

**ES TIEMPO DE SIEMBRA (Sobre ciertas desinteligencias que afirman las soluciones societarias a sus crisis, evitando responsabilidad de administradores)<sup>1</sup>**

*Efraín Hugo RICHARD*

**Publicado en Doctrina Societaria y Concursal, Ed. Errepar, 2009 tomo XXI pág. 983, septiembre 2009.**

*El A. se refiere a su posición y a la nueva doctrina nacional que reafirma la responsabilidad de administradores societarios que continúan la operatoria en estado de cesación de pagos, sin adoptar las previsiones de la legislación específica y demoran –ante el fracaso de las mismas- las soluciones supletorias concursales, de alto costo de transacción, reflejando ciertas ambigüedades de jurisprudencia foránea.*

**ÍNDICE:**

**I – LOS NUEVOS TRABAJOS DE LA DOCTRINA.**

Se ha presentado el nuevo libro del Instituto Argentino de Derecho Comercial (70° Aniversario) “La responsabilidad de los Administradores en las Sociedades y los Concursos”<sup>2</sup>.

En el mismo se desarrollan dos artículos con cierta simetría, uno nuestro: *Acción individual de responsabilidad de acreedores contra administradores societarios*<sup>3</sup>, y otro del distinguido y calificadísimo jurista y compañero de ruta en el Instituto Iberoamericano de Derecho Concursal Javier Armando Lorente: *Responsabilidad de los administradores sociales cuando la sociedad se encuentra en `zona de insolvencia`: Beneficios, peligros derivados de estas teorías*<sup>4</sup>.

Nuestro cordial amigo, haciendo referencia a una posición que desarrolló en el Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa, en Tucumán en el año 2004, tiene a bien reconocer nuestra actitud pionera: “Aquel primer atisbo del problema de la responsabilidad de los administradores en la “zona de insolvencia”, aunque se inspiró en previos trabajos de Efraín Hugo Richard” –citando algunos desde el año 1998<sup>5</sup>, “fue rápidamente adoptado por el profesor cordobés que lo utilizó en ulteriores enfoques, muchos de ellos que iban más allá de lo que habíamos inicialmente propuesto y, ciertamente, mucho más allá de lo que podíamos compartir”.

La afirmación de Lorente en aquél entonces fue que “La norma prevista en el art. 279 LSC debe interpretarse con mayor rigurosidad cuando la sociedad se encuentra en insolvencia, pues entonces los deberes de diligencia y lealtad de administradores sociales (art. 59 y 274 LSC) hacia los socios deben subordinarse al deber de diligencia y lealtad que los mismos administradores tienen hacia los acreedores (terceros)”.

Sin perjuicio de señalar coincidencias, refiere alguna discrepancia –siempre constructiva-, y de ella sólo nos preocupa la afirmación de pág. 344 “Nuestro encauzamiento de la cuestión siempre ha sido algo diferente al de Richard... Creemos que desde ese modo podemos evitar los abusos a los que puede prestarse la tesis de Richard que... puede ser utilizada por acreedores recalcitrantes para iniciar demandas extorsivas contra los administradores sociales”. Luego se refiere a los “fondos buitres” en tal actitud.

<sup>1</sup> Agradeceremos observaciones a [ehrichard@arnet.com.ar](mailto:ehrichard@arnet.com.ar) Otros artículos vinculados a esta problemática de la organización societaria, sus crisis y el sistema concursal, pueden verse en [www.acaderc.org.ar](http://www.acaderc.org.ar)

<sup>2</sup> Ed. Legis. Publicación del IADC 2009, Buenos Aires mayo 2009.

<sup>3</sup> En el índice se indica pág. 387, pero se inicia realmente en pág. 389.

<sup>4</sup> A pág. 325.

<sup>5</sup> Nuestros trabajos citados en nota 2 del trabajo de Lorente se reiteran en su nota 33, aunque nuestra preocupación es anterior, como veremos.

Esa idea nos aterrorizó, pero rápidamente la descartamos de plano, por convicciones y al releer nuestros trabajos en la sistemática constructivista que formalizamos sobre la empresa. Acreedores de esa índole que intenten citarnos encontrarán allí la descalificación de su pretensión.

## II – MIRANDO PARA ATRÁS PARA DAR TRANQUILIDAD.

Nuestra visión es anterior a la que refiere Lorente. La registramos formalmente en el año 1981<sup>6</sup>, cuando afirmábamos: “Las transformaciones ... conducirán a una sanción más rápida y más severa a los errores de la dirección. Las conversiones deberán ser más frecuentes y no tendrán éxito si no son decididas a tiempo...lo que afecta a la vida de toda una colectividad... La irrupción de la noción de empresa en el derecho mercantil, ha obligado a reformulaciones sobre ... el sistema de organización jurídica de la empresa a través del derecho societario... Resulta advertible la complejidad y multiplicidad de las relaciones patrimoniales que genera la actuación empresaria, como actuación de intermediación masiva y organizada que la tornan creadora de riquezas y conveniente de conservar cuando el sujeto que las practica cae en insolvencia, pues genera un colapso en cadena frente al incumplimiento masivo y por la interrelación en los financiamientos... En el perfil subjetivo o dimensión subjetiva, se pone énfasis en las posiciones subjetivizantes de la empresa, basadas en la fungibilidad del empresario... En igual sentido Dexpaz al referirse a la personalidad subyacente de la empresa, manifestada por su disociación respecto del empresario... Transportadas estas apreciaciones a la conservación de la empresa dentro del campo del derecho societario, concordamos con la posición de Alegría, Anaya, Cámara y Quintana sobre que esa protección se logra en forma mediata través de la protección del contrato o del aseguramiento de la relación societaria... Conforme tal criterio, el derecho societario debe brindar adecuadas tutelas –y así lo hace- para que la sociedad pueda cumplir su objeto... Esa disociación entre sociedad y empresa, apartando inclusive ésta del patrimonio de aquélla, permite distinguir entre los dirigentes que pueden ser alcanzados por su responsabilidad penal y patrimonial para satisfacer a los acreedores... Dentro de ese deslinde no preciso entre sociedad y empresa, se sostiene que la revolución en la empresa debe hacerse en el derecho societario (Garriguez... Galgano)... Y si bien Ghidini afirma “decir que la empresa es actividad, es usar un término jurídico inapreciable, privado de consistencia”, debemos advertir que la realidad económica – que tiene siempre un concreto reflejo jurídico- marca otro rumbo basado en la *organización* de bienes. Es que este parece un campo todavía insuficientemente elaborado, pues frente a las categorías del derecho civil, la actividad se presenta con una fisonomía desconcertante para la dogmática tradicional<sup>7</sup>... la tutela de la actividad económica sana... Se encuentra vinculada esa finalidad de absolver el estado de cesación de pagos al interés general de impedir que prosigan actividades en cesación de pagos, aumentando geoméricamente los perjuicios y los riesgos en la colectividad en que actúa... La satisfacción de los acreedores y de la comunidad en general debe buscarse por un sistema *distinto del tradicional*: mantener viva la empresa, pues la insolvencia no elimina la empresa sino que mira el patrimonio de su titular, debiendo pretenderse que la empresa elimine la insolvencia en el medio, sea manteniéndola o no en el patrimonio de su original titular ... Al decir de Abadesa: la remodelación tiende a salvar la empresa, no a aquellos que deben sufrir la responsabilidad y riesgos de la insolvencia...”.

En el año 1983 se introdujo el acuerdo extrajudicial –arts. 125-1 y 125-2 ley 19551 reformada) ante la mera crisis, basado en un plan razonable, propio de la diligente conducta de un buen hombre de negocios –sobre lo que tanto hemos insistido-, y a recurrir con un buen plan de negocios al aumento de capital, incluso con capitalización del pasivo –con múltiples modalidades-, que no llega a los repertorios, aunque constituye un medio eficiente y económico de evitar los altos costes de transacción en los concursos, donde con opinables acuerdos de transfiere riqueza de acreedores a empresarios

<sup>6</sup> *La conservación de la empresa*. Comunicación al recibir el “Premio Academia” de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba el 21 de mayo de 1981 (publicado en Anales de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba Tomo XXV pág. 107 y ss., impulsados por la actividad con Héctor Cámara y Francisco Quintana Ferreyra. Con este último puede verse *LA CONSERVACION DE LA EMPRESA EN LAS LEYES DE SOCIEDADES Y DE CONCURSOS* en RDCO año 1978 Pág.1373

<sup>7</sup> Después hemos seguido trabajando sobre esos aspectos “Las relaciones de organización y el sistema del derecho privado”, Ed. Academia Nacional de Derecho, Córdoba 1999, 1ª edición.

(quitas y esperas). Señalábamos<sup>8</sup> que la conducta que debían desenvolver los administradores societarios<sup>9</sup> y particularmente ante el cambio de la legislación concursal pareció indispensable remarcar esa situación.

Así al prologar una sobresaliente tesis<sup>10</sup> “3. En la realidad económica de hoy la responsabilidad de los administradores societarios, situación calificada en el caso de grupos societarios, toma especial relevancia por las crisis que han llevado, incluso a pergeñar una nueva legislación concursal. Pero consideramos que la cuestión no se solucionará con esa legislación concurrencial, sino previniendo sobre la misma sociedad, imponiendo una adecuada inteligencia del rol de sus administradores y particularmente de su responsabilidad frente a la crisis preanunciada y no afrontada. ...4. No puede haber dudas de responsabilidad societaria, rayana en el delito, cuando los administradores no aplican las normas societarias sobre liquidación en caso de pérdida de capital social, o la actuación con **subcapitalización** material aumentando el pasivo sin que razonablemente se avizore la posibilidad de su pago.... Debe darse congruencia a la ley de concursos con la ley societaria en orden a acciones de responsabilidad, vinculadas a las normas legales y jurisprudenciales creadas en Francia en tal sentido, como es la acción de *comblement* que es similar a los supuestos del art. 54 in fine ley de sociedades.... Debe pensarse entre las causales de atribución de responsabilidad para los administradores de sociedades, una lo es la inexistencia de una planificación o de contabilidad para anticipar la detección de dificultades económicas o afrontar la situación de crisis... Un criterio objetivo para atribuir responsabilidad: el de la capitalización insuficiente: cuando la compañía haya sido dotada de un capital que resulte groseramente inadecuado...”. Ante la falta de planificación, se apunta también la posibilidad, que va abriéndose camino en el Derecho comparado, de que la responsabilidad por infracapitalización se articule a través de la responsabilidad por culpa. De este modo, allí donde concurren las circunstancias se impondrá sobre los socios la responsabilidad extracontractual por los daños causados por la infracapitalización ex art, 1902 CC.<sup>11</sup> Parece, sin embargo, que la exigencia de responsabilidad por infracapitalización por esta vía supondría la inclusión de un elemento subjetivo, la culpa, entre los presupuestos de exigibilidad, de forma que en última instancia dependería su efectividad del rigor de los tribunales en requerir la prueba de dicho elemento<sup>12</sup>, que es uno de los aspectos que introduce Lorente..

