



ACADEMIA NACIONAL DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES DE CÓRDOBA

EL DESENVOLVIMIENTO EMPRESARIAL Y LA SUSPENSIÓN DE UNA CAUSAL DE DISOLUCIÓN DE SOCIEDADES POR LEY 27.541 DE EMERGENCIA

Efraín Hugo RICHARD

Trataremos de sondear sobre las conductas empresariales frente a las adversidades patrimoniales en búsqueda de soluciones eficientes, por el bajo costo y la confidencialidad.

SUMARIO: I – EL PANORAMA. 1.La crisis. 2.Los proyectos. 3.La actividad empresarial – Las sociedades. II – LA RENEGOCIACIÓN Y LA PRECONCURSALIDAD NO JUDICIAL. 1.La renegociación. 2.La preconcursalidad privada. 3.Las normas imperativas: el Código Civil y Comercial y La Ley General de Sociedades. III – LIBERTAD BAJO RESPONSABILIDAD. 1.El plan de negocios. 2.Cesación de pagos e insolvencia. 3.La conservación de la empresa viable. 4.Patrimonio y responsabilidad. La responsabilidad de administradores y socios. IV – LA ESPERANZA

I – EL PANORAMA.

La extensión de la cuarentena, por la pandemia sanitaria y la confinación dispuesta gubernamentalmente, al prolongarse a más de 100 días cuando afrontamos este tema, resquebraja las expectativas de emprendedores sobre la posibilidad de subsistir en ciertos rubros. Este ensayo intenta sugerir cierto camino, no tradicional, para tratar de conservar la actividad empresarial viable, evitando conflictividad, reduciendo los costes –en realidad las pérdidas-, inclusive cuando no hubiere viabilidad.

A su vez ha quedado expuesta una marginación social que debe ser afrontada en forma urgente y continuada, que va desde la alimentación de gran porcentaje de la población, asegurando una educación eficiente para permitirles acceder a recursos de subsistencia. La ayuda del Estado es insoslayable e insustituible para satisfacer esas obligaciones inmediatas, hasta un restablecimiento del sistema.

1. LA CRISIS

Cuando estábamos en crisis por deudas estatales, falta de desarrollo empresarial capaz de satisfacer la demanda de empleo, recesión, inflación, con muchos ciudadanos marginados del sistema productivo y con un requerimiento de ayuda gubernamental con arcas exhaustas, llegó como un tsunami la pandemia de corona virus 19.

Asolador panorama no sólo para las personas humanas y sus fuentes de trabajo informal, sino para la actividad empresarial, obligada a mantener los puestos de trabajo, aceptándose solo suspensiones y prohibiendo despidos con sanción de doble indemnización, en un marco que gran parte de ellas no podían desarrollar ninguna actividad o lo podían hacer en forma acotada. Y la repercusión sobre las flacas arcas fiscales derivada de esa inactividad, afectando la fuente tributaria, pese a la alta presión contributiva que desalienta emprendimientos y, particularmente, inversiones.

Muchas personas humanas, pero también jurídicas, han decidido cesar en su actividad, pero esa tremenda decisión psicológica no es suficiente. Deben satisfacerse todas las obligaciones, incluso las laborales, y los requisitos legales llevarán a muchas de ellas a procedimientos de quiebra, atosigando al sistema judicial en largos y costosos procesos, como estamos acostumbrados.

En ese panorama sólo podemos interactuar desde una posición intelectual, tratando de aportar ideas para los que decidan considerar nuestro pensamiento.

En ese rol, enfrentando la crisis inicial preexistente¹ habíamos asumido integrar la Comisión Organizadora del Congreso Iberoamericano de Derecho de la Insolvencia, octubre 2021 en Bahía Blanca, y el convocado del 3 al 5 de Octubre de 2022 en el seno de esta Universidad al Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa, trianual que asumimos cada 15 años desde que lo iniciáramos en 1977 en La Cumbre. Mientras Roma desde la Universidad de “L’sapienza”, ante la pandemia, desistía de su presencial Congreso Iberoamericano de Derecho Concursal de Septiembre para el Instituto Iberoamericano de Derecho Concursal (sede México), que se intentara llevar a cabo virtualmente, mientras sus Comisiones expiden Recomendaciones, que abordaremos.

La convocatoria para Córdoba en 2022, que lanzamos, lo fue bajo el lema “Libertad

¹ Que había merecido la ley de emergencia del 23 de diciembre de 2019, que mereciera nto. comentario en La Ley el 20 de enero de 2020.

bajo responsabilidad” (“libertad responsable”). Ahora más que nunca necesitamos de una libertad creativa que permita desarrollar o manteniendo empresas viables, generadoras de empleo, manteniendo instrumentos aptos para la organización rápida, legal y de bajo coste de la actividad empresarial.

La situación es inédita e inéditas deben ser las respuestas legales. Como integrar ideas para encontrar el equilibrio y la solución –siempre imperfecta- pero que resulte más beneficiosa para nuestra comunidad. Esa puede ser una buena tarea grupal si se abandonan preconceptos, pues enfrentamos algo totalmente nuevo, y todos están intentando sugerir medidas o imaginar soluciones. Y en eso estamos unidos.

La invaginación social, cuarentena se la ha llamado, ha implicado no sólo los cierres de fronteras nacionales, sino la generación de fronteras sanitarias internas, y ha paralizado gran parte de la actividad económica, particularmente la comercial dirigida al trato directo, incluso entre empresas, limitando también las actividades de éstas, salvo las destinadas al abastecimiento de insumos sanitarios y de alimentación, los servicios de venta por vía electrónica, con entrega en la puerta. Transporte, hotelería, gastronomía, turismo, espectáculos, entre otros muchos, aparecen aplastados por la situación. Paralelamente floreció la comercialización a distancia, en forma que sin duda persistirá, generándose cambios en el consumo, que se han acelerado aunque se presentían, y los habíamos abordado en Asunción preanunciando los cambios de conducta en la comercialización². Esta modalidad ha crecido por una imposición legal, los DNU 260 y 297 de mediados de marzo disponiendo la cuarentena total. Pero esas actividades, como la digitalización y las transacciones electrónicas han llegado para quedarse.

Esta paralización del tráfico económico, a su vez ha acentuado la crisis que estábamos enfrentando, e impone nuevos desafíos para evitar la quiebra o por lo menos el concursamiento generalizado de grandes y pequeñas empresas, y el efecto arrastre que ello significaría, además de saturar los tribunales, generando alargamientos de plazos y otras derivaciones, sin alcanzar soluciones generales.

El concurso preventivo o los acuerdos preventivos extrajudiciales normados en nuestra ley 24522 –LCQ- son tentadores para las soluciones individuales. Generan un escudo protector que el P.L o el P.E. debería extender, en esta ocasión, automáticamente a todos, sin judicialidad alguna. No somos ciegos en advertir que muchas sociedades, aún algunas en concurso actualmente, se han beneficiado con la situación por los insumos que producían o por la rápida adaptación a ofrecer los productos que el sistema sanitario requería. La situación es aún incierta por los acontecimientos y las ayudas estatales comprometidas.

² RICHARD, Efraín Hugo “SOBRE LA CONTRATACIÓN ELECTRÓNICA EN LOS CONTRATOS INTERNACIONALES, PARTICULARMENTE DE COMPRAVENTA Y LOS DERECHOS DEL CONSUMIDOR, LA JURISDICCIÓN Y EL ABRITRAJE”, publicado en libro colectivo *Academias Jurídicas y Sociales Iberoamericanas – Ponencias y conclusiones*, Ed. Corte Suprema de Justicia, Institutos de Investigaciones Jurídicas, IX Congreso de Academias Jurídicas y Sociales de Iberoamerica. Asunción Paraguay, 2017, págs. 469 a 609, como relator internacional del tema.

Pero, una extensión de concursos individuales podría aumentar la pandemia patrimonial de los “peces chicos”, esto ya ocurrió en el 2002 cuando pícaros se beneficiaron, eludiendo sus obligaciones y haciéndoselas asumir a sus acreedores por las fáciles argucias que esas leyes permiten, particularmente al haberse acotado la universalidad con la reforma del art. 21 LCQ.

2. LOS PROYECTOS.

La crisis sanitaria y la proyectada patrimonial por el confinamiento, impondrían medidas gubernamentales –que aún no se han adoptado- y doctrinales para enfrentar esas crisis de muchas de las sociedades que operan en nuestro país, aunque el problema puede tener una mirada global.

Conocemos no menos de 18 proyectos con reformas a la legislación concursal, para favorecer el concursamiento, o sea estimularlo, eliminando requisitos, haciendo más automáticas las medidas protectorias ante la mera presentación judicial, unida a algunas medidas tendientes a evitar subastas, pedidos de quiebra o medidas cautelares. Esa actividad no nos parece fundada ante los verdaderos problemas que afronta la actividad empresarial. Paralelamente múltiples movimientos de intelectuales preocupados transitan por la misma senda o tímidamente arrojan ideas más novedosas.

Nuestra visión no descarta esa vía, pero la consideramos como en las sanitarias, una segunda etapa, desarrollando lo que consideramos la normal etapa preliminar, permitiendo el análisis de los empresarios sobre la posible viabilidad futura de su actividad.

Es que estamos frente a un futuro impredecible por las características de un virus incontrolable y de los daños que generan en la economía las medidas paliativas de confinamiento que disponga el Poder Ejecutivo, y los cambios culturales que se están produciendo en el mercado. Por eso campea en este ensayo más que un cambio de normas, un cambio de actitudes y de ideas, basadas en viejas prácticas: el diálogo, el entendimiento, la paciencia, la buena fe...

3. LA ACTIVIDAD EMPRESARIAL. LAS SOCIEDADES.

Si bien hay mucha actividad empresarial, de pequeña monta, desarrollada por personas humanas, nos centraremos en la que se ha optado por su desarrollo organizando una sociedad, incluso de un solo socio. Es advertible que existe una tendencia a simplificar el tratamiento del “proceso concursal” sin distinguir –salvo en aspectos muy puntuales- entre empresario individual o social. Ello deviene en que el régimen de bancarrotas nace y se desarrolla en torno a la persona humana, incorporándose con posterioridad las figuras organizativas personificadas.

Esa organización tiene una funcionalidad que puede facilitar superar la crisis

o disminuir costes en la reorganización. Es una idea que arrastramos desde hace muchos años³, pero entendemos que ahora se potencia.

Mientras los más eminentes estudiosos del derecho societario se preocupan de evitar que las consecuencias de la crisis puedan acarrear responsabilidades sobre los empresarios leales y diligentes que fueron sorprendidos por eventos inéditos, y las causas de disolución por pérdida del capital; los juristas concursalistas se dedican a analizar las respuestas desde la perspectiva de la insolvencia, la cesación de pagos y la preinsolvencia; otros analistas del derecho estudian las consecuencias sobre los contratos, sobre las relaciones laborales, sobre las personas vulnerables, (sólo por tratar superficialmente algunos de los tópicos que preocupan a los operadores del derecho) y así la doctrina argentina se prepara para dar herramientas a las autoridades de los tres poderes, a fin de que puedan responder de la mejor manera posible a los conflictos derivados de la crisis.

II – RENEGOCIACIÓN Y PRECONCURSALIDAD PRIVADA.

Ante tales circunstancias, que siempre se han recomendado en los foros sobre “preconcuralidad” y sobre lo que abogaba al final de su conferencia del año 2019 en la UBA el jurista alemán Karsten Schmidt sobre la conveniencia de los acuerdos privados, confidenciales, el Estado –P.E. o P.L.- debería, además de continuar dando la mayor ayuda financiera, crediticia o de facilidades impositivas, imponer un extenso período de no agresión de “renegociación” leal frente a lo impredecible, incluso evitando dilatados juicios en torno a la imposibilidad de cumplimiento por fuerza mayor, caso fortuito o introduciendo la teoría de la imprevisión contractual.

Es que la situación actual, ajena a la voluntad de administradores y socios, puede tentar a ampararse en las diversas causas de frustración de la relación contractual para justificar su incumplimiento.

En el catálogo de normas de nuestro Código Civil y Comercial –CCC-, que sólo enunciaremos para formalizar una propuesta superadora, luce la previsión del art. 953 sobre “La imposibilidad sobrevenida, objetiva, absoluta y definitiva de la prestación, producida por caso fortuito o fuerza mayor”, que “extingue la obligación, sin responsabilidad”. En algunos supuestos esa imposibilidad sería temporaria, conforme prevé el artículo siguiente. A su vez el art. 1730 regula el caso fortuito y fuerza mayor –sinónimos para el Código- como el “hecho que no ha podido ser previsto o que, habiendo sido previsto, no ha podido ser evitado”, lo que “exime de responsabilidad, excepto disposición en contrario”. No serían descartables las defensas fundadas en el art. 1090 sobre la frustración definitiva de la finalidad del contrato, o en el art. 1091 sobre la “imprevisión”.

³ RICHARD, Efraín Hugo “Cesación de pagos y responsabilidad (el eje del sistema preventivo de la insolvencia”, en Lexis Nexis JURISPRUDENCIA ARGENTINA, Buenos Aires, 7 de agosto 2002, JA 2002 Fascículo n.6, página 2. En número “Perspectivas actales del Derecho Concursal”, donde nos referimos a los “acuerdos preconcursales” privados.

Estas disposiciones exculpatorias no serían aplicables a las obligaciones dinerarias, pero es fácilmente advertible que muchas relaciones incumplidas no son sólo las dinerarias –suministros, locaciones, leasing, etc.-. Por último, en este catálogo, el art. 888 CCC exime de “las consecuencias jurídicas derivadas de la mora” el que pruebe que el incumplimiento “no le es imutable”.

Claro que estos planteos llevarán a largos litigios que desgastarán más a las partes (¿10 años?).

Las defensas podrían derivar de la inviabilidad generada a la actividad empresarial que ha llevado a su cierre, e incluso en la liquidación privada o judicial llevar a discutir la validez de ciertas obligaciones.

1. LA RENEGOCIACIÓN.

Ante las situaciones críticas que pueden agudizarse, pues no sabemos en qué momento se podrá volver a la actividad normal y al funcionamiento del mercado global y nacional, con el Prof. Jorge Fernando Fushimi sostuvimos⁴ la conveniencia de “renegociar” las obligaciones, no sólo las dinerarias, que se habían incumplido, basados en el principio del art. 1011 CCC, sea que el Gobierno impusiera un escudo protector o eventualmente se asumiera privadamente. La norma prevista para los contratos de larga duración, parecería razonable extenderla a los supuestos que los incumplimientos –no sólo dinerarios- se supusiera se hayan generado por fuerza mayor, caso fortuito, por imprevisión, alterando las bases de la relación contractual. Debemos pensar –con mentalidad empresarial- que las partes conocen la ajénidad del incumplimiento y tratarán de encontrar equilibrio en la paliación del daño ya sufrido o el futuro que causaría el incumplimiento.

Al margen de la natural vía que señala el art. 1011 CCC, el acuerdo que pudieran lograr, un deudor con uno de sus acreedores o un grupo de ellos, goza con la venia de los arts. 958, 959 y 960 CCC, con el límite que este último incluso faculta a los jueces de alterarlo “a pedido de una de las partes cuando lo autoriza la ley, o de oficio cuando se afecta, de modo manifiesto, el orden público”. Adviértase que se no refiere a normas imperativas sino de orden público –art. 12 CCC-

Contemporáneamente el Instituto Iberoamericano de Derecho Concursal – sede México- el 5 de mayo emitía su primera “Recomendación” ante la pandemia para que los gobiernos generaran un escudo protector para permitir la renegociación de buena fe, liberando todas las trabas generadas en cuentas corrientes o medidas cautelares para la continuidad de la actividad que resultara viable-.

⁴ FUSHIMI, Jorge Fernando – RICHARD, Efraín Hugo “PENSANDO EN LA SALIDA DEL AISLAMIENTO SOCIAL, PREVENTIVO Y OBLIGATORIO. IDEAS PARA MITIGAR LA CRISIS POST-PANDEMIA COVID-19.” PUBLICADO EN DIARIO LA LEY EL 8 DE MAYO DE 2020.

Al discutir esa y luego la II Recomendación, también sobre renegociación, a pedido de deudores o acreedores de acuerdos en trámite o anteriores, inclusive homologados, recordamos con el apoyo de Daniel Truffat la previsión introducida en la ley 19551 del año 72 en su reforma del año 1983 con los arts. 125-1 y 125-2 que validaba los acuerdos de buena fe para paliar la crisis, limitando su cuestionamiento para el caso de irrazonabilidad al tiempo de su gestación.

No es nada más que el recordatorio de las posibilidades de la autonomía de la voluntad para gestar los acuerdos privados y su validez, en cuanto no fuera en fraude a la ley.

Esas ideas se engarzaban y aún se engarzan a la fecha, en evitar que se promueva un concursamiento masivo saturando la actividad judicial, y en la convicción que deudores y acreedores quieren mantener la continuidad y estabilidad de sus respectivos negocios, evitando efectos más funestos aún, particularmente en la convicción que los cobros compulsivos, como los pedidos de quiebra, en nuestro país inician un intrincado camino judicial, difícil de ponderar en su extensión y resultado.⁵

2. LA PRECONCURSALIDAD PRIVADA.

Creemos, con esta introducción que esa renegociación es coherente con “el derecho de crisis de Sociedades” e implica un sistema de preconcursalidad privada, que Adolfo Ruillon llama el “primer pilar para enfrentar la pandemia” eliminando las crisis empresariales, ponderando sus ventajas y desventajas.⁶

En 1995 y al iniciar el análisis de la nueva legislación concursal argentina apuntábamos “...no pretendamos que ese objetivo lo cumpla necesariamente la legislación concursal y nos reduzcamos a un análisis crítico de si la actual legislación mejora a la anterior, o si ésta va a conseguir superar los problemas, o si va a conseguir ese objetivo que es el de mantener las empresas en marcha en cuanto sean viables... la ley concursal no es más que un marco viabilizador de lo que realmente sea también sociológica y económicamente... lo más importante es no pretender que la solución sólo de la legislación concursal sino de la integridad del sistema jurídica; y creo que lo muy particularmente interesante de la nueva ley es que a la autoprogramación, ... la vieja legislación hacia énfasis en la autoprogramación para solucionar el problema, y la nueva ley incorpora la heteroprogramación, particularmente en orden a las sociedades... Pero lo que es fundamental en este punto y es ajeno a la

⁵ RICHARD, Efraín Hugo “NO HAY QUE FOMENTAR EL INCUMPLIMIENTO (sobre la petición de quiebra por acreedor)”, “¡Libertad! para que el dolo y la mala fe encuentren una completa impunidad como lo comprueba lo general de las quiebras... Maldita sea la tal libertad, ni será el hijo de mi madre el que vaya a gozar de los beneficios que ella proporciona...” 1º de enero de 1834 General Dn. José de San Martín. Donde criticamos la idea de no “molestar” al deudor. Publicado en Doctrina Societaria y Concursal, n° 280 marzo 2011, Buenos Aires, Ed. Errepar Año XXIV, tomo XXIII, pág. 309. Y “¡MÁS JUSTICIA Y MENOS JUICIOS! CONSERVACIÓN DE LA EMPRESA Y PRECONCURSALIDAD SOCIETARIA” Publicado en edición N° 1 (febrero 2013) de la Revista de Derecho Comercial del Consumidor y de la Empresa (DCCyE, Editorial La Ley).

⁶ ROUILLON, Adolfo “El primer pilar legal para enfrentar una pandemia de insolvencia empresarial” en La Ley del 9 de junio de 2020, en folleto “El impacto de la pandemia en la empresa” parte II.

legislación concursal, es el tema de la responsabilidad de los administradores de una empresa y de los contralreadores de la misma en orden a haber autoprogramado correctamente, en haber adoptado las soluciones que la legislación prevé en orden al funcionamiento de las sociedades, esa actuación como buen hombre de negocios...por su falta de actuación oportuna en orden a los recursos que la ley les impone, que es eventualmente tener capitalizada la sociedad, liquidarla, ajustar el giro de los negocios a sus posibilidades..., y no meramente limitarse a aumentar cuantitativamente, sea por número de acreedores o por monto de las deudas, el pasivo de la empresa, porque eventualmente *le transfiero el problema a mis acreedores*⁷.

Al referirnos a la “autoprogramación” lo hacíamos al plan de negocios, y en orden a la “heteroprogramación” a una de las pocas normas específicas para la crisis de sociedades que lo era la posibilidad ante el fracaso de la propuesta del concursado que la hicieran terceros. Lo que constituía el original art. 48 LCQ, que mereció diversas opinables reformas.⁸

Resaltando la cuestión y transfiriendo decididamente el sistema de preconcursalidad a la legislación societaria, Beltrán ha sostenido que “Después de todo lo que se ha indicado, parece razonable pensar que la quiebra de una sociedad anónima –o limitada o comanditaria por acciones- debería convertirse en una institución residual, ya que el sistema preconcursal previsto legalmente debería ser suficiente para impedir que la sociedad llegase a ser insolvente...”. Esto nos obligara en otro apartado a distinguir los conceptos “cesación de pagos” de “insolvencia”.

En anteriores trabajos⁹ hemos ponderado ese método rápido, confidencial y de bajo costo –que hemos practicado intensamente-, así reconocido también por Karsten Schmidt¹⁰, y que se corresponde al criterio del buen hombre de negocios administrador de sociedades (business judgement rule), para afrontar los riesgos, hoy casi invalorable frente a la impredecibilidad que hemos apuntado resulta de la pandemia sanitaria y de la confinación social.

Recuerda Rouillon, que este primer pilar extrajudicial –los tres restantes son judiciales- tiene innumerables ventajas que acabamos de enunciar y que esa política es recomendada en los “Principios del Banco Mundial (abril 2001) principios 26 y 27 “Las

⁷ RICHARD, Efraín Hugo “Objetivo de una legislación concursal” en *Nueva legislación concursal y la participación del profesional en Ciencias Económicas. Jornadas de actualización*, Ed. Advocatus Córdoba noviembre 1995, pág. 15. También puede verse nro. “Responsabilidad de administradores societarios por insolvencia” en *Jornadas italoargentinas de derecho Perspectivas del derecho entre Latinoamérica e Italia Córdoba – Argentina 2004 – 2005*, Coordinadores Paolo Comanducci, Hugo A. Aguirre, Cristina Redondo, Ed. Alveroni, Córdoba, 2006, pág. 504.

⁸ La Escuela Comercialista de Córdoba ha convocado para los días 5 a 7 de agosto de 2020 a desarrollar las bianuales “Jornadas Interdisciplinarias de Derecho Concursal” en recordatorio a los 25 años de la Ley 24.522 –LCQ-.

⁹ RICHARD, Efraín Hugo “NOTAS EN TORNO A LA PRECONCURSALIDAD SOCIETARIA: UN ESTUDIO COMPARADO” Publicado en Revista de Derecho concursal y Paraconcursal, Editorial La Ley,. RPC 20/2014, Reseña Legislativa española y comparada. Madrid 2014, págs.. 423 a 446.

