

¿PODRÍA LA LIQUIDACIÓN DE UNA SOCIEDAD SER PEOR QUE UN ACUERDO CONCURSAL PREDATORIO PARA JUSTIFICAR SU HOMOLOGACIÓN?

Efraín Hugo RICHARD¹

Publicado en Anuario XII del CIJS, Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba – Córdoba 2011 – Edición Homenaje a los 25 años del CIJS (1995 – 2010), pág. 307.

Abstract: Se sostiene que el juez puede homologar un acuerdo predatorio presumiendo que la liquidación arrojaría un resultado inferior. Esta presunción no es sostenible en el caso de concurso de sociedades.

Abstract: It is held that the judge can approve of a predatory agreement if they presume that the liquidation would yield a lower result. This presumption can not be held in the case of liquidation of corporations.

PALABRAS CLAVES: concurso preventivo, acuerdo concursal, quita concursal, liquidación de sociedad, causales de disolución.

- LA PROBLEMÁTICA: LA INVESTIGACIÓN.

En relación a propuesta y acuerdo predatorio con quitas y esperas que se aplican a la universalidad de acreedores de una sociedad concursada, como contraposición se suele referir al supuesto valor liquidatorio de los bienes en un concurso, como límite de la abusividad de un acuerdo y justificativo para la homologación. Ello en aplicación de un supuesto específico: el caso de no obtenerse las mayorías necesarias en todas las categorías (art. 52 inc. 2 ap. B, requisito iv LCQ) “que el pago resultante del acuerdo impuesto equivalga a un dividendo no menor al que obtendrían en la quiebra los acreedores disidentes”.

Podríamos llegar a aceptar ese criterio en el concurso de una persona física, pero nunca en el de una sociedad, pues ello sería olvidar los principios del régimen societario, y la elección de ese medio de organización formalizado por los fundadores, mantenido por los socios actuales y al que se encuentran unidos los administradores elegidos, socios o no.

También podría ser opinable cuando es un tercero el que formula la propuesta dentro del marco del art. 48 LCQ, porque en otros supuestos la liquidación societaria oportuna siempre habría dado un resultado mejor, o existen acciones de responsabilidad contra controlantes o administradores de la sociedad que permitirán a los acreedores prever un mejor resultado, que calificaría como una actuación abusiva en la estructura organizativa societaria, que concluiría con la propuesta por lo menos abusiva, y descalificatoria a tenor del inc. 3 del referido art. 52 LCQ.

Hemos ensayado sobre esta problemática². Queremos proponer una investigación más exhaustiva al análisis preliminar que efectivizaremos de seguido.

¹ Otros trabajos pueden verse en la página electrónica de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba www.acaderc.org.ar

² *La falacia de homologar acuerdo predatorio por supuestamente mejor al resultado de liquidación societaria*, en libro AAVV “El Fraude Concursal y otras cuestiones de Derecho Falimentario”, Ed. De la Fundación para la Investigación y Desarrollo de las Ciencias Jurídicas, Buenos Aires Febrero 2010, págs. 195 a 256.

I – EL NOVEDOSO ARGUMENTO

Hemos planteado la cuestión en las líneas preliminares.

Flota en alguna ideología un nivel de seguridad de la legalidad de una propuesta de acuerdo preventivo: el ser superior el dividendo al que se obtendría en la liquidación en la quiebra eventual. Ello, en cuanto doctrina concursalista entiende que no es abusivo trasladar los problemas a los acreedores con inimaginables quitas y esperas, sólo acotadas por la “regla” del dividendo de liquidación.

Las crisis de las sociedades deben ser abordadas conforme la legislación específica, anticipándose a la cesación de pagos y consiguiente pérdida del capital social e imposibilidad sobreviniente de cumplir el objeto social, como causales de disolución.

Se trata de una diligencia debida por la calidad del administrador de sociedades, al uso adecuado –y no desviado- de la organización jurídica adoptada por los fundadores y los posteriores socios –y confiada a los administradores- para el desempeño de una determinada empresa. Esa organización impone conductas imperativas que deben cumplirse cuando se advierte la crisis -que algunos llaman “actuación en zona de insolvencia”-, posibilitando el equívoco con “actuar en insolvencia”³.

Detectar estar en zona de insolvencia impone adoptar las medidas que obligatoriamente deben asumir esos administradores: convocar inmediatamente a los socios para su aprobación y asunción de lo que correspondiere, posiblemente reintegración o aumento de capital social o imposibilidad sobreviniente de cumplir el objeto social –empresa- cuando ya se encuentran en insolvencia o cesación de pagos.

II – UN EJEMPLO DE APLICACIÓN DEL CRITERIO DE HOMOLOGACIÓN DE ACUERDO PREDATORIO POR EL BENEFICIO DE LOS ACREEDORES.

Conforme tales inadecuados criterios –a nuestro entender- en el caso “FACHADAS INTEGRALES S.R.L. S/ CONCURSO PREVENTIVO (ORIGINADA EN LA QUIEBRA PEDIDA POR ASTILLEROS NEPTUNO S.C.A.)”, donde con fecha 24 de octubre de 2006 el Juzgado de Primera Instancia había rechazado el pedido de homologación de acuerdo decretando la quiebra, la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, sala C revocó esas decisiones y homologó el acuerdo casi dos años después, el 8 de julio de 2008 por. Dos años de tramitación de la vía recursiva ante una declaración de quiebra, lo que no facilita la solución de cuestiones empresariales⁴.

