

VI CONGRESO ARGENTINO DE DERECHO CONCURSAL
IV CONGRESO IBEROAMERICANO SOBRE LA INSOLVENCIA

COMISION 2. CESACIÓN DE PAGOS Y PREINSOLVENCIA.

Efraín Hugo RICHARD (Paraguay n° 351 - 5000 CÓRDOBA, Tel. 0351 4242830 ehrichard@arnet.com.ar)

ASUNCION DE LA CRISIS DE SOCIEDADES COMERCIALES A TRAVÉS DEL DERECHO ESPECÍFICO (LA CONSERVACION DE LA EMPRESA ES UNA CUESTIÓN PRIVADA, SOCIETARIA).

Tema: FORMAS ALTERNATIVAS DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS FUERA DEL ÁMBITO JURISDICCIONAL

Sub tema: SOCIEDADES COMERCIALES Y ASUNCIÓN PRIVADA DE SU CRISIS POR LOS SOCIOS.

La presentación de sociedades comerciales en concurso después de muchos años operando en cesación de pagos –pero el fenómeno en análisis lo es también cuando la cesación de pagos es inmediata anterior-, es efectivizada sin que hayan recorrido el camino que la ley específica les impone.

Conforme las normas de la ley societaria –más específicas en otras legislaciones-, el actuar como buen hombre de negocios –particularmente con lealtad- impone que los administradores adopten aquellas medidas que de no ser directamente la de disolución (pérdida del capital social, imposibilidad sobreviniente de cumplimiento del objeto social –con el patrimonio u organización-), convoquen a los socios que podrán rápidamente solucionarlo con una escisión, fusión, o con un aumento de capital que, de no ser deseado por los socios, puede llevarlos a la capitalización del pasivo prevista en la ley de sociedades.

La mayoría de las sociedades solucionan sus problemas a través de la ley de sociedades, y ello debería ser la regla, imponiéndose incluso por el juez del concurso en las medidas previas. Su incumplimiento genera siempre responsabilidad de los administradores, por lo menos frente a ciertos acreedores, además de recrear el análisis sobre la abusividad de la propuesta que se formule.

Implica, por otra parte, la forma más efectiva de asegurar la conservación de la empresa, argumento que es usado tardíamente por administradores societarios, ante su propia torpeza, para justificar ilegales y abusivas propuestas de acuerdo concursal.

Obviamente que resulta necesaria una concepción integral del sistema jurídico, con método de empresa propio de las relaciones de organización y no individualista propio de las relaciones de cambio, donde la libertad, autonomía de voluntad y capacidad jurígena individual de generar personas jurídicas o centros de imputación, debe equilibrarse con la funcionalidad regular de esas instituciones, eventualmente en aquella tradicional: no dañar. La libertad entraña responsabilidad y la obligación de reparar el daño que se cause, y la eficiencia del sistema jurídico y judicial esta vinculado a esos objetivos, tanto para disuadir como para equilibrar rápidamente las relaciones afectadas.

1. La conservación de la empresa estructurada societariamente es un problema de los administradores y de los socios¹. Es una cuestión de derecho privado. Obviamente que tal reorganización podría ser asumida directamente por la sociedad o, posteriormente en una propuesta de acuerdo preventivo extrajudicial o judicial², incluso cuando no lo hubieran logrado inicialmente por la vía prevista de capitalización de pasivo (art. 197 LS). Esta última es cuidadosamente ignorada en la presentación concursal...

Sospechamos que los esos administradores ignoran la gravedad de sus conductas por la falta de un adecuado asesoramiento, no advirtiéndolo que la crisis de las sociedades debe resolverse en el plano interno de la sociedad, conforme los preceptos de la ley de sociedades y de acuerdo a una adecuada gestión del “buen hombre de negocios” que la debe administrar.

Por ello, el análisis no debería centrarse en el concurso, sino en la etapa preconcursal de la funcionalidad societaria; si existió planificación –tema de otras comunicaciones-, en el análisis de las causas que generaron el estado de cesación de pagos de la sociedad.

