

# VIABILIDAD ECONÓMICA DE LA SOCIEDAD Y LA SINDICATURA CONCURSAL

(RESPONSABILIDAD EN EL PROCESO CONCURSAL)

Efraín Hugo RICHARD

Es motivante que la doctrina, y en este caso particularmente los síndicos concursales, colaboren en la difícil tarea de la magistratura para encontrar el equilibrio de las sociedades en el sistema jurídico, desde su nacimiento como personas jurídicas, hasta sus crisis previstas en las normas del Código Civil y Comercial –CCC- y en la específica Ley General de Sociedades –LGS-, inclusive con reflejos en la legislación concursal<sup>1</sup>, aspecto último sobre el que ahora pondremos énfasis.

La viabilidad económica es el eje de las acciones preventivas y concursales. ¿Se ha generado algún cambio en la reforma del CCC y LGS?

Trataremos la cuestión en dos fases, una introducción tratando temas periféricos pero fundamentales en la inteligencia de la cuestión, para luego ingresar en el tema de la viabilidad económica, particularmente en sus aspectos concursales.

Todo ello hace a la responsabilidad ética, más que jurídica del síndico concursal, para que el Juez asuma la difícil resolución de la homologación del acuerdo concursal, aventando la existencia de abuso de derecho o fraude a la ley.

## I – INTRODUCCIÓN.

### 1.LA INTEGRACIÓN DE NORMAS.

Los problemas societarios se centran en la prelación e integración de normas en torno a las personas jurídicas y específicamente de la sociedad sujeto de derecho, conforme determinación del art. 150 CCC dentro del título 2 Persona Jurídica, Sección 2 Clasificación: “Leyes aplicables. Las personas jurídicas privadas que se constituyen en la República, se rigen: a. por las normas imperativas de la ley especial o, en su defecto, de este Código...”.

O sea que para las sociedades la ley especial es la LGS, imponiendo sus normas no dispositivas “o en su defecto” –de sus normas- por las normas imperativas del CCC. Las normas se clasifican en imperativas y supletorias, siendo indispensable reconocerlas para interpretar y aplicarlas. Una norma es imperativa cuando no es posible substraerse a lo que obliga o prohíbe, es supletoria cuando lo dispuesto por la norma se aplica a falta de previsión del contrato o estatuto, o sea cuando puede ser cambiada o modificada según esa voluntad de las personas intervinientes en el

---

<sup>1</sup> Nto. “LA FUNCIÓN DE GARANTÍA DEL PATRIMONIO: CONEXIÓN DEL SISTEMA SOCIETARIO CON EL CONCURSAL. CRISIS Y TERMINOLOGÍA” Publicado en *El Derecho Societario y de la Empresa en el Nuevo Sistema del Derecho Privado*. Tomo III Ed. XIII Congreso Argentino de Derecho Societario, IV Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa, Universidad de Mendoza – Universidad Nacional de Cuyo, Editorial Advocatus, Córdoba, agosto 2016, pág. 2017; y “EL EQUILIBRIO DE LAS SOLUCIONES SOCIETARIAS PARA EVITAR SU CRISIS Y DAÑAR. INTERPRETACIÓN CONGRUENTE CON LA LEY CONCURSAL” en la misma publicación y tomo pág. 2025.

negocio jurídico en cuestión. Son imperativas para sus destinatarios las que se les imponen a quienes están en una situación jurídica determinada sin posibilidad de pacto o decisión en contra pues sus efectos deben producirse con independencia del querer de las personas. Son imperativas también las opcionales, esto es, las que permiten a los individuos escoger, según su deseo y conveniencias, entre dos o más posibilidades reguladas por la misma ley en cuanto a los efectos de las opciones consagradas. La ley imperativa se impone ante la voluntad de las partes. Se cumple aunque las partes en común acuerdo quisieran que no fuera así. La norma imperativa generalmente impone obligaciones o establece prohibiciones. La norma supletoria, en cambio, brinda la posibilidad de que las partes fijen los efectos o consecuencias, o las obligaciones y prohibiciones que gobiernen su relación jurídica, y si las partes nada dicen al respecto la norma entra a suplir esa indefinición, de modo que la ley sólo tendrá efecto si las partes no han expresado su voluntad, por lo que se puede afirmar que una norma supletoria permite que la voluntad de las partes prevalezca.

Dentro de este esquema normativo, la ley de concursos y quiebras aparece como una de las leyes especiales apunadas en el inc. c del referido art. 150 CCC, o sea que no puede alerlar las normas imperativas de la ley específica –LGS- o del CCC.

### **1. Una primer pregunta es si las normas sobre personas jurídicas del CCC se aplican a las sociedades.**

Gabriela Boquin ha dado indubitable respuesta afirmativa ante alguna interpretación restrictiva, refiriéndose al art. 144 CCC<sup>2</sup>, lo que permite extenderse a otras normas.

Coincidimos con dicho criterio integrativo. El CCC viene en ratificar el criterio de la legislación argentina sobre el reconocimiento de personalidad sin necesidad de autorización, control o registro, aceptado por la ley 19550 en su art. 2º, mantenido en la LGS y reforzado en las previsiones de los arts. 21 y ss. LGS.

El art. 141 CCC lo ha venido a ratificar: La existencia de la persona jurídica privada comienza desde su constitución.

**El principio de división patrimonial, base de la personalidad, se estructura en resguardo no de los socios sino del nuevo sujeto de derecho y de sus acreedores, distintos al de los socios, así lo expresan los arts. 143 CCC y 56 LGS, congruentes con los arts. 242 y 743 CCC . La limitación de responsabilidad es un privilegio de algunos socios, que no altera el principio de división patrimonial, y la responsabilidad subsidiaria en su caso.**

**La “sociedad es una persona jurídica, porque tiene patrimonio propio y un sistema de imputabilidad de derechos y obligaciones al mismo, con medios destinados a conseguir el fin propio...”<sup>3</sup>, un centro imputativo autogestante.**

### **2. ¿Cuáles son los efectos que produce la personificación como división patrimonial y autogestión?**

<sup>2</sup> BOQUIN, Gabriela “Inoponibilidad de la persona jurídica en el Código Civil y Comercial y régimen societario” en tomo I pág. 221, de la publicación de los referidos Congresos citados en nota anterior.

<sup>3</sup> VIVANTE, César *Tratado de derecho mercantil*. Versión española de la quinta edición italiana corregida, aumentada y reimpressa- Volumen II, Edit. Reus, Madrid, año 1932, págs. 6 y ss.

**Obviamente la sociedad para ser considerada persona jurídica deberá tener un patrimonio (arts. 143 y 154 CCC) y como atributos (Sección 3ª Parágrafo 1 CCC) nombre (art. 151) y domicilio (art. 152) y objeto (art. 156). Será el mínimo que le exigirá la Administración y Fiscalización de Ingresos Públicos para otorgar la CUIT o Cédula única de identificación tributaria, para operar legalmente.**

**Y en estas últimas referencias a patrimonio y atributo la integración indubitable del CCC con la LGS.**

**Adquirida la personalidad jurídica, la misma sólo puede desaparecer por la liquidación de las relaciones jurídicas generadas en torno al centro de imputación autogestante. Es una institución jurídica, no debiendo perjudicar a terceros que deberán ser satisfechos en aquel trámite.**

**3. Otra cuestión es la vinculación entre PERSONALIDAD Y LIMITACIÓN DE RESPONSABILIDAD.**

En 1992 demitificamos la noción de contrato y sociedad, para incursionar en la de sociedad persona jurídica, sin negar la existencia de un negocio jurídico de constitución o de organización, y avanzamos en la misma dirección determinando que la causa del vínculo era el advenimiento de la organización personificada, que esa personificación era en beneficio de los acreedores para asegurar su prenda común. Además de señalar que la sociedad no podía ser un instrumento para dañar, o con actividad ilícita. En el negocio constitutivo se expresa la finalidad de crear un nuevo sujeto dederecho, no hay interés contrario sino conjunción de intereses en el advenimiento de la personalidad jurídica.

Trabajamos sobre las relaciones de organización, con finalidad común, con el concepto estricto y amplio de sociedad, el primero que se concentra en la LGS, y el segundo en el CCC con los contratos asociativos no personificados, que no altera la actividad de los partícipes y que no genera un patrimonio independiente.

