración de la crisis, conservando así la empresa y no meramente reactivándola.

Para que la conservación de la empresa represente un verdadero principio debe tenerse presente el complejo de *intereses* que concurren en su mantenimiento, que no son ya los mismos que generaron su advenimiento -limitados a la decisión empresaria que generó el aporte patrimonial para su fundación-. Se trata de los “intereses diversamente vinculados” a través de la conservación de la empresa: de los trabajadores, los proveedores, los clientes, la comunidad nacional, el mercado en su conjunto y el estado. Es que *“Los intereses mencionados gradúan, en mayor o menor medida, según el caso el giro y el contenido de las modernas legislaciones concursales”*⁷¹.

3. “Conservación” como principio axiológico o normativo resulta un imperativo impersonal. Es fundamental atribuir una “acción”, la que por tanto debe “conservar” la empresa; luego atribuir el deber, obligación o función. Esa atribución recae indubitablemente en el legitimado para operar ese patrimonio, su propietario o su administrador. O sea que el titular

Cabanelas 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 juriconsultos”.

⁷¹ ALEGRÍA, Héctor, “Diálogo de economía y derecho y convergencias culturales y sociales en la insolvencia” en L.L., diario del 9/5/07, págs. 1 a 10.

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.

La lectura de la legislación concursal colombiana nos da pistas universales. Normalmente dentro de un patrimonio que actúa en el mercado existe una organización: una empresa, gran empresa, pequeña empresa o microempresa.

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

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

Apuntamos que esos estados de “cesación de pagos” siempre son reversibles dentro del propio sistema societario, 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 exige previamente la ley colombiana.

Esa reciente ley colombiana del 27/12/06 establece el “Régimen de insolvencia empresarial”, declara que el régimen de insolvencia propicia y protege la buena fe en las relaciones comerciales y patrimoniales, destacando como principios la universalidad, la igualdad de los concurrentes, la eficiencia e información, la negociabilidad, reciprocidad y gobernabilidad económica manifestada en una “dirección general definida para el manejo y destinación de los activos, con miras a *lograr* propósitos de pago y de *reactividad empresarial*”.

Fija claramente el objetivo de “reactividad empresarial”, o sea de conservación de la empresa. Esta legislación es preclara al manifestar: “Finalidad del régimen de la insolvencia... tiene por objeto... la recuperación y conservación de la empresa como unidad de explotación económica y fuente generadora de empleo, a través de los procesos de reorganización y de liquidación judicial, siempre bajo el criterio de agregación de valor. El proceso de reorganización pretende a través de un acuerdo, preservar empresas viables y normalizar sus relaciones comerciales y crediticias, mediante su reestructuración operación, administrativa, de activos o pasivos” en su art. 1º primero segundo párrafos.

La visión de las normas societarias como preventivas resulta del art. 10 que impone que la solicitud de reorganización debe presentarse con la acreditación de “No haberse vencido el plazo establecido en la ley para enervar las causales de disolución, sin haber adoptado las medidas tendientes a subsanarla”.

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

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

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

Descartada esa viabilidad debe estudiarse la posibilidad de escindir ese patrimonio separando la porción de bienes (materiales e inmateriales) organizados para el cumplimiento de alguna de las actividades u objeto sociales (ya que el patrimonio podría albergar a varias “empresas”). Y en vista de esa escisión, que de no ser voluntaria debe llevar a la quiebra como forma de escisión coactiva, debe determinarse si existe alguna “empresa” viable, dentro de ese patrimonio. La viabilidad estará determinada por la constatación de los dos atributos que hacen a la existencia misma de una empresa desde el punto de vista económico y político, su economicidad y su solidaridad, pues una empresa no sólo debe ser una organización económica ⁷², sino solidaria ⁷³, lícita y viable.

La empresa que no es autosustentable no es empresa ⁷⁴.

Resulta paradójico que ese cúmulo de herramientas que brinda o brindará la legislación concursal no aparezcan concatenadas en un orden, una axiología, valores determinantes, al producirse la ruptura del sistema contractual autorizando el incumplimiento generalizado de la mayoría de las obligaciones.

También ello lleva a cierta perplejidad por cuanto no siempre aparecen las herramientas vinculadas a la exteriorización de un plan de negocios para suponer que las mismas serán eficientes. Plan de negocios que hoy esta vinculado indisolublemente a la decisión de cualquier emprendimiento, de la formalización de cualquier inversión.

Y resulta más sorpresiva la cuestión, por cuanto las sociedades requieren los remedios concursales sin que se advierta que han intentado los remedios societarios.

Se dice que cuando existen dificultades los socios ya no tienen interés de poner más dinero, pero tampoco se invita a los acreedores a parti-

⁷² Empresa económica implica la viabilidad de la empresa, de la empresa que no lleva en su seno su autodestrucción por económicamente inviable (confr. RICHARD, *La conservación de la empresa* cit..)

⁷³ La empresa, aunque sea económicamente apta no puede actuar contrariamente al medio social, sería una actividad ilícita, como lo es contaminar (confr. RICHARD, Efraín Hugo, *Sociedad y contratos asociativos*, Buenos Aires, Zavalía, 1989, Cap. “La empresa”).

⁷⁴ 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.

cipar en el negocio, y si se requiere a éstos un sacrificio que al alterar la composición del patrimonio les enriquece directamente.

Se enfrentan así dos aspectos: uno axiológico y uno económico, ambos faltantes en la mayoría del uso de esas herramientas. El axiológico como valor indicativo de la estructura normativa que ha de guiar a los concurrentes, a la deudora, sus administradores y fundamentalmente al juez para aplicar la norma y entender que no es abusiva una solución y, por tanto, no contraria a derecho. Y la económica porque se excluye lo que la economía no dubita en exigir para catalogar un negocio: el plan de empresa, el plan de negocios, la rentabilidad y posibilidad del proyecto o de la solución proyectada u ofrecida.

Si no se ven usadas las medidas que impone el derecho societario, u ofrece, parece que no existiría ninguno de los principios, ni el jurídico ni el económico, respetados, y que o es un salto al vacío o se intenta ocultar el enriquecimiento incausado que resulta del incumplimiento -en muchos casos, programado-.

Nuestra concepción sobre la empresa es desde el derecho societario, en la idea que es la forma normal de organización de las empresas de mayor significación económica⁷⁵. Por otra parte, la construcción del sistema societario es similar en la totalidad de los países iberoamericanos y la visión, esbozada concretamente desde un derecho nacional, permite su expansión.

5. Nuestra tesis es que la crisis debe ser asumida por administradores y socios desde la normativa societaria, similar en todos los países. Hemos constatado en la práctica argentina que los administradores de esas sociedades, y los socios de control, ante la crisis no adoptan ninguna de las medidas o vías que les ofrece el sistema societario: no llaman formalmente a los socios a considerar como afrontar la crisis. No se expresa ello ni en Asambleas ni en Reuniones Generales, y menos aún se les convoca para aumentar el capital social, reintegración del mismo, reorganización de la empresa, venta de activos inactivos, y particularmente a

⁷⁵ Conf. QUINTANA FERREYRA, FRANCISCO y RICHARD, Efraín Hugo, "La conservación de la empresa en las leyes de sociedades 19550 y de concursos 19.551" en RDCO, 1978, 1376.

una capitalización de pasivos por negociación con acreedores -art. 197 L.S.A.-. No asumidos los problemas de la crisis en lo básico, la discusión debería recaer en la disolución por alguna causal, fundamentalmente por la imposibilidad sobreviniente de cumplimiento del objeto social, como forma de exteriorizarse la idea de empresa.

Lejos de ello, se suelen advertir maniobras oscuras y contrarias a deberes fiduciarios de los administradores tales como devolución de préstamos a personas vinculadas, o satisfacción de cuentas personales, o de aquellas que registran fianzas de los socios de control o administradores, e incluso la decisión de no aumentar capital social y devolver aportes irrevocables. Ello ha llevado a diversas respuestas de la legislación, particularmente a la revocabilidad de esos actos y la apreciación de esos créditos como subordinados.

Adviértase que la referida norma colombiana se enrola en esta visión, pues impone, como vimos, el “No haberse vencido el plazo establecido en la ley para *enervar las causales de disolución, sin haber adoptado las medidas tendientes a subsanarlas*”, como condición del uso de las herramientas concursales. Adviértase la sencillez preventiva del precepto, que impone el tratamiento de las causales disolutorias, para lograr el equilibrio a bajo costo, como 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.

Al referirnos a la empresa y su conservación introducimos varios problemas temáticos: 1°. Nos referimos a la actividad empresarial o a la organización que la sustenta, en este último caso debemos pensar en las soluciones que brinda el marco regulatorio de la propia organización, 2°. Nos referimos a conservar a los propietarios de la organización, ello no lo es necesariamente ni dentro de la propia regulación de la organización, y menos aún en la concursal que brinda soluciones heterónomas. 3°. Cuando la organización que sustenta la empresa no ha optado por las soluciones de su propio régimen, que debe tener en cuenta el sistema concursal al referirse a la conservación de la empresa.

Se trata de soluciones inmediatas, a través de conservar la organización, y de soluciones mediatas a través del sistema concursal. Los costes de mediación jurídica y la eficiencia varían en cada uno de los casos y se impone su análisis -no necesariamente en este ensayo sobre la axiología-

Y dentro de cada sistema el orden de los repartos, el valor justicia.

Impone la racionalidad, incluso desde visiones pragmáticas, de mercado, económicas, considerar la viabilidad empresarial desde la sustentabilidad de los negocios, que se impone no sólo desde la responsabilidad social empresaria, sino desde la teoría general de la responsabilidad civil como venimos sosteniendo.

Fundamental es una visión global del problema, del bien jurídico tutelado o que se pretende tutelar por el sistema concursal, de la existencia de normas preventivas en el sistema general del que aquél nos aparta, y de las estrategias que se desarrollan en los procesos concursales, para determinar su funcionalidad en la intersubjetividad de intereses o su abusividad para lograr propósitos no amparados por el sistema. También la necesidad de distinguir entre la sociedad, la empresa, los socios y los administradores. El sistema concursal no puede amparar a administradores ineficientes, para peor en el intento de enriquecer a los socios.

La protección de la empresa, y de la sociedad que la contiene, pasa por otras vías que no son ni alientan la abusividad en los concursos que debe entenderse como una normatividad de excepción ante situaciones de crisis en las que han fracasado los otros recursos previstos por el derecho.

Desde la óptica de la “empresa” no es relevante quiénes sean los propietarios de las participaciones sociales.

6. Pero ¿quién carga con los costos de conservar la empresa?

Parece que en la actual crisis financiera global el Estado, o sea la comunidad toda.

En el derecho concursal argentino se ha potenciado que las situaciones sean irreversibles, pese a facilitar herramientas al administrador societario a través del acuerdo preventivo extrajudicial⁷⁶, generándose la idea de que los administradores societarios pueden continuar ininterrumpidamente la actividad de la sociedad pese a estar en insolvencia, sin planificación coherente, tratando de obtener más créditos o reciclar el existente, con la misma modalidad que los administradores públicos argentinos afrontaron la deuda externa en la década pasada.

⁷⁶ Sobre acuerdos extrajudiciales ALEGRÍA, Héctor, “Acuerdo preventivo extrajudicial (Caracterización, problemas y acuerdos privados)” en Revista de Derecho Privado y Comunitario 2002-3, *Concursos 1*, pág. 145.

No tenemos dudas que un administrador de un ente personificado tiene la obligación de planificar, y dentro de la lealtad con la que debe desempeñarse un buen hombre de negocios (estándar del art. 59 L.S.A.), se supone que ello es para afrontar la crisis dentro de las imposiciones y previsiones que la ley societaria fija.

Se impone el marco de licitud del obrar de los administradores.

Pero, en la realidad argentina, el dislate es mayúsculo: se pretende que la libertad para decidir la oportunidad de presentar una sociedad en concurso, pese arrastrarse en cesación de pagos, no acarrea ninguna responsabilidad a los administradores, que estos no tienen obligación alguna de planificar ni de afrontar la crisis tempestivamente.

7. Un penalista ⁷⁷ sospecha, en tales casos de la existencia de un verdadero “plan de insolvencia”, cargado de ilicitud. Se refiere a las sociedades que operan con patrimonio inadecuado o se generan sin capital suficiente, *“con capitales de humo..., los vencimientos del pasivo se van postergando y se obtiene refinanciamiento, mediante la exhibición de un **gran patrimonio**, aunque total o parcialmente impago. Con este ardid se obtiene también crédito por parte de los proveedores comerciales que aumentan el pseudo patrimonio o el stock de mercadería, con una descripción que se corresponde a los Informes Generales que los Síndicos formalizan en la mayoría de los Concursos Preventivos (no Quiebra) de Sociedades que han venido operando en insolvencia, lo que califica como ‘ardid’, tipificando así el obrar del que ‘maliciosamente afecta el normal desenvolvimiento’ de una ‘empresa’, cometido a través de un plan, que consiste en tornar a la empresa incapaz de cumplir sus deudas, frustrando las expectativas de los patrimonios de los acreedores”* ⁷⁸. Ese obrar es considerado delictual a tenor de la ley 25.602, que suprimió el delito de subversión económica. Y es un obrar que suelen describir los Informes Generales en los casos de sociedades que han operado largo tiempo en cesación de pagos.

⁷⁷ PALACIO LAJE, Carlos, *Delitos de vaciamiento...* cit..

⁷⁸ PALACIO LAJE, Carlos, ob. cit., especialmente, pág. 59. Se refiere al delito previsto recientemente en el art. 174 inc. 6 C.P..

