

EL PLAN DE EMPRESA (o como asumir crisis tempestiva y extrajudicialmente)

Efraín Hugo RICHARD

“Los abogados tenemos una acusada tendencia a enfocar situaciones novedosas con el aparato conceptual y el vocabulario acostumbrado” por Osvaldo J. Maffia, “Sobre el llamado APE”, Buenos Aires 2005, Lexis Nexis.

INDICE: I – EL PROPÓSITO: el reconocimiento a un Maestro. II – EL “VOCABULARIO ACOSTUMBRADO” dentro de la doctrina concursal y atisbo de la de administración de empresas. III – LA MERA CRISIS Y LA DOCTRINA DE MAFFIA: mostrando cómo abogaba el Maestro de planificar tempestivamente ante la mera crisis. IV – VISIÓN CONCURSAL: EL PLAN DE REESTRUCTURACIÓN o SANEAMIENTO: pensando en la actuación judicial preventiva con un plan de reorganización. V – PLAN DE EMPRESA HETERÓNOMO. OTRA VISION CONCURSAL: de los que sin requerirlo para los administradores de la sociedad en crisis, pensaban que debía imponerse a los terceros que pujaran fuera del período de exclusividad, o al síndico en caso de liquidación. VI – HACIA UNA VISIÓN GLOBALIZADA DE LA PLANIFICACIÓN: mostrando como Lidia Vaiser proponía frente a la crisis mirar desde antes y fundaba sus soluciones en lege lata. VII – DESDE EL DERECHO DE LA ORGANIZACIÓN HACIA TODO EL DERECHO. 1. Empresa y planificación, mirando la esencia empresaria y la formulación de un plan de negocios desde su gestación. 2. La planificación excede y precede a lo concursal, mostrando que con esa visión la cuestión es previa –y ajena- al derecho concursal que debe integrarse. 3. Desde el Derecho societario. La preconcursalidad, refiriendo las obligaciones de los administradores societarios y de cómo deben afrontar las crisis, configurando una verdadera preconcursalidad, con soluciones privadas de bajo coste de transacción. 4. La Memoria Anual, donde debe proyectarse el plan de negocios para el año futuro. 5. La cuestión en el Anteproyecto de Reformas a la legislación societaria, para advertir la preocupación de la doctrina desde el derecho societario para prever y solucionar las crisis en forma privada. VIII - RESPONSABILIDAD DE ADMINISTRADORES, dando respuesta a la pregunta sobre las sanciones a los administradores societarios que omiten cumplir con sus deberes de diligencia, incluso con alguna visión de la tendencia en el derecho comparado. IX – CONCLUYENDO, donde se muestra la simplicidad de la cuestión.

I – EL PROPÓSITO.

Nos hemos unido para una publicación común para homenajear a un jurista de fuste, de lenguaje punzante, que se ha preocupado por la actualización del llamado derecho concursal o de la insolvencia. Se trata del emblemático Osvaldo J. Maffia, admirado profesor con quién nos une una relación de más de treinta años.

El ejecutivo coordinador –Daniel Truffat- “planificó” y facilitó la tarea eligiendo temas ejes de la estructura de un sistema concursal y sobre los que había sentado doctrina el homenajead, buscando a lo menos un par de comentaristas para cada uno de ellos. Las vocaciones llevaron a que Miguel Raspall –distinguido jurista y amigo y que mucho ha producido sobre el llamado “plan de empresa”-. No dudamos que las coincidencias, integraciones y disidencias que se entrecruzan entre ambos ensayos permitirán ahondar en la bondad y particularidades del análisis negocial.

II – EL “VOCABULARIO ACOSTUMBRADO”.

El llamado “plan de empresa”, motivó las preocupaciones de Maffia en cuanto a la presentación de un “plan de saneamiento” (de reestructuración o de salvataje) por el empresario individual o social – a este nos referiremos en este ensayo- ante la mera crisis, evitando que se instalara la insolvencia. “Plan” que Maffia lo liga a la rapidez en afrontar la crisis, anticipándose a la cesación de pagos, en las soluciones prejudiciales o en la tempestividad en la apertura del concurso. Lo hace en una visión crítica de la legislación argentina y del pensamiento doctrinal, y nos motivan sus palabras que encabezan este ensayo, como nos incentivó años ha sobre el tema de fondo.

La expresión “plan de empresa” no es siempre la usada, particularmente en el derecho concursal. Plan de reestructuración, plan de reorganización, plan de salvataje, plan de viabilidad, suelen ser las expresiones empleadas, que si bien representan la necesidad en ese momento, vienen en exponer la falta

de oportunidad en asumir la crisis, pues refiere la planificación a la existencia de la crisis. Tempestividad que reclamaba Yadarola en el año 1925 y en las nuevas generaciones Maffia desde el comienzo de sus comunicaciones.

Pero esa no es la única conceptualización del llamado “plan de empresa” (o “de negocios”), sobre lo que volveremos más adelante, pues las circunstancias nos llevan a plantear un camino metodológicamente inverso: desde lo concursal llegar a lo societario.

III – LA MERA CRISIS Y LA DOCTRINA DE MAFFIA.

No hay duda que la cesación de pagos –o su inminencia, la insolvencia o los grados menores de crisis financiera o económica- son las situaciones patrimoniales críticas de un patrimonio que alterando las relaciones individuales permiten la actuación concursal.

Afrontando la crisis se tutelan múltiples intereses, específicamente la conservación de la empresa –con o sin sus administradores originarios-, la estructura societaria, la consistencia del patrimonio como prenda común de los acreedores, una fuente de puestos de trabajo y la satisfacción de la comunidad donde la actividad esta instalada.

En el derecho argentino se ha potenciado que las situaciones sean irreversibles, pese a facilitar herramientas al administrador societario a través del acuerdo preventivo extrajudicial¹, generándose la idea de que los administradores societarios pueden continuar ininterrumpidamente la actividad de la sociedad pese a estar en insolvencia, sin planificación coherente, tratando de obtener más créditos o reciclar el existente, con la misma modalidad que los administradores públicos argentinos afrontaron la deuda externa en la década pasada.

Nuestro homenajeado exigió mayor celeridad en afrontar la crisis. Se trata de la protección preconcursal a la empresa en dificultades que refería ¹ por lo menos desde 1979. Hoy doctrina inobjetable señala que “Uno de los más graves problemas del derecho concursal es el denominado *problema temporal*: el concurso se abre, con frecuencia, cuando el patrimonio del deudor no sólo es insuficiente... disminuyen considerablemente las expectativas de conservación de las empresas en crisis. La receta para la solución del problema es doble, y arranca de la evidente constatación de que deudor y acreedores disponer de diferente información. El deudor ha de conocer su situación, por lo que basta con ofrecerle estímulos –positivos o negativos- para que inste su propio concurso”.

Maffia, poniendo las cuestiones estructurales en el tapete, recuerda que en la legislación francesa² “el procedimiento de la salvaguarda de la empresa se aparta en un punto de los reclamos reunidos en los estudios e informes tradicionales: la iniciativa limitada al empresario. Los esfuerzos para intervenir judicialmente en vista a superar dificultades que comprometieran la continuación del giro empresarial sólo tienen sentido si esa intervención es *tempestiva*, esto es, cuando los problemas no avanzaron hasta desencadenar en “la cesación de pagos” (estado que excluye la vía de la salvaguarda). A fin de que esa intervención judicial sea oportuna, es una prédica justificada por una experiencia irrefragable que la iniciativa no debe restar en manos exclusivas del empresario, quien demora al máximo su ocurrencia a las vías judiciales, tanto cuanto le permita su situación. ...Se trata de algo tan patente, tan sabido, tan remarcado, que de alguna manera se comprende el dicho –hiperbólico- de que la empresa ya *no es*, del todo de los *titulares* (muchas veces anónimos). Y ello funda la preocupación por asegurar el recurso tempestivo a las vías judiciales, tempestividad que marcha a par y paso con lo que Pajardi llama, “amplitud del ámbito subjetivo” en orden a iniciativa”.

En *Crisis de los conceptos basilares del concurso comercial preventivo*³ nuestro homenajeado al referirse a “El impacto de la legislación francesa de 1967”, expresaba que "Concurso de la empresa" y "quiebra del empresario" podrían ser las expresiones adecuadas para traducir las características someramente repasadas del régimen francés: lo único que se considera en orden a la empresa es si puede o no seguir adelante.... importa generar un diagnóstico a partir de recabar cierta información,

¹ Sobre acuerdos extrajudiciales ALEGRÍA, Héctor *Acuerdo preventivo extrajudicial (Caracterización, problemas y acuerdos privados)* en Revista de Derecho Privado y Comunitario 2002-3 Concursos 1 p. 145; JUNYENT VÉLEZ, Francisco *El acuerdo preventivo extrajudicial: ley 25.589*, en la misma Revista p. 189.

² MAFFIA, Osvaldo J. *Francia. La ley del 16/julio/05 sobre salvaguardia de la empresa* en El Derecho, martes 25 de octubre de 2005.

³ LA LEY 1979-C, 693.

para apuntar a la prospectiva de la continuidad del negocio o la necesidad de su reorganización o liquidación”. Ese diagnóstico y prospectiva es un verdadero *plan*.

Maffia con su digna colega y esposa Dra. María Ofelia B. de Maffia, en 1979 en la misma Editorial, publicaba su “*Legislación concursal*” afirmaban “La protección, para que sea operante, debe ser preconcursal; de ser posible, cuando la insolvencia no hizo aún estragos irreversibles” (pág. 143), y “La información es el primer paso para elaborar un mecanismo de ayuda en aquellas situaciones que sean superables” (pág. 145), mecanismo que no puede ser otro que un plan o programa para afrontar la crisis desde la organización empresaria, objetivamente obligatoria cuando se trata de una sociedad y desde ese momento nos motivó a expandir la cuestión en esa estructura.

En su artículo *Protección insuficiente de la empresa en la ley de concurso* nuestro distinguido y respetado amigo⁴, escribía “I. SENSIBILIDAD ANTE EL PROBLEMA. La Exposición de Motivos de la “ley de concursos”, enuncia como uno de los criterios inspiradores de la reforma el ideal de conservación de la empresa. Esa tesis se justifica y al par se adecua a lo que en la hora presente es tema en materia concursal: la protección no solamente de los acreedores -protección que sigue siendo prioritaria-, sino también de otros interesados en la suerte de ciertas empresas, porque de alguna manera dependen de ella como empleados, obreros, proveedores, adquirentes al título que fuere etc.”.

Apuntando al criterio anticipatorio que subraya, en *El “interés general” como criterio valorativo en la homologación del concordato*⁵ Osvaldo Maffia expresaba, en su visión sobre la empresa, un germen de planificación al referirse a la conservación de la empresa que lo merezca, que: “El tópico de la conservación de la empresa es uno de los temas capitales en la preocupación contemporánea de la doctrina y legislación concursal. En la década que concluye ha sido el tema “par excellence” en la materia: desde el informe Sudreau a la ley holandesa de 1976, pasando por el último Satta, la aparición del tratado de Ragusa Maggiore, la segunda edición de Pajardi y el Rapport Chevrier de 1976. Si en algo llamativo coinciden los trabajos mencionados es en la necesidad de procurar auxilio a las empresas que merezcan ser conservadas, y ello cuando aparecen las dificultades, ...*Es una ayuda pre-concursal, incluso pre-insolvencia*”

En su *Derecho Concursal* editado por Zavalía en el año 1985 subraya en el título del Capítulo V “La consigna de la hora: La conservación de las empresas socialmente útiles” “La necesidad de conocer tempestivamente las dificultades que soporta una empresa” marcando que “Si ese conocimiento llega a preocupar a los accionistas minoritarios, a los acreedores, al persona. a través de los comités de empresa, debe autorizárselos a peticionar diversos modos de intervención, *primero en el ámbito financiero interno de la empresa*, y si es necesario ante el Tribunal”. “Plano interno” que es el societario según el caso, por lo que resulta por demás sugestivo que en la presentación concursal de las sociedades en Argentina no se advierta ningún intento en ese plano, pese a la corriente de desjudicializar los procedimientos de crisis.

Allí Maffia reseña las modificaciones concursales de los 70 en Holanda que autoriza a diversos interesados –no sólo los acreedores- a requerir informes y luego a solicitar medidas frente a los peligros denunciados, que pueden consistir “en la suspensión o anulación de resoluciones cuestionadas, remoción de directores, nombramiento provisorio de otros, derogación temporaria de disposiciones estatutarias y hasta la disolución de la sociedad” (pág. 164). En Francia la posibilidad de que terceros formalicen “un estado que atraviesa la sociedad”, o en Alemania la posibilidad de “una demanda de resanamiento...En cuanto al comité de acreedores... no debiera ocuparse de la gestión sino que habrá de elaborar... *un proyecto completo y bien articulado de reorganización* haciendal” (pág. 167).