El Derecho Societario como parte integrante del Derecho Privado Patrimonial Negocial responde a lo largo de su evolución considerada en sus orígenes normativos como contrato bilateral, en el siglo XXI la tendencia hacia la flexibilización da apertura a una concepción diferente, la cual invita a rediseñar un concepto de sociedad acorde con la realidad planteada por la doctrina e incorporada en algunos ordenamientos jurídicos.<sup>4</sup>

En la evolución de lo que se ha considerado como sociedad (ya sea que en oportunidades se refiera al origen y en otros al efecto) debe incorporarse la tesis planteada por José Girón Tena, seguida más tarde por Cándido Paz-Ares, quienes afirman que “la sociedad es la unión de personas fundada mediante negocio jurídico para la promoción de un fin común autónomamente determinado y con una adecuada organización jurídica”.<sup>5</sup> De acuerdo con él, constituyen sus elementos: el origen negocial de fundación, fin común y promoción por los socios (del fin común) valiéndose de una organización jurídica adecuada.<sup>6</sup> Nosotros lo hicimos para compatibilizar el art. 30 LSC con la

<sup>4</sup> ESTECHE DE F., Elianne “CONCEPTUALIZACIÓN LEGAL DE LA SOCIEDAD EN EL SIGLO XXI”, en *Estudios de Derecho Empresario*, agosto 2016, U.N.C.

<sup>5</sup> GIRÓN, José. “Sobre los conceptos de Sociedad en nuestro Derecho”. En: *Revista de Derecho Privado*. Tomo XXXVIII. Madrid: 1954, p. 369-403.

<sup>6</sup> ESTECHE, Elianne. *Visión actual de la sociedad en el sistema español de derecho societario. Aplicabilidad al sistema venezolano*. ob. cit., p. 117.

sociedad accidental o negocio en participación del art. 361 LSC, hoy totalmente e indublemente compatibles.

Dicho concepto de sociedad propuesto por esta corriente doctrinaria, es lo que consideran un concepto amplio o genérico de sociedad aplicable a todas las asociaciones, constituyendo la base del sistema societario, en tanto fundamentan la autonomía del Derecho Societario. Al mismo tiempo, reconocen un concepto “restringido” (tipo) de sociedad, que es la sociedad-contrato. Esto lo hemos trabajado con Orlando Muiño en nuestro libro Derecho Societario.

Debe destacarse que el concepto amplio de sociedad está caracterizado por la supresión del elemento del “ánimo de lucro”, que quedaría sustituido por el criterio -más amplio- de la “promoción colectiva de un fin común”; así como la enfatización del “aspecto organizativo” de la sociedad; es decir, de la “Sociedad” como “organización”, respetando el lucro para la sociedad tipo o sociedad en sentido restringido.<sup>7</sup>

En palabras de Cándido Paz-Ares, “se trata de prescindir drásticamente del concepto de sociedad sobre bases causales. El concepto de sociedad ha de construirse sobre bases estructurales, como un fenómeno organizativo neutral e independiente de la índole o naturaleza del fin”.<sup>8</sup> La causa es el advenimiento de la persona jurídica, como hemos indicado.

“La recepción por parte de numerosísimas legislaciones de la sociedad unipersonal, ha puesto en crisis a la teoría contractualista que ha cedido el paso a estas nuevas formas, dando lugar a la teoría de la institución como técnica de organización, finalidad que se cumple sin la necesidad de concurrencia de dos o más personas a través de un contrato, sino de una voluntad -en este caso unipersonal- que organice una actividad productiva”<sup>9</sup>.

La tendencia moderna rechaza incluso la relación contractual originaria generando la sociedad (institución) de una declaración unilateral de voluntad, conformando una sociedad de socio único. La Duodécima Directiva del Consejo de las Comunidades en materia de sociedades consagrando la sociedad de responsabilidad limitada de socio único, reconoce “la concreción legislativa de la adaptación del Derecho de Sociedad, a la realidad económica. La consagración de la Sociedad Unipersonal no es sino la consecuencia lógica de los nuevos fundamentos del moderno Derecho de Sociedades”.<sup>10</sup>

De esta forma, la sociedad unipersonal actualmente no tiene únicamente una tipicidad social -como menciona la Comisión reformadora en los Fundamentos del Proyecto de unificación del Código Civil y Comercial de 1998 en Argentina-; sino un reconocimiento legal (Suiza, Austria, Checoslovaquia, Liechtenstein, Dinamarca, Holanda, Portugal, Bélgica y Luxemburgo, siendo lícitas en el derecho inglés para las *Public* y las *Private company*, incluso por las Directivas de la Comunidad Económica Europea).<sup>11</sup>

7 VICENT, Francisco. Introducción al Derecho Mercantil. Tirant Lo Blanch. Valencia: 1998, p. 181.

8 PAZ-ARES, José. “Ánimo de lucro y concepto de sociedad”. AAVV: Derecho Mercantil de la Comunidad Económica Europea. Estudios Homenaje a José Girón Tena. Editorial Civitas. Madrid: 1991, p. 732.

9 RASPALL, Miguel. “Las pequeñas empresas frente a las S.A.U. crónica de una frustración”. En: Ensayos de Derecho Empresario, dir. LUISA BORGARELLO-EFRAIN HUGO RICHARD. Fundación para el Estudio de la Empresa (Fespresa). Nº 9. Córdoba: 2015, p. 55-86.

10 GORDON, Ana y LÓPEZ, Ricardo. Análisis de la Duodécima Directiva del Consejo: La sociedad de Responsabilidad limitada de socio único. Noticias/C.E.E. Graduados en Derecho Comunitario Europeo. Universidad de París. CiSS. p. 65.

11 RICHARD, Efraín. “Sobre la reforma en el Proyecto de Ley General de Sociedad a las sociedades constituidas por un único socio o devenidas en unipersonales. En: Doctrina Societaria y Concursal. “Proyecto de reforma de los Códigos Civil y Comercial”. Ed. Errepar. Buenos Aires: septiembre 2012, p. 14.

En pleno siglo XXI, llama la atención la calificación legal de la sociedad como persona jurídica en ciertos ordenamientos jurídicos, evitando su consideración como contrato incluso como contrato plurilateral de organización, mencionando “la sociedad es una persona jurídica...”. Que es lo que hace nuestro Código Civil y Comercial.

La nueva orientación, confiriendo énfasis al aspecto funcional de la personalidad jurídica, concibe que la cualidad de persona jurídica no tenga otro interés que proteger a los terceros, siendo sus funciones generales dotar de domicilio, nacionalidad, capacidad y autonomía al ente jurídico societario, con patrimonio propio.

Es importante las reflexiones sobre la personalidad que se dan para justificar la voluntad de una persona para crear una sociedad, en los Fundamentos del Anteproyecto. La Comisión de Reformas -Kemelmajer, Highton y Lorenzetti- receptó la posición de la subcomisión, expresándose así: “2). *Sociedad unipersonal. Se recepta la sociedad de un solo socio. La idea central no es la limitación de responsabilidad, sino permitir la organización de patrimonios con empresa -objeto-, en beneficio de los acreedores de la empresa individual de un sujeto con actividad empresarial múltiple. En esto se han seguido, con alguna innovación, los lineamientos de anteriores Proyectos de Unificación, y la línea general propiciada por la doctrina. La Comisión consideró conveniente dejar esta norma en el ámbito societario y no incluirla como norma general en materia de personas jurídicas, como también se propuso. La razón fundamental es que se trata de un fenómeno fundamentalmente societario y no se da en las asociaciones, fundaciones u otras personas jurídicas privadas que no son sociedades comerciales. También se ha considerado conveniente limitar la cuestión a una norma permisiva, dejando librado a la iniciativa privada el resto de los desarrollos. Por ello, se ha omitido una regulación más detallada, que podría obstaculizar la utilización del instituto. Además, cabe tener en cuenta que la mayoría de los problemas que se pueden presentar tienen solución con las reglas generales*”.

En primer lugar: sobre el carácter contractual cabe preguntarse, si en verdad el acto constitutivo intrínsecamente considerado es contrato, por cuanto debiera prevalecer la autonomía de las partes, y no es así, en cuanto deben cumplirse ciertos requisitos impuestos por el Estado para considerarse constituida la sociedad regular o legalmente.

El acto jurídico por el cual se crea una sociedad puede ser un acto unilateral o plurilateral, en todo caso en ambos el efecto buscado es constituir un ente distinto al socio o los socios. Y siendo que la consecuencia es una persona jurídica, ésta no se va a ver afectada ni cambia su condición, en tanto va a permitir que el ente creado sea capaz de adquirir derechos y contraer obligaciones, independientemente de la pluralidad o no de sus miembros. No se está modificando la naturaleza del acto jurídico por el cual se crea la sociedad-persona jurídica, sino que el acto podrá ser efectuado mediante declaración unilateral o plurilateral. Así sostenemos “...separado el mito dogmático entre el contrato de sociedad y la sociedad sujeto de derecho, no existe obstáculo para reconocer el negocio unilateral en la generación de una sociedad-sujeto”.<sup>12</sup> La consecuencia de celebrar un contrato de sociedad y la consecuencia de la declaración unilateral es la misma el nacimiento de un ente societario, llamado sociedad (institución). El querer del socio individual o de los socios en su conjunto es el mismo.

---

12 Nto. “En torno a las sociedades unipersonales”. V Congreso de Derecho Societario. Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa. Tomo I. Córdoba: 1992. Editorial Advocatus.

