

LA EMPRESA, SU CRISIS Y SU CONSERVACIÓN (meditaciones desde una visión nacional)

Comunicación al II Congreso Iberoamericano de Derecho Concursal (Mérida 8 al 10 de noviembre de 2006)

Efraín Hugo RICHARD (República Argentina)

I – INTRODUCCIÓN.

1. En nuestro derecho las acciones en torno a la conservación de la empresa suelen ser tardías. Nos referimos concretamente a la empresa desarrollada por una sociedad comercial como forma de cumplimiento del objeto social. Ante la crisis, en el período preconcursal, los administradores no adoptan previsiones adecuadas, en los concursos judiciales (o en los extrajudiciales que requieren homologación judicial) no se exigen medidas que aseguren que la empresa ha de continuar, y en la quiebra no existe un sistema adecuado a tal fin, lo que ha dado lugar a interesantísimas soluciones jurisprudenciales.

Las sociedades comerciales operan durante muchos años en crisis, preinsolvencia o cesación de pagos alterando el mercado, la libre competencia y las propias posibilidades de subsistencia.

Sin embargo, en la homologación de acuerdos de quitas y esperas predatorias (80% de quita con 20 años de espera), logrados con mayorías obtenidas con la conformidad de terceros no convocados que han desinteresado a acreedores convocados, los jueces justifican tal homologación en “la conservación de la empresa”, que no aparece asegurada ni en la propuesta ni en las previsiones de administración y disposición que deben presentarse.

2. Nuestra preocupación es preventiva, y por eso nuestro planteo en el I Congreso Iberoamericano de Derecho Concursal sobre el tema asignado “REFORMA CONCURSAL: ¿DE IDEAS O DE NORMAS?”.

En esta oportunidad volvemos sobre ese aspecto profundizando algunos enfoques dentro de ese esquema.

Nuestra visión sobre la empresa es siempre desde el derecho societario, en la idea que es la forma normal de organización de las empresas de mayor significación económica¹.

Por otra parte la construcción del sistema societario es similar en la totalidad de los países iberoamericanos y la cuestión, esbozada concretamente desde un derecho nacional, permite su expansión.

Coherente con ello centramos la problemática en que la mera crisis financiera o la crisis económica general de una sociedad, y la cesación de pagos o la insolvencia, deben enfrentarse en la forma más tempestiva posible una vez advertida, para evitar su instalación y los efectos consecuentes, su contagio a la economía que la circunda, particularmente a los acreedores.

Nuestra tesis es que la crisis debe ser enfrentada por administradores y socios desde la normativa societaria, similar en todos los países.

II - BIEN JURÍDICO TUTELADO POR LA LEGISLACIÓN CONCURSAL.

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

Ese antivalor autoriza la aplicación de un régimen normativo de excepción que, sin derogar los otros regímenes, impone un sistema de relaciones de organización, de

justicia distributiva, en un único procedimiento de concurrencia universal y participación múltiple con los acreedores convocados.

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

Eliminando el estado de cesación de pagos, o situaciones anticipatorias, se permite conservar a la empresa y evitar la contaminación, manteniendo las previsiones normativas generales.

Por otra parte, desde la óptica de la “empresa” no es relevante quiénes sean los propietarios de las participaciones sociales.

III – CONSTATAACIONES.

Sostuvimos que los administradores de esas sociedades, y los socios de control, ante la crisis no adoptan ninguna de las medidas o vías que les ofrece el sistema societario: no llaman formalmente a los socios a considerar como afrontar la crisis. No se expresa ello ni en Asambleas ni en Reuniones Generales, y menos aún se les convoca para aumentar del capital social, reintegración del mismo, reorganización de la empresa, venta de activos inactivos, y particularmente a una capitalización de pasivos por negociación con acreedores. No asumidos los problemas de la crisis en lo básico, la discusión debería recaer en la disolución por alguna causal, fundamentalmente por la imposibilidad sobreviniente de cumplimiento del objeto social, como forma de exteriorizarse la idea de empresa.

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

Adviértase la sencillez, para lograr el equilibrio a bajo costo, de la capitalización del pasivo, donde se eliminan todos los costes de transacción para salir de la crisis y se transforma la situación patrimonial de la sociedad.

En cambio la quita y espera lograda en un concurso, enriquece a los socios que no capitalizan, además de los altos costos de transacción, y las maniobras por las que terceros adquieren créditos con grandes desembolsos para luego renunciar a su íntegro cobro votando quitas y esperas predatorias para imponérselas a los acreedores convocados.

Hicimos una serie de reflexiones sobre la posibilidad de promoción de una acción directa de responsabilidad contra administradores societarios exige daño directo al acreedor. El mismo se habrá producido si se contrató con él después de estar la sociedad en cesación de pagos. Ello comporta actuación dolosa. La prueba resultará del informe general del síndico o de la fecha de origen de deudas reconocidas en procedimientos informales. El administrador operó dentro de sus facultades, pero con su reticencia conocía que perjudicaba al tercero. El acuerdo no nova acciones de responsabilidad contra sujetos no concursados, implicando una acción extraconcursal.

También reflexionábamos sobre que un acuerdo de tal naturaleza no sólo era abusivo, impidiendo su homologación, sino que un acuerdo presentado por socios y/o administradores de una sociedad que implique despojar a los acreedores de sus créditos so pretexto de los fines del concurso y de la conservación de la empresa, enriqueciendo sin contrapartida a los socios, es inconstitucional por atentar contra el derecho constitucional de propiedad de quiénes no aceptan la propuesta.

El cuestionamiento se consolida toda vez que los propósitos del derecho concursal (sobreser el estado de cesación de pagos, asegurar la conservación de la

empresa) pueden lograrse compartiendo los socios con los acreedores la titularidad del capital social.

Creemos haber dejado de resalto los remedios disponibles, requiriendo el debate profundo para devolver la eficiencia del derecho de crisis, sin responsabilidad para los administradores societarios o los socios.

IV – COSAS OCURRIERON DESDE ESA COMUNICACIÓN.

Como continuidad ideológica, nos propusimos ahondar en el viejo camino, que hoy pareciera un nuevo camino, atendiendo a circunstancias posteriores al I Congreso Iberoamericano de Derecho Concursal de Barranquilla.

1º. Contemporáneamente al desarrollo del Congreso, se publicaba un artículo de dos Miembros del Instituto Iberoamericano de Derecho Concursal, aceptando la responsabilidad de los administradores cuando la sociedad continúa operando en cesación de pagos, sosteniendo particularmente que ante la crisis esa responsabilidad o deber fiduciario de los administradores impone “poner la cuestión en manos de los socios”, lo que importa asumirla, y particularmente apoyar la posición de Lorente (otro Miembro) –referida al derecho americano- que debía compartirse con los acreedores el esfuerzo.

La particular posición en la normativa argentina imponía seguirla sembrando. Justamente nos sentimos sembradores cuando, al regreso de Colombia nos encontramos con ese trabajo de Marcelo C. Barreiro y E. Daniel Truffat, titulado *Responsabilidad de administradores y representantes en la ley de quiebras: el deber fiduciario de la ley de sociedades, ¿se traslada a los acreedores?*², con claras referencias –concordancias y aparentes disensos- a “quien desde hace más tiempo ha venido postulando un juzgamiento y una consideración más severas de tales conductas en zona de insolvencia y durante los procesos concursales (inclusive los concursos preventivos)”. Nuestro agradecimiento a ellos por abrir el arcón de los recuerdos³.