En general se trata de evitar los delitos que imponen la existencia de quiebra declarada, tales como el del 176.6 C.P. de trasvasamiento de empresa o de insolvencia fraudulenta del 179.2 C.P.

Dicha ley impuso una figura más plástica, aplicable a supuestos donde se ha trabajado sobre una “insolvencia prolongada” o un “plan de insolvencia”, a través de la figura descrita en la nueva norma del art. 174.6 primera parte C.P. puniendo -con 2 a 6 años- a “el que maliciosamente afectare el normal desenvolvimiento de un establecimiento o explotación comercial, industrial, agropecuaria, minera, o destinada a la prestación de un servicio”, como afectación al patrimonio como prenda común de los acreedores ⁷⁹.

El conocimiento de esta figura disuadirá a muchos administradores de continuar el giro de la sociedad administrada en insolvencia, facilitando su recuperación con una actuación temprana, por aplicación de las técnicas societarias y/o concursales.

8. Pero concluyamos que la “conservación de la empresa” impone conductas a ciertos sujetos, y que particularmente sean los beneficiados por la continuidad de la empresa, por su recomposición patrimonial, los que deban soportar los costes de ese “reflotamiento”.

IX. El séptimo tema: la visión integral del problema, y meditaciones conclusivas

Se advertirá que ante el efecto nefasto de la insolvencia no sólo sobre el sujeto contaminado, sino sobre los negocios en general, alguna doctrina -como hemos visto junto con doctrina extranjera- apuntó desde hace muchos años a la actuación tempestiva y a una visión societaria de las soluciones. Así nos motivó, lo que ahora recordamos más orgánicamente.

Ford, Chevrolet y otras automotrices se encuentran sujetas desde hace varios años a un plan de reestructuración para afrontar la crisis patrimonial que ellas mismas denunciaron y a las que se sujetan con variado éxito.

⁷⁹ PALACIO LAJE, ob. cit., pág. 85 y ss..

La insolvencia de una sociedad tiene características particulares, pues la legislación que autoriza la constitución y funcionamiento de ese medio técnico, con libertad jurigenética de personas jurídicas, prevé las dificultades de la sociedad por falta de capital o patrimonio, sea imponiendo la reconstitución del capital social, por propias aportaciones de los socios, de terceros o de los acreedores, o la liquidación ordenada de la misma, al menor costo.

1. En la doctrina italiana se determina que la capitalización de la sociedad en crisis -sea la reconstitución del capital o la capitalización- o insolvente, requiere una decisión del órgano de gobierno, partiendo de la situación patrimonial determinada al tiempo de presentación en concurso preventivo conforme un balance extraordinario ⁸⁰.

En forma alguna pretendemos que el administrador asuma el riesgo del mercado o del error en la planificación, sino que tome conciencia que de una actitud omisiva o desleal puede resultar responsabilidad, si se aparta de ese interés social, o si no adopta las medidas tendientes a su cumplimiento, frustrándolo indirectamente ⁸¹. Concretamente debe poner la cues-

⁸⁰ “La ricapitalizzazione della società in crisi o insolvente richiede anzitutto, partendo dalla domanda di concordato preventivo o della dichiarazione di fallimento, l’elaborazione di un bilancio ordinario infrannuale o straordinario, redatto secondo criteri contabili consoni alle prospettive della ristrutturazione risultanti dal piano collegato alla proposta di concordato (confr. COLOMBO, G.E., *Bilancio d’esercizio e consolidato*, in *Trattato delle società per azioni*, diretto da G.E. Colombo e G.B. Portale, 7ª, Torino, 1994, pág. 28 y ss.; CARATOZZOLO, M., *I bilanci straordinari*, Milano, 1996, pág. 579 y ss.; AFAMENI, P., *Perdita del capitale bilancio straordinari*, Milano, 2004, págs. 23 y ss. y 97 y ss.. Tale “piano” potrà preveder infatti, secondo i casi, la continuazione dell’impresa, la dismissione di latuni cespiti o rami d’azienda in funzione del suo risanamento e anche la totale cessazione dell’attività, nell’ottica di una liquidazione volontaria, prevedibilmente più profittevole, del patrimonio sociale...” GUERRERA, Fabrizio - MALTONI, Marco, “Concordati giuziali e operazioni societarie di ‘riorganizzazione’” en *Revista delle società* anno 53, 2008, pág. 18, especialmente, págs. 62/3.

⁸¹ La preocupación es similar a reparos que nos formalizan los Dasso en nuestras fraternales discusiones en estos congresos y/u otros internacionales, al mismo tiempo que nos alientan a proseguir nuestro análisis sistémico, separándonos de discusiones sobre aspectos formales, meramente doctrinarios o procedimentales. Estas no son diferentes a las que motivaron la primer polémica con Truffat, acompañado de Barreiro, en “Responsabilidad de administradores y representantes en la ley de quiebras: el deber fiduciario de la ley de sociedades, ¿se traslada a los acreedores?” en *Doctrina Societaria y*

tión en manos de los socios, presentándoles algún plan para afrontar la crisis. Es el mismo criterio previsto por Alegría en 1983⁸² al pergeñar las soluciones regladas en los hoy derogados arts. 125.1/125.2 de la ley 19.551, que sometían la validez de los actos a la razonabilidad de un plan, juzgado recién al fracasar pero con la óptica de ser descartable a la fecha de su presentación.

2. 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 doctrina⁸³.

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 sociales⁸⁴.

Con preocupación sobre el abandono de las vías societarias para afrontar la crisis, recogiendo las observaciones doctrinales para asegurar la funcionalidad de las sociedades, evitando generar inseguridad jurídica ante las dificultades patrimoniales, el Anteproyecto de Reformas

Concursal, Errepar, octubre 2005, t. XVII, pág. 1205, que contestamos adhiriendo y tranquilizándolos en “Está lloviendo. ¡Se acabó la sequía!”, en *Doctrina Societaria y Concursal*, Buenos Aires, Errepar, diciembre 2005, N° 217, t. XVII, pág. 1532. De ninguna forma pretendemos que el administrador asuma el riesgo del mercado o del error en la planificación, sino que tome conciencia que de una actitud omisiva o desleal puede resultar responsabilidad.

⁸² Una formula eficaz que evitaba su análisis inmediato, pero que abría la posibilidad de atacar actos, y sin duda generar responsabilidad, ante su insensatez, generada por la comisión integrada por Alberti, Alegría, Farina, Quintana Ferreyra y Obeid.

⁸³ 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, 1934, pág. 209 y ss..

⁸⁴ GUERRERA, Fabrizio - MALTONI, Marco, “Concordati giuiziali e operazioni societarie di ‘riorganizzazione’” en *Revista delle società*, anno 53, 2008, págs. 22/3; D’ALESSANDRO, A., *La crisi delle procedure concursali*, pág. 355; STANGHELLINI, LORENZO, *Creditori forti e governo della crisi d’impresa*, Fallimento, 2006, pág. 145 y ss..

de la Ley de Sociedades (ALS) ha agregado algunas normas que se perfilan tímidamente en la concepción integradora de un derecho concursal moderno ⁸⁵.

O es que ello responde a un plan de insolvencia: administradores y socios de control de la “empresa” en crisis decidan la conveniencia -para ellos- de que los acreedores asuman la crisis y patrimonialicen así la sociedad -al licuar el pasivo- en beneficio de esos socios. Toda quita empobrece a los acreedores y enriquece -poco o mucho- a los socios por la modificación del esquema patrimonial de la sociedad deudora.

3. La doctrina y la legislación mundial es conteste en tratar que la crisis sea asumida lo más rápidamente posible para intentar la “conservación de la empresa en crisis” y evitar el contagio.

¿Cómo asegurar esa actuación temprana, prejudicial, privada, de bajo coste de transacción desde las sociedades en crisis?

Mauricio Yadarola en 1925 expresaba que un sistema concursal debe tener un “plan o método”, conforme el cual las normas “*puedan ser armonizadas en todo momento, mediante la obra de una sabia jurisprudencia*”, proyectando en torno a la situación en “*que puede hallarse un comerciante: simplemente en dificultades para afrontar sus compromisos, más o menos próximos, o ya en estado de cesación de pagos; para el primer caso el pedido de convocatoria es facultativo, ya que conviene dejar librado al propio criterio del deudor, la apreciación de si podrá o no salir de esas dificultades. En el segundo caso, es cuando la cesación de pagos se ha producido, cuando la exigencia amenazante de un acreedor puede llevarlo a pagar a éste, en perjuicio del resto de sus acreedores para evitar un pedido de quiebra, o a realizar operaciones desastrosas con el mismo fin, se hace necesario obligar al deudor a convocar judicialmente a sus acreedores para que, sin más dilaciones resuelvan éstos lo que más convenga a sus intereses comprometidos. Ahora bien, la primera pregunta que surge cuando se establece una cláusula legal con carácter de imperativa, es ésta: ¿cuál es la sanción para el caso de*

⁸⁵ “Tempestividad en la presentación en concurso”, pág. 309 y ss. en el libro *X Jornadas de Institutos de Derecho Comercial*, Córdoba, Advocatus, 2003.

incumplimiento?”⁸⁶. Tal el nudo de la cuestión, lo que preocupa a alguna doctrina hoy, ya había sido requerido y planteado en 1925. Y a ese interrogante hemos tratado de responder señalando que es la responsabilidad de los administradores -y eventualmente de los controlantes- incluso frente al acuerdo concursal homologado.

Si los administradores societarios no formularan un plan para afrontar la crisis y de ello resultara daño, podrían ser responsabilizados, incluso ante la posterior homologación de un acuerdo⁸⁷.

Sin duda la insolvencia -la mera crisis- genera daños en el entorno de la sociedad en crisis. Hasta aquí hemos tratado las referencias a un *plan de negocios* dentro de la insolvencia declarada, para lograr soluciones. Afrontamos ahora un análisis de la insolvencia desde el derecho de daños. Consideramos que operar en insolvencia genera daños. Los incumplimientos dañan, inclusive contagian el incumplimiento y potencian los daños, multiplicándolos.

El bien logrado juego de responsabilidades con la oportunidad de la presentación parece concurrir en forma efectiva para la obtención del objetivo perseguido.

Actuando como buen hombre de negocios, se impone al administrador societario, como deber de lealtad, informar a los socios para que éstos colaboren en la asunción de la crisis. Cumpliendo ese deber, no omitiendo diligencias propias de un buen hombre de negocios no asumen responsabilidad.

⁸⁶ YADAROLA, Mauricio, en *Homenaje a Yadarola*, Córdoba, Universidad Nacional de Córdoba, 1963, t. I, pág. 335 y ss.; *Proyecto de ley de quiebras* con indicación publicado en la Revista de la Universidad Nacional de Córdoba, año 1925.

⁸⁷ Ntra. posición sobre éste y otros aspectos puede verse en *Invalidez societaria*, Buenos Aires, Lexis Nexis, 2007; “Responsabilidad de administradores societarios por insolvencia”, pág. 504 en *Jornadas Italoargentinas de Derecho: perspectivas del derecho entre Latinoamérica e Italia*, Córdoba, Alveroni, 2004-2005, agosto 2006; “Responsabilidad de administradores y socios en caso de sociedad operando en insolvencia” en *Sociedades comerciales. Los administradores y los socios. Responsabilidad en sociedades anónimas*, AA.VV., directores: José M. Embid Irujo y Daniel Roque Vítolo, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2005, pág. 165; “Responsabilidad del directorio por omisión (no liquidarla ni presentarla en concurso y no llevar contabilidad en forma), en Revista de las Sociedades y Concursos, N° 43, Ricardo Nissen (director), 2007, noviembre-diciembre, año 9, pág. 127; “Respuestas a la insolvencia societaria” en L.L. del 24/9/07, pág. 1 y ss..

La planificación, la previsión, el régimen operativo, que debe prever la administración societaria no necesariamente debe ser evaluada. No obstante su exteriorización permitirá en su momento analizar la conducta y responsabilidad de los mismos, y de los fiscalizadores internos. Esa planificación servirá, conforme su razonabilidad –no necesariamente su éxito- para evitar acciones de responsabilidad. Por otra parte, en ciertos supuestos, como lo es para la homologación del acuerdo, ese régimen permitirá un cuestionamiento a la razonabilidad o posibilidad de la propuesta, sea por un impugnante o por el juez.

4. Franco Bonelli ⁸⁸ afronta el supuesto de la continuación de la gestión social después de la pérdida del capital social, con la responsabilidad de los administradores por actos cumplidos en conflicto de intereses, particularmente por daño a una sociedad controlada y daño a la sociedad directamente administrada para aventajar a la controlante o otra sociedad del grupo, una forma de ellas la dirección unitaria.

Llevando la cuestión al justo punto, en *Responsabilidad de los directores al ingresar la sociedad en la zona de insolvencia*, Daniel Roque Vítolo ⁸⁹ apunta a esa responsabilidad, reseñando la legislación de Bélgica sobre la necesidad en las sociedades de preparar un *plan de reestructuración*, y actuar en determinada forma ante la *pérdida de capital*, convocando a una asamblea de accionistas en el plazo de dos meses, decidiendo si la sociedad debe continuar con sus actividades, o en caso de *sobreendeudamiento*, bajo sanciones de responsabilidad y penales; tratando también las leyes de *Israel, Luxemburgo, Polonia, Portugal y Rusia*, sin perjuicio de referencias a las recientes leyes de Alemania, Italia y España.