Un acuerdo puede generarse anticipatoriamente al estado de cesación de pagos, e indubitablemente al caer una sociedad en cesación de pagos o ante la crisis, la continuidad del giro social infringiría por parte de los administradores la conducta de un buen hombre de negocios y sus deberes de lealtad si contratan dolosamente con nuevos acreedores –art. 931 C.C.-. Ante ello no parecería justificables grandes quitas o esperas para solucionar una situación advertida rápidamente por un “buen administrador”.

¿Se puede suponer que no es dolosa la actuación de administradores societarios que continúan el giro, y contratan con terceros a sabiendas de las dificultades de cumplir obligaciones conforme los están asumiendo?

Las soluciones societarias internas o las concursales externas oportunas permitirían que con una leve quita o una corta espera se solucionara la situación más crítica.

En tales supuestos sólo podrían entenderse grandes quitas o esperas ante las crisis generadas por una abrupta devaluación, una inesperada apertura de mercados o situaciones no mensuradas por un buen administrador, y –aún así- asumiendo los socios junto a los acreedores el perjuicio pues en caso contrario la propuesta es abusiva, como lo destacamos en otras comunicaciones.

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

La doctrina ha sido conteste, y el derecho comparado viene dando soluciones diversas, que ante las crisis los remedios deben aplicarse en la forma más rápida posible, evitando la profundización de esa crisis y su contagio³.

Esa corriente ha generado respuestas normativas que autorizan la apertura de trámites concursales, extrajurisdiccionales o judiciales, tempestivos a la aparición de la crisis o ante meros síntomas. Y también legitimando para esa apertura no sólo a la sociedad deudora a solicitar el concurso, sino a otros legitimados –internos o externos a la misma-.

Ello lo es conforme al “bien jurídico tutelado por la legislación concursal”⁵.

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

Ese antivalor –como ya hemos referido- autoriza la aplicación de un régimen normativo de excepción que, sin derogar los otros regímenes, impone un sistema de relaciones de organización, de justicia distributiva, en un único procedimiento de concurrencia universal y participación múltiple.

Particularmente todo ello en aras a la conservación de la empresa, argumento fundamental para la homologación de un acuerdo, pero que suele no tenerse en cuenta por los propios administradores societarios al no asumir las conductas que le marca la ley societaria para paliar la crisis y asegurar la conservación de la empresa.

Claro que esa crisis en las sociedades comerciales, conforme la ley 19.550, debe enfrentarse en el marco de la funcionalidad societaria. Esa legislación contiene estándares generales precisos en los arts. 59 y 99 LS sobre los deberes y obligaciones de un “buen hombre de negocios” y de sus responsabilidades frente a causales de disolución.

En primer lugar la sociedad debe estar adecuadamente dotada patrimonialmente para el cumplimiento del objeto. Una sociedad infracapitalizada materialmente en forma genética autorizaría la llamada “inoponibilidad de la personalidad jurídica”, a criterio de la CSJN en el caso Palomeque.

Ante la pérdida del 50% de capital o la pérdida de la totalidad del mismo⁶, debe reintegrarse el mismo o reducirse el capital social, operación que no puede hacerse por la reducción y aumento de capital social⁷, y debe observarse atentamente si esa falta o modo de integración de la masa patrimonial constituye una imposibilidad “sobreviniente” de cumplimiento del objeto social o de la actividad empresaria.

Si se constata tal situación, que debe analizarse a través de la Memoria –que motiva otra de nuestras comunicaciones a este Congreso- por lo menos anualmente, en cuanto a la prospectiva de los negocios en el ejercicio en curso, los administradores no sólo tienen la obligación de informar en ese documento, sino poner a consideración de los socios los planes para superar la situación o proceder a la liquidación de la sociedad.

El aumento de capital es la solución más sencilla. No importa quién lo aporte. Justamente el artículo 197 LS prevé la suspensión del ejercicio del derecho de suscripción preferente para capitalizar deudas, y ello opera cuando los socios pierden interés en seguir aportando.