¹⁰ SCHMIDT, Karsten “El Derecho Societario y la intromisión del Derecho Concursal. El caso alemán” en: RDCO 297, 09/08/2019, 987

razones para el desarrollo de este proceso (los acuerdos informales) resultan importantes porque siempre son adecuados para el rescate”. Principios del Banco Mundial (2016) B.3, B.4 y B.5. y la Guía de Uncitral, 1ª. Parte, IIB “Negociaciones voluntarias de reestructuración”.

La preconcursalidad es hoy abordada por especialistas, como forma de paliar la ineficiencia de la legislación concursal, con métodos más inmediatos y de menores costes económicos y sociales¹¹. Pero esos especialistas en el derecho concursal suelen no abordar la preconcursalidad prevista en las legislaciones societarias, que tienen soluciones uniformes en el derecho comparado¹², basadas en la función de garantía del patrimonio social (o por lo menos del capital social).

En abril de este año, la especialista en reestructuraciones Juana Pulgar Ezquerro se refirió a la “Reestructuración empresarial y alarma Covid 2019: legislación preconcursal y concursal de emergencia”¹³, donde la distinguida colega reflexiona sobre la preparación de un escenario futuro de reconstrucción a través de la reestructuración empresarial, con soluciones amistosas al margen de los procedimientos tradicionales concursales, y que derivan de normas imperativas de la funcionalidad societaria.

Las desventajas que supone Rouillon están opacadas por la realidad. La posibilidad de que un disconforme intente judicializar su reclamo por vía individual o concursal es remota, pues el acreedor conoce los costos y el “oscuro camino” que inicia por los tiempos de un hipergarantismo procesal. Marca la vía de la capitalización –que autoriza e inclusive impone la ley societaria- como dificultosa para los Bancos, pero hemos intervenido en esas negociaciones y sabemos lo fácil que es zanjarlas mediante un fondo u otro mecanismo de intermediación, siempre disponible. Lo básico, como hemos anticipado, es la existencia de una presunción, de buena fe, de la viabilidad de la actividad y de la solución que se enfrenta basada en la clásica regla del “business judgement rule”.

A dos meses que pensáramos en la renegociación, como base primaria de la preconcursalidad no judicializada, el periódico “Infobae” apuntó¹⁴ que “En medio de la cuarentena, los acuerdos privados frenan una avalancha de pedidos de concursos y quiebras... las empresas buscan acuerdos por fuera de la legislación específica, o directamente bajan la persiana... no está provocando como sucedió en otras crisis, una avalancha de pedidos de concursos de acreedores en la Justicia, por la imposibilidad de pagar sus deudas... las empresas -tanto grandes como chicas- hoy buscan cerrar acuerdos privados con sus acreedores o directamente bajan la persiana sin pasar por un proceso judicial, que suelen percibir como largo y costoso..... las negociaciones privadas permiten negociar con

¹¹ PULGAR EZQUERRA, Juana *Preconcursalidad y acuerdos de refinanciación. Adaptado a la ley 38/2011 de 10 de octubre, de reforma de la ley concursal*, Ed. La Ley grupo Wolters Kluwer, Madrid julio 2012.

¹² “NOTAS EN TORNO A LA PRECONCURSALIDAD SOCIETARIA: UN ESTUDIO COMPARADO”, en Revista de Derecho concursal y Paraconcursal, Editorial La Ley, RPC 20/2014, Reseña Legislativa española y comparada. Madrid 2014, págs. 423 a 446.

¹³ La Ley España <https://diariolaley.laleyext.es/Content/Ir> artículo del 1 de abril de 2020.

¹⁴ Una nota de Ximena Casas del 13 de junio de 2020 (xcasas@infobae.com)

cada proveedor y acreedor e forma independiente)”).

Al día siguiente un comentario en La Nación, citando a un estudio jurídico prevé un incremento de los concursos, pero en el mismo Hernán Letcher, el economista que dirige el Centro de Economía Política (CEPA) señaló que en relación a ese opinable incremento “Esto dependerá, por un lado, de los mecanismos que impulsen a los privados para la renegociación de deudas (dado el aumento del endeudamiento generalizado de las empresas) y las medidas que pueda aplicar el Gobierno sobre el tema en particular y, a la par, de la celeridad o no que tenga la reactivación de las ventas en los próximos meses”.

Volviendo 6 años atrás¹⁵, en un estudio de derecho comparado publicado en España, que “No puede pretenderse que las crisis económico patrimoniales de las sociedades sean resueltas por el Derecho Concursal, particularmente por ser prevenidas por normas imperativas de la legislación societaria. Estas actúan como sistema preconcursal, dejando a la legislación concursal como un remedio marginal. Esta visión, a través de la legislación argentina se corresponde a las similares, a partir de las normas contenidas en el derecho comparado. La pérdida del capital social es una causal de disolución de la sociedad, que no atendida genera responsabilidad de administradores y condiciona quitas en acuerdos concursales que cabría tachar de abusivas y en fraude a la ley.”

Fuimos iluminados en la recorrida fascinante del referido libro de Juana Pulgar, que no recalca en los sistemas preconcursales societarios internos dado que la obra "Preconcursalidad y acuerdos de refinanciación" que comentamos no constituye un libro sobre la prevención de las crisis societarias, tema del que la autora ya se ocupó en "El concurso de sociedades en el Derecho europeo"¹⁶, sino sobre un momento en que la crisis económica del deudor ya se ha manifestado, analizándose las soluciones amistosas que las partes pueden alcanzar para la "composición de la crisis económica" en el marco de la autonomía de la voluntad (ex art. 1255 Cc). Elegimos, en esa ocasión, como punto de partida el derecho argentino no sólo por su conocimiento y práctica directa, sino por las especiales prácticas concursales que aceptan quitas y esperas confiscatorias de los créditos verificados, si es que pasaron la barrera del reconocimiento judicial, con particularidades que pueden sorprender.¹⁷

Edgar Baracat jurista y ministro de una cámara de apelaciones en lo civil y comercial de la Ciudad de Rosario, ha tenido a bien señalar la existencia de dos escuelas en aspectos de las crisis y su abordaje por el derecho concursal en la República Argentina, una clásica integrada por Ariel Dasso y una importantísima nómina de destacados juristas, y la otra en

¹⁵ RICHARD, Efraín Hugo “NOTAS EN TORNO A LA PRECONCURSALIDAD SOCIETARIA: UN ESTUDIO COMPARADO” Publicado en Revista de Derecho concursal y Paraconcursal, RPC 20/2014, Reseña Legislativa española y comparada. Madrid citado.

¹⁶ Monografía colectiva 1/2004 asociada a la Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal que edita La Ley

¹⁷ Las maniobras que pueden sorprender en nuestro país ante la ruptura de la universalidad, el manejo de los que pueden formar las mayorías para aprobar propuestas confiscatorias, consumando el negocio de alterar el principio fundamental de la organización societaria: que los riesgos y las pérdidas las soportan los socios, traspasándolas a los acreedores aprobando acuerdos con quitas confiscatorias que enriquecen directamente a la sociedad e indirectamente a los socios, que hasta pueden retirar dividendos.

ciernes compartida por un selecto núcleo de distinguidos colegas. Alguno de los integrantes de la primera, Miguel E. Rubin tuvo a bien calificar la posición mantenida por la segunda expresión como de “capitalismo de reposición”, a lo que supimos contestar poniendo frente a frente ese “capitalismo” con el que llamamos “capitalismo donatario”¹⁸. Con esto anticipamos que las soluciones –en el caso de sociedades- deben ser “societarias”, excluyendo particularmente las quitas como fraude a la ley societaria, cuando no también abusivas.

Desde hace muchos años sosteníamos que la conservación de la empresa se tutelaba en nuestro país en forma inmediata por la legislación societaria y en forma mediata por la legislación concursal¹⁹.

Sobre el “nuevo paradigma concursal europeo” se explicitó²⁰: “Como es sabido, hasta el momento no se ha armonizado en el marco europeo el tratamiento de las dificultades económicas del deudor que, teniendo una pluralidad de acreedores, es incapaz de satisfacerles a todos total o parcialmente. Esta armonización, hasta el momento tan solo se ha conseguido parcialmente en un ámbito procesal, a través del reglamento de insolvencia transfronteriza (Reglamento CE n° 1346/2000 del Consejo) que regulaba cuestiones de competencia, reconocimiento, ejecución, legislación aplicable y cooperación en los procedimientos transfronterizos de insolvencia, actualmente en proceso de revisión normativa.²¹ Esta ausencia de armonización determina que existan diferencias, en ocasiones sustanciales, entre los distintos derechos concursales europeos, en el modo de regular los mecanismos que permitan al deudor superar o al menos minimizar los efectos de su incapacidad de cumplimiento de las obligaciones, lo que, en un contexto de crisis económica como la actual, puede constituir en ocasiones elementos de “forum shopping”, “emigrando” los deudores, en particular personas jurídicas hacia modelos normativos europeos que sean más favorables a sus intereses. En este marco, ha de destacarse en el marco

¹⁸ RUBIN, Miguel Eduardo “La infracapitalización “argentinizada”: la utopía de la responsabilidad total y del capitalismo de reposición” y nuestra respuesta “SOBRE EL PATRIMONIO SOCIAL: ¿CAPITALISMO DE REPOSICIÓN O DONATARIO?”, en Revista del Derecho Comercial del Consumidor y de la Empresa, Ed. La Ley, Buenos Aires, año II n° 5 Octubre de 2011, pág. 151 y ss., respondiendo al artículo de Miguel Rubin publicado en el número anterior.

¹⁹ “La conservación de la empresa en las leyes de sociedades 19.550 y de concursos 19.551”, con Francisco Quintana Ferreyra, en *SUMMA SOCIETARIA* Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires 2012, tomo II pág. 1947.

²⁰ PULGAR EZQUERRA, Juana “El nuevo paradigma concursal europeo y su incorporación al Derecho Español”. Este trabajo recoge una versión ampliada de la conferencia impartida en Roma el 30 de junio de 2014, en la Corte de Cassazione, en el Congreso organizado por el Consiglio dell'ordine degli avvocati.

²¹ No olvidemos, sin embargo, que a nivel europeo se ha perseguido esta armonización desde el año 2000 (Reglamento CE n° 1346/2000 del Consejo) sobre procedimientos transfronterizos de insolvencia. Así, hay que citar la Resolución de 15 de noviembre de 2011 del Parlamento europeo, con recomendaciones a la Comisión sobre el procedimiento de insolvencia en el marzo del Derecho Europeo de sociedades; la comunicación sobre el Acta del Mercado Único II (COM (2012), 573 final), con la que la Comisión emprendió la modernización de las normas sobre insolvencia en la Unión Europea. Vid, además, Directiva 2001/23CE, que regula los derechos de los trabajadores en supuestos de transmisión de empresas y en particular el artículo 5 relativo a los procedimientos insolvencia. (vid European Commission Memo - Brussels 6 junio 2014 <http://ec.europa.eu/Reding>)

de la reestructuración preconcursal empresarial la frecuente "emigración" hacia el modelo de los "schemes of arrangement" regulados en el marco societario del Reino Unido.

Pero si la Recomendación de la Comisión Europea del 12 de marzo de 2014 es importante, es no sólo por lo que representa en orden a una armonización del Derecho Europeo de insolvencias, sino porque, además, recoge lo que parece constituir un nuevo paradigma en materia de insolvencia empresarial. Ponderó “La prevalencia de soluciones preconcursales contractuales de reestructuración” de un lado, la Recomendación de la Comisión establece la conveniencia de la prevalencia de soluciones que podríamos denominar contractualistas a las crisis económicas empresariales de carácter preconcursal, que permitan en una fase temprana reestructurar empresas viables con dificultades financieras, sobre la base de acuerdos entre el deudor y sus acreedores, sobre todo financieros, maximizándose con ello el valor de los activos, con mantenimiento de los puestos de trabajo. La razón que subyace a esta prevalencia de soluciones contractualistas es clara: con ello se reducen en el marco de autonomía de la voluntad de las partes los costes temporales, económicos y reputacionales que llevan consigo las tradicionales soluciones a las crisis económicas, por la vía de los tradicionales procedimientos judiciales de insolvencia²².

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, obviamente no en lo posterior al inicio de la actual crisis global-. 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 suscriptores del capital sino a una pluralidad de sujetos extraños a la sociedad, pudiendo llegar a quedar en sus manos las decisiones sociales²³. Sobre esos aspectos vamos a discurrir, pues constituyen lo que llamamos la preconcursalidad societaria.

Hace 32 años, Nissen –con quién 20 años después compartíamos ideas liminares de cómo encarar la “insolvencia societaria”²⁴, expresaba sobre el acuerdo de constituir sociedad con

²² PULGAR EZQUERRA, Juana "A contractual approach to overindebtedness: rebus sic stantibus instead of bankruptcy", en AAVV *Life Time Contracts*. Dir. Luca Nogler/Udo Reifner, Netherland 2014; y, con anterioridad, en la monografía "Preconcursalidad y acuerdos de refinanciación", Madrid 2012, Ed. La Ley.

²³ 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..

²⁴ RICHARD, Efraín Hugo "Insolvencia societaria. La integral aplicación de las normas sobre sociedades debe permitir prevenir la insolvencia de las mismas o la transferencia de los daños a los acreedores", en colaboración con Ricardo Nissen, a pág. 346 a 350 del tomo II. - Comunicaciones al VII Congreso Argentino de Derecho Societario y III Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa; y posteriormente "Insolvencia societaria" también con Ricardo Augusto NISSEN, en AAVV "XV Jornadas de Institutos de Derecho Comercial de la República Argentina – Temas

el deudor concursado: “La doctrina ha criticado esta solución, con fundamento en las dificultades que la misma ocasiona en la práctica, y más concretamente en el escaso interés que puede despertar entre los acreedores el constituir una sociedad comercial con quien ha incurrido en estado de cesación de pagos. Sin embargo, estimo a que si bien la propuesta aludida no es corriente dentro de nuestra práctica concursal –que por lo habitual se limitan al ofrecimiento de quitas, esperas o una combinación de ellas- tal circunstancia se debe a que la ley 19551 no contiene las disposiciones necesarias que reglamenten –en forma análoga al acuerdo por cesión de bienes-, la constitución de una sociedad mercantil en la cual los acreedores del concursado suscriban e integren mediante el aporte de sus respectivos créditos contra la concursada, el capital de una nueva sociedad o un aumento al capital de la sociedad concursada, que le permita a ésta reintegrarse a la actividad productiva”²⁵.

Es importante ese discurso, que no compartimos totalmente, pues esas cuestiones quedan resueltas por la autonomía de la voluntad imperante para constituir o reconfigurar una sociedad, que nunca estuvo prohibida. Tampoco seduce a los acreedores la quita, y son mejores las soluciones societarias con especiales convenios²⁶.

El “obstáculo” es el “negocio”²⁷ que intentan formalizar los socios y administradores de la sociedad en problemas, particularmente si se ha decidido concursarla. Sobre ello expresaba el jurista E. Daniel Truffat en su disertación “El Derecho Concursal en los tiempos de la gran contracción”: “...La “concuralidad” en tanto técnica jurídica es, básicamente, una regla de reparto de pérdidas frente al fenómeno insidioso de la *cesación de pagos*. Su norte es evitar la propagación de tal fenómeno –dado que la imposibilidad de cumplimiento de un sujeto cualesquiera, bien puede desencadenar *en catarata* otras imposibilidades y así al infinito²⁸...Este (o sus propietarios) no podrán, o –al menos- no deberán, “hacer negocio” de tal contribución colectiva, pero sí recibirán de tal esfuerzo común la provisión de condiciones mínimas para superar el mal momento (o, al menos, lo recibirá la empresa²⁹, si

Societarios y Concursales” Edición de la Fundación para la Investigación y Desarrollo de las Ciencias Jurídicas, Buenos Aires 2008, pág. 93.

²⁵ NISSEN, Ricardo A. “Necesidad de reglamentar la constitución de sociedad entre el concursado y sus acreedores como contenido de la propuesta de acuerdo preventivo”, pág. 205 del libro AAVV *Derecho concursal. Primeras Jornadas Nacionales*, Buenos Aires 1980, Ed. Lerner, >Organizadas por la Asociación de Abogados de Buenos Aires.

²⁶ FUSHIMI, Jorge F. y nosotros, comunicación al VIII° CONGRESO ARGENTINO DE DERECHO CONCURSAL y VI° CONGRESO IBEROAMERICANO DE LA INSOLVENCIA (Tucumán (R.A.) septiembre de 2012) “LA QUITA EN CONCURSOS DE SOCIEDADES Y SU TRATAMIENTO FISCAL (y algunos aspectos periféricos)”t. 1 p. 635.

²⁷ Trasladar la asunción de las pérdidas a los acreedores cuando por la naturaleza de la relación societaria es a cargo de los socios.

²⁸ Nosotros, al analizar la situación de las empresas que prosiguen el giro sin patrimonio adecuado, señalamos: “...La demostración de la ineficiencia de un sistema lo constituyen las sociedades que actuando en cesación de pagos contagian ese estado a los que tengan vínculo con ella...”, autor citado, “Relaciones de organización. Sistema societario”, pág. 171

²⁹ “...Desde que comenzó a emplearse el “método gubernativo” se viene trabajando con un conjunto de ideas que hoy aparecen receptadas por el principio de “conservación de la empresa”. La empresa es mucho mas que los bienes que la integran. La combinación armónica y dinámica de los elementos subjetivos y objetivos (personas, elementos materiales y tecnología) tiene un valor para los particulares y un valor –también- para la sociedad. Maffía ha demostrado que la política de conservación de las empresas socialmente útiles desplazó a la liquidación falencial del lugar prioritario que ocupaba desde su origen...”, Rubín, Miguel E., op ya cít, pág. 27

la solución consistiera entre otras medidas en el cambio de titulares). Un concurso rehabilitatorio que no contemple un “sacrificio compartido” sería un abuso”³⁰.

La imperdible presentación del Director en un Tratado³¹ constituye una autopsia de la legislación concursal desde el año 1995, pero con agudísimas referencias al uso desviado, ajurídico y amoral del proceso concursal, o de la supuesta versión “extrajudicial” del APE: “...todos conocemos lo grave que significó para una comunidad con un nivel de moral colectiva tan bajo como el que ya existía en ese momento en nuestro País, la castración de las acciones de responsabilidad... autores tan serios como Bergel o Maffia hablaron del *réquiem* de estas acciones para beneplácito de los *pillos*. No menos grave fue el mantener *intocada* la normativa referida a la extensión de la quiebra, dejándose librados a síndicos y damnificados a tener que enfrentar a *pícaros aggiornados* que utilizan mecanismos de máxima sofisticación para estafar ... ampliando aún más la situación de significativa impunidad que se otorgó a los comerciantes y empresarios inescrupulosos *carta blanca* para delinquir...nadie ignora que su empleo generalmente se ha venido dando desde entonces siempre en situaciones sospechadas de fraude en las que el *cramdista*...por lo común terminaba siendo un allegado al cuasi-fallido *pillo*, que desembarcaba como tal –tras fracasar como concursado –a través de una sociedad *off shore* o de un amigo de turno, cuando no del *testaferro* de estilo...corresponde evaluar qué actitud asumió nuestra veleidosa *comunidad jurídica* frente a aquella crisis, y como acompañó las situaciones posteriores, ante institutos tan bochornosos como el APE...y harto peligrosos... nuevamente recorro a Cámara: *El principio de conservación de la empresa no constituye una patente de corso para la gestión empresarial*... los APE fueron utilizados para convalidar verdaderos despojos...”. Que los hemos vivido en la década inicial de este Siglo.

Se ha sostenido que la legislación societaria es preconcursal, paraconcursal o anticoncursal, cuya normativa opera en el derecho comparado “como un instrumento preconcursal”³², “tiene una función *preconcursal* o *paraconcursal*, considerando algún otro considerarla como *anticoncursal*”³³, y ante los estudios que tratan de rescatar esas normas, desde lo concursal se ha avanzado en las recientes reformas española de la ley de sociedades y la italiana³⁴, en una compatibilización que no estamos en condiciones de juzgar. Es que la

³⁰ La cita completa puede verse en nto “LA CRISIS DE LA ORGANIZACIÓN SOCIETARIA” “Lo que digo no lo digo como hombre sabedor, sino buscando junto con vosotros” (frase insignia del semanario BÚSQUEDA –Uruguay-). “Sólo los ignorantes creen que la verdad es definitiva y maciza, cuando apenas es provisoria y gelatinosa. Hay que buscarla porque anda corriendo de escondite en escondite. Y pobre del que emprenda en soledad esta cacería” (Del discurso de Pepe Mujica, candidato a Presidente del Uruguay, el 29 de abril de 2009 en el Palacio Legislativo, publicado en dicho Semanario), disertación de apertura de la Comisión del mismo nombre en el V Congreso Iberoamericano de Derecho Concursal, realizado en Montepulciano, Italia, 23, 24 y 25 de septiembre de 2009, organizado por el Institución Iberoamericano de Derecho Concursal con sede en México, que puede verse en nto citado libro *Perspectiva del Derecho de la Insolvencia*.

³¹ *LEY DE CONCURSOS Y QUIEBRA COMENTADA*, AAVV, Ernesto E. MARTORELL Director, Ed. La Ley, Buenos Aires, mayo 2012, 5 tomos (págs. 1016, 936, 846, 1129 y 1463 respectivamente).

³² URÍA, R.; MENÉNDEZ, A. y GARCÍA de ENTERRÍA, J.” La sociedad anónima: disolución” Cap. 4, pág. 1001 en *CURSO DE DERECHO MERCANTIL* dirigido por Rodrigo URÍA y Aurelio MENÉNDEZ, Ed. Civitas, Madrid 1999, tomo I, especialmente “Las pérdidas graves” págs. 1009 a 1013.

³³ DÍEZ ECHEGARAY, José Luis *Deberes y Responsabilidad de los Administradores de Sociedades de Capital*, 2006, Ed. Thomson-Aranzadi 2ª edición, Navarra. p. 387.

³⁴ STRAMPELLI, Giovanni “Capitale sociale e struttura finanziaria nella società in crisis, en *Rivista delle Società*, anno 57, 2012, lugrio-agosto 2012, fascicolo 4, pág. 605, Ed. Giuffrè Editore, Italia 2012, donde se analiza la disposición conenida en el decreto ley del 22 de junio de 2012, n. 83, donde se impone la reconstrucción del capital social o el concurso de la sociedad, en forma similar a lo previsto en la última reforma española.

doctrina italiana reiteraba 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 doctrina³⁵.