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 di-*

⁸⁸ BONELLI, Franco, en *La responsabilità degli amministratori di società per azioni*, Giuffrè, N° 135 de los Quaderini di Giurisprudenza Commerciali,

⁸⁹ La Ley 2005-A-1207.

solución 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 sociales (arts. 265 incs. 2 y 5 L.S.A., y 195 inc. 5 LSRL), algo que puede sorprender en sociedades en las que los socios no responden de las deudas sociales (arts. 1º LSA, y 1º LSRL)”⁹⁰. “Con el art. 262 inc. 5 de la ley (española) persigue la misma finalidad. Pero en lugar de quedarse pasivamente esperando a que de forma espontánea los administradores y los socios lleven a cabo las actuaciones conducentes para conseguir la disolución, el legislador del ‘89 da un importante paso adelante: ha configurado un recurso (la extensión de responsabilidad por deudas) para disuadir a los administradores, con una sociedad en estado de disolución entre sus manos, de que contraigan nuevos compromisos con terceras personas; pero un recurso que al propio tiempo facilita el remedio para salvaguardar los intereses de los terceros sorprendidos en su buena fe: los terceros, en caso de incumplimiento por la sociedad deudora, podrán dirigir su poder de agresión contra el patrimonio personal de los administradores a quienes se hace garantes (responsables) solidarios del buen fin de las obligaciones contraídas”⁹¹.

⁹⁰ BELTRÁN SÁNCHEZ, 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*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, Consejo General del Notariado, 2000, pág. 133.

⁹¹ 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*, Madrid, Centro de Estudios para el Fomento de la Investigación, 1997, pág. 2481, esp., pág. 2496. Sobre la responsabilidad por no convocar a junta general o no adecuar los estatutos, sentencia del 30/10/2000, Tribunal Supremo, Sala Civil, pág. 1687; *Tribunal Constitucional*. Sentencias y la sentencia del 21 de diciembre de 2000, pág. 169.

5. Con esta visión se construye un sistema de preconcursalidad desde el derecho societario. Recuérdese que la ley de sociedades argentina autoriza el aumento de capital, la capitalización del pasivo -que es una forma de superar las dificultades y que en tal caso se extinguen las fianzas y garantías personales de terceros-, impone la reintegración del capital social, y soluciones liquidatorias privadas al no poder alcanzarse el cumplimiento del objeto social -empresa-, si los socios no deciden remover el obstáculo, y otorga amplias formas y técnicas de reorganización y reordenamiento del negocio. Con Angel Rojo mantuvimos muchas conversaciones sobre el punto antes de la formulación de los proyectos españoles, lo que nos llevó en 1995 a generar un proyecto novedoso en torno a la responsabilidad de administradores societarios por no haber afrontado la crisis y desde la óptica del derecho de daños ⁹².

X. Reflexiones

Si queremos recoger los frutos de una actividad empresarial libre, dirigida a generar riqueza y puestos de trabajo, la planificación es connatural a la creación de cualquier sociedad o instrumento técnico similar.

Plan de empresa es simplificando, que puede hacerse razonablemente con el patrimonio disponible. Esa previsión razonable -la Memoria en ciertas sociedades- es la que debe usarse como “estándar” para calificar la actividad de un administrador en los términos de un “buen hombre de negocios”. Es un juicio de razonabilidad en torno a la actividad prevista con los medios disponibles.

El plan de empresa o de negocios es el mínimo que puede exigirse a un empresario que genera un negocio y con mayor intensidad si afronta

⁹² En “De la insolvencia”, *In Memoriam* de Héctor Cámara y Francisco Quintana Ferreyra, Córdoba, Advocatus, 2000, comunicaciones al II Congreso Iberoamericano de la Insolvencia, *En torno a responsabilidad y concurso. Un “embrión” de proyecto*, t. III, pág. 313. y *Daños causados por la insolvencia: Acciones individuales de responsabilidad contra administradores de sociedades*, t. III, pág. 549. 8°. Ausencia de sede y responsabilidad de administradores (II). t. III, pág. 579. 9°. Pretensiones patrimoniales y contratos comprendidos en art. 20 ley 24.452, Competencia de árbitro frente al concurso, t. IV, pág. 243.

una dificultad económica o financiera, y más aún si intenta superar un estado de cesación de pagos.

El posterior análisis de ese plan de empresa es el que permitirá evaluar si los propietarios de ese patrimonio o sus administradores son merecedores de un apoyo que no imponga la necesidad de generar la ruptura de la relación jurídica propietario-patrimonio, mediante un juicio coactivo individual o concursal. Es el documento a través el cual podrá mantener o no el apoyo de sus acreedores.

No se trata de revelar secretos comerciales, pero si exponer a la sociedad misma, a los socios, al grupo empresario y a los acreedores las medidas adoptadas para el próximo año, conforme exige una Memoria de ejercicio.

1. 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. Franceschelli⁹³. 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.

Las posiciones doctrinales que hemos seguido imponen mirar hacia la raíz del problema y su integración normativa en el derecho societario y de la organización, sólo así se afrontan los problemas patrimoniales de entes personificados, con congruencia para que éstos puedan cumplir sus objetivos, desarrollando empresas y generando la riqueza que pretendemos distribuir, y que en materia concursal parece apartarse de los valores tradicionalmente aceptados de seguridad jurídica, con justicia y equidad.

La ingenuidad no es buena compañera para analizar problemas de tanta gravitación en la economía nacional de un país.

Existe una axiología del derecho concursal contemporáneo: 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.

⁹³ FRANCESCHELLI, R., *L'apprendistas stregone, l'elisir di lunga vita e l'impresa immortale* en Giur. Comm., 1982, I, pág. 575 y ss..

No hay duda que la cesación de pagos -o su inminencia, la insolvencia o los grados menores de crisis financiera o económica- son las situaciones patrimoniales críticas de un patrimonio que alterando las relaciones individuales permiten la actuación concursal.

2. La conservación de la empresa como expresión significa mantener un patrimonio funcional para el cumplimiento del objeto.

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

3. 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, aumento por capitalización de pasivos, solución esta última que debería anticiparse a la apertura de cualquier concurso, como lo hace la ley concursal de Colombia, vinculando ambas legislaciones.

La conservación de la empresa estructurada societariamente es un problema de los administradores y de los socios. Es una cuestión de derecho privado. Obviamente que tal reorganización podría ser asumida directamente por la sociedad como una propuesta de acuerdo preventivo extrajudicial o judicial, incluso cuando no lo hubieran logrado en un intento absolutamente privado siguiendo la vía prevista de la capitalización de pasivo (art. 197 L.S.), que es cuidadosamente ignorado por los administradores dolosos. A veces sospechamos que los esos administradores ignoran la gravedad de sus conductas por la falta de un adecuado asesoramiento. 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”*.

4. Todo ello es conforme al “*bien jurídico tutelado por la legislación concursal*”⁹⁴ y a las obligaciones-deberes de administradores societarios de actuar como “buenos hombres de negocios”.

Nos apoyamos en la *absolute equity rule*⁹⁵ -recordada por Lorente-, para sostener la necesidad de aplicar el art. 197 2º L.S. antes de pensar en presentarse en concurso. Y que las propuestas son abusivas, incluso inconstitucionales⁹⁶ si junto a las quitas y esperas no hay una capitalización de la diferencia, pues en caso contrario hay un despojo a los acreedores en beneficio de los socios. Una propuesta de quita y espera sin esa contrapartida en la participación en el capital, o alguna forma de negocio participativo, es inconstitucional por violar el derecho de propiedad (art. 17 C.N.).

A la comunidad, al país, a los trabajadores, a la economía en general, es indistinto quiénes sean los titulares del capital social. Y no puedo aceptar que se enriquezcan quiénes se marginaron del sistema privado de solucionar el problema, que es el societario, 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.

5. Con este homenaje a Jesús Sanguino Sánchez, dejamos abierto la convergencia a una axiología de la empresa, o mejor aún de las relaciones

⁹⁴ RICHARD, Efraín H., “Bien jurídico tutelado por la legislación concursal” en Revista de la Universidad Nacional de Córdoba citado.

⁹⁵ En las Segundas Jornadas Interdisciplinarias Concursales del Centro, Córdoba, 2005 que compartimos con Truffat, en las Jornadas Italoargentinas de Derecho, Córdoba, 2005 y luego en Barranquilla.

⁹⁶ Comunicación al Primer Congreso Hispanoamericano de Derecho Concursal, Barranquilla, octubre 2005, “Reforma concursal: ¿de ideas o de normas?” en el CD editado por el Congreso, y “Hacia la desjudicialización de las crisis: la conservación de la empresa”, comunicación en la Jornada Internacional de Derecho Concursal, Cali -Colombia- martes 18 de octubre de 2005, Facultad de Humanidades y Ciencias Sociales, carrera de Derecho de la Pontificia Universidad Javeriana, y Cámara de Comercio de Cali, o ambos en la página electrónica de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba www.acader.unc.edu.ar, y antes “Propuesta abusiva” para elDial.com en agosto de 2005 y también en esa página electrónica de la Academia.

de organización, para atender desde la genética (concepción) hasta la liquidación (muerte), y a través de su funcionalidad (vida) de la empresa, colaborando con la interpretación constructivista en el perfeccionamiento y simplificación del sistema normativo, y en la predictibilidad de las conductas (de jueces, administradores y partícipes de esas relaciones). Todo ello en pos de la paz social, con mantenimiento de la actividad productiva, un pleno empleo con digno salario, indispensable para evitar marginaciones y asegurar la paz social, hoy profundamente amenazada por las sofisticadas actividades de la actividad financiera global que, en pos de enriquecimientos opinables -cuando no ilícitos- ha sumergido al mundo en una crisis de proporciones aún no advertibles, imponiendo soluciones e intervenciones que no son muy diferentes de las que hemos propiciado en materia concursal.

Así se constituyen como “*Bases substanciales para la conservación de la empresa*” técnicas organizativas básicas como es la existencia -y persistencia- de planes de negocios, y las conductas de los sujetos como tienen como deber-función asegurar esa conservación a través de provisiones derivadas de un plan.

Córdoba (República Argentina), marzo de 2009.

5ª PARTE
CONCLUSIONES

A MODO DE CONCLUSIÓN

Propuestas para la reforma de la ley de quiebras. Perspectiva del derecho de la insolvencia societaria. ¿Cambio de ideas o de normas? La desjudicialización de las crisis *

Con mi agradecimiento a la senadora Liliana Negre por haberme convocado a esta Jornada, va mi disculpa por no estar presente ante una operación de urgencia y la convalecencia que impide el viaje. No obstante hago llegar algunas reflexiones.

1. No existe dudas de la corriente mundial, concordando con Dasso en 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.

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

(*) Senado de la Nación: Jornada de Concursos y Quiebras “Propuestas para la reforma de la ley de quiebras” el 26 de noviembre de 2009, Buenos Aires, con la senadora Liliana Negre, Héctor Alegría, Aída Kemelmajer, Daniel Truffat, Julio Villanueva, Osvaldo Maffia, Lidia Vaiser, Ariel Dasso, Lilia Gómez Alonso de Díaz Cordero, Vicente Aznar y conmigo que, al no poder asistir por estar convaleciente, hice llegar las meditaciones: “Perspectiva del derecho de la insolvencia societaria: ¿Cambio de ideas o de normas? ¿La desjudicialización de la crisis?”

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

Es que 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 a la pérdida del capital social o la imposibilidad sobreviniente de cumplimiento del objeto social. Estas no sólo puede adoptarse, sino que deben afrontarse por los administradores, con la correspondiente planificación y/o reorganización, sometida a consideración de los socios, que pasa básicamente por la reintegración del capital social, su aumento a través de la suscripción preferente de los mismos, o convocando a terceros e incluso a través de la prevista capitalización del pasivo, como forma de asumir el riesgo compartido.

No puede aceptarse que una sociedad recurra al concurso -o al APE- sin antes intentar las soluciones específicas de la ley 19.550, al solo efecto de enriquecerse con una quita y espera, evitando el acceso de nuevos socios.

No puede aceptarse que se indique que la ley concursal argentina no impone un plan de empresa, lo que surge tanto de la ley societaria como de la concursal, que debería anticiparse en la presentación en concurso y explicitarse en la documentación que “integra” la propuesta de acuerdo.

3. Antes de iniciar una reforma de la ley concursal debe:

a. Hacer un seguimiento de los concursos importantes abiertos desde el año 2002 para determinar los resultados económicos de los balances de las sociedades que lograron homologar acuerdos de quita y espera. Daniel Vitolo en el último Seminario de Mar del Plata 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).

b. Catalogar la fecha de la cesación de pagos indicada en los informes generales del síndico.

c. Realizar una meditación colectiva en orden a la integración de las normas societarias-concursales para la prevención y solución de las crisis

empresariales. La desjudicialización de las soluciones de las crisis societarias debería ser la respuesta unánime, sirviendo la vía concursal para casos extremos.

4. Esas apreciaciones han sido recientemente formulada por nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación, en un *obiter dictum* en la causa “Comercial del Plata S.A.” en fallo del 20 de octubre de 2009 acogiendo 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, expresando contundentemente en un párrafo de aquel voto. Nos pareció realmente iluminada la afirmación: “El proceso concursal, como *ultima ratio preventiva que procura remediar el estado de cesación de pagos*, atendiendo coetáneamente la protección de la empresa y la satisfacción del derecho de los acreedores”.

El calificar al concurso como *ultima 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, fundamentalmente los recursos societarios para afrontar la crisis, desjudicializando esa prevención, como hemos apuntado, pues 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-.