Sensibilizamos como agricultores en épocas de sequía: “¡albricias, esta lloviendo!”⁴. Es que hace más de una década que afrontábamos la cuestión desde diversos ángulos y parecía que arábamos en el mármol. En el Congreso de Derecho Societario del 2001 en Rosario nos apoyó Ernesto Granados –con quién acabamos de presentar un trabajo en el IV Congreso Iberoamericano de la Insolvencia⁵-, pero de lege ferenda, aunque reconocemos que en el Congreso de Derecho Societario del 2004 de Tucumán cuando expusimos con más énfasis la posición, en primera fila los cabeceos afirmativos de Barreiro, Lorente y Truffat, al lado de los de Alberti, Farina, Otaegui y Veiga nos alentaron.

Ahora las cosas han cambiado y de ello da testimonio lo acaecido en el reciente Congreso de Rosario.

2º. La propuesta del IV Congreso Iberoamericano de Derecho de la Insolvencia sobre moralización de los procesos concursales, a las que se sumaron las XIII Jornadas Nacionales de Institutos de Derecho Comercial de Bahía Blanca, octubre 2006, imponiéndome en aquél pronunciar las palabras iniciales⁶: “Como señala aquilatada doctrina aquí presente, ante la crisis de las sociedades la cuestión debe ser puesta en manos de los socios, y no para ratificar la presentación en concurso, sino para adoptar las previsiones del orden imperativo societario ante causales disolutorias como la imposibilidad de cumplimiento del objeto social, que lleva incluso a la capitalización del pasivo.- El derecho debe ser interpretado de manera favorable a los ideales en cuestión, constructivamente integrando normas, de derecho constitucional de propiedad, de derecho penal de no entorpecer la normal marcha de la empresa, de derecho civil de indemnizar si se daño y de derecho societario de adoptar tempestivamente las medidas que aseguren la funcionalidad regular de la sociedad. Nunca convirtiéndose en una forma de beneficiar a los socios pese a su desinterés en capitalizarla, afectando

inconstitucionalmente a acreedores con quitas ilegales.- De este Congreso es el rol de que los derechos, los ideales, las reglas éticas del “corporate government”, de la competencia leal, de la responsabilidad social empresaria, obren efectivamente como ideales en la conciencia de un sector de los juristas de este país, para que la convocatoria pueda ser algo más que una pretensión edificante y el mío un discurso eficiente. De no sólo servirán como pretexto para trazar otro círculo en el cielo que referencia Ihering donde tan a gusto se siente buena parte de la dogmática jurídica.- Todo podría transformarse en una retórica donde la racionalidad de las proposiciones cognoscitivas podía ser obtenida mediante el perfeccionamiento del arte de convencer o persuadir a un auditorio, que no puede desconectarse de la argumentación como entidad basilar del proceso de racionalidad justificatoria del Derecho. El contenido ético del derecho es insoslayable, y no hace falta reforma substancial –las realizadas son procedimentales-, sino una nueva lectura del sistema jurídico total y a ello convoco.- ... La protección de la empresa, y de la sociedad que la contiene, pasa por otras vías que no son ni alientan la abusividad en los concursos que debe entenderse como una normatividad de excepción ante situaciones de crisis en las que han fracasado los otros recursos previstos por el derecho.- En momentos que legislación y posiciones, nacionales y extranjeras, marcan la tendencia a desjudicializar o privatizar el sistema del derecho concursal, o mejor dicho de prevención, parece adecuado reiterar mi posición con la aplicación de principios y normas del derecho societario, sin costes de transacción. - Siguiendo esas nuevas tendencias hay que educar a los acreedores, particularmente los no informados, para que asuman la participación e incluso la conducción de la empresa, reemplazando a administradores ineficientes que no queriendo asumir oportunamente la crisis contrataron dolosamente con ellos. - Un principio “rector” es sustituir la punición por la responsabilidad, la sanción por la reparación del daño, la calificación por la determinación de responsabilidad. Una doctrina permisiva tendió a limitar las acciones de responsabilidad en la quiebra a supuestos de dolo, llevando a una sensación de impunidad en el obrar de esos administradores –contagiada a los administradores públicos- que transfieren el problema a terceros, a partir de cuyo exceso se viene registrando una tímida reacción. - ... Son los socios los que deben asumir las soluciones, no los acreedores”. Hasta aquí esas palabras iniciales.

3º. Al mismo tiempo vimos profundizar las estrategias tendientes a imponer esos acuerdos predatorios, particularmente en la autorización de voto a terceros no convocados al concurso (cesionarios y subrogados de acreedores convocados, terceros sin idéntica causa e interés de los que estaban convocados a tratar el acuerdo), exclusión de votos por situación hostil a la concursada, a lo que dedicamos varios trabajos⁷, y ante lo cual la jurisprudencia comienza a reaccionar como referenciamos, no sólo ante lo ostensible –público y notorio- del desenfado que terceros no convocados general la mayoría, sino también como protección a una masa de acreedores que aún no fue autorizada a votar⁸. Acabamos de acceder a un erudito estudio de Carlos María MORO en sentido coincidente⁹, y de Eduardo M. FAVIER DUBOIS h. y Carlos María NEGRI entendiendo que tal intervención de terceros genera una presunción de abusividad de las propuestas y puede configurar el delito previsto en el art. 180 C.P. u otro¹⁰, lo que configura una visión delictual que también hemos abordado con Carlos PALACIO LAJE¹¹.

No es el caso de legislaciones que autorizan y generan un mercado público de transacciones de créditos contra sociedades concursadas –como Perú-, pues en los mismos se adquiere el mismo a bajo precio y se intenta obtener una ganancia en la negociación con la concursada. En Argentina paradójicamente se adquiere a precio normal el crédito contra la sociedad insolvente y se renuncia a derechos reales o privilegios que le accedan para votar con los créditos quirografarios quitas y esperas

desmesuradas, imponiéndoselas así a acreedores convocados que no las aceptaron o que aún no podían votar por estar en trámite de reconocimiento.

4°. La resolución 6/2006 IGJN que reabre positivamente el diálogo en torno a las obligaciones de los administradores societarios –conforme su deber de obrar con la diligencia de un buen hombre de negocios y particularmente con lealtad-, que propiciamos, imponiendo cierta información en la MEMORIA, con lo que quedará solucionada toda discusión en torno a la concursabilidad, imponiendo recorrer el camino societario a las sociedades que atraviesen una crisis y descartando la posibilidad que la sociedad opere largo tiempo en cesación de pagos (incluso una mera crisis), sin que los administradores se vean obligados a planificar, poniendo la cuestión en manos de los socios.