El obiter dictum de la Corte en el caso Comercial del Plata S.A. representa una clara visión de cómo afrontar las crisis de las sociedades, y marca el camino: volver al principio. En efecto, nuestra Suprema Corte de Justicia de la Nación ha dado una pista en fallo del 20 de octubre de 2009 en un “obiter dictum”, al acoger planteos de arbitrariedad contra la sentencia homologatoria en el concurso de “Sociedad Comercial del Plata S.A. y otros s/ concurso preventivo”. Esa resolución de la Corte apunta a aventar la falta de transparencia en que suelen transcurrir los procesos de aprobación de la propuesta de acuerdo – normalmente no integrada y por tanto improponible³⁶ – para la obtención de las mayorías necesarias para aprobar acuerdos que hemos calificado como predatorios y confiscatorios³⁷. El voto de la mayoría presenta, en torno a la propuesta de acuerdo abusiva, una concordancia con el precedente “Arcángel Maggio S.A.”³⁸. No ingresamos en aspectos centrales del fallo en torno a la arbitrariedad, la obstaculización del voto, la afectación del derecho al debido proceso, lo predatorio de la propuesta y la afectación del derecho de propiedad o a la sustracción de uno de los principales activos a través de no ejercer una suscripción preferente sobre una controlada, que resultan claramente expresados en el voto mayoritario y en la ampliación de la Dra. Highton, que podemos resumir en la transcripción de dos líneas: se afectaba “al debido proceso y al ejercicio abusivo del derecho con grave afectación de la propiedad”³⁹. El “obiter dictum” es expresado contundentemente en un párrafo del voto mayoritario, en iluminante afirmación: “El proceso concursal, como última ratio preventiva que procura remediar el estado de cesación de pagos, atendiendo coetáneamente la protección de la empresa y la satisfacción del derecho de los acreedores”.

El calificar al concurso como “última ratio preventiva que procura remediar el estado de cesación de pagos”, reconoce directamente que existen otros remedios para afrontar la

³⁵ NIGRO, A. *Le società per azioni nelle procedure concursuali*, in *Trattato delle società per azioni*, diretto da G.E. Colombo e G.B. Portale, 9º, Torino 19934, 209 ss.

³⁶ RICHARD, Efraín Hugo “Integración de la propuesta de acuerdo en concurso societario (en torno a reciente fallo señero)” en *Jurisprudencia anotada de RDCO* n° 234, Enero Febrero 2009, Ed. Abeledo Perrot, pag. 79.

³⁷ RICHARD, Efraín Hugo “LA EMPRESA: SU ORGANIZACIÓN Y CRISIS”, en *ibro Homenaje al Profesor Alfredo Morles Herández*” *AAVV*, tomo III *DERECHO FINANCIERO Y DERECHO CONCURSAL*, Capítulo 67, pag. 645, Ed. Universidad Católica Andrés Bello, Caracas 2012..

³⁸Lo que se apuntan Gabriela Boquin y Ricardo Augusto Nissen en “UN EJEMPLAR FALLO EN MATERIA DE TRANSPARENCIA DE LOS PROCESOS CONCURSALES”, en “El Cronista Comercial” del 21 de octubre de 2009.

³⁹ Como parangón de los comentarios a la Res. 125/2008 que impuso retenciones a la exportación de soja, sosteniéndose como límite de lo no confiscatorio el tercio, pese a ser una cuestión de derecho público, no advertimos la razón por la que no se aplica la misma jurisprudencia citada a impedir la confiscación de los créditos de los acreedores que no votaron, que lo hicieron negativamente o que no pudieron votar por el trámite a que estaban sometidos. Sobre el punto puede verse en los libros del “VI Congreso Nacional de Derecho Concursal y IV Congreso Iberoamericano de la Insolvencia”, Santa Fe 2006, Tema: CONCURSOS CON PROPUESTAS ÍRRITAS: “VISION BÁSICA CONSTITUCIONAL DE PROPUESTA ÍRRITA DE QUITA Y ESPERA” que presentáramos con el Profesor Dr. José Luis PALAZZO, Tomo I pag. 715, bajo el Sub tema: Constitucionalidad de la propuesta

crisis en forma preventiva. Sin duda la posibilidad de las soluciones negociadas extrajudicialmente.

Atiende así a los recursos societarios para afrontar la crisis que registra imperativamente la ley societaria específica, por lo que el concurso aparece –cuando no se ha intentado previamente aquél- como abusivo⁴⁰, y enrarecido por la posibilidad de un negocio como señala un calificado autor⁴¹. No debe olvidarse que una quita implica un empobrecimiento de los acreedores –como señala la Corte- y un enriquecimiento para el patrimonio social, y por ende de los accionistas– particularmente los de control-. En concreto, la afirmación de la Corte pone en el centro de la cuestión la omisión de la “preconcuralidad societaria”, o sea el uso de las técnicas concursales o preconcursales sin intentar las previsiones que marca el derecho específico de la organización societaria, a fin de beneficiarse con quitas y esperas impuestas por las mayorías logradas –con diversas “técnicas” como la relatada en el voto de la mayoría-.

Con esta visión se construye un sistema de preconcuralidad 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-, de no 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 ante proyecto novedoso en torno a la responsabilidad de administradores societarios por no haber afrontado la crisis y desde la óptica del derecho de daños⁴².

⁴⁰ RICHARD, Efraín Hugo. *Insolvencia societaria*, Ed. Lexis Nexis, Buenos Aires 2007, y nuestra comunicación al V Congreso Iberoamericano de Derecho Concursal, Montepulciano Italia septiembre 2009:” LA CRISIS DE LA ORGANIZACIÓN SOCIETARIA” y los precedentes allí indicados, que puede verse en la referida página electrónica.

⁴¹ TRUFFAT, E. Daniel “EL DERECHO CONCURSAL EN LOS TIEMPOS DE LA “GRAN CONTRACCIÓN” (en comunicación al Congreso citado en la nota anterior), apuntando: “Hace años que con la colaboración de queridos amigos, venimos señalando que –al menos en el derecho argentino “soplan nuevos vientos”. Y, de modo muy notable, ello ocurre en el ámbito societario y concursal ... Este escenario novedoso ... nos impone: *pensar el derecho*. Pensar en clave colectiva en pos de articular soluciones...La “concuralidad” en tanto técnica jurídica es, básicamente, una regla de reparto de pérdidas frente al fenómeno insidioso de la *cesación de pagos*⁴¹. Su norte es evitar la propagación de tal fenómeno –dado que la imposibilidad de cumplimiento de un sujeto cualesquiera, bien puede desencadenar *en catarata* otras imposibilidades y así al infinito ⁴¹...Librado a las solas fuerzas del mercado, la impotencia patrimonial de un cierto sujeto irrogaría, una guerra de todos contra todos, la eventual satisfacción del más fuerte, la absoluta falta de atención de los derechos de los mas débiles y la directa desaparición del baldado...Pero además, y el tema toma otro cariz en vía preventiva, cuando se está frente a un sujeto recuperable..., cuando está en juego la preservación de fuentes de trabajo.... Este (o sus propietarios) no podrán, o –al menos- no deberán, “hacer negocio” de tal contribución colectiva, pero sí recibirán de tal esfuerzo común la provisión de condiciones mínimas para superar el mal momento (o, al menos, lo recibirá la empresa⁴¹, si la solución consistiera entre otras medidas en el cambio de titulares). Un concurso rehabilitatorio que no contemple un “sacrificio compartido” sería un abuso”.

⁴² 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. 8°. Ausencia de sede y responsabilidad de administradores (II). Tomo III pág. 579. 9°. Pretensiones patrimoniales y contratos comprendidos en art. 20 ley 24.452,

Omitir las vías concursales societarias, para intentar las de reactivación en una presentación en concurso permite avizorar el nacimiento de acciones de responsabilidad. El informe general del síndico u otros elementos agregados al juicio concursal podrán acreditar el incumplimiento de los deberes societarios del administrador, y fundar la promoción de acciones de responsabilidad individuales por parte de ciertos acreedores. Particularmente aquellos no informados con los que contrataron estando la sociedad en cesación de pagos. Este informe general en el concurso facilita la prueba de los extremos que podrán invocar esos acreedores, que -en otros casos- puede ser bastante dificultosa, como se señala en la doctrina de los Estados Unidos de Norteamérica⁴³.

Siguiendo con Emilio Beltrán al referirse a “La imposibilidad manifiesta de realizar el fin social”, nuestra equivalencia de “cumplimiento del objeto social”, expresa “Hipótesis típica de imposibilidad manifiesta de conseguir el fin social es la *infracapitalización material*, es decir, aquel supuesto en que la sociedad carece, en el momento constitutivo o con posterioridad, de los fondos suficientes para el ejercicio de la empresa que constituye el objeto social (sobre el concepto y las clases de infracapitalización, v. C. Paz-Ares, en ADC, 1983, 1588-1595). En efecto, si los fondos sociales son manifiestamente insuficientes para el desarrollo del objeto social y los socios no proceden a su adecuación (v. gr. Aumentando el capital social, eliminando o modificando alguna de las actividades de su objeto) la sociedad se encontrará en una situación de imposibilidad de realizar el fin social (cfr. C. Paz-Ares ob. Cit. 1608, 1611; J.C. Sáenz *El objeto social*, 343; J. Massaguer, en RGD, 1990, 5571).”⁴⁴

Compartiendo una visión anticipatoria de las crisis y ante su globalización, el Instituto Iberoamericano de Derecho Concursal –sede México- (IIDC) recomendó como un escudo protector el dictado de normas de emergencia, que fueron analizadas largamente, motivando una declaración denominada “Colaboraciones y Recomendaciones para un Derecho Global de Crisis”, elaborada en continuas “entrevistas” colectivas de los Miembros de varios países de su Comité Académico y otros miembros, el día martes 5 de mayo de 2020⁴⁵: “2.1.- Normas generales anti crisis. 1. Se prorrogarán por 90 y hasta 120 días el vencimiento de todas las obligaciones instrumentadas en cheques de pago diferido u otros títulos valores. 2. Se dejarán sin efecto por el mismo plazo las sanciones por cheques rechazados, reabriéndose las cuentas corrientes, dejándose en suspenso los embargos trabados y los no efectivizados. 3. Suspensión de pagos de tributos durante el período en que se haya impedido por razones de la pandemia sanitaria la actividad gravada. En su defecto, ampliación de los plazos de pago de las obligaciones tributarias. 4. Se analizará la conveniencia de crear Fondos o Fideicomisos de Garantía Bancaria para que sociedades o personas no calificadas con actividad empresarial puedan acceder al crédito. Ello con la posibilidad de que ante el impago esos Fondos o Fideicomisos puedan convertir su acreencia en acciones o participaciones del

Competencia de árbitro frente al concurso. Tomo IV pág. 243.

⁴³ Entienden los autores norteamericanos sobre la incerteza sobre la responsabilidad de administradores y confirmando las obligaciones de alegar y probar a cargo de los actores que hacen extremadamente gravosas estas acciones. RIBSTEIN L. *Another perspective on Citigroup and AIG* en “blogs.law.harvard.edu”.

⁴⁴ BELTRÁN “La disolución...” cit. págs. 100/101.

⁴⁵ Los resaltados corresponden a nuestra intención de resaltar lo recomendado.

deudor incumplidor. Se aconseja que en ese caso los créditos, sin riesgo de cobrabilidad, se otorguen a tasa 0 o similar. 5. Las tarjetas de crédito permitirán que los saldos sean satisfechos en 6 meses sin interés. 6. Suspensión de los aumentos de tarifas, salarios, combustibles, alquileres, lo cual sólo puede hacerse por decisión gubernamental. Control administrativo de precios de la canasta básica sanitaria y alimentaria.”.

Se coincide así como bien jurídico tutelado la necesidad de conservar la actividad empresarial y los puestos de trabajo o empleos que genera. Vertiginosamente se activan posiciones, análisis, críticas constructivas, por la doctrina comercialista, particularmente de la concursal, sobre como enfrentar la coyuntura que se avecina con la finalización de la inactividad judicial, y que ya se perfila en otros países. Daniel Truffat ha descripto la situación magistralmente en una Editorial en el Diario La Nación del 7 del corriente mes de junio de 2020. Se supone a la apertura de la feria o inhabilidad judicial –terminología confusa- la promoción y activación de procesos concursales, con problemáticas múltiples, algunas curiosas, que no sólo atascarán al Poder Judicial sino desafiarán la creatividad de los miembros del poder judicial.

Los emprendimientos objeto de una sociedad deberían asegurar la conservación de la empresa viable, inclusive facilitando escisiones u otras colaboraciones, pero de ninguna forma aprovechando la circunstancia para beneficiar a los titulares actuales con perjuicio de los actuales perjudicados o cumplidores o acreedores, salvo acreedores financieros –no bancarios-, pues en este caso se estaría reajustando o equilibrando el negocio inicial con sobrecarga de intereses.

Formando parte de la visión del IIDC como escudo protector, recomendó:
“2.3.- Sociedades.

2.3.1. Hasta los 90 días posteriores a que cada país libere la pandemia societaria, las sociedades que tengan dificultades no podrán distribuir dividendos y deberán renegociar privadamente sus relaciones:

1. con sus acreedores de cualquier naturaleza la conversión de las obligaciones en préstamos cancelables con los beneficios de la actividad futura, bonos u obligaciones convertibles en acciones, incorporación a fondos de negocios participativos o capitalización con acciones rescatables o no. No se aceptará la negociación de quitas salvo para acreedores financieros no bancarios.
2. Con sus trabajadores, las condiciones laborales hasta recuperar la actividad normal, que podrán ser diferentes conforme el rubro.
3. Con el Estado renegociará planes en torno a impuestos adeudados o que se generen hasta volver a la actividad normal.
4. Quedan suspendidas las previsiones de la legislación societaria en cuanto a causales de disolución y responsabilidad de administradores y socios por causa de los desajustes patrimoniales o financieros generados con posterioridad a la declaración de inactividad en cada país y de la invocación de la afectación de la pandemia.
5. Vencido el plazo de renegociación y habiéndolo intentado con todos sus acreedores, podrán promover las acciones que estimen corresponderles, o

presentarse en concurso. Las renegociaciones que hubieren alcanzado mantendrán su validez. Tampoco le podrán pedir medidas cautelares o quiebras en el período obligatorio de renegociación.

Remata el IIDC su esquema protector con las siguientes recomendaciones en torno a concursos “2.4. Normas concursales.

Se recomienda, congruente con el marco de la renegociación obligatoria, adoptar algunas de las siguientes propuestas:

- 1.- Suspensión por 90 hasta 120 días de la declaración de concursos necesario.
- 2.- Suspensión por hasta 90 a 120 días de la declaración de quiebra o de liquidación del activo en caso de incumplimiento de convenios o acuerdos privados de reorganización.
- 3.- Analizar las normas sobre acuerdos privados de reorganización, de modo de facilitar los mismos a fin de evitar el colapso de las sedes judiciales frente a la presentación de solicitudes de declaración de concursos, sean voluntarios o necesarios.
- 4.- Generar mecanismos legales –transitorios o definitivos- para lograr el acceso al crédito de las empresas de se encuentren en etapa de convenio concursal o hayan promovido un acuerdo privado de reorganización. ...”.

El largo análisis precedente, impone la indagaciones de las actuales normas de la LGS y su imperatividad, para determinar la concordancia que venimos sosteniendo y la coherencia con el obiter dictum de la Corte que subrayamos.

3.LAS NORMAS IMPERATIVAS: EL CODIGO CIVIL Y COMERCIAL, Y LA LEY GENERAL DE SOCIEDADES.

El derecho societario contiene un verdadero sistema preconcursal y resulta paradójico que en los concursos de sociedades –en los que el informe general del síndico suele dar cuenta que llevan varios años operando en cesación de pagos –e incluso en insolvencia-, no se advierta que los administradores han gestado un plan para afrontar la crisis y sometido a los socios para eliminar causales de disolución –pérdida del capital social y/o imposibilidad sobreviniente de cumplimiento del objeto social-⁴⁶. Afrontar las causales de disolución, importa una verdadera preconcursalidad privada, prevista en la legislación societaria.

Es que la legislación societaria –que no ha sufrido las modificaciones generadas en la concursal- contiene previsiones imperativas para asumir la crisis tempestivamente y a bajo coste, sin generar daños. No puede pretenderse que el derecho concursal resuelva las crisis societarias al margen de las previsiones de la ley específica para afrontarlas. Los arts. 150 CCC y 1 LGS dan cuenta de ello.

⁴⁶ “El PLAN DE EMPRESA (o como asumir crisis tempestiva y extrajudicialmente)” citado.

Sobre este aspecto y en torno al muro de la autosuficiencia con el que alguna doctrina interpreta la legislación concursal, o con la que se pretende su reforma, ha sido derrumbado por Daniel Truffat en su "ponencia no competitiva"⁴⁷ sosteniendo "La pérdida de autosuficiencia del Derecho Concursal y su necesaria integración no solo con normas supraleales de base constitucional, sino con el derecho positivo clásico". Ya antes expresaba⁴⁸: "Hace años que con la colaboración de queridos amigos, venimos señalando que -al menos en el derecho argentino "soplan nuevos vientos". Y, de modo muy notable, ello ocurre en el ámbito societario y concursal... Este escenario novedoso... nos impone: *pensar el derecho*. Pensar en clave colectiva en pos de articular soluciones ...".

Intentamos una visión sistémica en *Insolvencia societaria*⁴⁹ y luego en *Perspectiva del derecho de la insolvencia*⁵⁰.

Las normas imperativas del derecho societario actúan como un sistema cautelar. Apuntemos algunas normas de la persona jurídica en el actual Código Civil y Comercial, vigente desde agosto de 2015. Los artículos 2° y 141 y ss. CCC aseguran la construcción del sistema jurídico en torno al régimen aplicable a las sociedades. El art. 2° de la actual LGS que se refiere a "sujeto de derecho", congruente con el CCC en su art. 148. Nos hemos ocupado de la cuestión⁵¹.

Con ese reconocimiento normativo de la personalidad jurídica de las sociedades, el CCC impone el orden normativo de regulación de esas personas jurídicas, acotando la autonomía de la voluntad en su Art. 150 como analizaremos.

De Castro y Bravo⁵² advierte la existencia de un sustrato fáctico concreto de la persona jurídica, observando que esta noción tiene una raíz más profunda que se funda en las organizaciones que se distinguen de los hombres que las constituyen y que las rigen, con un fin distinto al de los asociados y administradores. **Las normas que integran el Derecho de sociedades se muestran como reglas al servicio de una técnica de organización, predispuesta, a las que se accede por la autonomía de la voluntad cumpliendo sus**

⁴⁷ En el VIII CONGRESO DEL INSTITUTO IBEROAMERICANO DE DERECHO CONCURSAL. MEXICO D.F. (MEXICO), 17 a 19 de mayo de 2012.

⁴⁸ En en Montepulciano, en el VI Congreso Iberoamericano de Derecho Concurso (2011), en su comunicación "*EL DERECHO CONCURSAL EN LOS TIEMPOS DE LA "GRAN CONTRACCIÓN"*" ya citado.

⁴⁹ Ed. Lexis Nexis, Buenos Aires 2007.

⁵⁰ Ed. Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Córdoba 2010, en cuya presentación expresamos que "además de rendir cuentas de nuestra gestión –como ex primer Vicepresidente Académico del Instituto Iberoamericano de Derecho Concursal con sede en México-, tratamos de presentar nuestra sistemática constructivista sobre la insolvencia, particularmente, la societaria...".

⁵¹ RICHARD E.H. "PERSONA JURIDICA Y TIPICIDAD. Ponencia a Jornadas Nacionales sobre la Unificación de las Obligaciones Civiles y Comerciales, Bs. As. 4/5 de diciembre de 1986; "Persona jurídica, empresa, sociedad y contratos asociativos en la unificación del derecho privado" en "1a. Conferencia Internacional sobre la unificación del derecho privado argentino", Tucumán octubre 1987 "PERSONALIDAD DE LAS SOCIEDADES CIVILES Y COMERCIALES, TIPICIDAD E INOPONIBILIDAD DE LA PERSONALIDAD JURIDICA COMO EXTENSION DE LA RESPONSABILIDAD DE SOCIOS O CONTROLANTES, EN EL DERECHO ARGENTINO, en Rev. de Derecho Mercantil, Nos. 193-194, Madrid 1989; "LA PERSONA JURIDICA EN LA EVOLUCION CONTEMPORANEA en Anales de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, tomo XXV Pág. 81 y ss.. Otros pueden verse en la página electrónica de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba www.acaderc.org.ar

⁵² DE CASTRO y BRAVO, F. *Compendio de Derecho Civil. Introducción y Derecho de la Persona*, reimpr. de la 5ª ed. actualizada, impr. R. GARCÍA BLANCO, Madrid, 1970, pág. 22.

requisitos, a lo que denominamos como *relaciones de organización personificadas*⁵³. De todas formas, el mapa de las personas jurídicas se amplía día a día a impulso de la realidad, algunas veces con fuertes críticas como es el caso límite del consorcio de propiedad horizontal. No todas esas relaciones son personificadas, en nuestro sistema sólo las reconocidas por el legislador –art. 141 CCC-. A su vez se asume un criterio amplio para las figuras asociativas no personificadas –o sea las relaciones de organización en el terreno asociativo-, abordadas por los arts. 1442 y ss. CCC, destacando el art. 1446 que dispone “Además de poder optar por los tipos que se regulan en las Secciones siguientes de este Capítulo, las partes tienen libertad para configurar estos contratos con otros contenidos”.

En las comunidades se ha dado lugar a la constitución de *organizaciones*, recurriendo a lo que ha sido descripto como una “*técnica de organización unitaria de un patrimonio o de un grupo de personas, mediante el reconocimiento por el Ordenamiento positivo de la titularidad de derechos subjetivos, así como de obligaciones*”⁵⁴; es decir: la separación patrimonial entre el ente y sus miembros; la autonomía de patrimonios: en definitiva, la Personalidad Jurídica, como algo distinto de la mera suma de los socios componentes de la sociedad⁵⁵ -noción recogida por el art. 143 CCC-. Como respuesta a la recomendación de UNCITRAL y la labor de muchos de nosotros resulta imposible actualmente desconocer, como afirma José Embid,⁵⁶ el largo proceso que ha conducido a situar al elemento organizativo en núcleo esencial del concepto de sociedad.

El ente personificado por la ley está a disposición de la autonomía de la voluntad, que permite elegir la estructura conveniente al negocio jurídico de duración y organizado, cumpliendo los recaudos legales hacerlo oponible a todos los terceros, acreedores individuales de los socios o de los que se vinculen con el nuevo centro imputativo.

Los artículos implicados en la concepción de persona en CCC van desde el art. 141 hasta el art. 167.

La base de la existencia autónoma de una persona jurídica es el patrimonio para imputarle directamente derechos y obligaciones generados por su representación orgánica. El patrimonio de las sociedades es la prenda común de los acreedores. La personalidad es en beneficio de los acreedores y no tiene nada que ver con la limitación de responsabilidad. El patrimonio es el principio de la función de productividad y debería fijarse en orden a un plan de negocios, pues será el punto básico para la responsabilidad de sus miembros coherente con el fundamental art. 143 CCC: “*Personalidad diferenciada. La persona jurídica tiene una personalidad distinta de la de sus miembros. – Los miembros no responden por las obligaciones de la persona jurídica, excepto en los supuestos que expresamente se prevén en este título y lo que disponga la ley especial*”. Integrándose con el art. 150 CCC y LGS.