5. Supuestos diferentes implica el análisis de las empresas en quiebra, abandonadas, vaciadas, trasvasadas, donde se intenta sólo defender el empleo, siendo fundamental el diagnóstico sobre la viabilidad, pues una empresa no es tal sino es viable. Entretener a los trabajadores en el caso de situaciones de inviabilidad no es civilizado.

El Estado debe intervenir lo menos posible, pero debe hacerlo con eficiencia y prevención, con claridad y contundencia (sin burocratización que facilita negociados).

Las universidades nacionales tienen equipos altamente capacitados que, frente a una decisión gubernamental, podrían formalizar diagnósticos técnicos-económicos-jurídicos para determinar las soluciones en cada caso.

6. El Congreso debería, en el caso de asumir la necesidad de una reforma luego de esos análisis, fijar los criterios -principios, ejes, orientaciones- de una nueva legislación societaria-concursal o de las adaptaciones necesarias.

Hasta ese momento no puedo agregar nada, pues no interesan las elucubraciones académicas sino enfrentar la realidad y determinar si el sistema jurídico actual es perfectible. No se pretenda del legislador una capacidad casi divina de regular todas las situaciones que la realidad presente, pues si se alcanzara esa capacidad imposible se caería sin duda en la prolija oscuridad. Lo necesario es tener en claro los principios y la congruencia de la legislación sobre la crisis, desde la Constitución Nacional a la legislación societaria.

Este es el modesto aporte que puedo hacer desde mi reposo obligado. Saludos a los colegas convocados y muy especial para la convocante senadora nacional Liliana Negre.

INSOLVENCIA SOCIETARIA *

de Efraín Hugo Richard

Buenos Aires, Lexis Nexis, 2007, 313 págs.

Un libro más del Dr. Richard, por tanto -y como siempre-, promesa y alegría. Todos los que hemos seguido su enjundiosa producción sabemos que va a desarrollar a fondo el tema que ataca, conservando una de las notas características, incluso definitorias de su estilo, a saber, el enfoque riguroso del tema que le ocupa va invariablemente enriquecido por numerosas ocurrencias que notoriamente se le agolpan sobre la marcha, a las que atiende con agudeza y luciendo ese background de buena onda que aumentan, como bien advertido, la siempre grata lectura. Pero no se piense que Richard, con esas consideraciones paralelas, se aleja del tema que le ocupa. Por el contrario, su propósito sigue un orden inteligente y escrupuloso. Entre tanta riqueza de tratamiento, nos queda -y arriesgaríamos a calificarlo como nota objetiva- la problemática de la empresa que, en situación de dificultades e incluso de cabal estado de insolvencia, demora la promoción de su concurso. Es casi el leit motiv de la obra, y en ese punto centralizaremos nuestro examen del libro.

Las razones que invoca Richard son irrefutables, y anotamos que hacen a un tema de notoria actualidad. Al respecto consignamos una referencia ocasional. El régimen concursal italiano, según las importantes reformas introducidas por ley del 9/1/2006 y modificación del 12/9/2007, dispone que ante la morosidad del empresario insolvente en promover su concurso los acreedores están facultados para pedir la quiebra proponiendo al par la fórmula concordataria. Es llamativa la audacia de esa innovación, sobre todo si reparamos en la previsión expresa de que en caso de insuceso el tribunal debe pronunciar la quiebra. En recentísima

* J.A. 2009-III, diario del 23/9/2009, pág. 93.

publicación (Alberto di Jorio, en Cottino, Gastone [dir.], *Trattato di Diritto Commerciale*, t. XI, 2009, págs. 8/9) se dice que “*el nuevo sistema de los procedimientos concursales no deja desarmados a los acreedores frente al riesgo de que el deudor retardara el acceso al concordato... En efecto, si bien sigue estando precluido a los acreedores sustituirse al deudor en pedir el concordato preventivo, la nueva disciplina del concordato falimentario... constituye una oportunidad considerable: frente a la insolvencia del deudor y al retardo en presentar una propuesta de concordato preventivo, los acreedores pueden pedir ellos mismos la quiebra y proponer contemporáneamente un concordato falencial...*”. El autor agrega que se trata de “*una innovación significativa de la reforma, que no encuentra correlato en los modelos extranjeros, aun cuando avanzados, en los que nuestra reforma se inspiró*”. Prueba elocuente de que, aun suprimida la calificación penal por demorar la presentación, aquella tempestividad en la promoción del concurso ha adquirido reciente y nítida relevancia.

Esa renuencia empresarial en orden a promover su concurso es atendible; al menos, humanamente atendible. Ocurrir a la justicia confesando un estado de dificultades económicas conlleva la admisión, en mayor o menor medida, de un fracaso. Por eso remarcamos que humanamente se comprende la postura dubitativa o remisa, disipando de ese modo el momento más apropiado para lograr un apoyo que posibilitara superar el trance (inolvidables los personajes de las novelas francesas decimonónicas sobre el comerciante que debía “*déposer son bilan*”, esto es, someterse a la quiebra). Pero de ninguna manera ese aspecto humano del problema es factor único ni decisivo, porque el recurso a remedios judiciales, incluso la trascendencia de que eso está por ocurrir, impone consecuencias que bastarían por sí solas para llevar al derrumbe de una empresa claudicante, como la desaparición del auxilio bancario y de todo recurso al crédito, retracción de quienes ordinariamente intercambian negocios que hacen a la vida empresarial de la concursable -justo cuando sería más necesario intensificarlos para superar los problemas-, en suma, lo que se dio en llamar el “cordón sanitario”. Empero, aun concediendo que fuera comprensible la demora, las consecuencias son inexorables, con más la imposibilidad de prever cuántos serán los destinatarios ignotos en quienes percutirá aquella tardanza.

El tema de la “conservación de la empresa” -rúbrica del cap. IV- ocupa a Richard desde hace años. En premio a ese ideal, señala que “para conservar la empresa sus administradores deben actuar oportuna o tempestivamente”, lo cual vale para “todas las crisis, pero en la sociedad con más razón”, pues “el problema central es lo tardío de una intervención que impide el saneamiento”, y se apoya en las enseñanzas del brillante jurista español Ángel Rojo, quien habla del bien jurídico tutelado del derecho concursal, y lo relaciona con la eliminación del estado de cesación de pagos, precisando luego que es necesario actuar anticipadamente “frente a la mera crisis financiera o económica general”. Algún resbalón trialista resulta inocuo, fuera de que Richard es merecedor de toda indulgencia, aun cuando cometiera algún pecadillo.

En el Cap. VI reitera su reclamo de “actuar anticipatoriamente a la instalación de la crisis” como presupuesto de “la conservación de la empresa”. En sede concursal, destaca con razón que la frase recién entrecomillada -no el ideal- suele mezclarse con “*la aceptación de un acuerdo con una depredadora quita y espera de los créditos quirografarios*”, además, “*en beneficio directo de los socios..., constituyendo una modalidad de abuso de derecho... so pretexto de la conservación de la empresa*”. Señala con énfasis que las normas del derecho concursal vigente resultan “*ineficaces para prevenir la insolvencia o actuar tempestivamente*”, insistiendo en “*la acción depredadora de los concursados en perjuicio de la empresa, los trabajadores y los acreedores*”, ello, agravado porque “*una doctrina permisiva tendió a limitar las acciones de responsabilidad en la quiebra a supuesto de dolo*”, con la agravante de que su promoción se supedita a autorizaciones que por sí solas dificultan el intento. Agrega que “*ninguna ha de aplicarse a los administradores societarios que presentan a la sociedad en concurso si es que logran un acuerdo*”, y recuerda la tesis contraria de la ley francesa. Remacha con su tema central -“... en la mayoría de las presentaciones en concurso de las sociedades comerciales la cesación de pagos ya se había producido con anticipación... hasta varios años”-, lo cual podría incluso “*configurar el delito de administración fraudulenta, art. 173, inc. 7, CPen., en tanto con su accionar perjudicar a los intereses confiados...*”. Incluso, “*tras la sanción de la ley 25.602 (año 2002), que incorpora el art. 174, inc. 6, CPen., tales conductas podrían quedar comprendidas en los delitos de vaciamiento de empresas*”.

El denso Cap. VII trata sobre “aspectos societarios de la crisis económica”, e insiste en que *“ante la crisis los remedios deben aplicarse en forma más rápida, evitando la profundización de esa crisis y su contagio”* (cita de Yadarola). Toca después un punto penoso, al que lamentablemente hay que mirarlo de frente sin el espejo de Perseo: *“... la gente no cree en el sistema jurídico, ni en el poder que hace las leyes, ni en quien las aplica tardíamente... Hoy debemos pensar en una lógica de la incertidumbre”*, pensamiento que exhibe *velis nolis* una ineludible valencia cronológica, a saber, el “hoy” del trasfondo temporal aludido.

Afortunadamente, Richard no se limita a las críticas severas y fundadas de las cuales reprodujimos unas pocas muestras, sino que también ofrece, con autoridad, las formas de superarlas con apoyo en el derecho, que ofrece *“proyecto de formas de vida capaces de organizar el futuro, y no sólo instrumentos de coacción, control o sanción; pero no bastan buenas nuevas -que las hay- si no son efectivas. No basta con declamar el derecho si el mismo no es aplicado o lo es tardíamente”*, y señala una paradoja que consiste en *“resolver todas las cuestiones a través del derecho como pauta de paz social”*, asistiendo a la presencia de *“grandes zonas de marginación del sistema jurídico: grupos de poder, y grupos de marginados donde imperan otras normas no escritas”*.

Hace precisa referencia a la preeminencia de la *lex mercatoria*, o sea, las conductas internacionales gobernadas por reglas uniformes y por los contratos autónomos propuestos por los grandes grupos económicos, subrayando una característica definitoria de ese nivel de vinculaciones, a saber, que *“el derecho de cada país se subalterniza”*. Es de práctica en el comercio internacional que las partes inserten cláusulas especiales para determinar, conforme a la autonomía de la voluntad, *“cuál será el derecho aplicable para regir su relación, en especial los conflictos...”*. Esos contratos *“suelen incluir cláusulas de autoejecución, generándose una suerte de sistema jurídico mercantil transnacional”*, evitando ocurrir a las magistraturas ordinarias. *“Creatividad, complejidad, escape al marco normativo, internacionalización, autoejecución de los contratos, son algunas de las pautas que guían la conducta de los agentes económicos, generando un nuevo microclima que incluso impulsa la política. Se genera una nueva lex mercatoria en beneficio de los grandes grupos económicos”*. Richard estima que

eso es natural, pero “*lo que no resulta natural es que el Estado omita asumir una tendencia similar de protección para los otros grupos, incluso la pequeña y mediana empresa frente a la globalización económica y financiera*”. Hace bien el autor en señalar esa circunstancia, notoria desde hace un siglo y en crecimiento exponencial.

Cita un libro del prestigioso ministro de nuestra Corte Suprema, Carlos S. Fayt (*Teoría de la política en el siglo XXI*, Buenos Aires, 2002), del que transcribe algunos pasajes, por ejemplo: “... *entre política y economía hay una interrelación funcional. El poder estatal cristaliza y protege una determinada forma de propiedad, que en el Estado occidental ha sido el de la apropiación privada de los bienes (... el poder político condiciona la economía por tres medios visibles: a) mediante la fijación de nuevas formas de propiedad; b) imponiéndole restricciones en el ejercicio del poder de policía o a través de reconstruir su concepción bajo la idea de ‘justicia social’; y c) planificando el proceso económico...)*; el hecho irreversible de la democracia política y el sufragio universal, el advenimiento gradual del proletariado al poder político y la tendencia del constitucionalismo social muestran a la sociedad contemporánea enrolada en el anticapitalismo, siendo rasgo distinto de nuestro tiempo el control cualitativo y cuantitativo de las relaciones económicas por el poder político. La organización de la economía ha venido a depender del poder político, y éste de la masa del pueblo”. Tras lo transcrito agrega que “*la realidad nos marca hoy que el Estado ha sido conquistado por los grupos económico a través de la sumisión de los políticos gobernantes*”, aserto lamentablemente indiscutible, y asimismo con valencia cronológica.

Menciona “un punto esencial de la construcción del sistema societario y concursal”, que lo sería “la operatoria de sociedades con dotación patrimonial adecuada”. Reitera que “*las normas del derecho concursal vigente aparecen como ineficaces para prevenir la insolvencia o actuar temporáneamente con sus síntomas*”, reproche justificado ante la notoria desatención de tantos esfuerzos, proyectos, incluso concreciones que ofrece el derecho comparado tras la consigna de la prevención de las crisis empresariales, en vista a la profundamente sentida necesidad de intervención cuando empiezan a mostrarse los signos de dificultades y en vista a la búsqueda de remedios que convengan al ideal de mantenimiento

o recuperación de las empresas con problemas que pudieran comprometer la prosecución de su actividad.

De esa ineficiencia “del derecho concursal vigente” destaca Richard lo relativo a la “propuesta abusiva”. Dice que ciertos empresarios “y alguna doctrina complaciente” tratan de justificar que se prosiga “*la operatoria de una sociedad... en insolvencia, sosteniendo que se trata de situaciones financieras coyunturales, culpando al gobierno, a la imprevisibilidad de las medidas económicas, al mercado, a los competidores, a los proveedores, etc.*”, y con esas excusas demoran la presentación judicial oportuna -el leitmotiv de Richard-, tratando “en el concurso que abrirá tardíamente” de “traspasar todos los daños generados a los acreedores”. A esa anomalía siguen las propuestas abusivas, y en orden a ellas la “compra de créditos, subrogación, cesión, etc.”, estimando, con razón, que ello hace “presumir maniobras para obtener mayorías”. Mientras tanto, el sistema societario no responsabiliza al administrador, que sólo asume una obligación de medio descrita por el art. 59.