Conversaciones con Rojo y Olivera García<sup>13</sup>, y los cursos dictados de doctorado allá por el 94 en Castellón de la Plana (Jaume I) y Valencia (donde en conversaciones con Carmen Boldó Roda analizábamos las referencias a los acreedores contractuales informados y los extracontractuales y no informados para considerar la infrapatrimonialización y la responsabilidad), y luego de maestría en Barcelona (Pompeu Fabra) en el 99, nos llevaron a remarcar la visión societaria y extrajudicial de las soluciones de la crisis, que sólo debían llegar al campo de la concursalidad judicial después de fracasadas otras soluciones. En un anteproyecto de ley de concursos en el año 1994 introducimos nuestras ideas<sup>14</sup>.

<sup>8</sup> Nto. *RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES SOCIETARIOS POR RELACION LABORAL NO REGISTRADA* en Revista de Responsabilidad Civil y Seguros, Director Atilio A. Alterini, Ed. La Ley, año I, n° 4, Julio-Agosto de 1999 pág. 59.

<sup>9</sup> *El plan de empresa. Ética y responsabilidad del empresario* en “Estudios en Honor de Pedro J. Frías”, tomo III pág. 1187 Córdoba, junio 1994; ALBERTI, Marcelo Edgardo *Una contribución de Efraín Hugo Richard al derecho concursal: el plan de empresa como recaudo del concurso preventivo* en “DERECHOS PATRIMONIALES” Estudios en Homenaje al Profesor Emérito Dr. Efraín Hugo Richard”, Ed. Ad Hoc. Buenos Aires.

<sup>10</sup> Prólogo al libro –tesis que dirigíamos- de Francisco Junyent Bas “Responsabilidad de los Administradores” 1ª ed. Córdoba junio 1996, Editorial Advocatus.

<sup>11</sup> MASSAGUER, José *El capital nominal*, R.G.D. 1990 pág. 5571 y ss. en especial págs. 5572, 5574 n° 81 y 5576, n.82, donde cita jurisprudencia y doctrina alemana, francesa e italiana sobre este tema.

<sup>12</sup> OTXOA-ERRARTE, R. *Comentario a la resolución de la Dirección de los Registros y del Notariado de 22 de junio de 1993. La infracapitalización*, CDC, septiembre 1994, p. 284, pág. 285. También en Alemania, últimamente, parece que un sector doctrinal propuga, frente a la responsabilidad por infracapitalización material, la reponsabilidad de los administradores que nace en los casos en que el sobreendeudamiento (*Überschuldung*) es presupuesto para la apertura de un procedimiento concursal y existe retraso por parte de los mismos en instar dicho procedimiento ante esa situación (§ 823.2 BGB y § 830 del mismo texto legal, aplicable a los socios cuando haya por su parte algún tipo de colaboración en esa actuación.

<sup>13</sup> De las que generosamente da cuenta OLIVERA GARCÍA, Ricardo “Anteproyecto de Ley de Concursos”, Ed. Universidad de Montevideo, Facultad de Derecho, Montevideo 1999, pág. 6.

<sup>14</sup> Nto. *En torno a responsabilidad y concurso. Un “embrión” de proyecto*, en “De la insolvencia – II Congreso Iberoamericano” tomo II pág. 313. Ed. Fespresa, Córdoba 2000.

Seguimos insistiendo sobre el punto con visión sistémica. Los ideadores de la actividad empresaria decidieron conforme su autonomía de la voluntad llevarla a cabo organizándola como sociedad, y dotándola de un patrimonio apto al cumplimiento del objeto-empresa conforme al plan de negocios explícito o implícito que se supone guió su decisión. Elegido ese medio técnico, ante la crisis las normas específicas imponen y/o brindan soluciones. No puede concebirse que por la aplicación indebida de esas previsiones o su omisión, la sociedad haya continuado operando sin que se afrontara la crisis, contagiándola, particularmente a acreedores no avisados, como los vinculados por los contratos de subprovisión o a los trabajadores, o a inversores no institucionales. Sin duda también afectando al mercado, pues podemos inducir que actuaba en el mismo en competencia desleal, al no cumplir con la integridad de sus obligaciones o prever no hacerlo a través de su presentación concursal.

Tratábamos que los administradores nunca asumieran responsabilidad.

### III – LAS PUBLICACIONES EN Revista “DOCTRINA SOCIETARIA Y CONCURSAL”.

1. Abordamos la cuestión en *RESPONSABILIDAD DE ADMINISTRADOR DE SOCIEDAD INSOLVENTE*, en esta misma Revista n° 172, Marzo 202, pág. 887, indicando el *abstract* del editor: El A. intenta acotar la operatoria de sociedades en cesación de pagos a través de la aplicación del derecho civil y del societario para responsabilizar a los administradores, aún cuando se hubiera abierto un proceso concursal respecto a la sociedad, con trámite no atraído.

**Así se ilustra en el artículo “La responsabilidad surgirá cuando exista daño a los acreedores y el mismo permita legitimar a éstos activamente para reclamar a administradores societarios como legitimados pasivos. Se resolvió en un caso que se infligió un “daño directo al actor en tanto, encontrándose en cesación de pagos y en la búsqueda de medios ruinosos, lo convenció de que formalizará un préstamo a nombre de una sociedad que él manejaba discrecionalmente y sabía que carecía de toda solvencia, para quedarse con los fondos en provecho propio y en perjuicio del mutuante. De tal suerte se presente la situación del director que induce a la concesión de crédito a una sociedad en situación real de insolvencia que es expresamente ejemplificada por Garríguez y Uría frente al tercero por lesión directa a su patrimonio<sup>15</sup>, siendo para el juez fundamental que haya obrado a nombre de la sociedad, ya que de lo contrario, se estaría en la órbita del art. 1109 del C.Civil, sin necesidad de acudir a la normativa societaria”<sup>16</sup>. “En relación al derecho norteamericano, con respecto al período de preconcursalidad, o sea de sociedad en estado de cesación de pagos cuyos administradores no abren los procedimientos concursales, la jurisprudencia ha dado un viraje a partir de 1991 sosteniendo la responsabilidad civil de esos administradores frente a los nuevos acreedores<sup>17</sup>. En base a la “business judgement rule” “si la decisión fue tomada sin la información adecuada y disponible, ha existido una gruesa negligencia (culpa grave) del empresario por lo que deberá responder civilmente”<sup>18</sup>. Se expresa<sup>19</sup> “... si en la actualidad una compañía se ve metida en líos, los consejeros pueden ser demandados a título personal.... De hecho, la mayoría de los consejeros insisten en la actualidad para que sus compañías suscriban fianzas a su favor para hacer frente a cualquier pleito que se entable contra ellos”. Y ello fue anterior al caso Enron y los demás escándalos corporativos contemporáneos que agravaron las normas y su juzgamiento.**

2. En el artículo *ARTS. 48 y 52 LEY 24522 en versión LEY 25589. LA PROPUESTA HETERÓNOMA y NUEVAS “VARIANTES”(¿un juego de ajedrez?)*, publicado en esta Revista n° 177

<sup>15</sup> ver *Comentario a la Ley de Sociedades Anónimas* t. II, Madrid 1976 página 196, capítulo I nro. 2, último párrafo.

<sup>16</sup> Fallo de Primera Instancia Juez Dr. Eduardo Favier Dubois (h) en “Peacan Nazar c/ Torres Astigueta” del 16 de mayo de 1995, La Ley t. 1996 C fallo n° 94379, comentado por Alberto Conil Paz “Responsabilidad de representantes sociales y quiebra”, confirmado por la CNCom Sala E 16.5.95 apoyando la doctrina el dictamen del Fiscal de Cámara, en ED t. 168 p. 496.

<sup>17</sup> VICARI, Andrea I doveri degli amministratori in caso de insolvenza della società nel diritto statunitense, en *Rivista delle Società* 1999 p. 1244 y ss.-.

<sup>18</sup> cfme. DOBSON Juan M., en *IV Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa*, t. V, Rosario, 2001: *No hay responsabilidad...* específicamente págs. 105/6.

<sup>19</sup> GIBNEY, Frank “*El milagro programado*” 2ª. Ed. Sudamericana Planeta, Buenos Aires 1987, p. 13.

Agosto 2002, tomo XIV pág. 441, se apuntaba como *abstract* “Desde una visión integral se intenta anticipar actividades de concursados inescrupulosos y de terceros conniventes ante las posibilidades que abre las nuevas formulaciones de los arts. 48, 52 y concordantes de la legislación concursal”, para luego señalar nosotros :”Tenemos expresada posición crítica sobre la falta de eficacia de la legislación concursal<sup>20</sup>: específicamente en torno a la aplicación de la normativa societaria cuando el concursado fuere una sociedad, por la obligación de los administradores societarios de presentar un plan o presupuesto de desempeño futuro, o plan de empresa, y a su responsabilidad individual –y extraconcursal- frente a nuevos acreedores luego de advertido el estado de cesación de pagos, amen de la aplicabilidad de las normas sobre imputabilidad aditiva al controlante torpe.

3. Luego volvimos con nuestro artículo *Sociedad en insolvencia y actividad ilícita*, publicado en *Doctrina Societaria y Concursal* n° 185 Abril 2003 tomo XV pág. 313, donde el editor señalaba en el abstract “Se plantea al debate si la actividad prolongada de una sociedad en insolvencia puede ser calificada como actividad ilícita al tenor del art. 19 LS. Si una sociedad actúa prolongadamente en insolvencia, con conocimiento de los administradores –o que debió ser conocida por los administradores-, quedaría atrapada con la sanción por actividad ilícita, y el uso antifuncional de esa persona jurídica podría expandirse a todos los socios, imponiendo que sólo se liberen quienes acrediten buena fe”. Temática sobre la que nos explayábamos, apuntando a la insolvencia (cesación de pagos) como causal de disolución y sobre el punto central puntualizábamos “No se trata de cuestionar el riesgo empresario, sino la actuación dolosa. Una sociedad en cesación de pagos podrá continuar operando, en cuanto no afecta la competencia y no asuma obligaciones que a sabiendas no cumplirá. Los trabajos a fazón y otras formas de actividad no estarán reñidas con una planificación de los administradores para evitar la presentación en concurso. Allí no habrá dolo ni actividad ilícita. - La actuación en cesación de pagos debe ser analizada seriamente para determinar su inclusión dentro de las previsiones del art. 19 LS”.

4. Nos siguió en esa posición Luis Rodríguez de la Puente, en artículo erróneamente puesto a nuestro nombre *Administración societaria. Responsabilidad por deudas contraídas en cesación de pagos*, en esta *Revista Doctrina Societaria y Concursal* n° 187, junio 2003 t. XV pág. 507), refiriendo “Conforme lo sostiene Richard –mencionando el anterior artículo en *Doctrina Societaria y Concursal*-, los acreedores sociales que acrediten: a. haber sufrido daño, b. que ese daño proviene del accionar de los administradores sociales, c. Que si los administradores sociales contrataron con años sabiendo su imposibilidad de cumplirles pueden promoverles ACCIONES INDIVIDUALES de responsabilidad, prevista por el art. 279 de la ley de sociedades comerciales, y reglada por el derecho común, con fundamento entre otras, en las disposiciones de los arts. 902, 931, 1068, 1109 y concordantes del Código Civil”.