También recuerda la posición de nuestro maestro cordobés Héctor J. Cámara sobre que “es menester separar el hombre de la empresa... el lema es que la crisis patrimonial no debe destruir la empresa, sino que ésta haga desaparecer el estado de insolvencia. Todo ello sin perjuicio de que el empresario o administradores que la condujeron desordenadamente o en forma abusiva sufran las sanciones correspondientes y sean separados de la conducción”, “es en el período de dificultades cuando aparece mas claramente que la empresa no se identifica con su dirección, sino es más bien concebida y vivida como una comunidad”(pág. 181). Reitera la opinión de Pajardi “la empresa no

⁴ MAFFIA, Osvaldo J. LA LEY 1979-B, 947

⁵ LA LEY 1981-A, 681.

aparece más como una fortaleza privada del empresario titular, sea individual o colectivo, sino como algo más que de alguna manera pertenece a todos” (pág. 191). Todo ello caracteriza la necesidad de detección y planificación temprana.

En *Metamorfosis de un concepto: de la cesación de pagos a la crisis empresarial*, Maffia escribía “Esas dos circunstancias: sólo el concurso preventivo como remedio, y el estado de insolvencia como presupuesto, confirman nuestro anclaje en concepciones remotas: hace cincuenta años -en rigor cincuenta y uno- que la legislación comparada exhibe otras figuras que tienden a superar no ya la insolvencia, sino al modo que fuere los problemas o dificultades empresariales: la *Corporate Reorganization* norteamericana de 1933 -compañía de ferrocarriles, ampliada en 1943 para todas las sociedades accionarias-; la administración controlada de la *legge fallimentare* (1942), el régimen parecido de 1956 en Grecia, la suspensión provisoria de las ejecuciones y plan para depurar el pasivo regulados por la Ordenanza francesa del 23 de setiembre de 1967; la ley holandesa de 1976 sobre sociedades de empresa; la administración extraordinaria de las grandes empresas en crisis establecida en Italia por ley del 3 de abril de 1979; la propuesta Chiaraviglio de 1981, las aportaciones de los congresos de Verona (1979) y Sanremo (1981), entre otros, exhiben logros que muestran por dónde anda el mundo en la materia, a saber, *soluciones* preventivas, en plural de veras, por un lado; por el otro, meramente *deudas* (*corporate reorganization*) o *dificultad transitoria* (administración controlada), o *dificultades* (proyecto francés del 6 de abril de 1983), o *crisis* (ley italiana de 1979, propuesta Chiaraviglio, Anteproyecto español de 1983), en lugar de nuestra vetusta cesación de pagos. ... El 23 de setiembre de 1967 se sancionó en Francia la Ordenanza sobre suspensión provisoria de las ejecuciones y *plan de reflotamiento de la empresa*, que tampoco se apoya en el estado de insolvencia sino que procura anticiparse a ese evento pensando en la superación de las dificultades que sobrelleve una empresa de importancia social. ... Muy importantes los intentos de correlacionar el régimen concursal, las fórmulas preventivas, los poderes del Ministerio Público y *la legislación societaria*, con mención específica al Proyecto de ley del 6 de abril de 1983 sobre la actualización de los balances y el control efectivo por los síndicos de las sociedades”.

Y así escapaba de la visión concursalista para proyectar la societaria.

IV – VISIÓN CONCURSAL: EL PLAN DE REESTRUCTURACIÓN o SANEAMIENTO.

Adviértase la preocupación de nuestro homenajeador en quebrar el “aparato conceptual” generando nuevos legitimados en habilitar procedimientos preconcursales, la necesidad del plan de reorganización o reestructuración, el uso de las figuras y recursos societarios, y por sobre todo la necesidad de la actuación temprana para que no se instale la insolvencia o la cesación de pagos, afrontando la normativa concursal argentina e incentivando el pensamiento de la doctrina concursalista, sugiriendo soluciones internas previas, de carácter societario.

Por eso fustigaba la realidad normativa y profesional que excuía el plan de saneamiento de la práctica concursal.

Siguiendo su zaga de artículos, *Nueva oportunidad perdida: más de lo mismo en materia concursal (III)*, Maffia⁶ expresaba “Otra expresión de la política que inspiran las orientaciones contemporáneas a que aludimos finca en la importancia capital que se otorga a la elaboración, seria y fundada, de un plan de saneamiento. Esta nota nos ocupará del régimen que, pensamos, mejor expresa ese ítem del “Derecho de la empresa en crisis”, refiriendo la ordenanza francesa del 23 de setiembre de 1967 ..., siguiendo que “Esa apertura se amplió notablemente gracias a la ley del 10 de junio de 1994, que modifica la del 25/enero/1985 --o “ley de concursos” como diríamos nosotros-, pero también a la ley de sociedades comerciales (Adla, XLIV-B, 1310) del 24/julio/1966, asimismo a la de arreglo amigable del 1º/marzo/1984. Nada más que para dar una idea de la innovación y de su incidencia en orden a sujetos legitimados para la apertura, repárase en lo siguiente: las sociedades anónimas son controladas por un “comisario de cuentas”, o sea el síndico de nuestra ley de sociedades, solo que un órgano de control en serio en lugar de una pieza más del staff dirigente (no lo eligen quienes constituyen la sociedad, sino que deben pedirlo a un registro donde esos controladores de cuentas,

⁶ LA LEY 1995-E, 1107

probablemente capacitados, se inscriben, y al cual se debe solicitar la adjudicación por quienes fundan o administran una sociedad). Cuando esos comisarios de cuentas comprobaran alguna anomalía o dificultad que pusiese en peligro la continuación de las actividades darían ciertos pasos informando de ello al Comité de empresas. La ley del 10 de junio de 1994 impone la comunicación también al Tribunal de Comercio, el cual puede abrir oficiosamente el procedimiento (art. 4º, párr. 2º, ley de 25 de enero de 1985). Eso comporta la viabilidad del trámite ante la mera existencia de dificultades, sin necesidad de que se hubiese instalado la situación de insolvencia ... El proyecto de plan determina las perspectivas de resaneamiento en función de posibilidades y de modalidades de actividad, de la situación del mercado y de los medios de financiación disponibles. Ese proyecto define las modalidades de arreglo del pasivo ... la eventual necesidad de quitas, las ventas que sea posible efectuar sin comprometer la prosecución de la empresa, la necesidad de incorporar capitales o el modo que fuere mejorar el activo".

Maffia en *Otra oportunidad perdida: más de lo mismo en materia concursal*⁷ insiste: "Ese plan era considerado "el instrumento principal para lograr la recuperación económica". El presupuesto consistía en la comprobación de dificultades, no del estado de insolvencia. ... En años recientes se avanzó en precisiones acerca de ese plan, incorporando exigencias que bien pueden considerarse definitivas. Por ejemplo, el anteproyecto español de 1983, afortunadamente remotorizado hace algunos meses, indica que el *plan de salvataje* debe mencionar las sumas que irrogará y el modo de allegar esos fondos. Lo mismo el ejemplo más cercano en esa línea, a saber, la "Ley de Reestructuración Empresarial" peruana del 30/diciembre/992, también inclusiva de un "Plan de reestructuración" al que se sujetara la empresa durante el proceso de resanamiento, en el que se detallará, cuando menos, las acciones que se propone ejecutar, el cronograma de pago de los créditos hasta su cancelación, el financiamiento de la inversión requerida para la continuación de la actividad de la empresa..."; es decir, con el gastado "verso" no alcanza: el deudor tendrá que precisar cómo hará para que la empresa se recupere, cuánto costará y de dónde saldrá el dinero necesario".

Parecería que desde la óptica del derecho concursal nada habría que planificar –y ello motiva esa insistencia de Maffia- y que podría libremente traspasarse –en las sociedades- el problema a los acreedores exigiéndoles un sacrificio de quitas y esperas para enriquecer a los socios que no supieron afrontar la crisis. Conforme a ello reitera en su zaga *Nueva oportunidad perdida: más de lo mismo en materia concursal (IV)*⁸ : "I. En los números anteriores (ts. 1995-D, 1062; 1257; 1995-E, 1107) señalamos algunos aspectos de la ley 24.522 (Adla, LV-D, 4381) que reniegan de toda posible actualización del régimen concursal rutinario, por ejemplo, la falta de un tratamiento preinsolvencia o al menos preconcurso, ... y la total prescindencia de un "plan de recuperación" que es nota definitoria de las modernas regulaciones. ... vimos que mientras los regímenes de avanzada centran su atención en el estudio cuidadoso, técnico y detenido de la posible resanabilidad de las empresas en crisis, del plan escrupuloso que orientará la salida, de las perspectivas de reinserción de la empresa en el mercado, del costo del salvataje y de la disponibilidad de los medios, la ley 24.522 sólo requiere que los acreedores acepten la fórmula concordataria. El concursado no tiene deber alguno de explicarse ante el magistrado: No necesita siquiera decir qué piensa hacer, incluido el dato mismo del posible saneamiento".

O sea que nuestra ley parecería que entiende que el titular del patrimonio en crisis no tiene obligación alguna de planificar, ni antes ni después de la crisis.

El "plan" visto desde esa óptica concursal aparece como elemental y paleolítico, pues supone que se llegó al estado de crisis sin planificación alguna. Y ya destacamos que Maffia apuntaba a la prevención generando nuestras posteriores preocupaciones.

Hasta aquí la doctrina de Maffia que –como en un film y con las deformaciones y límites que el medio genera- hemos tratado de presentar como pionera en la cuestión, en un documento de cierta congruencia.

Afirmando esa visión acercamos algún matiz doctrinal.

⁷ LA LEY 1995-D, 1062

⁸ LA LEY 1996-A, 978

En *Un "nuevo" Derecho Concursal en el Derecho Comparado. En ocasión de la reforma al régimen italiano (2005/2006)*, Ariel A. Dasso⁹ apunta “El tema está en plena evolución y la tesis se ha profundizado en razón de notorios escándalos financieros protagonizados por grandes corporaciones en las que las irregularidades contables exaltan la necesidad de la reparación cuestionando los límites de agresión típicos de esta sociedad, de responsabilidad limitada frente a inversionistas deliberadamente mal informados por el tomador-deudor. X. El plan: el profesional y sus múltiples cometidos. También constituye una novedad incorporada por la ley n° 80 del 14 de mayo de 2005 la exigencia adicional ... *el plan* con el que el deudor aspira superar la crisis y la satisfacción a los acreedores y de consumo la utilización de la unidad empresaria (art. 160.1) (89). La documentación de admisibilidad al concurso preventivo requiere ahora la certificación profesional respecto de la veracidad de los datos y particularmente, opinión sobre la ejecutabilidad, o factibilidad del plan (art. 162.3)”.

El interés de la cuestión en el DERECHO COMPARADO ha sido ya remarcada, pero comienza a tener matices de obligación para la empresa en crisis, y no de funcionarios. En *La aplicación de la facultad prevista en el artículo 52.2."b" de la ley 24.522 (el "cramdown power" en el derecho argentino)* los distinguidos colegas Barreiro, Marcelo G. - Lorente, Javier Armando - Truffat, Edgardo Daniel¹⁰ refieren que “Según la Sección 1129 del BC, denominada “*Confirmación del plan*”), para poder homologar un plan de reorganización el tribunal debe contemplar que: 1) La propuesta de acuerdo preventivo sea de buena fe y no viole ninguna norma legal. ... *El plan de reorganización* –que la integra-, para ser confirmado, debe identificar a aquellas personas que están propuestas para ser administradores, gerentes y/o responsables de la ejecución de dicho plan”.

En este examen resulta importante la apreciación de María I. Miceli sobre la congruencia del sistema americano que tiene en cuenta la tempestividad en la presentación y la posibilidad del plan, en su trabajo *La nueva libertad concordataria y su necesario límite*¹¹ apuntando “En el capítulo 11 del Bankruptcy Code se regula un procedimiento denominado Business Reorganization que está destinado al salvataje de negocios en crisis mediante la reestructuración del mismo, lo que se consigue a través de un plan de reorganización que deberá presentar el deudor ... el juez deberá analizar que el plan cumpla con la extensa serie de requisitos contenidas en el capítulo 11, entre los cuales encontramos: ... que el plan haya sido propuesto de buena fe y no por medios prohibidos por la ley, la posibilidad de cumplimiento o lo que es la viabilidad del mismo (feasible). ...”.

V – PLAN DE EMPRESA HETERÓNOMO. OTRA VISION CONCURSAL.

Reiteramos que pareciera que desde la interpretación doctrinal y jurisprudencial argentina no se entiende la obligación de los administradores de la sociedad en crisis ni de convocar a los socios ni la de formular un plan para superar las dificultades. Al referirnos a este plan lo hacemos al plan “autónomo” o sea el que nace de la “voluntad” de la sociedad en crisis.

