

## PERSPECTIVA DEL DERECHO DE LA INSOLVENCIA

**Texto de la conferencia de Efraín Hugo RICHARD con la que se cerró el VI Congreso Iberoamericano de Derecho Concursal, organizado por el Instituto Iberoamericano de Derecho Concursal –sede en México- realizado en Rosario los días 23, 24 y 25 de Septiembre de 2010 en homenaje a los Profesores Ariel Ángel Dasso y Efraín Hugo Richard**

-----

Llegamos al fin de estas fructíferas jornadas de confraternidad y trabajo con una impresión de “caos”, al subrayarse la crisis y la falta de eficiencia de las soluciones concursales. Eso me lleva a hacer una pregunta, de las muchas que les dirigiré: ¿Cuál fue la primer profesión?... No, no, esa no aunque pueda generar placer... Se señala que Dios creo al Mundo del caos! Y quiénes pueden haber generado el caos? Se dice que sin duda los abogados, posiblemente ayudados por los especialistas en las ciencias económicas...

Ante el caos debemos organizarnos. El querido amigo Dasso nos deleitó durante una hora... Daniel Alonso ¿Cuánto tiempo tengo asignado? ... 40 minutos. Perfecto, entonces son las 12,10 de este maravilloso sábado, concluiré a las 12,50 para que ustedes puedan “planificar” su futuro.

En primer lugar **agradecimientos**. A los directivos y miembros del Instituto Iberoamericano de Derecho Concursal por haber dispuesto que este Congreso lo fuera en homenaje de Dasso y mío en reconocimiento a dos “espadas” de su desarrollo académico, lo hago con un abrazo a su Presidente la Prof. Lidia Vaiser. A Ariel Ángel Dasso –y a sus ilustrados hijos- por su amistad, por fogonearme y alimentarme doctrinariamente; a los que como Barreiro, Truffat, Raspall, Alonso y tantos más aquí presentes que, polemizando con afecto, me obligan a repensar, reordenar o perfeccionar la argumentación en los ejes doctrinarios sobre los que despliego mi pensamiento.

A todos los aquí presentes que con afecto y atención exigen respuestas y compromiso en la vocación y disciplina que nos une.

Ese agradecimiento lo objetivo entregándoles este libro “Perspectiva del Derecho de la Insolvencia”, que la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba ha editado, que es una suerte de memoria de parte de mi actividad como Vicepresidente Académico del Instituto. Ustedes me lo pueden requerir a mi casilla de correo electrónico [ehrichard@arnet.com.ar](mailto:ehrichard@arnet.com.ar); contiene –entre otras cosas- una rescensión del magnífico libro de Ariel “Derecho Concursal Comparado”. Verán que las supuestas controversias con Ariel Dasso son psicológicas, pues me apoyo en sus sesudas conclusiones sobre los pilares del sistema: anticipación a la crisis, actuación oportuna, conservación de la empresa. Obviamente con los matices de preferencias valorativas o metodológicas.

Ingreso sin mas en las **meditaciones** que quiero transmitirles desde mi “**Perspectiva del Derecho de la Insolvencia**”, que no es lo que había preparado, porque se han generado en este Congreso importantes desarrollos doctrinarios que imponen integrarlos al análisis. Advertirán que no me refiero al “derecho concursal”, sino al “derecho de la insolvencia” que envuelve a aquél.

Dejé sentado el primer día (cuando Silvia Torresi desde el estrado se extrañaba de mi silencio, que lo era por los acotados tiempos que disponíamos), que existía un eje indiscutible desde todas las perspectivas la “conservación de la empresa o conservar la empresa”. Acción o verbo genérico que como acción supone una constante actitud, dentro de la que debe incluirse a la **reorganización**.