1. El Dictamen de la Fiscal General de Cámara apoyó la resolución de primera instancia, y agregó “... la deudora denunció como activo créditos por cobrar cuya cuantía supera casi tres veces el importe del pasivo verificado y declarado admisible... La homologación de un acuerdo celebrado en esas condiciones importaría para la concursada liberarse de sus deudas pendientes mediante pagos insignificantes, evitando las consecuencias de la declaración de quiebra... 4. Sin perjuicio de ello, cabe mencionar que en el caso, el síndico no pudo exponer, en el informe general, la situación económica del deudor, porque éste no le suministró los elementos e información necesarios, que eran imprescindibles para que los acreedores evalúen la propuesta que les fue sometida a consideración. En efecto, el funcionario no tuvo acceso a los libros y demás registros contables de la concursada y además señaló que los estados contables presentados en oportunidad de solicitar la conversión de la quiebra en concurso preventivo, no

³Nto. *ES TIEMPO DE SIEMBRA (Sobre ciertas desinteligencias que afirman las soluciones societarias a sus crisis, evitando responsabilidad de administradores)*, Publicado en *Doctrina Societaria y Concursal*, Ed. Errepar, 2009 tomo XXI pág. 983, septiembre 2009.

⁴ Ntos. *ANTE LA CRISIS: EL VIEJO CORAZÓN DEL DERECHO COMERCIAL* en Libro colectivo “*Conflictos Actuales en Sociedades y Concursos*” Editorial Ad Hoc, pág. 3. *Comunicación a las Jornadas de Institutos de Derecho Comercial*, Comodoro Rivadavia 5/6 de septiembre de 2002, y *EL VIEJO CORAZÓN DEL DERECHO CONCURSAL* en el mismo Libro, pág. 7.

muestran la realidad de la operatoria de la empresa...”. Se denuncia una práctica sostenida: la desaparición de libros de contabilidad y documentación contable respaldatoria. Para los administradores de una sociedad llevar y conservar los libros es una obligación, no una carga, e impone la responsabilidad de los mismos. El justificativo de falta de actividad se enrola en la confesión de la existencia de una causal de disolución que imponía iniciar la liquidación societaria.

2. La Cámara revocó con los siguientes argumentos: “Luego de la audiencia..., la deudora presentó una nueva propuesta de acuerdo El síndico ...expresó sus reservas respecto a la posibilidad de cumplimiento de la propuesta de la deudora pero sin negar que la ofrecida ... fuese una mejora de la anterior ... El síndico informó que no pudo determinar el activo de la deudora... y que la empresa no tiene actividad ..., de lo cual se infiere que la alternativa de la quiebra y consiguiente liquidación de bienes que componen su activo, sería menos ventajoso desde el punto de vista de la posibilidad de cobro de los créditos que integran el pasivo, ya que arrojaría un resultado inferior al contenido económico de la propuesta (CN Com., Sala E, 10.10.03, en "Entertainment Depot S.A. s/ concurso preventivo"). Por otro lado, es de suponer que los acreedores al momento de votar favorablemente la propuesta lo hicieron con conocimiento de la referida inactividad empresaria de la sociedad concursada. Extremo éste -ausencia de actividad productiva actual de la deudora- que no es obstáculo, incluso, para negar la apertura del concurso, siempre que los recaudos formales requeridos a tal fin se encuentren cumplidos, máxime si se tiene en cuenta que las causas para el rechazo de tal petición se encuentran taxativamente enumeradas en el art. 13 "in fine" de la LCQ (esta Sala, 1.10.02, en "Rocayapa S.A. s/ concurso preventivo"). Luego, habida cuenta que el síndico admitió que la nueva propuesta importaría una mejora de la anterior (v. sus términos a fs. 154, especialmente primer párrafo), cabrá estimar la pretensión recursiva de la concursada.

3. Anticipamos algún comentario: adviértase a la fecha, la posición mayoritaria de nuestra Corte en sentido similar sobre la abusividad y confiscatoriedad de la propuesta en el caso “Comercial del Plata S.A.”, donde dio una pista en la cuestión. En efecto, en fallo del 20 de octubre de 2009 la Corte formula un “obiter dictum” sobre el punto, al acoger planteos de arbitrariedad contra la sentencia homologatoria en el concurso de esa sociedad, basado en la afectación del debido proceso y del derecho de propiedad, ordenando que vuelvan los autos al tribunal de origen a fin de que se dicte nuevo pronunciamiento con arreglo a lo resuelto. Esa resolución de la Corte apunta a aventar la falta de transparencia en que suelen transcurrir los procesos de aprobación de la propuesta de acuerdo –normalmente no integrada y por tanto improponible⁵- para la obtención de las mayorías necesarias para aprobar acuerdos que hemos calificado como predatorios y confiscatorios⁶, pues se alejan del esfuerzo compartido. A través del voto de la mayoría- presenta, en torno a la propuesta de acuerdo abusiva, una concordancia con el precedente “Arcángel Maggio S.A.”⁷. No ingresamos en los aspectos centrales del fallo en torno a la arbitrariedad, la obstaculización del voto, la afectación del derecho al debido proceso, lo predatorio de la propuesta y la afectación del derecho de propiedad o a la sustracción de uno de los principales activos a través de no ejercer una suscripción preferente sobre una controlada, que

⁵ Nto. *Integración de la propuesta de acuerdo en concurso societario (en torno a reciente fallo señero)* en Jurisprudencia anotada de RDCO n° 234, Enero Febrero 2009, Ed. Abeledo Perrot, pag. 79.