La Memoria de los administradores y las notas complementarias (arts. 66 y 65, ley 19550) debe expresar las razones en torno a la determinación de reservas facultativas que excedan las legales, que permitan determinar que son razonables y corresponden a una prudente administración¹², las causas "detalladamente expuestas" por las que se propone el pago de dividendos o la distribución de ganancias en otra forma que en efectivo, y, fundamentalmente, la estimación u orientación sobre perspectivas de las futuras operaciones¹³, como también todo lo acaecido entre el cierre del balance y la confección de la memoria (art. 65 1° f, ley 19550). Las perspectivas de las futuras operaciones importan anticiparlas en su orientación y determinar el posible impacto económico y resultados de las mismas, que deben tener una vinculación directa con el plan de reservas facultativas y política de dividendos. Implica sin duda una planificación de las operaciones futuras y de su prospectiva.

La resolución reconoce el origen doctrinario de los planteos, y de la inmediata unidad que generó en la escuela cordobesa. Justamente ante las actitudes ambiguas, partiendo que de la ley 24.522 y sus reformas no se exige ninguna planificación para salir de la crisis, ni para presentar acuerdo (no para ser evaluado por un tercero o por un juez, sino como parámetro para juzgar la responsabilidad del administrador), se formuló una tesis¹⁴ sosteniendo que las soluciones deben buscarse en el caso del concurso de sociedades en la legislación societaria, particularmente para determinar acciones de responsabilidad, como la de imputabilidad aditiva (denominada de inoponibilidad de la personalidad jurídica¹⁵).

Ello se impone ahora a través de la referida resolución, dictada el 26 de julio y publicada en el B.O. de la Nación el 31 del mismo mes del año 2006, da solución desde el derecho societario al tema de la crisis, donde se adoptan medidas en relación con la información que deberá contener la memoria de ejercicio de las sociedades por acciones, con el fin de cumplir con la ley de sociedades comerciales. Las mismas hacen referencia a: las razones de variaciones significativas operadas en las partidas de activo y pasivo; la estimación u orientación sobre perspectivas de las futuras operaciones; las relaciones con las sociedades controlantes, controladas o vinculadas y las variaciones operadas en las respectivas participaciones y en los créditos y deudas.

Se señalan en sus consideraciones, conforme hemos desarrollado "Que la doctrina ha destacado la importancia de la memoria del ejercicio económico de las sociedades comerciales, por su función de información y control en protección de los accionistas y por ser elemento para la interpretación del balance, que debe suministrar una información panorámica precisa y orientaciones concretas sobre el estado actual de la sociedad y sus perspectivas, aspectos de la gestión, relación y actos sociales que, por su naturaleza o contenido, no pueden incluirse en el balance (cfr. HALPERIN, Isaac, Sociedades Anónimas, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1978, pp. 507/508; FARGOSI, Horacio P., El artículo 66 de la ley 19.550, en Estudios de derecho societario, Ed. Abaco, Buenos Aires, 1978, pp. 135/136)... Que ello supone la agregación en la memoria de información que no puede consistir en la duplicación, bajo otra forma expositiva, de la ya requerida como información complementaria y del balance general,

el estado de resultados y las notas complementarias y cuadros anexos, por los artículos 62 a 65 de la ley 19550, sino que la situación presente de la sociedad debe ser ponderada como resultado de políticas empresariales seguidas a su respecto y evaluadas en cuanto a su conveniencia dentro del contexto en que la entidad haya operado, y su perspectiva o situación futura debe también inscribirse en una planificación de esas políticas empresariales en sus aspectos centrales y fijación de objetivos, como mínimo para el plazo del ejercicio económico entrante, y así exponerse en la memoria.... Que la vigencia de deberes, principios y prácticas como los señalados, fundan requerir a la publicidad financiera alcances que aporten a la transparencia del mercado y la lealtad en la libre competencia, habiendo también destacado la doctrina la importancia del plan de empresa tanto desde la mira de la responsabilidad profesional de los administradores como desde la seriedad y viabilidad de las soluciones concursales para empresas en crisis. Al respecto ha recordado RICHARD que "la obligación de un buen hombre de negocios es planificar para el cumplimiento del objeto social de la sociedad que administra. Aun planificando existen riesgos, pero actuar sin planificación es de por sí generador de responsabilidad por no adoptar la actitud profesional que el art. 59, LS exige. La cuestión se potencia cuando actúa un órgano colegiado, que desenvuelve su actividad a través de resoluciones que importan un acto colegial colectivo imputable a la sociedad" (RICHARD, Efraín Hugo, El plan de empresa, Ética y responsabilidad del empresario, en "Estudios en honor de Pedro J. Frías", Ed. de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, 1994, t. III, pág. 1187; en similar sentido, el autor citado, junto con JUNYENT BAS, Francisco y MUIÑO, Orlando, Salvataje de la empresa: ¿una postulación sin respuesta en la ley concursal, Rev. del Derecho Comercial y las Obligaciones, Ed. Depalma, Bs. As., 1997, pág. 525); y que "en la realidad económica de hoy la responsabilidad de los administradores societarios, situación calificada en el caso de grupos societarios, toma especial relevancia por las crisis que han llevado, incluso, a pergeñar una nueva legislación concursal. Pero consideramos que la cuestión no se solucionará con esa legislación concursal, sino previniendo sobre la misma sociedad, imponiendo una adecuada inteligencia del rol de sus administradores y particularmente de su responsabilidad frente a la crisis preanunciada y no afrontada" (del prólogo de RICHARD a Responsabilidad de los administradores, de JUNYENT BAS, Francisco, Ed. Advocatus, Córdoba, 1996).

Conforme a ello EL SUBINSPECTOR GENERAL (int.) A CARGO DE LA INSPECCIÓN GENERAL DE JUSTICIA, RESUELVE: Art. 1 - A los fines del cumplimiento de lo dispuesto por el artículo 66, encabezamiento e incisos 1), 5) y 6), de la ley 19550, la memoria de ejercicio de las sociedades por acciones deberá incluir, (donde destacamos en relación a situaciones de crisis y la tempestividad para enfrentarla, no necesariamente en forma concursal, los apartados 5, 6 y 7, 5); los siguientes indicadores, razones o índices, expuestos comparativamente en columnas correspondientes a los del ejercicio anterior y a los del ejercicio a que se refiera la memoria, explicitando la fórmula (cociente) utilizada para su cálculo: a) Solvencia; b) Endeudamiento; c) Liquidez corriente; d) "Prueba del ácido" o liquidez inmediata; e) Razón del patrimonio al activo; f) Razón de inmovilización de activos o del capital; g) Rentabilidad total y ordinaria de la inversión de los accionistas; h) Apalancamiento o "leverage" financiero; i) Rotación de activos; j) Rotación de inventarios. ...6. La definición de los objetivos para el nuevo ejercicio en los alcances y con la fundamentación, mínimos contemplados en el inciso 2), con consideración, en su caso, de las vinculaciones a que se refiere el inciso 4) y de componentes del contexto general y sectorial que se estimen previsibles, y la mención concreta de las correcciones principales a la política empresaria que se considere necesario introducir. 7. La estimación aproximada del monto que, en caso de considerárselos necesarios, deberían alcanzar los aportes de los accionistas o u otros medios de financiación durante el ejercicio entrante."