La reciente ley 26.086 peca en lo mismo, impone –aparentemente- al Síndico formalizar un plan de pagos. En *Los nuevos ejes del fuero de atracción. Otra vuelta de tuerca sobre el pronto pago y la competencia laboral* Francisco Junyent Bas y Mónica Berardo¹², al referirse a la ley 26086 que modificó el sistema de pronto pago concursal, que impone un plan de pagos a los créditos laborales, expresaron “Quizás haya llegado el momento de que los deudores concursados presenten un verdadero plan de empresa "sustentable", o de lo contrario, el informe sindical sobre la evolución de la empresa "desnudará" falencias de dificultosa respuesta”. Junyent Bas ya había trabado con nosotros esa cuestión, en forma coincidente.

Se observa que la ley 24.522 no requiera un plan de recuperación al tercero que puede intervenir con propuestas al fin del período de exclusividad. En este caso se trata de una propuesta “heterónoma”, o sea generada por la voluntad de un tercero no titular del patrimonio en crisis. Sería absurdo pensar que el Síndico concursal debe presentar un plan sobre la continuidad de la empresa en la quiebra, y el propio concursado –o el tercero- no tiene ese deber-obligación.

⁹ LA LEY 2007-A, 957. Agradecemos al colega Hugo Aguirre la disponibilidad electrónica de bibliografía.

¹⁰ LA LEY 2005-D, 1057

¹¹ JA 2003-IV-1506

¹² LA LEY 2006-B, 1133 - IMP 2006-9, 1217

La cuestión puede verse, correctamente apuntada, en el ensayo de nuestro homenajeado *Nueva oportunidad perdida: más de lo mismo en materia concursal (II)*¹³, cuando en esa zaga de artículos expresa: “c) El interesado en adquirir la empresa en marcha no tiene ninguna obligación de explicar qué se propone hacer con "la empresa", en especial si su idea es reflotarla, en tal caso de qué manera, otrosí con qué medios. Lo único que la ley le exige es que en trámite clandestino consiga la conformidad de los acreedores... En la nota anterior anticipamos --y desarrollaremos en la próxima-- que en regímenes tanto proyectados como vigentes la presentación del "plan" de recuperación es juzgada la clave del procedimiento, asimismo que ese plan debe incluir lo atinente a importes necesarios y modo de obtenerlo. Nuestra ley ni siquiera pide al oferente que explique qué motivos lo indujeron a adquirir "la empresa en marcha" que dice el art. 48 ...”.

Ante la justa crítica de Mafia a la posibilidad que un tercero apruebe una propuesta de acuerdo sin *plan* alguno, hay alguna respuesta.

Lo interesante es que uno de los autores del proyecto de legislación concursal se refiere a la conveniencia de un plan de negocios en ocasión de intervenir terceros, pero lo omite para la propia conducción de la empresa o sociedad en crisis. En *Propuestas para un sistema concursal más eficiente* Julio César Rivera¹⁴ se refiere al plan de empresa, primero indicando el antecedente francés: “Así, en Francia ... debe plasmarse en un *plan* dispuesto por el tribunal, no sometido a la aprobación de los acreedores; significó un debilitamiento significativo de los derechos de los acreedores y un acrecentamiento de los poderes del juez,”.

Luego Rivera sugiere la incorporación de un plan en el caso de “El salvataje del artículo 48 LC El salvataje del art. 48, comúnmente conocido como *cramdown* ha sido la novedad más relevante de la ley 24.522, y más allá de algunas críticas iniciales lo cierto es que: (i) es coherente con las finalidades que hoy se reconocen a los procedimientos preventivos, entre las cuales se destaca la enajenación de la empresa a quien pueda hacerla viable... Pero a nuestro juicio lo que debería incorporarse a la ley es la exigencia de que los sujetos que se incorporen a la lista de interesados en adquirir las acciones y hacer una oferta de concurso preventivo, de algún modo demuestren su solvencia económica y moral, que acrediten su interés mediante el depósito de una suma de dinero, y que exterioricen aunque sea mínimamente algún plan de salvataje de la empresa. De otro modo resulta que la lista se forma con sociedades *off shore*, representadas por ignotos personajes, que aparecen ofreciendo adquirir empresas importantes sin arriesgar ni poner un solo centavo, con lo cual distorsionan la competencia entre los distintos sujetos que realmente tienen interés en la empresa concursada, cuando no simplemente dilatan innecesariamente el procedimiento”.

La perplejidad es mayúscula: los terceros sí deben o deberían planificar, los administradores de la concursada no.

VI – HACIA UNA VISIÓN GLOBALIZADA DE LA PLANIFICACIÓN.

La planificación es una obligación de cualquier administrador, que también debe afrontar la crisis en la forma más temprana posible para evitar la proliferación de los daños¹⁵.

Alguna doctrina concursalista ve la exigibilidad de un plan en la propia actual ley concursal, tratando de cubrir las falencias apuntadas, conforme la visión que propiciamos.

Así, como en una bisagra en *El "régimen de administración" en la propuesta de acuerdo: ¿plan de empresa?* Lidia Vaiser¹⁶ preclaramente se refirió muy particularmente al “plan de empresa” – apuntando a la visión globalizante para enfrentar las crisis- y su germen en la actual ley 24.522. Así sostuvo: “VI. Propuesta complementaria eventual. Bajo la óptica recién focalizada, la "reorganización societaria", la "administración de bienes en beneficio de los acreedores"..., nociones desprendidas del texto legal (art. 43, LCQ) no pueden más que considerarse como una "propuesta complementaria eventual". Y la denominamos "eventual" en contraposición a la "necesaria", (de la que se dio noticia antes), que normativamente viene impuesta en punto al "régimen de administración y limitación de los

¹³ LA LEY 1995-D, 1256

¹⁴ Acad.Nac. de Derecho 2001, 284.

¹⁵ Nto. *Ideales y realidad. Afrontar la crisis* en Jurisprudencia Argentina, 2007 – I Fascículo 8 21/02/07 pág. 3, Ed. Lexis Nexis.

¹⁶ LA LEY 1999-D, 1073.

actos de disposición" y a la "constitución del comité definitivo". Habíamos considerado en oportunidad anterior, que en este segmento de la propuesta de acuerdo podría encontrarse en estado embrionario, lo que el derecho comparado ofrece y la doctrina nacional mira con apetencia: "EL PLAN"¹⁷. También podría afirmarse en un plano más profundo, que la aquí denominada "propuesta complementaria eventual", podría llegar a virtualizar las exigencias tenidas en mira para el diseño del "plan". ... IX. ¿Qué alcance debe otorgarse al régimen de administración? En "Vivisección de la propuesta de concordato" (ob. cit.) considerábamos que la "addenda" introducida por la ley 24.522 al régimen de la propuesta, en punto a la cuestión del epígrafe, tal vez constituía una forma proteica de lo que desde estas latitudes miramos con apetencia (siempre en dirección al norte): el famoso "plan de empresa". Extrañamente, este agregado pasó casi inadvertido para la doctrina local. Los autores refieren de modo genérico a la existencia de recaudos adicionales (Barbieri) o a la ostensible desubicación sistemática (Iglesias), pero sin penetrar en el tema ni en su conflictiva. *Maffia, ya sabemos, pregona no sin razón, que el plan de salvataje de la empresa resulta el gran ausente en el sistema concursal vigente* ("Manual...", p. 314). ... De su lado, en otra ponencia presentada al evento académico antes consignado, (III Congreso Nacional...) el doctor Efraín Hugo Richard afirmaba con énfasis que esta nueva exigencia terminaba por insertar el plan de empresa en nuestro sistema concursal ("...La propuesta de acuerdo debe ser acompañada en todos los casos por un plan de administración para superar la situación económico financiera de la concursada...", Richard, Efraín Hugo, ob. cit., p. 420). La conclusión podría aparentar un tanto extrema, pero a poco de ver sus contenidos resultan de gran utilidad para fundar ciertas precisiones en torno al tema. ... XI. El plan y el buen hombre de negocios No pueden existir dudas acerca de que el standard jurídico del buen hombre de negocios obliga a los dirigentes sociales a planificar las políticas empresarias. Un buen ejercicio de la planificación y del control permite detectar a tiempo las dificultades, corregir el rumbo y, si es posible, adoptar los remedios necesarios. Las funciones gerenciales implican tres aspectos básicos de la dirección empresaria: Planificación, control y coordinación. Ninguna empresa o dirigente puede prescindir del planeamiento. En la ciencia de la administración las cuestiones vinculadas al planeamiento empresario se engloban en el presupuesto y en el control presupuestario. El presupuesto constituye una herramienta indispensable para la dirección de la empresa. Contiene: a) Una planificación: en base a los objetivos trazados se planifica la actividad futura de la empresa b) Una coordinación: que es la manera de obtener los resultados perseguidos mediante la coordinación de las distintas funciones delegadas o descentralizadas de la administración. c) Un control: toda dirección debe controlar, es decir, debe tener información que permita la comparación entre lo presupuestado y la realidad, para poder corregir las deficiencias que detecte. Al presupuestar, la dirección hace un esfuerzo consciente con miras a predecir el futuro; y el intento por conocer el futuro lleva implícita la posibilidad de modificarlo (Perel, Vicente L., "Manual del presupuesto", Ed. Macchi, 1968). El presupuesto sirve --en consecuencia-- como un insoslayable instrumento de dirección. Es tan grande su importancia que puede aseverarse que sea la principal herramienta para dirigir eficazmente una empresa mediana o grande. De modo tal que resulta un imperativo para todo dirigente, bajo pena de incurrir por omisión en una grave inconducta. Sabemos que la falta de sujeción de un dirigente empresario a los standards jurídicos de "buena conducta", engendra responsabilidades en el marco del derecho societario. Y en el marco del derecho concursal una conducta violatoria de aquellos parámetros también genera responsabilidad a los administradores (art. 173, LCQ) El art. 59 de la ley de sociedades establece que los administradores y los representantes de la sociedad, deben obrar con lealtad y con la diligencia de un buen hombre de negocios. Los que faltaren a sus obligaciones serán responsables por los daños y perjuicios que resultaren de su acción u omisión. Ahora bien,... Richard se preguntaba si a los administradores de la empresa en crisis,-con mayor razón que a los de una empresa en equilibrio-, no habría que exigirles una adecuada planificación para resolver la crisis. Recordemos que en la presentación en concurso la ley impone explicar cómo se llegó a la crisis. En consecuencia, en la formulación de la propuesta parece lógico que deba exigirse una explicación acerca de cómo se va a administrar la empresa durante el período de cumplimiento del acuerdo, cómo se la va a sanear, cómo se van a generar los recursos para hacer frente al pasivo. Según quiera verse, tales temperamentos podían.

¹⁷VAISER, Lidia *Vivisección de la propuesta de concordato*; Ponencia al III Congreso Argentino de Derecho Concursal, I Congreso Iberoamericano sobre la Insolvencia; Ed. Ad-Hoc, t. I, p. 441.

ser considerados un "plan de empresa", dicho en el sentido que la doctrina le acuerda, y ya sea en estado proteico o acabado. Lo que no parece admitir duda es que el cumplimiento de los estándares de conducta de los dirigentes sociales constituye una exigencia insoslayable, también en el marco de un proceso concursal. La recepción de estos principios, ante la ausencia de prescripciones imperativas muy claras, va a depender de las mayores exigencias que el juez o los acreedores planteen al deudor. De hecho y en la práctica, durante la negociación de la propuesta, los acreedores "institucionales" demandan ciertas precisiones sobre la proyección de los negocios del concursado que pocas veces se transfiere al expediente. Sin embargo su acatamiento, por imperio del poder económico ejercido, resulta irresistible para el convocatario. Existe otro argumento (destacado por Richard en el trabajo citado), que puede servir de cartabón para dirimir la cuestión en favor del recaudo de la planificación en la propuesta de concordato. El art. 190 le impone al síndico presentar, dentro de los veinte días de asumir el cargo, un informe sobre la factibilidad de continuación de la empresa, a lo cual la ley 24.522 - recordemos-- le acordó carácter excepcional. En ese informe y de aconsejarse la continuación, según lo expresado por los incs. 4° y 6°, el síndico debe: inc. 4): "... (presentar) el plan de explotación, acompañado de un presupuesto de recursos, debidamente fundado..." inc. 6) "...las reorganizaciones o modificaciones que deban realizarse en la empresa para hacer económicamente viable su explotación...". Concluyendo: el síndico debe elaborar una verdadera planificación. *Se impone preguntarse entonces, si es dable exigir menos al concursado que al síndico. Y se impone concordar con Richard cuanto por respuesta da un no rotundo (ob. citado).* De allí, que esta cuña injertada por la ley 24.522, este "plan de administración" adosado como componente necesario de la propuesta concordataria, puede llevar al planteo de mayores exigencias para el deudor cuando propone la solución concordataria. Y a la vez puede paliar en alguna medida los defectos perniciosos del régimen concursal, tantas veces señalados por la crítica doctrinaria. ... Ya sabemos que la de "interés público" es de aquellas locuciones a las cuales, --como alguna vez dijo Maffia--, hay que pedirles cartas credenciales. Sin embargo, la necesidad de contemplar una razonable planificación empresaria como parte integrante de la propuesta concordataria, parece un criterio que, apuntando al saneamiento empresarial y por ende al del crédito bien puede esgrimirse como representativo de intereses superiores. En la deliberación de los "operadores jurídicos" se encuentra la posibilidad de acordar mayor sentido a la normativa vigente, aún reconociendo sus marcadas limitaciones".