⁶ Nto. *LAS LIQUIDACIONES SOCIETARIA, LA CONCURSAL Y EL ARGUMENTO DEL RESULTADO DE ESTA ÚLTIMA PARA HOMOLOGAR UNA PROPUESTA ABUSIVA*, en Zeus Córdoba, n° 353, Año VIII, 18 de agosto de 2009, tomo 15 pág. 169, Doctrina, y en Editorial Zeus, 10 de agosto de 2009, año XXXVI, Revista n° 15, tomo 110, pág. 785. Doctrina.

⁷⁴. Lo que se apuntan Gabriela Boquin y Ricardo Augusto Nissen en *UN EJEMPLAR FALLO EN MATERIA DE TRANSPARENCIA DE LOS PROCESOS CONCURSALES*, en “El Cronista Comercial” del 21 de octubre de 2009.

resultan claramente expresados en el voto mayoritario y en la ampliación de la Dra. Highton, que podemos resumir en la transcripción de dos líneas: se afectaba “al debido proceso y al ejercicio abusivo del derecho con grave afectación de la propiedad”⁸.

El “obiter dictum” es expresado contundentemente en un párrafo del voto mayoritario. Nos parece realmente iluminada la afirmación: “El proceso concursal, como última ratio preventiva que procura remediar el estado de cesación de pagos, atendiendo coetáneamente la protección de la empresa y la satisfacción del derecho de los acreedores”.

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

Sin duda la posibilidad de las soluciones negociadas extrajudicialmente.

Atiende fundamentalmente a los recursos societarios para afrontar la crisis que registra imperativamente la ley societaria específica. Lo venimos sosteniendo desde hace muchos años, por lo que el concurso aparece –cuando no se ha intentando previamente aquél- como abusivo⁹, y enrarecido por la posibilidad de un negocio como señala un calificado autor¹⁰. No debe olvidarse que una quita implica un empobrecimiento de los acreedores –como señala la Corte- y un enriquecimiento para el patrimonio social, y por ende de los accionistas– particularmente los de control-.

El derecho societario contiene un verdadero sistema preconcursal y resulta paradójico que en los concursos de sociedades –en los que el informe general del síndico suele dar cuenta que llevan varios años operando en cesación de pagos, no se advierta que los administradores han gestado un plan para afrontar la crisis y sometido a los socios para eliminar causales de disolución –pérdida del capital social y/o imposibilidad sobreviniente de cumplimiento del objeto social-¹¹.

⁸ Como parangón de los comentarios a la Res. 125/2008 que impuso retenciones a la exportación de soja, sosteniéndose como límite de lo no confiscatorio el tercio, pese a ser una cuestión de derecho público, no advertimos la razón por la que no se aplica la misma jurisprudencia citada a impedir la confiscación de los créditos de los acreedores que no votaron, que lo hicieron negativamente o que no pudieron votar por el trámite a que estaban sometidos. Sobre el punto puede verse en los libros del “VI Congreso Nacional de Derecho Concursal y IV Congreso Iberoamericano de la Insolvencia”, Santa Fe 2006, Tema: CONCURSOS CON PROPUESTAS ÍRRITAS: *VISION BÁSICA CONSTITUCIONAL DE PROPUESTA ÍRRITA DE QUITA Y ESPERA* que presentamos con el Profesor Dr. José Luis PALAZZO, Tomo I pág. 715, bajo el Sub tema: Constitucionalidad de la propuesta

⁹ Nto. “Insolvencia societaria”, Ed. Lexis Nexis, Buenos Aires 2007, y nuestra comunicación al V Congreso Iberoamericano de Derecho Concursal, Montepulciano Italia septiembre 2009: *LA CRISIS DE LA ORGANIZACIÓN SOCIETARIA* y los precedentes allí indicados, que puede verse en la referida página electrónica.

¹⁰ TRUFFAT, E. Daniel *EL DERECHO CONCURSAL EN LOS TIEMPOS DE LA “GRAN CONTRACCIÓN* (en comunicación al Congreso citado en la nota anterior), apuntando: “Hace años que con la colaboración de queridos amigos, venimos señalando que –al menos en el derecho argentino “soplan nuevos vientos”. Y, de modo muy notable, ello ocurre en el ámbito societario y concursal ... Este escenario novedoso ... nos impone: *pensar el derecho*. Pensar en clave colectiva en pos de articular soluciones...La “concursabilidad” en tanto técnica jurídica es, básicamente, una regla de reparto de pérdidas frente al fenómeno insidioso de la *cesación de pagos*. Su norte es evitar la propagación de tal fenómeno –dado que la imposibilidad de cumplimiento de un sujeto cualesquiera, bien puede desencadenar *en catarata* otras imposibilidades y así al infinitoLibrado a las solas fuerzas del mercado, la impotencia patrimonial de un cierto sujeto irrogaría, una guerra de todos contra todos, la eventual satisfacción del mas fuerte, la absoluta falta de atención de los derechos de los mas débiles y la directa desaparición del baldado....Pero además, y el tema toma otro cariz en vía preventiva, cuando se está frente a un sujeto recuperable..., cuando está en juego la preservación de fuentes de trabajo.... Este (o sus propietarios) no podrán, o –al menos- no deberán, “hacer negocio” de tal contribución colectiva, pero sí recibirán de tal esfuerzo común la provisión de condiciones mínimas para superar el mal momento (o, al menos, lo recibirá la empresa, si la solución consistiera entre otras medidas en el cambio de titulares). Un concurso rehabilitatorio que no contemple un “sacrificio compartido” sería un abuso”.