En síntesis, el contenido de la Memoria toma así su verdadero carácter, imponiendo el análisis preventivo de toda situación de crisis, provocando la actuación preventiva de una cesación de pagos dentro del ámbito societario, evitando el sistema concursal de enriquecimiento de los socios que genera en forma sospechosa quitas y esperas predatorias a los acreedores quirografarios llamados al concurso.

Consideramos que esta importante Resolución se irradiará no sólo al resto de las jurisdicciones del país, devolviendo la lealtad informativa evitando cualquier acción de responsabilidad contra los administradores de una sociedad, sino que también servirá para su análisis en los Congresos internacionales, y con ese propósito aquí la introducimos.

5°. Un fallo de otro Miembro del Instituto sobre que los administradores tienen el deber de asegurar la normal vida societaria –conforme al estándar de buen hombre de negocios- con la sociedad, los socios y los terceros. Verónica Martínez imputó responsabilidad por la totalidad del pasivo verificado ante la acreditación “que los administradores no realizaron ninguna actividad tendiente a superar la insolvencia... Los administradores debieron tomar alguna medida activa para evitar continuar operando en esas condiciones, puesto que pesa sobre ellos el deber de no dañar y además, en respeto a tal normativa específica, en la ley de sociedades, que es impuesta sobre todo, en protección de terceros”¹⁶, citando a su vez a Julia Villanueva¹⁷ subrayando que “no se trata de responsabilidad objetiva, sino de exigirles que cumplan con el deber de responder que pesa sobre todo aquel que administra lo que no es suyo. Tampoco se trata de evaluar la gestión empresaria en términos de juzgar el acierto o desacierto del administrador en materia de mérito o conveniencia de las operaciones que integraron la actividad empresaria o su riesgo, sino de exigirles el cumplimiento de las aludidas normas de orden público que integran el derecho societario. Nos referimos a las normas pensadas en protección de terceros, obligación de la que no podrían ser dispensados, naturalmente, por ninguna asamblea de socios (art. 275 LS)”, continuando luego de esta misma autora “Sobre la base de parecidas consideraciones, autorizada doctrina sostiene que, cuando la sociedad se halla en *zona de insolvencia*, los administradores deben cumplir su deber fiduciario primordialmente a favor de los acreedores, evitando trasladar sobre éstos las pérdidas o dificultades que afecten a la sociedad”¹⁸.

V – LA EMPRESA.

1. La sociedad es un instrumento maravilloso para la organización empresaria. En la mayoría de las legislaciones se otorga a los particulares la capacidad jurigenética de crear personas jurídicas (o centros de imputación diferenciados) para afrontar determinadas actividades, acotando las responsabilidades.

Esas sociedades son gobernadas, administradas y representadas por órganos, donde a la postre se encuentran a personas físicas que tienen obligaciones y deberes para con la sociedad, los socios y los terceros con los que se vinculan, dentro de un estándar de conducta que puede traducirse en la figura del “buen hombre de negocios” que debe actuar con lealtad y diligencia.

2. Coetáneamente al dictado de la ley 24522 en el año 1995, alterando profundamente el sistema concursal argentino en el año 1995, sostuvimos que “el método de empresa o de organización global, donde se intenta poner atención a los efectos que genera una relación entre partes frente a la comunidad o 3os. indeterminados... Se impone así, en la legislación mercantil, el método de empresa o de organización, que trata de analizar en su conjunto una serie de actos o contratos conexos conforme su finalidad, según su funcionalidad La responsabilidad actual se sitúa en el sistema de empresa: prevenir el daño”.

3. La capitalización del pasivo es la forma societaria de afrontar la crisis. Un acuerdo expropiatorio –sin indemnización- de quita y espera para ser constitucional debería ir unido a que los acreedores compartieran el patrimonio social, como una forma de compensación. Ello devuelve a lo que sostuvimos en 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”. Dejo este artículo junto con estos libros para la biblioteca de la Pontificia Universidad Javeriana.

A la comunidad, al país, a los trabajadores, a la economía en general, es indistinto quiénes sean los titulares del capital social. Y no puedo aceptar que se enriquezcan quiénes se marginaron del sistema privado de solucionar el problema, que es el societario, eventualmente asumiendo tempestivamente un sistema concursal o preconcursal, imponiéndose el esfuerzo compartido en salvaguarda de la empresa, convergiendo en el capital social todos los interesados –u otorgando otros beneficios participativos-, sin excluir de posibles beneficios futuros a los acreedores.

Congruentemente como lo señalan Barreiro y Truffat “lo dirimente es poner la cuestión en manos de los socios. Estos tal vez decidan la capitalización de la empresa o admitan su fusión por absorción con otro ente más saludable”. Omiten la más sensata medida, que es la capitalización de las deudas, que luego receptan cuando enfrentan –a mi entender es su único error- mi visión con la de Lorente: “Se 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”.

Nos hemos apoyado en la “absolute equity rule”¹⁹ –recordada por Lorente-, para sostener la necesidad de aplicar el art. 197 2º LS antes de pensar en presentarse en concurso. Y que las propuestas son abusivas, incluso inconstitucionales²⁰ si junto a las quitas y esperas no hay una capitalización de la diferencia, pues en caso contrario hay un despojo a los acreedores en beneficio de los socios. Una propuesta de quita y espera sin esa contrapartida en la participación en el capital, o alguna forma de negocio participativo, es inconstitucional por violar el derecho de propiedad (art. 17 C.N.).

Si la empresa lo requiere debe imponerse la quita y espera, pero ello no debe beneficiar a los socios, enriqueciéndolos, sino que impone que por la tercera vía se capitaliza el monto quitado y lo que representa el diferimento²¹. A la empresa no le interesa quiénes son sus dueños, sino “ser empresa” o sea “autosustentable”.

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.

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

Una sociedad que opera en cesación de pagos esta realizando actividad ilícita (art. 19 L.S.).

La tesis sustentada es una invitación a retomar esas ideas, que permitirían salvaguardar la empresa y las actividades productivas. Se trata de seguir abriendo surcos, explorando y arrojando unas pocas ideas, para que otros más dedicados las abonen y hagan fructificarlas para la mejor convivencia y seguridad jurídica.

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

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

En primer lugar la sociedad debe estar adecuadamente dotada patrimonialmente para el cumplimiento del objeto.

Frente a la crisis deben actuar administradores y socios.

Ante este estado de situación, nos preguntamos –y contestando afirmativamente–, si existen sanciones por esa actitud de abandonar las soluciones societarias y llegar tardíamente a la presentación del concurso. Muchas otras deficiencias acusa el derecho de la quiebra. La falta de un sistema de detección de dificultades y el retardo en la promoción traen como consecuencia que muchas empresas soliciten su concurso cuando hace tiempo que están en situación desesperante. Por ello los medios de tutela no deben ser buscados en la ley concursal, sino en la prevención interna societaria. La cuestión debe ser resuelta en forma práctica y sencilla, advirtiendo que los mayores daños resultan no de la presentación del deudor persona individual sino de la insolvencia societaria.

La pregunta es: ¿pueden los acreedores que se sientan perjudicados promover acciones de responsabilidad contra administradores y socios aunque se hubiere homologado el acuerdo de la sociedad respectiva?

