

EN TORNO A LA CONSERVACION DE LA EMPRESA (insolvencia societaria y responsabilidad)

Efraín Hugo RICHARD

Publicado en Jurisprudencia argentina 2014-IV- fascículo 11 (10 de diciembre de 2014, pág. 18.

I – INTRODUCCIÓN CON MOTIVACIONES.

En el libro *Jurisprudencia Argentina (Conmemoración de su 80° Aniversario (1918-1998))* ensayamos sobre “Insolvencia societaria y responsabilidad” (pág. 380) donde después de un análisis de la realidad y normas vigentes señalábamos en torno a la crisis de sociedades, donde puede devenir daño y generar responsabilidad: “VIII. En Conclusión. Quien no demuestre capacidad para superar sus propias dificultades, realizando un adecuado diagnóstico y proporcionando a sus socios, acreedores y/o financistas un plan razonable 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 a la totalidad del cuerpo social. El juez concursal tiene esos medios a su alcance; sólo si cierra los ojos a la realidad y a una interpretación funcional de la letra de la ley las cosas seguirán como hasta ahora. El Síndico tiene la obligación de ayudarlo en esa tarea. – Las problemáticas concursales –o de crisis de empresa- no pueden solucionarse dentro de la legislación concursal si, al mismo tiempo, no se integra el análisis con las normas de organizaciones de la empresa a través de la sociedad, contenidas en la ley 19.550”.

1.A página seguida a ese trabajo luce el del distinguido jurista y amigo Julio C. Rivera “Responsabilidad de administradores sociales (Necesidad de repensar sus alcances” (pág. 389). Ninguno había conocido la posición del otro, y sin duda este último enfoque tiene otro alcance, pero concluye con una contundente verdad “V. *Corolario. El cúmulo de responsabilidad que pueden ser atribuidas a un director de sociedad anónima es realmente impresionante. Lo suficiente como para desalentar la más seria de las vocaciones*”, y observando lo fáctico expresa “*Pero justamente como es tan exagerado, su aplicación en la realidad es de una tibieza notable*”. Con lo cual se advierte la similitud del enfoque.

2.En un ilustrado y lúcido trabajo del jurista Hector Alegría “*Diálogo de economía y derecho y convergencias culturales y sociales en la insolvencia*”¹, 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 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*”, referencia que sin ser textual

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

representa nuestra posición ante el evidente apartamiento de la diligencia de un buen hombre de negocios que resulta del informe de los síndicos en concursos preventivos.

Sigue Alegría “*La exposición completa de estos 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*”.

3. Tenemos la misma preocupación que Héctor Alegría, por eso nuestro afán ha sido y es recordar el camino sencillo y de bajo costo que evita toda responsabilidad imputable a administradores societarios.

Hicimos referencia a ello al homenajear a ese distinguidísimo amigo: “Sobre la conservación de la empresa (en torno a aspectos patrimoniales)”², acotando “Los informes generales en los concursos 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. Situaciones muchas veces linderas a lo delictual³ son advertibles en concursos y quiebras, cuando no en acuerdos extrajudiciales, al operar sociedades en cesación de pagos sin poner la cuestión en manos de los socios, asumiendo las soluciones que prevé la ley de sociedades, afectando la continuidad de la propia empresa –como señala Alegría en el Capítulo VII punto 2.1 de aquel ensayo- o a terceros con quiénes contrata a sabiendas de la imposibilidad de cumplimiento normal. El mismo Alegría expresaba⁴ “*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*”.

² Este artículo se publicó en el II tomo página 1397 en *Derecho Económico Empresarial – Estudios en Homenaje al Dr. Héctor Alegría*, Coordinado por Diana Farhi y Marcelo Gebhardt, Ed. La Ley, Buenos Aires 2011, bajo el título equívoco de “Responsabilidad de socios por pérdida del capital social. Sobre la conservación de la empresa (en torno a aspectos patrimoniales)”, introduciendo además de la referencia a Responsabilidad de socios por pérdida del capital social, un “Introito” que se correspondía a una ponencia con este último título presentada por nosotros las Jornadas en Homenaje al Profesor Héctor Alegría, que se debatió en el mismo. Ese error material de unir dos trabajos puede haber generado (o generar) alguna perplejidad al lector y ello llevó a los Coordinadores a su republicación en el tercer tomo de *Derecho Económico Empresarial*, con su título y contenido original.

³ Ver el prólogo de Ernesto Martorell en *LEY DE CONCURSOS Y QUIEBRA COMENTADA*, AAVV, Ernesto E. MARTORELL Director, Ed. La Ley, Buenos Aires, mayo 2012, 5 tomos, donde formaliza una imperdible apreciación constituyendo una autopsia de la legislación concursal desde el año 1995, pero con agudísimas referencias al uso desviado y antijurídico del proceso concursal, o de la supuesta versión “extrajudicial” del APE (acuerdo preventivo extrajudicial): “...todos conocemos lo grave que significó para una comunidad con un nivel de moral colectiva tan bajo como el que ya existía en ese momento en nuestro País, la castración de las acciones de responsabilidad... autores tan serios como Bergel o Maffia hablaron del *réquiem* de estas acciones para beneplácito de los *pilllos*. No menos grave fue el mantener *intocada* la normativa referida a la extensión de la quiebra, dejándose librados a síndicos y damnificados a tener que enfrentar a *pícaros aggiornados* que utilizan mecanismos de máxima sofisticación para estafar ... ampliando aún más la situación de significativa impunidad que se otorgó a los comerciantes y empresarios inescrupulosos *carta blanca* para delinquir...nadie ignora que su empleo generalmente se ha venido dando desde entonces siempre en situaciones sospechadas de fraude ... nuevamente recurro a Cámara: *El principio de conservación de la empresa no constituye una patente de corso para la gestión empresarial... los APE fueron utilizados para convalidar verdaderos despojos...*”. PALACIO LAJE, Carlos *Delitos de vaciamiento de empresas*, Editorial Marcos Lerner, Córdoba 2002, 153 páginas, tipifica conductas delictuales en el actuar de esos administradores societarios que trazan un “plan de insolvencia” antes de presentarse tardíamente en concurso.

⁴ En *Estructura y principios de la reforma concursal* p. 59 (“Algunas cuestiones de derecho concursal” Bs. As. Abaco 1975).

Esa apariencia generada por los administradores importa una actuación dolosa... Rescataba Alegría la visión desde la escuela comercialista de Córdoba, de Cámara y Quintana, a la que hemos tratado de adherir desde una visión particular de la empresa y, obviamente, de su conservación como manifestación concreta de los intereses convergentes que sabiamente expuso nuestro distinguido amigo, que se patentizan específicamente cuando se produce la crisis, refiriéndose a los “*intereses diversamente vinculados*” a través de la conservación de la empresa: los trabajadores, los proveedores, los clientes, la comunidad nacional, el mercado en su conjunto y el estado: “*Los intereses mencionados gradúan, en mayor o menor medida, según el caso el giro y el contenido de las modernas legislaciones concursales*”.

4. Basados en ello sosteníamos y sostenemos que los administradores societarios deben afrontar las crisis tempestivamente, particularmente poniendo la cuestión en manos de los socios, siendo generadora de responsabilidad la contratación con terceros en estado de cesación de pagos, y apuntando que la cuestión debía ser expuesta aunque sea primariamente en la Memoria⁵. Insistiremos sobre esto.

Ello fue atendido por Truffat y Barreiro⁶, sosteniendo cierto extremismo en nuestra postura, que contestamos adhiriendo y tranquilizándolos⁷. La cuestión es que –como señalan Lorente, Barreiro y Truffat, con quiénes coincidimos- los administradores deben afrontar la crisis, preparando medidas y de ser necesario poner la cuestión en manos de los socios.

Planificar, analizando la crisis y las medidas para superarla es el mínimo a requerir de la conducta de un buen hombre de negocios, que actúa con deslealtad si continúa operando contagiando la insolvencia. No es otro el parámetro de los art. 96 y 99 LS –que desde ahora citaremos como LGS o sea ley general de sociedades.

De ninguna forma pretendemos que el administrador asuma el riesgo del mercado o del error en la planificación⁸, sino que tome conciencia que de una actitud omisiva o desleal puede resultar responsabilidad. De allí el adecuado léxico de esas normas derogadas, en torno al juicio posterior de “irrazonabilidad” al tiempo de concebirlo del plan de saneamiento.

⁵ 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*, Ed. Ad Hoc, Buenos Aires 2001, tomo II pág. 949. Ntos. “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, p. 1187; “*SALVATAJE DE LA EMPRESA Y PROPUESTA DE ACUERDO PREVENTIVO*”, año 1996 n° 6, pág. 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, Ed. Errepar, tomo 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 año 1993, págs.55 a 70. “EL “BUEN HOMBRE DE NEGOCIOS” Y EL “PLAN DE EMPRESA”” en *Doctrina Societaria y Concursal*, Ed. Errepar, tomo 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 ?” tomo 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 Ed. Ad Hoc, Buenos Aires, noviembre 1997; “Salvataje de la empresa: ¿Una postulación sin respuesta en la ley concursal?” conjuntamente con Francisco Junyent Bas y Orlando Manuel Muñio, en *RDCO* año 30 1997 pág-525 y ss.; 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 BARREIRO, Marcelo G. – TRUFFAT, E. Daniel “Responsabilidad de administradores y representantes en la ley de quiebras: el deber fiduciario de la ley de sociedades, ¿se traslada a los acreedores” en *Doctrina Societaria y Concursal*, octubre 2005, tomo XVII p. 1205 y ss.

⁷ “Está lloviendo. ¡Se acabó la sequía! (En torno a la insolvencia societaria)” en *Doctrina Societaria y Concursal*, Ed. Errepar, Buenos Aires diciembre 2005, n° 217, tomo XVII pág. 1532.