Sigue actual y oportuna la cita de Tullio Ascarelli, hecha en 1952 en sus “Studi”: “En la actual crisis de valores, el mundo pide a los juristas nuevas ideas y no sutiles interpretaciones: es necesario por tanto, reexaminar los conceptos fundamentales”.<sup>13</sup>

Justamente por ello el concepto asociativo amplio de tipo contractual organizativo no personificante se ha localizado en el CCC, concentrando en la LGS la sociedad en sentido estricto, al decir de Girón Tena, generando un patrimonio como prenda común de los acreedores, afrontando una finalidad propia.

La existencia de las sociedades comenzará a regir a partir del momento de su constitución y actuación, y no cuando se aprueban y se inscriben los estatutos, adquiriendo personalidad jurídica desde el acuerdo de voluntades con prescindencia de la inscripción o autorización, en los casos en que así se determine legalmente.<sup>14</sup>

#### 4. ¿Interés común?

La constitución de la sociedad entre varias personas no implica un negocio en interés propio, sino en interés común, y así se despeja la aparente contradicción o limitación en la posibilidad de constituir o intervenir en una sociedad cónyuges conforme la nueva redacción del art. 27 LGS, frente a la aparente limitación introducida tardíamente por el art. 1002 d. CCC.<sup>15</sup>

#### 5. ¿Y las pérdidas?

Lo fundamental en esta introducción es recordar, vinculado al tema responsabilidad, es la definición de sociedad contenida en el art. 1° LGS “Habrá sociedad comercial cuando dos o más personas...se obliguen a realizar aportes para aplicarlos a la producción o intercambio... participando de los beneficios y soportando las pérdidas”. O sea que genética y funcionalmente son los socios los que deben soportar las pérdidas, no sus acreedores, salvo que lo acepten en forma unánime, no pudiendo hacerlo a través de un negocio de mayorías y menos a través de cesionarios<sup>16</sup>, pues constituiría un fraude a la ley –art. 12 CCC-.

#### 6. ¿Que bien jurídico tutela la escisión patrimonial personificante?

**Es que inmediatamente a esto de soportar las pérdidas por los socios aparece una pregunta: ¿Para que el derecho reconoce la personalidad? ¿Cuál es el objetivo o bien jurídico tutelado por la ley de sociedades? Lo venimos anticipando: seguridad jurídica, unificando las relaciones jurídicas, sin afectar derechos de terceros, o sea un fin eminentemente jurídico, un medio para el funcionalismo.**

<sup>13</sup> FARGOSI, Horacio. “Derecho comercial del siglo XXI”. En: Código de Comercio, Hammurabi. Tomo I. Buenos Aires: 2005, p. 127. Citado por nosotros en “Las relaciones de organización y el sistema del derecho privado patrimonial negocial”.

<sup>14</sup> FAVIER, Eduardo (h). “La Derogación del Derecho Comercial por el nuevo Código Civil: Apariencia y realidad. Trabajos de doctrina. Buenos Aires: diciembre 2014. Tomado de: <http://www.favierduboisspagnolo.com/.../la-derogacion-del-derecho-comercial-por-el-nuevo-codigo-civil-apariencia-y-realidad.pdf>

<sup>15</sup> Nto. ¿PUEDEN LOS CÓNYUGES MANTENER O CONSTITUIR SOCIEDAD ENTRE SÍ O CON TERCEROS?, en [elDial.com](http://elDial.com), martes, 18 de octubre de 2016.

<sup>16</sup> Ver el fallo “MANDALUNIS TOMAS EDUARDO S/ Concurso preventivo”, Expediente N° 12359.10, Juzgado N° 25 - Secretaría N° 49, Buenos Aires, 25 de febrero de 2014, y particularmente el voto de la Camarista Prof. Julia VILLANUEVA. Cfme. RICHARD, Efraín Hugo “EL EFECTO DE LOS CONTRATOS RESPECTO DE TERCEROS Y LA CESIÓN DE CRÉDITOS EN CONCURSOS”, publicado en libro colectivo *Liber Amicorum. En homenaje al Prof. Dr. Luis Moisset de Espanés*, Córdoba, noviembre 2010, 2 tomos Ed. Advocatus, en tomo I pág. 515 a 552.

**Esta apreciación no es adecuada para el derecho argentino, pues todas las sociedades – incluso las de hecho- son reputadas personas jurídicas, cuando en otros países al eliminarse la personalidad jurídica se mantiene el sujeto de derecho, pues aquella sólo se otorga a sociedades con tabicación patrimonial perfecta o sea cuando los socios no responden de las deudas sociales.**

**Esa separación patrimonial, que importa constituir un centro imputativo de derechos y obligaciones, con posibilidad de autogestión, o personalidad, no sólo tiene una razón funcional permitiendo el negocio pensado conforme la causa del mismo -objeto social-, resguardando así la separación patrimonial en la gestión funcional, sino que la misma persiste a cualquier evento en beneficio de los terceros que contrataron en razón de o con ese nuevo centro, imponiendo la disolución del mismo o trámites de reorganización similares, que resguardan también a esos terceros. Incluso alejando a los acreedores individuales de los bienes de la sociedad, sin perjuicio de sus acciones sobre la participación social de su deudor.**

**Pero, ¿que tutela el legislador a través de ese reconocimiento de la facultad jurígena de crear personas jurídicas a través de esa declaración unilateral: la posibilidad de limitar la responsabilidad o los derechos de los terceros que contratan en relación a esa actividad o el interés de la funcionalidad económica individualizada? Este es el centro de la cuestión.**

**Esa necesidad de afectar determinados bienes al desenvolvimiento de una actividad determinada (finalidad u objeto), por constituir una unidad económica-funcional para su cumplimiento, y -al mismo tiempo- afectar esos bienes y los derechos que se adquieran con la actividad, a la garantía de los acreedores nacidos de las relaciones generadas por esa actividad contractual o extracontractualmente, se justifica en el "interés" en cumplir ese objeto y en garantizar a los terceros que se vincularon por tal actividad, generando un centro de imputación (persona o preferencias). Este es el bien jurídico que fundamenta la personalidad jurídica.**

**La personalidad jurídica genera el efecto de imputación directa de relaciones al nuevo substrato, lo que puede modificarse en caso de abuso. Las exigencias de tipicidad, formalidad y publicidad genética de la personalidad (en las sociedades) permiten generar un centro imputativo autogestante con responsabilidad limitada de integrantes y administradores, con causa a un negocio en común, con aportes, gestión, resultados y utilidades. Pero si en su funcionalidad hay un desvío de esa causa, se limitan o alteran los efectos imputativos, y la limitación de responsabilidad.**

**La imputabilidad hace al sujeto, la responsabilidad no altera aspectos de personalidad sino reconoce la existencia de un factor de atribución de la reparación del daño.**

**Los administradores no tienen responsabilidad en ningún tipo societario.**

**Los socios sólo son responsables en las sociedades sin tabicación patrimonial.**

**Pero desde la escuela comercialista de Córdoba y sus amigos, se plantea sistemáticamente una cuestión tratada pero no generalizada: la diferencia entre la responsabilidad de los socios por el tipo de sociedad que integran y la que les puede caber por aplicación de la teoría general de la responsabilidad que, sin duda no son excluyentes. Desde 1996 con la tesis de Francisco Junyent Bas y el prólogo que formalizamos quedó planteada la cuestión.**

**La sociedad es una herramienta maravillosa para la organización empresaria, y sólo su uso desviado puede generar responsabilidad, en forma similar a los casos previstos en el sistema responsabilisatorio general del CCC.**

**7. Debemos preguntarnos sobre aquellas normas imperativas para poder desentrañar las normas que prioritariamente se aplica a las sociedades.**

También se generan debates en torno al uso de las expresiones “indisponibles” e “imperativas”. La primera expresión no aparece en los Fundamentos del anteproyecto. La segunda sí, particularmente al referirse al fraude a la ley. En el Código aparece en tres oportunidades al referirse a la interpretación de los contratos en los arts. 962, 963 y 964 aparentemente como equivalente a la expresión segunda usada en el art. 150. Luego la palabra indisponible aparece con similar alcance en el art. 1709 y como referencia a derechos indisponibles en el art. 1743.

La referencia a normas imperativas aparece en los arts. 12, 150 y 177, expresamente a normas legales imperativas en el art. 1121, leyes imperativas 1743, y normas internacionales imperativas en los arts. 2599 y 2651 incs. e. y f. del Código.

La impresión es que han sido usadas como expresiones análogas.

Desde un punto de vista doctrinario consideramos que la primera expresión “indisponibles” es abarcativa de las imperativas por disposición legal y las indisponibles por disposición de voluntad, como lo es una norma estatutaria.

Por otro lado no deben descartarse las opciones imperativas, o sea que los socios deben elegir alguna de ellas, sin apartarse del catálogo previsto. Un ejemplo lo es el art. 96 LGS.