Las acciones de responsabilidad, como la de imputabilidad aditiva (muchas veces denominada como de inoponibilidad de la personalidad jurídica), no requieren -- como las acciones revocatorias concursales o de extensión de la quiebra- de un presupuesto de insolvencia o de declaración de quiebra para ampliar la legitimación pasiva o autorizar la promoción de acciones especiales. La limitación de responsabilidad de los administradores esta basada en el supuesto de un comportamiento leal.

Por ello la respuesta al interrogante es afirmativa.

Si bien se ha habilitado la apertura rápida –tempestiva- del concurso ante la constatación de la crisis, la presentación tardía en concurso de una sociedad en nuestro derecho es admisible y debe tramitar. Pero la idea transmitida de que no se generan efectos o sanciones si el acuerdo es aprobado es una afirmación errónea.

Es claro que las acciones por responsabilidad, que se genera por actos cumplidos con un año de anticipación al estado de cesación de pagos, se producen sólo en caso de quiebra, y sólo por dolo, excusándose la culpa; y las acciones de reconstrucción patrimonial ejercitables sólo hasta dos años antes de la declaración de quiebra –siempre y cuando a esa fecha se estuviera en cesación de pagos- son limitados al efectivo conocimiento de ese estado por el tercero y que éste no pueda acreditar que no se generó daño al concurso, además de limitarse notablemente las causales por otorgamiento de garantías a créditos originariamente quirografarios. He superado hace mucho tiempo las cuestiones sobre la responsabilidad en la quiebra, particularmente al señalar que la contratación a sabiendas de perjudicar al tercero por el estado patrimonial de la sociedad que se representa implica dolo. Dolo civil en el sentido previsto en los arts. 931 y 1072 C.C.. Se afecta el obrar con lealtad y se cae en el dolo.

En estos casos habrá que pensar en otra acción de responsabilidad, la prevista en el art. 54 LS llamada de “inoponibilidad de la personalidad jurídica”²². Los factores de atribución y causalidad quedarán claramente dibujados.

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

Pero se potencia esa situación cuando los socios postulan o toleran una propuesta que los lleva a enriquecerse afectando el derecho de propiedad de los acreedores sociales.

Es una forma antifuncional, abusiva, de usar la herramienta societaria, y la aparente tolerancia de la legislación concursal. Hay fraude y dolo de los socios que así lo decidan.

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

Los problemas concursales -o de crisis de empresa- no pueden solucionarse siempre dentro de la legislación concursal, y la problemática de la reparación de los acreedores debe ser afrontada integrando el análisis con las normas sobre responsabilidad general contenidas en el Código Civil y las específicas de la ley societaria. Esa integral aplicación de las normas debe permitir prevenir la insolvencia de las mismas e impedir la transferencia de los daños a los terceros.

Se trata de un problema metodológico que puede ser afrontado desde una ley de concursos, o bien desde la legislación que regula esos patrimonios, impidiendo que un instrumento de organización se constituya en una fuente de destrucción de la economía y la producción.

VI - LA SOLUCIÓN SOCIETARIA: CAPITALIZAR LA EMPRESA.

La pérdida del capital social, total o parcial, pero fundamentalmente la incapacidad sobreviniente para el cumplimiento del objeto social, son causales de disolución de la sociedad “constituyendo al instante causal de la liquidación” que “son de orden público”²³. Así el efecto que genera su constatación impone la liquidación de la sociedad, salvo que se supere la misma por la capitalización de la sociedad, sea por los socios, terceros o por los acreedores (art. 197 LS).

La continuidad de la actuación de la sociedad sin afrontar la eliminación de las causales de disolución, genera la responsabilidad de administradores, que “puede serle extensiva a los socios si lo consintieron o beneficiarios con ello”²⁴.

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 sostuve 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.

Centramos ahora nuestra posición, pero volviendo sobre ella como una misión, como lo hace actualmente General Motors y Ford, que frente a la crisis formula planes de reconducción laboral y fabril.

VII – RESPONSABILIDAD SOCIAL EMPRESARIA Y PLANIFICACIÓN.

Cámara expresa que “En aras de los múltiples intereses económicos conexos, de carácter individual y colectivo... protege la permanencia de la empresa mientras exhiba algunos signos de vida”²⁵.

Se anticipó a la autorregulación generada en torno a la responsabilidad social empresaria, “tutelando el valioso capital técnico, financiero y humano que representa”²⁶, recordando algún pensamiento sobre “las nuevas actitudes del Estado consiste en hacer que las empresas sean más conscientes de su responsabilidad, respecto de los hombres que emplean y de los hombres entre los cuales viven. En la nueva óptica, el destino de la empresa ya no se limita a su propia situación financiera. La evolución rápida de la técnica y de los mercados ya no le obliga solamente a equilibrar sus cuentas. Le crea el deber moral de sobrevivir, porque su supervivencia se ha hecho indispensable para la salvaguardia de otros intereses que los de su propietario: el pleno empleo de la población activa de la localidad donde funciona, la prosperidad de esa localidad y de su región, la productividad máxima de los medios que inmoviliza, etc. El Estado le invita, pues a preocuparse continuamente de lo que puede llamarse su destino público”²⁷. Se anticipa a la doctrina de la responsabilidad social empresaria.

El abuso de la autonomía negocial en las relaciones de organización siempre importa la responsabilidad de quién así actuó.

Así el fallo “Palomeque, Aldo René c/ Benemeth S.A. y otro s/ recurso de hecho”, donde pueden verse, pese a la aparente restricción a la aplicación del art. 54 in fine ley de Sociedades Comerciales, un interesante atisbo de soluciones para ciertos casos. En el mismo, la CSJN (con fecha 3 de abril de 2003) al hacer suyas las consideraciones del Procurador General de la Nación (fecha 23 de octubre de 2001), parecería que sólo acepta la aplicación de la imputación y responsabilización al controlante torpe –la llamada inoponibilidad de la personalidad jurídica-, o a accionistas y directores, en supuestos en que la actividad desviada fuera genética respecto a la sociedad creada (“no ha quedado acreditado que estemos en presencia de una sociedad ficticia o fraudulenta, constituida en abuso del derecho y con el propósito de violar la ley”), lo que realmente implica confundirlo con el supuesto penal societario del art. 19 LS, restringido incluso éste.

Indirectamente la CS ha fijado cuatro casos de inoponibilidad (y quizá de actividad ilícita) vinculados a la sociedad aparente que señalaba Galgano o a la constituida en fraude a los acreedores o que opera en insolvencia:

a. Bi/plurilateralidad genética simulada lícitamente; b. Sociedad de cómodo, uno de cuyos supuestos –como eruditamente indica el fallo lo es la unipersonalidad encubierta; c. Infracapitalización material constitutiva y d. Sociedad con actividad ilícita inicial.

Claro que esa interpretación se vincula más con una doctrina restrictiva en torno a la aplicación del art. 19 de la ley de sociedades, que a la letra, espíritu y doctrina del referido art. 54 in fine.