⁵³ RICHARD, E.H. *Organización asociativa*, Ed. Zavallia Buenos Aires 1994, pág. 143: “LAS RELACIONES DE ORGANIZACIÓN Y EL SISTEMA DEL DERECHO PRIVADO PATRIMONIAL NEGOCIAL (una contribución para el debate)” en 1er. Congreso Internacional “El Derecho Civil en Latinoamérica y Filipinas, concordancias y particularidades” (dic. 2013, Málaga, Congreso Virtual).

⁵⁴ GUYON, Y.: *Droit des affaires*, t. I, Droit commercial général et Sociétés, edit. ECONOMICA, 8ª ed., Paris, 1994, p. 130; DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, M.: “La Personalidad jurídica del Comerciante Social”, en *Estudios de Derecho mercantil. (La Empresa y el empresario - Constitución, modificación y extinción de sociedades mercantiles - Uniones de empresas y sociedades)*, t. I, EDITORIAL DE DERECHO FINANCIERO/EDITORIALES DE DERECHO REUNIDAS, 2ª ed., revisada, corregida y al día, Madrid, 1977, p. 167.

⁵⁵ GARRIGUES DÍAZ-CABAÑATE, Joaquín.: *Tratado de Derecho mercantil*, t. I, vol. 1º, Madrid, 1947, p. 456, quien señala que “la Sociedad no es la suma de los socios, sino algo que está por encima de ellos, rebasando su personalidad física”.

⁵⁶ EMBID, José. “Notas sobre el régimen jurídico de las entidades sin ánimo de lucro, su estructura interna y la responsabilidad de sus órganos gestores (especial referencia a las fundaciones)”. p. 83.

Es el efecto de la división patrimonial, de la generación de un nuevo patrimonio. Se plasma así el efecto fundamental del reconocimiento de la existencia de una persona jurídica privada: quien reclame a la misma debe intentar satisfacerse del patrimonio de la persona jurídica. Sólo excepcionalmente podrán reclamarse a los miembros que la constituyeron o la componen, que pueden tener que responder conforme al tipo de persona jurídica que han constituido, lo que se advierte fácilmente en el caso de sociedades donde la elección va desde tipos con responsabilidad de sus miembros hasta otros que relativizan y condicionan cualquier reclamo de responsabilidad⁵⁷. Se generan centros diversos sobre el que los acreedores de la persona jurídica podrán pretender excluir a los acreedores individuales de los miembros. El concurso preventivo o quiebra de esa persona jurídica generará una masa invulnerable, ya que los acreedores personales de los titulares de participaciones en la concursada o fallida no podrán pretender derechos sobre esos bienes.⁵⁸ Ello es congruente con la disposición del art. 56 LGS.

Como anticipamos la clave de bóveda del sistema jurídico de las personas jurídicas, o de las relaciones de organización personificadas, las brinda el referido “*ARTICULO 150. Leyes aplicables. Las personas jurídica privadas que se constituyen en la República, se rigen: a) Por las normas imperativas de la ley especial o, en su defecto, de este Código; b) por las normas del acto constitutivo con sus modificaciones y de los reglamentos, prevaleciendo las primeras en caso de divergencia; c) por las normas supletorias de leyes especiales, o en su defecto, por las de este Título. - Las personas jurídicas privadas que se constituyen en el extranjero se rigen por lo dispuesto en la ley general de sociedades”*.”

Lo primero que debemos reconocer expresamente es la existencia de las normas imperativas en la ley especial, anticipando nuestro criterio que ellas son todas aquellas – incluso en este régimen general- que tutelan la seguridad del sistema, los derechos de terceros, de la propia sociedad y de los socios, frente a acciones de administradores o mayorías permanentes u ocasionales. En tal sentido las que aseguran la representación orgánica y la consistencia patrimonial o imponen la liquidación *in bonis*, o sea con activo suficiente para satisfacer el pasivo –que es la función del patrimonio social-, mantener viable la actividad de la sociedad sin generar daño⁵⁹.

Por seguido, hacer notar la imposición a todas las personas jurídicas que se constituyan en el extranjero a cumplir las normas de publicidad que les exige la ley de sociedades⁶⁰, poniéndolas correctamente en igualdad de condiciones con las sociedades constituidas en nuestro país, para operar, ser demandadas o actoras en juicios.

⁵⁷ RICHARD, Efraín Hugo “PERSONALIDAD JURIDICA Y RESPONSABILIDAD DE SUS MIEMBROS” en “Revista del Código Civil y Comercial”, mensual de editorial La Ley, primera sección “En Debate”, tema específico “Personas Jurídicas” desde la perspectiva del nuevo Código Civil y Comercial, Co Director Pablo Heredia, año IV número 4 mayo 2018 página 67 a 107, Buenos Aires.

⁵⁸ Hemos cuestionado en Congresos de Derecho Laboral la costumbre de demandar a la sociedad junto a administradores y socios frente a la disposición del CCC, recomendando la ampliación de la demanda en ejecución de sentencia de no existir bienes; cfme. RICHARD, Efraín Hugo “SOCIEDADES, INCLUSO UNIPERSONALES, Y RESPONSABILIDAD DE ADMINISTRADORES Y SOCIOS”, conferencia en las “XIV Jornadas del Centro de la República: Impacto del nuevo Código Civil y Comercial en el Derecho del Trabajo” anotada, del día 29 de mayo de 2015. publicada en www.acaderc.org.ar, y en Revista de Derecho Laboral El Código Civil y Comercial de la Nación y el Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social – I, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe octubre 2015, tomo I págs. 319/362.

⁵⁹ “El capital social, como está planteado en la LSC, es una cifra de retención y ello es lo que realmente constituye la garantía de terceros, por lo que si los socios o accionistas vulneran esta garantía, su responsabilidad ya no será limitada y responderán más allá del capital aportado...” CNCom., Sala F, mayo 13 de 2014 en la causa “Victor Carballude SRL sobre quiebra.

⁶⁰ RICHARD, E.H. “NOTAS EN TORNO A PERSONALIDAD JURÍDICA” en Libro del VII Congreso de Academias Jurídicas y Sociales de Iberoamérica y Filipinas, A Coruña, España, pág. 407.

La norma del art. 150 CCC es fundamental para determinar las normas aplicables. La ley específica con sus normas imperativas no puede ser soslayada, salvo expresas modificaciones. A nuestro entender viene en aclarar la preminencia, en caso de concurso de sociedades, de las normas de la LGS sobre las de la ley 24522 de concursos y quiebras – LCQ-. Es el centro de la estructuración del sistema de crisis de sociedades y del sistema de libertad organizacional.

Pero ¿Cuáles son en concreto las normas imperativas del sistema societario?

Es notable el ensayo de Cándido Paz Ares sobre la libertad contractual en el derecho de sociedades⁶¹ donde subraya los prejuicios paternalistas frente a la libertad, incluso respecto a los derechos individuales de los socios –tema tratado hace muchos años⁶²-, la normativa societaria es en gran medida subsidiaria de una regulación estatutaria de organización. ¿Hasta donde llega esa autonomía de la voluntad.⁶³

Debemos determinar que normas imperativas son las que interesan para la prevención de daños a terceros y se enrolan en el sistema de asegurar el patrimonio y no pueden ser dejadas de lado. La LGS a través de los arts. 94 incs. 4° y 5°, 96, 99 y 100⁶⁴ genera un régimen de prevención de la crisis y de daños a acreedores, respetando el principio tipificante de una sociedad cual es que los socios deban soportar las pérdidas –art. 1° LGS-, y por eso dichas normas las previenen.

La imperatividad y preminencia de normas no genera una divergencia de énfasis, sino de fondo. Ante ciertas causales de disolución de carácter patrimonial, el art. 96 LGS descarta la causal si se reintegra el capital, se capitaliza por diversos medios o se liquida. De no constituir una norma imperativa sería una norma disponible. Y lo que la misma dispone como opción es imperativo, porque su incumplimiento implica una conducta antijurídica que puede generar daño y por consiguiente responsabilidad. Responsabilidad no como sanción sino por el daño, dentro de la teoría general de la responsabilidad de base subjetiva. Incluso administradores y socios podrán disponer que la sociedad se concurse –generando una regulación procedimental, que otorga tiempos y espacios para decidir-, pero sin autorizar a

⁶¹ PAZ-ARES, Cándido “¿Cómo entendemos y como hacemos el derecho de sociedades? (Reflexiones a propósito de la libertad contractual en la nueva LSRL)” en obra AAVV de su dirección *TRATANDO DE LA SOCIEDAD LIMITADA*, Madrid 1997, Fundación Cultural del Notariado.

⁶² *Derechos patrimoniales de los accionistas. La acción dentro de la teoría de los títulos valores*, Ed. Lerner, Córdoba 1969.

⁶³ RICHARD, Efraín Hugo “Autonomía de la voluntad en la configuración de sociedades. Las normas imperativas y las crisis patrimoniales con la suspensión del art. 94, inc. 5°, LGS, por la Ley de Emergencia” en sección Doctrina de la Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones, Enero-Febrero 2020n° 300, p. 3, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires 2020.

⁶⁴ “Disolución por pérdida del capital social y concurso”, en *Anales de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba*, Año Académico 2010, pág. 37. Ed. Academia, Córdoba 2011.

generar una nueva opción de la fijada en la norma imperativa.⁶⁵ Deben optar⁶⁶ pues de no incurrirán en una antijuridicidad, y de existir daño deberán satisfacerlo.

Recientemente se promulgó la ley 27541 de emergencia⁶⁷, que suspende en su art. 59 la causal de disolución del inc. 5 del art. 94 LGS o sea de pérdida total del capital social y también la disposición del art. 206 LGS que impone a las sociedades por acciones la reducción obligatoria del capital cuando se ha perdido el 50%. Esa norma suspensiva regirá hasta el 31 de diciembre de 2020. Sólo atiende a una situación formal, que el balance no acuse patrimonio neto negativo. En cambio, la causal del art. 94.4 LGS –no suspendida- de imposibilidad sobreviniente de cumplimiento del objeto social de carácter patrimonial atiende a un problema substancial. Ello es un motivo más para distinguir entre “cesación de pagos” e “insolvencia”.

Esa sistemática respeta la tipicidad del negocio societario y sus normas imperativas. El art. 1, 94, 96, 99 y 100 LGS, 150 y 167 CCC, y para la integración prevista en el art. 2 CCC, invitamos a los jusprivatistas que nos ayuden a revisar esa visión sistemática.

El límite de la imperatividad para la libertad de configuración es para no afectar o dañar a terceros, recalando no sólo en el art. 1° que con énfasis pone riesgo y pérdidas a cargo de los socios, para desenvolver la zona de riesgo que es la falta de patrimonio activo para satisfacer el pasivo o el giro normal de la sociedad, regulado por los arts. 94.4., 96 y 99 de LGS. El tema de la función de garantía del capital social y de otras responsabilidades de los socios requiere determinar el orden de prelación de normas que hemos fijado, para tratar los efectos disuasorios de esa libertad.

III - LIBERTAD BAJO RESPONSABILIDAD.

Al respecto de esa libertad de configurar la constitución y el estatuto social por socios, y de su funcionalidad por los administradores, recordamos nuestra posición 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

⁶⁵ MUIÑO, Orlando Manuel “EN TORNO A LA INDISPONIBILIDAD DE LA DISOLUCIÓN POR PÉRDIDA DEL CAPITAL SOCIAL”, en Crisis y Derecho, Tomo 1 “Las vías de prevención y saneamiento de la crisis empresarial”, pág. 124, Ed. Fespresa, Córdoba 2015; “El segundo aspecto (disolución ipso jure), puede fácilmente responderse de manera negativa, toda vez que, atendiendo a la disposición del art. 96 LGS, es posible remediar la situación de pérdida del capital social “si los socios acuerdan su reintegro total o parcial del mismo o su aumento”. La causal requiere pronunciamiento de los socios, quienes pueden rechazar la disolución con reintegro total o parcial o aumento del capital (art. 96 in fine LGS). ...Las previsiones imperativas de la LGS, hoy acentuadas por el CCC, implican soluciones preconcursales cuando la crisis se ha agravado e insume la pérdida del capital social.” Ricardo OLIVERA GARCÍA en ap. III “El orden público en la ley de sociedades comerciales” del libro Estudios de Derecho Societario, Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe 2005, enfrenta el tema de la imperatividad de las normas societarias en el derecho argentino, a partir de discernir ¿Cómo se determina cuando una norma es de orden público?

⁶⁶ Opción conforme el Diccionario de la Real Academia es la “Libertad o facultad de elegir. Derecho de elegir entre dos o más cosas, fundado en precepto legal en negocio jurídico”. En el caso no se puede sustituir la decisión por algo no previsto en el propio art. 96 LGS.

⁶⁷ RICHARD, Efraín Hugo “Autonomía de la voluntad en la configuración de sociedades. Las normas imperativas y las crisis patrimoniales con la suspensión del art. 94 5° de la LGS por la ley de emergencia” en La Ley, 20 de enero de 2020.

planificación es de por sí generador de responsabilidad por no adoptar la actitud profesional que el art. 59 LGS 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"⁶⁸.

1. EL PLAN DE NEGOCIOS.

El tema hace a una visión axiológica del sistema jurídico, conforme el art. 2° CCC. Si la sociedad deudora debió expresar en su presentación las razones por las que recurre al concurso preventivo, parecería una incongruencia que allí mismo no anticipara las medidas que ha tomado para atenuar o superar la crisis. Resulta pertinente traer a cuento el tema del "plan de empresa" con cuya consideración se rindió homenaje a Pedro J. FRÍAS⁶⁹, pues la viabilidad económica debe mantenerse durante toda la vida de la sociedad, incluso durante el concurso es obligación de los órganos sociales de administración formalizar el balance y presentar la memoria anual, que es un plan de negocios. Ahora importa para todos los concursos de sociedades por el art. 100 LGS

El punto se enmarca en la planificación. La Memoria debe ser más explícita en el análisis. Conforme el art. 66 LGS "Los administradores deberán informar ... la situación presente y futura de la sociedad... Estimación u orientación sobre perspectivas de las futuras operaciones...".

Se trata de evitar la responsabilidad que agrava la conexión del art. 99 LGS con el 167 in fine CCC, que preceptúa "...responden ilimitada y solidariamente sus administradores y aquellos miembros que, conociendo o debiendo conocer la situación y contando con el poder de decisión necesario para ponerle fin, omiten adoptar las medidas necesarias al efecto".

Ello debe correlacionarse con la "viabilidad económica y social" requerida por el art. 100 LGS.

En materia concursal, en la jurisprudencia y doctrina argentina, se acepta que la deudora no tenga ni presente ningún plan para superar la crisis⁷⁰, ni en la obligación de actuar tempestivamente al aparecer una dificultad o crisis, ni que se haya dotado adecuadamente el

⁶⁸ 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; y junto con JUNYENT BAS, Francisco y MUIÑO, Orlando "Salvataje de la empresa: ¿una postulación sin respuesta en la ley concursal", en *Rev. del Derecho Comercial y las Obligaciones*, Ed. Depalma, Bs. As., 1997, pág. 525.

⁶⁹ "El plan de empresa, Ética y responsabilidad del empresario" en *Estudios en honor de Pedro J. Frías*, editado por la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, 1994, , tomo III pág. 1187 citado en nota anterior.

⁷⁰ RICHARD, Efraín Hugo "Integración de propuesta de acuerdo (en concurso preventivo de sociedad)" en *Doctrina Societaria y Concursal*, Noviembre 2008, pág. 1081; "¿Abusos en el proceso concursal?" en *La Ley* 24 de diciembre de 2008; "Integración de la propuesta de acuerdo en concurso societario (en torno a reciente fallo señorero)" en *Jurisprudencia anotada de RDCO* n° 234, Enero Febrero 2009, Ed. Abeledo Perrot, pag. 79.

patrimonio de la sociedad genéticamente⁷¹ ni intentado hacerlo cuando se publicitó inexorablemente su pérdida⁷². Se niega la realidad, todo emprendedor tiene un plan, y lo reprochable es que lo oculte, quizá para que no se adviertan actos censurables o ilegales para que la crisis, la insolvencia, la asuman acreedores, generando un gran negocio para los socios o accionistas⁷³.

Lo explicita con claridad Bernardo Carlino⁷⁴, alejándolo de la crisis: “Origen del plan de negocios: la etapa pre contractual. Adhiriendo al enfoque societarista de la prevención de la crisis económica de la empresa, que postula sin descanso hace más de una década Efraín H. Richard⁷⁵, no caben dudas que la ley de sociedades provee y prevé mecanismos suficientes para conjurarla exitosamente”.

La viabilidad de la actividad empresarial es un requisito esencial para el desarrollo de una sociedad. Ante la pandemia no habrá responsabilidad de administradores y socios si aparece un escollo a la actividad, pero agravarla no siendo viable la actividad, aún si concertaran un acuerdo con los acreedores, generaría responsabilidad. Sobre el punto aconsejamos la lectura de la tesis de la Mgter. Alicia Kurlat.⁷⁶ Se ha referido a ello en los 90 el Prof. Dr. Jaime Anaya sobre “El mito de la empresa inmortal” y lo hemos recordado con el similar título de “La Empresa Inmortal” en el III Encuentro de Institutos de la Academia, dedicado al rol de la empresa⁷⁷. La viabilidad no sólo es un requisito organizacional sino una exigencia jurídica –art. 100 LGS-⁷⁸, también contenida en la LCQ, aunque desoída procesalmente. Esos disensos cordiales se revelan gracias a la generosidad del distinguido tratadista Dario Graziabile en los artículos que compartiéramos en dos de sus libros colectivos.⁷⁹ Si hoy los administradores de una sociedad negocian con sus acreedores pasados

⁷¹ RICHARD, Efraín Hugo “El capital social y la responsabilidad limitada” en *Estudios Jurídicos* publicación de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica de Uruguay, n° 3 – 2007-, República Oriental del Uruguay, págs. 163/202.

⁷² RICHARD, Efraín Hugo *Insolvencia societaria*, Ed. Lexis Nexis, Buenos Aires 2007.

⁷³ En el Acuerdo Preventivo Extrajudicial de Multicanal S.A., inmediatamente homologado el APE referido sólo a las obligaciones negociables, el balance de la sociedad dio un resultado positivo de más de Mil ochocientos millones de pesos (seiscientos millones de dólares) que se repartieron inmediatamente entre los socios, y que no provenía del resultado ordinario de la explotación ordinaria. Por otra parte toda quita o espera a los acreedores beneficia directamente a los socios. En similar sentido Carlos PALACIO LAJE *Delitos de vaciamiento de empresa*, Editorial Marcos Lerner, Córdoba 2002.

⁷⁴ “Genética del plan de negocios (más sobre la contribución de E.H.Richard)” en Abeledo Perrot, Newsletter 20 de marzo de 2009, sección Doctrina, repetido el 23 de marzo.

⁷⁵ El más reciente de los cuales se puede encontrar en “*Notas en torno a la conservación de la empresa: ¿principio concursal o del derecho societario?*”, en “Ensayos de Derecho Empresario” N° 4, Director: E.H. Richard, págs. 56 y ss., FESPRESA, Córdoba, 2008

⁷⁶ Del año 2010 no ha perdido actualidad. La prestigiosa síndica concursal tuvo a bien hacernos llegar una copia. Aconsejamos su lectura en torno al plan de negocios y viabilidad. Su título “Aplicación de herramientas de evaluación de proyectos de inversión a los procesos concursales y liquidativos”.

⁷⁷ “LA EMPRESA INMORTAL” encuadrándonos en la “VISIÓN JURÍDICA Y SOCIAL Y SUS CONTRIBUCIONES AL CRECIMIENTO GLOBAL”, tema del III Encuentro de Institutos de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba”, Noviembre 2029 con el consiguiente libro electrónico, que codirigieramos con la Prof. Emérita Dra. Marcela Aspella, Vicepresidente de la Academia.

⁷⁸ De ello tenemos alguna responsabilidad junto con los distinguidos amigos juristas Dres. Rafael Manóvil y Horacio Roitman.

⁷⁹ GRAZIABILE, Dario J. – RICHARD, Efraín Hugo “EFECTO DE LA SENTENCIA DE VERIFICACIÓN EN RELACIÓN A LA CONFORMACIÓN DEL ACUERDO” Publicado en *Verificación Concursal de Créditos*, AAVV dirección de Darío J. Graziabile, Ed. Erreius, Buenos Aires, junio 2015, página 162 a 185; y “*Legalidad de la propuesta y*

o futuros a conciencia de que la actividad no es viable, no lo están haciendo de buena fe – requisito del art. 9 CCC-.

Lorena R. Schneider en “La gestión de riesgo empresarial frente a los nuevos retos. ¿La mano invisible de Adam Smith” publicado el 8 de junio⁸⁰, se refiere a “la gestión del riesgo deberá formar parte de los planes estratégicos de inversión y gestión de activos de cualquier empresa”, riesgos que no se eliminan pero deben enfrentarse con diligencia, abordando con precisión los riesgos que se están generando, avizorando la fuerza mayor, la imposibilidad sobreviniente imprevista, y volcándose en la idea de renegociación, ya casi no como un deber sino como una obligación, con cita del ensayo con formalizamos con Fushimi. La misma autora teoriza con maestría sobre “El deber de lealtad de los administradores de sociedades: ¿Severidad o imperatividad flexible?”⁸¹

La apreciación de riesgos se vincula a la viabilidad de la actividad de una sociedad. El referido art. 100 LGS⁸² efectivizando el principio de Conservación de la Empresa, posibilita la remoción de la causal disolutoria una vez que esta se ha producido, aún iniciada la etapa de liquidación. Se permite la remoción de la o las causales disolutorias acaecidas, desde luego sujetas a ciertos requisitos previstos por la propia ley. La entrada triunfal específica del principio de conservación de la empresa a la ley, que permite la *subsistencia de la actividad de la sociedad cuando hay viabilidad económica y social* es acertada, por cuanto posibilita subsanar causales de disolución cuando ocurren, dejándolas de lado, priorizando a las sociedades como fuente de trabajo, instrumentos de concentración de capitales y de concertación de negocios y actividades económicas y comerciales con la importancia que esto trae aparejado para la economía de su zona de actuación.

La sociedad inviable no contiene una empresa conservable en su seno. En síntesis, la tendencia de la conservación de la empresa que marcó toda una época del Derecho Concursal⁸³ se introduce al Derecho Societario.

Pero ante la pandemia: ¿Cómo analizar la viabilidad? Es el juicio de su administrador en cuanto tenga un viso de verisimilitud, aunque luego sea desvirtuado. Es la *absolute judgement rule* del derecho americano, y no hay que sancionar con responsabilidad al

del acuerdo en el concurso de sociedades y su homologación”, Publicado en libro AAVV DERECHO CONCURSAL EN EL NUEVO CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL, dirigido por Dario J. Graziabile, pág. 371 a 415 en el Cap. III Modificaciones al régimen obligacional: “VI. Legalidad de la propuesta y del acuerdo en el concurso de sociedades y su homologación”, Ed. Erreius, Buenos Aires 2016.