⁸ Es el parámetro que fijaban los arts. 125-1 y 125-2 incorporados en el año 1983 a la ley de concursos 10551 entonces vigente, disponiendo que la razonabilidad de un plan debía juzgarse en relación a la fecha en que había sido formulado, descartando así los avatares del mercado, de la política o de la globalización.

Como tranquilizamos a Barreiro y Truffat, acordamos con Alegría, formalizando similares reflexiones. Jamás deben preocuparse los administradores que actúan con lealtad y la diligencia de un buen hombre de negocios, ni aún ante la cesación de pagos o insolvencia de la sociedad, y menos frente a una mera crisis económico o financiera. No se espera de ellos que tengan necesariamente que superar ese estado patrimonial o financiero, sino meramente que lo afronten, en primer lugar frente a los socios –legislación societaria- y agotada ella –incluso la negociación privada con los acreedores- la concursal que, a través de la concurrencia obligatoria intenta la unificación de acciones de intereses.

Lo importante es bucear en el sistema jurídico, sin dogmatismo, tratando que el mismo satisfaga las necesidades generales de la convivencia, y en el caso del concurso de eliminar el antivalor que permite su aplicación: el estado de cesación de pagos o la crisis si –como pensamos- se debe actuar anticipatoriamente para evitar daños irreparables a la empresa y su contagio al mercado (el “timing problem” o tempestividad en la presentación).

II - CONSERVACIÓN DE LA EMPRESA. ¿A CARGO DE QUIÉN?

Básicamente consideramos que una empresa debería estar organizada como sociedad persona jurídica, incluso los emprendimientos de una persona humana. Esto es conveniente para permitir múltiples divisiones de su único patrimonio –pues la división patrimonial personificada beneficia a los acreedores prudentes-, favoreciendo la eventual recuperación de las empresas viables frente a la crisis de alguna de ellas, utilizando los sistemas anticrisis de las legislaciones societarias y concursal. En ese sentido las conclusiones adoptadas en la 45ª Sesión de Trabajo de UNICITRAL de 2.014⁹, en la que se acordó (1) *“El objetivo de la presente Recomendación es garantizar que las empresas viables con dificultades financieras, cualquiera que sea su ubicación en la Unión, tengan acceso a unos marcos nacionales de insolvencia que les permitan reestructurarse en una fase temprana con el fin de prevenir la insolvencia... también se propone ofrecer una segunda oportunidad a los empresarios honrados incursos en procesos de insolvencia en toda la Unión.*

1. Ante la convergencia de intereses en “conservar la empresa”, ello implica una acción que debe estar a cargo de alguien. Ese alguien no puede ser ni los acreedores ni el Estado -Presidente de la Nación, Gobernador de la Provincia, Intendente de la localidad que pueden expresar preocupaciones- aunque muchas veces se intenta que lo hagan, ni el juez o funcionario concursal, sino los administradores y socios de la sociedad en crisis, partiendo de la autonomía de la voluntad total de los mismos para crearla, dotarla patrimonialmente y administrarla. Con esta visión, el salvataje concursal de empresas desarrolladas por sociedades puede avanzar sobre la propiedad de los socios que se desentendieron de las soluciones societarias¹⁰, intentando un negocio, y de los administradores que no encontraron los caminos previstos en el sistema de organización de su dirigida. 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..

La conservación de la empresa estructurada societariamente es un problema de los administradores y de los socios¹¹. Es una cuestión de derecho privado. Obviamente que tal

⁹ United Nations Commission on International Trade Law, Grupo 5, Derecho de la Insolvencia, celebrada en Nueva York los días 21 a 25 de Abril.

¹⁰ Conforme lo dispuesto por el art. 48 de la ley de concursos argentina. Apuntamos que son pocas las referencias de la ley concursal para diferenciar el concurso de una persona humana y de una persona jurídica, y el tratamiento independiente de ambos casos por la doctrina es casi nulo.

¹¹ “La conservación de la Empresa” en Anales de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba tomo XXV pág. 107 y ss. correspondiendo a nuestra 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

reorganización podría ser asumida directamente por la sociedad o, posteriormente –con mayores costes- en una propuesta de acuerdo preventivo extrajudicial o judicial¹², eventualmente a cargo de terceros o de los trabajadores.

Se justifica el principio de conservación de la empresa a través del método indirecto de conservar la sociedad, removiendo la causal de disolución a fin que pueda seguir cumpliendo el objeto, forma de darse la empresa. El derecho societario brinda adecuadas tutelas para que la sociedad pueda cumplir su objeto, elemento contractual en cuya efectivización convergen y se subsumen los intereses individuales de los socios y que sirve para objetivar el mal llamado interés de la sociedad¹³ como forma de materializar la "idea de empresa".

En momentos que legislación y posiciones, nacionales y extranjeras, marcan la tendencia a desjudicializar o privatizar el sistema del derecho concursal, o mejor dicho de prevención, parece adecuado reiterar nuestra posición con la aplicación de principios y normas del derecho societario, sin costes de transacción. Véase la problemática de las actuales reformas que apuntan al “acuerdo privado”, homologado o no, sobre lo que nos hemos pronunciado¹⁴.

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

Siguiendo nuevas tendencias hay que educar a los acreedores para que colaboren en la conservación de la empresa, 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. Es la solución de la capitalización si la empresa es viable¹⁵.

Claro que para ello debe afrontarse la cuestión de la crisis de las sociedades en forma sistémica y constructivista¹⁶.

III – CRISIS Y CONCURSO DE SOCIEDADES.

Centremos nuestra atención en la crisis del patrimonio social.

Nos preocupa –como venimos desarrollando- la comprensión de la expresión “conservación de la empresa”, usado latamente, y recogida sin mayores explicaciones –o peor aún justificación para el

y Ciencias Sociales de Córdoba www.acaderc.org.ar. MICELLI, Maria I. “Los nuevos concordatos irrisorios. El delicado equilibrio entre la conservación de la empresa y la protección adecuada del crédito” en *Derecho Concursal Argentino e Iberoamericano*, t. II pág. 631.

¹² 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%.

¹³ ETCHEVERRY, Raúl Aníbal *Empresa y objeto social*, en RDCO año 15 p. 781 y ss.; COLOMBRES, Gervasio *Curso de Derecho Societario*, Buenos Aires, 1972, p. 116.

¹⁴ Nto. “ACUERDO PRIVADO: UN MECANISMO APTO PARA EL GRAN ENDEUDAMIENTO”, Versión de la exposición en el último panel del día sábado 4 de octubre de 2014, para la que hemos tratado de mantener lo tratado en los 25 minutos acordados, aportando algunas citas completas y las notas de control, que puede verse en www.acaderc.org.ar, con otros aportes anteriores.

¹⁵ Nto. “NOTAS EN TORNO A LA PRECONCURSALIDAD SOCIETARIA: UN ESTUDIO COMPARADO”, en *Revista de Derecho concursal y Paraconcursal*, Editorial La Ley, RPC 20/2014, Reseña Legislativa española y comparada. Madrid 2014, págs.. 423 a 446.

¹⁶ Nto. *Perspectiva del Derecho de la Insolvencia*, Ed. Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Córdoba 2012, libro que también puede consultarse en versión electrónica en www.acaderc.org.ar

caso concreto- por la jurisprudencia. La “reorganización de la empresa” es una especie dentro del concepto genérico de “conservación de la empresa”.

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. 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. La 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.

Así la ley colombiana del 27.12.2006 –ya con varias reformas¹⁷- manifiesta “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 párrafo. Las normas societarias preventivas resultan del art. 10º 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”, imponiendo el art. 13 ap. 6 presentar “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”.

O sea que el derecho concursal prevé medidas anticipatorias a la insolvencia, situación del patrimonio social que reflejada contablemente impone acciones y responsabilidades. Para evitar disensos meramente lingüísticos consideramos la insolvencia como la pérdida del capital social, cesación de pagos puede configurarse por una sociedad solvente con patrimonio activo positivo superior al capital social pero con pasivo corriente mayor a activo corriente. Y con las expresiones crisis, avizoración de la insolvencia, dificultad económica o financiera de carácter general, “red flags”, se ha tratado de preveer soluciones anticipatorias a la insolvencia, el “timing problem”, buscando siempre la estrella polar de conservar la empresa y particularmente los puestos de trabajo.

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, generando un *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

¹⁷ SOTOMONTE MUJICA, David Ricardo – RODRIGUEZ ESPITIA, Juan José “Apuntes sobre la evolución del derecho concursal colombiano” en *Derecho Concursal “Trascendiendo paradigmas concursales” 8º Congreso Colombiano*, Ed. Capítulo Colombiano Instituto Iberoamericano de Derecho Concursal, Bogotá 2014, pág. 65.

desde el punto de vista económico y político, su economicidad y su solidaridad, pues una empresa no sólo debe ser una organización económica¹⁸, sino solidaria¹⁹, lícita y viable.

Si existen problemas en el desenvolvimiento futuro de la empresa, o meramente se avizoran, los administradores deben ponerlo en conocimiento de los socios y según su envergadura en la Memoria – ver anteriores referencias en nota 4- para que no aparezca como dolosa la contratación posterior con terceros, con quién se incumplan obligaciones. Mucho más si los avisos son formalizados en las cuentas del balance, anticipando pérdidas parciales o totales del capital social que imponen conductas. Nos hemos explayado en “El PLAN DE EMPRESA (o como asumir crisis tempestiva y extrajudicialmente)”²⁰ y en “LA PLANIFICACION PRECONCURSAL (actuando tempestiva y extrajudicialmente)”²¹ y en “POR LA EFICIENCIA DEL SISTEMA CONCURSAL: Bien jurídico tutelado por el sistema concursal. Prevención de la crisis”²².