Recógase esta visión integradora de la obligación del concursado, de los administradores de la sociedad concursada, de integrar la propuesta con un plan de empresa¹⁸. Agradecemos esa traducción tan auténtica e integradora de nuestra visión, generando una línea de pensamiento --realmente de vanguardia dentro de los concursalistas expuestas por la Vicepresidente del Instituto Iberoamericano de Derecho Concursal Lidia Vaiser. Integramos el pensamiento expuesto en *Propuesta abusiva en el concurso preventivo* por Claudio Alfredo Casadío Martínez¹⁹: "III. Falta de información. Estimamos que uno de los mayores problemas del régimen actual para analizar si una propuesta supera el "test de abusividad" radica en la carencia de información veraz sobre la viabilidad y razonabilidad de la misma. Repárese que en la ley 19.551 se preveía como un capítulo del Informe General que el Síndico debía emitir "opinión fundada sobre la posibilidad del cumplimiento de la propuesta de acuerdo y si ella es susceptible de ser mejorada" (art. 40 inc. 6), informe que en el actual marco legal se torna inviable --y por ello fue derogado--, en virtud de que, entre otras cosas, el cronograma previsto por la LCQ establece que la propuesta del deudor debe ser dada a conocer en una etapa posterior a la presentación de aquel informe. En la actualidad Richard sostiene que todo análisis sobre una propuesta abusiva deviene en inconcluso, si no incluye la "justificación de la propuesta" para dotar a ésta de una justificación económica que la respalde y evite el enriquecimiento injustificado de la concursada en detrimento de sus acreedores, también llamado "plan de empresa en la propuesta de acuerdo" por Vaiser, sin que, claro está, esto sea un reemplazo de aquel informe del síndico."

Casadío Martínez esboza una fórmula: "No obstante estimamos que un adecuado análisis de la cuestión no puede soslayar la consideración de otros factores tales como el plan de reorganización

¹⁸ Nto. *SOBRE LA HOMOLOGACIÓN DE LA PROPUESTA DE ACUERDO* en libro colectivo XIV Jornadas de Institutos de Derecho Comercial de la República Argentina --Paraná, Pcia.de Entre Ríos 30/31 de agosto de 2007- página 261, edición de Fundación para la Investigación y Desarrollo de las Ciencias Jurídicas, Buenos Aires agosto 2007.

¹⁹ LA LEY 2007-C, 560

empresarial, flujo de fondos futuros, acreedores que conforman la mayoría, entre muchos otros, es decir la "justificación de la propuesta" a que alude Richard en sus trabajos.... Si bien compartimos el criterio de Richard que debería considerarse el plan de empresa y de Stolkiner sobre los distintos elementos a considerarse para evaluar la misma, estimamos que la utilización del VAN —en muchas ocasiones desconocido por los juristas— es una herramienta que nos permitirá en cierta medida arrojar luz sobre algunas propuestas”.

En *El cramdown power o la imposición de las categorías disidentes* Alberto P. Mussi²⁰, refiere una posición también globalizante: “V. La homologación. Instancia judicial que ha sufrido múltiples variantes a través del tiempo; muchas de ellas influidas por el contexto u orientación económico social, oscilando entre un juez dotado de múltiples atribuciones o restringido al mero control formal del acuerdo. Mucho se ha discutido sobre el punto: si el juez debe o no controlar el mérito del acuerdo, atento los amplios intereses afectados, mas allá de los meramente privados. Es muy lúcida, al respecto, la expresión de Ribichini²¹, cuando se refiere a la necesidad de prever "instancias de asesoramiento y discusión previas a la homologación. Y fundamentalmente, en la exigencia legal insoslayable, de que el acuerdo propuesto repose sobre un plan concreto y detallado a presentarse por el concursado, que posibilite ese análisis y dé sentido a esa valoración" Cierra con esta certera definición: "condición mínima para que el magistrado no convalide o desapruebe a ciegas lo que han acordado el deudor y la mayoría de los acreedores". Se trata del tan mentado "plan de empresa", o "plan de rehabilitación", pieza medular en el derecho comparado, ausente en nuestra legislación²². Se trata, insisto, de que el deudor explique como va a hacer para cumplir lo que está prometiendo, habida cuenta que deberá atender, a más del pasivo corriente, el que motivó el juicio concursal”.

Se advierte la influencia de las apreciaciones de Maffia que ligan lo concursal con lo societario, y que seguimos²³.

VII – DESDE EL DERECHO DE LA ORGANIZACIÓN HACIA TODO EL DERECHO.

Las relaciones de organización imponen una normativa y visión diferente de las relaciones de cambio bajo las que se construyeron las normas escritas²⁴.

1. Empresa y planificación.

El plan de empresa, o de negocios, es el mínimo que puede exigirse a un empresario que afronta una dificultad económica o financiera, y más aún si intenta superar un estado de cesación de pagos. El análisis de ese plan de empresa es el que permitirá evaluar si el propietario de ese patrimonio o sus administradores son merecedores de un apoyo que no imponga la necesidad de generar la ruptura de la relación jurídica propietario-patrimonio, mediante un juicio coactivo individual o general. Ya lo vimos en la concepción de Lidia Vaiser.

Quién no demuestra capacidad para superar sus propias dificultades, realizando un adecuado diagnóstico y proponiendo a sus socios, acreedores y/o financistas un plan razonable y congruente para su análisis, no puede ser merecedor de ninguna de las tutelas que el derecho y la economía aconsejan para estas situaciones. No corresponderá sino extirpar lo más rápido posible de la comunidad a quién con su actuación genera incumplimientos que, como un tumor canceroso, tiende a afectar la totalidad del cuerpo social.

Planificar es un compromiso con el futuro. Las comunidades que no son orgánicas están condenadas a ser estructuradas desde su exterior, se ha agotado el ciclo de lo público y sobreviene el de lo privado²⁵, conforme a ello se pretende que lo privado ordene las energías y los intereses de la

²⁰ LA LEY 05/01/2005, 1.

²¹ El nuevo artículo 52 de la ley de Concursos y Quiebras", RIBICHINI, Guillermo Enrique, La Ley, 2003-A, 1084 y sigtes.

²² MAFFIA, Osvaldo, "Si no salvamos a la empresa, salvemos aunque sea al empresario". En este artículo, cita algunos ejemplos." en Bélgica, en Estados Unidos, en España, recientemente en Francia y en Alemania con sus leyes del 10 de junio y del 5 de octubre de 1994, el empresario que procure superar sus dificultades debe elaborar un "plan de salvataje" o "plan de resanamiento", que deberá ser aprobado por el Juez si estima que de ese modo la empresa podrá salir a flote.....Nuestra ley omite no solo el requisito concerniente a la ecuación financiera de la recuperación, sino el propio plan, exigencia ya consagrada y, según dijimos, vista como la piedra miliar del instituto". A pesar de que esta publicación tiene algunos años, guarda a mi juicio, rigurosa actualidad.

²³ En *Metamorfosis*... cit..

²⁴ Nto. *LAS RELACIONES DE ORGANIZACIÓN. El sistema jurídico del derecho privat*. 2ª ed. corregida, Córdoba 2002, Ed. Advocatus.

²⁵ Cfr. GALGANO, Francesco *Historia del Derecho Mercantil*. Barcelona 1980, págs. 165 y ss..

sociedad. El punto está vinculado a la autoprogramación para evitar la heteroprogramación a través del Estado. El jurista sabe que no hay alternativa entre planificación y libertad ni entre planificar o no planificar²⁶. Quién no formaliza autoprogramación, autoorganización, impone el autoritarismo generando la heteroprogramación²⁷.

La Empresa²⁸ debe ser autosuficiente generando, a partir de su patrimonio y el plan o directriz de desarrollo de sus actividades, los medios para su manutención económica; esto implica la viabilidad de la empresa, de la empresa que no lleva en su destino su autodestrucción por económicamente inviable. Por otra parte la empresa viable es la única que merece conservarse, sea por disposiciones concursales, pre concursales o extraconcursoales. La sociedad es la estructura técnica jurídica personalizante a disposición del empresario como instrumento "de organización". La organización no sólo supone la disponibilidad jurídica de órganos, de un sistema de imputación simplificante de las relaciones jurídicas con terceros y socios, sino la actuación coherente del órgano de administración.

2. La planificación excede y precede a lo concursal.

La planificación, propia de las relaciones de organización, se impone particularmente cuando se advierte una crisis. Como tal es ajena al derecho concursal, pues evita un incumplimiento generalizado, o cuanto menos lo precede. Una actuación tempestiva en lo interno de la sociedad o en la actuación pre o concursal permitirá la rápida solución a la crisis, pero si los administradores y socios no actúan oportunamente y la crisis se agrava no pueden pretender que sean los acreedores los que soporten su impericia o su dolo.

Maffía trabajó, como tantos otros, sobre la necesidad de un plan de reorganización. Pero vió más allá, planteando que el tema es propio de todo el sistema de administración empresaria. Ello es natural para formalizar un plan de negocios, y particularmente en las sociedades la necesidad del plan sobre su patrimonio al constituirlo, para posibilitar el cumplimiento del objeto social-empresa, y luego la funcionalidad de la misma²⁹.

“La empresa en cuanto a organización de los factores de la producción es una sola, es universal; lo que es distinto es el ropaje técnico como sostenía Paillosseau, que le concede cada país, a través de su ordenamiento societario en particular... los problemas que se detectan en la gestión empresaria, son iguales para todas las empresas, cualquiera fuera el país en que se desenvuelven.”³⁰. “Para poder conocer como el directorio administra supervisando..., debemos recurrir a la disciplina de la administración de empresas, la que nos indica que aquella se realiza mediante los documentos que debe elaborar la gerencia y someter a consideración de los directores. Estos documentos se conocen como contabilidad de gestión y entre ellos podríamos mencionar el *plan de negocios* o *plan empresa*, el flujo de ingresos y egresos proyectado y el informe mensual de gestión. El *plan de negocios* que debe proyectar el gerente general (funcionario permanente) y someter a la aprobación del directorio, contiene una enunciación de las actividades futuras que desarrollará la empresa, con un detalle cuantitativo y con una explicación de la conveniencia de su realización”³¹.

El empresario –individual o social- afronta en su actividad un riesgo típico e inmanente, sujeto a la eventualidad de errores de gestión o de eventos externos más o menos previsibles comprometiendo el pleno y correcto desenvolvimiento del programa empresarial adoptado y el alcance de los resultados

²⁶ FRÍAS, Pedro J. *Sobre poder y sociedad*, ed. 1983, p. 182.

²⁷ nto. *Tutela estatal en las sociedades por acciones* Rev. La Información tomo XXXII p. 943 y ss..

²⁸ Nto. *Sobre la empresa* en “Ensayos de Derecho Empresario” n° 1 en homenaje a Héctor Cámara, “Empresa – Sociedades – Concursos”, Córdoba, septiembre 2006, pág. 55.

²⁹ Nto. *Relación capital-objeto: su regulación* en Libros del X Congreso Argentino de Derecho Societario y VI Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa, tomo II pág. 405,

³⁰ MATA Y TREJO, Guillermo E. *En torno al funcionamiento del directorio de la anónima* en “Temas del derecho societario vivo” AA, Edición de la Fundación para la Investigación y Desarrollo de las Cs. Jurídicas, Buenos Aires 2008, pág. 325 y ss., específicamente 326.

³¹ MATA Y TREJO, ob. cit. pág. 330, con cita de LAVOLPE, Antonio y otros *Presupuesto y gestión*, Ed. La Ley Buenos Aires 2006, pág. 2 sobre la documentación que constituye un “sistema de planificación y control”, destacando que el primero “es el proceso por el cual los órganos directivos de la empresa diseñan permanentemente el futuro deseable y seleccionan las forma de hacerlo factible... el planeamiento ejerce una influencia central en el proceso decisorio estratégico de las organizaciones; a la vez, los presupuestos constituyen el medio de acción que da forma en términos económicos a las decisiones contenidas en planes, programas y proyectos. Tan el planamiento como los presupuestos mantienen una vigencia formidable como ayuda para la gestión”.

esperados. Cuando el riesgo acaece, y no se pone pronto remedio, es inevitable que la actividad vaya hacia su propia declinación. Y justamente el derecho concursado se ocupa de la empresa en crisis y el presupuesto de activación de los procedimientos concursales se basa en la incapacidad, actual o en algunos casos sólo potencial, del empresario de asumir regularmente las obligaciones contraídas³². Se trata, como titulan esos autores, una crisis de la organización.