2. Ante la crisis deben actuar los administradores y socios.

Señalan Barreiro y Truffat⁸ que “lo dirimente es poner la cuestión en manos de los socios. Estos tal vez decidan la capitalización de la empresa o admitan su fusión por absorción con otro ente más saludable”. Omiten la más sensata medida, que es la capitalización de las deudas, que luego receptan cuando enfrentan –a mi entender es su único error- mi visión con la de Lorente: “Se vera a continuación que sobre el punto hay dos visiones: una extrema (la de Richard) quien quiere que los administradores respondan, incluso, por la socialización de pérdidas que importan las soluciones preventivas. Otra más moderada (la de Lorente) –que es la que nos resulta más cercana- donde lo que se pretende es que el énfasis del rescate de la empresa esté en preservar a ésta y al el interés de los acreedores, antes que al interés de los socios”. Y páginas más adelante concluyen apoyando la posición de Lorente “Ya no se trata tanto de que alguien responda por los “daños” de la insolvencia sobre el patrimonio de un acreedor concreto (aunque esta hipótesis no es descartable) sino que –frente al desangelado fenómeno de la insolvencia- las cargas del daño se repartan equitativamente; siendo intolerable que el sacrificio de los acreedores permita a los socios tener una sociedad renacida. Si hay padecer deben sufrirlo todos, pero en especial los dueños. Si hay éxito deben gozarlo todos, pero en especial los acreedores”. Hay daño y hay formas prioritarias de enfrentarlo en beneficio de la empresa conforme al “esfuerzo compartido”.

Justamente nos hemos apoyado en la “absolute equity rule”⁹ –recordada por Lorente-, para sostener la necesidad de aplicar el art. 197 2º LS antes de pensar en presentarse en concurso. Y que las propuestas son abusivas, incluso inconstitucionales¹⁰ si junto a las quitas y esperas no hay una capitalización de la diferencia, pues en caso contrario hay un despojo a los acreedores en beneficio de los socios.

Una propuesta de quita y espera sin esa contrapartida en la participación en el capital, o alguna forma de negocio participativo, es inconstitucional por violar el derecho de propiedad (art. 17 C.N.).

Si la empresa lo requiere debe imponerse la quita y espera, pero ello no debe beneficiar a los socios, enriqueciéndolos, sino que impone que por la tercera vía se capitaliza el monto quitado y lo que representa el diferimento¹¹. A la empresa no le interesa quiénes son sus dueños, sino “ser empresa” o sea “autosustentable”.

Con igual criterio¹², señalábamos que si la empresa lo requiere debe imponerse la quita y espera, pero ello no debe beneficiar a los socios, enriqueciéndolos, sino que impone que por la tercera vía se capitaliza el monto quitado y lo que representa el diferimento¹³.

A la empresa –metafóricamente- no le interesa quiénes sean sus dueños, sino “ser empresa” o sea “autosustentable”.

Una propuesta de quita y espera sin esa contrapartida en la participación en el capital, o alguna forma de negocio participativo, es inconstitucional por violar el derecho de propiedad (art. 17 C.N.).

Se trata de pensar en la responsabilidad de los socios por la tutela del patrimonio social frente a los acreedores, resultante en la obligación de aportar nuevos recursos financieros para mantenerla con vida¹⁴.

El cuestionamiento se consolida toda vez que los propósitos del derecho concursal (sobreser el estado de cesación de pagos, asegurar la conservación de la empresa) pueden lograrse compartiendo los socios con los acreedores la titularidad del capital social, y ello puede hacerse privadamente en el ámbito societario. Con una presentación en concurso sin satisfacer la legislación societaria se complica al Juez para lograr el enriquecimiento de los socios.

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

3. El no asumir la cuestión en el ámbito privado societario, implica responsabilidad para administradores de la sociedad comercial.

Los trabajos de Barreiro, Truffat y Lorente dan por sentado el riesgo, adhiriendo a nuestra vieja posición, aunque sea con supuestas reservas.

Ante la pregunta que siempre formulamos: ¿realmente no hay sanción para alguien por la no adopción en lo interno de la sociedad de las medidas previstas por las normas o por no presentarse tempestivamente en concurso continuando contratando en cesación de pagos? Barreiro y Truffat responden afirmativamente, aunque preocupados por nuestro “extremismo” señalen “la línea de responsabilización en zona de insolvencia que propugna el maestro cordobés deberá acotarse a casos absolutamente graves y evidentes“. Hemos tranquilizado a los distinguidos amigos y jóvenes juristas. No decimos otra cosa: no contraten en cesación de pagos porque hacerlo es doloso y pueden asumir responsabilidad, y los casos que evidencio son de inusitada gravedad y evidencia –aunque se intenten cubrir las apariencias-: informes generales de los síndicos en los que se constata objetivamente que la sociedad concursada arrastra una situación de cesación de pagos de muchos años, cinco o más, y que la presentación se produjo ante el inminente remate de un bien en un juicio iniciado hace muchos años por un tercero.