Desde plurales ángulos de enfoque insiste en los problemas que apaiteja la demora en procurar soluciones judiciales, porque la erosión de la empresa se acentúa, las operaciones incluso desesperadas en vista a seguir tirando se multiplican, y cuando promueve su concurso suele ser tarde. Nuestra ley -dice- ha eliminado una anterior exigencia de ocurrir al tribunal dentro de los tres días de conocer el empresario su estado de insolvencia. La preocupación de Richard coincide con orientaciones cada vez más definidas a fin de impedir que la demora en la búsqueda de soluciones continúe y agrave el proceso de erosión, que inexorablemente percutirá sobre los acreedores, aun cuando no serán los únicos castigados ante esos eventos.

Recuerda que la disolución *ipso iure* de la sociedad por pérdida del capital social -art. 94, inc. 5, L.S.C.- se declaró inaplicable en 2002, por decreto de necesidad y urgencia prorrogado por decretos ulteriores (también se suspendía la reducción obligatoria del art. 206), lo cual alienta las “líneas permisivas que informa la legislación concursal”, a saber, que “la sociedad puede seguir operando en insolvencia... no existiendo plazo alguno para que los administradores peticionen su concurso preventivo”. Aquellos decretos -estima Richard- solucionaron un problema de infracapitalización formal, pero subsiste la norma indirecta de infracapitalización material o sustancial con respecto a cuándo el patri-

monio es insuficiente para posibilitar el cumplimiento del objeto social o empresa.

Como en *La invención de Morel*, regresa el autor a su tema: "... la actividad prolongada de una sociedad en insolvencia", que podría ser calificada como actividad ilícita a tenor del art. 19, L.S.C., desarrollando el tema desde diversas perspectivas. Y tanto lo preocupa y ocupa el punto, que en su última publicación -un atrevido y logrado "Ensayo sobre axiología del derecho concursal"- pregunta "*si existen sanciones por... abandonar las soluciones societarias y llegar tardíamente a la presentación en concurso... La falta de un sistema de detección de dificultades y el retardo en la prosecución traen como consecuencia que muchas empresas soliciten su concurso cuando hace tiempo que están en situación desesperante*" (RDCO, marzo/abril de 2009, pág. 356. El trabajo es citado por Carlos E. Moro en publicación que figura en E.D. del 24/8/2009).

Con acritud y severidad -asimismo, con lucidez-, habla de "*estafa con relación a los administradores de una sociedad de transporte aéreo, que, en insolvencia, habían vendido y cobrado pasajes... a pasajeros que sabían no podrían transportar*", derivando en los escándalos ocurridos con la invocación proficiente del *leverage buy out*, conducta que "trae a cuento algún otro caso como el de Aerolíneas Argentinas", caso en el que el Estado adoptó, con los ojos abiertos, el papel de *cocu magnifique*, posibilitando "*una confusa y lamentable gestión... Las consecuencias de haberse tolerado... la insolvencia de nuestra mayor línea aérea la soportamos y las seguiremos soportando. El Dr. Domingo F. Cavallo y otro contador -ambos cordobeses- generaron un arbitraje de fin de semana donde se aceptó lo que la Corte tipifica nulo de nulidad absoluta*", a saber, que la sociedad Aerolíneas Argentinas S.A. "*tomara a su cargo lo que los accionistas que adquirieron del Estado el 85% de esa sociedad libre de pasivo debían pagar... de allí, en el año 1992 quedó en insolvencia Aerolíneas Argentina S.A., trayendo los perjuicios al Estado, a los trabajadores y a la comunidad argentina que son de público y notorio conocimiento*". Por eso el diputado Alberto Natale se expresó en términos que merecen transcribirse: "*¿cómo fue posible que en cuatro días, desde el 17 de julio hasta el 21, se negociaran todos los acuerdos que el ministro nos había anticipado el jueves 16, un día antes, según se dijo, de que se iniciaran las discusiones? La computadora indiscre-*

ta de un estudio jurídico de Buenos Aires... nos trajo la respuesta: en la versión del 13/7/1992 figuran los borradores de la nota de reclamos que el ministro pasaría luego a Aerolíneas Argentinas S.A. el 17/7/1992. Con la misma fecha figura la nota de respuesta de ARSA al ministro. El 20/7/1992 el acuerdo... y el convenio final entre el ministro de Economía, ARSA y demás partícipes, del 21/7/1992. La computadora indiscreta contó la verdad". Hasta ahí el pasaje del Dr. Natale que transcribe Richard, quien agrega: *"...el leverage buy out generado en esos casos, y particularmente el de Aerolíneas Argentinas, constituye un caso de administración societaria fraudulenta que puso en cesación de pagos a la sociedad desde el año 1992, y que fue intentada convalidar por una conciliación-arbitraje cumplido en un fin de semana, sustituyendo el Poder Ejecutivo a la esfera del Poder Judicial, y condenando indirectamente al Estado a soportar la pérdida de su posición en la sociedad, como a la de sus trabajadores, que no sólo perdieron el valor de su participación accionaria sino también sus empleos, y que las consecuencias que aún soportamos...".* Un tanto incidental el caso respecto del examen tan lineal de su tema que exhibe Richard, pero que se impone actualizar para que tan desgraciadas experiencias asuman un papel admonitorio (también el caso exhibe valencia cronológica).

En el Cap. IX -"La solución concursal"- recuerda que *"la conservación de la empresa aparece como un elemento fundamental al momento de la decisión de un juez de homologar una propuesta de acuerdo aceptada por los acreedores"*, y reitera que la ley ha eliminado *"toda referencia directa a la tempestividad de la presentación en concurso"*, ratificación del señalado leitmotiv que inspiró a Richard, y con ello cerramos esta recensión porque así lo fijan los límites espaciales que nos impone la editora, malgrado la pluralidad de referencias, enfoques y asunciones valorativas -francas y valientes- que sobreabundan en el libro, de lectura tan grata como ilustrativa.

Oswaldo Maffía

6ª PARTE
RESEÑAS DE LIBROS

LA INSOLVENCIA EN EL DERECHO CONCURSAL IBEROAMERICANO,

Lidia VAISER (coordinadora)

Buenos Aires, Ad-Hoc, 1ª ed., 2006, 239 págs.

La dinámica jurista argentina Lidia Vaiser reúne, bajo el sugerente título, las colaboraciones de 13 colegas de Argentina, Colombia, España, México, Perú y Uruguay.

La riqueza del contenido de esas colaboraciones excede la posibilidad de expresar el contenido en una nota bibliográfica, por lo que nos limitaremos a una presentación de títulos y autores, tratando de motivar la lectura del importante contenido de este libro.

Vaiser prologa el libro -que también contiene un artículo de su pluma-, publicitando la labor del Instituto Iberoamericano de Derecho Concursal bajo la iniciativa y presidencia del jurista colombiano Prof. Dr. Jesús Sanguino Sánchez, relatando la realización del I Congreso en Barranquilla, Colombia, en octubre de 2005 -al que a la fecha de este comentario se suma el II Congreso realizado en Mérida -México- en noviembre de 2006, anunciado en aquel prólogo.

La convocatoria entusiasta de Vaiser -que se enrola en la dinámica grupal- tuvo acorde acogida con la que se configura el contenido de este libro.

La coordinadora agrupó metodológicamente los trabajos en cuatro capítulos: I. La jurisdicción concursal; II. Crisis empresarias y métodos alternativos de solución; III Reforma de los sistemas concursales iberoamericanos, y IV. La quiebra transnacional.

El primer capítulo está integrado por un único trabajo denominando igualmente “Jurisdicción concursal” de la autoría del fundador y presidente del Instituto Dr. Sanguino Sánchez quien define la jurisdicción como una emanación del poder político en su objetivo de precisar que es necesaria esa intervención en los procesos concursales “para garantizar los

derechos del deudor, de los acreedores, de los trabajadores y del mismo Estado” a cuyo fin “es necesario reorganizar la jurisdicción oficial para que se encargue de estos procedimientos a través de jueces especializados o entidades administrativas con funcionarios judiciales debidamente preparados en temas como economía, finanzas, contabilidad y demás materias que giran alrededor de la concursabilidad”, lo que hace después de un minucioso recorrido basado en que “La casi totalidad del derecho positivo en el campo civil, comercial, laboral y administrativo se mantiene dentro de cánones ya superados por la historia, por el tiempo, por las condiciones políticas y sociales del momento. Se vive con un derecho divorciado de la realidad social y política”.

El segundo capítulo sobre “Crisis empresarias y métodos alternativos de solución” refiere tres artículos, el primero de los cuales nos pertenece bajo la denominación: “Hacia la privatización de las crisis: la conservación de la empresa”, por lo que sólo diremos que desenvolvemos nuestra tradicional posición que las crisis económicas financieras deben ser afrontadas tempestivamente y conforme las normas del derecho societario. Continúa con el artículo de la coordinadora “La huída de la judicialidad en los procesos concursales”, con un imperdible análisis de las controversias pesimistas sobre los concursos y un cuestionamiento a las políticas legislativas de los Estados -particularmente, los periféricos, pues desde un análisis del derecho argentino lo proyecta a los latinoamericanos-, apuntando expresamente que la escuela económica del derecho “de lo que se trata en definitiva es transferir la empresa reorganizada a los acreedores por medio de cuota partes de capital o de bonos de la deuda del nuevo ente”, a lo que critica pues los costes de transacción deben ser soportados por los acreedores en beneficio de técnicos, cuestionando dicha escuela y sus secuelas en la generación de la ley del ‘95, introduciéndose específicamente en lo que llama el “ingenio argentino”; imperdible, con una alerta sobre las “inconsistencias legales y pérdida de valores” que parece invadir en Latinoamérica. El tercer artículo es del uruguayo Israel Creimer sobre “Crisis de empresas sin fines de lucro” donde haciendo espejo con las empresas comerciales, demuestra que “una aplicación despiadada de la regla liquidatoria apareja un perjuicio muy grave para toda o para una parte importante de la sociedad, lo que aconseja un enfoque distinto y conservador”.

El tercer capítulo sobre “Reforma de los sistemas concursales iberoamericanos” es el más nutrido. Los dos primeros corresponden a la legis-

lación española. José L. Vázquez Sotelo lo hace con el título “El procedimiento del concurso de acreedores según la Ley Concursal española (ley 22/03)” donde refiriéndose a las normas procesales generales de los concursos, a las secciones que componen la ley, las que son necesarias y contingentes, las que a su vez subdivide en piezas, que también divide en ramos, las que analiza en su contenido; luego atiende a la calidad de parte, el impulso de oficio, medidas probatorias y prejudicialidad penal. Un excelente panorama de la estructura procedimental. Sigue el artículo de María L. Candelario Macías sobre “Los nuevos juzgados en lo mercantil en España” donde críticamente presenta la jurisdicción concursal de los nuevos juzgados, subrayando al margen de algunas dudas la intención de “especializar y profesionalizar al órgano”. En una larga y meditada comunicación, el jurista argentino Arnoldo Kleidermacher apunta a “*La imprescindible reforma de la ley concursal argentina*” conforme su visión de “*prever alternativas no judiciales para el tratamiento de las crisis empresariales*”, considerando importante el derecho de información de los trabajadores, la celeridad; recalando en el análisis del proyecto de reformas del art. 190 L.C.Q. sobre continuidad de la empresa y cooperativas de trabajo en la quiebra, propiciando en general la “organización de una instancia no judicial, a la cual puede acceder el deudor, los acreedores y la comunidad, producidos los signos de alerta... el órgano de aplicación puede ser descentralizado a universidades, colegios de graduados, municipalidades, bolsas, Inspección de Justicia y otros órganos de superintendencia...”, junto con otras apreciaciones que merecen el debate. En el mismo sentido de hacer eficientes los procesos, el jurista mexicano y secretario del Instituto Iberoamericano de Derecho Concursal Antonio Silva Oropeza presenta “La inoperancia de la reestructura y reactivación de la empresa en la Ley de Concursos Mercantiles mexicana”, donde apunta los objetivos “de interés público” de la nueva ley, y que “*mientras el concurso mercantil sólo sirva para liquidar empresas, éste no cumplirá con el objeto principal de la ley*” marcando la necesidad de que “*deben de existir mecanismos e instituciones preventivas para la defensa del comerciante y sus acreedores*”, meritando que “*cuando el comerciante se encuentra en un proceso de iliquidez, aun y cuando la empresa no se encuentre en insolvencia puede ser declarada en estado de concurso*”, recomendando la reforma. El distinguido colega peruano Esteban Carbonell O’Brien apunta a un tema que desvela a los argentinos, siendo uno de los principios centrales de la

reciente reforma que ya esta cuestionada por la doctrina: “El crédito laboral en el concurso mercantil: ¿acaso un acto de sortilegio reclamar su pago antes que cualquier crédito?” cuestionándolo en cuanto “ampare el resquebrajar el orden” de prelación no alterando “las condiciones del mercado, orientadas a no afectar el valor y naturaleza intrínseca de los contratos”, sugiriendo para proteger “la masa laboral” la “creación de fondos que salvaguarden el pago de créditos de origen laboral”. Otro distinguido jurista mexicano, Jaime García Priani cierra este Capítulo con su trabajo: “Necesidad del derecho concursal, una plática para principiantes” donde señala que “*Su razón de ser es la creación de normas que den un mínimo de seguridad en la situación del incumplimiento de las obligaciones*”, donde refiriendo a los intereses opuestos afirma que “*En la práctica, el derecho concursal jamás satisface a todos porque ello es imposible... En un campo limpio, el hecho es que se debe y no se puede pagar; en otro distinto, se debe y no se quiere pagar. Las dos situaciones deben ser resueltas y el instrumento para abordar las posibilidades y plantear las formas de hacerlo, es el derecho concursal*”, refiriéndose de inmediato a los actores en esa escena: el deudor, el acreedor y el Estado, concluyendo la necesidad de “*lograr un marco jurídico digno de confianza*” donde el optimismo en nuevas soluciones y la apreciación que el ideal no se alcanzará... Así concluye el tercer capítulo.