Otro aspecto está referido a la expresión “o en su defecto” que contiene el art. 150 CCC referido para dar prioridad a la ley especial o a las normas del Código.<sup>17</sup>

El Diccionario de la Real Academia señala como definición de “en su defecto”: “A falta de la persona o cosa de que se habla, especialmente de algún requisito”.

Ejemplifiquemos sobre la prelación de normas cuando coexisten dos normas indisponibles: el art. 99 LGS preceptúa imperativamente: “*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 deben adoptar las medidas necesarias para iniciar la liquidación. - Responsabilidad. Cualquier operación ajena a esos fines los hace responsables ilimitada y solidariamente respecto a los terceros y los socios, sin perjuicio de la responsabilidad de éstos*”. Aunque la expresión final respecto a la responsabilidad de los socios señalando “en su caso”, es imprecisa y ha dado lugar a diversas posiciones que enfrentamos con Luisa Borgarello en ponencia a tratada favorablemente en el reciente Congreso -.

A su vez, en norma similar respecto a todas las personas jurídicas privadas, el art. 167 CCC dispone “Liquidación y responsabilidades” y especifica al final “En caso de infracción responden ilimitada y solidariamente sus administradores y aquellos miembros que, conociendo o debiendo conocer la situación y contando con el poder de decisión necesario para ponerle fin, omiten adoptar las medidas necesarias al efecto”.

<sup>17</sup> “LA INTERPRETACIÓN DEL SUB SISTEMA SOCIETARIO A LA LUZ DEL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL: PRELACIÓN DE NORMAS IMPERATIVAS”, en *El Derecho Societario y de la Empresa en el Nuevo Sistema del Derecho Privado*. Tomo I cit. en nota 1 anterior pág. 23.



La integración de esas previsiones de los arts. 99 LGS y 167 in fine CCC es perfecta y absolutamente autorizada por el art. 150 CCC, cuando en su inc. a expresa “Por las normas imperativas de la ley especial, o **en su defecto**, de este Código”, conforme a la previsión integrativa referida del Diccionario de la lengua castellana.

El art. 99 LGS se refiere a la responsabilidad de los socios “en su caso”. Por otra parte el art. 167 CCC viene no sólo a determinar los requisitos, sino también de la “imperfección” de la norma del art. 99 LGS que es así integrada lógicamente, conforme una antijuridicidad causal de daño. Perez Hualde<sup>18</sup> coincide señalando con precisión que “La aplicación del art. 167 CCC respecto del supuesto tratado en la LGS ... surge del claro orden de prelación que establece el art. 150 CCC ordenando la aplicación, después de la norma imperativa especial (léase LGS), de la norma imperativa del Código. Y es así en tanto la norma del art 99 LGS, respecto de la responsabilidad de los socios, no solo no es imperativa, sino que además es oscura...En cambio, el art. 167 CCC además de ser una norma de absoluta claridad en cuanto al supuesto de aplicación, es sin lugar a dudas una norma imperativa. Ello se evidencia no solamente al sostener que la persona jurídica en dicha situación *no puede realizar operaciones*, sino también cuando establece que en caso de infracción responden ilimitada y solidariamente aquellos miembros (socios) que *conociendo o debiendo conocer la situación y contando con el poder de decisión necesario para ponerle fin, omiten adoptar las medidas necesarias al efecto*”.

#### 8. Ante lo expresado, parece fundamental **distinguir entre disolución, como causal, de liquidación como etapa conclusiva de las relaciones jurídicas de la persona sociedad.**

Colombres anota que “la disolución es un “prius”, un presupuesto de relaciones jurídicas que consiste en el verificarse o acaecer de uno de los determinados supuestos que la ley o el contrato social prevén.”<sup>19</sup>

Retomamos expresiones formuladas con el Prof. Dr. Orlando Manuel Muñio en *Derecho Societario*. Podemos recordar que se ha dicho que “se producirá la disolución al término del negocio en virtud del cual las partes formalizaron el contrato de sociedad”<sup>20</sup>, advirtiendo que esa cita es suficientemente representativa de toda la moderna doctrina sobre el tema de la disolución de sociedades, en particular porque la disolución y liquidación de sociedades es la forma de extinción de esa persona jurídica.

A diferencia de los contratos de cambio, la sociedad -como no es un contrato- exige un proceso instituido por la ley como de orden público, que se inicia con la disolución y prosigue con la liquidación. Implica realizar el activo para afrontar al pasivo, distribuyendo el remanente -de existir- entre los socios, poniendo fin al sujeto de derecho societario, haciendo así efectivo el derecho de la cuota de liquidación, o sea, el derecho de los socios sobre el remanente patrimonial de la sociedad persona.

Disolución y liquidación son temas controvertidos en doctrina en muchas facetas: sobre su finalidad, sobre la naturaleza jurídica de la sociedad en disolución o de la sociedad en liquidación, de la capacidad y particularmente de los efectos extintivos del vínculo.

En primer lugar, la temática está ligada a la historia de las sociedades, esta historia tan vinculada al otorgamiento de la personalidad como acto del príncipe, no reconociendo la autonomía de la voluntad como generadora de un centro de imputación de derechos y obligaciones. Al mismo tiempo, la extinción aparecía como la posibilidad de que un rayo se descargara sobre la sociedad y ésta desapareciera, lo que está descartado por el art. 101 de la LSC. La atribución de personalidad negada a las sociedades personalistas, a la sociedad irregular y de hecho, reconocida sólo por alguna jurisprudencia o por alguna doctrina francesa, es ahora reconocida exclusivamente para la liquidación en las sociedades de hecho por la reforma del año 1978 del Código Civil francés.

El problema del reconocimiento de la personalidad o del centro de imputación diferenciada aparece ahora como necesidad de tutelar los derechos de los acreedores sociales. Se respeta así a los terceros más que a las partes en este reconocimiento de personalidad para la liquidación, para separar a los acreedores de la sociedad de los acreedores individuales del socio.

El segundo problema se puede suscitar en orden a una inteligencia del tema relativo a la concepción de los términos, es decir, a la terminología a usar. La referencia a “disolución”, en derecho societario, lleva a acepciones distintas, según sea el sistema de

<sup>18</sup> PEREZ HUALDE, Fernando “Aplicación del régimen del ar. 167 ccc al supuesto del art. 99 LGS” en *El Derecho Societario*...citado en nota anterior tomo I pág. 433.

<sup>19</sup> COLOMBRES, Gervasio R. *Curso de Derecho Societario, Parte General*, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, p. 197.

<sup>20</sup> Nto. “*Disolución y liquidación de sociedades*”, en *Derechos y principios societarios*, publicación de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba, año 1982, p. 215.

derecho de que se trate: en el anglosajón equivale al momento extintivo de la sociedad; en el continental europeo -en el que se enrola la legislación argentina- es un *prius*, a la etapa liquidatoria, esto es, un presupuesto de relaciones jurídicas que consiste en el verificarse o acaecer de uno de los determinados supuestos que prevén la ley o el estatuto.

En el derecho anglosajón, el proceso liquidativo viene primero y la disolución (por extinción) después, y dentro del derecho continental se registra la misma estructura de nuestra ley de sociedades: disolución y liquidación.

Creemos que hay etapas, escalonadas en orden temporal, conexas por causalidad, pero no necesarias entre sí, y deben diferenciarse claramente esas etapas<sup>21</sup>.

La primera etapa, más que de disolución, es de constatación de causal de disolución. La segunda es la liquidación de las relaciones jurídicas creadas, etapa posterior a la detección de la causal de disolución, como proceso liquidatorio de las relaciones jurídicas creadas por la sociedad respecto a terceros y por el estatuto o contrato social en el ámbito interno. Es la extinción de los derechos y obligaciones que gravan el patrimonio social; es la desvinculación del patrimonio social de los derechos y obligaciones. La tercera, subrayada particularmente, es la extinción de la sociedad como disolución en sentido estricto<sup>22</sup>. Esta tercera etapa es centrada en general, por la doctrina y la legislación comparada, en el registro o la toma de razón de esa extinción, en la cancelación de la matrícula de la sociedad y en la extinción total de su patrimonio.

Los fundamentos de la disolución son identificados por algunos autores como el proceso típico de los contratos plurilaterales para desanudar y desvincular los derechos y obligaciones generados por la sociedad; otros atienden a la recuperación de los derechos patrimoniales de los socios a la cuota de liquidación y en ella, donde se reúne la doctrina mayoritaria, divergen en el momento en que cristaliza ese derecho de los socios.

La naturaleza de la sociedad disuelta impone el estudio para determinar la posibilidad de reactivación de la sociedad o de remoción de la causal disolutiva. Según cuál sea la conclusión sobre si se mantiene o no la personalidad, podrá haber reactivación o se estará ante la constitución de una nueva sociedad.