El extremismo y el riesgo para los administradores –y socios- de una sociedad en insolvencia, lo generan los que suponen que no hay responsabilidad alguna. Y con ellos no se enrolan Barreiro, Truffat y Lorente.

Claro que ¿Si se aprobó un acuerdo predatorio, de quita y espera, empobreciendo inconstitucionalmente a los acreedores y enriquecimiento sin causa a los socios que condujeron o toleraron administradores que llevaran a ese estado de cosas, hay alguna sanción? Y hemos dado una respuesta afirmativa.

4. Recapitulando: la capitalización del pasivo es la forma societaria de afrontar la crisis. Un acuerdo expropiatorio –sin indemnización- de quita y espera para ser constitucional debería ir unido a que los acreedores compartieran el patrimonio social, como una forma de compensación. Ello devuelve a lo que sostuvimos en el año 1981 en torno a la “Conservación de la Empresa”, recordando a Abadesa “la remodelación tiende a salvar la empresa, no a aquellos que deben sufrir la responsabilidad y riesgo de la insolvencia”.

A la comunidad, al país, a los trabajadores, a la economía en general, es indistinto quiénes sean los titulares del capital social. Y no puedo aceptar que se enriquezcan quiénes se marginaron del sistema

privado de solucionar el problema, que es el societario, eventualmente asumiendo tempestivamente un sistema concursal o preconcursal, imponiéndose el esfuerzo compartido en salvaguarda de la empresa, convergiendo en el capital social todos los interesados –u otorgando otros beneficios participativos-, sin excluir de posibles beneficios futuros a los acreedores.

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

La tesis sustentada es una invitación a retomar esas ideas, que permitirían salvaguardar la empresa y las actividades productivas, haciendo confiable el crédito y evitando se atesten los tribunales de procedimientos que hubieran podido afrontarse privada y oportunamente.

Resulta necesario reconstruir la concepción integral del sistema jurídico, con método de empresa propio de las relaciones de organización y no individualista propio de las relaciones de cambio, donde la libertad, autonomía de voluntad y capacidad jurídica individual de generar personas jurídicas o centros de imputación, debe equilibrarse con la funcionalidad regular de esas instituciones, eventualmente en aquella tradicional: no dañar. La libertad entraña responsabilidad y la obligación de reparar el daño que se cause, y la eficiencia del sistema jurídico y judicial esta vinculado a esos objetivos, tanto para disuadir como para equilibrar rápidamente las relaciones afectadas.

¹ *La conservación de la Empresa* en Anales de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba tomo XXV pág. 107 y ss. correspondiendo a mi comunicación en ocasión de recibir el Premio Academia en el año 1981; *Los administradores societarios y la insolvencia* RDCO n° 203 pág. 553 y ss., entre otros que pueden verse en la página electrónica de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba www.acader.unc.edu.ar. MICELLI, 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, cit., t. II pág. 631 y ss..

² 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%.