¹¹ “*EL PLAN DE EMPRESA (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.

Afrontar las causales de disolución, importan una verdadera preconcursalidad privada, prevista en la legislación societaria.

3. El mantenimiento de la actividad de una sociedad, más que en torno a la homologación o no de un acuerdo, debe vincularse a la imperatividad de las normas sobre constatación de causales de liquidación y apertura de etapa de liquidación, que brinda una solución de menor coste que una liquidación concursal y asegura el mejor resultado de la liquidación. El punto debe ligarse también a la integración de la propuesta de acuerdo con un plan o régimen de administración y disposición, pues su falta torna a la propuesta como inexistente o ilegal¹².

III - APOYO AL “mejor interés de los acreedores”: PROPUESTA Vs. RESULTADO DE LA LIQUIDACIÓN EN LA QUIEBRA.

Ariel Ángel DASSO¹³ al explicar el sistema de la ley de 2005 de Chile: “El sistema de voto permite advertir una notable fórmula destinada a la facilitación en la obtención del acuerdo: para obtener las mayorías, un acreedor con derecho a voto puede excluir a otro oponente al acuerdo, adjuntando... la suma que correspondería como monto probable de recuperación ...en la quiebra”. Se organiza un sistema de determinación de ese valor, de oposición y decisión. Se otorga posibilidad al “voto a los cesionarios de créditos cuando la cesión se hubiera producido antes de los 30 días a la fecha de formulación de la propuesta”.

Este aspecto de la desinteresación del acreedor en la legislación chilena, permite a nuestro distinguido colega expresarse sobre el problema: “La prueba concursal del *mejor interés de los acreedores* (*The best interest of creditors test*) y la exclusión del voto disidente”, con un análisis del derecho comparado –partiendo de la legislación de Estados Unidos de América-, la doctrina y jurisprudencia que, incluso en nuestro país, se ha gestado, con efectos opinables, que Dasso equilibra con la referencia “Es un presupuesto explícito en algunos casos, pero siempre tenido como vigente en forma implícita, que la propuesta o plan cualquiera fuere el proponente debe ser “justa y equitativa”, realizada de “buena fe”, aunque dicho término no tenga definición legal”.

Dasso a pág. 329 caracteriza ese “mejor interés de los acreedores” explicando “Entre los requisitos que el juez de Bankruptcy estadounidense debe conceptuar cumplidos para la homologación (confirmation) de un plan enunciados supra, aparece dotado de fuerza condicionante inexcusable el llamado “best interest of creditors test”, que consiste en determinar que en cada clase de acreedores o grupo o categoría de acreedores alcanzados, por el plan, cada acreedores, tanto si hubiere aceptado el plan como cuando se hubiere opuesto, reciba por el plan un porcentaje de su crédito genuino no inferior al que eventualmente recibiría en hipótesis de liquidación (U.S.Code, Tit. XI, Cap. XI, Secc. 1129 (a) (7) (A) (i) (ii))...“Si desinteresar a un acreedor es entre nosotros trampa y en otros ordenamientos derecho vigente; si proponer al acreedor la regla del dividendo de quiebra es ley fundamente en una parte del mundo concursal pero entre nosotros “abuso”, habremos de concluir que el debate en nombre de la “Moral” no tiene entidad para dirimir el conflicto que subyace en la crisis. Los decibeles de las argumentaciones alcanzarán tonos armónicos cuando recuperemos para el debate la frialdad del economista frente a los números –que de su crudeza se trata- y bajemos el dedo acusador de

¹² Nos hemos referido también a este caso en *LAS LIQUIDACIONES SOCIETARIA, LA CONCURSAL Y EL ARGUMENTO DEL RESULTADO DE ESTA ÚLTIMA PARA HOMOLOGAR UNA PROPUESTA ABUSIVA*, en *Zeus Córdoba*, n° 353, Año VIII, 18 de agosto de 2009, tomo 15 pág. 169, Doctrina, y en *Editorial Zeus*, 10 de agosto de 2009, año XXXVI, Revista n° 15, tomo 110, pág. 785 Doctrina.

¹³ En “Derecho Concursal Comparado”, tomo 1, Ed. Legis, Buenos Aires 2009, que comentáramos públicamente, remarcando la riqueza del aporte del distinguido profesor y amigo, en la parte I del capítulo IV.

supuestas infamias, censores de conductas que no son sino comportamientos funcionales a conveniencias o intereses de ocasión”.