⁸⁰ La Ley del 8 de junio de 2020 y en el ya citado compendio de artículos “El impacto de la pandemia en la empresa” Parte I, pág. 13

⁸¹ En RDCO Nov. Dic. 2019, tomo 299 pág. 1597, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires.

⁸² El art. 100 LGS. BALDUZZI, Leonardo David “La disolución de la persona jurídica como causal de extinción del contrato de agencia” en *El Derecho Societario y de la Empresa en el Nuevo Sistema del Derecho Privado*. Tomo I Ed. XIII Congreso Argentino de Derecho Societario, IV Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa, Universidad de Mendoza – Universidad Nacional de Cuyo, Editorial Advocatus, Córdoba, agosto 2016, pág. 317.

⁸³ ROJO, Ángel en Prólogo de “El INREC en devenir pretérito y actual del Derecho Concursal Comparado”, de BARO, Alejandro y otros. Ed. Inca, Mendoza, República Argentina, p. 17.

administrador que intenta un plan para salir de la crisis. El único límite es que no sea “descabellado”.

Esta integración no descarta que la sociedad esté en concurso –aún en liquidación conforme art. 5° Ley 24522 LCQ-

La contabilidad que está obligado a llevar todo administrador societario –art. 320 CCC y art. 61 y ss. LGS-, le permitirá estimar esa viabilidad, particularmente en el análisis que impone la Memoria –art. 66 LGS-.

Ese examen lo debe hacer, satisfaciendo sus deberes, el administrador o el mismo titular del patrimonio, constituyendo *el plan de negocios*. El argentino Alberti con la profundidad de su escarpelo jurídico subraya que “el concurso preventivo se desenvolverá incurablemente como una dialéctica solamente procedimental, destinada a cerrarse documentalmente cuando los acreedores acuerden con el insolventes 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”. Nos hemos exployado en “El plan de empresa (o como asumir crisis tempestiva y extrajudicialmente)”⁸⁴, en “La planificación preconcursal (actuando tempestiva y extrajudicialmente)”⁸⁵ y en “Por la eficiencia del sistema concursal: Bien jurídico tutelado por el sistema concursal. Prevención de la crisis”⁸⁶.

Si una sociedad no obtiene capital de sus propios socios o de terceros, es porque no existe un adecuado plan que determine la viabilidad y la rentabilidad de la empresa.

En realidad, los administradores societarios deben hacer una evaluación y un plan anualmente. Si el balance anual acusa la pérdida tienen obligación de ponerlo a consideración de los socios, sin duda con algún plan si pretenden continuar la gestión, y a su vez deben presentar junto a ese balance el informe sobre la prospectiva del año corriente o venidero – art. 66 LGS-, que importaría anticipar la asunción de una crisis si existiere un sobreendeudamiento o una situación semejante.

No hay duda que todo intento de financiación, interno a través de capitalización, o externo requiere información creíble para atraer a los inversionistas: a. Memoria –o plan de

⁸⁴ En libro colectivo “Homenaje al Dr. Osvaldo J. Maffia” Cap. II pág. 217, Ed. Lerner Córdoba 2008, Instituto Argentino de Derecho Comercial y Fundación para la Investigación del Derecho Concursal y la empresa en crisis Pablo Van Nieuwenhoven. Coordinadores E. Daniel Truffat – Marcelo Barreiro – Carlos Roberto Antoni Piossek – Ramón Vicente Nicastro.

⁸⁵ Comunicación al inmediato anterior IV Congreso Iberoamericano de Derecho Concursal, realizado en PUNTA DEL ESTE, República Oriental del Uruguay, 12/14 de Noviembre de 2008, hace algo menos de once meses.

⁸⁶ Comunicación al III Congreso Iberoamericano de Derecho Concursal “Por la eficiencia del sistema concursal”, Barcelona, dic. 2007.

negocios- y estado patrimonial actualizado, que es el cumplimiento de las obligaciones contables (arts. 320 y ss. CCC, y b. Un plan de reestructuración o reorganización.

Al margen de las importantes ayudas que está intentando efectivizar el Gobierno y las que pueda otorgar en el futuro, nosotros debemos afrontar tres problemáticas para el desenvolvimiento empresario. Se trata de la insolvencia⁸⁷ a la que se suma la cesación de pagos⁸⁸ y la disposición de fondos para mantener la viabilidad de la empresa, si la misma es viable.

Fundamental resulta como primer paso pensar en la viabilidad futura de la sociedad que explota la empresa. ¿La actividad es posible? Suponiendo que el problema se iniciare en este momento: ¿la actividad será viable en el mundo cambiado? Pues nada será igual en el futuro, y por eso la Recomendación del IIDC que hemos introducido. Han nacido empresas nuevas, se han enriquecido muchas y deberán ser desguasadas otros.

Como bien señala Dasso⁸⁹ “... la persecución de la eficiencia se ha centrado en el resguardo de la empresa, motor de la economía capitalista instaurada en el mundo, y el nuevo objetivo, focalizado en el diagnóstico temprano de sus dificultades en forma de intervenir antes que la crisis sea patología irreversible”, desjudicializando los procedimientos e imponiendo una planificación o reestructuración, separando incluso al empresario (socios y administradores) de la empresa viable de ser necesario, particularmente ante su cesación de pagos o su insolvencia. Eso nos introduce en el apartado siguiente, tratando de mostrar la sistematicidad del régimen normativo.

2 - CESACIÓN DE PAGOS E INSOLVENCIA.

En nuestro sistema de la LGS las palabras “disolución” y “liquidación” componen dos locuciones “causales de disolución” y “etapa de liquidación”. La constatación de una causal de disolución no impone la etapa de liquidación, se otorgan medios para solucionarla, generando una modificación del sistema de responsabilidad.

Volvamos al punto de suspensión de la causal de disolución por pérdida del capital social art. 94.5 LGS –desde el 23 de diciembre de 2019 al 31 de diciembre de 2020–, que es del 100% en nuestro país, mientras el derecho comparado anticipa a la pérdida parcial, o sea a supuestos –si el balance está correctamente formalizado- donde el patrimonio activo es insuficiente para satisfacer el pasivo imputable a ese patrimonio. Podemos hablar de “insolvencia patrimonial”, que no debe confundirse con la “cesación de pagos” o “insolvencia financiera”. No es de descartar que esta suspensión se entronque con la

⁸⁷ La expresión es usada en el CCC en los arts. 191, 339, 808, 1692, 2456, 2528. También como título en el 191, refiriéndose a la insuficiencia de los bienes. Esta última expresión “Insuficiencia de bienes” está referida en ese artículo del CCC y en los arts. 1687 y 2318. En cambio la expresión “imposibilidad sobreviniente” de bienes aparece en los arts. 163 y 1461 CCC y en art. 94.4 LGS.

⁸⁸ La expresión es usada en el CCC en los arts. 1478 y 2579.

⁸⁹ DASSO, Ariel A. *Derecho Concursal Comparado*, cit. tomo 1, Ed. Legis, Buenos Aires 2009.

obligación de hacer los balances con ajuste por inflación⁹⁰, pero la crisis económica ya estaba instalada en nuestro país, y se ajusta a la Recomendación referida.

La causal de disolución suspendida hace a la “insolvencia”. Como “cesación de pagos” debemos señalar la falta de medios para satisfacer las obligaciones, dinerarias o no, que le son exigibles, normalmente a un emprendimiento organizado como sociedad.

El bien jurídico tutelado por la legislación concursal es la eliminación del estado de cesación de pagos de un patrimonio⁹¹. Pero la legislación societaria, con la autonomía de la voluntad para crear personas jurídicas societarias, impone un valladar a que ese ente personificado se vuelva dañoso.

Los concursualistas abogan hoy por ese sistema preventivo desde el sistema concursal⁹², para actuar más rápidamente con menores costes. Pero paradójicamente se olvidan del sistema societario, similar en todo el mundo, y tratan la cuestión como si se tratara de insolventes personas físicas –de cuya atención nació el sistema de bancarrotas-.

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 –art. 96 LGS-, como toda su funcionalidad.

Cesación de pagos e insolvencia se tratan ambiguamente, incluso en relación a estados patrimoniales o financieros anticipatorios. Así, en relación a la “zona próxima a la insolvencia” la UNCITRAL refiere que se la ha llamado de diferentes maneras, siendo una denominación ampliamente extendida la de “zona de insolvencia”. Los aspectos patrimoniales no siempre tienen exteriorización clara. Por eso intentamos distinguir⁹³ entre “cesación de pagos” e “insolvencia” para reflexionar sobre la responsabilidad de administradores y socios de control ante su avizoración, apareciendo contradicciones entre expresiones legales y realidad, pues a veces los activos están inmovilizados y hay patrimonio suficiente pero no flujos de caja para atender el pasivo exigible. En otros casos hay suficiente

⁹⁰ Después de 28 años, con algunos fallos de por medio, se ha impuesto la confección de los balances con valores ajustados por la inflación, pero difiriendo los beneficios tributarios, en perjuicio de las sociedades, de lo que da cuenta La Voz del Interior el domingo 10 de mayo de 2020 en pág. 6 Sección Negocios, con intervención de prestigiosos profesionales de la Ciencias Económicas.

⁹¹ RICHARD, Efraín Hugo. “El bien jurídico tutelado por el Derecho Concursal”, en *Revista de la Universidad Nacional de Córdoba*, Ed. Dirección General de Publicaciones, Córdoba R.A., 1979 – 1980 pág. 261 y ss...

⁹² DASSO, Ariel Angel *DERECHO CONCURSAL COMPARADO*, Ed. Lexis, 3 tomos (2009-2012)

⁹³ “Art. 94 LGS. Disolución: causas. La sociedad se disuelve:... 5) Por pérdida del capital social... Art. 96. Pérdida del capital. En el caso de pérdida del capital social, la disolución no se produce si los socios acuerdan su reintegro total o parcial del mismo o su aumento Art. 99. Administradores: facultades y deberes. Los administradores, con posterioridad al vencimiento del plazo de duración de la sociedad o al acuerdo de disolución o a la declaración de haberse comprobado alguna de las causales de disolución, sólo pueden atender los asuntos urgentes y deberán adoptar las medidas necesarias para iniciar la liquidación. Responsabilidad. Cualquier operación ajena a esos fines los hace responsables ilimitada y solidariamente respecto de los terceros y los socios, sin perjuicio de la responsabilidad de éstos”. Nto. “Las crisis de las sociedades y como abordarlas”, Ed. Fespresa, Córdoba, agosto 2010, págs.183, 185, 393, 427, 461, 465,581.

flujo de caja pero un patrimonio inexistente, y así múltiples expresiones de la funcionalidad de un patrimonio. Pero esas exteriorizaciones imponen normas de resguardo que sin imponer conductas generan un cambio de responsabilidad acorde con la disposición legal de que los socios asumen el riesgo y las pérdidas, si el negocio se frustra. Las situaciones que hemos descrito no necesariamente llevan a la sociedad a una liquidación o a una situación concursal.⁹⁴ Por ello coincidimos con las expresiones de realidad que señala Olivera García.⁹⁵

La cesación de pagos autoriza la apertura del concurso preventivo y se caracteriza como la imposibilidad de atender obligaciones exigibles con los fondos regularmente disponibles (activo corriente inferior al pasivo corriente). Por insolvencia se entiende a la existencia de un patrimonio neto negativo (patrimonio pasivo superior al activo), es decir, a una insuficiencia patrimonial que tipifica una causal de disolución (pérdida total del capital social, art.94, inc. 5, LGS)⁹⁶, que da lugar a una responsabilidad solidaria de los administradores y socios (art. 99, LGS). Puede haber cesación de pagos con insolvencia (insuficiencia del patrimonio social) o sin insolvencia (activo corriente inferior al pasivo corriente pero con patrimonio neto positivo), esto último es una señal de alerta de la crisis pero si las obligaciones son satisfechas con el patrimonio social, aún tardíamente, no nacería responsabilidad de socios y administradores.

Advertida la situación de crisis (insolvencia), el administrador, en cumplimiento de sus deberes fiduciarios de diligencia y lealtad y su obligación de actuar como un buen hombre de negocios, debe poner la cuestión en conocimiento de los socios quienes, a su vez, deben decidir por adoptar alguno de los mecanismos previstos por la legislación societaria para afrontar el problema: “reintegración del capital social, aumento del capital social, reorganización societaria o del negocio, capitalización del pasivo o disolución de la persona jurídica.”⁹⁷ Si no se adoptan estas medidas en el tiempo oportuno, se perjudica a los acreedores, pudiendo incurrir en responsabilidad, pues afirmamos la necesidad de que “los

⁹⁴ La homologación de un acuerdo abusivo o en fraude a la ley no borra esa responsabilidad, ni genera su novación. El art. 167 CCC in fine remarca para todas las personas jurídicas privadas el principio societario enmarcado en el art. 99 LGS, y si ha existiendo un fraude a la ley societaria esa resolución no altera su juridicidad, conforme criterio de la CSJN en el caso “Provincia de Chubut c/ Centrales Térmicas Patagónicas S.A”, donde apuntó que la situación patrimonial de una empresa cuyo objeto concierne al interés general ... se debate un caso de nulidad absoluta, y la acción tendiente a obtenerla no es susceptible de prescribir ni de caducar, ello con arreglo a la doctrina de esta Corte: "Lo que es inmoral, lo que es contrario al orden social, lo que se reputa inexistente por falta de formas substanciales, no puede subsanarse por el transcurso del tiempo. El acto será siempre inmoral, contrario al orden público o carente de las formas indispensables a su existencia, cualquiera sea el número de años que hayan pasado desde su celebración. El tiempo es impotente para transformar lo inmoral en moral, lo ilícito en lícito, lo informal en formal, y siempre el acto conservará el vicio original" (fallo del 12 de julio de 2001)..

⁹⁵ OLIVERA GARCÍA, Ricardo “La insolvencia empresarial y la eficacia de la herramienta concursal” en *Estudios de Derecho Concursal. Diez años de la Ley de Concursos y Reorganización Empresarial*, Directores Alejandro Miller – Alicia Ferrer – Zamira Ayul-, pág. 31 y ss. realiza una relativización muy importante sobre estos aspectos, los que indirectamente comentamos. Nosotros también divagamos sobre ello, en aspectos responsabilizatorios más que patrimoniales en la misma obra colectiva “Diez años no es nada, pero en derecho concursal es mucho... Concurso de Persona Jurídica: la función de garantía del patrimonio”, tomo II pág. 1367 a 1444.

⁹⁶ Suspendida como hemos expresado hasta el 31 de diciembre de 2020.

⁹⁷ RICHARD, Efraín Hugo. *Acción individual de responsabilidad de acreedores contra administradores societarios*. En *La Responsabilidad de los Administradores en las Sociedades y los Concursos*, 1ªed. Bs. As. Legis,2009, pg.394.

administradores respondan a la sociedad más que a los accionistas, particularmente ante la crisis, pues deben tutelar el patrimonio para satisfacer a los acreedores, y a los demás intereses afectados por el giro empresarial. No hacerlo implica faltar a su deber de buen hombre de negocios”.

Aclaremos que “no hemos aconsejado, ni aconsejaríamos, que los administradores de inmediato presenten a la sociedad en concurso. Claro que hemos sostenido que la falta de plazo no implica que no exista un tiempo prudente para la presentación, so pena de responsabilidad. Lo que sí no pueden dejar de hacer los administradores es poner la cuestión en conocimiento de los socios, supuestamente con propuestas superadoras. No vale la pena presentarse en concurso sin antes haber agotado la vía societaria.

La operatoria en situación de insolvencia, genera responsabilidades a los administradores de la sociedad que así continúe su actuación sin que se asuma la crisis, conforme la ley especial en su art. 99 LGS.” Es decir que en la zona de insolvencia rige la ley societaria conforme al referido art. 150 CCC.

Hay que evitar que administradores y socios se sientan tentados, económica y psicológicamente, a concursarse para repetir historias. Nos preocupa que, como aparece en el Proyecto Legislativo más completo, se presente como la única salida concursarse, incluso para obtener crédito. La llamada “renegociación obligatoria” tiene el sentido de remarcar que el período de protección invite a una renegociación de las múltiples relaciones incumplidas o de las de larga duración, en la forma que impone el art. 1011 CCC, dejando firmes los acuerdos logrados, y quizá demostrando la mala fe de algún acreedor o de algún deudor, para enervar posiciones en un posterior concurso. Se trata de estimular, lo que es natural en el mundo de los negocios, no obligar, a renegociar de buena fe, sin intervención judicial ni mediadores impuestos, cara a cara motivados por intereses comunes: que la actividad empresarial continúe y que el acreedor no se vea contagiado.

Vale para ambas posiciones señalar –al margen de alguna mala fe subyacente⁹⁸- que las negociaciones no son paritarias, además de ser la información asimétrica. Y tampoco lo es en el concurso, particularmente con la falta de universalidad por la reforma del art. 21 LGS, la compra de “votos” dentro de la minoría que consigue verificar. Y el traslado total del costo a los acreedores, con quitas y esperas impensables en un país con la inflación que tenemos, ni siquiera los invitan a una aventura compartida.

Si la empresa es viable un punto a considerar en el plan de negocios es la necesidad o no de fondos nuevos sobre lo que hemos trabajado en una propuesta, que puede ser base de ideas que la mejoren. A su vez hay muchas otras formas de superar la cesación de pagos con esfuerzo compartido, pues las quitas lo son sólo en beneficio de la sociedad deudora y –obviamente- de sus socios. Así las “acciones relacionadas” (Tracking Stocks) y los negocios en participación. También podría pensarse en recurrir al “crowdfunding”. ¿Por qué no usarlo

⁹⁸ Malas prácticas bastante usuales que fueron marcadas descarnadamente por Anich en el II Congreso Iberoamericano de la Insolvencia, La Cumbre 2000; Martorell en el prólogo del Tratado de Concursos que dirigió, y Köliker Frers en un obiter dictum.

de una buena vez? El beneficiario tendrá que mostrar que es viable y presentar un plan de negocios ¿Por qué no? Pero si un proyecto en marcha no recibe ayuda bancaria o estatal ¿por qué no recurrir al financiamiento colectivo con micromecenazgo? Una parte a fondo perdido (tal vez) y otra parte a formar parte del proyecto. Y por supuesto la reconversión: En internet, en las últimas semanas, en indumentaria hubo incremento de ventas de productos para estar dentro de casa.... pijamas, batas, pantuflas, joggings, etc. Quizás una fábrica de mallas y bikinis debería pensar mejor lo que van a producir.... Una fábrica de bebidas paso a ser la mejor proveedora de alcohol.

3 – LA CONSERVACION DE LA EMPRESA

Ya nos hemos referido a este aspecto, pero debemos insistir. La primer pregunta ante el cambio social: ¿toda empresa debe conservarse? Pero ante este debe distinguirse que “empresa” no es sujeto en nuestro derecho. Es una “actividad empresarial” que desenvuelve una persona humana o una jurídica, normalmente una sociedad, o un fideicomiso en algunos supuestos.

En conferencia reciente Daniel Roque Vitolo señalaba que las sociedades que realizaran actividades no viables debían liquidarse al menor costo posible y lo más rápido posible. No podemos pensar en la fantasía de las “empresas recuperadas” si las mismas no son viables. Deslumbramos a sus trabajadores con el gesto político y los condenamos a mendigar subsidios en el futuro, salvo algún caso muy especial.

Personalmente no descartamos la participación obrera o del Estado, pero debe hacerse sobre otras bases, no sobre las falsas que se edificaron las privatizaciones en 1992/3 y de las que es muestra Aerolíneas Argentinas, y da cuenta el fallo de la Corte en el caso Provincia de Chubut c/ Refinerías Carboníferas Patagónicas⁹⁹. Lamentablemente el “accionariado obrero” regulando en Perú en los 70 no prosperó, ni tampoco los bonos de goce previstos en la ley 19550 desde el año 1972 (arts. 227 y ss. LGS). Resistencia de los CEO y falta de educación sindical han contribuido a ello. ¿Podrá el nuevo escenario acercar a los que intervienen activamente en la producción de bienes y servicios? Creemos que es un ideal que no alcanzaremos a ver en nuestro limitado personal futuro.

Debemos convenir en cuál es el bien jurídico tutelable. Es fundamental la conservación de la empresa viable –o por lo menos que se cree de buena fe en condiciones de operar eliminado el problema coyuntural-, conforme a un plan de negocios razonable que libere de responsabilidad a los que lo tracen de buena fe. Conservación de la empresa para asegurar también la conservación de los puestos de trabajo. Las ayudas financieras –graciables o no- o los alivios de las cargas fiscales que pueda disponer el Gobierno pueden

⁹⁹ Que hemos referido en nota anterior.

ayudar al entramado de la viabilidad. Se debe suponer que el empresario que negocia confía en que si se llega a un acuerdo, grupales o individuales, la actividad será viable. Eso supone buena fe. La buena fe implicaría unir a los enfrentados en el emprendimiento en que están interesados que sobreviva, aumentando automáticamente su valor y/o capacidad operativa y competitividad. Con bajo costo operativo o inclusive sin ningún costo operativo, o con bajos gastos de concreción. No debe ser un negocio de algunos.

Estamos ensayando en un nuevo capitalismo: el emprendedor, alejándonos del capitalismo financiero. En los 90 intentábamos en ambientes nacionales e internacionales impedir que el capitalismo financiero prestara dinero a los gobiernos para cubrir déficit operativo, sosteniendo que debía serlo para financiar obras de infraestructura, en forma similar a lo que se aceptó para el mutuo en el art. 1531 CCC. Es que habría que recordar a Manuel Belgrano –en el día de su fallecimiento que cerramos este ensayo- que pasando por las Universidades de Salamanca y Valladolid para recibirse de abogado sin duda tomó contacto con las ideas, en boca de fisiócratas como Francois Quesnay, que propiciaban una económica productiva en lugar de la mera acumulación de riquezas.¹⁰⁰

¿O se pretende preparar la legislación para generar concursos de sociedades para que los acreedores asuman la pérdida sin recibir ninguna contraprestación? Recurrimos a Héctor Cámara que apostillaba “El principio de conservación de la empresa no constituye una patente de corso para la gestión empresarial”.

Con similar preocupación la exposición de motivos del Real Decreto-Ley 16/2020 del 28 de abril de 2020 dictado en España y publicado en el Boletín Oficial del Estado el día 29 de abril de 2020, establece a modo de principio y reconocimiento que: “*La crisis sanitaria del COVID-19 constituye un obstáculo adicional a la viabilidad de las empresas concursadas que puede determinar, bien la imposibilidad de suscribir o cumplir un convenio, abocando a las empresas a la liquidación, o bien una mayor dificultad de enajenar una unidad productiva que pudiera resultar viable*”. Pero, amén de ello, también trata de “*mantener la continuidad económica de las empresas, profesionales y autónomos que, con anterioridad a la entrada en vigor del estado de alarma, venían cumpliendo regularmente las obligaciones derivadas de un convenio, de un acuerdo extrajudicial de pagos o de un acuerdo de refinanciación homologado*”. Más adelante, la norma española trata de “*evitar el previsible aumento de litigiosidad en relación con la tramitación de concursos de acreedores en los Juzgados de lo Mercantil y de Primera Instancia*”.