Se apuntó ese eje como “bien jurídico tutelado”, lo que obviamente corresponde a una teoría de los valores, a una **axiología del derecho concursal**, sobre lo que encontrarán un ensayo en el libro que les ofrezco. Dentro de mi visión esa axiología se centra en la conservación de la empresa a través de librarla del presupuesto objetivo que permite alterar el sistema jurídico normal a través de los juicios concursales o acciones concursales. Se trata de absolver el estado de cesación de pagos, la crisis, el riesgo mismo si se suponen acciones más anticipatorias.

Pero pensar en una acción o un verbo impone una pregunta: **¿Quién debe conservar la empresa?** El Estado, la comunidad, los acreedores?

El responder sistémicamente a esta pregunta impone una visión genérica, cuya necesidad me la inspiró la magnífica conferencia magistral del día de ayer de Héctor Alegría.

No ingreso en la crisis de las personas físicas que pueden tener múltiples soluciones, muchas de ellas muy simples, aunque muy profundas.

Me centraré en la **empresa y en las técnicas de organización**.

A este Congreso nos han convocado bajo el lema “LA EFICIENCIA DE LOS CONCURSOS: ENTRE LOS INTERESES Y EL EQUILIBRIO”.

¿En que deberíamos centrar nuestra atención sobre la “eficiencia”? Sin duda nos apartamos de aspectos procesales del derecho concursal, que si bien importantes alejarían de una visión integral del derecho de la insolvencia.

El planteo temático centra la eficiencia “entre los intereses y el equilibrio”.

Cuales son los intereses en juego? Muchos sin duda, como se han puesto de resalto.

Pero para elucidar la cuestión debemos preguntarnos sobre ese equilibrio antes, durante o después del concurso.

La visión cambia fundamentalmente desde esa perspectiva.

Es que en la continuidad de la visión sistemática y constructivista que afrontamos, comencé a poner atención en un tema común legislativo y estructural cual es la organización de la empresa y su funcionalidad.

Hoy lo que interesa es mantener la actividad de la empresa, para que no se pierdan empleos, para que no se afecte a la comunidad. No interesa quién es el dueño y si hay cambios en la titularidad. Justamente en la reciente crisis se resolvieron rápidamente los problemas a nivel gubernamental, con importantes cambios en la titularidad y en la dirección de las empresas.

Y si de conservar la empresa se trata metodológicamente debemos revisar como esta organizada la empresa.

Se impone referirse a las **relaciones de organización**. El sistema jurídico fue creado sobre las relaciones de cambio, y en el derecho reglado se fueron incorporado las previsiones sobre las de organización en forma aluvional, particularmente a través de las sociedades, fundaciones y fideicomisos, para responder a las necesidades empresariales generando **centros de imputación**, como forma de simplificar relaciones.

Los centros de imputación fueron reconocidos por el legislador en cada país en forma diferente, particularmente a través de las técnicas de personificar o patrimonializar –aunque hay muchas otras a través de fondos o preferencias-. Técnicas disponibles en cada sistema normativo a la autonomía de la voluntad de los emprendedores, para generar efectos *erga omnes*, a través de la técnica de patrimonializar en el fideicomiso o de contratos de colaboración empresaria, y de personificar en casos de fundaciones y sociedades.

Se trata de una ficción legal, que para alcanzar a generar los efectos debe cumplir con todos los requisitos exigidos por el sistema normativo, y se formalizan a través de la generación de un **patrimonio** afectado a un fin u objeto que es la forma de darse la **empresa**. Ese patrimonio tiene una función de garantía, en resguardo de los acreedores –que justifica justamente el sistema de personificación-, y también de funcionalidad o de permitir el cumplimiento del objeto-empresa.

Ahora, en relación a esa decisión de la autonomía de la voluntad, hablemos del **plan**. La conservación de la empresa, la tempestividad para afrontar la crisis y la planificación son resaltados concursalmente en forma magistral por el amigo Dasso. Al referirme al plan lo hago vinculado al proyecto, programa o presupuesto que se formalizan quiénes quieren encarar un negocio y mantienen en el futuro para asegurar su resultado. Y quede en claro, de ese autor homenajeado, que el derecho comparado ha separado al hombre de la empresa y lo que se tutela es esta misma, no al empresario –titular del capital o administradores-, pues poco importa a la economía quién sea el titular sino que la

empresa opere eficientemente en el mercado, sin romper las reglas de competitividad ni de abusividad a través de falta de lealtad al actuar en cesación de pagos.