Desde la teoría de la empresa, de una de sus formas de organización: el derecho societario, hemos tratado de construir –y ahora lo reiteramos– un sistema congruente de tratamiento de las crisis, conforme el pensamiento que orientaron grandes juristas y en los que se enrola Osvaldo J. Maffia.

El alcance de la llamada "conservación de la empresa" y la posibilidad de extender la protección a su continuidad al frente de la empresa, debe hacerse en doble análisis de viabilidad para determinar el merecimiento de una tutela. Ese examen lo debería hacer primariamente el mismo titular del patrimonio, constituyendo *el plan de negocios*.

Descartada esa viabilidad debe estudiarse la posibilidad de escindir ese patrimonio separando la porción de bienes (materiales e inmateriales) organizados para el cumplimiento de alguna de las actividades u objeto sociales (ya que el patrimonio podría albergar a varias "empresas"). Y en vista de esa escisión, que de no ser voluntaria debe llevar a la quiebra como forma de escisión coactiva, debe determinarse si existe alguna "empresa" viable, dentro de ese patrimonio. La viabilidad estará determinada por la constatación de los dos atributos que hacen a la existencia misma de una empresa desde el punto de vista económico y político, su economicidad y su solidaridad, pues una empresa no sólo debe ser una organización económica³³, sino solidaria³⁴ y lícita.

En trabajos anteriores en el año 1978, y luego en los presentados en el Congreso de Derecho Comercial realizado en Buenos Aires en el año 1984 y en el Tercer Congreso sobre Aspectos Jurídicos de las Entidades Financieras realizado en Rosario en el mismo año, hemos sostenido que el plan de empresa era un estudio que debía configurar las tratativas precontractuales de los acuerdos preconcursales. Nuestro maestro, Francisco Quintana Ferreyra justificaba la necesidad de ese plan y que la ley exige que se realicen los pertinentes estudios previos dirigidos a fundamentarlos; su omisión provocará la inoperancia de los esfuerzos para concretar los acuerdos.³⁵ Antonio Tonón³⁶ entiende que no es suficiente un simple plan de regularización del pasivo, sino que es previo y necesario un plan de saneamiento, de reorganización de la empresa. En igual sentido Rubén Segal³⁷.

Por otra parte, ese plan de empresa no es sino la Memoria que deben anualmente configurar los administradores de las Sociedades Anónimas, para asegurar una buena administración, formalizar un análisis de los negocios concluidos y prospectivo del futuro de la empresa, para su propio gobierno y examen de los accionistas.

Ese plan de empresa es el mínimo que puede exigirse a un empresario que afronta una dificultad económica o financiera, y más aún si intenta superar un estado de cesación de pagos. El análisis de ese plan de empresa es el que permitirá evaluar si el propietario de ese patrimonio o sus administradores son merecedores de un apoyo que no imponga la necesidad de generar la ruptura de la relación jurídica propietario-patrimonio, mediante un juicio coactivo individual o general.

Ante las actitudes ambiguas, partiendo que la ley 24.522 y sus reformas, que no se exigirá ninguna planificación para salir de la crisis, ni para presentar acuerdo –obviamente esa no es la posición de Lidia Vaiser–, las soluciones deberán buscarse en el caso del concurso de sociedades en la legislación societaria, particularmente para determinar acciones de responsabilidad, como la de imputabilidad

³² ABRIATTI, N.; CALVOSA, L.; FERRI jr, G.; GIANNELLI, G.; GUERRERA, F.; GUIZZI, G.; MOTTI, C.; NOTARI, M.; PACCIELLO, A.; PISCITELLO, P.; REGOLI, D.; RESCIO, G.A.; ROSAPEPE, R.; ROSSI, R.; STELLA RICHTER jr, M. y TOFFOLETTO A. *Diritto Fallimentare*, Ed. Giuffrè, 2008, págs. 3/4..

³³ Empresa económica implica la viabilidad de la empresa, de la empresa que no lleva en su seno su autodestrucción por económicamente inviable, cfr. nta. "La conservación de la empresa" cit..

³⁴ La empresa, aunque sea económicamente apta no puede actuar contrariamente al medio social, sería una actividad ilícita, como lo es contaminar, cfme. nto. "Sociedad y contratos asociativos" cap. "La empresa.

³⁵ En su obra "Concursos"pág.396/7, cuyo tomo segundo fué publicado póstumamente, en su carácter de co-redactor de los proyectos que fueron la base de las leyes 19550 y 22917, norma esta última que incorporó los acuerdos preconcursales.

³⁶ En su trabajo *El acuerdo preconcursal* en RDCO año 1984 p.167.

³⁷ En *El régimen legal de los acuerdos preconcursales* L.L. 1984 D 1186.

aditiva (denominada de inoponibilidad de la personalidad jurídica³⁸), o de acciones de responsabilidad individual por los acreedores posteriores a la cesación de pagos, todas con posibilidad de ejercitarse extraconcursumente.

Alberti³⁹ con la profundidad de su escarpado jurídico subraya que “el concurso preventivo se desenvolverá incurablemente como una dialéctica solamente procedimental, destinada a cerrarse documentalmente cuando los acreedores acuerden con el insolvente vías de solución que continúan siendo principalmente, casi exclusivamente, un aplazamiento de la exigibilidad de los pagos, o una reducción de los montos a pagar... Bastaría para promover una modificación de ese desarrollo ritual de lo actualmente llamado retóricamente *solución concordataria* ... que el concursado ha de exponer un *plan* de su futura actividad económica... pues la sola utilización del remedio jurídico no curará los males empresarios. La necesidad de requerir en el concurso la enunciación y difusión del llamado *plan de empresa* fue sostenida perpicazmente por Richard, en referencia al acuerdo preventivo prejudicial; formulando en torno de ello una exposición válida para toda forma concordataria... la carencia de ese *plan* provoca fatalmente la inoperancia de los esfuerzos aplicados a la concreción del acuerdo preventivo extrajudicial; como puede ser visto en su *Efectos societarios de la insolvencia* –Anales XXVI (1987) 161 de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba... retomó el tema, por segunda vez hasta donde conocemos en su *El “buen hombre de negocios” y el “plan de empresa”* –*Doctrina Societaria y Concursal*, abril 1993 pág. 337-; ...sostuvo ... valerosamente al hacerlo en un medio más proclive a la tolerancia vergonzante que a la exigencia del cumplimiento de las obligaciones del tráfico, *que un juez podría no homologar un acuerdo que no previera su factibilidad en una formulación mínima en torno de la viabilidad, expresada juntamente con la fórmula de la quita, espera u otras*. Fue esta una tesis atinada; que indica constituir un débito implícito de la obtención del concordato con los acreedores, la formulación de un programa de operaciones ulteriores al acuerdo... la disponibilidad de ese plan permitiría advertir desde una etapa inicial del procedimiento, y casi inequívocamente la viabilidad de la empresa del insolvente... La exposición del plan de empresa, por el insolvente o quien hiciese suya la redención del pasivo y la propiedad de la empresa, elevaría el acuerdo concursal de mera apuesta a ideación intelectual de una obra por realizar... saneará el concurso preventivo de su actual empleo como artificio procedimental destinado simplemente a diferir...”.

Alicia Susana Pereyra, recordando la posición de Alberti y nuestra posición⁴⁰, apunta inicialmente a como sociedades han compuesto extrajudicialmente su situación “Muchas han cerrado definitivamente sus puestas, sin pasar siquiera por la solución concursal”, afirmando “la crisis de la insolvencia obedece más a factores propios de la dirección empresaria”, y recordando anteriores trabajos suyos del año 2001 que “las causas del fracaso de los objetivos planteados por el derecho concursal argentino: la superación de la crisis económica y la conservación de la empresa, en cuanto actividad útil para la comunidad, debemos ubicarlas en la ignorancia de dos cuestiones fundamentales: el principio de la separación empresario-empresa y la falta de implementación de un plan de

³⁸ nta. 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)..

³⁹ ALBERTI, Marcelo Edgardo *Una contribución de Efraín Hugo Richard al derecho concursal: El plan de empresa como recaudo del concurso preventivo* en “DERECHOS PATRIMONIALES” Estudios en Homenaje al Profesor Emérito Dr. Efraín Hugo Richard, citado 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 Concursal, Ed. Errepar, tomo V Pág. 337. *Crédito y plan de empresa* en XXIX Congreso Anual Ordinario de Abapra, La Rioja 30 de mayo/ 1 de junio de 1988; *¿SE INTEGRA LA PROPUESTA DE ACUERDO CON UN PLAN DE CUMPLIMIENTO ?* tomo I pág. 433. - Ponencias al III CONGRESO NACIONAL DE DERECHO CONCURSAL y I CONGRESO IBEROAMERICANO SOBRE LA INSOLVENCIA, Mar del Plata, 27, 28 y 29 de noviembre de 1997, 3 tomos Ed. Ad Hoc, Buenos Aires, noviembre 1997; *Salvataje de la empresa: ¿Una postulación sin respuesta en la ley concursal?* conjuntamente con Francisco Junyent Bas y Orlando Manuel Muiño, en RDCO año 30 1997 pág-525 y ss..

⁴⁰ PEREYRA, Alicia Susana *Plan de reestructuración empresaria: ¿Cuánto mas vamos a esperar?* en Libro de las X Jornadas Nacionales de Institutos de Derecho Comercial, Tanti Sierras de Córdoba 2003, Edición de Fespresa, Córdoba 2003, pág.357 y ss..

reorganización empresarial... Los acreedores prestan su conformidad no a la empresa viable, sino al empresario en el que -una vez más- van a volver a confiar”, en su comunicación afronta los ejes de la regulación concursal la tempestividad afrontando la crisis antes que el estado de insolvencia, los institutos reorganizativos (“cuya finalidad funcional básica dentro del sistema estriba en la conservación –vía reorganización- de empresas”). Apunta como hemos tratado de separar a “denominarlo “Plan de reestructuración” o “Programa de reestructuración empresarial”, ya que no sólo hay que organizar la empresa, sino también, brindarle la estructura adecuada que le permita revertir la situación de insolvencia”, y ello es muy correcto desde la óptica concursal, y la referencia a un “plan de empresa” o mejor “plan de negocios” es omnicomprendiva del nacimiento, vida y muerte de la sociedad. Sigue expresando que “necesita la concurrencia de profesionales y administradores idóneos”, obviamente los leales y diligentes buenos hombres de negocios del art. 59 LS., concluye señalando que “El plan deberá ser presentado en ocasión de solicitar la apertura del concurso preventivo”, claro que estas últimas referencias son de lege ferenda. Nos parece muy correcta sugerencia, pero nos movemos en este ensayo en orden a la legislación actual, por supuesto no limitándonos a la concursal al enfrentar la crisis de sociedades.

Tenemos expresada posición crítica sobre la falta de eficacia de la legislación concursal⁴¹: específicamente en torno a la aplicación de la normativa societaria cuando el concursado fuere una sociedad, por la obligación de los administradores societarios de presentar un plan o presupuesto de desempeño futuro, o plan de empresa, y a su responsabilidad individual –y extraconcursal- frente a nuevos acreedores luego de advertido el estado de cesación de pagos, amen de la aplicabilidad de las normas sobre imputabilidad aditiva al controlante torpe.

Parecerían abandonados criterios rectores, bases fundantes que hacen a un sistema concursal y su axiología, como apunta Maffia. tratando de alertar sobre la pérdida de rumbo.

3. La preconcursalidad desde el derecho societario.

Se advertirá que ante el efecto nefasto de la insolvencia no sólo sobre el sujeto contaminado, sino sobre los negocios en general, nuestro homenajeado apuntó desde hace muchos años en la actuación tempestiva y en una visión societaria de las soluciones. Así nos motivó, lo que ahora recordamos más orgánicamente en este trabajo en su homenaje.

Ford, Chevrolet y otras automotrices se encuentran sujetas desde hace varios años a un plan de reestructuración para afrontar la crisis patrimonial que ellas mismas denunciaron y al que se sujetan con variado éxito.

La insolvencia de una sociedad tiene características particulares, pues la legislación que autoriza la constitución y funcionamiento de ese medio técnico, con libertad jurigenética de personas jurídicas, prevé las dificultades de la sociedad por falta de capital o patrimonio, sea imponiendo la reconstitución del capital social, por propias aportaciones de los socios, de terceros o de los acreedores, o la liquidación ordenada de la misma, al menor costo.