Creemos que se trata de una visión legal –y no meramente moral la que nos guía- en relación a los intereses en juego cuando se usa para instrumentar la organización de una empresa la técnica “sociedad”, pues el dividendo concursal irrisorio contrariará todas las previsiones del sistema societario mundial. Socios y administradores están sujetos a ciertas reglas de las que no puede resultar que la liquidación oportuna de la sociedad genere un resultado inferior al dividendo concursal que se ha ofrecido y homologado en los últimos años en nuestro país. Sólo en circunstancias excepcionales de una catástrofe no asegurable podría darse una situación como la que se intenta ejemplificar.

Y el punto, como en USA esta ligado a una inexcusable planificación que integra la propuesta¹⁴.

*IV – APOSTILLAS CON NUESTRA PREOCUPACIÓN

1. Al tratarse de una sociedad sin patrimonio y sin actividad se habían operado causales de disolución, y su liquidación no afectaba el cobro de los créditos¹⁵.

A la sociedad le habían pedido la quiebra y solicitó la conversión para eludirla y evitar acciones de responsabilidad y de integración patrimonial. Quizá que se pasaran los antecedentes a la justicia del crimen por falta de activo.

2. Pero entremos en el meollo de la cuestión: ¿Qué debían hacer los administradores de la sociedad, quizá los mismos socios ante la situación planteada durante años, pero aún antes de la petición de quiebra?

Como dicen todos los autores extranjeros y nacionales poner la cuestión en manos de los socios¹⁶.

Al existir dos causales disolutorias: imposibilidad sobreviniente de cumplimiento del objeto social (art. 94.4 LSA) –es más abandonado ese cumplimiento- y la pérdida del capital social (art. 94.5 LSA)¹⁷, los socios debían resolver lo que dispone la ley de sociedades: reintegro o aumento del capital social o liquidación de la sociedad, con la disminución de costes que ello implicaba. Sin embargo agobiaron durante años al sistema judicial sin recurrir a la solución privada. La liquidación privada parecería la vía para cobrar deudas y satisfacer las acreencias. Obviamente la situación se encuadra en la situación prevista en el art. 99 LSA, por lo que los administradores societarios debieron haber reunido a los socios para que se procediera a la inmediata liquidación de la sociedad, que no excluye el concurso preventivo, pero que –en el caso- por la magnitud de los créditos a cobrar que conformaban el activo, hacía presumir que con sólo la espera se hubiera satisfecho los créditos de los acreedores y hubiera quedado una adecuada cuota de liquidación para los socios, la que sin duda incrementaron a través del acuerdo predatorio.

¹⁴ Nto. *Integración de la propuesta de acuerdo en concurso societario (en torno a reciente fallo señero)* en RDCO pág. 79 a 106 (tomo A – Jurisprudencia anotada) año 42, Tomo 2009 B, Ed. Abeledo Perrot.

¹⁵ Ver la comunicación al V Congreso Iberoamericano de Derecho Concursal, Montepulciano, Italia, 2009, en nuestro libro “Perspectiva del Derecho de la Insolvencia”, ed. Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, 2010..

¹⁶ Nto. *ES TIEMPO DE SIEMBRA (Sobre ciertas desinteligencias que afirman las soluciones societarias...)* cit..

¹⁷ Nto. *FALTA DE PATRIMONIO SOCIETARIO: ¿puerta para la responsabilidad de administradores y socios de control?*, en *El Derecho*, 10 de diciembre de 2008, Buenos Aires.

Sin duda los administradores de la sociedad concursada no actuaron con la diligencia y lealtad del buen hombre de negocios, que impone el art. 59 LSA (157 LSA para la SRL, teniendo las mismas obligaciones que los directores de las sociedades anónimas), imponiendo satisfacer los daños que por ello causaran a la sociedad, los socios y los terceros. Situación de los terceros calificada por la situación concursal. Extraviaron los libros, la documentación y al no seguir operando justificaron así el no solicitar nuevos libros y reconstruir la contabilidad. No tenemos dudas que dieron de “alta” a la sociedad ante los organismos fiscales nacionales, provinciales y municipales, pues de no debían seguir formalizando sus declaraciones de ganancias, IVA, ingresos brutos, actividad comercial. Si no lo hicieron no hay duda que deben haber presentado sus declaraciones impositivas, que es como un balance para determinar la existencia o no de ganancias.

3. Adviértase el juego de balances presentados y su certificación incoherente, negándose a proporcionar información al síndico –lo que hubiera justificado la aplicación de las medidas previstas en el art. 17 2º párrafo LCQ-. En materia de sociedades la contabilidad es una obligación y no meramente una carga¹⁸, así la ley prevé que las asambleas “resolverán sobre los estados contables de ejercicio, para cuya consideración serán convocados dentro de los 4 meses de su cierre” (art. 159 LS), y de los que no se hace referencia sobre el trámite judicial extendido, sino sobre uno sólo de ellos presentado en forma irregular.

Los administradores sociales están obligados a tener un plan de negocios so pena de generárseles responsabilidad frente a la sociedad, los socios y los terceros¹⁹, y la propuesta de acuerdo se integra con tres elementos, y una propuesta desintegrada no es propuesta. No es el juez el que tiene que reclamar su integración, sino el deudor -que intenta beneficiarse con quitas y esperas- el que debe hacerlo²⁰.