Desde nuestro punto de vista no existe modificación ni en el vínculo ni en la relación societaria por la generación de una causal de disolución, y entendemos que la constatación de ésta sólo crea una modificación de la organización societaria, particularmente en torno a la responsabilidad de administradores y socios si se genera daño a los acreedores. En efecto, la sociedad puede seguir actuando, con un mero agravamiento de responsabilidad (art. 99, LSC).

**La causal de disolución de pérdida del capital social es en realidad la determinación de patrimonio insuficiente para satisfacer el pasivo social, o lo que es lo mismo la constatación de la inexistencia de valor de la eventual cuota de liquidación para los socios.**

**No hay duda que las normas sobre responsabilidad no son imperativas, pero si lo es la obligación de obrar que tienen administradores y socios, por lo que la responsabilidad derivará de esa violación de normas imperativas de resultar daño.**

La responsabilidad se genera ante concreto daño a terceros, incluso a la sociedad y a socios minoritarios, por el actuar de administradores y de ciertos socios, aún en las personas jurídicas con limitación de responsabilidad por no actuar conforme a normas imperativas de la ley y generar ese daño. De todos modos la responsabilidad frente a terceros es siempre subsidiaria, o sea a falta de patrimonio social para satisfacer la obligación, conforme prevén los arts. 143, 242 y 743 CCC.

## II – SOBRE LA VIABILIDAD ECONÓMICA.

Llegamos al punto de la viabilidad económica de la sociedad.

Como hicimos referencia a la necesaria liquidación para extinguir los efectos de la personalidad jurídica, queremos hacer una breve referencia a la conservación de la relación societaria, aún iniciada esa etapa de liquidación.

<sup>21</sup> Ellas fueron muy bien definidas en CÁMARA, Héctor, *Disolución y liquidación de sociedades mercantiles*, donde, pese a los años transcurridos y corresponder a una legislación ya superada, mantiene su actualidad.

<sup>22</sup> SOTGIA *La liquidazione della società commerciale*, p. 54, donde rechaza que la empresa en liquidación sufra modificación alguna en su capacidad; la limitación legal al poder del órgano no constituye incapacidad de obrar; por otra parte, no hay restricción alguna a la capacidad del sujeto.

La empresa viable debe ser conservada como generadora de riqueza y puestos de trabajo. La sociedad es el vehículo jurídico de la actividad empresarial. Esta previsión normativa es aplicable a todos los supuestos, previstos específicamente o se trate de causales a las que la ley no les otorga tratamiento, incluso a las particulares previstas en los estatutos sociales, si los socios acreditan el cumplimiento de los extremos legales para continuar con la actividad de la empresa.

De allí el requisito de viabilidad: “Artículo 100.- Remoción de causales de disolución. Las causales de disolución podrán ser removidas mediando decisión del órgano de gobierno y eliminación de la causa que le dio origen, si existe viabilidad económica y social de la subsistencia de la actividad de la sociedad. La resolución deberá adoptarse antes de cancelarse la inscripción, sin perjuicio de terceros y de las responsabilidades asumidas. *Norma de interpretación.* En caso de duda sobre la existencia de una causal de disolución, se estará a favor de la subsistencia de la sociedad.” Toda la primera parte ha sido introducida en la nueva LGS, pues antes sólo contenía ese artículo la norma de interpretación.

Analizamos<sup>23</sup> ese art. 100 LGS modificado por la reforma unificadora, efectivizando el principio de Conservación de la Empresa, que era sólo una pauta interpretativa en la vieja ley, pero que ahora se lo ha receptado con carácter firme posibilitando la remoción de la causal disolutoria una vez que esta se ha producido. La reforma ha introducido un cambio significativo al texto del artículo 100, de manera tal de promover la conservación de la empresa y de su actividad cuando existe viabilidad económica y social en la sociedad disuelta, permitiendo la remoción de la o las causales disolutorias acaecidas, desde luego sujetas a ciertos requisitos previstos por la propia ley. Sostenemos que la entrada triunfal específica del principio de conservación de la empresa a la ley, que permite la *subsistencia de la actividad de la sociedad cuando hay viabilidad económica y social* es acertada, por cuanto posibilita subsanar causales de disolución cuando ocurren, dejándolas de lado, priorizando a las sociedades comerciales como fuente de trabajo, instrumentos de concentración de capitales y de concertación de negocios y actividades económicas y comerciales con la importancia que esto trae aparejado para la economía de su zona de actuación. En síntesis, la tendencia de la conservación de la empresa que marcó toda una época del Derecho Concursal<sup>24</sup> se expande al Derecho Societario.

### 1. Oportunidad.

Su condición de oportunidad es no haber concluído la liquidación y ser decidido por el órgano de gobierno de la sociedad en cualquier momento, esto es a partir del acaecimiento o la declaración del hecho disolutorio y hasta el momento mismo en que no hubiere operado la inscripción cancelatoria en el registro público, con dos requisitos “*eliminación de la causa que le dio origen*” y además “*si existe viabilidad económica y social de la subsistencia de la actividad de la sociedad*”.

Corresponde la decisión de sus socios **adoptada por unanimidad o la mayoría requerida por la ley o el estatuto** (solución que resulta del silencio que guarda el art. 100 LGS).

### 2. El juicio de viabilidad.

No se piense que el Juez debe juzgar sobre el punto. No lo pensamos así, como tampoco que el Juez de Registro tenga que analizar si el capital constitutivo de una sociedad es suficiente o no, como piensa alguna doctrina.

<sup>23</sup> El art. 100 LGS. BALDUZZI, Leonardo David “La disolución de la persona jurídica como causal de extinción del contrato de agencia” en *El Derecho Societario y de la Empresa en el Nuevo Sistema del Derecho Privado*. Tomo I Ed. XIII Congreso Argentino de Derecho Societario, IV Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa, Universidad de Mendoza – Universidad Nacional de Cuyo, Editorial Advocatus, Córdoba, agosto 2016, pág. 317.

<sup>24</sup> ROJO, Ángel en Prólogo de “El INREC en devenir pretérito y actual del Derecho Concursal Comparado”, de BARO, Alejandro y otros. Ed. Inca, Mendoza, República Argentina, p. 17.

Lo pensamos como Héctor Alegría construyó en el 83 los acuerdos parajudiciales de los arts. 125-1 y 125-2 de la ley de concursos. Una forma de imponer el análisis de la viabilidad económica (la social esta vinculada a cuando es necesario el dictamen sobre impacto ambiental) a administradores para los socios, para que la sociedad inviable no vuelva al mercado a generar problemas. Así como en la Memoria los administradores tienen que prever el normal desenvolvimiento el año siguiente. Como opina Ricardo Olivera García una suerte de “insolvency test” (equity insolvency test). En realidad, es un problema interno de la sociedad, que el registrador debe recibir y asegurar su conocimiento y resguardo, bajo la responsabilidad de socios y administradores en caso de perjuicio a terceros.

**No hay duda que el poder de decisión acerca de la viabilidad constituye una decisión empresarial, similar a la que sin duda tomarán en cuenta los socios cuando adopten la opción imperativa que les impone el art. 96 LGS si han aprobado un balance con patrimonio neto negativo-que debe asignarse o reconocerse en quien se encuentre interesado en adoptar correctas decisiones.**

Los jueces y organismos de control carecen de conocimientos y experiencias para tomar una decisión relativa a esa viabilidad. Ese pronóstico compete exclusivamente a la esfera interna de la sociedad sobre cuyo mérito no deben inmiscuirse ni la autoridad de control ni los jueces, salvo para constatar la existencia del plan como de su resguardo por posibles responsabilidades.

### 3. Daños y responsabilidad.

No deben necesariamente coincidir temporalmente la remoción de la causal disolutoria y la reactivación o retorno a la actividad social.

Requisito que puede ser anterior, coetáneo o posterior a la resolución de los socios de continuar el giro social<sup>25</sup>, y frente a lo cual el Juez sólo debe asegurarse del cumplimiento del requisito, que quedará como elemento de convicción si luego se generaran daños en el obrar social. Justamente el art. 100 LGS, en su último párrafo establece el efecto de la admisibilidad: la resolución de reactivación societaria por vía de remoción del hecho disolutorio que hubiera determinado el estado de disolución *“deberá adoptarse sin perjuicio de terceros y de las responsabilidades asumidas”*.

Si la sociedad es viable económicamente deberá satisfacer todas las obligaciones, pero si ello no acaeciere las responsabilidades generadas se mantienen, y de ello hemos hecho referencia en el inicio de este ensayo.