El cuarto capítulo esta destinado a “La quiebra transnacional”, con tres trabajos, con los que concluye la obra colectiva. El primer artículo es de autoría del ex camarista rosarino Adolfo A.N. Rouillón, hoy técnico concursal del Banco Mundial, sobre la base de su comunicación al I Congreso Iberoamericano de Derecho Concursal de Barranquilla, Colombia 2005, intitulado “Quiebra internacional e iniciativas internacionales sobre la insolvencia”, donde refiere las iniciativas desde el Congreso sobre Derecho Comercial Uniforme organizado en 1992 por *Cnudmi*, continuando con la Ley Modelo de *Uncitral* para la Insolvencia, los principios del Banco Mundial para los sistemas efectivos de insolvencia y de derechos de crédito, continuando con la Guía Legislativa sobre Insolvencia de *Uncitral* y referencias a la insolvencia transfronteriza en la legislación latinoamericana, alentando en la conclusión de que “*los países cuenten con sistemas efectivos de insolvencia para alentar la inversión, contribuir a la estabilidad de los sistemas financieros y resolver de manera eficiente las dificultades empresariales, preservando su valor y*

protegiendo empleos”. Continúa el promisorio jurista cordobés Sergio C. Ruiz con “La Ley de Modelo de Uncitral sobre Insolvencias Transfronterizas: ventajas de su incorporación al régimen concursal latinoamericano (con especial referencia al caso argentino)”, donde en un largo trabajo analiza el contenido de la Ley Modelo, sus objetivos, tribunal o autoridad competente, definiciones autónomas que contiene el modelo, el nudo de la excepción de orden público, planteándose si ello debe serlo del interno o del internacional, el derecho de acceso de los acreedores extranjeros a los tribunales locales, los requisitos de ese reconocimiento, los efectos de los procedimientos tramitados en el extranjero sobre los locales, la regla de la paridad del dividendo, para concluir con la armonización de los principios de la Ley Modelo con el régimen vigente; trata de inmediato el proyecto legislativo para incorporar ese Modelo al sistema concursal argentino, refiriendo la Comisión que entre otros integramos, Rouillón y nosotros, para abordar las conclusiones que centra “*en la coordinación de los procedimientos y la cooperación de los magistrados y representantes de la insolvencia*”, entendiendo que ello “*abrirá mercados y atraerá capitales, pues genera confianza entre los acreedores e inversores*”, en coincidencia con Rouillón. El último artículo corresponde al mismo Ruiz con la docente cordobesa María del Carmen Bima y aborda: “El proceso de codificación internacional iberoamericano en materia concursal: los tratados de Montevideo”, en los que refieren la aplicación específica de dichos tratados a los procesos concursales en orden a notificaciones y publicidad edictal, el régimen de participación de acreedores y sus créditos, las medidas preventivas, el reconocimiento del síndico y los efectos personales de inhabilitación sobre el concursado, marcando que dichos tratados no cubren las necesidades actuales que imponen los regímenes a que nos hemos referido al comentar los artículos precedentes.

Así concluimos un examen limitado, meramente descriptivo del riquísimo contenido de las comunicaciones reunidas por la incansable y eficiente coordinadora de este Libro Colectivo, a su vez, vicepresidente del Instituto Iberoamericano de Derecho Concursal, con sede en México.

Efraín Hugo Richard

VERIFICACIÓN DE CRÉDITOS,

de AA.VV.,

Miguel Angel RASPALL y Rubén MÉDICI (coordinadores)

Buenos Aires, Juris, 2008, 2ª ed. actualizada y ampliada, t. I.

Una de las claves de bóveda del proceso de concurrencia de los acreedores de un patrimonio insuficiente es asegurar la legitimación de éstos, particularmente para gestar un acuerdo o, en caso contrario, determinar la aplicación de los fondos obtenidos en la liquidación.

La rapidez en la dilucidación de los créditos legítimos no sólo facilita la labor judicial, evitando la saturación de trámites recursivos, sino también despeja la consecución de un acuerdo, evitando que el juez deba pensar en los intereses de los acreedores que aún no se han legitimado y cuyos derechos pueden ser conculcados por un acuerdo abusivo.

La obra colectiva coordinada por los dos distinguidos juristas rosarinos fue prologada por distinguidos diferentes profesores; en la primera edición Marcelo Gebhardt y la segunda por Francisco Junyent Bas, quien además de destacar la cuestión asumida formula una recensión de la obra, destacando la “dinámica grupal” y la particular “concurzalidad” - sobre lo que hemos escrito conjuntamente ¹.

Los directores llevan el peso de la obra asumiendo Raspall los dos primeros capítulos titulados como “Introducción y nociones generales” y “La carga verifcatoria y sus alternativas” y el cuarto “La verificación en el acuerdo preventivo extrajudicial, el concurso por agrupamiento y la extensión de la quiebra”, donde no falta el concurso del garante, y Médici el tercero “Supuestos especiales” -con pinceladas de Raspall sobre “El boleto de compraventa automotor”, para integrarse la obra con la partici-

¹*La concursalidad* en RDCO año 28, 1995, pág. 123.

pación conjunta de Indiana Miceli y Florencia Bollero con el aporte del capítulo quinto “La pretensión verifcatoria”, que incluye la verificación tardía, donde también aparecen las pinceladas de Raspall sobre “Intereses en las obligaciones pesificadas que se aplica el CER” y sobre “La causa” y algunos otros temas.

Un índice muy prolijo da cuenta de la competitividad de la obra, a la que se une un especial apartado de “jurisprudencia temática” en cada capítulo.

Dentro de un libro concebido con metodología de análisis profundo de las normas, bajo principios rectores, se abre una sistemática de casos y de soluciones jurisprudenciales que lo imponen como obra de consulta académica pero también profesional para todos los que deban enfrentar una cuestión práctica o novedosa.

El importante prólogo anticipa otros contenidos de la obra que, sin duda integrarán el segundo volumen.

Lenguaje sobrio y ajustado, metodología prolija, casuística cuidada, categorizan a esta obra como de contenido dogmático sistémico y profundo, con visión de la realidad, que la impone para la consulta bibliográfica de investigadores, docentes y profesionales.

La personalidad de los directores de la obra y de quienes se integran en la producción de ésta permiten avizorar un grupo coherente de trabajo, lo que nosotros catalogamos como una escuela -como lo hizo Raspall en referencia a la escuela comercialista de Córdoba en las recientes IV Jornadas Interdisciplinarias de Derecho Concursal del Centro de la República-. Y esto es muy importante para las comunidades donde se insertan, no sólo por la vocación que revelan sino porque intentan que el derecho cumpla el rol de equilibrar los repartos afectados, generando discípulos y motivando el diálogo integrador y la disidencia constructiva.

Una obra para disfrutar e informarse.

Efraín Hugo Richard

DERECHO CONCURSAL COMPARADO,

de Ariel Angel DASSO,

Buenos Aires, Legis, 2009, t. 1, 804 págs.

Ariel Angel Dasso, que nos venía deleitando y beneficiando con sus citas de la legislación concursal del derecho comparado, al mismo tiempo que exquisito intérprete de la ley nacional, nos regala ahora el acceso a esa legislación en un libro integral.

La multiplicidad y versatilidad de los negocios, los riesgos propios del mercado, las crisis locales o generalizadas, nuevos paradigmas en torno a la empresa, los intereses convergentes, la obtención de beneficios a través de diversos sistemas, los abusos, la competencia, han generado una renovación de las normas del derecho de crisis, normalmente desde el derecho concursal.

Las reuniones nacionales e internacionales en que interviene continuamente Dasso, uno de los juristas de mayor experiencia en la materia -nos hemos recibido ambos en 1955-, unida a la participación de jóvenes ya maestros en la especialidad, han venido enriqueciendo en esas jornadas -con continuos aportes doctrinarios- la interpretación del sistema de crisis. A ello se ha unido una jurisprudencia que va revelando la preocupación y capacidad de los jueces nacionales en afrontar las múltiples expresiones de los incumplimientos generalizados, no siempre vinculados a riesgo empresarial o a conductas ajustadas a derecho.

Las pocas líneas que van de seguido intentan mostrar la riqueza del aporte del distinguido profesor y amigo, pero más que nada están destinadas a incentivar a los interesados en estos estudios a bucear directamente en el material que nos entrega Dasso, buscando el aporte que les requiera el estudio o caso a que están abocados.

Mucho agradecemos a Ariel A. Dasso por lo que nos ha dado en más de treinta años que nos conocemos -período en que hemos estrechado nuestros lazos-, beneficiándonos con sus críticas agudas, en las disi-

dencias respetuosas y vehementes que hemos mantenido en más de un congreso. De esta forma nos hemos sentido crecer, alentados por el mismo -unido a sus dos hijos, expertos juristas- para ahondar las cuestiones, mostrándonos siempre como primicia las novedades del derecho comparado, que ahora sistematiza en este verdadero *Tratado de derecho concursal comparado*.

En el primer tomo entrega la legislación de 7 países, incluido el nuestro en forma actualizada, lo que ya es de por sí un logro frente a las continuas modificaciones que se han producido. Lo hace alfabéticamente: Alemania, Argentina, Brasil, Colombia, Chile, España y Estados Unidos de América. Sabemos que ya entregó el segundo tomo con otras tantas legislaciones, el que esperamos con la fruición con que hemos devorado las páginas de la primera entrega, que a nosotros materializó en el reciente Congreso Iberoamericano de la Insolvencia de Mendoza (octubre de 2009).

El magnífico prólogo del jurista mexicano Antonio Silva Oropeza es en sí mismo una reseña de esta obra, al igual que los “Agradecimientos y dedicatoria” y el “A manera de prólogo” del autor, que certifican que cada legislación y capítulo “están arbitrados por estudiosos relevantes de los respectivos países”. Particularmente estimamos el reconocimiento que formaliza a la “escuela comercialista cordobesa” al mencionar a su integrante el concursalista -pero integral jurista- profesor plenario Dr. Francisco A. Junyent Bas al manifestar: “*En la Argentina, el tributo lo debo a toda la doctrina, en particular a Francisco...*”, nuestro querido amigo y compañero de ruta académica.

Se abre este tesoro bibliográfico con dos notas más del autor: “El derecho concursal comparado”, donde destaca “*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*”, y “Algo sobre el método” donde explica la forma de acceder al cotejo que “*resulta así simplificado satisfaciendo la pretensión de consulta urgente*”.

El Capítulo I, dedicado a Alemania se inicia en realidad con lo que pudo ser una advertencia general en la “Parte I”, donde se refiere a “Leyes y proyectos en países de avanzada en materia concursal. 1. Crisis del derecho concursal, donde apunta que “La Ley Francesa del 23/7/67

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”, continuando con 2. Una breve reseña: “Ante la crisis empresarial, entonces, se llega a la reestructuración de la empresa viable económicamente”, y en 3. Garantismo vs. Eficientismo sobre 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 parte II es donde se inicia el análisis del sistema concursal alemán, donde pone de relevancia los aspectos generales y destacables particularmente los aspectos de reconversión de empresas con la intervención del Comité de Empresas y otras formas de atender los intereses laborales, la inmediatez con que deben actuar los administradores societarios, la prohibición de obstrucción dirigida a acreedores, y también la insolvencia del consumidor. Termina esta parte con una nota doctrinaria sobre la reacción legislativa ante la crisis, evitando la apertura de procedimientos concursales de sociedades ante el sobreendeudamiento generado por la pérdida de valor de activos financieros e inmobiliarios, y también la modificación de las normas societarias en torno a reducir el capital mínimo de la S.R.L., y el tratamiento no tan riguroso de los financiamientos de socios minoritarios, dejando de considerarlos capital social. La parte III presenta en idioma castellano la integridad del régimen legal alemán de la insolvencia.

El Capítulo II se refiere a la legislación nacional. La parte I explica la “Estructura metodológica del concurso preventivo y del acuerdo, del concurso del grupo y del garante, la conversión de la quiebra en concurso, el proceso de quiebra, acciones de recomposición patrimonial, extensión de la quiebra, continuación de la empresa y cooperativas de trabajo, liquidación y distribución, privilegios, rehabilitación y conclusión de la quiebra”. Continúa con referencias a los pequeños concursos, a los órganos del concurso; introduce un cronograma o camino crítico temporal. Después de ello en la Parte II presenta la normativa nacional integrada por sus repetidas reformas a partir de la ley 24.522.