Cuando hablemos sobre el plan de negocios o de empresa, quiero que lo hagamos como lo hacían los comerciantes antes de conocerse a los abogados y contadores: “**A verdad sabida y buena fe guardada**”. Que siempre hay plan para bien o para mal. Y cuidado que aquí no estamos hablando de moral sino de actividad lícita o ilícita. El hacer un negocio conjunto, la decisión sobre quiénes se vinculan, la estructura jurídica y la dotación patrimonial responde a un presupuesto, a un plan que los vincula a los constituyentes mucho antes de concurrir ante el abogado para que determine el tipo social y diseñe su estatuto. De ahora en más me referiré al tipo sociedad por acciones, multifuncional en nuestro país para la gran, media y pequeña empresa.

Si la empresa esta organizada como persona jurídica, quienes la constituyeron accedieron a esa organización disponible con personalidad por el sistema normativo a través de la autonomía de la voluntad, dotándola patrimonialmente para el cumplimiento de un objeto o empresa, y nadie les cuestionó la dotación patrimonial ni a quién designaron administrador.

**El sustrato real de la personificación es la dotación patrimonial**, tanto en las sociedades como en la fundación o el fideicomiso. Así toma importancia el capital constitutivo. La causa del contrato de sociedad es su elección para desarrollar una actividad (empresa y objeto, dotándola de un capital o patrimonio constitutivo que posibilite la funcionalidad del medio elegido para alcanzar el objeto.

*Conforme a ello la planificación no puede faltar, pues en caso contrario no se sabría si se está frente a una empresa viable o no. Los administradores siempre trazan un plan. En muchos casos oculto. En general lo que sólo se discute es quién lo juzga. En principio nadie, pero de ese plan resulta el futuro de la empresa, los daños a los intereses en juego, o los beneficios a algunos con perjuicios para otros. Por eso se suele ocultar el plan y señalar que la ley no lo exige. Pero la cordura lo exige, y la ley también. El juzgamiento sólo en el caso de daños para determinar si hay responsables, en forma similar a lo que preveían los arts. 125.1 y 125.2 en la reforma concursal del año 83 que pergeñó un grupo de juristas, entre ellos Héctor Alegría, y que imponía revisar el plan sólo en caso de fracaso bajo el parámetro de su “irrazonabilidad” a la fecha de su concepción.*

Debo recordar que en el derecho concursal argentino la propuesta de acuerdo –a cuya abusividad se refirió prolijamente nuestra Presidente Lidia Vaiser- se integra por tres piezas: la propuesta en sí, la integración del Comité de Acreedores de control de cumplimiento y con un plan de administración para ese período, que dicha jurista ha presentado como un verdadero **plan**.

Y aquí vuelvo a la pregunta sobre **a cargo de quién esta la conservación de la empresa**: ante esa autonomía? No hay duda que de los administradores y socios, que pueden remover a los administradores. Nunca de los acreedores o del Estado, aunque el Estado ha tenido que intervenir por desidia de administradores y socios. Así los casos que nos brinda la reciente crisis mundial y en nuestro país Aerolíneas Argentinas.

Desde este momento pongamos atención en **el patrimonio y su funcionalidad**. Lamentablemente no hay estadísticas –como predicó en su conferencia Colombo Arnoldi- en este caso en torno a las crisis afrontadas exitosamente por vías no concursales, por la propia funcionalidad societaria extrajudiciales y confidenciales –como apunto Creimer- conforme a lo básico que sustento-.

No es la oportunidad de referirme a la **infrapatrimonialización constitutiva** –caso en que nuestra Corte admitió en el “caso Palomeque” la responsabilidad por aplicación de la teoría de descorrimento del velo, **o la funcional**, que sin duda desembocarán en crisis.