5. Después se editó el artículo de Marcelo G. Barreiro y E. Daniel Truffat *Responsabilidad de Administradores y representantes en la ley de quiebras*, en *Doctrina Societaria y Concursal*, n° 215, octubre 2005, Ed. Errepar, tomo XVII pág.1205, donde se apunta como abstract “Siendo que la ley concursal no prevé un sistema de pautas de conducta específico al que deben someterse los sujetos dentro de la cesación de pagos, es dable preguntarse si aquel sistema societario (art. 59 y cons., LSC) es aplicable cuando la sociedad se encuentra en tal situación.”, y donde expresaban ciertas coincidencias en torno a las acciones de responsabilidad de acreedores contra administradores societarios, pero entendiendo que preferían la postura de Lorente, que las admitía más acotadamente.

6. Contestamos a los interrogantes de este último artículo en *ESTA LLOVIENDO ¡SE ACABO LA SEQUÍA!* (*En torno la insolvencia societaria: el esfuerzo compartido entre socios y acreedores, y la responsabilidad de administradores*) en *Doctrina Societaria y Concursal*, Ed. Errepar n° 217, Diciembre 2005, tomo XVII pág. 1532, donde la editorial indica como *abstract* “La necesidad de un

<sup>20</sup> Nto. libro *Las relaciones de organización y el sistema de derecho privado* 2ª edición, Córdoba 2002 Editorial Advocatus, capítulo X pág. 441, y “*Ineficiencia de la ley concursal*” publicación en *Revista Derecho y Empresa*, n° 10 diciembre 2000, p. 176 y ss..

mayor juzgamiento y consideraciones más severas en la zona de insolvencia y procesos concursales respecto a los administradores son analizados a lo largo de esta entrega”, , donde asumimos introducirnos más en el tema desde el derecho nacional –lo acabábamos de hacer en nuestras comunicaciones en Barranquilla y Cali<sup>21</sup>, pero con visión universalista.

Allí los tranquilizábamos y apuntábamos las coincidencias.

Esas coincidencias eran notables aun con algún matiz y se lo hicimos saber a los distinguidos colegas. Barreiro y Truffat recordaban respecto de la posición de Lorente —que contrastaría con la nuestra (¿?), pero influida por el derecho anglosajón, sobre el que alguna jurisprudencia hemos buceado en anteriores trabajos<sup>22</sup>—, señalando ellos que “sin olvidar la responsabilización que cupiera por maniobras al inicio de la crisis, en lo que hace hincapié es en la transferencia —a favor de los acreedores— del *equity* cuando la empresa entra en cesación de pagos.

Bien señalaban esos autores que “lo dirimente es poner la cuestión en manos de los socios. Éstos tal vez decidan la capitalización de la empresa o admitan su fusión por absorción con otro ente más saludable”. Si bien omiten señalar la más sensata, que es la capitalización de las deudas, luego la receptan cuando enfrentan equivocadamente nuestra visión con la de Lorente: “Se verá a continuación que sobre el punto hay dos visiones: una extrema (la de Richard) quien quiere que los administradores respondan, incluso, por la socialización de pérdidas que importan las soluciones preventivas<sup>23</sup>. Otra más moderada (la de Lorente) —que es la que nos resulta más cercana— donde lo que se pretende es que el énfasis del rescate de la empresa esté en preservar a ésta y al interés de los acreedores, antes que al interés de los socios”. Más adelante y concluyendo apoyan esa posición de Lorente “Ya no se trata tanto de que alguien responda por los ‘daños’ de la insolvencia sobre el patrimonio de un acreedor concreto (aunque esta hipótesis no es descartable) sino que —frente al desangelado fenómeno de la insolvencia— las cargas del daño se repartan equitativamente; siendo intolerable que el sacrificio de los acreedores permita a los socios tener una sociedad renacida. Si hay padecer deben sufrirlo todos, pero en especial los dueños. Si hay éxito deben gozarlo todos, pero en especial los acreedores”. Le expresamos nuestro total acuerdo.

#### IV - LA “ZONA DE INSOLVENCIA”.

1. La expresión y alcance de la locución “zona de insolvencia” que se usa en el artículo de Barreiro y Truffat, citando a Lorente no se corresponde a nuestras expresiones, y de allí puede resultar alguna aparente desinteligencia. Esto se ratifica en el nuevo artículo de Lorente en el reciente libro del IADC donde tipifica claramente la “*zona de insolvencia*” del sistema de los Estados Unidos de América, o sea cuando no se ha generado aun la cesación de pagos. Lo que algún autor de esa procedencia señala como *red flags*, las señales de alerta que anticipan la posibilidad de caer en cesación de pagos. Al hablar de lo que Lorente denomina “zona de insolvencia”, eventualmente lo hemos hecho en orden de entender a la sociedad en cesación de pagos (o insolvencia). La zona de insolvencia, sin cesación de pagos que aluden, es lo que nosotros referimos como crisis general económico-financiera.

2. Ya lo señala Lorente en su reciente artículo que generó nuestra preocupación “Una cuestión difícilísima: definir la zona de insolvencia”<sup>24</sup>, “La difícil noción de la “zona de insolvencia” se

<sup>21</sup> 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.acaderc.org.ar](http://www.acaderc.org.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.

<sup>22</sup> Entre otros, en *Los administradores societarios y la insolvencia*, cit., ps. 570/571.

<sup>23</sup> En realidad es por los daños causados acreedores nacidos con posterioridad a la cesación de pagos, que cristalizan al homologarse una propuesta predatoria de quita y espera.

<sup>24</sup> **Pag. 333, n° 3.**

convierte en una cuestión espinosa para los administradores sociales, tanto en Estados Unidos como en Argentina”.

Sobre este mismo tópico conversábamos hace poco con el jurista rosarino Miguel Raspall<sup>25</sup>, que apuntaba que compartiría con nuestras tesis sobre responsabilidad de administradores societarios en supuestos de insolvencia, si nos refiriéramos a obligaciones contraídas en “zona roja” o sea con cesación de pagos, y no en “zona gris” donde no estaba aún claramente definido ese estado. La conversación introdujo la expresión “zona” en ambos colores. Reafirmamos en ese caso que no pensábamos distinto, que siempre nos referíamos en supuestos de obrar claramente en estado de cesación de pagos, y no de crisis –zona gris (zona de insolvencia para Lorente)- donde se imponía la planificación, y sólo podía generarse responsabilidad frente a un obrar doloso y no meramente omisivo.

Se trata, sin duda, de “las expresiones jurídicas que los juristas usan a diario sin reflexionar demasiado sobre ello”... sin “dar cuenta en la realidad el equivalente semántico”... “En definitiva: ¿El derecho se encuentra íntimamente relacionado con esencias de un mundo trascendente o bien tiene que ver con convenciones sociales)”... “el lenguaje común u ordinario que la gente que usa a diario para llevar a cabo sus diversas prácticas de socialización, difiere diametralmente de aquella jerga que utilizan los juristas para comunicarse. Surge entonces el interrogante: ¿si utilizan discursos diferentes y de muy difícil flexibilidad, como pueden referirse a un mismo objeto?... Se nos hace fácil advertir entonces una clara diferencia entre el conocimiento ordinario que maneja a diario el común de la gente y el lenguaje de los juristas... Hacer uso del lenguaje normativo jurídico presupone una compleja práctica social de instituciones creadoras e instituciones aplicadoras del derecho que comparten en forma concomitante, por lo común, funcionarios legales y ciudadanos, quienes la viven como un plexo normativo y autoritario de patrones públicos de comportamientos que evidencian mediante juicios lingüísticos tales como “es correcto”, “es incorrecto... Esta compleja práctica social que desde ya es cultural y normativa, constituye el *test de criterio de validez* de todo aquello que predicamos como “jurídico” o “jurídicamente”; de allí emana todo el *sentido* por el lado del derecho, es decir, la *significación jurídica*...”<sup>26</sup>.

A esas imprecisiones de nuestras conversaciones y apreciaciones agréguese la terminología proveniente de legislaciones o prácticas foráneas.

3. Frente a la crisis financiera-económica, incluso ante la cesación de pagos, de sociedades –lo que algunos llaman “zona de insolvencia” aún sin cesación de pagos- los administradores no pueden dejar de advertir la infrapatrimonialización, sobreendeudamiento o insuficiencia del flujo de caja para asumir las obligaciones contraídas o para cumplir el objeto social (empresa, al decir de Colombres y Girón Tena). Ello implica el mayor conflicto societario pues involucra la propia existencia de la sociedad al generar causales de disolución que precipitan la etapa liquidatoria.

Nos hemos referido que ante la crisis un buen administrador debe intentar afrontarla, con una planificación informal o formal, un faro. Y que si continua contratando en cesación de pagos (zona de cesación de pagos), asume responsabilidad frente a esos acreedores.

Y en este punto aparece una total coincidencia.

4. Advertida la situación de crisis, imposible de soslayar por un administrador societario –buen hombre de negocios-, debe con diligencia actuar para paliarla –planificando<sup>27</sup>-, llevando la cuestión a

<sup>25</sup> Miembro también del Instituto de la Empresa de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, y lo hacíamos en el marco de las IV Jornadas Concursales Interdisciplinarias del Centro de la República, que organizara esa Academia, el Departamento de Derecho Comercial de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Córdoba y la Fundación para Estudios de la Empresa, 16 y 17 de junio de 2009 (ver “Ensayos de Derecho Empesario” n° 5), donde también se formalizó un homenaje a los Profesores Eméritos y Miembros de Número de esa Academia, fallecidos, Dres. Héctor Cámara y Francisco Quintana Ferreyra. El número de Ensayos fue dedicado a homenajear a Mauricio C. Yadarola, caracterizando así a lo que llamamos la Escuela Comercialista de Córdoba.

<sup>26</sup> HART, H.L.A. *Definición y teoría de la ciencia del derecho* en “Derecho y moral. Contribución a su análisis”, trad. Gerardo L. Carrió, Buenos Aires, Depalma; RAMÍREZ, Jorge Alejandro *Esencialismo vs. Convencionalismo. El planteo superador de Hart*, a pág. 99 del Encuentro Nacional de profesores de “Introducción al Derecho” y Teoría General del Derecho”, Vaquerías 2009 – Córdoba, edición de ponencias.

<sup>27</sup> RICHARD, EFRAÍN HUGO “Insolvencia societaria”, Ed. Lexis Nexis, Buenos Aires 2007; RICHARD, EFRAÍN HUGO *El plan de empresa*

conocimiento y decisión de los socios<sup>28</sup>, quiénes deben afrontar la cuestión por los diversos medios que prevé la legislación societaria de todos los países: reintegración o aumento del capital social, reorganización societaria o del negocio, capitalización del pasivo<sup>29</sup> o disolución de la persona jurídica. Este es el verdadero sistema de prevención de la insolvencia en el caso de sociedades. No sólo de prevención de la insolvencia, sino de resolverla cuando ya se hubiera producido la cesación de pagos.

Lejos de ello, en la realidad constatamos en los concursos societarios, que los socios son notificados formalmente ya no de la crisis sino de la cesación de pagos que padece la sociedad cuando son llamados a ratificar la presentación en concurso, sin que se haya intentado siquiera asumir la crisis –incluso cuando ya se ha generado el estado de cesación de pagos- a través de los medios societarios. Para peor aparece continuada la actividad societaria en cesación de pagos por mucho tiempo conforme a datos que se revelan documentadamente en los respectivos informes generales de los síndicos. O sea que esos administradores han actuado con clara conciencia de la dificultad de cumplir las obligaciones que en el futuro se contrajeran, generando daño a terceros, y a todos los intereses vinculados a la empresa, y no sólo a los socios. Y esta es la segunda e indubitable fuente de responsabilidad de los mismos.