Reconoce así, aquellos problemas que estamos vislumbrando a modo de prognosis, pero todos los remedios van impulsados a la faz judicial, procesal y concursal. Nosotros intentamos ir más allá.

Lo que preocupa es el “canto de sirena” de la homologación de acuerdos concursales, donde el Juez conforme el art. 52 ap. 4 de la ley 24522 no podría homologarlo

¹⁰⁰ DOMINA, Esteban –escritor e historiador- “Junio es Manuel Belgrano” en La Voz del Interior, Número Cero del 14 de junio de 2020, pág 2 Historia.

si existe abuso de derecho y fraude a la ley¹⁰¹, pues bajo el pretexto de la conservación de la empresa y de los puestos de trabajo se limita a conservar la posición de socios, incrementando el valor de sus participaciones.

Estas consideraciones, a la luz de las normas del nuevo CCC imponen preguntarse ¿Cómo se determina el abuso de derecho o fraude a la ley en una propuesta concursal? La jurisprudencia se limita a formalizar esa consideración con criterios cuantitativos, complicados con desvalorización de moneda, tiempo de cumplimiento y rol de intereses. Por ello lo hace sólo afrontando el “abuso” y omitiendo consideraciones al “fraude a la ley” y menos a la ley societaria.

La cuestión debe afrontarse con un cambio metodológico que relegue aquella consideración a concursos de personas humanas pero use criterios sistémicos normológicos para el caso de personas jurídicas, centrándonos en las sociedades.¹⁰²

Ello permitirá a los jueces cumplir el rol que les impone el art. 52 ap. 4 LCQ.

TRUFFAT ha escrito¹⁰³ “Con respeto a la propuesta concordataria propiamente dicha, extraigo –como consecuencia de lo antedicho- tres consecuencias básicas, en tanto y en cuanto se pretenda preservar la moralidad de tal medio de superación de la cesación de pagos: La necesidad de que la solución preventiva a obtener importe aquella que la doctrina argentina –tomando una frase feliz de la ley de emergencia 25.561- denomina: “*el esfuerzo compartido*”. Es literalmente inmoral que la solución concordataria devuelva al empresario (en general en sociedades de capital, a los accionistas de la concursada) una empresa revitalizada y que todo el daño emergente de la cesación de pagos recaiga “en exclusiva” en los acreedores del sujeto así salvado. Esa posibilidad importaría consagrar el enriquecimiento incausado en favor de los antedichos”. Acepta que “el derecho concursal no es una isla, pero sí es un derecho especial”, lo que permite ubicar el problema dentro de lo previsto por el art. 150 incs. a y c CCC.

Antes de la insolvencia –pérdida del capital social-, en grados menores de crisis debería actuar el derecho concursal, incluso los acuerdos privados¹⁰⁴.

La realidad: se intenta aplicar o encontrar normas concursales para atender situaciones más graves que las previstas en la ley societaria. De esta forma se están desconociendo las normas imperativas del derecho societario, uniformes en el derecho

¹⁰¹ RICHARD, Efraín Hugo “50 AÑOS NO ES NADA: DESAFÍO EN BÚSQUEDA DE MÉTODO SOBRE ABUSO EN PROPUESTAS EN CONCURSO DE SOCIEDADES”, publicado en RDCO Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones, Fundada por Isaac Halperin en 1968, Edición 50° Aniversario “Desafíos presentes y futuros del Derecho Comercial”, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires 2018, en SOCIEDADES, Doctrina, pág. 239.

¹⁰² METODOLOGÍA SOBRE ABUSIVIDAD DE LAS PROPUESTAS EN CONCURSO DE SOCIEDADES”, en Revista de la Facultad, Vol VIII, N°1- Nueva Serie II (2017), Revista de la Facultad de Derecho U.N.C., Córdoba 2017 pág. 69.

¹⁰³ TRUFFAT, Daniel “La abusividad de la propuesta y la moralización de los concursos en lo atinente –precisamente- a la oferta del deudor”, en Segundo Congreso Iberoamericano de Derecho Concursal, Mérida, Estado de Yucatán, México.

¹⁰⁴ “Las soluciones negociadas como respuesta a la insolvencia empresarial. Visión desde el derecho argentino: la preconcursalidad societaria”, en libro colectivo *LAS SOLUCIONES NEGOCIADAS COMO RESPUESTA A LA INSOLVENCIA EMPRESARIAL*, Director José Antonio GARCÍA-CRUCES, Ed. Departamento de Derecho de la Empresa, Universidad de Zaragoza, Thomson Reuters Aranzadi, pág. 33 y ss. ”ANTE LAS CRISIS SOCIETARIAS CONSULTAMOS LA LEY ESPECIFICA (respondiendo a un par de críticas)”, en RDCO, Sociedades – Doctrina pág. 113, número 276, Enero/Febrero 2016.

comparado, incluso las que impiden ciertas acciones concursales en caso de pérdida total del capital social¹⁰⁵.

Hay que poner fin al desencuentro. No se aplican las normas societarias que permiten el “esfuerzo compartido” –con múltiples soluciones-. Se intentan quitas¹⁰⁶ como técnica abusiva, se soslaya la posibilidad de una capitalización.

Los administradores societarios no son responsables en ninguna de las sociedades, ni en las colectivas si no son socios, salvo que por omisión o acción generen daño.

Si la idea central es la conservación de la empresa, la apuesta debe pasar por la reestructuración empresarial, financiera, económica, de tal manera que la empresa no llegue al conflicto y –menos aún- a la cesación de pagos, estado anticipatorio de la insolvencia-. No hablamos ya, de preinsolvencia, sino de evitar ingresar en la zona de preinsolvencia. Si, como dijimos, un número aún no cuantificado de empresas se encontrará en zona de preinsolvencia al salir del aislamiento social, preventivo y obligatorio, la apuesta es colaborar con la salida de esa zona, a la actuación normal, planificando y renegociando que es la forma de conservar la actividad empresarial y los empleos.

Cerramos este apartado citando el caso de las tiendas J. Crew con la reciente presentación de la cadena minorista estadounidense en los tribunales de Virginia pidiendo su quiebra pero acompañando ya un acuerdo con sus acreedores financieros para traspasarles las acciones o sea la propiedad de la sociedad. Lo que propiciamos y señalaba ya Maffia en 2009 y Schmidt el año pasado en Buenos Aires... También recordamos el salvataje hace 10 años de la General Motors generando su capitalización y los que se preanuncia de Lufthansa sobre la necesidad de una capitalización real, que se concretó el 25 de junio de 2020, cuando las accionistas con el 98% de los votos no ejercieron el derecho de suscripción y aceptaron una capitalización gubernamental de 9.000.000 de Euros, claro que fueron incentivados por los administradores que si no había capitalización se debería declarar la insolvencia de la sociedad.

Como un puente entre la preconcursalidad societaria o derecho societario de crisis, con la herramienta de capitalización que resultan de las normas imperativas del sistema societario, la República de Colombia ha dictado, ante la crisis empresarial, el Dto. 811/2020, autorizando la capitalización de sociedades con la intervención del Ministerio de Hacienda, con la condición de su rescate por accionistas privados en un plazo determinado, y en caso contrario autorizando a venderlas junto con las de accionistas privados, generando un paquete mayoritario a cualquier inversor.

Es que debemos alejarnos de viejas prácticas que fundan el salvataje empresarial en la presentación en concurso preventivo ante la autoridad judicial o confiar la salida a la intervención gubernamental con la expropiación. Ninguna de esas vías asegura la viabilidad

¹⁰⁵ “El equilibrio en la legislación societaria y concursal uruguaya: la preconcursalidad extrajudicial” en *25 años de la ley de sociedades comerciales. Necesidad de su reforma. Homenaje al Profesor Dr. Siegbert Rippe*, AAVV dirección Eva Holtz y Rosa Piziomek, edición Facultad de Ciencias Económicas y de Administración Universidad de la República, Montevideo 2014, página 415.

¹⁰⁶ Nos explayamos en RICHARD, Efraín Hugo; FUSHIMI, Jorge Fernando: “La ineficiencia de la quita como financiación de la empresa concursada. Algunas propuestas”, en *Doctrina Societaria y Concursal Errepar DSCE N° 373*, Dic 2018, T. XXX, Pág. 1143-1158.

de la actividad. Un buen plan de negocios y la capitalización parece el camino razonable en la crisis global.

¿Tendrá esa visión de favorecer la renegociación nuestro Gobierno, y en su caso seremos capaces de negociar de buena fe? ¿O se negociará con el poder de dañar amenazando con el concurso y la propuesta de quitas confiscatorias?

Por eso transcribimos parte del encabezamiento de las recomendaciones del IIDC “Es necesario preocuparse de las personas humanas y de los emprendimientos **viales, privilegiando las soluciones privadas, la recomposición de buena fe de las relaciones alteradas y evitando que la crisis sea invocada innecesariamente.**”

4. PATRIMONIO Y RESPONSABILIDAD.

Referirse al monto del capital social acerca a la idea de responsabilidad de socios por “infracapitalización material”, imponiendo apuntar a su trato magistral en el fallo del 4 de febrero de 2020 en el caso “Interindumentaria SRL”. Sin perjuicio de aceptar ese abordaje, creemos desde hace mucho tiempo que esa responsabilidad –para grandes y pequeñas sociedades- es imputable a socios de control y a los administradores, en forma solidaria, haciéndoles responsables del pasivo insoluto como hemos venido insinuando en apartados anteriores, a través de las normas imperativas de la legislación societaria, concretamente del art. 99 LGS –no mencionado en ese fallo y que la Editorial La Ley recuerda en el “copete” de nuestro ensayo publicado el 20 de enero de 2020¹⁰⁷, que resulta acentuado desde la sanción del Código Civil y Comercial por los arts. 150 y 167 in fine CCC. Sobre ese dictamen y fallo, y otra frondosa jurisprudencia hemos trabajado recientemente con Bernardo Carlino.¹⁰⁸

El dictamen de la Fiscal Prof. Gabriela Boquin y el voto del jurista Pablo Heredia, en ese caso, señalan acabadamente la imputabilidad del daño a socios no solidarios en caso de quiebra, o sea de insolvencia de una sociedad, por el déficit patrimonial que se registre, e incluso por otros daños. Se funda el voto en la teoría general de la responsabilidad o del derecho de daños, particularmente por mala administración y ser socio gestor, no meramente inversores que no pueden ver alterada su limitación de responsabilidad.

¹⁰⁷ RICHARD, Efraín Hugo el ya citado “DERECHO SOCIETARIO: AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD Y NORMAS IMPERATIVAS. LAS CRISIS. Y UNA APOSTILLA SOBRE LA LEY DE EMERGENCIA”, publicado en La Ley, 20 de Enero de 2020, incorporando un copete “El art. 94 LGS desenvuelve simples causales de disolución que no implican generar la liquidación de la sociedad ni fijan plazo para ello, pero generan una alerta y una previsión de especiales responsabilidades para administradores y socios. Es muy particular y coherente el sistema de nuestra Ley de Sociedades, pues las causales de disolución no entrañan automáticamente una liquidación de la sociedad, para lo cual debe existir normalmente otra declaración del órgano de gobierno de la sociedad, pero si genera la constatación de la causal una alteración de las reglas de responsabilidad”. elDial.Express.com del 3 de febrero de 2020 lo reitera con anexo. “PERDIDA DEL CAPITAL SOCIAL EN LA EMERGENCIA ECONÓMICA (un comentario al Dto. 1269/02) de necesidad y urgencia”, publicado en *Semanario Jurídico*, n° 1379, Córdoba 19 de septiembre de 2002, pág. 225 y ss..

¹⁰⁸ Bernardo CARLINO - Efraín Hugo RICHARD “INFRACAPITALIZACIÓN PRE Y POST PANDEMIA”, en prensa en RDCO.

Se desliza reiteradamente que la infracapitalización no puede ser usada para transferir el daño –las pérdidas, apuntamos- a los acreedores. Si bien no se cita la normativa societaria imperativa, la cuestión parece fácilmente reducible y haremos unos comentarios sobre ello.

La infrapatrimonialización aparece como genética de la insolvencia. La falta de recursos patrimoniales (por ser insuficientes o por sobreendeudamiento) para satisfacer las obligaciones asumidas constituyen el escenario del problema en análisis. De allí se generan efectos básicos: la imposibilidad sobreviniente de cumplimiento del objeto social –a veces sin pérdida del capital- como causal de disolución y efecto propio de la funcionalidad societaria. Esta es una causal de disolución contenida en los textos consultados de derecho comparado, vinculado al aspecto causal de constituir el objeto-empresa la causa de constitución de la sociedad, como técnica jurídica para llevar adelante un emprendimiento o un plan de negocios. El art. 2448 del C.Civile italiano rezaba “Cause di scioglimento. 2) ... per la sopravvenuta impossibilitá di conseguirlo (oggetto sociale). 3 per la riduzione del capitale al disotto del minimo legale”. La infrapatrimonialización o un flujo de caja insuficiente para esa operatoria constituye lo que se define como insolvencia material.

La infrapatrimonialización implica una causal disolutoria cuando se analiza la situación patrimonial. La cuestión debe verse más allá: en la funcionalidad de la sociedad. Señalaba Girón Tena¹⁰⁹ “la conclusión de la empresa que constituye el objeto social origina la disolución... debe equipararse a la imposibilidad jurídica o extrajurídica del mismo... Las dificultades económicas o jurídicas transitorias de la marcha de la sociedad no corresponde a este concepto”. Por ello estamos hablando de situaciones no transitorias, que imponen que la cuestión sea tratada por los socios. Recordemos que la legislación colombiana impedía la presentación en concurso de una sociedad si no se han superado las causales de disolución¹¹⁰.

En soluciones como la chilena, se impone determinar anualmente el capital social como dotación patrimonial no distribuable como utilidad. En efecto se establece “que el capital social se modifica de pleno derecho cada vez que la junta ordinaria de accionistas apruebe el balance del ejercicio (art. 10 inciso 2º, Ley 18.046), lo que demuestra la voluntad de la ley de equiparar en este tipo social el capital social con el capital en sentido económico o patrimonio funcionalmente necesario; la norma que dispone que los dividendos se pagarán exclusivamente de las utilidades líquidas del ejercicio o de las retenidas, provenientes de balances aprobados por la junta y que ordena aplicar tales utilidades en primer término a

¹⁰⁹ GIRÓN TENA, J. *Derecho de Sociedades* tomo I, Madrid 1976, edición del autor, pág. 623 y ss..

¹¹⁰ Del 27.12.2006 que establece el “Régimen de insolvencia empresarial”, con visión de las normas societarias como preventivas, que resulta del art. 10º que impone que la solicitud de reorganización debe presentarse con la acreditación de “No haberse vencido el plazo establecido en la ley para enervar las causales de disolución, sin haber adoptado las medidas tendientes a subsanarla”, sobre ello puede verse nta. comunicación “Axiología del Derecho Concursal” al II Congreso Colombiano de Derecho Concursal, organizado por el Capítulo Colombiano del Instituto Iberoamericano de Derecho Concursal (Valle de Leyva, Colombia, Agosto de 2008 www.acaderc.org.ar).

absorber las pérdidas acumuladas si las hubiere (art. 78 Ley 18.046), lo que impide la descapitalización de la sociedad”¹¹¹.

Nos apoyamos en la “absolute equity rule”¹¹² –recordada por Lorente¹¹³–, para sostener la necesidad de aplicar el art. 197 2º LGS, sobre capitalización del pasivo si es que los socios no quieren hacerlo, antes de pensar en presentarse en concurso. Y que las propuestas son abusivas, incluso inconstitucionales¹¹⁴ si junto a las quitas y esperas no hay una capitalización de la diferencia, pues en caso contrario hay un despojo a los acreedores en beneficio de los socios. Una propuesta de quita y espera sin esa contrapartida en la participación en el capital, o alguna forma de negocio participativo, es inconstitucional por violar el derecho de propiedad (art. 17 C.N.)¹¹⁵.

La mayoría de las sociedades solucionan sus problemas a través de la ley de sociedades, y ello debería ser la regla, imponiéndose incluso por el juez del concurso en las medidas previas. Su incumplimiento genera siempre responsabilidad de los administradores, por lo menos frente a ciertos acreedores, además de recrear el análisis sobre la abusividad de la propuesta que se formule. Y sobre esa responsabilidad el último apartado de este ya largo ensayo. A la capitalización, incluso de origen gubernamental y previsión de ser transitorio, se está recurriendo en los países del primer mundo como salida de la pandemia y sus efectos patrimoniales.

5. RESPONSABILIDAD DE ADMINISTRADORES Y SOCIOS.

Volviendo a entrelazar ideas anticipadas debemos diferenciar la “zona de insolvencia” de la “zona roja de insolvencia” para prevenir responsabilidades¹¹⁶. Zona de insolvencia se tipificaría cuando se configura la insuficiencia patrimonial –insolvencia- sin que se esté en cesación de pagos, mientras que la “zona roja de insolvencia” se produciría cuando se está en cesación de pagos (incumplimiento obligacional con patrimonio neto

¹¹¹ UBILLA GRANDI, Luis *El capital social en el derecho chileno. Notas sobre sus funciones ¿Una garantía para los acreedores?* en Libro colectivo “Jornadas Nacionales de Derecho Societario en Homenaje al Profesor Enrique M. Butty”, Buenos Aires 2007, págs. 195 y ss., especialmente pág. 205.

¹¹² En las Segundas Jornadas Interdisciplinarias Concursales del Centro, Córdoba 2005 que compartimos con Truffat, en las Jornadas Italoargentinas de Derecho, Córdoba 2005 y luego en Barranquilla.

¹¹³ En Doctrina Societaria y Concursal, Octubre 2005, tomo XVII, pág. 1205.

¹¹⁴ Comunicación al Primer Congreso Hispanoamericano de Derecho Concursal, Barranquilla, octubre 2005, *Reforma concursal: ¿de ideas o de normas?* en el CD editado por el Congreso, y *Hacia la desjudicialización de las crisis: LA CONSERVACIÓN DE LA EMPRESA* comunicación en la Jornada Internacional de Derecho Concursal, Cali –COLOMBIA- Martes 18 de octubre de 2005, Facultad de Humanidades y Ciencias Sociales, Carrera de Derecho de la Pontificia Universidad Javeriana, y Cámara de Comercio de Cali, o ambos en la página electrónica de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba www.acader.unc.edu.ar, y antes *Propuesta abusiva* para elDial.com en agosto de 2005 y también en esa página electrónica de la Academia y artículos similares en prensa en Zeus, Córdoba y Santa Fe.

¹¹⁵ *ASUNCION DE LA CRISIS DE SOCIEDADES COMERCIALES A TRAVÉS DEL DERECHO ESPECÍFICO (LA CONSERVACION DE LA EMPRESA ES UNA CUESTIÓN PRIVADA, SOCIETARIA)* Publicada en el libro colectivo de tres tomos “VI Congreso Nacional de Derecho Concursal y IV Congreso Iberoamericano de la Insolvencia”, Santa Fe 2006, Tomo II pág. 329.

¹¹⁶ Diálogos en estos días con una tesista (Sofía Aliaga) que había buceado en mi pensamiento, me llevaron a recordar viejas apreciaciones. Vaya mi agradecimiento.

negativo). En la zona roja de insolvencia (cesación de pagos con insuficiencia patrimonial), si la sociedad siguió actuando, los administradores serán responsables por los daños ocasionados a los acreedores. Su actuación será dolosa, y autorizará la promoción por parte de los acreedores posteriores a la cesación de pagos de acción individual de responsabilidad en contra de los administradores.

El concurso preventivo se habilita ante la cesación de pagos. La insolvencia es atendida por las normas imperativas de la LGS.

Si abierto el concurso preventivo se llega a un acuerdo que implique quita, se está ante una situación abusiva, por lo menos pues en realidad es en fraude a la ley societaria, que genera daño a los acreedores y por consiguiente serán responsables de los mismos los socios y administradores. Nos hemos pronunciado por la posibilidad de promover acciones de responsabilidad contra administradores de sociedades que hubieren operado en cesación de pagos incluso cuando se hubiere homologado judicialmente un acuerdo concursal, obviamente por vía extraconcursal y basado en el daño generado por omisión o acción por sujetos no concursados. Configurada la cesación de pagos, si se declarara la quiebra de la sociedad, los administradores que actuaron en zona de insolvencia (insuficiencia patrimonial) sin haber acudido oportunamente a los remedios societarios, y si su conducta puede también encuadrarse en alguna de las previstas por el art. 173, LCQ (producir, facilitar, permitir o agravar la situación patrimonial del deudor o su insolvencia) serán responsables por los daños ocasionados al concurso, pues la actuación dolosa resultaría incluso por la omisión de no realizar balance ni controlar la viabilidad de la sociedad.

Esta responsabilidad es congruente con el art. 1º LGS que dispone que las pérdidas deben ser afrontadas por los socios, coherente con la legislación comparada y el informe Winter¹¹⁷, ratificado por el art. 106 LGS. Aún en liquidación la sociedad podrá concursarse –art. 5 LCQ-. El ejercicio de la opción esta a su vez condicionado por el art. 100 de la misma ley a la “viabilidad económica” de la sociedad. No son normas disponibles que puedan ser alteradas por el Estatuto social o una resolución de su órgano de gobierno, ni por un juez¹¹⁸ Los riesgos de la actividad societaria no pueden ser transferidos por los socios a terceros.¹¹⁹ Este principio es en resguardo de estos últimos.

“En la sociedad anónima, esencialmente capitalista, no parece prudente esperar a que el capital se pierda totalmente para que las pérdidas operen como causa de disolución, pues entonces los acreedores no tendrían ninguna seguridad o garantía para el percibo de sus créditos. De ahí que nuestra ley (art.260.1.4ª) declare causa de disolución el hecho de que se produzcan pérdidas que dejen reducido el patrimonio a una cantidad inferior al capital social, a no ser que ése se aumente o se reduca en la medida suficiente. Desde esta perspectiva, esa

¹¹⁷ Ese informe es el resultado del trabajo realizado por el “Grupo de Alto Nivel de Expertos en Derecho de Sociedades”, presidido por Jaap Winter, con el doble objetivo de iniciar una discusión sobre la necesidad de la modernización del Derecho de Sociedades y elaborar una serie de recomendaciones destinadas a crear un nuevo marco regulador de las sociedades cotizadas.

¹¹⁸ RICHARD, E.H. “El laberinto”, citado.