Vamos a centrar atención en una causal de disolución de la sociedad, la más grave, **la pérdida del capital social** como forma de prevenir y solucionar la crisis en forma extrajudicial y privada.

He formalizado ya alguna referencia sobre lo que esperamos de la **eficiencia de los concursos**: conservar la empresa, eliminar su estado de cesación de pagos, haciéndola viable o devolviéndole su viabilidad. Se integra el **lema de convocatoria a este Congreso** con la referencia a los **intereses en**

**juego**, y revisando los posiciones doctrinales y jurisprudenciales –referidas en este mismo Congreso- sin duda lo son asegurar el normal desenvolvimiento del mercado, evitando la competencia desleal o el contagio que generan las sociedades que operan en cesación de pagos, la conservación del empleo o los intereses de los trabajadores, el crédito, la solvencia de los acreedores que de estar **in bonis** pueden pasar a estar **in malis**, los intereses de la sociedad en dificultades misma y obviamente sus socios y administradores.

Apuntamos sobre **interés** definiciones del Diccionario de la Real Academia: “inclinación del ánimo hacia un objeto, una persona, una narración, etc.. Situación jurídica que se ostenta en relación con la actuación de otra persona que conlleva la facultad de exigirle, a través de un procedimiento administrativo o judicial, un comportamiento ajustado a derecho. Ventajas, no siempre legítimas, de que gozan varios individuos, y por efecto de las cuales se establece entre ellos alguna solidaridad circunstancial que puede oponerse a alguna obra de justicia o de mejoramiento social”.

Los intereses de los constituyentes de una sociedad, que pueden ser muy divergentes, se fusionan en un dato estatutario: el objeto social, cuya consecución debe guiar el obrar de los administradores, y cuyo desvío implica básicamente realizar fines extrasocietarios. El objeto social es una forma de darse la empresa. Cumplir el objeto y conservar la empresa parecen dos elementos convergentes.

Por otra parte la imposibilidad en la continuación de la empresa, la imposibilidad sobreviniente de cumplimiento del objeto social, impone la disolución de la sociedad, aunque debe tenderse a la conservación del medio societario conforme al art. 100 LSA, como forma indirecta de conservación de la empresa, imponiendo que los administradores, y los socios, obren en consecuencia de acuerdo a normas imperativas de la ley societaria.

El comportamiento de los administradores debe ser el de actuar con la lealtad y diligencia de un buen hombre de negocios –art. 59 LSA-, sin omitir las conductas que son propias de ese estándar. Planificar, asegurando la funcionalidad, analizando la crisis y las medidas para superarla es el mínimo a requerir de la conducta de un buen hombre de negocios, para lograr el cumplimiento del objeto social, y esta impuesto en un mínimo por el contenido obligatorio de la Memoria anual, sobre lo que encontrarán más justificativos en el libro “Perspectiva del Derecho de la Insolvencia” que esta a vuestra disposición.

El **equilibrio** entre los mismos –señalado en aquel lema- es fundamental, y la legislación de emergencia en nuestra crisis del año 2002 se refirió al “esfuerzo compartido” entre acreedores y deudores –refiriéndose a la modificación del tipo de cambio-.

La cuestión se acentúa ante las afirmaciones en el discurso de apertura de Raspall sobre las constataciones de Dobson de que en las liquidaciones concursales el recupero no pasaba de un dígito de porcentaje, reafirmado por Dasso hace unos minutos excepcionando a Chile –indicando que no se lo podía explicar, pero lo intentaré-, y abogando por la aceptación de acuerdos predatorios por el posible resultado inferior en una liquidación (*the best interest creditors*), en posición que rechazo enfáticamente por ser de biblioteca la posibilidad que la liquidación de una sociedad dé un dividendo tan escandaloso frente a las previsiones imperativas de la ley societaria en el derecho comparado, conforme he debatido con Claudio Casadio Martínez, aceptando que ello pueda ocurrir respecto a una persona individual, lo que también refiero en el libro “Perspectiva...”.