El posterior concurso de la sociedad puede concluir en la presentación y homologación de un acuerdo con quitas y esperas predatorias –en la práctica el 80% de quita con esperas de 5 años y luego pago en largas cuotas que alcanzan los 20 años-, con la participación de terceros cesionarios de créditos afectados. Siempre que hay quitas y esperas se beneficia a los socios, perjudicando a los acreedores alcanzados por el acuerdo homologado, sin respetar ningún “esfuerzo compartido”. El concurso intenta satisfacer todos los intereses, y no sólo beneficiar a los socios.

Afirma Truffat<sup>30</sup> que se ha “reivindicando jurisprudencialmente el deber de garantizar la supremacía de todo el orden normativo, (lo que incluye la aplicación de ciertos estándares que trae nuestra ley civil de sujeción de los actos privados a la “moral y buenas costumbres”, art. 21, 953, 1047 y 1071 Cciv)”...”¿Cómo traspolar estas ideas al concordato cuando éste es medio para superar la cesación de pagos y, en alguna medida, la superación se consigue precisamente por socializar las pérdidas, es decir, extender una cierta situación dañosa que afecta primordialmente a un sujeto (el cesante) –si bien con una inquietante aptitud contaminante respecto de quienes se relacionan patrimonialmente con él- a esos otros sujetos relacionados?”...”es posible que –cuando rigen reglas promercadistas desafortunadas- esa finalidad termine comportando un negocio injusto, pues en vez de una socialización del daño, lo que comporte el mercado será una “traslación del daño a los acreedores”...”a)La necesidad de que la solución preventiva a obtener importe aquella que la doctrina argentina –tomando una frase feliz de la Ley de Emergencia 25561- 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. Esta posibilidad importaría consagrar el enriquecimiento incausado a favor de los antedichos. Cómo responder desde lo práctico a tal requerimiento es más difícil...la transferencia del equity (en general, por capitalización de créditos) a favor de los acreedores concurrentes; otras se contentarán con la prohibición de percepción de dividendos y otras retribuciones a los accionistas...”...”b. La necesidad de garantizar un reparto equitativo del daño...”...”c. La necesidad de que cualquier oferta de salvaguarda esté amparada en un auténtico plan de superación de la crisis. Único modo serio de advertir que se cumple efectivamente con la premisa “a” y que no se está frente a una simple promesa

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

<sup>28</sup> **Supuestos extraordinarios pueden imponer que sean los mismos administradores quiénes deben tomar la resolución, como en megaempresas con gran dilución del poder. Pero en tal caso serán los administradores los que decidan la capitalización u otra medida extraordinaria, sin perjuicio de la oportuna ratificación.**

<sup>29</sup> Porque es un camino llamar a los acreedores para dar una solución coherente y dejar en manos de éstos la empresa que no saben conducir –o no pueden- socios y administradores, o incorporarlos a los riesgos de la misma con un plan sustentable.

<sup>30</sup> TRUFFAT, E. Daniel *La abusividad de la propuesta y la moralización de los concursos en lo atinente –precisamente a la oferta del deudor*” en *Jurisprudencia Argentina 2008 – IV – fascículo 10* pág. 3, Ed. Abeledo Perrot, indicando que es su comunicación al II Congreso Iberoamericano de Derecho Concursal realizado en Mérida.

pronta a ser incumplida nuevamente...una exigencia ética para toda propuesta...en una deudor que no haya brindado información...”.

Concordando con Truffat en aquellas apreciaciones, no tenemos duda que estas situaciones otorgan derecho a acreedores nacidos con posterioridad a la cesación de pagos –particularmente acreedores no profesionales- para promover acciones individuales de responsabilidad contra los administradores sociales que no afrontaron el problema por los medios societarios y descargaron el problema sobre esos acreedores en la forma preexpuesta.

La apreciación es de lege lata desde la legislación argentina, pero entendemos extensible a otras<sup>31</sup>.

La posibilidad de la promoción de esas acciones generará una previsión cautelar en administradores societarios para prevenir la crisis, anticiparse a la cesación de pagos en soluciones extrajudiciales y judiciales societarias, y recién fracasadas éstas presentarse tempestivamente en concurso.

Reiteramos una conclusión en que todos coincidimos: la cuestión debe ser puesta por los administradores a consideración de los socios, particularmente si se enfrenta una causal de disolución.

## V – LOS SOCIOS ANTE EL PROBLEMA.

¿Qué deben hacer los socios cuando se someta la cuestión a su consideración?

1. Desde el punto de vista del análisis económico del derecho, de la metodología de la relación costo-beneficio es probable que los socios decidan no arriesgar más capital, incluso que se desinteresen del giro social si no se les asegura la posibilidad de un beneficio mediante la reorganización de la empresa.

Cuando el valor patrimonial de la sociedad no permite satisfacer su pasivo, los accionistas pierden interés en la gestión, y los acreedores en cambio pasan a tener interés fundamental en la prosecución exitosa de la actividad.

Se plantea así, como un objetivo hipotético la transferencia del control de la empresa en crisis, de los accionistas que carecen ya de incentivo y de los administradores que responden a ellos, a los acreedores que ven comprometido en ello su capital de riesgo<sup>32</sup>. En función de ello los acreedores deberían organizarse en categorías, con intereses uniformes, para intervenir en la vida de la sociedad<sup>33</sup>, lo que prevé nuestra ley concursal, pero que debería producirse anticipatoriamente, en la funcionalidad societaria como resultado de la planificación de los administradores o de la decisión de los socios..

Los acreedores de una sociedad en cesación de pagos deberían tener el mismo tratamiento, derechos y tutelas que los accionistas de una sociedad solvente, pero se encuentran en la misma situación de inversores sin derecho<sup>34</sup>, que no tuvieron en cuenta cuanto contrataron sin la información de esa situación o antes que se produjera el estado de cesación de pagos.

Se ha sostenido que el accionista que pudiendo hacerlo, legítimamente decida no recapitalizar la empresa insolvente debe pasar la propiedad de la misma a los acreedores<sup>35</sup>. Se trata de pensar en la responsabilidad de los socios por la tutela del patrimonio social frente a los acreedores, resultante en la obligación de aportar nuevos recursos financieros para mantenerla con vida<sup>36</sup>, o sea operando con

<sup>31</sup> Una mejor justificación y una apreciación integral puede verse en nto. “Insolvencia societaria”, citado.

<sup>32</sup> Esta es la idea que desenvuelve en proyección de reforma de la legislación falencial STANGHELLINI, LORENZO *Proprietà e controllo dell'impresa in crisi* en Rivista delle Società anno 49° 2004 settembre-ottobre fascicolo 5°, Editorial Giuffrè Milano, pág. 1041 y ss. específicamente 1055. Esta idea se acerca a la que venimos desarrollando en torno a un derecho concursal societario, pero aplicando la legislación argentina vigente como veremos.

<sup>33</sup> MAZZONI, ALBERTO *L'impresa tra diritto ed economia* en Rivista delle Società anno 53°/ 2008 pág. 668, especialmente 666.

<sup>34</sup> STANGUELLINI ob. cit. pág. 1079

<sup>35</sup> STANGHELLINI ob. cit. específicamente pág. 1072. Una materia de la « Responsabilidad social empresaria » debería ser la educación de los acreedores para asumir un rol en la empresa deudora a la que están vinculados con cierta permanencia (cfme. Nta. Conferencia en la JORNADA ACADÉMICA DE DERECHO EMPRESARIO sobre RESPONSABILIDAD SOCIAL DE LA EMPRESA en la Universidad Nacional del Nordeste, *Corrientes, 16 de agosto de 2005* [www.acaderc.org.ar](http://www.acaderc.org.ar))

<sup>36</sup> “Ancora due sentenze della Suprema Corte tedesca in materia di abuso della responsabilità limitata e “Existenzvernichtungshaftung”” en Notizie Rivista delle Società luglio-agosto 2005 pág. 942.

posibilidades de cumplir el objeto social, lo que es imposible si la sociedad esta en cesación de pagos y no se adoptan soluciones patrimoniales-financieras..

La realidad es bien distinta en nuestro país. Los accionistas desinteresados de invertir, apoyados por los administradores por ellos designados, actúan de otra manera: imponer a los acreedores quirografarios asumir la pérdida, enriqueciéndose.

2. Es deber fundamental de los socios capitalizar la empresa si la solución es continuar el giro social. No necesariamente con aportes propios.

Aun cuando desistan de seguir aportando porque no quieren o porque han perdido interés en el proyecto económico de la sociedad-empresa, o no tienen capacidad económica para hacerlo. La solución esta previsto en la ley de sociedades: pueden invitar a terceros a suscribir el aumento de capital necesario para la continuación del giro o la capitalización de las deudas, o sea que los acreedores acompañen a los accionistas no sólo en el riesgo sino en el éxito futuro del negocio.

De decidir los socios no capitalizar ejerciendo su derecho de suscripción preferente, ni invitando a terceros o a los acreedores a la integración, deben tener por operada una causal de disolución –normalmente imposibilidad sobreviniente de cumplimiento del objeto social-, y asumir la liquidación con el menor costo posible, para que los acreedores cobren lo más posible.

Si fracasara la tratativa extrajudicial de esa capitalización, o la liquidación privada se considerara inviable, recién aparecería lógica la presentación en concurso, formalizada temporáneamente con ese proceso. Y esa capitalización de los créditos quirografarios puede ser la propuesta superadora para lograr el acuerdo. Reiteramos que quita y espera impuestos en acuerdo concursal importan enriquecimiento para los socios y empobrecimiento para los acreedores.

Volvemos sobre una solución societaria, vinculada al “esfuerzo compartido”, que no es excluyente de otras soluciones: la capitalización (patrimonialización) para superar las causales de disolución, cuando no la cesación de pagos.

La capitalización tiene múltiples matices<sup>37</sup>. Apremiar adecuadamente sus posibilidades depende del plan de negocios que formulen los administradores o los técnicos a que ellos se lo requieran.

Los resultados que prometa el plan de negocios permitirá analizar a los socios la conveniencia de reintegrar o aumentar el capital social. A su vez la posibilidad de invitar a terceros a integrarse a la sociedad por el buen negocio que resulta el adecuado cumplimiento de su objeto, la rentabilidad esperada, lo que puede permitir atender o reorganizar el pasivo exigible. Hemos intervenido en negocios donde los nuevos inversores aceptaron capitalizar con prima de emisión los fondos suficientes para satisfacer el pasivo, por la seguridad de las utilidades que se generarían una vez extinguido el mismo.

Debe intentarse acercar a los acreedores, proveedores, trabajadores, al desarrollo de la empresa, ofreciéndoles en intervenir en su giro a través de la capitalización. Se abre la solución referida prevista en el art. 197 LS de capitalizar el pasivo, o sea en ciertos casos traspasar la sociedad a los acreedores, o su control. Esta es también una previsión del art. 42 LCQ como modalidad de la propuesta de acuerdo.

La capitalización del pasivo trae un beneficio inmediato a los accionistas, directores o terceros que hayan garantizado una obligación capitalizada, pues se liberarán de esa obligación de garantía, fórmula que no esta gravada como impuesto a las ganancias, que en cambio aplica el impuesto a las ganancias sobre quitas y esperas concursales.