El Capítulo III presenta la legislación de Brasil del 2005 fruto de diez años de análisis: “Recuperación judicial y extrajudicial del empresario y de la sociedad empresaria”, que permite *“oponer a la demanda de quiebra el pedido de propia recuperación... que importa la continuidad de la actividad y su mantenimiento en el mercado”*. Regula el “deno-

minado Plan de Recuperación Judicial... preservando los activos tangibles e intangibles, la unidad de producción y su función social... por medio del mantenimiento de la fuente productora de empleo a los trabajadores, los intereses de los acreedores, por vía de la prevención de la empresa con reconocimiento de su función social y de estímulo a la actividad económica” (art. 47). Los acreedores tardíos “están privados de voto en la asamblea general de acreedores salvo los créditos de acreedores laborales... Se anota... el escaso vigor del fuero de atracción... el comité de acreedores está constituido por tres integrantes representantes de distintas clases y una de ellas necesariamente es la de los acreedores de créditos laborales... Los sindicatos de trabajadores pueden representar a sus asociados que fueran acreedores cuando no comparezcan personalmente... la clase laboral es la única en la que la mayoría se obtiene por número de personas... el crédito laboral salarial vencido en los tres meses previos al pedido de Recuperación Judicial, hasta el límite de cinco salarios mínimos, debe ser satisfecho como condición de aprobación del plan... El eje de la Recuperación es el plan que el deudor debe presentar al juzgado, dentro de los 60 días de la publicación de la resolución de apertura... El plazo de ejecución no puede ser superior a un año para el pago de los créditos laborales y accidentes de trabajo... el juez puede conceder la Recuperación aun cuando el plan no hubiera sido aprobado por los acreedores” en ciertas condiciones. Se refiere también al plan extrajudicial preconformado y sus efectos. Con estas referencias estamos tratando de incentivar la consulta directa, que explicita con coherencia la política jurídica y la estructura normológica de la ley, que va en la parte II a partir de la pág. 249.

En la parte I del Capítulo IV, Dasso explica el sistema de la ley de 2005 de Chile. Nos detenemos en la explicitación del Título XII “De los acuerdos extrajudiciales y de los convenios judiciales” *“celebrados entre el deudor y uno o más acreedores... sólo obliga a quienes lo suscriben... La ley chilena... no recepta la tendencia de los ordenamientos actuales que establecen fórmulas avanzadas de acuerdos extrajudiciales con ulterior homologación”*. Luego se refiere al “convenio judicial preventivo” en el que *“El síndico debe informar al tribunal sobre el contenido de la propuesta de convenio... que la suspensión de las acciones patrimoniales... no se aplica a los juicios laborales... La ley exige un convenio único e idéntico para todos los acreedores, salvo acuerdo unánime... con lo cual se advierte una*

clara intransigencia frente... a la categorización... de acreedores... la ley permite que... el deudor y los acreedores determinen que toda diferencia... de cumplimiento se someta a un juez árbitro, pudiendo establecer la naturaleza del arbitraje". Resulta muy interesante, y así lo explica Dasso, que *"El sistema de voto permite advertir una notable fórmula destinada a la facilitación en la obtención del acuerdo: para obtener las mayorías, un acreedor con derecho a voto puede excluir a otro oponente al acuerdo, adjuntando... la suma que correspondería como monto probable de recuperación... en la quiebra"*. Se organiza un sistema de determinación de ese valor, de oposición y decisión. Se otorga posibilidad al *"voto a los cesionarios de créditos cuando la cesión se hubiera producido antes de los 30 días a la fecha de formulación de la propuesta"*.

Este aspecto de la desinteresación del acreedor que se opone en la legislación chilena, permite a nuestro distinguido colega incorporar una Parte II: *"La prueba concursal del mejor interés de los acreedores (The best interest of creditors test) y la exclusión del voto disidente"*, con un análisis del derecho comparado -partiendo de la legislación de Estados Unidos de América-, la doctrina y jurisprudencia que, incluso en nuestro país, se ha gestado, con efectos opinables, que Dasso equilibra con la referencia *"Es un presupuesto explícito en algunos casos, pero siempre tenido como vigente en forma implícita, que la propuesta o plan cualquiera fuere el proponente debe ser 'justa y equitativa', realizada de 'buena fe', aunque dicho término no tenga definición legal"*. Hemos hecho algunos aportes sobre el punto que, sin duda, se seguirá debatiendo. La información que nos brinda el A. es fascinante, como también sus argumentos.

La Parte III se corresponde en este Capítulo a la normativa chilena.

En el Capítulo V refiere la legislación de Colombia. En la Parte I describe la ley del 2006, destacándose en este vuelo de pájaro sobre páginas llenas de comentarios interesantísimos, que se ha derivado la jurisdicción a la Superintendencia de Sociedades en la *"alta preocupación por mantener un proceso eficiente, y un alto grado de ejecutividad y simplicidad, por lo que la inapelabilidad es la regla... ante una jurisdicción mayoritariamente inepta"*. Para acceder al *"acuerdo de reestructuración"* se debe *"estar al día con el cumplimiento de las obligaciones previsionales y retenciones laborales"*, aceptándose que esa presentación la formule la deudora ante la *"amenaza de insolvencia"*, con lo que

“se integra en el elenco de los que siguen la tendencia más moderna de la búsqueda de flexibilizar el acceso a la solución concursal anticipándose al momento en el cual la situación económico-financiera se torne irreversible, condenando entonces a la empresa a la liquidación por haberse tornado ya inviable”. Recepta la noción de grupo económico en crisis, incluyendo como novedad relevante la posibilidad de iniciar un proceso de reorganización en forma simultánea de varios deudores”. La administración “se detalla con regulación precisa y casuística, que da lugar a interpretar que los procesos colombianos se han visto contaminados por ciertas prácticas abusivas de los deudores”. El síndico es denominado “promotor” y puede ser reemplazado por determinada mayoría y una vez determinados los “derechos de votos y acreencias”. Prácticamente se impide la rescisión contractual por insolvencia para “favorecer el mantenimiento del negocio del deudor”. La cesión y subrogación de créditos están autorizadas expresamente, y permite el ejercicio del derecho de los votos, “despeja una fuerte y novedosa discusión concursal declarando la legitimidad de la cesión de los derechos creditorios en el caso de concurso y también de la subrogación legal”. Se impone “la presentación por parte del deudor del plan de reorganización de la empresa, como una condición necesaria para la admisión de la presentación del acuerdo, el que debe ser abonado con criterio empresario, juntamente con un flujo de caja”. Se determinan cinco categorías de acreedores, sometiéndose “a los accionistas -acreedores internos- a un sistema de restricciones o subordinaciones”. Se permite la reforma del acuerdo, y se exige una mayoría del 60% como condición “de excepción a la regla del pago del capital”. “No está permitido al deudor acceder al proceso de insolvencia cuando dentro de su pasivo presente obligaciones fiscales derivadas de retenciones”, en otros supuestos, las acreencias fiscales están sujetas al acuerdo. El acuerdo es homologado previo al escrutinio de acreedores “en una audiencia en la cual los mismos pueden plantear sus dudas u objeciones”. De su rechazo puede derivar un acuerdo de adjudicación, donde el “promotor... asume la posición de representante legal de la sociedad”. Apunta Dasso que *“Las empresas que hayan celebrado un acuerdo de reorganización no están sujetas a renta presuntiva por los tres primeros años contados a partir de la fecha de confirmación del acuerdo, decisión sobria que disipa la retórica discusión que existe en otros ordenamientos (así en la Argentina) acerca de si la quita concursal otorgada a los acreedores de una empresa insolvente es ‘ganancia’*

y por lo tanto está sujeta a imposición tributaria”. Los créditos laborales pueden ser capitalizados, pero en caso “de que no se obtuviera la reorganización, estos créditos no se consideran novados”. Los beneficios del acuerdo “no se extienden ni benefician a fiadores o garantes (art. 43 inc. 6) pero se puede ir contra ellos una vez decretado el incumplimiento del acuerdo de reorganización”. Frente al incumplimiento del acuerdo no implica la liquidación “primero el juez convocará al promotor síndico para que proponga una solución y luego una audiencia con el deudor”. En aspectos de responsabilidad civil “Se establecen reglas claras y directas, aunque redundantes con aquellas que deriven del régimen de la responsabilidad civil de los socios y administradores del régimen societario... Adviértase que la responsabilidad se extiende incluso a los empleados”. Se admite un sencillo acuerdo extrajudicial y se regula la insolvencia transfronteriza. La parte II presenta el régimen legal colombiano.

El Capítulo VI está destinado a España. La parte I como “Comentario a la ley concursal española”. Refiere una breve historia de la gestión de la legislación aprobada en el año 2003, con vigencia desde el 2005 y de una reforma del corriente año. Siguiendo tendencias se determina la unidad del procedimiento, con diversos desenlaces: “No prevé un tratamiento diferenciado para la macroempresa... en cuanto a la microempresa, apenas puede advertirse... un procedimiento abreviado”. El “Concurso voluntario”... “sólo puede ser actuado por el deudor... no puede cumplir regularmente sus obligaciones exigibles... la llamada insolvencia inminente... conlleva algo de previsión y de predicción, lo que conecta con el tema, siempre difícil de abordar, de la prevención de las crisis económicas”. “En el caso del concurso necesario (el que procede a instancia de acreedor o del deudor), la insolvencia debe ser actual”... “El deber de presentación ha sido labilizado por la reforma DL 3/2009, ante la necesidad de aportar condiciones más facilitantes a los deudores, ampliando ostensiblemente los plazos. Tal obligación de solicitar el concurso ya no resulta exigible cuando el deudor en estado de insolvencia hubiera iniciado negociaciones con sus acreedores para formular una propuesta anticipada”. Ello es coherente en que esa norma “incorpora... un convenio preconcursal, contractual”... “El llamado en doctrina *Organo judicial o sindicatura* es designado en la ley como Administración concursal... Tiene integración colegiada compuesta por un abogado, un economista, ambos con cinco años de antigüedad en el ejercicio, y un acreedor ordinario o con privilegio general no garantizado”. Los acreedores integran la junta

que “sesiona en asamblea y tiene a su cargo la aprobación del convenio, salvo que se trate de la forma denominada *propuesta anticipada*”... “El carácter fundamental conservativo del concurso implica, de toda necesidad la continuación de la actividad... cuando el concurso fuere necesario... el deudor es sustituido en la administración y disposición del activo... Constituye un extremo sin precedentes en el derecho comparado la facultad judicial, a pedido de la Administración Concursal o aun de oficio, de disponer *ab initio* el embargo preventivo de los bienes personales de los administradores o liquidadores actuales y de los que lo hubieran sido dentro de los dos años anteriores a la declaración del concurso...”. Respecto a la compensación expresa el A.: “Siguiendo el tradicional modelo francés, y apartándose del modelo alemán que admite la compensación cuando sus requisitos se producen en forma ulterior a la declaración del concurso, no se admite la compensación”. Trata con particularidad el “crédito laboral” en torno a las relaciones laborales, la modificación suspensión o extinción de los contratos colectivos “cuando se considere que quedan comprometidos gravemente no sólo la viabilidad futura de la empresa sino también el compromiso al empleo o la posibilidad de grave perjuicio a los trabajadores... Se califican como créditos salariales contra la masa, prededucibles, de pago inmediato... los salarios de los 30 días anteriores a la declaración del concurso... Se consagra el efecto novatorio respecto a los créditos ordinarios, de los privilegiados que votaron a favor y de los subordinados, determinándose que todos ellos quedan extinguidos en la parte a la que alcance la quita, aplazados en su exigibilidad por el tiempo de la espera... La introducción de la categoría de subordinados constituye un reflejo del modelo estadounidense, incorporado en el derecho concursal de los países centrales. Están clasificados detrás de los ordinarios, carecen de voto y sólo cobran luego de la total satisfacción de los ordinarios”. Respecto a la propuesta: “El sistema establece significativos límites a los contenidos económicos de las propuestas: las esperas no pueden exceder los cinco años y las quitas no pueden superar la mitad de cada crédito, pero el juez está facultado para labilizar tales límites cuando se tratare de empresas de trascendencia para la economía. El convenio puede tener un contenido de reorganización, por medio de un plan de viabilidad... La conformidad de los acreedores con aplicación de la regla de la mayoría sigue siendo el eje de la concursabilidad... Los cesionarios de créditos por actos entre vivos ulteriores a la declaración en concurso, salvo adquisición por título universal o por realización forzosa, no tienen derecho de voto”. Las

mayorías se flexibilizan “cuando consista en el pago total del pasivo ordinario dentro de los tres años o en el pago inmediato con quita inferior al 20%”. “Si el convenio fracasare por cualquier circunstancia procede la liquidación según un plan redactado por la administración concursal”. “La calificación sólo procede en hipótesis en la que el convenio aprobado contuviere una quita mayor a la tercera parte del pasivo o una espera superior a los tres años, pero es siempre procedente en hipótesis de liquidación... La sentencia de calificación del concurso puede condenar a los administradores de hecho y de derecho, incluyendo a los que lo fueron en los dos años anteriores a la apertura del concurso, al pago del remanente insoluto resultante de la liquidación”. El A. dedica un largo análisis a las previsiones de esta legislación al “acreedor involuntario”, al igual que a las “Conclusiones del Primer Congreso Español de Derecho de la Insolvencia. Declaración de Gijón del 18 de abril de 2009”. Con ello se abre la parte II con la transcripción del régimen legal español.