La inoponibilidad de ciertos efectos es la respuesta adecuada en el sistema de las relaciones de organización, pues sin afectar la personalidad jurídica del ente, genera efectos de imputación o de responsabilidad que no resultan normales y que sólo corresponde efectivizar ante abusos funcionales o fraude a la ley.

El criterio es respecto a la infracapitalización material constitutiva, pero si esta apareciera en la funcionalidad societaria se estaría frente a una causal de disolución de orden público, que impone que los administradores convoquen a los socios, y que éstos superen la situación o abran el período de liquidación de la misma.

Lo que hoy debemos enfrentar si consideramos a la empresa una unidad económica, es entrenar a sus administradores y a los acreedores. A los primeros a prever, planificar y evitar los síntomas que anticipan la autodestrucción de esa unidad y la afectación a la comunidad y al mercado, pues como señala Lorenzo Stanghellini²⁸ - describiendo situaciones similares en el contexto de la Responsabilidad Social de la Empresa- el acreedor se encuentra en la misma situación de un “inversor sin derechos”.

A los segundos –dentro de los cuales pueden estar los trabajadores- para asumir la titularidad o cotitularidad de la propiedad de la empresa, con o sin aquellos administradores, cuando los socios no puedan o no quieran soportar los esfuerzos que impone una crisis. El derecho no puede aceptar, so pretexto de la conservación de la empresa, que las pérdidas y las dificultades sean afrontadas exclusivamente por los proveedores de créditos, bienes o servicios, sin que los mismos puedan alcanzar algún beneficio que resulte de aquél sacrificio.

Pero la sociedad no ya como una institución social (es una institución jurídica) que pueda hacer pensar en la “empresa inmortal” –al decir de Jaime Anaya-, sino en el aseguramiento de su funcionalidad normativa y estructural: las obligaciones o deberes fiduciarios de los administradores societarios. La doctrina actual tiene en claro que “el saneamiento y recuperación empresarial será por sí un objetivo que haya que actuar contra las fuerzas del mercado”²⁹. En el derecho portugués de la última década señala la Ordenanza respectiva en el párrafo primero: “el procedimiento de insolvencia tiene por finalidad satisfacer colectivamente a los acreedores del deudor mediante la realización de su patrimonio y la distribución del producto resultante, o mediante un plan de insolvencia en el que se contenga una reglamentación diferencia especialmente dirigida a la conservación de la empresa”.

Adviértase que no nos incorporamos en la tesis pesimista de la escuela económica del derecho (Bowers), quién sostiene que las soluciones se logran al margen de este juicio, donde muchos profesionales lucran con ello. Los grandes acreedores ya constituyeron hipotecas o garantías, participar en el juicio concursal es ineficaz. En ese sentido Thomas H. Jackson (EEUU) expresa “como muchas especies arruinan la sopa, muchas funciones arruinan el derecho, opacan la verdadera función del Derecho Concursal”. Y al lado de esas posiciones nihilistas, los constructivistas dentro de esa misma escuela optan por la preparación de un plan de reorganización de la sociedad con los acreedores y accionistas, con una huida de la judicialidad. ¿Hacia donde deberían tender las nuevas técnicas jurídicas en torno a la insolvencia? Volver al redil, a las normas societarias.

Las dificultades esenciales en torno a los magros resultados prácticos que arrojan los procedimientos concursales, resultan de la falta de sanción por la no presentación temporánea de los deudores. La calificación de conducta parece insuficiente, y ese trámite ha sido removido en el sistema nacional, pero no tenemos duda que, en la mayoría de los casos una situación concursal implica una infracapitalización -o subcapitalización-, que si ha sido advertida es indudablemente una situación de dolo civil que autorizaría una acción individual de responsabilidad por los acreedores sociales posteriores a esa situación contra los administradores que siguieron operando en estado de cesación de pagos.

Los administradores societarios tienen la obligación de planificar la actividad social para la consecución del objeto.

Obviamente que la responsabilidad surgirá cuando exista daño a los acreedores y el mismo permita legitimar a éstos activamente para reclamar a administradores societarios como legitimados pasivos. Se resolvió en un caso que se infligió un “daño directo al actor en tanto, encontrándose en cesación de pagos y en la búsqueda de medios ruinosos, lo convenció de que formalizara un préstamo a nombre de una sociedad que él manejaba discrecionalmente y sabía que carecía de toda solvencia, para quedarse con los fondos en provecho propio y en perjuicio del mutuante. De tal suerte se presente la situación del director que induce a la concesión de crédito a una sociedad en situación real de insolvencia que es expresamente ejemplarizada por Garríguez y Uría frente al tercero por lesión directa a su patrimonio (ver comentario a

la Ley de Sociedades Anónimas t. II, Madrid 1976 página 196, capítulo I nro. 2, último párrafo”, siendo para el juez fundamental que haya obrado a nombre de la sociedad, ya que de lo contrario, se estaría en la órbita del art. 1109 del C.Civil, sin necesidad de acudir a la normativa societaria”³⁰.

Si no existe precepto alguno que limite la libertad de los socios fundadores para determinar la cifra concreta de capital social, ni que establezca la obligación de éstos de establecerla de conformidad con las necesidades financieras de la empresa social, prohibiendo la infracapitalización material de la misma, ello no impide que el deber de los socios y administradores de procurar una adecuada capitalización de la sociedad esté reconocido a nivel normativo,³¹ aunque sea casi imposible fijar con criterios apriorísticos cuales son las necesidades financieras de una determinada actividad empresarial³².

Ante falta de disposición normativa existe la posibilidad de enfocar el problema de la infracapitalización desde la óptica de la *responsabilidad de los administradores*. Así se contempla en Francia, con la *action en comblement du passif*, que establece en sede concursal la sanción a la infracapitalización.³³ Lo mismo sucede en Italia, por la aplicación de la acción del art 2449 del *Codice Civile*.³⁴ Si bien en España no existen normas similares³⁵, la aplicación del art. 262.5 de la LSA puede llevar a obtener resultados semejantes³⁶.

Dentro de la doctrina argentina poco es lo que se ha trabajado al respecto, salvo algunas comunicaciones que se han formalizado a Congresos, entendiéndose que “se trata de una cuestión de responsabilidad lisa y llana de los socios, como materia interna que hace a la estructura de la entidad societaria”³⁷, que extendemos particularmente a los administradores³⁸.

Con ello se seguiría el "modelo italiano" de tratamiento positivo de la infracapitalización material, basado ante todo "en la función empresarial del capital social y, por tanto, en soluciones que atienden a la ineptitud del fondo patrimonial que esconde para la explotación de la empresa social y, por ello, para la realización del objeto social."³⁹

El administrador deberá convocar a reunión de socios para que elimine la causa de disolución mediante el oportuno aumento del capital social o para que acuerde la disolución de la sociedad. De esta citación y de lo que se actúe en la respectiva reunión se perfilarán las conductas de administradores y socios que compongan la mayoría a fin de analizar la imputación de responsabilidad.

La conservación de la empresa estructurada societariamente es un problema de los administradores y de los socios⁴⁰. Es una cuestión de derecho privado. Obviamente que tal reorganización podría ser asumida directamente por la sociedad o, posteriormente en una propuesta de acuerdo preventivo extrajudicial o judicial⁴¹, incluso cuando no lo hubieran logrado inicialmente por la vía prevista de capitalización de pasivo (art. 197 LS). Esta última es cuidadosamente ignorada en la presentación concursal...