<sup>37</sup> Por ejemplo : emitir con prima, o acciones de clase, con preferencias, determinando pactos de rescate, etc.. LAS CLAUSULAS O CONVENIOS DE PREFERENCIA PARA LA COMPRA DE ACCIONES O CUOTAS SOCIALES, SON DE VALIDEZ INDISCUTIDA EN EL DERECHO ARGENTINO TANTO COMO EN EL COMPARADO, SEA QUE ESTEN CONTENIDOS EN EL ESTATUTO O EN PACTOS PRIVADOS ENTRE ACCIONISTAS (CFR. MANOVIL, R., "GRUPOS DE SOCIEDADES", P. 320, BS. AS., 1998; REGGIARDO, R., "SOBRE LA TRANSMISION 'ENTRE VIVOS' DE ACCIONES", ED 205-844; VANHAECKE, M., "LES GROUPES DE SOCIETES", P. 76, N° 65, LIBRAIRIE GENERALE DE DROIT ET DE JURISPRUDENDE, PARIS, 1962; CHAMPAUD, C., "LE POUVOIR DE CONCENTRATION DE LA SOCIETE PAR ACTIONS", PAGES. 51-52, N° 49 Y 50, SIREY, PARIS, 1962; ASCARELLI, T., "SUI LIMITI STATUTARI ALLA CIRCOLAZIONE DELLE PARTICIPACION AZIONARIE", EN SAGGI DI DIRITTO COMMERCIALI, P. 359, ESPEC. P. 391, N° 18, MILANO, A.GIUFFRE, 1955), Y SEA QUE COMPENDAN A TODOS LOS ACCIONISTAS O SOLO A CIERTA CLASE DE ELLOS, EN CUALQUIER CASO, ES INCUESTIONABLE LA LICITUD DEL CONVENIO (CFR. BROSETA PONT, M., "RESTRICCIONES ESTATUTARIAS A LA LIBRE TRANSMISIBILIDAD DE ACCIONES", PAGES. 51 Y 138, MADRID, 1963). In re *RECUPERO ENERGETICO SA C/ CAMUZZI GAS PAMPEANA SA S/ ORDINARIO.vocales* HEREDIA - VASSALLO – DIEUZEIDE de CAMARA COMERCIAL: D., 2007-02-14.

Adviértase los sistemas que en situaciones semejantes autorizan a los administradores a emitir acciones sin autorización de los socios<sup>38</sup>.

Con visión egoísta –que se advierte cuando se descartan todas estas posibilidades para una postergada presentación en concurso planificando las mayorías para imponer un acuerdo de quita y espera predatorio-, puede no sólo analizarse la cuestión de la prima de emisión sino en la capitalizar con opciones de rescate de las acciones, o generando clases privilegiadas, con múltiples soluciones prácticas.

## VI – RESPONSABILIDAD.

Al no existir normas claras que impidan la continuación de la empresa en crisis –en nuestro país la imposibilidad sobreviniente de cumplimiento del objeto social- aumentando la posibilidad de fracaso ante una perspectiva incierta, la tutela de los acreedores resulta de la responsabilidad de los administradores sociales ante la insolvencia (cesación de pagos) de la sociedad que continúa el giro<sup>39</sup>, (cuando no de responsabilidad de los socios controlantes, que eventualmente podrá ser ejercida por el administrador demandado por terceros).

Si los administradores, en su caso el representante legal, sigue contratando a sabiendas del estado de cesación de pagos y de la imposibilidad de cumplimiento, estarían generando a favor de esos acreedores una acción individual de responsabilidad<sup>40</sup>. Sobre este esquema de *lege lata* anticipamos nuestra posición desarrollada desde hace más de diez años, particularmente habilitando la posibilidad que ante acuerdos predatorios homologados, los acreedores nacidos con posterioridad al estado de cesación de pagos pueden promover esas acciones individuales contra los administradores de la sociedad deudora.

La novación concursal no altera las acciones de responsabilidad contra terceros no concursados que no participan en la negociación ni en el acuerdo, cuando el daño ha devenido directamente de la actuación ilícita de los administradores.

Los administradores tienen el deber de asegurar la normal vida societaria –conforme al estándar de buen hombre de negocios- con la sociedad, los socios y los terceros. Verónica Martínez –jurista cordobesa, profesora y Juez con competencia especial en Concursos y Sociedades- imputó responsabilidad por la totalidad del pasivo verificado ante la acreditación “que los administradores no realizaron ninguna actividad tendiente a superar la insolvencia... Los administradores debieron tomar alguna medida activa para evitar continuar operando en esas condiciones, puesto que pesa sobre ellos el deber de no dañar y además, en respeto a tal normativa específica, en la ley de sociedades, que es impuesta sobre todo, en protección de terceros” (Sentencia n° 272, 25 julio 2006 en “Sindicatura de la quiebra de Sanatorio Privado Colon SRL c/ Moyano, Jorge Antonio y otro – Acción ordinaria – Acción de responsabilidad”), citando a su vez a Julia Villanueva<sup>41</sup> subrayando que “no se trata de responsabilidad objetiva, sino de exigirles que cumplan con el deber de responder que pesa sobre todo aquel que administra lo que no es suyo. Tampoco se trata de evaluar la gestión empresarial en términos de juzgar el acierto o desacierto del administrador en materia de mérito o conveniencia de las operaciones que integraron la actividad empresarial o su riesgo, sino de exigirles el cumplimiento de las aludidas normas de orden público que integran el derecho societario. Nos referimos a las normas pensadas en protección de terceros, obligación de la que no podrían ser dispensados, naturalmente, por ninguna asamblea de socios (art. 275 LS)”, continuando luego de esta misma autora “Sobre la base de parecidas consideraciones, autorizada doctrina sostiene que, cuando la sociedad se halla en *zona de insolvencia*, los administradores deben cumplir su deber fiduciario primordialmente a favor de los acreedores, evitando trasladar sobre éstos las pérdidas o dificultades que afecten a la sociedad”<sup>42</sup>.

<sup>38</sup> 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

<sup>39</sup> MIOLA ob. y pag. cit. pág. 1310..

<sup>40</sup> RICHARD, EFRAÍN HUGO *Ensayo en torno a buena fe e insolvencia societaria*, capítulo XLIX tomo I pág. 811 en libro colectivo “Tratado de la Buena Fe en el Derecho”, Coordinador Marcos M. Córdoba, Editorial La Ley, 2 tomos, 2ª Buenos Aires 2005.

<sup>41</sup> VILLANUEVA, JULIA *Breve introducción al estudio de las acciones de responsabilidad patrimonial en la quiebra* en “Conflictos en la insolvencia” Directores Nissen-Vitolo, Edición Ad. Hoc., Bs. As. 2005 pág. 281 y ss..

<sup>42</sup> VILLANUEVA ob. cit. pág. 282, con cita a nosotros *Los administradores societarios y la insolvencia* en RDCO n° 203, set. 2003, pág. 553 y ss., y también RICHARD, EFRAÍN HUGO *Responsabilidad de administrador de sociedad en concurso preventivo* en *IX Congreso*

## VII – ALGUNAS APARENTES DISCREPANCIAS QUE PUEDEN GENERAR POLÉMICA.

Hemos derivada a la lectura a los trabajos sobre responsabilidad señalados y al que aparece en el libro del Instituto Argentino de Derecho Comercial (70° Aniversario) titulado *Acción individual de responsabilidad de acreedores contra administradores societarios*. Allí se manifiesta nuestra reiterada posición.

También luce el referido de Javier Armando Lorente titulado: *Responsabilidad de los administradores sociales cuando la sociedad se encuentra en 'zona de insolvencia': Beneficios, peligros derivados de estas teorías*, donde genera nuestra preocupación a pág. 344 sobre que nuestra tesis “puede ser utilizada por acreedores recalcitrantes para iniciar demandas extorsivas contra los administradores sociales”. Luego se refiere a los “fondos buitres” que encontrarían serios problemas en iniciar esas acciones en los Estados Unidos de Norteamérica<sup>43</sup>.

Reiteramos que descartamos de plano esa posibilidad, como resulta anticipado. Baste ver nuestros trabajos en la sistemática constructivista que formalizamos sobre la empresa<sup>44</sup>, para disuadir a ese tipo de acreedores de tal intento frente a administradores que hayan desarrollado con algún mínimo de sensatez su rol profesional de buenos hombres de negocios. Claro que si los administradores operan de mal fe, los riesgos se correrán.

Respecto a los “fondos buitres” podríamos agregar para el rechazo de su pretensión la imputación de haber adquirido el crédito para demandar. Y allí aportaríamos las observaciones en torno a los límites de la cesión de créditos<sup>45</sup> y los concursos que introducen también algunas discrepancias con Lorente. Observaciones válidas aunque puedan no ser tan netas como los argumentos que nos llevan a rechazar la posibilidad de esos nuevos titulares de integrar la mayoría de

---

*Argentino de Derecho Societario y V Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa*, Tucumán 2004, t. II pág. 689.

<sup>43</sup> La norma aplicable en el derecho de los Estados Unidos de Norteamérica a los “fondos buitres” (o a un acreedor profesional) cuando compran créditos al sólo efecto de extorsionar al deudor se trataría del delito de “champerty”, reclamando el cobro judicialmente: The statutory purpose behind Judiciary Law § 489 is to forestall the unauthorized practice of law, to lessen the promotion of lawsuits by attorneys, and to discourage the use of legal process to harass and embarrass debtors. *Bottenus v Blackman* (1972) 71 Misc 2d 583, 336 NYS2d 790, revd on other grounds (1974, 2d Dept) 43 App Div 2d 846, 351 NYS2d 421. La jurisprudencia demuestra que la prohibición rara vez se aplica. En la praxis neoyorquina, la aplicación de la norma es la siguiente: Si el actor es una persona física o una sociedad por partes de interés, es necesario que su principal actividad sea la de efectuar cobranzas (agencias de recolección, etc). Si ese no fuese el caso, la prohibición no se aplica. Y, si es una sociedad anónima o SRL, el estándar es mas bajo porque no es necesario que el objeto de la empresa sea cobrar deudas de terceros. Sin embargo, quien invoca la norma tiene que probar que el único (algunos fallos hablan del “único” y otros, los menos, hablan del “principal”) objetivo del actor al comprar los títulos, era el de reclamar judicialmente su cobro: CLS Jud § 489 prohibits corporation from taking assignment of note with intent of bringing action thereon as long as it is established that commencement of suit was primary purpose of assignment. *Aubrey Equities v SMZH 73rd Assocs.* (1995, 1st Dept) 212 App Div 2d 397, 622 NYS2d 276 (criticized in *CIBC Bank & Trust Co. v Banco Cent. do Brasil* (1995, SD NY) 886 F Supp 1105) and subsequent app (1998, 1st Dept) 247 App Div 2d 253, 668 NYS2d 598, app den (1998) 92 NY2d 802, 677 NYS2d 72, 699 NE2d 432. (“...siempre y cuando se establezca que la interposición de la demanda era el objetivo primario de la adquisición...”). In action to recover on promissory note and revolving credit agreement which plaintiff corporation purchased from lending bank, question of fact existed as to whether plaintiff purchased instruments in question for sole purpose of bringing action against defendant and, as such, its motion for summary judgment in lieu of complaint was properly denied. *Three Feathers Inc. v Roemer* (2000, 3d Dept) 270 App Div 2d 769, 704 NYS2d 746. (“...la cuestión fáctica a determinar es si el actor adquirió los instrumentos en cuestión con el solo objetivo de entablar acción judicial contra el demandado...”). - In order to fall within the statutory prohibition, the assignment must be made for the very purpose of bringing suit and this implies an exclusion of any other purpose. *Fairchild Hiller Corp. v McDonnell Douglas Corp.* (1971) 28 NY2d 325, 321 NYS2d 857, 270 NE2d 691 (criticized in *CIBC Bank & Trust Co. v Banco Cent. do Brasil* (1995, SD NY) 886 F Supp 1105). (“...la adquisición debe haber sido efectuada con el específico objetivo de demandar judicialmente, con exclusión de cualquier otro motivo...”). In order to constitute champertous conduct in acquisition of rights that would then be nullified, foundational intent to sue on claim must at least have been primary purpose if not sole motivation behind entering into transaction; words “sole” and “primary” are not synonymous generally or in law. *Bluebird Partners, L.P. v First Fid. Bank, N.A.* (2000) 94 NY2d 726, 709 NYS2d 865, 731 NE2d 581. (“...la motivación para demandar debe ser al menos el objetivo primario sino único tras la operación...”). - Summary judgment should not have been entered against a counterclaim based on an assignment on the ground that the assignment violated Judiciary L § 489, as the assignment may have been made for tax purposes, as well as to enable the assignee to assert it as a counterclaim in a suit brought against the assignee. *FLLI Moretti Cereali S.p.A. v Continental Grain Co.* (1977, CA2 NY) 563 F2d 563. (No se aplica la s.489 cuando la motivación de la compra puede haber sido la obtención de beneficios fiscales). - .