A riesgo de repetir, insistimos que la Memoria que acompañe un Balance del que resulta la pérdida del capital social –causal de disolución uniforme en el derecho comparado- o un pasivo corriente mayor que el activo corriente impone una explicitación sobre las conductas a seguir por socios o previsiones de los administradores. ¿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 la “Responsabilidad Social Empresaria”.

IV - EL PATRIMONIO SOCIAL.

Existe libertad en nuestro país para determinar el capital de las sociedades con responsabilidad limitada de sus socios, con un mínimo de aproximadamente 5.000 Euros para la sociedad anónima.

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 derecho²³, que no tuvieron en cuenta cuanto contrataron sin información de esa situación o antes que se produjera. Los deberes del administrador societario aumentan en tales casos frente a los acreedores y terceros.

¹⁸ Empresa económica implica la viabilidad de la empresa, de la empresa que no lleva en su seno su autodestrucción por económicamente inviable, cfr. nta. "La conservación de la empresa" cit..

¹⁹ La empresa, aunque sea económicamente apta no puede actuar contrariamente al medio social, sería una actividad ilícita, como lo es contaminar, cfme. nto. *Sociedad y contratos asociativos* Ed. Zavalía, Buenos Aires 1989, cap. "La empresa.

²⁰ En libro colectivo *Homenaje al Dr. Osvaldo J. Maffia* Cap. II pág. 217, Ed. Lerner Córdoba 2008, Instituto Argentino de Derecho Comercial y Fundación para la Investigación del Derecho Concursal y la empresa en crisis Pablo Van Nieuwenhoven. Coordinadores E. Daniel Truffat – Marcelo Barreiro – Carlos Roberto Antoni Piossek – Ramón Vicente Nicastro.

²¹ Comunicación al 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.

²² Comunicación al III Congreso Iberoamericano de Derecho Concursal “Por la eficiencia del sistema concursal”, Barcelona, diciembre 2007.

²³ STANGHELLINI, Lorenzo “Proprietá e controllo del’impresa in crisis” en *Rivista delle Società* anno 49° 2004 settembre-ottobre fascicolo 5°, Editorial Giuffrè Milano, 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 punto puede verse SPOLIDORO, “Il capital sociale”, pág. 59 y especialmente pág. 67, en *Il Diritto delle società per azioni: Problema, Esperienze, Progetti* collana della Rivista delle Società, Ed. Giuffrè 1993.

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 efecto sobre la responsabilidad. Pero esta es una zona gris que no abordaremos en esta oportunidad²⁴.

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 inviable²⁵. 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.

Pero la infrapatrimonialización material puede no demostrarse claramente, dando lugar a zonas grises. En cambio la función de garantía del capital social, siempre relativizada, cumple una función realmente preventiva de la insolvencia²⁶.

V - SOLUCIONES SOCIETARIAS.

Ahondamos. En el caso de sociedades, sus administradores y socios deben adoptar las medidas que la ley societaria impone ante la pérdida del capital social reintegrar o aumentar el capital por aporte de los socios, capitalizando el pasivo²⁷ o de terceros, o constatada contablemente 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 la correcta la liquidación e inexistencia de acciones de recomposición, bajando costos eficientemente.

Adviértase los sistemas que en situaciones semejantes permiten a los administradores emitir acciones sin autorización de los socios²⁸.

²⁴ HOLZ, Eva “Obligaciones de los administradores de sociedades en vías de insolvencia”, pág. 401; nto. “El equilibrio en la legislación societaria y concursal uruguaya: la preconcursalidad societaria”, pág. 415, ambos en *25 años de la ley de sociedades comerciales. Necesidad de su reforma. Homenaje al Profesor Dr. Siegbert Rippe*, AAVV Directoras Eva Holtz – Rosa Poziomek, Ed. Facultad de Ciencias Económicas y la Administración, Universidad de la República, Montevideo 2014.

²⁵ Nto. “La conservación de la Empresa” en *Anales de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba* tomo XXV Pág.107 y ss., citado.

²⁶ Nto. “LA FUNCIÓN DE GARANTÍA DEL CAPITAL SOCIAL FRENTE A LA AGENDA CONCURSAL –ESTUDIO COMPARATIVO- ENSAYAMOS SOBRE LA FUNCIÓN DE GARANTÍA DEL CAPITAL SOCIAL Y SU VINCULACIÓN A LA CRISIS, APRECIANDO LA NATURALEZA DE SUS NORMAS Y LA INTERACCIÓN DEL DERECHO CONCURSAL SIGUIENDO LAS ENSEÑANZAS DE EMILIO BELTRÁN, CON VISION COMPARATISTA”, en *Libro homenaje al profesor Emilio Beltrán*, edición del Instituto Iberoamericano de Derecho Concursal, Cartagena de Indias, Colombia, octubre 2014, pág. 279.

²⁷ Situación expresamente prevista en la ley de sociedades art. 197.2 LGS, que soluciona integralmente la cesación de pagos de una empresa viable en la que los administradores informen fundadamente esa posibilidad a los acreedores.

²⁸ 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

1. Se incentiva de este modo la capitalización de deuda como mecanismo de reestructuración y saneamiento empresarial, sobre todo respecto de acreedores titulares de pasivo financiero, intentándose así mismo, mediante reformas legales actualmente en curso en España "minimizar" el impacto contable que para las entidades financieras podría conllevar, en sus cuentas de resultados, la opción por la capitalización de deudas, que le permita una movilización de obligaciones en mora en el mercado de capitales, incluso inducido por normas bancarias sobre inmovilizaciones y provisiones.

La capitalización de deuda no es una operación extraña a los sistemas concursales. La novedad radica en que se fomente su utilización en el marco de acuerdos de refinanciación teniendo en cuenta quiénes son los principales acreedores (bancos e intermediarios financieros), para defender sus intereses y facilitar así la consecución de un acuerdo de refinanciación que permita la continuidad de la actividad del deudor con los beneficios que este hecho lleva aparejado, tanto para el propio deudor, como sus acreedores y trabajadores.

Como venimos predicando, la abusiva quita –que empobrece a los acreedores y enriquece a los socios con costo tributario y no liberación de garantes- puede equilibrarse elevando el valor nominal de las acciones o participaciones previamente emitidas, cuando los destinatarios son socios acreedores. En todo caso, se emitan nuevas acciones o participaciones, o se eleve su valor nominal, el contravalor del aumento consiste en la compensación de créditos que ostentan los acreedores, sean o no socios, frente a la sociedad. Esto puede vincularse a disponer una prima de emisión, no distribuible pero que incrementa el valor de transferencia de las acciones. Obviamente los *take overs* serán posibles para recuperar el control societario.

Se trata de operaciones pensadas para el saneamiento financiero de la sociedad²⁹, por la que ésta aumenta su patrimonio neto, ya que disminuye el pasivo inmediatamente exigible pasando a ser pasivo no exigible (capital), y puede disponer así de recursos que de otro modo tendría que destinar a pagar a los acreedores³⁰, quienes, por su parte, pierden tal condición y se convierten en socios de la sociedad deudora, en la intención de obtener así una mayor satisfacción crediticia que si acudiesen a las soluciones concursales. Así, si se consigue salir de la situación de crisis, los acreedores que pasen a ser socios pueden rentabilizar su inversión, vía dividendos, o bien a través de la posterior venta de las acciones o participaciones³¹.

2. El acuerdo de aumento de capital mediante compensación de créditos exige el consentimiento de los titulares de los créditos frente a la sociedad, así como el consentimiento de los socios otorgado mediante acuerdo adoptado en junta general con las mayorías legalmente exigidas.

Como consecuencia de normas genéricas del derecho comparado, resguardando la función de garantía del capital social, si socios bloquearan la capitalización no disponiendo la liquidación de la sociedad para que no siguiera dañando, los socios que contribuyeron a la formación de la mayoría necesaria para el rechazo del acuerdo podría responder del pasivo (deudas) no satisfecho a los acreedores.

Ante la negativa o imposibilidad de los accionistas y no deseando liquidar la sociedad, se abre la solución prevista del art. 197.2 LGS de capitalizar el pasivo, o sea en ciertos casos traspasar la sociedad a los acreedores, o su control, o simplemente de darles participación –con un sinnúmero de alternativas que pueden implicar reconocimiento de prima o posibilidad de rescate-. Esta es también una previsión del art. 42 LCQ.

²⁹ SÁENZ GARCÍA DE ALBIZU, J. C., "Artículo 156. Aumento por compensación de créditos", en *Comentario al régimen legal de las sociedades mercantiles*, URÍA, R., MENÉNDEZ, A., OLIVENCIA, M. (dirs.), Thomson Civitas, Madrid, 2006, t. VII, vol. 2º, pág. 197.

³⁰ Vid. al respecto, MAMBRILLA RIVERA, V., "El aumento del capital por compensación de créditos", en *Derecho de Sociedades Anónimas*, ALONSO UREBA, A., DUQUE DOMÍNGUEZ, J., ESTEBAN VELASCO, G., y otros (coords.), Civitas, Madrid, 1994, t. III, vol. 1.º, pág. 365.

³¹ HERNÁNDEZ SAINZ, E., "La capitalización de deuda como instrumento preconcursal preventivo o paliativo de la insolvencia y los acuerdos de refinanciación", en *Los acuerdos de refinanciación y de reestructuración de la empresa en crisis*, GARCÍA-CRUCES, J.A. (dir.), Bosch, Barcelona, 2013, pág. 330.

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 prevista en el art. 94.4. LGS de imposibilidad sobreviniente de cumplimiento del objeto social por causas patrimoniales³².

3.La capitalización del pasivo trae un beneficio inmediato a los accionistas, directores o terceros que hayan garantizado una obligación capitalizada, pues se liberarán de esa obligación de garantía. Esa fórmula que no está gravada por impuestos a las ganancias³³, 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.