Y así están las cosas. “Se advierte... una tónica uniforme que exterioriza disconformidad frente a la insatisfacción de los sistemas destinados a regular las crisis empresarias, y en suma, el fracaso de la legislación, lo que constituye una causa determinante de sucesivas reformas en búsqueda irrenunciable de la estrella polar de una solución imposible”⁴², es que ante la crisis económico-patrimonial-financiera de las sociedades, la misma debe ser asumida desde el derecho societario. Sólo fracasadas las acciones previstas en el mismo, para conservar la empresa podrá afrontarse el camino

concurzal, con el debido equilibrio entre acreedores y socios. El derecho societario iberoamericano es suficientemente uniforme para admitir (e imponer) estas conductas.

¹ Cfme. QUINTANA FERREYRA, Francisco y nosotros *La conservación de la empresa en las leyes de sociedades 19550 y de concursos 19.551* en RDCO 1978-1376.

² En Doctrina Societaria y Concurzal Octubre 2005, tomo XVII pág. 1205.

³ Nuestra posición esta expuesta en un rosario de artículos publicados en diversas Revistas que pueden verse –en su mayoría– en la página electrónica de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba www.acader.unc.edu.ar.

⁴ Contestamos a ese artículo en *ESTA LLOVIENDO ¡SE ACABO LA SEQUÍA!* (En torno la insolvencia societaria: el esfuerzo compartido entre socios y acreedores, y la responsabilidad de administradores) que se publicará en Doctrina Societaria y Concurzal, Ed. Errepar, Buenos Aires diciembre 2005, n° 217, tomo XVII pág. 1532..

⁵ GRANADOS, Ernesto y nosotros *DEBERES DE ADMINISTRADORES SOCIETARIOS Y LA ASUNCIÓN DE LA CRISIS: EL PLAN DE EMPRESA*, Tomo II pág. 339.

⁶ *¿MORALIZACION EN O DE LOS CONCURSOS?*, palabras de apertura en trabajos de Comisión I en el IV Congreso Iberoamericano de la Insolvencia.

⁷ Ntos. *CRISIS DE SOCIEDADES: ACUERDOS CONCURSALES ABUSIVOS Vs. SOLUCIÓN PRIVADA*, en Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones, Buenos Aires Lexis Nexis n° 519, julio-agosto 2006, *LEGITIMACIÓN PARA VOTAR EL ACUERDO CONCURSAL (¿NEGOCIO COLEGIAL COLECTIVO?)*, en La Ley, diario del 13 de marzo de 2006, .y *Propuesta calificada por participación de tercero no convocado* en VI Congreso Argentino de Derecho Concurzal – IV Congreso Iberoamericano sobre la Inoslvencia” Rosario, 27, 28 y 29 de septiembre de 2006 “Moralización en los procesos concursales” tomo I pág. 745.

⁸ Fallo del erudito Juez de Concursos de Mendoza Héctor FRAGAPANE en la causa EXPTE. N° 40.353 carat. "AGNIC, Lucio Pedro P/Conc. Prev." Mendoza, 18 de agosto de 2.004, recién llegado a nuestro conocimiento en el Congreso de Rosario, inédito.

⁹ *Ellpago por subrogación no genera “ope legis” el derecho de voto en quién lo efectúa* en VI Congreso Argentino de Derecho Concurzal – IV Congreso Iberoamericano sobre la Inoslvencia” Rosario, 27, 28 y 29 de septiembre de 2006 “Moralización en los procesos concursales” tomo I pág. 535 y ss. (Santa Fe 2006)

¹⁰ En el mismo Congreso y tomo, a pág. 305 *La cesión de créditos con derecho a voto en beneficio del deudor: alternativas concursales y penales.*

¹¹ *Propuesta irrita aprobada por voto connivente* en VI Congreso Argentino de Derecho Concurzal – IV Congreso Iberoamericano sobre la Inoslvencia” Rosario, 27, 28 y 29 de septiembre de 2006 “Moralización en los procesos concursales” tomo I pág. 757.

¹² Arg. art. 70 ley 19550 que autoriza el cuestionamiento de la constitución de reservas facultativas excesivas.

¹³ Art. 66 apartado 5, en concordancia con las notas que impone el art. 65 apartado f de la ley 19550.

¹⁴ ALBERTI, Marcelo Edgardo *Una contribución de Efraín Hugo Richard al derecho concurzal: El plan de empresa como recaudo del concurso preventivo* en “DERECHOS PATRIMONIALES” Estudios en Homenaje al Profesor Emérito Dr. Efraín Hugo Richard, citado tomo II pág. 949. Cfme. ntos. *SALVATAJE DE LA EMPRESA Y PROPUESTA DE ACUERDO PREVENTIVO*. año 1996 n° 6, pág. 121 a 128, Rosario 2a. quincena de marzo de 1997. Revista Derecho y Empresa de la Universidad Austral; *Propuesta de acuerdo preventivo. Su integración necesaria con un plan de dirección* en Doctrina Societaria n° 109, diciembre 1996, Ed. Errepar, tomo VIII pág. 548 y ss.. *ENSAYO SOBRE EL PLAN DE EMPRESA Y LAS OBLIGACIONES DEL EMPRESARIO* en Revista “Estudios de Derecho Comercial” del Colegio de Abogados de San Isidro, n° 9 año 1993, págs.55 a 70. *EL “BUEN HOMBRE DE NEGOCIOS” Y EL “PLAN DE EMPRESA”* en Doctrina Societaria y Concurzal, Ed. Errepar, tomo V Pág. 337. *Crédito y plan de empresa* en XXIX Congreso Anual Ordinario de Abapra, La Rioja 30 de mayo/ 1 de junio de 1988; *¿SE INTEGRA LA PROPUESTA DE ACUERDO CON UN PLAN DE CUMPLIMIENTO ?* tomo I pág. 433. Ponencias al III CONGRESO NACIONAL DE DERECHO CONCURSAL Y I CONGRESO IBEROAMERICANO SOBRE LA INSOLVENCIA, Mar del Plata, 27, 28 y 29 de noviembre de 1997, 3 tomos Ed. Ad Hoc, Buenos Aires, noviembre 1997; *SALVATAJE DE LA EMPRESA: ¿UNA POSTULACIÓN SIN RESPUESTA EN LA LEY CONCURSAL?* conjuntamente con Francisco JUNYENT BAS y Orlando Manuel MUIÑO, en RDCO año 30 - 1997 pág.525 y ss..

¹⁵ Nuestra comunicación sobre “LAS SOCIEDADES COMERCIALES Y SU ACTUACION EN EL MERCADO” al PRIMER CONGRESO ARGENTINO-ESPAÑOL DE DERECHO MERCANTIL, Valencia, España, 19, 20 y 21 de Septiembre de 2001, con títulos *SOCIEDADES COMERCIALES Y PERSONALIDAD JURIDICA Allanamiento, desestimación e inoponibilidad de la personalidad jurídica. Responsabilidad de los integrantes de los órganos de administración. Responsabilidad de los controlantes” (Una propuesta metodológica).*

¹⁶ Sentencia n° 272, 25 julio 2006 en “Sindicatura de la quiebra de Sanatorio Privado Colon SRL c/ Moyano, Jorge Antonio y otro – Acción ordinaria – Acción de responsabilidad”, inédita.