Ante estas situaciones de crisis se han elevado en este Congreso continuas manifestaciones de **disconformidad sobre el derecho concursal vigente**, propiciando la recepción de otras formas del derecho comparado, particularmente refiriéndose al capítulo 11 de la legislación de Estados Unidos de Norte América. Ello me impone varias consideraciones, que inicio con el recuerdo de Truffat de que transpolar institutos del derecho de crisis americano no puede producirse sin acompañarlo del elemento angular del sistema, su piedra basal: el juez, con su inmediatez de actuar bajo principios de realidad y buena fe.

Y en cuanto a reformas de leyes, tengo para mí que no puede pretenderse ni exigirse que el legislador tenga un rasgo de genialidad casi divino previendo solución a todas las cambiantes situaciones que puedan generar particularmente los empresarios, dentro y al margen de la ley. Pienso que si el legislador tuviera ese rasgo divino podría brindarnos una legislación tan frondosa que caería

en la “prolija oscuridad”. Así lo he sostenido al intervenir en comisiones legislativas, que lo fundamental es “poner en claro los principios pues lo demás viene de seguido”.

La conservación de la empresa esta vinculada a lo que hoy se llama “**responsabilidad social empresaria**”, como código de conductas frente a la comunidad, ratificando que esta a cargo de susses administradores. Los intereses en juego se centran hoy en la empresa como dadora de empleo y estabilizadora de las relaciones de mercado y en la comunidad donde esta instalada antes que en el mercado global.

*No puede pretenderse que el derecho concursal afronte el olor nauseabundo de cadáveres y no de empresas, como señalaba esta mañana Carlo Altieri en su conferencia magistral. Ni autopsias ni transplantes, pues es esto último la solución de las crisis a través de quitas y esperas desmesuradas, que importan que la crisis sea soportada por los acreedores, generando una ganancia patrimonial para la sociedad concursada. Hace pocos meses Vitolo en conferencia magistral señalaba las transferencias de riquezas que se generaban por ese método de los acreedores a los socios, como se ha evidenciado en el “caso Multicanal”.*

*Es que aunque el daño sea profundo cabe la posibilidad de resolverlo a través de técnicas societarias, algunas de las cuales marcó ayer cuidadosamente Emilio Beltrán. Reorganizaciones societarias a través de escisiones y fusiones privadas. Ello cuando no a través de las: reintegración del capital social por los socios o capitalización, particularmente por la capitalización del pasivo. Haber sometido a acreedores por obligaciones negociables a quitas y esperas, cuando pudo haberse resuelto por el canje con obligaciones negociables convertibles... aparece como claramente abusivo.*

*Coincido con Barreiro, Lorente y Truffat que ante la crisis societaria los administradores debe poner la cuestión en manos de los socios, para que ellos resuelvan lo que corresponde, conforme disponen imperativamente las leyes societarias de todos los países al considerar la pérdida del capital social en resguardo de los acreedores, según prolija explicación de la doctrina mundial.*

*Respecto a la pérdida del capital social y las normas específicas de la legislación del medio técnico organizativo, la doctrina española –inicialmente Emilio Beltrán en 1991- calificó la solución como preconcursal, mientras otros lo hacían de “paraconcursal” o “anticoncursal”, sosteniendo que para evitar que la sociedad llegue al estado de insolvencia, el legislador ha establecido un mecanismo preventivo consistente en obligar a la sociedad a disolverse o adoptar medidas sustitutorias de saneamiento financiero cuando se produzcan pérdidas graves, amenazando con graves sanciones a los administradores si esto no se produce. La solución con matices especiales no es muy diferente en nuestro país. Dasso en su libro “Derecho Concursal Comparado” da múltiples ejemplos autorizados por leyes concursales o de reestructuración para usar métodos societarios.*