Resulta paradójico que el cúmulo de herramientas que brinda o brindará la legislación concursal no aparezcan concatenadas en un orden, axiología o valores determinantes, al producirse la ruptura del sistema contractual autorizando el incumplimiento generalizado de la mayoría de las obligaciones.

También ello lleva a cierta perplejidad por cuanto no siempre aparecen las herramientas vinculadas a la exteriorización de un “plan de negocios” para suponer que las mismas serán eficientes. “Plan de negocios” que hoy esta vinculado indisolublemente a la decisión de cualquier emprendimiento, de la formalización de cualquier inversión.

Y resulta más sorpresiva la cuestión, por cuanto las sociedades requieren los remedios concursales sin que se advierta que han intentado los remedios societarios.

En la doctrina italiana se determina que la capitalización de la sociedad en crisis –sea la reconstitución del capital o la capitalización- o insolvente requiere una decisión del órgano de gobierno,

⁴¹ Nto. libro *Las relaciones de organización y el sistema de derecho privado* 2ª edición, Córdoba 2002 Editorial Advocatus, capítulo X pág. 441, y *“Ineficiencia de la ley concursal”* publicación en Revista Derecho y Empresa, n° 10 diciembre 2000, p. 176 y ss..

partiendo de la situación patrimonial determinada al tiempo de presentación en concurso preventivo conforme un balance extraordinario⁴².

Se dice que cuando existen dificultades los socios ya no tienen interés de poner más dinero, pero tampoco se invita a los acreedores a participar en el negocio, y si se requiere a éstos un sacrificio que al alterar la composición del patrimonio les enriquece directamente.

Se enfrentan dos aspectos en lo concursal: uno axiológico y uno económico, ambos faltantes en la mayoría del uso de esas herramientas. El axiológico como valor indicativo de la estructura normativa que ha de guiar a la deudora, sus administradores y fundamentalmente al juez para aplicar la norma y entender que no es abusiva una solución y por tanto no contraria a derecho. Y la económica porque se excluye lo que la economía no dubita en exigir para catalogar un negocio: el plan de empresa, el plan de negocios, la rentabilidad y posibilidad de la solución proyectada u ofrecida.

Si no son usadas las medidas que impone –u ofrece- el derecho societario, parece que no existirían ninguno de los principios, ni el jurídico ni el económico, respetados, y que o es un salto al vacío o se intenta ocultar el enriquecimiento incausado que resulta del incumplimiento –en muchos casos programado-.

En un reciente trabajo del maestro Héctor Alegría *Diálogo de economía y derecho y convergencias culturales y sociales en la insolvencia*⁴³, en el último capítulo, al referirse a los administradores de las sociedades en crisis, tiene a bien hacer una condescendiente referencia a algunos de nuestros trabajos en ese aspecto: “Un autor local que está trabajando el tema (Richard) dice: cuando se presenta la cesación de pagos o la insolvencia, el administrador tiene que variar su norte y ceñirse a una administración correcta de la empresa, a los pasos legales, administrativos o económicos financieros para la *solución de la crisis*, y si no lo hace responde ante los acreedores. No sólo a los accionistas que lo han nombrado sino también y fundamentalmente ante los acreedores”. Ello (sin ser textual) representa nuestra posición ante el evidente apartamiento de esas conductas que resultan de informes generales en concursos preventivos que apuntan cesaciones de pago de larga data sin que se adopte ninguna previsión antes de convocar a los socios a ratificar la presentación en concurso; o que resulta de los libros societarios si es que no se han incendiado o sustraído por terceros-. Esa forma de administrar debe serlo desde la constitución de la sociedad.

Sigue el distinguido jurista “ante una crisis el administrador debe tomar decisiones, a veces imaginativas y otras desafiantes. Si ese administrador está sujeto a rigores extremos, algunos juzgados sólo ex post o sobre presupuestos meramente formales, es altamente factible que limite su accionar, con perjuicio de la empresa y de su recupero. También esa rigurosidad puede incidir en la selección de nuevos administradores de una empresa en crisis, pues cabe que se restrinja o desaparezca la posibilidad de incorporar personas capaces, o bien que quienes acepten circunscriban su actividad y no sean eficaces para la solución”.

Tranquilizamos al distinguido amigo. En forma alguna pretendemos que el administrador asuma el riesgo del mercado o del error en la planificación, sino que tome conciencia que de una actitud omisiva o desleal puede resultar responsabilidad, si se aparta de ese interés social, o si no adopta las medidas tendientes a su cumplimiento, frustrándolo indirectamente⁴⁴. Concretamente debe poner la

⁴² “La ricapitalizzazione della società in crisi o insolvente richiede anzitutto, partendo della domanda di concordato preventivo o della dichiarazione di fallimento, l’elaborazione di un bilancio ordinario infrannuale o straordinario, redatto secondo criteri contabili consoni alle prospettive della ristrutturazione risultanti dal piano collegato alla proposta di concordato (Cfr. G.E. COLOMBO, *Bilancio d’esercizio e consolidato*, in *Trattato delle società per azioni*, diretto da G.E. Colombo e G.B. Portale, 7ª, Torino 1994, 28 ss.; M. CARATOZZOLO, *I bilanci straordinari*, Milano, 1996, 579 ss.; P. AFAMENI *Perdita del capitale bilancio straordinari*, Milano 2004, 23 ss., 97 ss.. Tale “piano” potrà preveder infatti, secondo i casi, la continuazione dell’impresa, la dismissione di latuni cespiti o rami d’azienda in funzione del suo risanamento e anche la totale cessazione dell’attività, nell’ottica di una liquidazione volontaria, prevedibilmente più profittevole, del patrimonio sociale...” GUERRERA, Fabrizio, MALTONI, Marco *Concordati giuziali e operazioni societarie di “riorganizzazione”* en “Revista delle società anno 53, 2008 p. 18, especialmente pág. 62/3.

⁴³ Diario La Ley del 9 de mayo de 2007 pág. 1 a 10.

⁴⁴ La preocupación es similar a reparos que nos formalizan los Dasso en nuestras fraternales discusiones en giras por congresos internacionales, al mismo tiempo que nos alientan a proseguir nuestro análisis sistémico, separándonos de discusiones sobre aspectos formales, meramente doctrinarios o procedimentales. Las mismas no son diferentes a las que motivaron la primer polémica con Truffat, acompañado de Barreiro, en *Responsabilidad de administradores y representantes en la ley de quiebras: el deber fiduciario de la ley de sociedades, ¿se traslada a los acreedores* en *Doctrina Societaria y Concursal*”, Ed. Errepar, Octubre 2005, tomo XVII pág. 1205*, que contestamos adhiriendo y tranquilizándolos en *Está lloviendo. ¡Se acabó la sequía!*, en “Doctrina Societaria y Concursal”, Ed. Errepar, Buenos Aires diciembre 2005, n° 217, tomo XVII pág. 1532. De ninguna forma pretendemos que el administrador asuma el riesgo del

cuestión en manos de los socios, presentándoles algún plan para afrontar la crisis. Es el mismo criterio previsto por Alegría en el año 1983⁴⁵ al pergeñar las soluciones regladas en los hoy derogados arts. 125.1/125.2 de la ley 19551, que sometían la validez de los actos a la razonabilidad de un plan, juzgado recién al fracasar pero con la óptica de ser descartable a la fecha de su presentación.

La doctrina italiana reitera que la reforma de la legislación concursal ha omitido una regulación orgánica de la crisis y de la insolvencia de la sociedad, perpetuando una laguna de la legislación concursal hace tiempo criticada por la doctrina⁴⁶.

Recordábamos inicialmente que el problema temporal es central para asumir la crisis y la opinión que basta con ofrecerle estímulos al administrador societario –positivos o negativos- para actuar. Creemos que su perfil de “buen hombre de negocios”, impone que actúe siempre bajo planificación –lo que no elimina necesariamente los riesgos empresarios, pero los acota y fundamentalmente no los difunde-. Y si no actúa como tal basta con agitar un principio básico: recordándole al administrador de la responsabilidad que asumiría de no actuar adecuadamente, y en eso estamos hace muchos años, como apunta Alegría, y en respuesta a las preocupaciones de Maffia no receptadas dentro del derecho concursal.

En la perspectiva del derecho societario, el fenómeno de la reorganización puede ser encuadrado en la estructura normativa de la sociedad de capitales, con operaciones referidas al aumento de capital, participaciones u opciones para superar la crisis. A diferencia de la constitución de la sociedad, la fase de la reorganización afecta no sólo a los sucriptores del capital sino a una pluralidad de sujetos extraños a la sociedad, pudiendo llegar a quedar en sus manos las decisiones sociales⁴⁷.

4. La Memoria Anual.

Al generar la existencia de una persona jurídica, al recurrir a la tipología societaria, los SOCIOS deben formalizar una previsión, un plan con respecto al desenvolvimiento de la actividad para cumplir el objeto social, para determinar su dotación, no bastando simplemente determinar el capital social como cifra etérea y genérico. Los directores y administradores deben tener un proyecto, un eje conductivo de evaluación del rendimiento del negocio, cuya existencia o inexistencia servirá para determinar el cumplimiento del "standard" de buen hombre de negocios en su conducta, constituyendo la *Memoria Anual* un ejemplo de esa planificación para los directores de las sociedades por acciones, tendiendo a determinar el riesgo operativo de la sociedad, la necesidad de reservas facultativas, la existencia de utilidades líquidas y realizables, que no pueden resultar de una simple comparación patrimonial, con la retención de la cifra del capital nominal y de las reservas legales.

El administrador de una sociedad tiene que formalizar ese plan o mirada prospectiva, como medio para la discusión, información, explicación y control de su propia gestión⁴⁸.

La resolución de la IGJN n° 6/2006 que impone cierto contenido a la Memoria⁴⁹. La misma no sólo importa formular un plan de empresa, sino una apreciación sobre la avizoración de una crisis, sensiblemente anterior al supuesto de una crisis instalada, poniendo la cuestión en manos de los socios.

La 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 legales⁵⁰, que

mercado o del error en la planificación, sino que tome conciencia que de una actitud omisiva o desleal puede resultar responsabilidad.

⁴⁵ Una formula eficaz que evitaba su análisis inmediato, pero que abría la posibilidad de atacar actos, y sin duda generar responsabilidad, ante su insensatez, generada por la Comisión integrada por Alberti, Alegría, Farina, Quintana Ferreyra y Obeid.

⁴⁶ NIGRO, A. *Le società per azioni nelle procedure concursali*, in *Trattato delle società per azioni*, diretto da G.E. Colombo e G.B. Portale, 9º, Torino 19934, 209 ss.

⁴⁷ GUERRERA, Fabrizio, MALTONI, Marco *Concordati giuiziali e operazioni societarie di "riorganizzazione"* en "Revista delle società" anno 53, 2008 p. 22/3, D'ALESSANDRO A. *La crisi delle procedure concursali*, pág. 355; STANGUELLINI *Creditori forti e governo della crisi d'impresa*, Fallimento 2006, 145 ss..

⁴⁸ MARZAL Antonio *Empresa y Democracia económica*" Ed. Argot, Barcelona 1983.

⁴⁹ Nto. *LA PREINSOLVENCIA, LA CESACIÓN DE PAGOS, LA RESOLUCIÓN 6/2006 DE IGJN Y LA ASUNCIÓN DE LA CRISIS (EL PLAN DE SANEAMIENTO EN LOS CONCURSOS PREVENTIVOS Y EN EL APE - La crisis y la Memoria del órgano de administración en las Sociedades por Acciones)* conjuntamente con Orlando Manuel MUIÑO, en Libro Colectivo "VI CONGRESO ARGENTINO DE DERECHO CONCURSAL - IV CONGRESO IBEROAMERICANO SOBRE LA INSOLVENCIA", Santa Fe 2006, tomo II CESACIÓN DE PAGOS Y PREINSOLVENCIA. pág. 349.

⁵⁰ Explicación clara y circunstanciada.

permitan determinar que son razonables y corresponden a una prudente administración⁵¹, 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 operaciones⁵², como también todo lo acaecido entre el cierre del balance y la confección de la memoria (art. 65 1º 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. En todo un "plan de negocios".

Esa 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 la ley 24.522 y sus reformas no exigen ninguna planificación para salir de la crisis, ni para presentar acuerdo (no para ser evaluado por un tercero o por un juez, sino como parámetro para juzgar la responsabilidad del administrador), se formuló una tesis 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 jurídica⁵³), o de acciones de responsabilidad individual por los acreedores posteriores a la cesación de pagos, todas con posibilidad de ejercitarse extraconcursumente.

La Resolución General 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. Se señalan en sus consideraciones: "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. ... Que ello supone ... 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... 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 concurrential, sino previniendo sobre la misma sociedad, imponiendo

⁵¹ Arg. art. 70 ley 19550 que autoriza el cuestionamiento de la constitución de reservas facultativas excesivas.