¹¹⁹ STANGHELLINI, Lorenzo “Proprietá e controllo del’impresa in crisis” en Rivista delle Societa anno 49º 2004 settembre-ottobre fascicolo 5º, Editorial Giuffrè Milano, pág. 1079.

norma opera como un instrumento preconcursal destinado a evitar la insolvencia de las sociedades anónimas y su eventual declaración de quiebra”.¹²⁰

La tutela de los acreedores ante la continuidad de la empresa en crisis, aumentando la posibilidad de pérdidas ante una prospectiva incierta, impone pensar en la responsabilidad de los administradores¹²¹, afirmándose la utilidad que revisten en general “los remedios tempestivos e idóneos a la primera señal de crisis”¹²². Responsabilidad siempre de base subjetiva, por accionar culposo o doloso generando daño. Volvamos sobre normas del CCC que iluminan genéricamente la cuestión en análisis. Se autoriza claramente la legitimación activa directa de terceros: “*ARTÍCULO 160. Responsabilidad de los administradores. Los administradores responden en forma ilimitada y solidaria frente a la persona jurídica, sus miembros y terceros, por los daños causados por su culpa en el ejercicio o con ocasión de sus funciones, por acción u omisión.*”

En orden a la responsabilidad de la persona jurídica privada, fija un criterio general para poder exigir a los administradores la satisfacción de los perjuicios generados, a favor de la persona jurídica, sus miembros e inclusive frente a terceros por los daños causados culposa o dolosamente en el ejercicio o con ocasión de sus funciones, por acciones u omisiones.

La responsabilidad de administradores es extensiva a los socios de control por la coherencia del art. 167 CCC en su segundo párrafo “*La liquidación consiste en el cumplimiento de las obligaciones pendientes con los bienes del activo del patrimonio de la persona jurídica o su producido en dinero*”, y el último párrafo, que repetimos: “*En caso de infracción responden ilimitada y solidariamente sus administradores y aquellos miembros que, conociendo o debiendo conocer la situación y contando con el poder de decisión necesario para ponerle fin, omiten adoptar las medidas necesarias al efecto*”.

Se observa que la responsabilidad de administradores o miembros se genera si el patrimonio es insuficiente para satisfacer las obligaciones, en identidad con el art. 99 LGS, aunque más acotado¹²³, al que se integra conforme la particular redacción del art. 150 CCC.¹²⁴

La causa fin del negocio de constitución de una sociedad lo es el advenimiento de una persona jurídica para desarrollar actividad independiente. Se especifica, sin contradecir ello: “la característica específica del contrato plurilateral de sociedad que lo distingue netamente de los demás esquemas jurídicos, es la participación en las ganancias y en las pérdidas. Esta nota constituye la causal del contrato de sociedad o sea *la función económico-social* del negocio reconocida por el derecho... La participación en las ganancias y en las pérdidas es la función objetiva que tiene el *negocio jurídico sociedad*, y que el derecho estatuye y

¹²⁰ URÍA, R.; MENÉNDEZ, A. y GARCÍA de ENTERRÍA, J. –“La sociedad anónima: disolución” Cap. 4, pág. 1001 en *Curso de Derecho Mercantil*.

¹²¹ MIOLA Massimo “Il sistema del capitale sociale e le prospettive di riforma nel diritto europeo delle società di capitali” en *Rivista delle Società*, 2005-50-1199, fasc. 6. pág. 1310. Como acción extraconcursal.

¹²² MIOLA Massimo “Il sistema del capitale sociale e le prospettive di riforma nel diritto europeo delle società di capitali” cit. pág. 1309.

¹²³ RICHARD, E.H.. “El art. 99 ley 19.550 y causales de disolución de sociedades (De cómo evitar responsabilidad ante la insolvencia societaria)” en *Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones (RDCO)* 2013-A- pág. 663, año 46, Ed. Abeledo Perrot, Bs. As. 2013.

¹²⁴ En consonancia a su vez con el art. 1709 CCC; cfme. puede verse nto. Prólogo al libro *Empresa y sociedad. Actualidad y Relevancia*, AAVV, bajo la Dirección de María Cristina Mercado de Sala, Coordinación de Ricardo Belmaña, págs. 9 a 38. Ed. Lerner, Córdoba mayo 2018, y en el mismo el artículo de Eduardo CIMA “La legislación societaria y su relación con el Código Civil y Comercial”.

reconoce como tal”¹²⁵. Subrayamos la contundencia de: “soportar las pérdidas”, no es siquiera “participar” en las pérdidas”. De manera que, con Colombres podríamos afirmar que la característica específica del negocio societario, que lo distingue netamente de los demás esquemas jurídicos, es la participación en las ganancias y la soportación de las pérdidas. Esta nota constituye la causa de la sociedad, o sea, “la función práctico-social del negocio reconocida por el derecho”.

Son importantes las reflexiones sobre personalidad y responsabilidad que se dan, para justificar la voluntad de una persona para crear una sociedad, en los Fundamentos del Anteproyecto de CCC. La Comisión de Reformas -Kemelmajer, Highton y Lorenzetti- aceptó la posición de la subcomisión, expresándose así: “2). *Sociedad unipersonal. Se recepta la sociedad de un solo socio. La idea central no es la limitación de responsabilidad, sino permitir la organización de patrimonios con empresa -objeto-, en beneficio de los acreedores de la empresa individual de un sujeto con actividad empresarial múltiple. También se ha considerado conveniente limitar la cuestión a una norma permisiva, dejando librado a la iniciativa privada el resto de los desarrollos. Por ello, se ha omitido una regulación más detallada, que podría obstaculizar la utilización del instituto. Además, cabe tener en cuenta que la mayoría de los problemas que se pueden presentar tienen solución con las reglas generales”.*

Ensayamos sobre ello en 1985 en “El posible futuro del derecho comercial”: “¿Es realmente lo que se tutela el ánimo de limitar una responsabilidad? ¿o son los derechos de los terceros o el interés de la funcionalidad económica lo que el legislador debe tutelar! Quizás este es el centro de la cuestión...”¹²⁶.

Calificando sistemáticamente la cuestión Karsten Schmidt¹²⁷ exponía “En la mayoría de los países del mundo muchas de nuestras cuestiones de responsabilidad son tratadas como elementos del Derecho Concursal. En parte eso se basa en la observación correcta, que las cuestiones de responsabilidad entran en vigencia en los casos de insolvencia. La calificación del Derecho Concursal de las reglas de responsabilidad tiene en tanto razones más fenomenológicas que motivos sistemáticos de Derecho. En Alemania, donde prevalecen los pensamientos sistemáticos en el Derecho, la tendencia hasta ahora era la contraria: la mayoría de nuestras cuestiones actuales de responsabilidad son clasificadas como elementos del Derecho Societario –no del Derecho Concursal-, aun si como parte actora comparece un síndico de concurso. En el año 2000, en el Segundo Congreso Iberoamericano¹²⁸ expuse el motivo por el cual en Alemania hasta el momento lo vemos así... En la actualidad todavía considero correcta esta apreciación sistemática del Derecho. Los derechos y obligaciones de los cuales hablamos, por cierto no resultan del procedimiento de insolvencia”.

¹²⁵ COLOMBRES, Gervasio R. Curso de Derecho Societario, Parte General, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires 1972, pág. 56.

¹²⁶ RICHARD, E. H. “El posible futuro del derecho comercial” en En Anales de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, tomo XXIV, Córdoba 186 (correspondiente al año Académico 1985) págs. 97 y 112, y en Anuario de Derecho Comercial tomo 2, Montevideo, sección doctrina págs. 169 y ss..

¹²⁷ “Responsabilidad de los socios y administradores” en *Derecho Comercial y de los Negocios, Sociedades – Concursos AAVV* siendo compiladores Raúl Aníbal Etcheverry, Héctor Osvaldo Chomer y Luis Mariano Genovesi, Ed. Eudeba, Buenos Aires 2007, tomo I pág. 395 y ss., reproduciendo una conferencia del año 2005..

¹²⁸ “El derecho empresario y el derecho concursal” en *De la Insolvencia Segundo Congreso Iberoamericano AAVV* directores Junyent Bas-Rodríguez Pardina-Richard, Ed. Advocatus, Córdoba 2000, tomo III pag. 751 y ss..

En un ilustrado y lúcido trabajo de Héctor Alegría en *La Ley*, intitulado “*Diálogo de economía y derecho y convergencias culturales y sociales en la insolvencia*”¹²⁹, en el último capítulo (X) al referirse a los administradores de las sociedades en crisis (“El rol de los administradores ante la situación de insolvencia”), tiene a bien hacer una condescendiente referencia a algunos de nuestros trabajos en ese aspecto: “Un autor local que está trabajando el tema (Richard) dice: cuando se presenta la cesación de pagos o la insolvencia, el administrador tiene que variar su norte y ceñirse a una administración correcta de la empresa, a los pasos legales, administrativos o económicos financieros para la solución de la crisis, y si no lo hace responde ante los acreedores. No sólo a los accionistas que lo han nombrado sino también y fundamentalmente ante los acreedores”, referencia que sin ser textual representa nuestra posición ante el evidente apartamiento de esas conductas que resulta del informe general de síndicos en concursos preventivos. Seguía: “La exposición completa de estos temas ha dado lugar a importantes aportes doctrinales, muestra lugares comunes que se entrecruzan. En efecto, ante una crisis el administrador debe tomar decisiones, a veces imaginativas y otras desafiantes. Si ese administrador está sujeto a rigores extremos, algunos juzgados sólo ex post o sobre presupuestos meramente formales, es altamente factible que limite su accionar, con perjuicio de la empresa y de su recupero. También esa rigurosidad puede incidir en la selección de nuevos administradores de una empresa en crisis, pues cabe que se restrinja o desaparezca la posibilidad de incorporar personas capaces, o bien que quienes acepten circunscriban su actividad y no sean eficaces para la solución”. Tenemos la misma preocupación, por eso nuestro afán ha sido y es recordar el camino sencillo y de bajo costo que evita toda responsabilidad imputable a administradores societarios.¹³⁰ Justamente el mismo Alegría expresaba¹³¹ “El concurso preventivo se demora, porque nuestros medios comerciales y financieros conceden crédito, muchas a veces a ciegas, mientras el deudor sigue aparentando una posición dinámica y solvente, aunque en realidad resulte después que era solamente un espejismo”. Esa apariencia generada por los administradores importa una actuación dolosa.

De ninguna forma 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. De allí el adecuado léxico de las normas de los arts. 125-1 y 125-2 de la ley concursal del año 83, hoy derogadas pero compatibles con los principios generales del CCC, en torno al juicio posterior de “irrazonabilidad” al tiempo de concebirlo del plan de saneamiento.

Jamás deben preocuparse los administradores que actúan con lealtad y la diligencia de un buen hombre de negocios, ni aún ante la cesación de pagos o insolvencia de la sociedad, y menos frente a una mera crisis económico o financiera. No se espera de ellos que tengan

¹²⁹ Diario *La Ley* del 9 de mayo de 2007 pág. 1 a 10.

¹³⁰ RICHARD, Efraín Hugo “SOBRE LA CONSERVACIÓN DE LA EMPRESA (en torno a aspectos patrimoniales)” Publicado en “Derecho Económico Empresarial – Estudios en Homenaje al Dr. Héctor Alegría, Coordinadores Diana Farhi y Marcelo Gebhardt, Ed. La Ley, Buenos Aires 2011, tomo II pág. 1397.

¹³¹ en *Estructura y principios de la reforma concursal* p. 59 (“Algunas cuestiones de derecho concursal” Bs. As. Abaco 1975).

necesariamente que superar ese estado patrimonial o financiero, sino meramente que lo afronten, en primer lugar frente a los socios –legislación societaria- y agotada ella –incluso la negociación privada con los acreedores- la concursal que, a través de la concurrencia obligatoria intenta la unificación de acciones de intereses en pugna. Es la visión de la viabilidad en el momento de tomar la decisión, no la que pueda resultar con la lectura de un diario posterior.

Hay que aconsejar correctamente a los administradores. ¿Cuáles son los deberes del administrador si la sociedad es patrimonialmente inepta para el cumplimiento del objeto social? Deberá someter la situación orgánicamente a consideración de los socios. La sociedad es un sujeto de derecho –persona jurídica- que el sistema jurídico entrega (como técnica de organización) para que los fundadores de una empresa puedan generar un centro de imputación autogestante¹³² y con responsabilidad limitada. Esa funcionalidad es el bien jurídico tutelado por el sistema societario, que otorga a la autonomía de la voluntad la capacidad jurídica de concebir personas jurídicas. Así aparece fundamental la tutela de la propia sociedad. A su vez se ha venido gestando la tutela de los acreedores no profesionales a través de la información, perfilando claramente lo que son las obligaciones de los administradores¹³³.

El interés a tutelar está vinculado a una axiología de la empresa y del sistema jurídico societario y particularmente el concursal como solución residual, sobre lo que nos hemos expedito¹³⁴. El valor es restituir a la empresa –o la sociedad- su viabilidad funcional.

Si la quita se sigue aceptando como práctica legal y homologable en el concurso de sociedades, no hay salida, las sociedades no negociarán y se concursarán, cualquiera sea el blindaje que se les prometa, pues las “sirenas” las arrastrarán al mar con su canto voluptuoso. Seguimos insistiendo que las quitas en caso de crisis societarias es una forma de fraude a la ley societaria –arts. 1, 96 y 99 LGS, repetimos en nuestras “catilnarias”. Si es decisión que siga la costumbre contra legem de aceptar las quitas en los concursos de sociedades debe modificarse lisa y llanamente el art. 1 y concordantes de la LGS, apuntando que los socios no asumen las pérdidas, sino los acreedores si se decide por dudosa mayoría de ellos que así fuera.

¹³² Centros de imputación no autogestantes lo constituyen los patrimonios destinados a un específico negocio incorporado en Italia (BIANCA, Mirzia *La reforma italiana al régimen de sociedades comerciales* LL 20 junio 2005), y que se encuentran regulados en la mal llamada sociedad accidental o en participación en el art. 361 de la ley de sociedades argentina. Lo recordó Alegría en la obra colectiva coordinada por Ana Piaggi citada en pág. 1, y lo hemos hecho nosotros con Jorge Fernando FUSHIMI EN Libros del X Congreso Argentino de Derecho Societario y VI Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa, tomo 1 “*Negocios en participación gestados por sociedad anónima como forma de financiamiento de negocios específicos*” pág. 481.

¹³³ SPOLIDORO, Marco Saverio “Il capital sociale”, en “Il Diritto delle società per azioni: Problema, Esperienze, Progetti” collana della Rivista delle Società, Ed. Giuffrè 1993 pág. 99.

¹³⁴ Perspectiva del Derecho de la Insolvencia, Ed. Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Córdoba 2010, particularmente el capítulo “AXIOLOGIA DEL DERECHO CONCURSAL”, donde se reproduce la Comunicación al II Congreso Colombiano de Derecho Concursal, organizado por el Capítulo Colombiano del Instituto Iberoamericano de Derecho Concursal (Valle de Leyva, Colombia, Agosto de 2008), y RDCO Ensayo sobre la axiología del derecho concursal en RDCO pág. 313 a 380 n° 235, Marzo/abril 2009

Frente a ello aparece lo que con el Miembro Correspondiente de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba Profesor Emérito Dr. Juan Carlos Veiga hemos intitulado “El Contraderecho” o sea las costumbres contra legem en los procesos concursales¹³⁵. Sin nuestros argumentos pero en la misma línea de libertad sin dañar, el incidente en el caso Interindumentaria SRL en fallo del 4.2.2020 con el voto de Pablo Heredia –que hemos referido- remarcó la infrapatrimonialización como factor de imputación del daño, el déficit liquidatorio, a los socios de control en el incidente respectivo en la quiebra.

El artículo 12 del Título preliminar del CCC se refiere al “Orden público” y al “Fraude a la ley”: “Las convenciones particulares no pueden dejar sin efecto las leyes en cuya observancia esté interesado el orden público. El acto respecto del cual se invoque el amparo de un texto legal, que persiga un resultado sustancialmente análogo al prohibido por una *norma imperativa*, se considera otorgado en fraude a la ley. En ese caso, el acto debe someterse a la norma imperativa que se trata de eludir”¹³⁶.

Las quitas (las esperas desmedidas son un condimento que lleva a los jueces a preguntar cuanto de quita importa esa espera) implican una transferencia de riqueza de acreedores a la sociedad y los socios. Homologada una espera podría de inmediato repartirse utilidades los socios al desaparecer gran parte del pasivo. Aunque no se repartan utilidades el patrimonio de la sociedad se ha valorizado en forma inmediata, agregada a la suspensión de intereses. Para esos casos sostenemos que hay una acción de responsabilidad extraconcursal de los acreedores perjudicados por el daño generado en el concurso, contra los socios –no concursados- por no haber asumido la pérdida –art. 1 LGS que hace a la esencialidad de la relación societaria y no haber usado las opciones imperativas del art. 96 LGS-. La capitalización de pasivo y otras formas serían aceptables, la quita si para la persona humana pero no para el concurso de una sociedad, la misma constituye un fraude a la ley.

El embate desintegrador se hace desde el derecho de crisis, el derecho concursal, para tratar de transferir el riesgo societario a los acreedores, olvidando aquello que los socios “soportarán las pérdidas” –art. 1º LGS, que sugerimos modificar en su caso-, como elemento esencial y caracterizante de una relación societaria. Tanto es así que la legislación impositiva grava la “quita” considerándola ganancia para la sociedad¹³⁷ y, obviamente, para los socios.

Pero ante ilicitudes hay también normas que, bajo la idea del “descorrimiento del velo” o de “la inoponibilidad de la personalidad jurídica”, sin extinguir la sociedad imputan sus actos o responsabilidad, a un tercero por abuso de la funcionalidad societaria. Lo hacen

¹³⁵ Se impone así la problemática soslayada en los procesos concursales de sociedades: la interacción del derecho societario y el concursal. Visión práctica y sociológica que nos ha hecho pensar con el referido Profesor Emérito Dr. Juan Carlos Veiga en “El Contraderecho”, o sea en las costumbres contra legem que se desenvuelven en esos procesos para transferir torno a la homologación de acuerdos con quitas en concurso de sociedades. El abuso y el fraude”, en VIIIº Congreso Argentino de Derecho Concursal y VIº Congreso Iberoamericano de la Insolvencia. Tucumán (R.A.) septiembre de 2012. Tomo 1 pág. 367

¹³⁶ RICHARD, Efraín Hugo “¡Más Justicia y menos Juicios! Conservación de la Empresa y Preconcursalidad Societaria”, *Revista de Derecho Comercial del Consumidor y de la Empresa*, La Ley, N° 1, febrero 2013, y “Sobre el Título Preliminar del Proyecto de Código Civil y Comercial”, en *El Derecho*, diario del 5 de abril de 2013, Buenos Aires.

¹³⁷ Así lo expusimos en RICHARD, Efraín Hugo; FUSHIMI, Jorge Fernando: “La quita en concursos de sociedades y su tratamiento fiscal (y algunos aspectos periféricos)”, en *Revista Electrónica Microjuris.com*, producto Sociedades (revista electrónica por suscripción). Datos para citar: MJ-DOC-6053-AR| MJD6053. Buenos Aires, 1 de diciembre de 2012,

los arts. 144 CCC y el art. 54 LGS. Sólo agregaremos, de un tema que hemos trabajado¹³⁸, como cierre en el límite de este apartado, aspectos de la inoponibilidad en palabras de Jesús Alfaro Aguila Real¹³⁹: “Es aconsejable leer algo sobre la responsabilidad limitada de las personas jurídicas corporativas para introducirse en el tema, antes de abordar el estudio de esta doctrina. - Las sociedades tienen personalidad jurídica independiente de la personalidad de los socios en el sentido de que, a través de la sociedad, **los socios crean un patrimonio separado del individual de cada uno de ellos y actúan unificadamente en el tráfico**, esto es, como si el grupo fuera un individuo y, por lo tanto, se pueden imputar derechos y obligaciones al patrimonio/grupo unificado. Estos derechos y obligaciones no son, sin más, derechos individuales de los socios. - *Decir que el grupo tiene personalidad jurídica significa que el grupo ha generado un patrimonio separado del patrimonio personal de cada uno de los miembros individuales del grupo.* - Pero esto es una forma de hablar. Es obvio que los derechos y las deudas que forman ese patrimonio separado no dejan de ser derechos y deudas de los socios y, por eso, puede decirse que **las personas jurídicas son centros de imputación provisional** (o, en otras palabras, **centros de distribución** de derechos y obligaciones) a diferencia de los individuos que son centros de imputación o atribución definitiva. Son los socios los sujetos pasivos de las deudas sociales y son los socios los titulares de los bienes que integran el activo social. A conclusiones similares se llega desde una concepción contractualista de la personalidad jurídica que se utiliza para explicar el sentido de la responsabilidad limitada. Generalizando esta concepción, puede afirmarse que la utilización de una persona jurídica no sería sino una forma de incorporar al contrato que un grupo celebra *uti universi* con terceros el Derecho de sociedades aplicable a la personalidad jurídica que les permite actuar conjuntamente. Cuando la persona jurídica titular del patrimonio separado tiene estructura **corporativa y goza de responsabilidad limitada, la separación se convierte en aislamiento**, esto es, incomunicación entre el patrimonio separado y el patrimonio personal de los socios. - En este contexto, “levantar el velo” de la persona jurídica significa, en términos técnicos, **prescindir o inaplicar el principio de separación entre el patrimonio de la persona jurídica y el de sus miembros**, bien imputando a los miembros conductas realizadas por la persona jurídica, bien extendiendo a los miembros la responsabilidad por actos realizados por la persona jurídica. Hay, pues, casos de **imputación** donde lo que sucede es que la ley o el juez identifican limitadamente a la persona jurídica con los sujetos titulares de la misma (en ambos sentidos) y supuestos de **extensión de responsabilidad** a los socios o casos en los que, a pesar de que no existe relación jurídica

¹³⁸ RICHARD, E.H. “Inoponibilidad de la personalidad jurídica: imputabilidad y responsabilidad”, en Revista de Derecho Privado y Comunitario, Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe 2009, n° 2008 – 3 pág. 191 a 246. Reproducido por Microjuris, 2010; y con José Luis PALAZZO: “El art. 144 Código Civil y Comercial (inoponibilidad de la personalidad jurídica)”, en LA LEY año LXXX N° 54, TOMO LA LEY 2016-B-diario del lunes 21 de marzo de 2016. En la publicación se omitió lo que los Autores habían incluido en el título “: ¿una travesura o una concepción integral sobre rresponsabilidad de funcionarios públicos por daños patrimoniales ocasionados en el ejercicio irregular de su cargo?”. El Editor, a su vez, destacó inicialmente al texto “La imputación directa de la actuación desviada de la persona jurídica a los controlantes que la hicieron posible importa que dichos controlantes de derecho o de hecho queden obligados personalmente por las obligaciones de la persona jurídica, pero ello no implica que se anule la personalidad o que debe disolverse el ente. En rigor, lo que se pierde –en estos casos- es la división patrimonial de primer grado entre el sujeto de derecho y sus integrantes, fundada positivamente en los arts. 143 del Código Civil y Comercial –para todas las personas jurídicas- y 56 de la Ley General de Sociedades.