Y la Corte argentina acaba de avalar esa visión, también mi visión, en reciente fallo del 20 de octubre de 2009 formulando un “obiter dictum” al acoger planteos de arbitrariedad contra la sentencia homologatoria en el concurso de “Sociedad Comercial del Plata S.A.. El “obiter dictum” expresa: “El proceso concursal, como última ratio preventiva que procura remediar el estado de cesación de pagos, atendiendo coetáneamente la protección de la empresa y la satisfacción del derecho de los acreedores”. El calificar al concurso como “última ratio preventiva que procura remediar el estado de cesación de pagos”, reconoce que existen otros remedios para afrontar la crisis en forma preventiva.

En ese libro, también Dasso describe el “Derecho Concursal Peruano” que el deudor debe optar al presentarse por la reestructuración patrimonial o la disolución, y el presupuesto objetivo es el grado preciso del deterioro económico: “pérdidas acumuladas, deducidas las reservas, que superen en un

tercio el capital social integrado... acreditado con informe de asesor legal y contador público colegiado y acompañado por un plan de recuperación con una proyección preliminar del que surja un flujo de ingresos por dos años que permitan considerar sustentable en orden a la recuperación”. Señala Dasso “La entidad de las pérdidas (mayor al tercio del capital social integrado) tiende parejamente, en primer término a evitar el abuso de una presentación que tiene el efecto de paralizar los derechos individuales de los acreedores, cuando la situación económica es considerada a través de la ecuación legal todavía superable y de otro lado, a descartar el uso de la reestructuración como instrumento meramente dilatorio cuando el deterioro económico asumiere tal magnitud que, en el caso de pérdidas mayores al tercio del capital la ley considera insuperable para la recuperación. En el otro extremo, cuando las pérdidas adquieren mayor importancia (superiores al total del capital social integrado), cuya medida se reputa ex lege como impositiva de la recuperación, queda vedada esa vía y al deudor sólo le queda la vía liquidativa. Vale decir que la franja económica de la crisis que habilita al deudor a acogerse al concurso ordinario, conservativo, es el de pérdidas acumuladas no inferiores a la tercera parte del capital social, pero no superiores a su monto total”, haciendo una interpretación beneficiosa para los administradores de la previsión legal.

Estamos frente a un **problema metodológico**. No podemos exigir eficiencia al sistema concursal si los administradores de la sociedad en crisis no han satisfecho las previsiones de las normas imperativas que resguardan el uso funcional del medio técnico organizativo. Nuestra tesis es que la crisis debe ser asumida por administradores y socios desde la normativa societaria, similar en todos los países.

Los administradores de esas sociedades, y los socios de control, ante la crisis no adoptan ninguna de las medidas o vías que les ofrece el sistema societario: no llaman formalmente a los socios a considerar como afrontar la crisis. No se expresa ello ni en Asambleas ni en Reuniones Generales, y menos aún se les convoca para la reintegración del capital social –obligatorio para todos si es decidido por mayoría –en solución diferente a España-, reorganización de la empresa, venta de activos inactivos, y particularmente a una capitalización de pasivos por negociación con acreedores previsto por el art. 197.2 LSA. No asumidos los problemas de la crisis se debería proceder a una rápida liquidación, casi sin daño para los acreedores, conforme un plan de liquidación como prevé Bernardo Carlino en ilustrado artículo de doctrina. Liquidación que podría asegurar la continuación de la empresa en otras manos.

Lejos de ello, se suelen advertir maniobras oscuras y contrarias a deberes fiduciarios de los administradores, que el penalista Carlos Palacio Laje ha calificado como “Plan de insolvencia” en su libro sobre “Delito de trasvasamiento de empresas”.