Con el ingreso de capital se satisfarán las obligaciones sociales que motivarían un concurso y cesaría la situación de crisis, por lo que se habrá sobreseído la situación patrimonial con un bajo coste de transacción.

Como señaló la jurisprudencia³⁴ “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.

VI – PRECONCURSALIDAD.

Con esta visión se construye un sistema de preconcursalidad desde el derecho societario, lo que nos llevó en el año 1995 a generar un ante proyecto de ley concursal novedoso, simple y disuasivo, en torno a la responsabilidad de administradores societarios por no haber afrontado la crisis y desde la óptica del derecho de daños³⁵.

1.Se ha sostenido que la legislación societaria es preconcursal, paraconcursal o anticoncursal, cuya normativa opera en el derecho comparado “como un instrumento preconcursal”³⁶, “tiene una función *preconcursal* o *paraconcursal*, considerando algún otro considerarla como *anticoncursal*”³⁷, y ante los estudios que tratan de rescatar esas normas, desde lo concursal se ha avanzado en las recientes reformas española de la ley de sociedades y la italiana³⁸, en una compatibilización que no estamos en

³² HAGGI, Graciela y RICHARD, Efraín Hugo “La supuesta supresión de la pérdida de capital social como causal de disolución” en libro colectivo *La actuación societaria* Director con Daniel R. Vitolo, Ad Hoc, Buenos Aires 2005 dirigido con Daniel R. Vitolo, Ad Hoc, Buenos Aires 2005, pág. 229.

³³ NISSMAN, Raúl en múltiples conferencias y trabajos difundidos por Ricardo Ruiz Vega.

³⁴ Cám. Trabajo y Minas 4ª Nominación de Santiago del Estero, República Argentina, con fecha 15 de junio de 2005, en la causa “Salazar, Oscar E. c/ Florestal El Milagro SRL”, LLNOA 2005-1446.

³⁵ En “DE LA INSOLVENCIA, In Memoriam de Héctor Cámara y Francisco Quintana Ferreyra, Editorial Advocatus, Córdoba 2000, comunicaciones al II Congreso Iberoamericano de la Insolvencia, *En torno a responsabilidad y concurso. Un “embrión” de proyecto.* Tomo III pág. 313. y *Daños causados por la insolvencia: Acciones individuales de responsabilidad contra administradores de sociedades* Tomo III pág. 549. 8º. Ausencia de sede y responsabilidad de administradores (II). Tomo III pág. 579. 9º. Pretensiones patrimoniales y contratos comprendidos en art. 20 ley 24.452, Competencia de árbitro frente al concurso. Tomo IV pág. 243.

³⁶ URÍA, R.; MENÉNDEZ, A. y GARCÍA de ENTERRÍA, J.” La sociedad anónima: disolución” Cap. 4, pág. 1001 en *CURSO DE DERECHO MERCANTIL* dirigido por Rodrigo URÍA y Aurelio MENÉNDEZ, Ed. Civiltas, Madrid 1999, tomo I, especialmente “Las pérdidas graves” págs. 1009 a 1013.

³⁷ DÍEZ ECHEGARAY, José Luis *Deberes y Responsabilidad de los Administradores de Sociedades de Capital*, 2006, Ed. Thomson-Aranzadi 2ª edición, Navarra. p. 387.

³⁸ STRAMPELLI, Giovanni “Capitale sociale e struttura finanziaria nella società in crisis”, en *Rivista delle Società*, anno 57, 2012, luglio-agosto 2012, fascicolo 4, pág. 605, Ed. Giuffrè Editore, Italia 2012, donde se analiza la disposición contenida en el decreto ley del

condiciones de juzgar. La doctrina italiana reiteraba que la reforma de la legislación concursal omitió 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 doctrina³⁹.

Recordando algo aparentemente olvidado, se ha dicho “La normativa societaria ha tenido, desde siempre, la preocupación de la defensa y protección del crédito y, por esta vía, de la prevención de las crisis empresariales. Con herramientas y procedimientos diferentes ha ido convergiendo con una legislación concursal cada vez más preocupada por la prevención de las crisis empresariales y en la solución de éstas con el menor daño posible a las estructuras productivas. Esta comunidad de objetivos entre ambas ramas del ordenamiento mercantil hacen necesaria una coordinación y armonización normativa, de modo que su objetivo común pueda ser logrado en forma segura y eficiente, derecho concursal y derecho societario no son dos compartimentos estancos. Ambas disciplinas deben perseguir, desde una concepción integral del sistema jurídico, una armonización de sus sistemas normativos en orden a la tutela del crédito, a la anticipación de las crisis y a evitar su profundización y propagación”⁴⁰.

2.El derecho societario y el derecho falimentar se influyen mutuamente, bajo las reglas del *corporate government*, imponiendo ante la pérdida total o parcial del capital social la convocatoria a asamblea, configurando el “leitmotiv” de la “profilaxis de la insolvencia” el asegurar la estabilidad de la empresa, adoptando las medidas de saneamiento⁴¹.

Omitir las vías preconcursales societarias, para intentar las de reactivación en una presentación en concurso permite avizorar el nacimiento de acciones de responsabilidad.

La tutela de los acreedores ante la continuidad de la empresa en cesación de pagos, aumentando la posibilidad de pérdidas ante una prospectiva incierta, la tutela de acreedores impone pensar en la responsabilidad de los administradores⁴², afirmándose la utilidad que revisten en general “los remedios tempestivos e idóneos a la primera señal de crisis”⁴³. Responsabilidad siempre de base subjetiva, por accionar culposo o doloso generando daño.

El informe general del síndico u otros elementos agregados al juicio concursal podrán acreditar el incumplimiento de los deberes societarios del administrador, y fundar la promoción de acciones de responsabilidad individuales por parte de ciertos acreedores. Particularmente aquellos no informados con los que contrataron estando la sociedad en cesación de pagos. Este informe general en el concurso facilita la prueba de los extremos que podrán invocar esos acreedores, que -en otros casos- puede ser bastante difícil, como se señala en la doctrina de los Estados Unidos de Norteamérica⁴⁴.

No es del caso aquí tratar las acciones individuales de responsabilidad que puedan promover acreedores sociales contra los administradores por no haber respetado las previsiones de la ley

22 de junio de 2012, n. 83, donde se impone la reconstrucción del capital social o el concurso de la sociedad, en forma similar a lo previsto en la última reforma española.

³⁹ NIGRO, A. “Le società per azioni nelle procedure concursuali”, in *Trattato delle società per azioni*, diretto da G.E. Colombo e G.B. Portale, 9ª, Torino 1993, 209 ss.

⁴⁰ OLIVERA AMATO, Juan M. *Herramientas societarias para la solución y prevención de las crisis empresariales en Situaciones de crisis en las sociedades comerciales* AAVV directores José Miguel Embid Irujo, Daniel Roque Vitolo, Ed. Ad Hoc, Buenos Aires 2010, pág.31 y ss., esp.35.

⁴¹ SPOLIDORO, M. S. comentando la tesis de Alexandros N. ROKAS *Die Insolvenzprophylaxe als Bestandteil der Corporate Governance im deutschen Aktienrecht*, Baden Baden, Nomos 2012, en *Rivista delle Società* anno 57º, noviembre-diciembre 2012 fas. 6º, pág. 1353.

⁴² MIOLA ob. cit. pág. 1310. Como acción extraconcursal.

⁴³ MIOLA ob. cit. pág. 1309.

⁴⁴ Entienden los autores norteamericanos sobre la incerteza sobre 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”.

societaria, particularmente las del art. 99 LGS, que no son concursales ni atraíbles por un concurso ni afectadas por la homologación de un acuerdo de quita y espera.

VII – PÉRDIDA DEL CAPITAL SOCIAL, EFECTOS Y RESPONSABILIDAD.

Como anticipamos centramos la atención en una causal de disolución de las sociedades. La causal de disolución “pérdida total del capital social”, diferente a la infrapatrimonialización e incluso a la cesación de pagos, importa cuanto menos la avizoración de una crisis y permite revertir la situación con bajo costo en forma privada⁴⁵.

1.El rol del capital social, la importancia de actuar tempestivamente para solucionar la crisis desde el derecho societario, ha sido recogida en el “Derecho Concursal Peruano” que en 1999 se integra con la ley “De Fortalecimiento del Sistema de Reestructuración Patrimonial”, y tres normativas configuran la hoy denominada en Perú “Ley General del sistema concursal”, cuyo sistema tiene tres procedimientos: el procedimiento concursal ordinario para obtener un acuerdo de reestructuración o de disolución; el procedimiento concursal preventivo dirigido a la obtención de un acuerdo global de refinanciación, y la quiebra de carácter judicial y liquidativo. El concurso ordinario es de instancia preventiva exclusiva del deudor, con confidencialidad mientras se inicia el trámite y al abrirse con amplio derecho de los acreedores de observación e información. El deudor debe optar al presentarse por la reestructuración patrimonial o la disolución, y el presupuesto objetivo es el grado preciso del deterioro económico: “pérdidas acumuladas, deducidas las reservas, que superen en un tercio el capital social integrado... acreditado con informe de asesor legal y contador público colegiado y acompañado por un plan de recuperación con una proyección preliminar del que surja un flujo de ingresos por dos años que permitan considerar sustentable en orden a la recuperación. Señala Dasso “La entidad de las pérdidas (mayor al tercio del capital social integrado) tiende parejamente, en primer término a evitar el abuso de una presentación que tiene el efecto de paralizar los derechos individuales de los acreedores, cuando la situación económica es considerada a través de la ecuación legal todavía superable y de otro lado, a descartar el uso de la reestructuración como instrumento meramente dilatorio cuando el deterioro económico asumirá tal magnitud que, en el caso de pérdidas mayores al tercio del capital la ley considera insuperable para la recuperación. En el otro extremo, cuando las pérdidas adquieren mayor importancia (superiores al total del capital social integrado), cuya medida se reputa ex lege como impeditiva de la recuperación, queda vedada esa vía y al deudor sólo le queda la vía liquidativa. Vale decir que la franja económica de la crisis que habilita al deudor a acogerse al concurso ordinario, conservativo, es el de pérdidas acumuladas no inferiores a la tercera parte del capital social, pero no superiores a su monto total”⁴⁶.