³ Lo hacía Yadarola en el año 1925 *Proyecto de ley de quiebras* publicado en la Revista de la Universidad Nacional de Córdoba, año 1925, y reproducido en “Homenaje a Yadarola”, Córdoba 1963, Editorial Universidad Nacional de Córdoba, tomo I pág. 335, lo hizo nuestra legislación en el año 1983 y ahora lo remarca MAFFIA, Osvaldo J. FRANCIA. *LA LEY DEL 26/JULIO/05 SOBRE SALVAGUARDA DE LA EMPRESA*, en *El Derecho*, martes 25 de octubre de 2005: “conlleva la exigencia de intervenir cuando la situación de la empresa acusara una situación susceptible de comprometer la continuación de su actividad, vale decir, tempestivamente, por tanto antes de que se instalara el estado de insolvencia, tesitura político-legislativa que recoge la preocupación volcada en ese hito que fue el *Rapport Sudreau*, aún cuando anterior al mismo. ...Destacamos al pasar la claridad con que se expresa la primacía del mantenimiento de una empresa, postergando el amparo de los acreedores, posturas difíciles de conciliar fuera de las “expectoraciones entusiásticas” –Ortega- que encontramos en nuestras ingenuas, pintorescas exposiciones de motivos. ...El nuevo régimen concreta una antigua idea que es de justicia unir al trabajo inteligente y perseverante de Roger Houin, y resume el gran tema del derecho concursal de las últimas décadas, a saber, la *prevención*. ... El *Rapport Sudreau* plantea con claridad y elocuencia el gran problema de aprehender cuanto antes las *dificultades* que sobrellevaba una empresa para permitir la intervención tempestiva, esto es, al surgir los problemas en medida tal que la empresa no alcanzara a neutralizarlos con sus medios normales, y esas dificultades pudieran comprometer la prosecución de su actividad. ...El tema específico de la nueva figura que nos ocupa, o sea la “salvaguarda de la empresa”, exhibe una extraña limitación si tenemos en cuenta las recordadas orientaciones en orden a *tempestividad*, lo cual presupone la ampliación subjetiva en orden a instancia (la experiencia de que el deudor demora cuanto puede su ocurrencia al tribunal es pandémica)”. Cfme. nto. *Justicia y Derecho. Insolvencia societaria*: “El incumplimiento voluntario de ciertas obligaciones por un deudor en dificultades financieras puede llevar a la quiebra al acreedor previsor que se encontraba *in bonis*” en “Congreso de Academias Iberoamericanas de Derecho” pág. 631 y ss., Edición Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Córdoba 1999.

⁵ nto. *Bien jurídico tutelado por la legislación concursal* en Revista de la Universidad Nacional de Córdoba años 79/80 p. 262.

⁶ Si bien esas causales operativas están suspendidas, lo son hasta el 12 de diciembre de 2005, pero ya hemos comentado que ello no afecta la presencia de otras causales de disolución: RDCO citado.

⁷ Sobre el punto puede verse Resolución IGI n° 1452, noviembre 11 de 2003, en el expediente “Comital Convert Sociedad Anónima”.

⁸ BARREIRO, Marcelo G. – TRUFFAT, E. Daniel *Responsabilidad de administradores y representantes en la ley de quiebras: el deber fiduciario de la ley de sociedades, ¿se traslada a los acreedores?* en *Doctrina Societaria y Concursal*, octubre 2005, tomo XVII p. 1205 y ss.

⁹ En las Segundas Jornadas Interdisciplinarias Concursales del Centro, Córdoba 2005 que compartimos con Truffat, en las Jornadas Italoargentinas de Derecho, Córdoba 2005 y luego en Barranquilla.

¹⁰ Comunicación al Primer Congreso Hispanoamericano de Derecho Concursal, Barranquilla, octubre 2005, *Reforma concursal: ¿de ideas o de normas?* en el CD editado por el Congreso, y *Hacia la desjudicialización de las crisis: LA CONSERVACIÓN DE LA EMPRESA* comunicación en la Jornada Internacional de Derecho Concursal, Cali –COLOMBIA- Martes 18 de octubre de 2005, Facultad de Humanidades y Ciencias Sociales, Carrera de Derecho de la Pontificia Universidad Javeriana, y Cámara de Comercio de Cali, o ambos en la página electrónica de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, y antes *Propuesta abusiva* para elDial.com en agosto de 2005 y también en esa página electrónica de la Academia y artículos similares en prensa en Zeus, Córdoba y Santa Fe.

¹¹ Nto. *Propuesta abusiva* en El Dial.com y en página electrónica de la Academia. También en *Otra vez sobre propuestas abusivas* en libro colectivo “Conflictos en la Insolvencia”, dirigido por Ricardo A. Nissen y Daniel R. Vitolo, Editorial Ad Hoc, Buenos Aires 2005, página 409 a 434.

¹² Nto. *Propuesta abusiva* en El Dial.com y en página electrónica de la Academia.

¹³ También en *Otra vez sobre propuestas abusivos* citado.

¹⁴ *Ancora due sentenze della Suprema Corte tedesca in materia di abuso della responsabilità limitata e “Existenzvernichtungshaftung”* en Notizie “Rivista delle Società” luglio-agosto 2005 pág. 942.