<sup>44</sup> Nto. “Insolvencia societaria” citado.

<sup>45</sup> Nto. *¿SANTIFIQUEMOS LA CESIÓN DE CRÉDITOS EN LOS CONCURSOS PREVENTIVOS?* (Dotorcito... y eso pa q'è? Es un contrato maravilloso don Zoilo y no puede restringirse la libertad de usarlo... Ahh... entonces ... dotorcito hay que defenderlo como a la Patria... (versión limitada de un cuenta del Negro Alvarez), publicada en JURISCONCURSAL n° 5, en San Miguel de Tucuman, mayo de 2007. Año II Publicación de Sindicaturas y Derecho Concursal pág. 95 contestando la polémica sobre el punto del colega amigo E. Daniel Truffat en la misma publicación pág. 85 *La cesión de créditos en los concursos preventivos*.

los que apoyan acuerdos predatorios de quita y espera que enriquecen a los socios. Como se verá el “circulo” se cierra.

1. A ningún acreedor recalcitrante o extorsivo, y mucho menos a un “fondo buitres” se le ocurriría intentar usar nuestras ideas, pues estaría condenado a perder el juicio.

Nos hemos ilustrado con el informado artículo de Lorente –siempre acostumbramos leer y escuchar las ideas que apoyan, acotan o contradicen nuestras posturas<sup>46</sup>-, que así se construye el derecho.

No hemos encontrado contradicción con las cuestiones que aborda y las que sustentamos en orden a acciones de responsabilidad por daño directo causado a acreedores no institucionales por deudas contraídas en estado de cesación de pagos –no en zona de insolvencia<sup>47</sup>- por administradores de sociedades que no cumplieron las previsiones de la legislación societaria. Baste leer las conclusiones de pág. 427 en nuestro artículo publicado en el mismo libro colectivo, donde reproducimos las posiciones sustentadas desde largo tiempo. No hay atribución de responsabilidad objetiva, sino subjetiva con todos los recaudos que la misma exige, y ni siquiera abordamos la cuestión del daño indirecto sostenido por otros autores con mucha precisión (Nissen).

2. Ya recibimos alborozados un primer comentario ante nuestras prédicas de más de veinte años de otros miembros y amigos los colegas Marcelo Barreiro y E. Daniel Truffat en el artículo *Responsabilidad de administradores y representantes en la ley de quiebras: el deber fiduciario de la ley de sociedades, ¿se traslada a los acreedores?*<sup>48</sup> donde expresaban ciertas coincidencias en torno a las acciones de responsabilidad de acreedores contra administradores societario, pero entendiendo que preferían la postura de Lorente, que las admitía más acotadamente.

3. Ahora, como lo hicimos con Barreiro y Truffat –y también en otra ocasión a Héctor Alegría-, tranquilizamos a Lorente. Debe descartarse toda posibilidad que desde la posición que sustentamos, acreedores desaprensivos intenten promover acciones de responsabilidad o siquiera molestar a administradores diligentes. Reiteramos, justamente con nuestra propia argumentación se rechazara la pretensión.

Si discrepamos en una de sus conclusiones. La pequeña –o gran- discrepancia se apunta en que aún de percibirse la cesación de pagos, no hemos aconsejado, ni aconsejaríamos, que los administradores de inmediato presenten a la sociedad en concurso. Hemos sostenido que la falta de plazo no implica que no exista un tiempo prudente para la presentación, so pena de responsabilidad. Lo que no pueden dejar de hacer los administradores es poner la cuestión en conocimiento de los socios, supuestamente con propuestas superadoras.

Apunta Lidia Vaiser<sup>49</sup> –de quién siempre tomamos importantes ideas- que “Las causas del fracaso del concurso, en general, no se deben únicamente a los errores de política legislativa. La doctrina española señala, por ejemplo y como determinante, la ausencia de una cultura concursal, motivada por múltiples aspectos, el demérito social, la resistencia de los empresarios para asumir las crisis, o los excesivos costos”. Con lo que coincidimos, aplicándolo también al ámbito de nuestro país, presumiendo que la actuación de sociedades varios años en cesación de pagos y luego logrando

<sup>46</sup> El ilustrado artículo de Daniel Vitolo –al que Lorente hace continuas referencias- *Responsabilidad de los directores al ingresar la sociedad en la zona de insolvencia LL 2005-A, 1207*, lo hemos utilizado reiteradamente, así por ejemplo en *El PLAN DE EMPRESA (o como actuar tempestiva y extrajudicialmente asumiendo crisis de sociedades)* en libro colectivo “Homenaje al Dr. Osvaldo J. Maffia” referido Cap. II pág. 217.

<sup>47</sup> Ya hemos referido que el uso de la expresión “zona de insolvencia”, que no implicaría cesación de pagos, y las normas que autorizan trámites concursales ante la crisis, o ante el pedido de quiebra, pueden haber traído alguna aparente desinteligencia, obviamente sólo formal, pues se rescatan en todos los casos las acciones de responsabilidad de acreedores cuando se contrajo la obligación estando la sociedad en cesación de pagos y no fue advertida esa situación. En orden a lo interno es la expresión en Estados Unidos de Norteamérica “red flags”.

<sup>48</sup> BARREIRO, MARCELO G. TRUFFAT, E. DANIEL *Responsabilidad de administradores y representantes en la ley de quiebras: el deber fiduciario de la ley de sociedades, ¿se traslada a los acreedores?* en *Doctrina Societaria y Concursal*, oct. 2005, t. XVII p. 1205 y ss.

<sup>49</sup> La Vicepresidenta del Instituto Iberoamericano de Derecho Concursal –en el cual militamos con Lorente-, se expresa así en *La crisis internaional y el derecho concursal* en *Doctrina Societaria y Concursal*, Ed. Errepar, Buenos Aires n° 259, junio 2009, tomo XXI, pág. 637.

acuerdos predatorios de quitas y esperas se correspondería a un planificación que conlleve transferir los perjuicios a los acreedores.

Pero el camino que hemos señalado a esos administradores no es el del concurso temprano, sino el poner la cuestión en manos de los socios conforme la legislación societaria, tema en el que han concordado todos. “Lo dirimente es poner la cuestión en manos de los socios. Estos tal vez decidan la capitalización de la empresa o admitan su fusión por absorción con otro ente más saludable”<sup>50</sup>.

La ley societaria brinda remedios de bajo coste de transacción que permiten, y de hecho lo hemos comprobado en la realidad negocial, salir airosamente de la crisis. Los concursos tienen un altísimo coste de transacción, demoras, entorpecimientos para la justicia, angustias para muchos, claro que pueden desembocar en un muy buen negocio para los socios si logran quitas y esperas de sus acreedores.

Por eso, en estas líneas llevamos tranquilidad a Lorente –y ajustamos cualquier duda sobre nuestra posición–, y también a los administradores societarios que en el correcto manejo de esa extraordinaria técnica de organización nunca asumirán responsabilidad si afrontan oportunamente la crisis conforme la legislación societaria, ponen la cuestión a la decisión de los socios con algún plan de trabajo y, ante factores que impidan las soluciones previstas en la legislación específica, recién opten por los mayores costes de la presentación concursal tempestiva. O sea que la herramienta a usar sería la única disidencia –quizá superable– con Lorente: no vale la pena presentarse en concurso sin antes haber agotado la vía societaria. Es más, no usar esta puede ser percibida –en ciertos casos– como un aprovechamiento de la herramienta concursal para obtener un acuerdo abusivo o en fraude a la ley<sup>51</sup>.

4. Hace mucho tiempo nos habíamos referido a “La infracapitalización material y el levantamiento del velo”<sup>52</sup>.

Expresábamos “Frente a este “modelo italiano” de tratamiento de la infracapitalización material, nos encontramos también con el llamado “*modelo alemán*” basado en la función de garantía del capital social. La limitación de la responsabilidad de los socios se fundamenta en una dotación adecuada de capital social, y en que éste se preserve conforme a las normas de defensa del capital para poder hacer frente a la responsabilidad de la sociedad frente a los acreedores de la misma.<sup>53</sup> Si los socios no dotan a la sociedad del capital necesario, \_\_“abusan de la institución del capital social”<sup>54</sup>\_\_, el privilegio de la limitación de responsabilidad de que disfrutaban queda sin fundamento, y por lo tanto responderán ilimitadamente frente a los acreedores de la sociedad de las deudas de la misma. Corresponderá a los tribunales, mediante la *aplicación de la doctrina del levantamiento del velo*, decretar dicha responsabilidad ilimitada. Pero se ha advertido que se trata de un remedio excepcional al que debe recurrirse “en aquellos casos límite en que se observe que la capitalización de la sociedad es manifiestamente y sin asomo de duda desproporcionada al nivel de riesgo de la empresa programada para la explotación del objeto social.”<sup>55</sup> Siguiendo esa opinión, no será de aplicación la doctrina de la infracapitalización en favor de los acreedores financieros, sino sólo respecto de los acreedores extracontractuales y de los llamados “acreedores ignorantes” a los que no se hubiera avisado oportunamente<sup>56</sup>. - Es significativa, a nuestro parecer, la coincidencia que se produce en este

<sup>50</sup> Reiteramos la cita: BARREIRO, Marcelo G. – TRUFFAT, E. Daniel *Responsabilidad de administradores y representantes en la ley de quiebras: el deber fiduciario de la ley de sociedades, ¿se traslada a los acreedores?*” en *Doctrina Societaria y Concursal*, octubre 2005, citado.

<sup>51</sup> RICHARD, Efraín Hugo *Acuerdos preventivos abusivos o en fraude a la ley*, comunicación al Segundo Congreso Internacional de Derecho Comercial y de los Negocios, U.B.A. Buenos Aires julio de 2009 en [www.acaderc.org.ar](http://www.acaderc.org.ar).