**La responsabilidad contraída por administradores y socios subsiste, como regla de buena fe, pues si la sociedad es económicamente viable no hay duda que su patrimonio generará los medios voluntarios o compulsivos para satisfacer las obligaciones contraídas, sin necesidad de ejercitar la responsabilidad subsidiaria de socios o administradores. Si no es viable no es empresa, no hace falta que genere dividendo, pero si debe tener sustentabilidad para no dañar.**

**Sobre la responsabilidad apuntamos la posición de Perez Hualde –que compartimos- en cuanto a la compatibilidad de los arts. 99 LGS y 167 in fine CCC. La responsabilidad contraída por administradores y socios subsiste, como regla de buena fe, pues si la sociedad es económicamente viable no hay duda que su patrimonio generará los medios voluntarios o**

---

<sup>25</sup> MILLER, Alejandro “La reactivación societaria y la exigencia de viabilidad económica y social” en *El Derecho Societario* Publicado en *El Derecho Societario y de la Empresa en el Nuevo Sistema del Derecho Privado*. Tomo I Ed. XIII Congreso Argentino de Derecho Societario, IV Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa, Universidad de Mendoza – Universidad Nacional de Cuyo, Editorial Advocatus, Córdoba, agosto 2016, pág. 371.

**compulsivos para satisfacer las obligaciones contraídas, sin necesidad de ejercitar la responsabilidad subsidiaria de socios o administradores.**

El debido contrapeso al control preventivo lo constituyen, al decir de Mauricio Yadarola, las acciones de responsabilidad contra administradores y socios de corroborarse que arguyeron la viabilidad de mala fe causando daño.

Citando a Miller: “En la doctrina argentina también el tema ha sido considerado. Quintana Ferreyra y Richard en un trabajo señero en la temática se cuestionan si el principio de la conservación de la empresa representa *“una suerte de dogma en el ánimo del hombre de leyes”*. La contestación es clara: *“No. La tutela de la empresa no es una idea orientadora en materia societaria porque se afirma más en la idea de tutela de la conservación del contrato de sociedad y respeto de la autonomía de la voluntad de las partes en cuanto recurren a un medio técnico para la realización de la actividad empresarial”*<sup>26</sup>. La cita hace foco en que la reactivación está vinculada con el contrato de sociedad y el respeto de la voluntad de los contratantes y su autonomía. En tal sentido hay coincidencia con las tesis de la doctrina uruguaya. Con ciertos matices también Zunino acepta la vinculación primaria de este instituto con la libertad contractual de los socios y lo hace señalando *“la reconducción es una figura que favorece primeramente el interés particular de los socios, sin perjuicio de la inmediata relación entre éste y el interés colectivo en la preservación de la empresa”*<sup>27</sup>. ... La viabilidad, por tanto, no es una condición previa ni tampoco sería una condición suspensiva. Identificamos la misma con la calidad de ser una condición resolutoria de la reactivación y de exigencia atemporal. Esto supone que la sociedad reactivada deberá tener presente, en caso de cuestionamiento, la necesidad de acreditar tal viabilidad, pero no se nos plantea como un requerimiento que deba obtenerse necesariamente y guardarse en carpeta. De todas maneras juzgamos que esta será una práctica muy conveniente ante cualquier cuestionamiento”.

**Sobre la exigencia de la viabilidad económica, se ha preguntado:** ¿cómo se acredita la misma? Para Barreiro se debe integrar este vacío que plantea el artículo 100 LGS acudiendo a la LCQ. Siguiendo esta pauta integradora en la ley concursal nos encontramos con que *“el juez puede poner fin a la continuidad de la explotación antes del vencimiento del plazo si ella resultara deficitaria o de cualquier otro modo resultare perjuicio para los acreedores”* (art. 192, in fine, LCQ). Sobre esta premisa el autor completa su pensamiento expresando que tal viabilidad económica *“consiste en la posibilidad cierta de sustentación de la actividad del patrimonio cesante, que deberá producir ingresos suficientes para poder atender las erogaciones propias del giro social”*. Esto quiere decir, continúa afirmando, que la ley societaria asume un propósito preventivo, impidiendo que la actividad económica inviable agrave las consecuencias y desemboque en un incumplimiento generalizado<sup>28</sup>.

Coincidimos en estas apreciaciones, como anticipamos se trata de acreditar la existencia de un plan de negocios que permita visualizar prima facie que la sociedad puede seguir operando sin dañar y satisfaciendo todas sus obligaciones. El instituto de la remoción de las causales resulta aplicable a todos los supuestos, ya sea que tengan previsto específicamente un caso de remoción ordinario, para los cuales resultaría superflua, o se trate de aquellas causales a las que la ley no les otorga un tratamiento particular. Incluso a las causales convencionales previstas en el contrato y el

<sup>26</sup> QUINTANA FERREYRA, Francisco y RICHARD, Efraín hugo “La conservación de la empresa en las leyes de sociedades 19.550 y de concursos 19.551”, R.D.C.O., t. 11, año 1978; ps. 1371-1388.

<sup>27</sup> ZUNINO, Jorge. *Disolución y liquidación*, t. 2, 1ª ed. (1987), p. 325.

<sup>28</sup> BARREIRO, Rafael, Viabilidad económica y social de la continuación de la actividad de la sociedad disuelta. *El Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, efectos en materia Societaria y Concursal*. Dir. Arecha, 1ª ed., Buenos Aires, D&D, 2015, ps. 172-174.

estatuto, no habría obstáculos que impidan aplicarle el instituto de la remoción y hacerlo operativo, manteniendo la vigencia del principio de conservación de la empresa.

Ante la preocupación de Barreiro ratificamos nuestra visión contraria a un control estatal o jurisdiccional tanto sobre el dictamen de viabilidad económica como en el de viabilidad social, pues implicaría una traba y poner al órgano gubernamental o jurisdiccional en una tarea imposible, cuando no obstaculizante del desarrollo. Aparece adecuado que “en eterna memoria” se disponga su resguardo protocolizándolo. No ya para el ejercicio de las acciones de responsabilidad que prevé el mismo artículo, que lo son en relación a obligaciones contraídas con anterioridad, sino para los daños generados en el futuro no por riesgo empresario sino por acciones u omisiones culposas, como lo será la actuación con patrimonio neto negativo.

Concordamos con *María de los Ángeles Luján y Carlota Palazzo*<sup>29</sup>: “El poder de decisión acerca de la viabilidad constituye una decisión empresarial que debe asignarse o reconocerse en quien se encuentre más interesado o incentivado en tomar buenas decisiones. Los jueces y organismos de control son sustitutos imperfectos para los actores del mercado, quienes al tener su propio dinero en juego se encuentran intensamente interesados en tomar buenas decisiones. Más aún siendo que existe un proceso de selección natural en función del cual solo sobreviven aquellos actores del mercado que toman buenas decisiones. No existe un proceso competitivo similar para los jueces y organismos de control que carecen tanto de los conocimientos, como de la experiencia e incentivos para tomar una decisión relativa a la viabilidad. Luego, la decisión relativa a la remoción de la causal de disolución por considerarse que existe viabilidad compete exclusivamente a la esfera interna de la sociedad sobre cuyo mérito no deben inmiscuirse ni la autoridad de control ni los magistrados. Ello sin perjuicio de que la autoridad de control pueda controlar “formalmente” que existió un pronunciamiento expreso acerca de la viabilidad. Entiéndase bien, sobre lo que no podrá avanzar será sobre si dicho pronunciamiento fue debidamente fundado; ni sobre si está de acuerdo con la valoración acerca de la viabilidad. El debido contrapeso lo constituirán las acciones de responsabilidad de las que serían posibles administradores y socios de corroborarse que arguyeron la viabilidad cuando la misma no era tal. De allí que resulte recomendable como buena práctica, más no compulsivo por no haber sido expresamente regulado en la ley, que la decisión del órgano de gobierno se sustente en documentos objetivos de análisis económico y financiero prospectivo del negocio social producidos especialmente para la oportunidad en que el órgano de gobierno deba resolver y relacionados con precisión en la decisión”.

#### 4. Sobre la viabilidad social.

**Sigue Miller “E. Contenido de la viabilidad social.** Más desafíos plantea al intérprete desentrañar el alcance de esta viabilidad social exigida. Y ni qué decir, cuando otro organismo (juez, registrador, etcétera) debe valorar esta viabilidad social. Su naturaleza de apreciación muy subjetiva puede ser un verdadero problema y ello puede traer el riesgo, del que nos advierte Barreiro “*que se amplía el ámbito de actuación discrecional de la administración pública sin que sea sencillo advertir qué ventajas se derivarían de ello*”<sup>30</sup>. Entendemos que esta viabilidad social de la actividad está vinculada con las concepciones de la sociedad comercial como un agente de la comunidad, un factor que desarrolla su peso y su influencia en toda una comunidad, como lo resalta Drucker, extralimitando la frontera natural de los socios y llegando a los trabajadores, proveedores, clientes actuales o futuros, el medio ambiente, las autoridades nacionales y municipales y en suma, a la

<sup>29</sup> En “Del nuevo artículo 100 ley 19.550 y los presupuestos para su aplicación”, publicado en *El Derecho Societario y de la Empresa en el Nuevo Sistema del Derecho Privado*. Tomo I Ed. XIII Congreso Argentino de Derecho Societario, IV Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa, Universidad de Mendoza – Universidad Nacional de Cuyo, Editorial Advocatus, Córdoba, agosto 2016, pág. 365.