¹⁷ *Breve introducción al estudio de las acciones de responsabilidad patrimonial en la quiebra* en “Conflictos en la insolvencia” Directores Nissen-Vitolo, Edición Ad. Hoc., Bs. As. 2005 pág. 281 y ss..

¹⁸ Villanueva ob. cit. pág. 282, con cita a nosotros *Los administradores societarios y la insolvencia* en RDCO n° 203, set. 2003, pág. 553 y ss., y también nuestro *Responsabilidad de administrador de sociedad en concurso preventivo* en IX Congreso Argentino de Derecho Societario y V Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa, Tucumán 2004, tomo II pág. 689 y ss..

¹⁹ 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.

²⁰ Comunicación al Primer Congreso Hispanoamericano de Derecho Concursal, Barranquilla, octubre 2005, *Reforma concursal: ¿de ideas o de normas?* en el CD editado por el Congreso, y *Hacia la desjudicialización de las crisis: LA CONSERVACIÓN DE LA EMPRESA* comunicación en la Jornada Internacional de Derecho Concursal, Cali – COLOMBIA- Martes 18 de octubre de 2005, Facultad de Humanidades y Ciencias Sociales, Carrera de Derecho de la Pontificia Universidad Javeriana, y Cámara de Comercio de Cali, o ambos en la página electrónica de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba www.acader.unc.edu.ar, y antes *Propuesta abusiva* para elDial.com en agosto de 2005 y también en esa página electrónica de la Academia y artículos similares en prensa en Zeus, Córdoba y Santa Fe.

²¹ Nto. *Propuesta abusiva* en El Dial.com y en página electrónica de la Academia. También en *Otra vez sobre propuesta abusiva* en libro colectivo “Conflictos en la Insolvencia”, dirigido por Ricardo A. Nissen y Daniel R. Vitolo, Editorial Ad Hoc, Buenos Aires 2005, página 409 a 434.

²² Por ejemplo en el citado trabajo *Los administradores societarios y la insolvencia*, en RDCO n° 203, septiembre 2003 pág. 553 y ss..

²³ ROITMAN, Horacio *Ley de sociedades comentada y anotada*, Editorial La Ley, Buenos Aires 2006, tomo II pág. 401. y 404.

²⁴ ROITMAN ob. y tomo citado pág. 491.

²⁵ CÁMARA, *El concurso preventivo y la quiebra* cit. tomo I pág. 88.

²⁶ CÁMARA *El concurso preventivo y la quiebra* cit. tomo I pág. 87.

²⁷ CÁMARA *El concurso preventivo y la quiebra* cit. tomo I pág. 88 con cita de Bloch-Lainé *Pour une réforme de l'entreprise*, París 1963, p. 129.

²⁸ *Proprietà e controllo dell'impresa in crisi* en “Rivista delle Società” settembre-ottobre 2004 pág.1041, específicamente pág. 1074, especialmente pág. 1079.

²⁹ STOLL, H. y MORAHT, J. *La insolvencia del Derecho privado Alemán en los años 1990 – 1991*, traducción J. Santos Briz, en Revista de Derecho Privado 1993, pág. 1111 y ss..

³⁰ Fallo de Primera Instancia Juez Dr. Eduardo Favier Dubois (h) en “Peacan Nazar c/ Torres Astigueta” del 16 de mayo de 1995, La Ley t. 1996 C fallo n° 94379, comentado por Alberto Conil Paz “Responsabilidad de representantes sociales y quiebra”.

³¹ Así lo reconoce PAZ-ARES, C. *La infracapitalización. Una aproximación contractual RdS*, n°2 1994, p. 262) que parte de la premisa de que en nuestro ordenamiento se consagra de manera implícita un deber de capitalización adecuada y, por tanto, la responsabilidad de los socios por infracapitalización. Para MASSAGUER, J., *El capital nominal RGD*, 1990, p. 5571) en el ordenamiento jurídico español, el principio de adecuación entre la cifra de capital social y las necesidades financieras de la empresa, de congruencia con el objeto de la sociedad, se halla presente, sobre todo, en el art. 260.3° LSA, puesto que éste incluye entre las causas de disolución de la sociedad anónima la “imposibilidad manifiesta de realizar el fin social”. También encuentra base legal en el art. 167 LSA que reconoce el derecho de oposición de los acreedores en los casos de reducción del capital social. Cfme. Boldó Roda en trabajo cit..

³² Cfme. MASSAGUER, J., *El capital nominal..* op. cit., p. 5567-5570.

³³ Art. 180 de la Ley 85-98 de 25 de enero de 1985 *relative au redressement et à la liquidation judiciaires des entreprises*.

³⁴ Cuando se ha continuado en la gestión social una vez acaecida la infracapitalización o la pérdida del capital social, causas de disolución contempladas en los números 2 y 4 del art. 1448 del *Codice Civile*.

³⁵ Sobre esta cuestión, cfr. MASSAGUER, J., *La reintegración a la masa de los procedimientos concursales*, Barcelona, 1986, p. 168.

³⁶ Cfme. MASSAGUER, J., *El capital nominal...cit.* .

³⁷ Cfme. MANOVIL *Grupos de Sociedades* cit. pág. 1002.

³⁸ NISSEN, Ricardo *El daño resarcible en las acciones individuales de responsabilidad contra los administradores de sociedades comerciales* en “Derechos patrimoniales. Estudios en Homenaje al Profesor Emérito Dr. Efraín Hugo Richard” dirigido por Laura Filippi y María Laura Juárez, editorial Ad Hoc, Buenos Aires 2001, tomo I pág. 655, y nto. *Los administradores societarios y la insolvencia* en RDCO n° 203 –septiembre 2003- pág 553.

³⁹ Cfme. OTXOA-ERRARTE *Comentario a la resolución de la Dirección de los Registros y del Notariado de 22 de junio de 1993. La infracapitalización CDC*, septiembre 1994, p. 284), también en Alemania, últimamente, parece que un sector doctrinal propuga, frente a la responsabilidad por infracapitalización material, la reponsabilidad de los administradores que nace en los casos en que el sobreendeudamiento es presupuesto para la apertura de un procedimiento concursal y existe retraso por parte de los mismos en instar dicho procedimiento ante esa situación (§ 823.2 BGB y § 830 del mismo texto legal, aplicable a los socios cuando haya por su parte algún tipo de colaboración en esa actuación).

⁴⁰ *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. MICELELLI, María I. *Los nuevos concordatos irrisorios. El delicado equilibrio entre la conservación de la empresa y la protección adecuada del crédito* en Derecho Concursal Argentino e Iberoamericano, cit., t. II pág. 631 y ss..

⁴¹ 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%.

⁴² DASSO, Ariel Ángel *Tendencias actuales del derecho concursal*, Editorial Ad Hoc, Bs. As. 1999, p.49.