¹³⁹ ALFARO AGUILA REAL, Alfaro “Lecciones: Personalidad jurídica y levantamiento del velo” (i) | Nov 17, 2015 | [Derecho Civil](#), [Derecho Mercantil](#), [Lecciones](#) | [5 Comentarios en Almacén de Derecho](#).

directa entre un tercero y los socios de la sociedad, se hace responsables a éstos frente a aquél. ...”. Cita a la jurisprudencia norteamericana “son casos (In Hystro Products, Inc. v. MNP Corp., 18 F.3d 1383, 1390 (7th Cir.Nos. 12-1351, 12-14303 1994)) en los que, si no se extendiera la imputación a los socios, se estaría enriqueciendo injustamente a una de las partes de un contrato o se permitiría a la sociedad matriz, que generó la responsabilidad de la filial y fue la causa de la incapacidad de la filial para cumplir con esas obligaciones, escapar a su responsabilidad o se permitiría a los antiguos socios ignorar sus obligaciones o aceptar las operaciones de ingeniería societaria “to keep assets in a liability-free corporation while placing liabilities in an asset-free corporation.””

Las normas imperativas del derecho societario no pueden ser dejadas de lado desde el nuevo art. 150 CCC¹⁴⁰, priorizándolo incluso de la ley de concursos¹⁴¹, que deben ser integradas sin alterar aquella primacía, además de las del CCC, congruente con el art. 2° de ese ordenamiento. Ya antes se sostenía que el proceso concursal ni la ley que lo regía constituían islas, pero en el proceso en sí se configuraba la costumbre contra legem referida, constituyendo un “Contraderecho”..

No hay duda que el límite es que la sociedad no se transforme en una organización dañosa, afectando derechos de terceros.

El primer principio para evitar generar daño y las consiguientes acciones de responsabilidad a quiénes lo hubieren causado, directa o indirectamente es asegurar la viabilidad del negocio¹⁴². Remarcamos: el art. 99 LGS señala la responsabilidad solidaria de administradores sin perjuicio de la responsabilidad de los socios si constatada la pérdida del capital social o la imposibilidad patrimonial sobreviniente no se hubiere enfrentado, por ejemplo con una de las opciones imperativas introducidas por el art. 96 LGS. Todo lo

¹⁴⁰ “NORMAS IMPERATIVAS DEL DERECHO SOCIETARIO PARA PREVENIR DAÑOS”, publicado en *Los aspectos empresariales en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación*, Ed. Fidas, Buenos Aires 2015, página 79. ; “LAS NORMAS IMPERATIVAS DEL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL, DEL DERECHO SOCIETARIO Y EL SISTEMA CONCURSAL” en tomo I “Presupuestos y principios de los Concursos” en X Congreso Argentino de Derecho Concursal – VIII Congreso Iberoamericano de la Insolvencia, Santa Fe Octubre 2018, página 621; “ANTE LAS CRISIS SOCIETARIAS CONSULTAMOS LA LEY ESPECIFICA (respondiendo a un par de críticas)” en RDCO, Sociedades – Doctrina pág. 113, número 276, Enero/Febrero 2016; “CRISIS ECONÓMICO-PATRIMONIALES DE LAS PERSONAS JURÍDICAS (especialmente societarias) Y EL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL”, publicado en *Derecho Comercial y de las obligaciones (Revista de Doctrina, Jurisprudencia, Legislación y Práctica)*, n° 272 mayo/junio 2015, Edición especial Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires 2015, pág. 613 y ss.; X CONGRESO NACIONAL DE DERECHO CONCURSAL – VII CONGRESO IBEROAMERICANO DE LA INSOLVENCIA “Crisis y Derecho”: “Normas imperativas del Derecho Societario para prevenir daños (art. 96 LGS)”, tomo I pág. 111.

¹⁴¹ RICHARD, Efraín Hugo *Perspectiva del Derecho de la Insolvencia*, Ed. Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales, Córdoba Rep. Argentina 2012.. Comunicación al VIII° CONGRESO ARGENTINO DE DERECHO CONCURSAL y VI° CONGRESO IBEROAMERICANO DE LA INSOLVENCIA Tucumán (R.A.) septiembre de 2012, “LA NECESARIA INTEGRACIÓN DEL SISTEMA CONCURSAL CON EL SOCIETARIO ANTE LA CRISIS DE SOCIEDADES”, tomo II pág. 815; “LA ENSEÑANZA Y LA INVESTIGACIÓN DEL DERECHO SOCIETARIO DE CRISIS” en *Anuario XV (2013-2014)* del Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba, pág. 351, editado en Córdoba diciembre 2015.

¹⁴² FUSHIMI, Jorge Fernando – RICHARD, Efraín Hugo “EL BALANCE ANUAL DE LAS SOCIEDADES. CONSTATAciones Y EFECTOS”, en “ASPECTOS CONTABLES, IMPOSITIVOS Y PREVISIONALES EN LAS SOCIEDADES Y LOS CONCURSOS”, Obra colectiva, Director Martín Arecha, Págs. 101 a 123 Publicación del Instituto Argentino de Derecho Comercial. Editorial Legis Argentina SA, Buenos Aires, Abril de 2013.

referente al capital social y causales de disolución, y eventuales responsabilidades por daño ante incumplimiento son indisponibles¹⁴³.

El art. 167 *in fine* CCC aclara, como apuntamos, la ambigua expresión del art. 99, LGS. Este último expresa ante la falta de liquidación pero habiéndose constatado una causal de disolución que: “Responsabilidad. Cualquier operación ajena a esos fines los hace responsables ilimitada y solidariamente (a los administradores) respecto a los terceros y los socios, sin perjuicio de la responsabilidad de estos”. Y el art. 167 CCC, ante el defecto¹⁴⁴ expresado, en el párrafo 3 sobre Disolución y Liquidación de las Personas Jurídicas privadas, sobre el mismo tema y , aclarando el alcance subjetivo, que volvemos a reiterar: “En caso de infracción, responden ilimitada y solidariamente sus administradores y aquellos miembros que, conociendo o debiendo conocer la situación y contando con el poder de decisión necesario para ponerle fin, omiten adoptar las medidas necesarias al efecto”.

El o los socios que tienen poder para evitar el daño que generará a los acreedores sociales daño por la insuficiencia patrimonial de la sociedad deudora, aparecerán por omisión o acción causantes, y por tanto deberán responder. Son normas expresas, imperativas, de la LGS y CCC que se engarzan en la teoría general de la responsabilidad, con especificidad en las normas sobre personas jurídicas y sociedades (relaciones de organización). Es similar la responsabilidad del grupo o socios de control.

La responsabilidad contraída por administradores y socios subsiste, como regla de buena fe, pues si la sociedad es económicamente viable no hay duda que su patrimonio generará los medios voluntarios o compulsivos para satisfacer las obligaciones contraídas, sin necesidad de ejercitar la responsabilidad subsidiaria de socios o administradores. Si no es viable no es empresa. No hace falta que genere dividendo, pero si debe tener sustentabilidad para no dañar.¹⁴⁵

Configurada la cesación de pagos no necesariamente se genera responsabilidad de los administradores. Para que ello ocurra debe haber un daño que se produce cuando hay incumplimiento de obligaciones por insuficiencia del patrimonio social.

IV - LA ESPERANZA.

Y así están y siguen las cosas las cosas. “Se advierte... una tónica uniforme que exterioriza disconformidad frente a la insatisfacción de los sistemas destinados a regular las

¹⁴³ RICHARD, Efraín Hugo “EL LABERINTO DE LA PÉRDIDA DEL CAPITAL SOCIAL Y SU REMEDIACIÓN” en pág. 111 del n° 7 de ESTUDIOS DE DERECHO EMPRESARIO, julio 2016, en portal de la Universidad Nacional de Córdoba. El artículo 1709 CCC es congruente con aquella norma.

¹⁴⁴ RICHARD, Efraín Hugo. Prólogo al libro *EMPRESA Y SOCIEDAD. ACTUALIDAD Y RELEVANCIA*. AAVV Dirección Prof. María Cristina MERCADO de SALA, Ed. Lerner. Córdoba 2018.

¹⁴⁵ RICHARD, Efraín Hugo “PERSONALIDAD JURIDICA Y RESPONSABILIDAD DE SUS MIEMBROS”, en “Revista del Código Civil y Comercial”, mensual de editorial La Ley, primera sección “En Debate”, tema específico “Personas Jurídicas” desde la perspectiva del nuevo Código Civil y Comercial, Co Director Pablo Heredia, año IV número 4 mayo 2018 página 67 a 107, Buenos Aires. También abordamos el tema en “LA LIMITADA RESPONSABILIDAD LIMITADA DE LOS SOCIOS DE LA SOCIEDAD POR ACCIONES SIMPLIFICADA (y una referencia al caso Von Seiden)” en Revista de Las Sociedades y concursos, Director Ricardo A. Nissen, Ed. Fidas, Edición Especial año 19, 2018-1, pág. 143, Primera Jornada sobre constitución y funcionamiento de la sociedad por acciones simplificada (SAS) – Seminario Anual sobre actualización, análisis crítico de jurisprudencia, doctrina y estrategias societarias y concursales.

crisis empresarias, y en suma, el fracaso de la legislación, lo que constituye una causa determinante de sucesivas reformas en búsqueda irrenunciable de la estrella polar de una solución imposible”¹⁴⁶, lo que fue afirmado el 25 de junio de 2020 -cuando cerrábamos estas líneas-, por el Prof. Héctor Osvaldo Chomer al abrir un conversatorio virtual apuntando a la práctica y fracaso de los procesos concursales.

Es que, afirmamos, ante la crisis económico-patrimonial-financiera de las sociedades, la misma debe ser asumida desde el derecho societario. Sólo fracasadas las acciones previstas en ese sistema y en el extracontractual, con la renegociación propia de un buen hombre de negocios para conservar la empresa, podrá afrontarse el camino concursal, con el debido equilibrio entre acreedores y socios. El derecho societario iberoamericano es suficientemente uniforme para admitir (e imponer) estas conductas.

La esperanza, nuestra esperanza, es que se redescubra que no es necesario un cambio de normas sino de ideas y conductas. Una nueva conducta de buena fe negocial, de ética del comportamiento, apartándose de costumbres contra legem, que nos pueda haber dejado este extraordinario e inesperado fenómeno de la confinación.

Como criterio ético, nos referimos al criterio primitivo, conforme la distinción aristotélica, se lo usaba como un criterio "adjetivo", tratando de saber si una acción, una cualidad, una conducta, un modo de ser, es o no ético. Las virtudes éticas eran para Aristóteles aquéllas que se desenvuelven en la práctica y que van encaminadas a la consecución de un fin, sirviendo para la realización del orden de la vida del Estado -la justicia, el valor, la amistad, etc.- y tienen su origen directo en las costumbres y en el hábito o tendencia; a la que se enfrenta una "ética existencialista".

Por eso, para intentar un equilibrio de la pandemia económica en vastos sectores empresariales, centramos nuestra esperanza en la capacidad humana, su razonabilidad restituyendo la solidaridad y la buena fe, basados en una idea contenida en una norma sencilla, propia de nuestro sistema jusprivatista, como la inserta en el art. 1011 CCC generando, legislativamente un período de no agresión, que implicaría indirectamente la de renegociación prevista en esa norma.

Todo buen hombre de negocio debería negociar de buena fe ante los incumplimientos que se hayan, se estén o se generen por las actuales circunstancias. La hoy Camarista Prof. Verónica Martínez excluyó el voto de un acreedor que había negociado de mala fe con la concursada.

Ese escudo “sanador”, sumado a esa calidad de empresario, evitaría ese fracaso del sistema judicial y procesal, que normalmente no da respuestas rápidas ante el conflicto, ni lo podría hacer ante una avalancha de juicios. La renegociación de las obligaciones incumplidas contribuiría para la más pronta recuperación de la actividad económica en la normalidad que se pueda alcanzar.

¹⁴⁶ DASSO, Ariel Ángel *Tendencias actuales del derecho concursal*, Editorial Ad Hoc, Bs. As. 1999, p.49.

La normativa que aconsejamos, similar a la del Considerando 29 de la Directiva Europea 2019/1023¹⁴⁷, tiende a generar un escudo de no agresión por el tiempo que se fijara, de mantenimiento de la administración y de los bienes, de la eliminación de las medidas cautelares que trabajaran el mantenimiento de la actividad. Conlleva evitar la judicialidad, porque entendemos que la mayoría de las situaciones se superaría con herramientas jurídicas disponibles, y eventualmente para que el sistema procesal y de administración de justicia se prepara, como ahora la “cuarentena” intenta preparar el sistema hospitalario. De alguna manera, esa Directiva hace mención a este fenómeno, cuando expresa que “(3) ...La disponibilidad de marcos eficaces de reestructuración preventiva permitiría tomar medidas antes de que las empresas dejen de poder hacer frente a sus préstamos, lo que contribuye a reducir el riesgo de que los préstamos se conviertan en préstamos no productivos durante las recesiones cíclicas, reduciendo así las repercusiones negativas en el sector financiero. Se podría salvar un porcentaje significativo de empresas y puestos de trabajo si existiesen marcos preventivos en todos aquellos Estados miembros en los que las empresas tienen establecimientos, activos o acreedores. En los marcos de reestructuración deben protegerse los derechos de todos los implicados, incluidos los trabajadores, de manera equilibrada”.

Y se remata sobre un tema que hace a la buena fe: Al mismo tiempo, las empresas no viables sin perspectivas de supervivencia deben liquidarse lo antes posible. Cuando un deudor en dificultades financieras no es económicamente viable o no puede recuperar fácilmente la viabilidad económica, los esfuerzos de reestructuración pueden provocar la aceleración y la acumulación de las pérdidas en detrimento de los acreedores, los trabajadores y otros interesados, así como de la economía en su conjunto. La Directiva expresa que “Toda operación de reestructuración, en particular cuando es de gran envergadura y conlleva repercusiones importantes, debe basarse en un diálogo con los interesados. Dicho diálogo debe abordar tanto la elección de las medidas previstas en relación con los objetivos de la operación de reestructuración como las opciones alternativas, y debe existir una adecuada participación de los representantes de los trabajadores tal como se dispone en Derecho de la Unión y nacional”. Pero las Directivas son actos legislativos en los cuales se establecen objetivos que todos los países de la UE deben cumplir. Sin embargo, corresponde a cada país elaborar sus propias leyes sobre cómo alcanzar esos objetivos, por lo que los criterios pueden divergir.

Disentimos en relación a que no es necesario que la reestructuración sea de gran envergadura, y/o que conlleve repercusiones importantes. La preservación de la empresa

¹⁴⁷ El considerando 29 de la Directiva (UE) 2019/1023 del Parlamento Europeo y del Consejo de 20 de junio de 2019, expresa: *Para fomentar la eficiencia y reducir los retrasos y los costes, los marcos nacionales de reestructuración preventiva deben incluir procedimientos flexibles. Cuando la presente Directiva se aplique mediante más de un procedimiento en un marco de reestructuración, el deudor debe poder acogerse a todos los derechos y garantías previstos por la presente Directiva con el fin de lograr una reestructuración efectiva. Salvo en aquellos casos en que la participación de las autoridades judiciales o administrativas sea obligatoria con arreglo a la presente Directiva, los Estados miembros deben poder limitar la participación de esas autoridades a aquellas situaciones en las que sea necesario y proporcionado, teniendo a la vez en cuenta, entre otras cosas, el objetivo de proteger los derechos e intereses de los deudores y de las partes afectadas, así como el objetivo de reducir los retrasos y los costes de los procedimientos. Cuando los acreedores o los representantes de los trabajadores estén autorizados a iniciar un procedimiento de reestructuración con arreglo a la normativa nacional y el deudor sea una pyme, los Estados miembros deben exigir el consentimiento del deudor como condición previa para iniciarlo, y también deben poder ampliar dicho requisito a los deudores que sean grandes empresas.*

viable, cualquiera sea su dimensión, desde la microempresa hasta la empresa multinacional, requieren del diálogo y la negociación de buena fe, para superar la situación de quiebra. Hoy las PyME son las más amenazadas por los efectos patrimoniales y financieros de la pandemia.

Aspecto pendiente, y este es el momento, de construir un “derecho societario de crisis”, integrando el sistema concursal con el plexo normativo, como exige el art. 2 CCC, apartándose de la idea que la ley de concursos es una isla, incluso afectando el derecho constitucional de propiedad. El derecho societario debe conjugarse con el derecho concursal.

Analizando la viabilidad del negocio y renegociando compartir el riesgo, pero nunca alterando la naturaleza de la relación societaria.

Sobre el derecho societario de crisis vale traer apreciaciones del jurista alemán Karsten Schmidt¹⁴⁸ sobre el *Debt-to-Equity Swap* como prueba de fuego de esa integración, y su pensamiento sobre la reestructuración de empresas. Destaca la interacción entre el Derecho Societario y el Derecho Concursal abordando la creciente influencia del Derecho Concursal sobre el Derecho Societario, pues a la inversa, durante 100 años no existió una cátedra de Derecho Societario en que se enseñara Derecho Concursal. Había coincidencia de que la apertura de un concurso sobre el patrimonio de una sociedad disuelve esta sociedad, porque así lo decía la ley. Pero lo que sucede luego con esta sociedad quedaba en manos de los especialistas en Derecho Concursal. Para la práctica, la situación era mala. La liquidación o reestructuración de compañías insolventes es una tarea genuina del Derecho Empresarial. Y esta tarea exige respuestas integradas a múltiples cuestiones, y se preguntaba ¿Qué ha cambiado? Apuntando “el *Debt-to-Equity Swap*: el ingreso de los acreedores a la sociedad de sus deudores. Entre muchos métodos de saneamiento, el *Debt-to-Equity Swap* es un ejemplo particularmente apto para mi observación. ... La parte dispositiva del plan puede prever que los créditos de los acreedores se conviertan en intereses o derechos de membresía en el deudor. Se excluye la conversión contra la voluntad de los acreedores afectados. En particular, el plan podrá prever una reducción o ampliación de capital, el pago de aportaciones en especie, la exclusión del derecho de suscripción o el pago de indemnizaciones a los accionistas salientes.”

El inolvidable Osvaldo Maffia refería , comentando en 2008 nuestro “*Insolvencia Societaria*”, la legislación comparada: Lo importante es la solución, “*ante la morosidad del empresario insolvente en promover su concurso los acreedores están facultados para pedir la quiebra proponiendo al par la fórmula concordataria. Es llamativa la audacia de esa innovación, ... El tema de la "conservación de la empresa" ... ocupa a Richard desde hace años. ...se apoya en las enseñanzas del brillante jurista español Ángel Rojo, quien habla del bien jurídico tutelado del derecho concursal, y lo relaciona con la eliminación del estado de cesación de pagos, precisando luego que es necesario actuar anticipadamente "frente a la mera crisis financiera o económica general" reitera su reclamo de "actuar anticipatoriamente a la instalación de la crisis" como presupuesto de "la conservación de la empresa". ...En sede concursal, destaca con razón que la frase recién entrecomillada -*

¹⁴⁸ SCHMIDT, Karsten “El Derecho Societario y la intromisión del Derecho Concursal. El caso alemán” en: RDCO 297, p.987, citado.

no el ideal- suele mezclarse con "la aceptación de un acuerdo con una depredadora quita y espera de los créditos quirografarios", además, "en beneficio directo de los socios..., constituyendo una modalidad de abuso de derecho... so pretexto de la conservación de la empresa". Afortunadamente, Richard no se limita a las críticas severas y fundadas de las cuales reproducimos unas pocas muestras, sino que también ofrece, con autoridad, las formas de superarlas con apoyo en el derecho, que ofrece "proyecto de formas de vida capaces de organizar el futuro, y no sólo instrumentos de coacción, control o sanción; pero no bastan buenas nuevas -que las hay- si no son efectivas. ...De esa ineficiencia "del derecho concursal vigente" destaca Richard lo relativo a la "propuesta abusiva". ...tratando "en el concurso que abrirá tardíamente" de "traspasar todos los daños generados a los acreedores". A esa anomalía siguen las propuestas abusivas, y en orden a ellas la "compra de créditos, subrogación, cesión, etc.", estimando, con razón, que ello hace "presumir maniobras para obtener mayorías". ...Y tanto lo preocupa y ocupa el punto, que en su última publicación -un atrevido y logrado "Ensayo sobre axiología del Derecho Concursal"- pregunta "si existen sanciones por... abandonar las soluciones societarias y llegar tardíamente a la presentación en concurso...".

Doce años después seguimos manteniendo la esperanza de que nuestras críticas sean escuchadas, aunque alguna lo ha sido, como las cesiones de crédito para armar las mayorías opresoras.

Se trata de inducir acciones cooperativas de acreedores y deudores vinculados por la actividad empresarial comprometida.

La capitalización de pasivo elimina la insolvencia, o sea disminuye el monto del patrimonio pasivo y aumenta correlativamente el patrimonio activo, pero puede no resolver la cesación de pagos que impone capitalizaciones con ingreso de efectivo, quizá gubernamental como el caso Lufthansa, que se repetiría con otras líneas vinculadas a un país como KLM, Air France o Air Italia, que hasta podrían alterar la libre competencia ante la situación de todas las líneas aéreas.

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

No sabemos aún, ante la impredecibilidad de los efectos de esta catástrofe mundial, si es posible aconsejar la reforma de normas definitivo o generar un marco transitorio, que es a lo que nos hemos dedicado en este ensayo, basado más que en normas nuevas sugerir una relectura de las actuales, con un cambio de actitud, quizá generado por la retrospectión y la impotencia... de daños que según informes del día del Banco Mundial podría alcanzar al 50% de la actividad empresarial del mundo.

Agradeciendo al esforzado lector haber llegado hasta este punto, queremos subrayar que no nos desentendemos del problema de la marginalidad social, que existía y que ahora se ha incrementado, evidenciándose en forma insoslayable. Desde el siglo pasado nos

preocupa y acabamos de hacerlo presente en ensayo para la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba: “ANTE LA PANDEMIA ECONÓMICA: ¿QUÉ LEGISLAR?”, donde hacemos algún aporte sobre el punto, sugiriendo soluciones. Ello es prioritario. Por eso transcribimos parte del encabezamiento de las recomendaciones del IIDC “Es necesario preocuparse de las personas humanas La situación patrimonial de la persona humana sin emprendimiento debe tener una solución jurídica inmediata y eficiente, mucho más simple que los proyectos en curso. La persona humana titular de un emprendimiento debería poder transferir el patrimonio afectado a ello a una SAS para facilitarle esa renegociación. Y para las que no realizan ese tipo de actividad, monotributistas, profesionales, empleados, jubilados y pensionados, debería generarse un régimen crediticio especial para los primeros, con un escudo protector, y una tutela automática de los últimos para preservar sus ingresos alimentarios y su vivienda. Todo un desafío para un Estado agobiado por su presupuesto de financiación y ayudas prioritarias, particularmente cuando comparamos sus disponibilidades con los desembolsos que ya han hecho para paliar algunos efectos patrimoniales algunos países de la Unión Europea, Rusia y Estados Unidos de Norteamérica.

Todos los argentinos debemos estar unidos y comprometidos en el rescate empresarial y de las personas marginadas, para restablecer un orden social que venimos declamado por más de medio siglo y parece cada vez más alejado. ¡Vaya tarea la que les **propongo!**