Los problemas patrimoniales de la empresa, organizada libremente como sociedad, son abordados en esa causal de disolución de “pérdida del capital social”⁴⁷.

⁴⁵ Ed. Lexis Nexis, Buenos Aires 2007; *Perspectiva del Derecho de la Insolvencia*, Ed. Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales, Córdoba, 2010.

⁴⁶ DASSO, Ariel Angel “Derecho Concursal Comparado”, Tomo II, Ed. Legis, Buenos Aires septiembre 2009. Páginas 805 a 1573 más índices temático y alfabético (El comentario al tomo I fue publicado en la Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 240-107 Bibliografía; y en nuestro libro “Perspectiva del Derecho de la Insolvencia, ciado, pág.651). La cita corresponde al régimen concursal peruano.

⁴⁷ “Art. 94 LSA. Disolución: causas. La sociedad se disuelve:... 5) Por pérdida del capital social... Art. 96. Pérdida del capital. En el caso de pérdida del capital social, la disolución no se produce si los socios acuerdan su reintegro total o parcial del mismo o su aumento. Art. 99. Administradores: facultades y deberes. Los administradores, con posterioridad al vencimiento del plazo de duración de la sociedad o al acuerdo de disolución o a la declaración de haberse comprobado alguna de las causales de disolución, sólo pueden atender los asuntos urgentes y deberán adoptar las medidas necesarias para iniciar la liquidación. Responsabilidad. Cualquier operación ajena a esos fines los

La ley uruguaya⁴⁸ impone la causal de disolución con la pérdida del 75% del capital social, permitiendo su reintegro o capitalización, y dispone la apertura del concurso cuando la pérdida alcanzó al 100 del capital social.

2.Esa “pérdida” debe ser real, aunque es reconocida por una determinación contable aprobada por el órgano de gobierno de la sociedad. Según la versión más conservadora la misma se produce cuando el patrimonio neto acusa pérdidas de tal envergadura que éstas igualan o superan a todos los importes positivos del patrimonio neto (capital, ajuste de capital, reservas, aportes irrevocables – capitalizados, agregamos-)⁴⁹. Una visión más formal llevaría a pensar que la causal se ha generado cuando el pasivo excede al pasivo en una cifra superior al capital social estatutario y no se intentan capitalizar otros importes positivos del patrimonio neto para revertir la pérdida y reconstituir el capital estatutario como cifra de garantía para los terceros y la sociedad.

El análisis de ciertos aspectos vinculados a esa causal son dirimientes para entender el obiter dictum de nuestra Corte en el caso Comercial del Plata sobre que el recurso concursal es la última alternativa para solucionar la crisis societaria⁵⁰.

3.¿Cuándo se genera esa causal de disolución? La cuestión es cuándo objetivamente queda reconocida la existencia de esta causal por los administradores y por los socios. La respuesta fluye de la realidad: indubitablemente los primeros cuando preparan el proyecto de balance y por tanto debería contener la Memoria referencias sobre ese aspecto. Los socios cuando aprueban o consideran ese balance, aunque no lo aprobaran. Desde ese momento la causal pasa a ser de indubitable y pleno conocimiento imponiendo las conductas previstas por la ley.

De inmediato debe interrogarse si ante esa constatación debe cesar la actividad normal y proceder a la liquidación de la sociedad. Sin dudar no. Aún en la causal de vencimiento del plazo los socios pueden decidir la continuación. En el caso de la causal de pérdida del capital social la liquidación puede ser evitada por el reintegro del capital social o la capitalización.

Atento la norma del art. 96 LGS la causal de disolución puede enervarse. Ricardo Nissen sostiene que la reversión debe producirse dentro de los 60 días por aplicación analógica de lo previsto respecto a la causal de cancelación de oferta pública (inc. 9º art. 94). La reacción debería ser inmediata a la constatación documentada en la aprobación del balance.

hace responsables ilimitada y solidariamente respecto de los terceros y los socios, sin perjuicio de la responsabilidad de éstos”. Nto. “Las crisis de las sociedades y como abordarlas”, Ed. Fespresa, Córdoba, agosto 2010, págs.183, 185, 393, 427, 461, 465,581.

⁴⁸ Nto. “UNA VISION RIOPLANTENSE SOBRE LAS CRISIS SOCIETARIAS Y COMO ABORDARLAS ¿Un problema del derecho concursal? (AN ARGENTINE PERSPECTIVE ON CONFRONTING CORPORATE CRISIS: Is this a Bankruptcy Law Issue?)”, en n° 8 de la Revista de Derecho *Publicación de la Facultad de Derecho* de la Universidad Católica de Uruguay.

⁴⁹ FUSHIMI, Jorge Fernando “*Sobre el reintegro del capital en las sociedades anónimas*”, en publicación referida en nota 48 pág. 427, específicamente 428. NISSEN, Ricardo A. *La pérdida del capital social como causal de disolución de las sociedades comerciales*, Ed. Ad Hoc, Bs. As., quién transcribe parte de la Resolución 055 de la Inspección General de Justicia de fecha 14.1.2002 en “Duque Seguridad S.A. “Antes de hacer el cálculo para constatar la existencia de la causal disolutoria consistente en la pérdida del capital social, hay que revalorizar el patrimonio social, computar sólo el pasivo hacia terceros y luego absorber las pérdidas en término con las reservas y sólo después proyectar su remanente sobre el capital social. Además debe tratarse de una pérdida definitiva y no meramente circunstancial”. Agregamos que esas operaciones deben ser serias, reflejarse en la reunión donde se descartó la obligatoriedad del reintegro o el aumento de capital social para poder continuar las operaciones, y que quedará cuestionada si posteriormente la sociedad se concursa o quiebra.

⁵⁰ Nto. “DESJUDICIALIZACIÓN DE LOS CONCURSOS: UN “OBITER DICTUM” DE LA CORTE”, en Zeus Córdoba n° 376, año VIII, 23 de febrero de 2010, tomo 16, pág. 85/90, y en Editorial Zeus Revista n° 11, tomo 113, Rosario 13 de julio de 2010, pág. 561.

Fourcade apunta que la sociedad puede continuar operando pese a la pérdida del capital social, porque puede apreciarse revertirla con las operaciones en curso. Ello además de deber expresarse en la primer Memoria –conforme el tipo social- deja en claro el riesgo de responsabilidad de administradores y socios por las nuevas operaciones conforme el art. 99 LGS. Si luego el patrimonio social es insuficiente para atender a los acreedores el daño se habrá consumado y la responsabilidad prevista se patentizara.

4.¿Por qué antes de la presentación en concurso, o en el momento de ratificar tan onerosa vía, los socios no optan por la solución prevista en el art. 96 LGS? Es porque la cuestión no ha sido sometida a su consideración ni advertido el riesgo de asumir responsabilidad que importa esa ratificación.

Es posible que en análisis del balance de presentación y del monto de la reintegración del capital social, los socios pueden dudar sobre si deben hacerlo por el monto original u otro monto, y también porque no tienen idea de la responsabilidad que puede imputárseles.

El monto sería el que requiera la situación patrimonial y no meramente la cifra nominal del capital original, pues la pérdida que registrara el balance podría ser muy superior al mismo. El desembolso por reintegro debe ser tal que permita equiparar el activo con el pasivo y recomponer la cifra del capital social. La decisión de reintegro adoptada en el caso de sociedad anónima por asamblea extraordinaria con mayorías agravadas, impone a todos los socios la obligación –salvo ejercicio del derecho de receso sin valor económico evidentemente, pero que evita la obligación de reintegrar-.

No necesariamente la ley impone la reintegración para evitar la liquidación. La opción es capitalizar la sociedad por los socios –ejerciendo el derecho de preferencia y el de acrecer en su caso- o por terceros.

4. Fushimi⁵¹ sostiene que de ninguna manera el reintegro del capital puede ser obligatorio para los accionistas. No es esta la posición mayoritaria de la doctrina, que sostiene que es obligatoria y que aquel socio que no desee realizar el reintegro puede ejercer el derecho de receso, con lo cual parecieran estar consagrando la fórmula que hemos llamado “*reintegre o receda*”. Los que sostienen que el reintegro es obligatorio se fundan en las disposiciones del art. 233 LSC, que establece que las disposiciones de la Asamblea son obligatorias. Sostiene con la mayoría de la doctrina que el reintegro es un aporte a monto perdido, o a título gratuito, no parece razonable obligar al accionista o socio a que realice un acto a título gratuito⁵².

Consideramos que este análisis de Fushimi encuentra contradicción en que es impuesto por la ley. Nuestra posición es compartida⁵³.

“Una vez aprobado el reintegro del capital por la asamblea extraordinaria, la resolución adoptada de conformidad con la ley y el estatuto, será obligatoria para todos los accionistas, salvo los

⁵¹ FUSHIMI, Jorge F. y nosotros, comunicación al VIIIº CONGRESO ARGENTINO DE DERECHO CONCURSAL y VIº CONGRESO IBEROAMERICANO DE LA INSOLVENCIA (Tucumán (R.A.) septiembre de 2012) “LA QUITA EN CONCURSOS DE SOCIEDADES Y SU TRATAMIENTO FISCAL (y algunos aspectos periféricos)”t. 1 p. 635.