Adviértase la sencillez preventiva de las normas que impone el tratamiento de causales de disolución para lograr el equilibrio a bajo costo, como la capitalización del pasivo, donde se eliminan todos los costes de transacción –incluso los impositivos que gravan las quitas- para salir de la crisis y se transforma la situación patrimonial de la sociedad. Aparece así un verdadero proceso preventivo preconcursal en el derecho societario ante la manifestación que “Se advierte... una tónica uniforme que exterioriza disconformidad frente a la insatisfacción de los sistemas destinados a regular las crisis empresarias, y en suma, el fracaso de la legislación, lo que constituye una causa determinante de sucesivas reformas en búsqueda irrenunciable de la estrella polar de una solución imposible”, como ha dicho Dasso en “Tendencias actuales del derecho concursal”. La cuestión de la insolvencia societaria no tiene solución clara en el ámbito de la doctrina concursal, porque llegan cadáveres o se intentan beneficios abusivamente a través que la crisis la asuman los acreedores.

En momentos que legislación y posiciones, nacionales y extranjeras, marcan la tendencia a desjudicializar o privatizar el sistema del derecho concursal, o mejor dicho de prevención, parece adecuado reiterar nuestra posición con la aplicación de principios y normas del derecho societario, sin costes de transacción. Siguiendo esas nuevas tendencias hay que educar a los acreedores, particularmente los no informados, para que asuman la participación e incluso la conducción de la empresa, reemplazando a administradores ineficientes que no queriendo asumir oportunamente la crisis contrataron dolosamente con ellos. Principio "rector", sostiene la doctrina es sustituir la punición

por la responsabilidad, la sanción por la reparación del daño, la calificación por la determinación de responsabilidad. Una doctrina permisiva tendió a limitar las acciones de responsabilidad en la quiebra a supuestos de dolo, llevando a una sensación de impunidad en el obrar de esos administradores – contagiada a los administradores públicos- que transfieren el problema a terceros, a partir de cuyo exceso se viene registrando una tímida reacción.

**La doctrina italiana reitera que la reforma de la legislación concursal ha omitido una regulación orgánica de la crisis y de la insolvencia de la sociedad, perpetuando una laguna de la legislación concursal hace tiempo criticada por Nigro. El futuro impone tratar de organizar a los acreedores de una sociedad ante el desorden de la actividad de administradores. Se plantea como un problema desde la legislación concursal –pero ¿porque no desde la societaria?-, 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. En función de ello los acreedores deberían organizarse en categorías, con intereses uniformes, para intervenir en la vida de la sociedad.**

Los acreedores de una sociedad en crisis 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 al decir de Stanghellini.

Son los socios los que deben asumir las soluciones, no los acreedores, conservando la empresa que desarrolla la sociedad que constituyeron, o disolviéndola. Atento la norma del art. 96 LSA la causal de disolución puede enervarse y, en tal sentido, Nissen sostiene que la reversión debe producirse dentro de los 60 días por aplicación analógica de lo previsto respecto a la causal de cancelación de oferta pública (inc. 9º art. 94). La reacción debería ser inmediata a la constatación documentada en la aprobación del balance.

Se escuchan importantes opiniones sobre que la sociedad puede continuar operando pese a la pérdida del capital social, porque puede apreciarse revertirla con las operaciones en curso. En nuestra opinión, además del deber de expresarlo en la primer Memoria –conforme el tipo social- se mantiene el riesgo de responsabilidad de administradores y socios por las nuevas operaciones conforme el art. 99 LSA, de no ser exitoso ese apartamiento de la norma imperativa, o sea enjugar las pérdidas.

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

Para colaborar con Dasso en el esclarecimiento del fenómeno de Chile, debemos recordar que su legislación societaria impone que anualmente los administradores señalen cual es el capital que debe tener la sociedad para afrontar las actividades del inmediato año. Esto impide las maniobras de contabilidad creativa propios de las legislaciones de capital fijo, con las que se suele encubrir la pérdida del capital social limitándose a una apreciación cuantitativa y no funcional sobre la prospectiva de la actividad.