<sup>52</sup> Nto. “Las relaciones de organización y el sistema jurídico del derecho privado”, Ed. Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, 1ª ed. Córdoba 2000, cap. XII ap. VII pág. 493, aunque ya lo habíamos encarado varios años antes en artículos a Congresos o en Revistas especializadas.

<sup>53</sup> Sobre la dotación de un capital como fundamento de la responsabilidad limitada de los socios, Cfme. la RDGRN de 21 de junio de 1990.

<sup>54</sup> Cfme. MASSAGUER, J., “El capital nominal...,” op. cit., p. 5573.

<sup>55</sup> El recurso a la doctrina del levantamiento del velo constituye, según PAZ-ARES una “vía intermedia.” Cita en este punto el autor la sentencia de la Audiencia provincial de Albacete de 15 de julio de 1991 (RGD 1991, pp. 10691 y ss.), a la que critica sus deficiencias técnicas pero valora su interés por poner el acento en los problemas de información.

<sup>56</sup> Cfme. PAZ-ARES, “La infracapitalización, una aproximación contractual,” op. cit., p. 262. Sin embargo, para MASSAGUER, J., (“El capital nominal...,” op. cit., p. 5576) califica esta distinción basada en el criterio del desconocimiento o conocimiento de la infracapitalización, de poco convincente.

sentido respecto de la doctrina norteamericana que también señala la diferencia entre esos dos tipos de acreedores, de una parte los contractuales, por lo general entidades bancarias y financieras, que destinan sus créditos a la financiación de la empresa, y de otra parte los acreedores no contractuales y los pequeños acreedores.<sup>57</sup> Dicha diferenciación se concreta en un tratamiento mucho más severo de la infracapitalización con respecto de estos últimos, ya que son los que menos posibilidades tienen de asegurar su riesgo. Este punto deberá ser tenido en cuenta por la jurisprudencia a la hora de aplicar el expediente del levantamiento del velo de la persona jurídica en casos excepcionales de infracapitalización".

5. Nuestro agradecimiento al distinguido amigo y jurista Javier Armando Lorente –no sólo por el reconocimiento a Vitolo (cuyo artículo hemos citado en otros trabajos) y nosotros-, por su ilustración e información fecunda el campo, no con disidencias sino con la razonabilidad y las congruencias, fertilizando la siembra que es alejar el fenómeno de la insolvencia, que contamina el mercado, imponiendo la idea de la planificación ante la mera crisis –con sus riesgos, más no de responsabilidades-, permitiendo avizorar buen resultado a través del funcionamiento eficiente de las previsiones societarias para mantener esa extraordinaria técnica de la organización empresarial.

6. Nos preocupaba cierto mensaje que se irradiaba desde la práctica en torno a que los administradores podían operar con una sociedad en crisis –en cesación de pagos, no en zona de insolvencia- durante años sin riesgo alguno, imponiendo luego un acuerdo predatorio de quita y espera, empobreciendo a los acreedores y enriqueciendo a los socios.

Suponemos –y suponíamos- a administradores actuando en “zona roja de insolvencia” –o sea en cesación de pagos-, no en la zona gris –antes de la cesación de pagos- que tan bien describe Lorente con la locución “zona de insolvencia” que generaría las aparentes disidencias. Administradores que contrataban dolosamente con terceros de buena fe –incluso no financistas profesionales-, contrariando el principio del art. 931 C.C. a sabiendas que no le cumplirían el contrato o el pago.

Ello debería asegurarse a través del sistema normativo, especialmente a través del régimen societario, para que el recurso técnico organizativo de la sociedad cumpla como estructura su rol funcional, y receptar la tendencia de las soluciones privadas extrajudiciales, con la necesaria revisión del sistema de la legislación de fondo en forma previa a las del derecho concursal, como señala Dasso<sup>58</sup>.

Lo que hay que dejar en claro es que toda quita (y también la espera, que es una forma de quita) implican un empobrecimiento de los acreedores a quienes se les impone y un correlativo enriquecimiento de los socios de la sociedad. La reestructuración patrimonial es inmediata y evidente al homologarse un acuerdo de quita y espera.

7. No existe estadística ni referencias de las sociedades –ni de sus correctos administradores- que asumen la crisis dentro de las normas específicas que regulan esas organizaciones. Ello permitiría hacer comparaciones de las superaciones logradas, inclusive con abiertos aumentos de capital o liquidando ordenadamente y con el menor daño a la sociedad, a los socios, a los acreedores y al mercado. Es en los juicios concursales –preventivos o liquidativos- donde se advierten las conductas extrañas: nunca haber intentado remedios societarios, muchos años operando en cesación de pagos, todo ello certificado objetivamente en el informe general del síndico.

<sup>57</sup>Cfme. *per omnia* HERZOG y ZWEIBEL, "The equitable subordination of claims in bankruptcy," 15 *Vanderbilt L. Rev.*, 83, 1961, p. 86 y ss; KINNEY, K., "Equitable subordination of shareholder debt to trade creditors: a reexamination," *Boston Univ. L. Rev.*, marzo 1981, vol. 61, pp. 433 y ss. Sobre el estado de la cuestión en el Derecho norteamericano Cfme. BOLDÓ RODA, C., "Levantamiento del velo...", pp. 151 y ss.

<sup>58</sup> DASSO, Ariel Angel "Tendencias actuales del derecho concursal" Ed. Ad Hoc, Buenos Aires 1999, págs. 46 y 47, con citas de Karsten Schmidt y Ragusa Maggiore, apuntando : "...en muchos casos la doctrina puso el acento en advertir que las dificultades provenían no ya del régimen específico, sino del ordenamiento común, focalizando los males en: a. la gran cantidad de garantías reales y mobiliarias sin desplazamientos y, b) la infracapitalización de las sociedades con responsabilidad limitada, c) la inexistencia de tipificación penal de las conductas de los sujetos del concurso. Este diagnóstico culmina con la exigencia de remediar primero las carencias del ordenamiento común o Derecho material". Sin duda se corresponde con nuestra visión de bucear en el derecho societario y en el derecho civil sobre las medidas que deben adoptar los administradores y titulares de participaciones de personas jurídicas, y en las responsabilidades de los mismos.

En “INSOLVENCIA SOCIETARIA”<sup>59</sup> señalábamos (Págs. 103 y ss.) “Lo significativo es que, con esa actuación tardía, en la vida interna de la sociedad al no adoptar ninguna de las medidas que prevé la legislación societaria, y presentarse tardíamente en concurso sin haber puesto previamente la cuestión en manos de los socios, han afectado profundamente a la empresa, para cuya conservación aparece como necesaria y justifica las resoluciones judiciales de homologación de quitas y esperas totalmente ajenas a las conductas de los mercados nacionales e internacionales. En definitiva, la actitud de los administradores —a los que a veces se suman los socios controlantes— ha afectado el normal desenvolvimiento de la empresa. - Sin embargo, la sociedad, aun en el marco de esa “cesación de pagos”, ha continuado su funcionamiento, en la mayoría de los casos disimulando con mayores o menores esfuerzos ese hecho. Y en ese marco es probable que la sociedad continúe asumiendo créditos, es decir contrayendo deudas (obligaciones de hacer, de no hacer o de dar), manteniendo o inclusive aumentando honorarios a directores, gerentes y/o asesores (que generalmente son los socios mayoritarios mismos). - O sea que contratan en insolvencia, a sabiendas o al menos representándose la posibilidad cierta del perjuicio que se les causaría a terceros, generando una afectación de la credibilidad de la empresa y de sus posibilidades, configurándose una actuación dolosa, por lo menos desde el punto de vista civil (arts. 931 y concs., CCiv.). ... Un perfecto plan de insolvencia ha sido puesto en marcha, quizás hasta en el marco de una silenciosa complicidad de los directores o gerentes, y síndico si lo hubiera. Y a ese plan se habrá de ejecutar por actos de comisión, y de omisión preferentemente”.

8. Ante la crisis el administrador societario debe planificar intentando evitar que la sociedad caiga en cesación de pagos, poniendo la cuestión en manos de los socios. Difícilmente se le pueda cuestionar las medidas que adopte y que luego le lleven al estado de cesación de pagos. Es aquí donde no dubitamos que de seguir operando como si nada, sin convocar a los socios, contratando a sabiendas de que las obligaciones no podrán ser cumplidas, podrá asumir responsabilidad. Tampoco lo duda Lorente.

Debemos apuntar que la jurisprudencia americana sobre la que alerta Lorente las diferenciaciones, no es ajena a ambigüedades<sup>60</sup>. A ello debe sumarse las referencias terminológicas.

8.1. También es necesario señalar que en acciones promovidas por accionistas en lo que el distinguido amigo llama la “zona de insolvencia” o sea la “red flags”, debe apuntarse que la restrictiva jurisprudencia de los tribunales de Delaware aceptan la responsabilidad cuando no existe buena fe, o sea dolo —ni siquiera culpa grave— por violación del deber de lealtad (*duty of loyalty*) y no meramente violación de la diligencia —activa u omisiva— (*duty of care*). No es el supuesto de acreedores vinculados en tiempos de cesación de pagos.

Se verá que la cuestión es bien distinta a la que perfila nuestro art. 59 LSA<sup>61</sup>, o sea a los factores de atribución de culpa y dolo. La jurisprudencia de Delaware —que aquí traemos— rechaza las acciones contra los administradores si no se acreditan circunstancias indicativas de la mala fe, considerada necesaria para hacer valer la responsabilidad de los directores en relación a sus deberes de control<sup>62</sup>.

<sup>59</sup> Buenos Aires 2007, Ed. Lexis Nexis, que ya citamos.

<sup>60</sup> ANDRELLI, G. *Doveri di controllo degli amministratori e crisi finanziaria: una decisione della Chancery Court del Delaware* en Rivista delle Società, anno 54º, 2009, marzo-giugno pág. 579.

<sup>61</sup> RICHARD, EFRAÍN HUGO Y MUIÑO, ORLANDO MANUEL *Derecho Societario*, Ed. Astrea, Buenos Aires 1999, pág. 229 y concordantes. RICHARD, EFRAÍN HUGO; RODRÍGUEZ, PABLO JAVIER Y VÉLEZ, HÉCTOR G. “Responsabilidad de administradores societarios y socios en supuestos de insolvencia en la concepción del Anteproyecto de Reformas a la ley de sociedades”, pág. 407, en Libro colectivo *Nuevas Perspectivas en el Derecho Societario y el Anteproyecto de Reforma a la Ley de Sociedades Comerciales*, coordinado por Daniel R. Vitolo y Marta G. Pardini, Editorial Ad Hoc, Buenos Aires abril 2005, también RICHARD, EFRAÍN HUGO “Responsabilidad de Administradores y Socios por no asumir tempestivamente la crisis” en *Problemas y cuestiones sobre las sociedades*, libro colectivo dirigido por Daniel R. Vitolo y Marta Pardini, Editorial Ad Hoc, Buenos Aires 2006, pág. 345, publicación de las XIII JORNADAS DE INSTITUTO DE DERECHO COMERCIAL DE LA REPUBLICA ARGENTINA Bahía Blanca, Pcia. de Buenos Aires, 26 y 27 de Octubre de 2006.

<sup>62</sup> Citigroup Inc. Shareholder Derivative Litigation, 964, A ed 206 (Del. Ch. 2009). Si los administradores han organizado un adecuado sistema de control interno.