⁵² Art. 66 apartado 5, en concordancia con las notas que impone el art. 65 apartado f de la ley 19550.

⁵³ RICHARD. 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).

una adecuada inteligencia del rol de sus administradores y particularmente de su responsabilidad frente a la crisis preanunciada y no afrontada" (del prólogo de RICHARD a Responsabilidad de los administradores, de JUNYENT BAS, Francisco, Ed. Advocatus, Córdoba, 1996); otros autores se han inscripto en análoga orientación en torno a la necesidad de un plan de empresa para la viabilidad concursal de ésta (cfr. QUINTANA FERREYRA, Francisco, Concursos, Ed. Astrea, t. II, pp. 396/397; TONON, Antonio, El acuerdo preconcursal, en Rev. del Derecho Comercial y de las Obligaciones, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1984, pág. 167; SEGAL, Rubén, El régimen legal de los acuerdos concursales, LL 1984-D-1186; PORCELLI, Luis, Particularidades de la liquidación falencial en clubes 'grandes' de fútbol profesional, LL 1999-B-1096).....”, imponiendo indicadores y “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.”

Un verdadero sistema preconcursal, al imponer avizorar y afrontar las crisis de las sociedades, en el que el contenido de la Memoria toma así su verdadero carácter, imponiendo el análisis preventivo de toda situación de crisis ajustando el rol del sistema concursal.

5. La cuestión en el Anteproyecto de Reformas a la legislación societaria.

Recogiendo las preocupaciones doctrinales, en las que lucen los comentarios de Maffia, para asegurar la funcionalidad de las sociedades, evitando generar inseguridad jurídica ante las crisis, el Anteproyecto de Reformas de la Ley de Sociedades (ALS) ha agregado algunas normas que se perfilan tímidamente en la concepción integradora de un Derecho Concursal moderno, con ciertas debilidades⁵⁴ que aumentan la inseguridad, pues permitirán que deudores inescrupulosos puedan simular o hacer aparecer inesperadamente “sociedades” no publicitadas, eligiendo- cuando no gestando- los acreedores que tendrán privilegio sobre los bienes y subordinando a otros acreedores.

Pero marcamos algunas propuestas que hacen a los deberes de los administradores societarios para asegurar la funcionalidad de la administrada, para tornar más eficiente⁵⁵ el sistema concursal:

a.- Receptando la planificación como un elemento necesario el art. 66, apartado 6 del ALS abre el camino en el sentido expuesto: “La política empresarial proyectada y los aspectos relevantes de su planificación y financiación con una estimación prospectiva de las operaciones en curso o a realizar”.

b.- El art. 34, 2ª parte ALS hace responsable ante terceros al socio que “...difunde o consiente la exposición de su nombre o el empleo de cualquier medio idóneo para generar confianza en la aparente solvencia de la sociedad por el implícito respaldo patrimonial que se sugiere, induciendo a equívocos conducentes a la concesión de recursos o de crédito.”

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

d.- Ya en lo relativo a la previsión de conductas grupales, el art. 54 cuenta con un agregado, el que dispone que “...En la ejecución de una política empresarial en interés del grupo es admisible la compensación de los daños con los beneficios recibidos o los previsibles provenientes de la aplicación de una política grupal, en un plazo determinado, siempre que las desventajas a compensar no pongan en riesgo la solvencia o la viabilidad de la sociedad afectada”.

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

f.- Acotando la adquisición de acciones propias por la sociedad regulada en el art. 220, puntualmente en su apartado 4, ALS dispone que será excepcionalmente, para evitar un daño grave a la

⁵⁴ *Tempestividad en la presentación en concurso*, pag. 309 y ss. en libro “X Jornadas de Institutos de Derecho Comercial”, Córdoba 2003, Editorial Advocatus.

⁵⁵ Nto. *LA EFICIENCIA DEL DERECHO CONCURSAL (sobre la tempestividad y el presupuesto objetivo)* con Antonio SILVA OROPEZA, Comunicación al Primer Congreso Mexicano de Derecho Concursal, DF 27/29 de junio de 2007, en www.acader.unc.edu.ar.

sociedad con sendos informes de los órganos de vigilancia y control, exigiendo que en tal caso la resolución debe esclarecer la consistencia del daño, la disponibilidad de ganancias realizadas y líquidas o reservas libres, con las que exclusivamente puede realizarse la adquisición, sin afectar la solvencia y liquidez de la sociedad.

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

VIII - RESPONSABILIDAD DE ADMINISTRADORES

¿Cómo asegurar esa actuación temprana, prejudicial, privada, de bajo coste de transacción desde las sociedades en crisis?

Mauricio Yadarola en el año 1925 expresaba que un sistema concursal debe tener un “plan o método”, conforme el cual las normas “puedan ser armonizadas en todo momento, mediante la obra de una sabia jurisprudencia”, proyectando en torno a la situación en “que puede hallarse un comerciante: simplemente en dificultades para afrontar sus compromisos, más o menos próximos, o ya en estado de cesación de pagos; para el primer caso el pedido de convocatoria es facultativo, ya que conviene dejar librado al propio criterio del deudor, la apreciación de si podrá o no salir de esas dificultades. En el segundo caso, es cuando la cesación de pagos se ha producido, cuando la exigencia amenazante de un acreedor puede llevarlo a pagar a éste, en perjuicio del resto de sus acreedores para evitar un pedido de quiebra, o a realizar operaciones desastrosas con el mismo fin, se hace necesario obligar al deudor a convocar judicialmente a sus acreedores para que, sin más dilaciones resuelvan éstos lo que más convenga a sus intereses comprometidos. Ahora bien, la primera pregunta que surge cuando se establece una cláusula legal con carácter de imperativa, es ésta: ¿cuál es la sanción para el caso de incumplimiento?”⁵⁶. Tal el nudo de la cuestión, lo que preocupa a alguna doctrina hoy, ya había sido requerido y planteado en el año 1925. Y a ese interrogante hemos tratado de responder señalando que es la responsabilidad de los administradores –y eventualmente de los controlantes- incluso frente al acuerdo consursal homologado.

Si los administradores societarios no formularan un plan para afrontar la crisis y de ello resultara daño, podrían ser responsabilizados, incluso ante la posterior homologación de un acuerdo⁵⁷.

Sin duda la insolvencia –la mera crisis- genera daños en el entorno de la sociedad en crisis. Hasta aquí hemos tratado las referencias a un *plan de negocios* dentro de la insolvencia declarada, para lograr soluciones. Afrontamos ahora un análisis de la insolvencia desde el derecho de daños. Consideramos que operar en insolvencia genera daños. Los incumplimientos dañan, inclusive contagian el incumplimiento y potencian los daños, multiplicándolos.

Se afirma⁵⁸ que “El caso de los agentes con solvencia insuficiente para responder por los daños que producen es un problema frecuentemente tratado en el análisis económico de la responsabilidad por daños...: cuando un agente no cuenta con bienes suficientes para responder por todos los daños que puede causar, sus incentivos para invertir en medidas de prevención se reducen correlativamente al incremento de la diferencia entre el valor de sus bienes y el valor del daño. Para decirlo simplemente, la posibilidad de verse enfrentado al deber de resarcir constituye una amenaza menos seria cuanto menor

⁵⁶ YADAROLA, Mauricio en “Homenaje a Yadarola” Ed. Universidad Nacional de Córdoba, 1963, tomo I pág. 335 y ss. *Proyecto de Ley de quiebras* con indicación “Publicado en la Revista de la Universidad Nacional de Córdoba, año 1925”.

⁵⁷ Nta. posición sobre este y otros aspectos puede verse en *Invalidez societaria*, Ed. Lexis Nexis, Buenos Aires 2007; *Responsabilidad de administradores societarios por insolvencia*, pág. 504 en “Jornadas italoargentinas de derecho: perspectivas del derecho entre Latinoamérica e Italia” Córdoba Argentina 2004-2005, Ed. Alveroni, Córdoba Agosto 2006. *Responsabilidad de administradores y socios en caso de sociedad operando en insolvencia* en “Sociedades comerciales. Los administradores y los socios. Responsabilidad en Sociedades Anónimas”, AAVV, directores José M. Embid Irujo y Daniel Roque Vitolo, Rubinzal Culzoni, Santa Fe 2005 pág. 165. *RESPONSABILIDAD DEL DIRECTORIO POR OMISIÓN (no liquidarla ni presentarla en concurso y no llevar contabilidad en forma)*, en Revista de las Sociedades y Concursos, Ricardo Nissen Director, n° 43 año 2007 noviembre-diciembre año 9, pág. 127. *Respuestas a la insolvencia societaria* en La Ley 24 de septiembre de 2007 pág. 1 y ss..

⁵⁸ ACCIARRI, Hugo A.; CASTELLANO, Andrea y BARBERO, Andrea *El problema de la insolvencia en el Derecho de Daños. Un aporte para su análisis económico* en Jurisprudencia Argentina 2008-1 Número especial “Derecho y Economía” coordinador por Hugo A. Acciari, Ed. Lexis Nexis, Buenos Aires 2008, doctrina, pág. 10 y ss.

es la solvencia del potencial dañador... La denominación inglesa “judgment proof” precisamente, intenta identificar a un tipo especial de individuos a quienes su solvencia nula los convierte en sujetos “a prueba de condenas”. Esto explica a lo que se refería Alberti, a la insolvencia planificada⁵⁹, y – obviamente- a la necesidad que se piense en un plan de recuperación ante lo constatado negativamente.

A la postre, se enfatiza⁶⁰ “... pasar a ser un agente insolvente no es más que una decisión”. Decisión que muchas veces se adopta en la constitución misma de una sociedad, o traspasando los riesgos a otros agentes –p.ej. obligacionistas- y luego manteniendo conductas para maximizar las ganancias haciendo soportar el riesgo de la insolvencia a los acreedores, “...entendemos que el agente en cuestión decidirá ser insolvente cuando ello le sea más beneficioso que no serlo”, tal situación se advierte en las sociedades cuando no adoptan los administradores y los socios si son llamados a hacerlo, las medidas societarias para paliar la crisis, que las hay y muy buenas.

El bien logrado juego de responsabilidades con la oportunidad de la presentación parece concurrir en forma efectiva para la obtención del objetivo perseguido.

Actuando como buen hombre de negocios, se impone al administrador societario, como deber de lealtad, informar a los socios para que estos colaboren en la asunción de la crisis. Cumpliendo ese deber, no omitiendo diligencias propias de un buen hombre de negocios no sumen responsabilidad, ni podrá intentar siquiera endilgárseles.

La sociedad es la estructura técnica jurídica personalizante a disposición del empresario como instrumento "de organización".

La organización no sólo supone la disponibilidad jurídica de órganos, de un sistema de imputación simplificante de las relaciones jurídicas con terceros y socios, sino la actuación coherente del órgano de administración.

Si se constata que no hay planificación, que no existieron previsiones, que no se formuló ningún plan de empresa, que no hay dotación patrimonial suficiente, que no puso la cuestión a decisión de los socios⁶¹ para que realicen aportes y aseguren la patrimonialización para enfrentar la actividad social, se genera responsabilidad por los daños que se acrediten por tales actos u omisiones causados. Conforme la ley actual, si se ha abusado del medio técnico, los controlantes deberán dotar a los liquidadores para satisfacer el pasivo o deberá abrirse la quiebra con responsabilidad para los que agravaron el estado de cesación de pagos. Una norma expresa en tal sentido, eliminaría la mayoría de las quiebras.

Como sostiene Ángel Rojo, “...el concurso de acreedores debe ser un instrumento técnico para poder curar enfermos y no para enterrar cadáveres.”⁶². Lo importante sería recoger el principio de la conservación de la empresa⁶³, cuando hay empresa. Correlativamente, como contracara, la demora en adoptar los remedios adecuados para el saneamiento de la empresa conlleva la responsabilidad de quienes la administran.

La planificación, la previsión, el régimen operativo, que debe prever la administración societaria no necesariamente debe ser evaluada. No obstante su exteriorización permitirá en su momento analizar

⁵⁹ PALACIO LAJE, Carlos *Delitos de vaciamiento de empresas*, Editorial Marcos Lerner, Córdoba 2002, refiere a las sociedades que se generan sin capital suficiente, “con capitales de humo” (p. 54), “los vencimientos del pasivo se van postergando y se obtiene refinanciamiento, mediante la exhibición de un “gran patrimonio”, aunque total o parcialmente impago. Con este ardid se obtiene también crédito por parte de los proveedores comerciales que aumentan el pseudo patrimonio o el stock de mercadería”, con una descripción que se corresponde a los Informes Generales que los Síndicos que formalizan en la mayoría de los Concursos Preventivos (no Quiebra) de Sociedades que han venido operando en insolvencia, lo que como vimos el A. califica como “ardid”, con un análisis minucioso de la figura del art. 174 6° CP. un delito penado con 2 a 6 años que determina en su primera parte “el que maliciosamente afectare el normal desenvolvimiento de un establecimiento o explotación comercial, industrial, agropecuaria, minera, o destinada a la prestación de servicios”, como afectación al patrimonio como prenda común (pág. 85 y ss.), para más adelante (Capítulo 5) tomar la segunda parte de ese art. 174 art. 6° (pág. 105) “destruyere, dañare, hiciere desaparecer, ocultare o fraudulentamente disminuir el valor de materias primas, productos de cualquier naturaleza, máquinas, equipos u otros bienes de capital”, donde reflexiona que la norma sólo se refiere a la “cuantía del activo” (pág. 109), “de ese patrimonio sólo se alude a la disminución del activo y no al aumento del pasivo” amplia.