Así llegamos al último capítulo de este primer tomo dedicado a la legislación específica de Estados Unidos, donde apunta inicialmente: “El derecho concursal anglosajón tiene divergencias con el derecho continental, ya que, de los efectos personales de una concepción orientada hacia los acreedores, pasa a una concepción orientada hacia el deudor... y su paradigma se halla en la institución angloamericana de la *discharge*, pone en evidencia *la intención política del legislador de evitar por cualquier medio que la solución concursal se convierta precisamente en la eliminación definitiva del mercado del comerciante fallido...* que pueda tener un comienzo nuevo (*fresh start*)”. Refiere antecedentes de Inglaterra y la reforma de 1985 basada en “Proveer de instrumentos para evitar el abuso de la responsabilidad limitada de los directores y ejecutivos de las compañías, cuyos actos irresponsables hubieran perjudicado los intereses de los acreedores o del comercio en general... Modificar los procesos paraconcursales y estimular su utilización... Introducción de un nuevo procedimiento de administración para facilitar la recuperación y reorganización de las compañías amenazadas de insolvencia, pero con las razonables perspectivas de retornar a la viabilidad”.

Luego afronta la descripción del sistema de Estados Unidos de América, destacando: “Tenía capítulos impares sucesivos... El propósito era prever la ulterior incorporación de otros capítulos que así podrían ser intercalados, sin alterar el orden numeral originario”. “El primer efecto es la suspensión de las acciones contra el deudor... El Capítulo 11, denomi-

nado *Reorganization*, tiene carácter general y está destinado al salvataje del patrimonio del deudor y al pago a los acreedores... Se mantiene la regla del *debtor in possession*... El Capítulo 11 tiene su base en el llamado “Plan de Reorganización” que debe contar con el visto bueno de la Security And Exchange Commission... Los síndicos son personas físicas o sociedades anónimas constituidas específicamente... El procedimiento del Capítulo 11 del nuevo texto se basa en la discrecionalidad del tribunal... le otorga al deudor la posibilidad de lograr plazo suficiente para cancelar el pasivo, permitiéndole continuar al frente de sus negocios... incluyendo la posibilidad de emitir nuevas acciones por las deudas, la participación de los acreedores en las futuras ganancias de la compañía y el libramiento de nuevas acciones de capital... tiene como base central, alrededor de la cual gira, el plan que el deudor puede presentar... nunca más allá de ciento veinte días posteriores a la orden de apertura. Esta presentación podría también ser competencia de cualquier otra parte interesada... siempre que... el deudor no haya presentado un plan... puede contener medios adecuados... que podrían ser: a. retención por el deudor de todo o una parte de la propiedad del patrimonio; b. transferir todo o parte de la propiedad del patrimonio a uno o más entidades; c. fusión o consolidación del deudor con una o más personas...; h. extensión de la fecha de vencimiento, cambio de una tasa de interés y modificación del estatuto del deudor. El plan debe ser aprobado por acreedores que representen al menos dos terceras partes en cantidad y la mitad en número de las pretensiones admitidas a tal clase... Debe depositarse de buena fe... El proponente debe revelar el nombre y las relaciones existentes con las personas con las que operará, luego de la homologación del plan... Todos los créditos deben ser liquidados de contado al momento de la homologación del plan, aunque se aceptan pagos en cuotas para los acreedores que así lo acepten”. Se prevé un procedimiento llamado *cramdown*, gracias al cual el proponente del plan puede requerir al juez que éste sea homologado igualmente en el caso de que la mayoría no se hubiera obtenido en todas y cada una de las clases.

Destaca la influencia de esa legislación y una serie de sus características, indicando que se “define al acreedor como todo ente que tiene un crédito (*claim*) contra el deudor, nacido al momento de o antes de la orden de alivio... el tribunal de bancarrotas por sí mismo puede... aplicar prioridades basadas en principios de equidad. Esto se consigue a través de la aplicación de la doctrina de la subordinación de los créditos... invalida

algunas transferencias preferenciales del deudor a acreedores favorecidos antes de la fecha de bancarrota... El síndico puede tornar ineficaces las transferencias fraudulentas hechas dentro del año previo a la fecha del inicio del pedido de quiebra”. Más adelante vuelve en detalle sobre la reorganización del Capítulo 11, poniendo énfasis en el plan, el período de exclusividad del deudor, la división de créditos y la aceptación, como así también la homologación basada en la buena fe, factibilidad, pagos en efectivo y aceptación de los acreedores: “Con relación a los créditos quirografarios las condiciones de justicia y equidad están regladas conforme dos parámetros: 1) deben recibir ‘un valor a la fecha de vigencia del acuerdo igual al importe admitido de los créditos’ (sección 1129, b. 2. B. I), 2) los titulares de créditos o derechos subordinados a los créditos de la categoría disidente no deben recibir bien alguno en virtud del crédito o derecho subordinado... La categoría disidente de derechos afectados puede incluir a socios solidarios o comanditarios en sociedades personales, unipersonales, y a accionistas de la anónima... El deudor reorganizado o la nueva entidad que va a suceder a las propiedades del deudor emergen del procedimiento con sólo aquellas obligaciones que son impuestas por el plan... Si el deudor no presentara el plan, quedan habilitados todos los interesados, el síndico, el comité de acreedores o tenedores de participaciones societarias, acreedores, fideicomisarios, incluido el propio deudor... También puede disponerse la modificación en el estatuto del concursado que tenga forma de sociedad anónima, de cláusulas que prohíban la emisión de acciones sin derecho a voto o que dispongan respecto de varias categorías de acciones con dicho derecho de voto entre las diversas clases de acciones, incluyendo el caso de acciones preferidas. Asimismo pueden incluir disposiciones que se estimen adecuadas respecto de la elección de directores que la representen en el caso de incumplimiento en el pago preferente de los dividendos”. Culmina la parte I con referencias a los concursos de granjeros, de un individuo asalariado -de la reforma al concursamiento del consumidor- y la quiebra internacional, y un glosario de definiciones terminológicas del inglés al castellano. Luego la parte II contiene el sistema normativo traducido, manteniendo los títulos también en el idioma original.

El relato de cada legislación, muchas veces genérico, es luego explícito y pormenorizado, permitiendo, a su vez, el cotejo con las normas del sistema.

Ex profeso hemos limitado las transcripciones con la intención de provocar la consulta directa de lo que el A. expresa, como así también

hemos elegido los aspectos que desde nuestra limitada óptica abren interesantes perspectivas que imponen la lectura integral del libro. Al mismo tiempo hemos omitido formalizar comentario personal alguno para no inducir al lector o distraerlo de la hilación que metodológicamente aplica Dasso, con quien -como dijimos- mantenemos cordiales disidencias y polémicas que, personalmente, nos hacen crecer al imponernos nuevos análisis o argumentaciones.

Un trabajo de gran importancia, no sólo para los estudiosos, sino para los profesionales que ante situaciones límites podrán buscar soluciones e interpretaciones en las previsiones de la legislación comparada presentada.

La capacidad académica de Ariel Angel Dasso nos permite así ingresar en la extrema complejidad de la legislación concursal a la que nos hemos referido tan a vuelo de pájaro, tratando de estimular el acceso a las soluciones del derecho comparado frente a la crisis -conforme la pretensión lograda por el eximio jurista amigo-.

Nos hemos deleitado y tratamos de transmitir esa impresión en este breve -aunque largo comentario-. También hemos aprendido...

Efraín Hugo Richard

INDICE

Perspectivas del derecho de la insolvencia	11
---	-----------

1ª PARTE

COMUNICACIONES A LOS CINCO CONGRESOS IBEROAMERICANOS

Reforma concursal: ¿de ideas o de normas?

PRIMERA PARTE. La comunicación	18
SEGUNDA PARTE. La justificación	28
Introducción	28
1. Ineficiencia del sistema	30
2. Crisis empresaria	31
3. Bien jurídico tutelado por la legislación concursal	43
4. Efecto jurídico por no presentarse tempestivamente en concurso	45
5. Efecto económico de la aparente falta de sanción de presentarse tempestivamente en concurso ante la existencia de crisis	60
6. La respuesta a ese estado de cosas	82
7. La visión global	143

La empresa, su crisis y su conservación (meditaciones desde una visión nacional)

I. Introducción	147
II. Bien jurídico tutelado por la legislación concursal	148
III. Constataciones	149

IV. Cosas que ocurrieron desde esa comunicación	151
V. La empresa	160
VI. La solución societaria: capitalizar la empresa	165
VII. Responsabilidad social empresaria y planificación	167

Bien jurídico tutelado por el sistema concursal.

Prevención de la crisis

1. Sobre el título: bien jurídico tutelado por el sistema concursal. Prevención de la crisis. El disvalor	177
2. La eficiencia del derecho concursal	179
3. Eficiencia	195
4. Responsabilidad de administradores y de acreedores informados	196
5. Viabilidad y plan	200
6. Epílogo	211

La planificación preconcursal

(actuando tempestiva y extrajudicialmente)

I. El nuevo encuentro	215
II. El “vocabulario acostumbrado”	217
III. Visión concursal: el plan de reestructuración o saneamiento	218
IV. Plan de empresa heterónimo. Otra visión concursal	223
V. Lo ilícito y lo lícito de un plan	225
VI. Hacia una visión globalizada de la planificación	228
VII. Desde el derecho de la organización hacia todo el derecho	234
VIII. Responsabilidad de administradores	248
IX. Cosechando	256

La crisis de la organización societaria

Abstract. Insolvencia societaria	260
Preámbulo	261
I. La crisis económica o financiera. Zona de insolvencia. Insolvencia o cesación de pagos	269
II. Causales de disolución de las sociedades	280

III. Intereses a tutelar	285
IV. El patrimonio social	303
V. problema funcional: la planificación	309
VI. El plan de negocios	317
VII. Las soluciones societarias. La capitalización	323
VIII. Soluciones concursales abusivas	341
IX. Algo sobre las respuestas al abuso: levantamiento del velo	342
X. responsabilidad de administradores por no usar la vía societaria	349
XI. La liquidación societaria	350
XII. A modo de meditación introductoria a debates	357

2ª PARTE

COMUNICACIONES A CONGRESOS NACIONALES DEL INSTITUTO IBEROAMERICANO

Hacia la desjudicialización de las crisis: la conservación de la empresa

I. La empresa. Sus administradores	363
II. La conservación de la empresa	367

La eficiencia del derecho concursal (sobre la tempestividad y el presupuesto objetivo)

Efraín Hugo Richard y Antonio Silva Oropeza

I. Bien jurídico tutelado por el sistema concursal	378
II. Intereses concurrentes	379
III. Presupuesto objetivo: cesación de pagos y aspectos anticipatorios	381
IV. Algunas previsiones legislativas específicas	387
V. En lo societario	397

El aumento de capital como solución a la crisis

Efraín Hugo Richard y Antonio Silva Oropeza

I. El antecedente y la preocupación	405
II. Las tendencias: afrontar la crisis anticipatoriamente y en forma extrajudicial	406

III. El aumento de capital	409
IV. Planificación	410
V. Ineficiencia y eficiencia	413
VI. Análisis económico y daño (y responsabilidad) por insolvencia	415
VII. Conclusión	416

Axiología del derecho concursal

I. El problema	419
II. ¿Qué entendemos por axiología?	421
III. La hipótesis	447
IV. Bien jurídico tutelado por el sistema concursal	448
V. Sobre conservación de empresa y concurso	462
VI. La empresa	471
VII. Sobre prevención: responsabilidad social empresaria y planificación	480
VIII. Desde el derecho de la organización hacia todo el derecho	496
IX. A modo de meditación	512

3ª PARTE

CONFERENCIA EN EL V CONGRESO

IBEROAMERICANO DE DERECHO DE LA INSOLVENCIA

Facultades y deberes del síndico en los concursos de sociedades: el informe general

I. Introducción	519
II. Naturaleza de la función sindical	520
III. El informe mensual	526
IV. Los informes individuales	531
V. El informe general del síndico	534
VI. Observaciones	547
VII. Valor del informe	549
VIII. De <i>lege ferenda</i>	550
IX. En conclusión	551

4ª PARTE

HOMENAJE A JESÚS SANGUINO SÁNCHEZ, FUNDADOR,
PRESIDENTE, PRESIDENTE HONORARIO DEL INSTITUTO
IBEROAMERICANO DE DERECHO CONCURSAL

Libro colectivo en homenaje a Jesús Sanguino Sánchez 555

**A Jesús Sanguino Sánchez
(dedicatoria del libro de Homenaje) 557**

Bases sustanciales para la conservación de la empresa

I. El homenaje	560
II. El tema	560
III. El primer tema: la factibilidad de la empresa	561
IV. El segundo tema: la estructuración de la empresa	565
V. El tercer tema: sobre la conservación de la empresa	571
VI. El cuarto tema: la avizoración de la crisis	587
VII. El quinto tema: a cargo de quién está afrontar la crisis, tratando de asegurar esa conservación	593
VIII. El sexto tema: sobre quién debe soportar los costos de superar la crisis	603
IX. El séptimo tema: la visión integral del problema, y meditaciones conclusivas	614
X. Reflexiones	621

5ª PARTE

CONCLUSIONES

A modo de conclusión 629

**Reseña del libro *Insolvencia societaria*
por Osvaldo J. Maffia 633**

6ª PARTE
RESEÑAS DE LIBROS

Reseña del libro <i>La insolvencia en el derecho concursal iberoamericano</i> <i>por Efraín Hugo Richard</i>	643
Reseña del libro <i>Verificación de créditos, de AA.VV</i> <i>por Miguel Angel Raspall y Rubén Médici (coords.)</i>	649
Reseña del libro <i>Derecho concursal comparado</i> <i>por Ariel Angel Dasso</i>	651

Se terminó de imprimir en
Editorial Advocatus, Obispo Trejo 181,
de la ciudad de Córdoba
en el mes de marzo de 2010