<sup>30</sup> BARREIRO, Rafael, *Viabilidad económica y social*, ob. cit. en nota anterior.

comunidad toda. En este esquema tal viabilidad social se relaciona con el concepto del interés social concebido desde los “*stakeholders*” por oposición a la tesis que ubica al interés social solamente en la satisfacción de los intereses de los socios o accionistas (“*shareholders*”). Dicho de otra manera la viabilidad económica y social –alienada con el moderno concepto del interés social– supone que la actividad de la sociedad reactivada deberá estar centrada y acreditando la creación de valor para la sociedad, maximizando la rentabilidad y los beneficios sociales, tanto para los socios actuales, futuros y eventuales como para los terceros (“*stakeholders*”). Por último digamos que la ausencia de parámetros entendemos que ha de permitir una valoración genérica sin atarse a un cumplimiento puntual de ciertos ítems que en definitiva serán arbitrarios”. Así concluimos con las expresiones de Miller en su ponencia a ese Congreso, cuya lectura integral aconsejamos.

En cuanto a esa viabilidad social la vinculamos casi exclusivamente con los supuestos en que otras normas legales requieren dictámenes de viabilidad ambiental o excluyen ciertas actividades en zonas urbanas. O sea al cumplimiento de otras normas preexistentes.

### III – LA VIABILIDAD Y LA SINDICATURA CONCURSAL

Inmediatamente nace la pregunta ¿para que interesa esto de la viabilidad económica y social prevista en el art. 100 LGS para los síndicos concursales?

Pensémoslo juntos.

Se presenta una sociedad en concurso: ¿debe presentar un plan de negocios? Lo hemos sostenido siempre<sup>31</sup>, pero la práctica es no mostrarlo y del juez no exigirlo. Ahora será indispensable si la sociedad esta en una causal de disolución, ante un balance con patrimonio negativo, en cuyo caso intenta superar la causal de disolución a través del concurso y debe acreditar también la viabilidad económica de la sociedad.

El punto puede reiterarse o presentarse en cualquier momento en el curso del concurso, particularmente en relación a las obligaciones de pronto pago, o ante un balance anual que las sociedades deben realizar y aprobar tempestivamente.

Si se intenta convertir una quiebra en concurso, obviamente se estará frente hasta quizá dos causales de disolución, la quiebra y el patrimonio negativo, ambas removibles, pero donde se tendrá que acreditar la viabilidad económica de la actividad. De no ser viable para que distraer esfuerzos y gastos.

En la propuesta de acuerdo ya lo exige la ley concursal -art. 45 párrafo 5º-, pero se incumple el cumplimiento de dos elementos que la integran, como lo hemos advertido<sup>32</sup>, ahora será insoslayable, salvo que se sostenga que no existió patrimonio neto negativo, en cuyo caso sería abusivo pedir quita, particularmente conforme al art. 10 CCC. Y sería fraude a la ley si existiendo

<sup>31</sup> Nto. “El PLAN DE EMPRESA (o como asumir crisis tempestiva y extrajudicialmente)” publicado 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.

<sup>32</sup> GRAZIABILE, Dario J. – RICHARD, Efraín Hugo “Legalidad de la propuesta y del acuerdo en el concurso de sociedades y su homologación”, publicado en libro *AAVV DERECHO CONCURSAL EN EL NUEVO CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL*, dirigido por Dario J. Graziabile, pág. 371 a 415 en el Cap. III *Modificaciones al régimen obligacional: “VI. Legalidad de la propuesta y del acuerdo en el concurso de sociedades y su homologación”*, Ed. Erreius, Buenos Aires 2016.

pérdida pretenden violar los arts. 1, 94.5, 96, 99 y 100 LGS y 167 in fine CCC intentando que los acreedores asuman las pérdidas que deben soportar los socios. El juez no podría homologar un acuerdo conforme el art. 52.4 LCQ. Veamos el art. 12 CCC<sup>33</sup>.

Obviamente también será exigible en la quiebra a la cooperativa de trabajadores y/o al síndico, lo cual es lo único que se requiere actualmente y ahora aparece reforzado.

Es una incongruencia que se requiera a terceros el plan de viabilidad y no se requiera a los administradores y socios que constituyeron la sociedad y pretenden continuar la actividad a costa de los acreedores.

Recordemos trabajos anteriores y nuestro informe oficial sobre este punto en el Congreso Iberoamericano de Derecho de la Insolvencia de Mendoza año 2009, donde manifestabamos: “Accederemos al contenido del INFORME GENERAL con previas referencias al “informe mensual” que ha incorporado el ap. 12 del art. 14 LCQ 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*<sup>34</sup>. 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 artículos 14, incisos 11 y 12, y Artículo 16 de la Ley de Concursos y Quiebras (LCQ, en adelante).

Conforme el inc. 11 del art. 14 LCQ 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.

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 LCQ. Por eso decimos que sólo aparentemente se libera de obligaciones a los administradores de las sociedades concursadas, pero ello esta insito en sus deberes de actuar con la lealtad y diligencia de un buen hombre de negocios.

---

<sup>33</sup> Nto. “El abuso de derecho y fraude a la ley en materia comercial y los principios generales del nuevo Código Civil y Comercial”, publicado en Revista Electrónica ESTUDIOS DE DERECHO EMPRESARIO, n° 5 abril 2015, Universidad Nacional de Córdoba.

<sup>34</sup> Con Jorge Fushimi 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..



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 tendrá severas limitaciones respecto del alcance de la tarea a realizar por el Síndico, aún cuando el concursado –por imperio del artículo 17 LCQ- esté obligado a brindar toda la información y colaboración que le sea requerida por el juez o el síndico....

## **“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.

Frente a esta norma, y a las disposiciones de la Ley 25.587, que establece en su artículo 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, imponen la necesidad de que la concursada, particularmente cuando es una sociedad, informe sobre como afrontó la crisis y el plan de saneamiento, en forma similar a lo que requiere Lidia Vaiser, con quien concordamos<sup>35</sup>. En efecto, esta distinguida concursalista<sup>36</sup> 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 24522, 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” LL 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 información, pero no podemos advertir la utilidad y el sentido de la misma 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; etcétera. 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.

---

<sup>35</sup> Nto. “Sobre la homologación de la propuesta de acuerdo” en libro colectivo XIV Jornadas de Institutos de Derecho Comercial de la República Argentina –Paraná, Entre Ríos 30/31 de agosto de 2007- página 261, edición de Fundación para la Investigación y Desarrollo de las Ciencias Jurídicas, Buenos Aires agosto 2007.

<sup>36</sup> *El abuso de derecho en los procesos concursales* en JA 2003-IV-1328,

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 esta 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 proporcionaran 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 a 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).” Y ahora agregamos la obligación a los administradores societarios y a los socios de formalizar y expedirse un plan de viabilidad.

“Tampoco se prevé que la información recabada y el análisis evolutivo post concursal 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 acreedores, además de servir como elemento indispensable para la confección del informe general del síndico del artículo 39 LCQ.

La disponibilidad de fondos, debe entenderse vinculada a las disposiciones del artículo 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<sup>37</sup> 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 LCQ), 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 los mismos, 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 cuales 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<sup>38</sup>.”

<sup>37</sup> MOLINA SANDOVAL, Carlos A. “Una modalidad informativa “adicional” del síndico concursal. La Ley, 11/05/2006, pág. 2.

<sup>38</sup> Nto. *El PLAN DE EMPRESA (o como asumir crisis tempestiva y extrajudicialmente)* En libro colectivo “Homenaje al Dr. Osvaldo J. Maffia” Cap. II pág. 217, Ed. Lerner Córdoba 2008, Instituto Argentino de Derecho Comercial y Fundación para la Investigación del Derecho Concursal y la empresa en crisis Pablo Van Nieuwenhoven. Coordinadores E. Daniel Truffat – Marcelo Barreiro – Carlos Roberto Antoni Piossek – Ramón Vicente Nicastro.

En ese mismo Congreso seguimos más adelante **“IV - EL INFORME GENERAL DEL SINDICO.**

Centramos aquí nuestra atención. Los informes anteriores deben reflejarse en este por su carácter general... Por medio del informe general, el juez y los acreedores pueden tomar adecuado conocimiento de las circunstancias relacionadas en su texto, elaboradas por quién posee los conocimientos técnicos que fundamenta 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<sup>39</sup>.

Deberá ser fundado y valorado en las circunstancias acaecidas en el proceso concursal (v.gr., demanda concursal – art. 11 LCQ-, pronto pagos –arts. 16 y 183 LCQ-, sentencia de verificación –art. 36 LCQ-, remates de otros bienes, juicios de conocimiento continuados –art. 21 inc.1º LCQ-, contratos en trámite –art.20 LCQ-, etc.), en otra información obtenida en el ejercicio de sus funciones (art. 275, LCQ) y en otros elementos que considere útiles<sup>40</sup>.