⁵² Sin embargo, si algunos socios o accionistas acceden a reintegrar el capital y otros no, y estos que no acceden al reintegro tampoco ejercen el derecho de receso, se produce una situación de absoluta inequidad: los que no reintegran reciben un beneficio sin causa a costa del sacrificio de quienes sí reintegraron. De hecho, el valor patrimonial proporcional antes del reintegro era igual o menor que cero, y luego, merced al reintegro, el valor pasa a ser positivo. Ese enriquecimiento sin causa es lo que motiva que no podamos descalificar la opción “reintegre o receda”, apunta el mismo Fushimi.

⁵³ HAGGI, Graciela A. “El reintegro del capital social” en AAVV dirección Laura Filippi y Maria Laura Juarez *Derechos patrimoniales. Estudios en homenaje del profesor Emérito Dr. Efraín Hugo Richard*, Ed. Ad Hoc, Buenos Aires 2001, pág. 193. NISSEN, Ricardo A. “La pérdida del capital social...” cit. pág. 77/78. Van Thienen, Pablo A. *Pérdida total del capital social: ¿Reintegro, aumento u operación bandoneón* en Revista de las Sociedades y Concursos n1 27 marzo abril 2004, pág. 81; NORTE SABINO, Osvaldo J. *Reintegro del capital social* en Impuestos XLI A p. 495.

*recedentes, y deberá ser cumplida por el directorio (art. 233, última parte L.S.C.), quien establece que: “Para el socio que no recedió el reintegro de capital se impone como obligación pues así lo ordena el art. 133 (sic) in fine de la L.S.C.: “Las decisiones sociales adoptadas conforme a la ley y el estatuto son obligatorias para todos los accionistas, salvo lo dispuesto en el art. 245, y deben ser cumplidas por el directorio”*⁵⁴.

Dasso⁵⁵ expresa “Constituye cuestión central la determinación de si la decisión asamblearia de reintegro es obligatoria para los accionistas disconformes. ...Si bien el derecho de receso está consagrado a favor de los accionistas ausentes y disconformes –o ausentes- con la decisión de reintegro total o parcial (art. 245 LSC) es patente que el valor de reembolso experimentará en este caso una reducción equivalente a las pérdidas absorbidas, por lo que se extinguirá su participación y con ello la calidad de socio cuando las pérdidas insuman todo el capital... Si no ejercitara tal derecho la sociedad puede demandar el cumplimiento de la obligación de reintegrar, previa publicación e inscripción en el Registro Público de Comercio (art. 193 LSC). De lo expuesto se sigue que en hipótesis de cesión asamblearia de reintegro del capital el socio que no recede queda expuesto a la persecución social judicial por el pago del reintegro, daños y perjuicios y, en hipótesis –si estuviera previsto en los Estatutos-, a la exclusión de la sociedad. Ahora bien, si opta por el receso subvierte su calidad de socio por la de acreedor pero su valor de reembolso en el marco de la pérdida total del capital social carecerá de contenido económico”.

Apuntamos nuestra coincidencia, salvo en el aspecto de publicación o inscripción, pues a diferencia de la reducción y aumento, que implica modificación estatutaria, el reintegro conserva las expresiones estatutarias y sólo modifica el balance.

Correlativamente, es un deber de los administradores comunicar a todos los socios la decisión asamblearia de reintegrar, indicando la modalidad, para que el disidente pueda optar por recesar o reintegrar, o aceptar la posibilidad de la acción judicial. La falta de diligencia del administrador causa perjuicio a la sociedad y al socio requerido que puede quedar imposibilitado substancialmente de optar, aunque se hayan cumplido los recaudos formales de publicidad.

En síntesis: el monto del aumento debe ser como mínimo suficiente para encubrir el pasivo y no quedar nuevamente en supuestos de reducción obligatoria del capital social previstos en el art. 206 LGS.

5. Por eso es más factible la capitalización del pasivo. Y parece hoy en el derecho comparado que la tendencia es inducir a los acreedores profesionales financieros a hacerlo, conforme a un plan de la viabilidad de la sociedad y de su reorganización, que incluso les permitirá colocar luego sus participaciones en el mercado. El negocio de “underwriting” puede vincularse a ello.

Se trata de aumentos que se producen cuando los socios o terceros realizan aportes genuinos a la sociedad⁵⁶. La legislación societaria prevé expresamente la capitalización de pasivos en el art. 197.2 LGS, como supuesto claro para este caso; suspendiendo el derecho de suscripción preferente, ante la existencia de obligaciones anteriores. Esta suspensión sólo es inteligible por la urgencia en generar esa capitalización y remover la causal de disolución, pero es incongruente con la postura de socios –aún minoritarios- que ejercieran en el mismo acto el derecho de suscripción preferente y anticiparan el deseo de acrecer –lo que podrían ejercer sin afectar derechos de los demás socios a hacerlo posteriormente- adoptando la posición que hemos dado en llamar la de “suscriptor e integrador provisional”.

⁵⁴ NORTE SABINO, Osvaldo J. “Reintegro del Capital Social” - Impuestos XLI – A – Pág. 495, En igual sentido, se expide VAN THIENEN, Pablo A. “Pérdida Total del Capital Social: ¿Reintegro, aumento u operación bandoneón?” en Revista de las Sociedades y Concursos N° 27 Marzo / Abril 2004, pág. 81.

⁵⁵ DASSO, Ariel Ángel *Tratado del Derecho de separación o receso del socio y del accionista (Derecho Argentino y Comparado*, Ed. Legis, Buenos Aires 2012, pág. 301.

⁵⁶ FOURCADE, Antonio “Sociedades comerciales. Parte especial”, Ed. Advocatus, Córdoba 2001, pág. 114. FUSHIMI ob. cit. pág. 430.

El aumento de capital dirigido originariamente a socios o terceros podría imponer una prima de emisión destinada a satisfacer los derechos de los socios originarios en cuanto al valor del negocio – conforme al plan que se explicita para lograr tales aportaciones-.

6. De no tratarse la causal una vez acreditada, continuando el giro normal de los negocios, incluso ratificando una presentación en concurso: ¿surge alguna responsabilidad? No si los administradores gestaron correctamente sus deberes. Quizá la responsabilidad por los daños que se causen sea de los socios que mayoritariamente soslayaron las soluciones imperativas de la ley societaria y, en abuso de derecho, intentan que los acreedores cubran el exceso de pasivo.

La ley da clara respuesta a este supuesto en el art. 99 LGS, como anticipamos. Respecto a los socios, la norma contenida en el art. 99 LGS agrega *sin perjuicio de la responsabilidad de éstos*. La doctrina ha interpretado que la referencia en forma inequívoca está aludiendo al consentimiento de los socios en los actos realizados por los administradores en este período. Ante la pérdida del capital social, si los administradores no asumen el camino previsto, y los socios convocados trasladan el riesgo operativo a los acreedores, asumen responsabilidad. Constatada la causal y no tratada ni revertida, los administradores asumen responsabilidad. La presentación de balances donde conste la pérdida del capital social sin haber puesto a consideración de los socios el reintegro o aumento, les genera responsabilidad. También la pretensión de solución concursal, acompañando balances donde se registre la pérdida, genera esa responsabilidad por las operaciones posteriores.

Los socios al ratificar la presentación en concurso, sin haber asumido previamente las conductas previstas en la ley de sociedades, sin duda han asumido esa responsabilidad, sin perjuicio de las acciones que tengan posteriormente contra los administradores.

Se ha llegado a sostener que en tal caso la sociedad torna en irregular, y en tal supuesto todos los socios o accionistas serían responsables, no así en la interpretación que formalizamos del art. 99 LGS, pues debe distinguirse:

(a) Socios que conocieron, consintieron o se beneficiaron con estos actos. La ley no hace distinción y creemos que en los tres supuestos son solidariamente responsables.

(b) Socios que desconocieron la situación, sea porque aquellos que se beneficiaron se lo ocultaron, o porque simplemente no tuvieron conocimiento. Entendemos que en estos casos no pueden ser pasibles de responsabilidad, y que gozan del principio de limitación según el tipo. Si se aceptare que la sociedad deviene irregular, todos serían solidariamente responsables.

(c) Los alcances de la responsabilidad también adquieren dos posiciones en doctrina: (i) quienes entienden que los socios que incurren en esta causal, son responsables hacia los demás socios y los terceros, y (ii) los que sólo lo limitan a los terceros. Entendemos que la norma es clara y se refiere sin distinción hacia socios y terceros, claro que en todos los casos se deberá acreditar la existencia de daño.

La cuestión es la insatisfacción al tercero de una acreencia por insolvencia, o aparente insolvencia al no encontrarse bienes, de la sociedad, lo que –a su vez- podría derivar en la quiebra de la sociedad. Se viola una norma imperativa de tutela de terceros, de la sociedad y de los propios socios en forma genérica, que específicamente en caso de insatisfacción de terceros acreedores evidencia la insolvencia de la sociedad y permite avizorar la pertinencia de acciones resarcitorias del daño generado.

No cabría duda que el efecto responsabilizador de la norma del art. 99 LGS, que alcanza a los socios que consientan el giro social con posterioridad a la constatación de la existencia de una causal de disolución u omitan el trámite liquidatorio, con el consiguiente daño a los acreedores. Todo un sistema imperativo para excluir daños derivados de la insolvencia, o sea un sistema de preconcursalidad, fincado en toda la ley societaria y específicamente en los arts. 94 5º, 96 y 99 LGS.

¿El art. 99 LGS alcanza a las deudas postconcursoales? No aparece en nuestro derecho una opción para los administradores, como en España⁵⁷ e Italia, y administradores y socios -al aceptar la continuación del giro social sin asumir ni el reintegro del capital social ni su aumento, quizá en búsqueda de que el problema sea asumido por los acreedores a través de quitas y esperas-, deberán afrontar la responsabilidad del art. 99 LGS para el caso de una ulterior quiebra⁵⁸.