Se entiende que en ausencia de un conflicto de intereses, una insuficiencia del control puede ser censurado sólo si se demuestra que los administradores estaban al corriente de las dificultades que atravesaba la sociedad, apuntando al elemento subjetivo del conocimiento de las dificultades, sosteniendo esa jurisprudencia que la falta de vigilancia e inadecuada formulación del control no es sancionable, incluso aunque sea gravemente culposo, a menos que sea el fruto de una voluntaria sustracción de los administradores a su propia responsabilidad. No basta la mera presencia de señales premonitarias para considerar implícita la demostración de la mala fe de los administradores<sup>63</sup>. Claro está que esa jurisprudencia se refiere a una megasociedad, donde existía en el Estatuto una cláusula preventiva de renuncia a la acción de responsabilidad (conforme la Section 102(b) DGCL, protegiendo a los administradores del *duty of care*, más no del *duty of loyalty*, como hemos expresado.

Apunta Truffat correctamente en torno a la importación de soluciones del “derecho comparado”<sup>64</sup>: “... la asunción acrítica del modelo americano incurrió en la increíble contradicción de importar la flexibilidad y libertad negocial americana, pero dejando en el camino a la clave de bóveda del sistema: el poderoso juez de bancarrotas con que cuenta tal sistema, y que es el supremo garante del *fair play*”<sup>65</sup>.

8.2. Respecto a esas ambigüedades también es necesario señalar que en acciones promovidas por accionistas en lo que el distinguido amigo llama la “zona de insolvencia” o sea la “red flags”, que la restrictiva jurisprudencia de los tribunales de Delaware aceptan la responsabilidad cuando no existe buena fe, o sea dolo –ni siquiera culpa grave- por violación del deber de lealtad (*duty of loyalty*) y no meramente violación de la diligencia –activa u omisiva- (*duty of care*). No es el supuesto de acreedores vinculados en tiempos de cesación de pagos.

No ingresamos en esta oportunidad sobre el ejercicio de acciones derivadas, o sea las sociales de responsabilidad ejercidas por terceros o por el grupo minoritario, que pergeñamos en un Anteproyecto de Ley General de Sociedades<sup>66</sup>, y cuya actualidad hemos defendido en anteriores ocasiones, incluso a través de la aplicación de las acciones subrogatorias u oblicuas..

8.3. Lorente trae tres casos como ejemplo de la doctrina judicial que excluye las acciones de responsabilidad (“ocaso jurisprudencial actual de la teoría de los deberes fiduciarios de los administradores hacia los acreedores cuando la sociedad se encuentra en zona de insolvencia”). Uno, in re Wooley v. Faulkner –de New Orleans- se trataba de un planteo del propio deudor para la subordinación de créditos, creemos que es muy interesante pero no pertinente para los supuestos donde nosotros ponemos énfasis: acreedores nacidos con posterioridad a la cesación de pagos de la sociedad, que continua operando.

El segundo supuesto es de Delaware, donde el síndico falencia demandó al accionista mayoritario de la sociedad, tampoco estaría dentro de ese catálogo. Apuntamos que la ambigüedad no es sólo en el campo que acabamos de abordar señalado. Esta situación, vinculada a nuestro art. 54.3

<sup>63</sup> ANDRELLI, G. *Doveri di controllo degli amministratori e crisi finanziaria: una decisione della Chancery Court del Delaware* citado.

<sup>64</sup> TRUFFAT, E. Daniel *LA ABUSIVIDAD DE LA PROPUESTA Y LA MORALIZACIÓN DE LOS CONCURSOS EN LO ATINENTE – PRECISAMENTE- A LA OFERTA DEL DEUDOR*. citado.

<sup>65</sup> Cabe apuntar la relatividad de esas normas en el país aunque se invoque el derecho extranjero: “Aún admitiendo que no se haya demostrado en forma apropiada el derecho extranjero alegado en virtud de no haberse aportado el texto material de la ley, lo cierto es que el diferendo suscitado entre las partes y que motiva el litigio debe ser resuelto con sujeción a las indicaciones del derecho nacional, pues resulta inaceptable que una contienda culmine con el rechazo de la demanda por inexistencia de un ordenamiento jurídico. Bajo el régimen de la ley 22.434 el Juez tendrá, ahora, siempre, una ley para aplicar en el proceso; normalmente será la nacional y como excepción la extranjera, a condición de ser alegado por los justiciables, y su adecuación a nuestro régimen. No existirá problema de carga de la prueba, pues el magistrado deberá concederla. CAMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO COMERCIAL, Sala C CREDIT SUISSE c/ COREN SCA s/ ORDINARIO SENTENCIA del 21 de Abril de 1989 SAIJ (Sumario. N0002556). En estos supuestos ni siquiera se da la situación que comenta BOGGIANO, Antonio “Curso de Derecho Internacional Privado”, pág.194/5: Cuando se trata de aplicar derecho extranjero, “...Hay que decidir el caso tal como lo solucionaría el juez del país cuyo derecho sería aplicable si tuviese jurisdicción (*foreign court theory*). Hay que imitar la probable sentencia del juez extranjero...Ello conduce a pensar que el juez extranjero, muy probablemente tomará en cuenta y aplicará aquellas proposiciones jurídicas definitivas que desarrollan conceptos de los tipos legales o las consecuencias jurídicas...Todas las clasificaciones normativamente relevantes del derecho extranjero han de ser tenidas en cuenta, como seguramente lo haría el juez del sistema foráneo...”.

<sup>66</sup> Comisión designada pr Res. MJ 465/91 integrada por Edgardo M. Alberti, Miguel A. Araya, Horacio P. Fargosi, Sergio Le Pera, Héctor Mairal, Ana I. Piaggi y nosotros, publicado por Ed. Astrea, Bs. As. 1993.

LS, se enrolaría en que la doctrina de los Estados Unidos de Norteamérica cuestiona la teoría del disregard por su imprecisión y se plantea si no es una modalidad de aplicar responsabilidad. La desestimación en sentido estricto implica el desconocimiento del principio de división (separación o escisión) patrimonial entre la sociedad y los socios o los terceros controlantes, pero normalmente es usado en sentido lato, eliminando las limitaciones de responsabilidad de los socios fijados por el tipo societario o de imputabilidad por las formas societarias. En este sentido se usa en el derecho americano la expresión "disregard of the legal entity o percing of the corporate veil"<sup>67</sup>. Es tema debatido en E.E.U.U. si se esta verdaderamente frente a acciones de descorrimiento de velo o meramente de responsabilidad. La doctrina sostiene que en el derecho americano la teoría del levantamiento del velo es una figura que deja enorme discrecionalidad al juzgador, no percibiéndose como una construcción debidamente delimitada para la justicia y seguridad jurídica. Es que ha llegado a sostener la doctrina que no existen elementos esenciales diferenciadores entre la teoría del disregard y de la presunción de responsabilidad por la enterprise theory.

El tercer caso, también de esa jurisdicción, de mayo de 2007 –anterior al que citamos con anterioridad (8-1/2) in re “Cahtolic Educational Porgramming Foundation inc v/ Vheewalla & Others, es pertinente pues se resolvió –copiamos de Lorente-: “...los acreedores de una corporacion constituída en el Estado de Delaware, fuera que esta estuviera insolvente o en zona de insolvencia, no tenían, como cuestión de puro derecho, acción directa para reclamar daños contra los administradores de la sociedad invocando la violación de deberes fiduciarios... ya que bajo estas circunstancias, los directores deben continuara ejecutando sus debaeres fiduciarios en beneficio de la socieda y de los accinistas ejercitado su juicio negocial (business judgement) en el mejor interés de la sociedad y para beneficio de los accionistas dueños de la misma ... los acreedores individuales de una sociedad insolvente tampoco tenían derechos para accionar directamente contra los directores ... la propia Corte apuntó que los acreedores sí pueden proteger sus intereses accionando, una vez abierto el proceso concursal de su deudora, en representación de la sociedad insolvente contra aquellos que violaron sus deberes fiduciarios”. Como se verá esta doctrina judicial entra en el análisis que hicimos precedentemente en el punto 8.1. al tratar una sentencia más reciente de esa misma jurisdicción. No se aparta de esta tesitura las referencias a la jurisprudencia de Canadá.

## IX – APRECIACIONES CONCLUSIVAS

De la presentación en concurso, del informe general del síndico o de otros elementos agregados al juicio concurrencial podrá determinarse 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 Norteamérica<sup>68</sup>.

La ley societaria otorga soluciones para afrontar la crisis en forma privada y extrajudicialmente, atendiendo las posiciones doctrinarias más modernas, con menores costes de transacción y con soluciones de equidad básicas en la asunción de las crisis societarias, de base subjetiva.

Las acciones de responsabilidad, como la de imputabilidad aditiva (muchas veces denominada como de inoponibilidad de la personalidad jurídica<sup>69</sup>), no requieren -como las acciones revocatorias concursales o de extensión de la quiebra- de un presupuesto de cesación de pagos o de declaración de quiebra para ampliar la legitimación o autorizar la promoción de acciones especiales. Tales acciones

<sup>67</sup> Court of Appeal for the Fifth Circuit, con fecha 29 de enero de 1990 sostuvo que el recurso de la personalidad jurídica no puede ser superado para afirmar la responsabilidad de la sociedad controlante en relación a los costos relativos a la bonificación de un área en la que actúa una sociedad totalmente controlada.... A criterio de la corte el superamiento del recurso de la personalidad jurídica debe ser limitado a la situación en la que la forma de la sociedad PERSONIFICADA es usada como una función preordenada a un fin fraudulento o al efecto de no incurrir en responsabilidad personal (cfr. Corporate Veil Cannot Be pierced To impose Superfund Liability On Parent, in Securities Regulation y Law Reports, vol. 22, 2 febbraio 1990, p. 158 y ss.).

<sup>68</sup> Entienden los autores norteamericanos sobre la incerteza sobre la responsabilidad de administradores y confirmando las obligaciones de alegar y probar a cargo de los actores que hacen extremadamente gravosas estas acciones. RIBSTEIN L. *Another perspective on Citigroup and AIG* en “blogs.law.harvard.edu”.

<sup>69</sup> *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.

están vinculadas al derecho de daños y a la clásica teoría general de la responsabilidad que comporta, para una obligación de medios<sup>70</sup>, bajo los mismos presupuestos de la responsabilidad subjetiva, exigiéndose además de la infracción a la norma la concurrencia de la culpa, el daño y la relación de causalidad. En alguna jurisprudencia extranjera ello estaría limitado a la existencia de dolo o carencia de buena fe.

Las inteligentes y fundadas observaciones a nuestra posición, permiten constatar los resultados de la siembra y la mejora en las cosechas por los aportes que se van formalizando a un tema del que no se hablaba, pese a que en la práctica se generaban actuaciones cada vez más alejadas de los principios en los que estamos convergiendo.

---

<sup>70</sup> ARAYA, MIGUEL C. *Responsabilidad de los administradores de la Sociedad Anónima* en DERECHOS PATRIMONIALES Estudios en homenaje al Profesor emérito Dr. Efraín Hugo Richard, Editorial Ad Hoc, Buenos Aires 2001, bajo la dirección de Laura Filippi y María Laura Juárez, página 639 tomo II, especialmente pág. 647.