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....

Estamos convencidos que la información prevista en el art. 39 LCQ como materia de ese informe, debe ser ampliada en el caso de sociedades y particularmente bajo la imposición que genera el art. 275 LCQ 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”<sup>41</sup>.

Adviértase que la referencia a la “situación patrimonial del concursado” lo es en 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 una sociedad la concursada<sup>42</sup>.

“Si el informe sindical no cumple adecuadamente con los requisitos, el juez podrá emplazar a dicho funcionario a los fines que reformule o amplie ciertos puntos, sin perjuicio de las demás medidas que pudieren ser pertinentes (art. 255 LCQ). Estos requisitos son taxativos (el síndico cumple con cumplimentar con lo requerido en los distintos incisos del art. 39 LCQ, sin perjuicio de que el juez pueda solicitar al funcionario concursal (en esta oportunidad o en otra) alguna información complementaria”<sup>43</sup>. ... **2.** Nuestra

<sup>39</sup> QUINTANA FERREYRA, Francisco “Concursos”, Bs. As. Ed. Astrea 1985, T I p. 451; ROUILLON, Adolfo A.N. “Régimen de concursos y Quiebras. Ley 24522” Bs. As. Ed. Astrea 1998, p. 101.

<sup>40</sup> JUNYENT BAS, Francisco A.; MOLINA SANDOVAL, Carlos A. “Ley de Concursos y Quiebras Comentada”, Ed. Lexis Nexis Depalma, Buenos Aires 2003, pág. 231/2.

<sup>41</sup> Coherente con esto formalizamos un anteproyecto de ley de concursos “DE LA INSOLVENCIA”, 3 tomos, libros In Memoriam de Héctor Cámara y Francisco Quintana Ferreyra, Editorial Advocatus, Córdoba 2000, con las comunicaciones al II Congreso Iberoamericano de la Insolvencia, “En torno a responsabilidad y concurso. Un “embrión” de proyecto. Tomo III pág. 313”.

<sup>42</sup> Nto. “Insolvencia societaria”, Buenos Aires Ed. Lexis Nexis 2007.

<sup>43</sup> JUNYENT – MOLINA SANDOVAL ob. cit. pág. 233.

apreciación es coherente con la reforma de la LCQ, en cuanto el inciso 12 del artículo 14 LCQ, 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 el mismo. Así debe entenderse el precepto en congruencia con las funciones del órgano de administración societario. Ese informe mensual –como referirnos 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 a 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.

“3. Repasemos el contenido del art. 39 que fija los “mínimos” de ese informe general –relativizados por la norma del art. 275 LCQ-, que entendemos no son suficientes en el caso de sociedades<sup>44</sup>, mínimos que tienen vinculación con el contenido de la demanda de concurso preventivo<sup>45</sup>:

**“1) El análisis de las causas del desequilibrio económico del deudor”.**

Se trata del elemento clave: ¿Qué se hizo desde que la sociedad esta 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 CSJN 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 cuando se había generado una causal de disolución –p.ej. imposibilidad sobreviniente de cumplimiento del objeto social- y cuando 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

---

<sup>44</sup> 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 p. 455; GARCÍA MARTINEZ, Roberto “Derecho Concursal Bs. As. Ed. Abeledo Perrot 1997 p. 153; CÁMARA, Héctor “El concurso preventivo y la Quiebra” Bs. As. Depalma 1979 vol II p. 735.

<sup>45</sup> ROUILLON ob. cit. p. 101.

receptor de datos presentados por el deudor<sup>46</sup>. 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 CONCURSAL<sup>47</sup> se refirieron sobre este punto: “EL ANÁLISIS DE LAS CAUSAS DEL DESEQUILIBRIO ECONÓMICO DEL DEUDOR ART. 39, INC. 1º, LCQ. 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 1º 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.”

Continuábamos sobre el informe general del art. 39 **“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 LCQ) –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.

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

<sup>46</sup> QUINTANA FERREYRA ob. cit. vol. I p. 457.

<sup>47</sup> C.P.C.E. de Córdoba, 8 y 9 de noviembre de 2007, conclusiones en Revista “Factor” de Comercio y Justicia el 17-06-08.

otros casos- puede ser bastante dificultosa, como se señala en la doctrina de los Estados Unidos de Norteamérica<sup>48</sup>.

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”<sup>49</sup>.

**“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 obligaciones 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 que previsiones adoptaron los administradores sociales desde que aparecieron dificultades, si las pusieron en conocimiento de los socios y que 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 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<sup>50</sup>.”

Finalizábamos sobre el informe general: **“4. No podemos pensar que este es un informe de carácter formalista y rutinario, sino que debe expresar una verdadera auditoria de la situación jurídica, económica y patrimonial de la concursada, particularmente de tratarse de una sociedad....**

Un síndico no cumple con su función si omite la información societaria, no evaluando la diligencia con la que actuó la administración, el esfuerzo que los socios hicieron para superar la crisis en ese ámbito privado y extrajudicial, pero de su competencia conforme a normas imperativas de aquella ley específica, que impondrá pensar en responsabilidades –cuando no en la llamada inoponibilidad de la personalidad jurídica-.

<sup>48</sup> 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”.

<sup>49</sup> Capel. Trab. Rosario, sala I, mayo 20-985 in re Delgado, Juan C. y otro c/ Rio Grande S.A., JA 77-123.

<sup>50</sup> Nto. ensayo citado en nota 2.

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 –aún antes de que este se produzca- para que los mismos 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 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 los administraciones o las omisiones a sus deberes y normas imperativas de la organización societaria.

Sin duda muchos otros elementos informativos resultarán en el caso que el Síndico concursal examine a fondo la documentación societaria de la concursada, bajo las previsiones de la ley societaria específica.”

Ahora, la nueva redacción del art. 100 LGS potencia las obligaciones de administradores y socios en las sociedades concursadas o a las que se ha pedido la quiebra, y facilita la labor del síndico concursal, en cuanto sepa exigir el cumplimiento de los requisitos legales.

#### IV - MEDITANDO.

La ley concursal es una ley especial, pero no desplaza a la ley societaria específica que regula a la persona jurídica societaria, conforme el art. 150 CCC, menos es una isla<sup>51</sup>, pero el sistema jurídico general es un sistema integrado y por suerte esa integración hace que amanezca en la interpretación, lo que no es poco.<sup>52</sup>

Este es el equilibrio que nos permitimos presentar en ese desafío que es la integración de normas de diverso origen, con interpretaciones incipientes e incluso disidentes, a través de las cuales se irá construyendo el sistema integral de la regulación de las relaciones de organización personificadas como sociedades, respecto a lo cual la visión judicial dará enfoques definitivos, a cuyo fin debemos debatir para facilitar la ardua tarea de la judicatura, pero al mismo tiempo cumpliendo nuestro rol de asesores para evitar daños y responsabilidades en la funcionalidad de esta maravillosa herramienta de organización que constituyen las sociedades.

La doctrina debe colaborar para facilitar la labor de los jueces en la integración que no debe constituirse en una carrera de obstáculos sino en un inteligente diálogo de fuentes, acotada por nuestra Constitución Nacional.

Y en los procesos concursales de sociedades el Síndico Concursal tienen la función, la capacidad y el deber de informar al Juez, conductor del proceso, de la viabilidad económica de la sociedad, en cuanto informado por sus representantes legales y ratificado por los socios, a fin que la judicatura pueda cumplir adecuadamente su función, particularmente ante la decisión de expedirse

<sup>51</sup> Ver el ensayo de E. Daniel Truffat que citamos en la nota siguiente.

<sup>52</sup> Parafraseando los títulos de una polémica con el jurista y amigo E. Daniel Truffat: RICHARD, Efraín Hugo “AMANECE, QUE NO ES POCO... (Sobre crisis societarias)”, publicado en *Revista de las Sociedades y Concursos*, Editorial FIDAS, Director Ricardo A. Nissén, año 16, 2015 Nos. 2/3, pág. 99, Buenos Aires abril 2016, en respuesta al ensayo que tuvo a bien hacernos llegar un formado jurista y querido amigo, hoy Presidente del Instituto Iberoamericano de Derecho Concursal (sede México), Prof. Dr. E. Daniel Truffat “EL DERECHO CONCURSAL NO ES UNA ISLA, PERO SÍ ES UN DERECHO ESPECIAL”, publicado en la misma *Revista* inmediatamente antes de nuestro artículo, acercándonos en las posiciones doctrinarias que nos separan en tal sentido y nos unen en la amistad y la vocación compartida, pues en la disidencia madura y respetuosa se construye el derecho.

sobre el acuerdo logrado por la propuesta, en cuanto la existencia de abuso de derecho o fraude a la ley, que no es sólo a la ley concursal sino particularmente a LGS y CCC.

Este es nuestro compromiso.