4. Y en cuanto a la abusividad de la propuesta puede verse la opinión de Arcaná, Juez de Mendoza, sobre la indeterminación del plazo que se configura con la expresión que se contará “a partir de la homologación”²¹, que en el caso en comentario ha sido dilatado por imperio de aplicación del sistema recursivo –dos años más de espera-. La falta de plazo cierto del plazo de gracia es una causal más de su abusividad.

Por último recordar que en materia societaria las quitas y esperas a los acreedores son en beneficio directo de los socios, y en el caso son manifiestamente confiscatorios, particularmente para el acreedor en dólares. Las declaraciones de inconstitucionalidad deberían ser pronunciadas de oficio²².

¹⁸ MUGUILLO, Roberto Alfredo: “ASPECTOS CONTABLES PARA ABOGADOS”, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires 2008, 168 páginas. Nto. *¿Abusos en el proceso concursal?* en *La Ley 24 de diciembre de 2008*, pág. 1 y ss.

¹⁹ CARLINO, Bernardo *GENETICA DEL PLAN DE NEGOCIOS (MÁS SOBRE LA CONTRIBUCIÓN DE E. H. RICHARD)* en *Jurisprudencia Argentina, Newsletter del 20 de marzo de 2009* y nuestro trabajo citado por Casadio Martínez.

²⁰ Nto. *Integración de propuesta de acuerdo (en concurso preventivo de sociedad)* en *Doctrina Societaria y Concursal*, Noviembre 2008, pág. 1081.

²¹ Fallo y comentario en RICHARD, Efraín Hugo *Integración de la propuesta de acuerdo en concurso societario (en torno a reciente fallo señorero)* en *Jurisprudencia anotada de RDCO n° 234, Enero Febrero 2009*, Ed. Abeledo Perrot, pag. 79.

²² Nto. *Confiscatoriedad de la propuesta de quita abusiva en los concursos en ZEUS*, 1 de octubre de 2007 tomo 105 pág. 2, y los trabajos con el constitucionalista Prof. Dr. José Luiz PALAZZO allí citados.

5. Ni hablar del argumento de que el resultado de la liquidación en cuanto el dividendo sería inferior al del acuerdo ofrecido. Sobre el punto existe un excelente trabajo del mismo Casadio Martínez *Propuesta concordataria: el test de abusividad y el síndico (un modelo en construcción)*²³. En el caso de sociedades debe integrarse sin duda con el resultado de las acciones de responsabilidad contra los socios y administradores²⁴ —cuando no de integración patrimonial—, indubitables en el caso, quizá también las de inoponibilidad de la personalidad jurídica dentro de la restringida tesis del fallo Palomeque si la infracapitalización que hoy ostenta brillantemente la sociedad era constitutiva. Bastaría que una sociedad no tenga bienes para que una propuesta del 2% a 10 años no fuera abusiva. Hemos dialogado con Casadio Martínez sobre el punto, señalando él mismo la fragilidad de la cuestión ante sociedades con capital constitutivo mínimo, mantenido durante la vida societaria y el tener que afrontar cuantiosas deudas... Por otra parte, si había deudas a cobrar y los socios no habían resuelto la liquidación de la sociedad por pérdida del capital social: ¿por qué la Cámara supone que se cobraría menos? Es al revés si confiaban en la gestión societaria, debió suponerse que cobrarían más al ejecutar las deudas, y por eso homologaban! No se hace referencia a ningún informe documentado sobre el punto, ni sobre la solvencia o insolvencia de socios y administradores.

Recuérdese la afirmación de la Fiscal General que los créditos a cobrar que se registraban en el activo triplicaban los créditos verificados.

6 . El mensaje de la jurisprudencia es alentador para deudores inescrupulosos: señores socios y administradores de sociedades comerciales, no se preocupen, no cumplan sus obligaciones, si les piden la quiebra conviértanla en concurso preventivo, pierdan los libros, no den informes al síndico, si no tienen bienes mejor pues podrán presentar propuestas confiscatorias de los créditos al argumentar que la liquidación daría menos, si no quieren planificar ni trabajar esperen la homologación y luego vendan la sociedad saneada. Cuanto menos haya y menos se informe mejor..., así se dará argumentos al juzgador para homologar propuestas abusivas *per se*. Hay que sacarse la venda como lo hizo la Corte en el caso “*Compañía General de Negocios SAIFE s/ pedido de quiebra por Mihanovich, Ricardo L.*”²⁵.

Nuestra preocupación es que los administradores de sociedades que nunca tienen responsabilidad por tal, y los socios de sociedades con responsabilidad limitada, creen que pueden hacer cualquier cosa con ese maravilloso instrumento de organización que es la sociedad comercial, y se vean de repente sujetos a acciones de inoponibilidad o responsabilidad. No se trata de responsabilizarlos por el riesgo empresario, pero sí por no asumirlo oportunamente y no actuar en la forma que prevé la ley de sociedades, que no puede ser soslayada ni aún en los procedimientos concursales.

Son los socios, guiados por los administradores, los que deben adoptar las acciones que les impone la ley societaria ante la crisis o causales de disolución. Ley societaria a la que han recurrido para organizar la empresa. La situación en el caso imponía promover la etapa de liquidación de la sociedad, ante la existencia de causal de disolución. Pero la Cámara omitió ese análisis para limitarse a una visión conforme a la ley concursal sobre si se admite o no la homologación de un acuerdo cuando ya no existe “empresa”.