⁶⁰ ACCIARRI, Hugo A.; CASTELLANO, Andrea y BARBERO, Andrea *El problema ...* citado.

⁶¹ Como apuntan BARREIRO y TRUFFAT en *Responsabilidad de administradores y representantes en la ley de quiebras: el deber fiduciario de la ley de sociedades, ¿se traslada a los acreedores* citado.

⁶² ROJO, Ángel *La reforma del derecho concursal español*, pag. 87 y ss. en el libro colectivo “La reforma de la legislación concursal”, dirigido por el mismo, específicamente pag. 113.

⁶³ Nto. En torno a la conservación de la empresa en “Ensayos de Derecho Empresario”, pág. 4, pero mucho antes en el año 1978 con Francisco Quintana Ferreyra *La conservación de la empresa en las leyes de sociedades n° 19550 y de concursos 19551* en RDCO p. 1373.

la conducta y responsabilidad de los mismos, y de los fiscalizadores internos. Esa planificación servirá, conforme su razonabilidad –no necesariamente su éxito- para evitar acciones de responsabilidad. Por otra parte, en ciertos supuestos, como lo es para la homologación del acuerdo, ese régimen permitirá un cuestionamiento a la razonabilidad o posibilidad de la propuesta, sea por un impugnante o por el Juez.

Franco Bonelli⁶⁴ afronta el supuesto de la continuación de la gestión social después de la pérdida del capital social, con la responsabilidad de los administradores por actos cumplidos en conflicto de intereses, particularmente por daño a una sociedad controlada y daño a la sociedad directamente administrada para aventajar a la controlante o otra sociedad del grupo, una forma de ellas la dirección unitaria.

Llevando la cuestión al justo punto, en *Responsabilidad de los directores al ingresar la sociedad en la zona de insolvencia*, Daniel Roque Vítolo⁶⁵ apunta a esa responsabilidad, reseñando la legislación de Bélgica sobre la necesidad en las sociedades de preparar un *plan de reestructuración*, y actuar en determinada forma ante la *pérdida de capital*, convocando a una asamblea de accionistas en el plazo de dos meses, decidiendo si la sociedad debe continuar con sus actividades, o en caso de *sobreendeudamiento*, bajo sanciones de responsabilidad y penales; tratando también las leyes de *Israel, Luxemburgo, Polonia, Portugal y Rusia*, sin perjuicio de referencias a las recientes leyes de Alemania, Italia y España.

Vítolo remata su trabajo: “VI. Conclusión Ha señalado -en alguna oportunidad- Richard que el hipergarantismo lleva a inadvertir las maniobras artificiosas en el seno de sociedades para mantener su operatoria calificándola como *normal* pese a estar en estado de insolvencia. Aquello que Provinciali -recuerda el doctrinario cordobés- señaló como "*ció que segna el con fine tra fisiología e patologia nella vita del patrimonio*", lo que es hoy habitual al señalar los informes generales previstos en el art. 39 del régimen concursal argentino, que el estado de cesación de pagos se produjo -en la mayoría de los casos "hace muchos años..." o al menos en un tiempo bastante más lejano que aquél que ha denunciado el concursado o el fallido; es decir que el patrimonio arrastraba una situación terminal dentro de la fisiología o funcionalidad de la sociedad; posición congruente con la de no requerir a los administradores societarios -como buenos hombres de negocios- la planificaron de la funcionalidad societaria, para no perjudicar a terceros con los que contratan. Parecería que en nuestro régimen jurídico no habría resistencia para que pudiera acogerse el concepto desarrollado por el derecho norteamericano respecto de la *zona de insolvencia*. La ley 24.522, al igual que su anterior 19.551 aceptó el principio del *estado de cesación de pagos* como presupuesto objetivo para la solicitud de un concurso preventivo o la declaración en quiebra. ... parecería *prima facie* que -dentro de nuestro ordenamiento legal- el *test del flujo de caja (cash flow)* sería el más adecuado para ajustarnos a poder determinar el ingreso de la actividad societaria a la *zona de insolvencia*. Sin embargo, a poco que se profundice el análisis podremos advertir que tanto la incorporación de un concepto amplio, respecto de lo que debe entenderse por estado de *cesación de pagos*, como que el *análisis transaccional* no necesariamente es *revelador* de esa situación sino que sólo puede llegar a serlo, llevan a que -desde nuestro punto de vista se deba recurrir -necesariamente- a los tres análisis simultáneamente: a) balance, b) flujo de caja, y c) evidencia transaccional, para que -de la comparación de los resultados que arrojen los mismos- los administradores de sociedades comerciales puedan determinar claramente si la sociedad está ingresando o ha ingresado en la denominada "zona de insolvencia" o si, por el contrario, se encuentra fuera de ella. Advertido esto, dentro de las pautas de conducta que se marcan en el art. 59 de la ley 19.550, *los administradores deberán tomar muy en cuenta los caminos a seguir, ya que su pasividad, tolerancia o la decisión expresa de continuar operando en la zona de insolvencia -sin tomar medidas específicas respecto de ello-, resultarán -necesariamente- elementos generadores de responsabilidad dentro de ese marco tan atípico cual es la responsabilidad societaria*; en especial en el caso de los directores de sociedades anónimas donde la responsabilidad deviene del carácter solidario con que la ley imperativamente sanciona a los integrantes del órgano de administración. Del mismo modo, cuando la conducta en este sentido adquiera carácter doloso, las responsabilidades concursales pertinentes también resultarán aplicables”.

⁶⁴ En *La responsabilità degli amministratori di società per azioni*, Ed. Giuffrè, n° 135 de los Quaderini di Giurisprudenza Commerciali,

⁶⁵ LA LEY 2005-A, 1207

España ha afrontado la cuestión en la legislación societaria. “Tres son las piezas que componen ese mecanismo legal: el deber de los administradores de convocar junta general en el plazo de dos meses desde que concurra causa de disolución, la admisión expresa de la disolución judicial cuando la sociedad no proceda a acordar la disolución o la remoción de la causa, para lo cual se concede legitimación a cualquier interesado y se impone un deber de solicitud a los administradores; y la imposición a los administradores de una sanción consistente en la responsabilidad por las obligaciones sociales, cuando incumplan cualquiera de los deberes indicados. La más llamativa de esas disposiciones es, sin duda alguna, la que sanciona a los administradores con la responsabilidad solidaria por las deudas sociales (arts. 265, incs. 2º y 5º, LSA, y 195, inc. 5º, LSRL), algo que puede sorprender en sociedades en las que los socios no responden de las deudas sociales (arts. 1º, LSA, y 1º, LSRL)”⁶⁶. “Con el art. 262, inc. 5º, de la ley (española) persigue la misma finalidad. Pero en lugar de quedarse pasivamente esperando a que de forma espontánea los administradores y los socios lleven a cabo las actuaciones conducentes para conseguir la disolución, el legislador del 89 da un importante paso adelante: ha configurado un recurso (la extensión de responsabilidad por deudas) para disuadir a los administradores, con una sociedad en estado de disolución entre sus manos, de que contraigan nuevos compromisos con terceras personas; pero un recurso que al propio tiempo facilita el remedio para salvaguardar los intereses de los terceros sorprendidos en su buena fe: los terceros, en caso de incumplimiento por la sociedad deudora, podrán dirigir su poder de agresión contra el patrimonio personal de los administradores a quienes se hace garantes (responsables) solidarios del buen fin de las obligaciones contraídas”⁶⁷.

Con esta visión se construye un sistema de preconcursalidad desde el derecho societario. Recuérdese que la ley de sociedades argentina autoriza el aumento de capital, la capitalización del pasivo -que es una forma de superar las dificultades y que en tal caso se extinguen las fianzas y garantías personales de terceros, impone la reintegración del capital social, y soluciones liquidatorias privadas al no poder alcanzarse el cumplimiento del objeto social -empresa-, si los socios no deciden remover el obstáculo, y otorga amplias formas y técnicas de reorganización y reordenamiento del negocio. Con Ángel Rojo mantuvimos muchas conversaciones sobre el punto antes de la formulación de los proyectos españoles, lo que nos llevó en el año 1995 a generar un proyecto novedoso en torno a la responsabilidad de administradores societarios por no haber afrontado la crisis y desde la óptica del derecho de daños⁶⁸.

IX – CONCLUYENDO.

Ese plan de empresa o de negocios es el mínimo que puede exigirse a un empresario que afronta una dificultad económica o financiera, y más aún si intenta superar un estado de cesación de pagos. El análisis de ese plan de empresa es el que permitirá evaluar si el propietario de ese patrimonio o sus administradores son merecedores de un apoyo que no imponga la necesidad de generar la ruptura de la relación jurídica propietario-patrimonio, mediante un juicio coactivo individual o general. Es el documento a través el cual podrá mantener o no el apoyo de sus acreedores.

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

⁶⁶ BELTRÁN SÁNCHEZ, Emilio *La responsabilidad por las deudas sociales de administradores de sociedades anónimas y limitadas incursas en causa de disolución*, en BOLAS ALFONSO, Juan (dir.), *La responsabilidad de los administradores de sociedades de capital*, Consejo General del Poder Judicial, Consejo General del Notariado, Madrid, 2000, p. 133.

⁶⁷ En los mismos trabajos citados en nota anterior; SUÁREZ-LLANOS GÓMEZ, Luis *La responsabilidad por deudas de los administradores de sociedad anónima*, en AA.VV., “*Estudios en homenaje a Menéndez Menéndez*”, Centro de Estudios para el Fomento de la Investigación, Madrid, 1997, p. 2481, esp. p. 2496. Sobre la responsabilidad por no convocar a junta general o no adecuar los estatutos, sentencia del 30/10/2000, Tribunal Supremo, sala Civ., p. 1687; *Tribunal Constitucional*. Sentencias y la sentencia del 21 de diciembre de 2000, p. 169.

⁶⁸ En “DE LA INSOLVENCIA, In Memoriam de Héctor Cámara y Francisco Quintana Ferreyra, Editorial Advocatus, Córdoba 2000, comunicaciones al II Congreso Iberoamericano de la Insolvencia, *En torno a responsabilidad y concurso. Un “embrión” de proyecto*. Tomo III pág. 313. y *Daños causados por la insolvencia: Acciones individuales de responsabilidad contra administradores de sociedades* Tomo III pág. 549. 8º. Ausencia de sede y responsabilidad de administradores (II). Tomo III pág. 579. 9º. Pretensiones patrimoniales y contratos comprendidos en art. 20 ley 24.452, Competencia de árbitro frente al concurso. Tomo IV pág. 243.

Por otro lado no proponemos que nadie juzgue el plan en forma inmediata, sino que en el futuro, ante dificultades, ese plan permita determinar si los administradores societarios actuaron como buen hombre de negocios.

Tender a ultranza a mantener a la empresa, si no se tiene en claro su viabilidad y el bien jurídico protegido, puede ser sinónimo de proteger al empresario incapaz o fraudulento, como lo señalaba R. Franceschelli⁶⁹. La responsabilidad social de la empresa, como concepto ético debe restablecerse y no puede sustituirse por un criterio pragmático de respaldo al empresario incapaz de autoprogramación.

Plan de empresa es simplificando, que puede hacerse razonablemente con el patrimonio disponible. Esa previsión razonable –la Memoria en ciertas sociedades- es la que debe usarse como "estándar" para calificar la actividad de un administrador en los términos de un "buen hombre de negocios". Es un juicio de razonabilidad en torno a la actividad prevista con los medios disponibles.

No podemos de dejar de testimoniar nuestro reconocimiento a Maffia por habernos incitado, con sus juicios críticos sobre el derecho concursal, a mirar hacia la raíz del problema y su integración normativa en el derecho societario y de la organización.

⁶⁹ *L'apprendistas stregone, l'elisir di lunga vita e l'impresa immortale* en Giur. Comm. 1982 I p. 575 y ss.

¹ *La ley de concursos y la comecón del séptimo año* RDCO octubre 1979 año 12 p.435 y ss., especialmente pág. 458, 463, 467.