7.La cifra estatutaria que fija el capital sirve de garantía inmutable para esos terceros, imponiendo mantener el contravalor patrimonial de dicha cifra siempre por encima de aquel y durante toda la vida de la sociedad⁵⁹. El capital social se presenta como una cifra permanente en la contabilidad de la sociedad que indica a aquellos con que cifra responderá el ente respecto de estos, por las deudas asumidas por la sociedad.

Vivante entiende a la pérdida del capital social como una causal de disolución que opera de pleno derecho⁶⁰

Sea que se sostenga que no se produce la disolución al constatarse en el balance la pérdida del capital, o se acepte tal criterio, ocurren dos efectos:

- a. La responsabilidad de administradores y de los socios que consientan la continuidad se genera por los daños que puedan producirse.
- b. La liquidación no se inicia de oficio, sea porque los socios la consideren reversible o transitoria, sea que difieran la toma de decisión a una futura asamblea. Pero siempre con el efecto de la responsabilidad.

¿En caso de homologación de acuerdo habiéndose constatado por el Síndico en el informe general la existencia de la causal largo tiempo antes de la presentación declarada en los mismos balances aprobados, se mantiene la responsabilidad del art. 99 LGS?

No parece que el efecto novatorio que genera la homologación de un acuerdo concursal alcance a la responsabilidad de administradores y/o socios⁶¹. Por tanto, los que hubieren sufrido daño, ante el incumplimiento de la norma que implica culpa o dolo, podrán reclamar a administradores y socios intervinientes la reparación del daño efectivamente sufrido. El alcance de la reparación puede alterarse en función del factor de atribución: culpa o dolo.

VIII – ABUSO DE DERECHO Y FRAUDE A LA LEY.

Nuestra sorpresa –ante tales normas imperativas reconocidas doctrinaria y legislativamente+- es que la insolvencia se asuma con quita, o sea eludiendo los socios su obligación de capitalizar, requieren

⁵⁷ Conforme a ley publicada el 3 de julio de 2010, prevé en el art. 367 la responsabilidad de administradores que no convocaran a asamblea o, en su caso no presentaran en concurso a la sociedad en el término de 60 días de constatada la causal de disolución.

⁵⁸ Nto. “CONFLICTOS GENERADOS POR LA INSOLVENCIA DE SOCIEDADES Y SOLUCIONES SOCIETARIAS A SUS CRISIS ECONÓMICO-FINANCIERAS-PATRIMONIALES (arts. 94.5, 96 y 99 Ley de Sociedades Comerciales)”, en *Tratado de los Conflictos Societarios* –Director Diego Duprat- Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires 2013, tomo III pág. 2793.

⁵⁹ Siguiendo a Butty, el capital constituye una garantía específica hacia los terceros, suplementaria y distinta del patrimonio, entendido como prenda común de los acreedores. Aquellos tendrán la certeza durante la vida social, de la existencia en la caja de la sociedad, del contravalor efectivo de la cifra capital.

⁶⁰ VIVANTE, César *Tratado de Derecho Mercantil*, versión española de la quinta edición italiana corregida, aumentada y reimpressa, Ed. Reus, Madrid 1932. Volumen II “Las sociedades mercantiles”, pág. 483/5.

⁶¹ En orden a la responsabilidad por el art. 99 LSA, la jurisprudencia en el caso “Trotter S.A. c/Peugeot Citroen Argentina S.A. s/ ordinario s/ incidente (de extensión de responsabilidad por las costas)” – CNCOM – 30/06/2010 “...Esta Sala no comparte la decisión del Juez a quo de calificar de “subsidiaria” la responsabilidad derivada del art. 94 inc. 8° de la ley de Sociedades pues la aludida norma sólo la califica de “solidaria e ilimitada”.“Ante la inexistencia de la pluralidad requerida por la ley, el socio y administrador debió proceder ajustándose a los estatutos del art. 99 LS. y la expresa omisión de tales pautas, no puede beneficiarlo. Por lo expuesto, y si bien la responsabilidad que aquí se declara coincide con aquélla decidida al admitir el primero de los agravios, corresponde declarar también incurso en las responsabilidades derivadas del art. 99 de la ley societaria al director del ente.” elDial.com, 12/08/10.

a los acreedores una quita que los empobrece, enriqueciendo a los socios. Piensen que generada una quita importante el balance podría dar un patrimonio positivo que hasta podría llegar a distribuirse, como descaradamente se ha hecho en casos. Por eso la quita genera una carga tributaria a la sociedad, distribuya o no dividendos. Si en cambio no hay insolvencia sino que del balance resulta un mero pasivo corriente mayor que el activo corriente no hace falta una quita sino una mera espera. La legislación colombiana en acuerdos privados homologados no acepta imponer la quita. La quita patentiza en todos los casos un abuso de derecho cuando no un fraude a las disposiciones imperativas de la legislación societaria sobre la pérdida del capital social.

1. Referirse a la quita impone lógica y análisis económico, atendiendo a la profundidad de la crisis. Si hay pérdida contable del capital social aparece como posible la necesidad de quita para reestablecer la relación patrimonial activo-pasivo, claro que ello ocurre si no se han aplicado las normas societarias sobre causal de disolución en caso de pérdida del capital social y la obligación de los socios de reintegrar o capitalizar, por ellos o terceros. Por eso cuestionamos el argumento de jueces argentinos de homologar acuerdos con quitas en concursos societarios basados en que la liquidación daría un resultado menor (el llamado *the best interest of creditors*, aceptable en concursos de personas humanas e inaceptable frente a las disposiciones de la ley societaria nunca citadas). Este es un sofisma pues los acreedores que no obtuvieran la satisfacción de su crédito en la liquidación de la sociedad, lo podrían hacer a través de las acciones de responsabilidad expresamente previstas⁶², como hemos referido.

La legislación impositiva tiende a determinar como ganancia, y así imponerla aunque difieran su pago, cuando existe quita. Y si el exceso patrimonial es distribuido en forma inmediata, el pago de ganancias también debe ser inmediato.

La homologación de un acuerdo de quitas no implica la inexistencia de abuso ni asegura la extinción de todo tipo de responsabilidad si se contravienen los principios y normas de la ley societaria. Los acreedores podrían promover acciones individuales de responsabilidad contra administradores y socios que correspondiere, en juzgado diferente al del concurso de la sociedad, pues el demandado no ha estado concursado⁶³ y no lo beneficia la novación⁶⁴.

Y para tratar ello nada mejor que abordar los “Principios Generales” con que se inicia el nuevo Código Civil y Comercial. Así el CAPÍTULO 3 que verza sobre “Del ejercicio de los derechos”, donde aparece en el ARTÍCULO 9º, titulado “Principio de buena fe”, otro de los “principios jurídicos”, normando “Los derechos deben ser ejercidos de buena fe”.

Correlativamente y dentro de la teoría de la bipolaridad de los principios y valores, el ARTÍCULO 10º, titulado “Abuso del derecho”, descalifica el mismo como contra valor de la siguiente manera “El ejercicio regular de un derecho propio o el cumplimiento de una obligación legal no puede constituir como ilícito ningún acto. La ley no ampara el ejercicio abusivo de los derechos. Se considera tal el que contraría los fines del ordenamiento jurídico o el que excede los límites impuestos por la buena fe, la moral y las buenas costumbres. El juez debe ordenar lo necesario para evitar los efectos del

⁶² Ntos. “El art. 99, ley 19550, y causales de disolución de sociedades (de cómo evitar la responsabilidad ante la insolvencia societaria)” en RDCO 260-665, sección doctrina, Buenos Aires 2013; “Conflictos societarios e insolvencia” en *Tratado de los Conflictos Societarios* –Director Diego Duprat- Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires 2013, tomo III pág. 2793.

⁶³ La CNCom en el caso “Chmea, Isaac c/ Chmea, Alberto y otros s/ Ordinario, con fecha 14 de octubre de 2010, decidió que no era competente el juez del concurso de la sociedad a cuyo administrador se le promovió una acción individual de responsabilidad, por no estar el legitimado pasivo en concurso. Cfme. nto. “Ensayo en torno a buena fe e insolvencia societaria”, capítulo XLIX tomo I pág. 811 en libro colectivo *Tratado de la Buena Fe en el Derecho*, Coordinador Marcos M. Córdoba, Editorial La Ley, 2 tomos, 2ª Buenos Aires 2005.

⁶⁴ Nto. “Sobre la novación por acuerdos concursales (y algo sobre responsabilidad de administradores)” en *Doctrina Societaria y Concursal*, Ed. Errepar, nº 282, Buenos Aires mayo 2011, año XXIV, tomo XXIII, pág. 445.

ejercicio abusivo o de la situación jurídica abusiva y, si correspondiere, procurar la reposición al estado de hecho anterior y fijar una indemnización”.

La expresión “Se considera tal el que contraría los fines del ordenamiento jurídico o el que excede los límites impuestos por la buena fe, la moral y las buenas costumbres”, cuestiona todos los contra valores –en esa teoría de la bipolaridad-, apuntando a los que afectan “los fines del ordenamiento jurídico”, y recoge “la buena fe, la moral y las buenas costumbres”, como límites o determinantes de los principios y valores jurídicamente protegidos –conforme el art. 2º del Proyecto, e impone la visión bipolar de esos valores y principios. Pues existiendo duda sobre el valor positivo, muchas veces se dilucidará la cuestión al posar la atención en el contravalor negativo.

2. Por otra parte, impone al Juez conductas oportunas y efectivas “para evitar los efectos del ejercicio abusivo o de la situación jurídica abusiva”, para inmediatamente prever las medidas preventivas llamadas autosatisfactivas disponiendo “la reposición al estado de hecho anterior” y calificamos esa acción preventiva en la imposición de fijar una indemnización.