²³ en *Doctrina Societaria y Concursal de Errepar*, Febrero 2009 pág. 115

²⁴ Nto. *RESPONSABILIDAD DEL DIRECTORIO POR OMISIÓN (no liquidarla ni presentarla en concurso y no llevar contabilidad en forma)*, en *Revista de las Sociedades y Concursos*, Ricardo Nissen Director, n° 43 año 2007 noviembre-diciembre año 9, pág. 127.

²⁵ Nto. *ACTIVIDAD ILÍCITA DE SOCIEDAD EXTRANJERA (indirec doing business) Y SU QUIEBRA EN EL PAÍS (en torno a importantísimo fallo de la Corte)*, publicado en *elDial Express* del lunes 16 de marzo de 2009.

El centro de la cuestión pasa sobre una nueva visión de la INSOLVENCIA SOCIETARIA²⁶, como anticipaba Truffat.

Una falta de precisión en la conexidad de las normas del derecho societario y el concursal, pueden haber permitido que se pensara sólo en soluciones del derecho concursal cuando una sociedad se encuentra en cesación de pagos, sin perjuicio de imponerse –a veces- la obligatoriedad de convocatoria a asamblea en lo interno.

No existen estadísticas ni referencias de las sociedades –ni de sus correctos administradores- que asumen la crisis dentro de las normas específicas que regulan esas organizaciones. Hemos participado con éxito en esas negociaciones, integrando nuevos socios o acreedores a la propiedad del capital social, como así también participado en liquidaciones poco onerosas, que han satisfecho a los acreedores pese a no cobrar la totalidad de sus acreencias. Esas estadísticas permitirían 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 juicios concursales –preventivos o liquidativos- donde se advierten las conductas extrañas al no haberse intentado los remedios societarios pese a operar muchos años en cesación de pagos, conforme certificación objetiva en el informe general del síndico concursal.

Muchas soluciones se han formalizado ante la crisis financiera global que atravesamos usando en general de las estructuras societarias, a través de participaciones en aumentos de capital, cuando no de fusiones o escisiones, incluso con la idea de liquidar alguna de las sociedades generadas por este último procedimiento, con el menor costo social y económico.

Ello en aras a la conservación de la empresa, argumento fundamental para la homologación de un acuerdo, pero que suele no tenerse en cuenta por los propios administradores societarios al no asumir las conductas que le marca la ley societaria para paliar la crisis y asegurar la conservación de la empresa, conductas que hoy se encuentran remarcadas por las teorías y códigos éticos devenidos de la “responsabilidad social empresarial” o “responsabilidad social corporativa”. La cuestión así debe ser afrontada conforme la legislación societaria específica, y solucionarse con los menores costes de transacción, en forma extrajudicial y minimizando el daño.

Llevando la cuestión al justo punto Daniel Roque Vítolo²⁷ expresa: “VI. Conclusión. Ha señalado ... Richard que el hipergarantismo lleva a inadvertir las maniobras artificiosas en el seno de sociedades para mantener su operatoria calificándola como *normal* pese a estar en estado de insolvencia. Aquello que Provinciali -recuerda el doctrinario cordobés- señaló como "*ció que segna el con fine tra fisiología e patologia nella vita del patrimonio*", lo que es hoy habitual al señalar los informes generales previstos en el art. 39 del régimen concursal argentino²⁸, que el estado de cesación de pagos se produjo -en la mayoría de los casos "hace muchos años..." o al menos en un tiempo bastante más lejano que aquél que ha denunciado el concursado o el fallido; es decir que el patrimonio arrastraba una situación terminal dentro de la fisiología o funcionalidad de la sociedad; posición congruente con la de no requerir a los administradores societarios -como buenos hombres de negocios- la planificaron de la funcionalidad societaria, para no perjudicar a terceros con los que contratan”.

26 Puede verse nuestro libro del mismo nombre, Ed. Lexis Nexis, Buenos Aires 2007.

27 “Responsabilidad de los directores al ingresar la sociedad en la zona de insolvencia” en LA LEY 2005-A, 1207

28 Justamente a este tema nos referiremos al abrir los trabajos de Comisión en el inmediato “VI Congreso Iberoamericano de la Insolvencia”, a desenvolverse en Mendoza, República Argentina, a partir del 4 de abril de 2009, que puede verse en la página electrónica de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba www.acaderc.org.ar

V -. CRISIS Y CAUSALES DE DISOLUCIÓN DE LAS SOCIEDADES.

Formalizamos una aproximación a las previsiones normativas societarias, sobre lo ya que hicimos una referencia. Tender a ultranza a mantener a la empresa, si no se tiene en claro su viabilidad y el bien jurídico protegido, puede ser sinónimo de proteger al empresario incapaz o fraudulento, como lo señalaba R. Franceschelli²⁹. La responsabilidad social de la empresa, como concepto ético debe restablecerse y no puede sustituirse por un criterio pragmático de respaldo al empresario incapaz de autoprogramación.