**¿Cuál es el monto de la reintegración** del capital social impuesto por las leyes para continuar el giro y evitar la liquidación? ¿La cifra original u otra? Será el monto que requiera la situación patrimonial y no meramente la cifra nominal del capital original, pues la pérdida que registrara el balance podría ser muy superior al mismo. El desembolso por reintegro debe ser tal que permita equiparar el activo con el pasivo y recomponer la cifra del capital social. La decisión de reintegro adoptada en el caso de sociedad anónima por asamblea extraordinaria con mayorías agravadas, impone a todos los socios la obligación –salvo ejercicio del derecho de receso sin valor económico evidentemente, pero que evita la obligación de reintegrar-.

Las soluciones normativas-doctrinarias a la capitalización son múltiples, permitiendo a los administradores emitir acciones sin autorización de los socios, con o sin prima, con derecho de rescate, generando preferencias patrimoniales que limiten sus derechos políticos, ubicándolas en una clase, y

otras múltiples soluciones con las que hemos afrontado crisis extrajudicialmente y con gran confidencialidad. Incluso la liquidación privada, a bajo coste, importa una suerte de concurso de hecho, que no impide la petición de quiebra por algún acreedor que, sin duda verá por ese medio menguado su derecho en el concurso, pues de haber responsabilidades podría ejercerlas individualmente. Liquidación que puede encararse con continuidad de la empresa, conforme un plan, para tratar de enajenarla privadamente.

Me restan pocos minutos. La conservación de la empresa estructurada societariamente es un problema de los administradores y de los socios. Es una cuestión de derecho privado, recordando a Abadesa “la remodelación tiende a salvar la empresa, no a aquellos que deben sufrir la responsabilidad y riesgo de la insolvencia”.

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

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

Asumiendo la cuestión con “buena fe guardada” tengamos en claro que los administradores societarios siempre planifican –para bien o para mal- y que deben hacerlo en resguardo de los múltiples intereses en juego y cumpliendo las normas imperativas de la ley societaria. En este último minuto recién me detendré en la responsabilidad de los mismos –que no me “encanta” sino que me “preocupa” como quedó claro en el diálogo público con Emilio Beltrán, pues del incumplimiento a tales normas puede resultar responsabilidad, expresamente impuesta por la ley –con generalidad en el derecho comparado- en supuestos tan claros que elimina toda zona gris como tan bien explicó García Cruces después de su cuidada conferencia ante preguntas de Ariel Dasso. Apunto que también puede generarse imputación o responsabilidad a los socios de control –o a los que ratifican la abusiva presentación en concurso- como tengo referido en el ensayo que me encomendó Héctor Alegría al dirigir un número específico de la Revista de Derecho Privado y Comunitario sobre “Inoponibilidad de la personalidad jurídica”, reiterándole hoy mi agradecimiento por tal convocatoria.

En una visión congruente con las previsiones de la “Responsabilidad social corporativa” deberíamos disponer estadísticas del éxito de las soluciones societarias para afrontar sus crisis patrimoniales. El *obiter dictum* de la CS es alentador para poner las cosas en su lugar.

Sin duda dejo de lado múltiples cuestiones, pero creo haber ofrecido un pantallazo sistémico al problema de la crisis económico-financieras de sociedades, con un mensaje de alerta para administradores y socios, que no teniendo nunca responsabilidad la asumieran por flagrante incumplimiento de la ley, a los colegas abogados y contadores para que los asistan en tal sentido, pero quizá fundamentalmente a políticos y legisladores cuando ahora intentan transmitir empresas a cooperativas de trabajadores, a quiénes recién se les exigirá determinar si la empresa es viable o no, transfiriéndoles esfuerzos y costes que no les corresponden, aunque se intente mitigar ese indebido reparto con compensaciones u otros privilegios.

Mi misión quedará cumplida si les he generado alguna preocupación doctrinaria, no para que compartan mis posiciones sino para atender a nuevos puntos de vista –o metodologías- en el análisis de las crisis societarias. Muchas gracias por la atención, he satisfecho la planificación dentro del tiempo fijado para esta exposición en su comienzo.