Esta es una verdadera revolución que impondrá que los jueces al considerar la homologación de un acuerdo con quita analicen si no existe abuso de derecho o fraude a la ley, y la quita comporta cuando menos un abuso de derecho –que aparece como un antivalor-, cuando no un fraude a la ley societaria, pues los socios han transferido su obligación de capitalizar a una quita. En vez de aumentar el activo achican el pasivo a cargo de terceros, lo que hasta les permitiría distribuir dividendos luego de un balance que acreditara el enriquecimiento patrimonial.

El aumento de capital de la sociedad, cuando patrimonialmente no es necesario, puede constituir un acto de mala fe y de abuso de derecho contra socios que no pueden ejercer su derecho de suscripción preferente. Y, en cambio, si el aumento de capital es patrimonialmente necesario para la viabilidad económica del cumplimiento del objeto social, y particularmente si se ha perdido el capital social, el no aumento de ese capital importa un acto de mala fe y de abuso de derecho en perjuicio de acreedores y del mercado, al soslayar la obligación de los socios de reintegrar el capital social o propiciar su aumento, que es calificado cuando en una presentación en concurso intentan imponer el reequilibrio patrimonial a los acreedores afectando sus patrimonios con quitas.

Justamente el Artículo 12 de esos “Principios Generales” se refiere al “Orden público” y al “Fraude a la ley”. Dispone en tal sentido “Las convenciones particulares no pueden dejar sin efecto las leyes en cuya observancia esté interesado el orden público. El acto respecto del cual se invoque el amparo de un texto legal, que persiga un resultado sustancialmente análogo al prohibido por una norma imperativa, se considera otorgado en fraude a la ley. En ese caso, el acto debe someterse a la norma imperativa que se trata de eludir”.

Se verá que se distingue orden público de normas imperativas. Respecto al primero para impedir puedan dejarse de lado, y respecto a ambos supuestos para sancionar el fraude a la ley. En el mismo sentido el actual art. 21 CC del Título Preliminar.

El orden público societario consiste en una máxima de inderogabilidad que sustrae de la autonomía de la voluntad ciertas cuestiones⁶⁵. La Corte⁶⁶ con tal comprensión afirmó que es evidente

⁶⁵ OLIVERA GARCIA, Ricardo, “*Estudios de derecho societario*”, Rubinzal, Buenos Aires, 2005, ps. 92/93.

⁶⁶ Corte Suprema de Justicia de la Nación (CS) con fecha: 07/12/2001, en autos “Provincia del Chubut c. Centrales Térmicas Patagónicas S.A.”, LA LEY 2002-E, 863 - Colección de Análisis Jurisprudencial Elems. de Derecho Administrativo - Julio Rodolfo Comadira, 597 Cita Online: AR/JUR/25/2001.

que los socios de la demandada no estaban habilitados para deliberar y decidir cuestiones que atentasen contra el interés y orden públicos y las buenas costumbres (art. 21 cit.), o bien que fueran prohibidos por las leyes (art. 953 cit.). "Lo que es inmoral, lo que es contrario al orden social, lo que se reputa inexistente por falta de formas substanciales, no puede subsanarse por el transcurso del tiempo. El acto será siempre inmoral, contrario al orden público o carente de las formas indispensables a su existencia, cualquiera sea el número de años que hayan pasado desde su celebración. El tiempo es impotente para transformar lo inmoral en moral, lo ilícito en lícito, lo informal en formal, y siempre el acto conservará el vicio original" (fallo cit. considerando II, págs. 278, último párrafo y 279), criterio éste que reiteró en Fallos: 314:1048, considerando 6°.

IX - MEDITACIONES.

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"⁶⁷, 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 iberoamericano es suficientemente uniforme para admitir (e imponer) estas conductas.

Resaltando la cuestión y transfiriendo decididamente el sistema de preconcursalidad a la legislación societaria, se ha sostenido que "Después de todo lo que se ha indicado, parece razonable pensar que la quiebra de una sociedad anónima –o limitada o comanditaria por acciones- debería convertirse en una institución residual, ya que el sistema concursal previsto legalmente debería ser suficiente para impedir que la sociedad llegase a ser insolvente."⁶⁸

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

Es que como bien señala Dasso en reciente importantísimo libro⁶⁹: "el sistema jurídico más completo y lógico no es perfectamente inteligible hasta que se estudia en relación con otros sistemas legales... la persecución de la eficiencia se ha centrado en el resguardo de la empresa, motor de la economía capitalista instaurada en el mundo, y el nuevo objetivo, focalizado en el diagnóstico temprano de sus dificultades en forma de intervenir antes que la crisis sea patología irreversible ... La Ley Francesa del 23/07/67 introdujo una novedad digna de ser comentada: la separación entre el hombre y la empresa... de que se trata de un derecho de las empresas en dificultades, bastante diverso del derecho concursal clásico... (en el) convencimiento de que la función social de la empresa reside en un difícil equilibrio entre lo público y lo privado o, mejor dicho, entre lo social y lo privado".

⁶⁷ DASSO, Ariel Ángel *Tendencias actuales del derecho concursal*, Editorial Ad Hoc, Bs. As. 1999, p.49.

⁶⁸ BELTRAN SANCHEZ, Emilio "La responsabilidad por las deudas sociales de administradores de sociedades anónimas y limitadas incursas en causa de disolución", en BOLAS ALFONSO, Juan (dir.) *La responsabilidad de los administradores de sociedades de capital*, Consejo General del Poder Judicial, Consejo General del Notariado, Madrid, 2000, p. 133, especialmente a pág. 154 párrafo "5. Responsabilidad de los administradores por las deudas sociales e insolvencia de la sociedad".

⁶⁹ DASSO, Ariel A. *Derecho Concursal Comparado*, tomos 1 y 2, Ed. Legis, Buenos Aires 2009/2010, del que puede verse nuestra rescensión en RDCO 240-175, Enero/Febrero 2010 y RDCO 244-567 (B), Ed. Abeledo Perrot Buenos Aires 2010.

Las soluciones concursales, extrajudiciales o judiciales, están pensadas para actuar tempranamente frente a la crisis o cesación de pagos, anticipándose a la pérdida del capital social – insolvencia-. Si hay insolvencia son las soluciones societarias las que corresponde aplicar. La espera o la capitalización es la solución concursal no abusiva ni en fraude a la ley. La solución concursal es siempre la capitalización, por socios, terceros o con pasivo.

1. Para meditar en torno a la causal de disolución “pérdida del capital social” que impone soluciones societarias concretas. No afrontar la crisis oportunamente y exigir un sacrificio a los acreedores, impone que la propuesta no pueda sea homologada, por abusiva⁷⁰ u en fraude a la ley al haberse omitido las previsiones imperativas. En el estado actual no puede un juez considerar una propuesta de quita en el concurso de una sociedad, sin hacer un análisis sobre su abusividad a la luz de las normas imperativas del derecho societario, eventualmente excluyéndolo de las mismas en forma expresa.

“En la sociedad anónima, esencialmente capitalista, no parece prudente esperar a que el capital se pierda totalmente para que las pérdidas operen como causa de disolución, pues entonces los acreedores no tendrían ninguna seguridad o garantía para el percibo de sus créditos. De ahí que nuestra ley (art. 260.1.4^a) declare causa de disolución el hecho de que se produzcan pérdidas *que dejen reducido el patrimonio a una cantidad inferior al capital social, a no ser que ése se aumenta o se reduzca en la medida suficiente..* Desde esta perspectiva, esta norma opera como un instrumento preconcursal destinado a evitar la insolvencia de las sociedades anónimas y su eventual declaración de quiebra”⁷¹.

Cuidemos los asesores económicos y jurídicos al instrumento maravilloso de la organización empresaria que es la sociedad y evitemos que pueda responsabilizarse a administradores y eventualmente a los socios por su obrar contrario a la ley⁷².

La doctrina concursalista intenta por todos los medios “conservar la empresa”, pero omite las efectivas imperativas normas societarias preconcursales, que alejan responsabilidades.

Todo un postulado.

2. Además de esta invitación a meditar sobre nuestras afirmaciones, es también a participar en el próximo IX° Congreso Argentino de Derecho Concursal y VII° Congreso Iberoamericano de la Insolvencia a realizarse con internación en las Sierras de Córdoba entre los días 6 y 8 de septiembre de 2015, organizado por la Universidad Nacional de Córdoba⁷³..

Con estos pensamientos, que no sólo comprende la conservación (o la tardía reactivación de la empresa), y la prudente labor de los administradores sobre el patrimonio de la sociedad, para evitar responsabilidad (correcta preocupación constante de la doctrina), abrimos nuevamente el diálogo siempre disponible en nuestra vocación común de perfeccionar las normas y su interpretación en beneficio de la seguridad de nuestras comunidades.

⁷⁰ Nto. “Crisis de sociedades: Acuerdos concursales abusivos vs. Solución privada” en *SUMMA CONCURSAL*, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires 2012, tomo II pág. 1945.

⁷¹ URÍA, R.; MENÉNDEZ, A. y GARCÍA de ENTERRÍA, J. –“La sociedad anónima: disolución” Cap. 4, pág. 1001 en *CURSO DE DERECHO MERCANTIL* citado..

⁷² ¡MÁS JUSTICIA Y MENOS JUICIOS! CONSERVACIÓN DE LA EMPRESA Y PRECONCURSALIDAD SOCIETARIA Publicado en Revista de Derecho Comercial, del Consumidor y de la Empresa (DCCyE, Editorial La Ley) Año IV, Número 1, Febrero 2013, pág. 3.

⁷³ Con gusto facilitaremos información a través de dptocomercialunc@gmail.com