Encontramos una particular construcción en la legislación colombiana: El art. 10 de esa ley de Insolvencia Empresaria dispone en el art. 10 entre los presupuestos de admisión del proceso de reorganización “1. No haberse vencido el plazo establecido en la ley para enervar las causales de disolución, sin haber adoptado las medidas tendientes a solucionarla”, a su vez impone en la solicitud de admisión (art. 13^a) “4. Memoria descriptiva de las causas que lo llevaron a la situación de insolvencia. 5. Un flujo de caja para atender el pago de las obligaciones. 6. Un plan de negocios de reorganización del deudor que contemple no solo la reestructuración financiera, sino también organizacional, operativa o de competitividad conducentes a solucionar las razones por las cuales es solicitado el proceso, cuando sea el caso”, y concordantemente como efecto de la admisión en el art. 23 se genera “Suspensión de la causal de disolución por pérdidas “Durante el trámite del proceso de reorganización queda suspendido de pleno derecho, el plazo dentro del cual pueden tomarse u ordenar las medidas conducentes al restablecimiento del patrimonio social, con el objeto de enervar la causal de disolución por pérdidas. En el acuerdo de reorganización deberá pactarse expresamente la forma y términos cómo subsanarán dicha causal, incluyendo el documento de compromiso de los socios, cuando sea del caso”.

La continuidad de la actuación de la sociedad sin afrontar la eliminación de las causales de disolución, genera la responsabilidad de administradores, que “puede serle extensiva a los socios si lo consintieron o beneficiaron con ello”³⁰.

Conforme a ello, el derecho societario debe brindar adecuadas tutelas -y así lo hace- para que la sociedad pueda cumplir su objeto, elemento contractual en cuyo cumplimiento convergen y se subsumen los intereses individuales de los socios y que sirve para objetivar el mal llamado interés de la sociedad³¹ como forma de materializar la "idea de empresa" , generando un límite de imputación a la persona jurídica por la actuación de sus socios o representantes (art.58 LS), y determinando causales de disolución (art.94 LS)³². Así lo sostiene Araya³³.

Al estar una sociedad sobreendeudada, particularmente comprometido su pasivo corriente, frente a las disponibilidades del activo corriente o de los flujos de caja, podemos sostener que la misma se encuentra en crisis, dentro de los parámetros en que hemos citado a Vitolo.

²⁹ *L'aprendistas stregone, l'elisir di lunga vita e l'impresa immortale* en Giur. Comm. 1982 I p. 575 y ss.

³⁰ ROITMAN, Horacio y colaboradores *Ley de sociedades comerciales. Anotada y Comentada* Editorial La Ley, Buenos Aires 2006, tomo II pág. 491.

³¹ ETCHEVERRY, Raúl Anibal “Empresa y objeto social”, en RDCO año 15 p. 781 y ss.; COLOMBRES, Gervasio *Curso de Derecho Societario*, Buenos Aires, 1972, p. 116.

³² Conf. nuestro *Conservación de la empresa*, mayo de 1981, en Anales de la Academia Nacional de Derecho de Córdoba, t. 25 p. 107 y ss.

³³ ARAYA, M.: “La función preconcursal de la pérdida del capital social”, en Ensayos de Derecho Empresario N° 3, Director: E.H. Richard, p. 247 y ss., FESPRESA, Córdoba, 2007.

Normalmente se equipara a una infracapitalización material, no formal, pero el problema es siempre patrimonial³⁴.

Un deber inmediato de los administradores debería ser determinar la profundidad de la crisis, si la misma se mantendrá, y la comunicación a los socios, que desde el punto de vista del análisis económico del derecho, de la metodología de la relación costo-beneficio es probable que no arriesguen 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. No hacerlo implica faltar a su deber de buen hombre de negocios. Aquí el riesgo del “negocio del concurso” apuntado por Truffat

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.

De todo ello resulta la necesidad de que los administradores respondan a la sociedad más que a los accionistas, particularmente ante la crisis, pues deben tutelar el patrimonio para satisfacer a los acreedores, y a los demás intereses afectados por el giro empresarial. Volveremos al tema de los intereses tutelados ante la crisis.

Seguir contratando con terceros en ese estado significa violar el deber de lealtad. Lo que implica actuar con dolo (art. 931 C.C.).

Una correcta lectura permite advertir que los administradores deberán formular un plan de negocios sobre la viabilidad de la empresa o sea sobre la posibilidad de cumplimiento del objeto social, obligación insoslayable en cualquier momento³⁵, como insistiremos.

“El principio de conservación de la empresa como razón de orden social y en especial en lo atinente al mantenimiento de las fuentes de trabajo y de riqueza, constituye un presupuesto insoslayable en una interpretación finalista de la ley. Dicho de otro modo, sin actividad o –cuanto menos- potencial efectivo y evidente para el giro, no habría empresa que tutelar, ni fuente de trabajo que conservar”. Esta frase de Lidia Vaiser ilumina la cuestión.

Si el objetivo es evitar la disociación del patrimonio eliminando el estado de cesación de pagos, la hipótesis que podríamos arriesgar es que la “axiología” del sistema sería asegurar el mantenimiento de la eficiencia de la actividad empresarial, evitando la disgregación del patrimonio, asegurando su consistencia para el cumplimiento del objeto –causa de constitución- de la organización empresarial o a proteger. Y deberíamos apuntar que ello debería acaecer desde el nacimiento de ese patrimonio afectado y durante toda la funcionalidad de la “empresa”.

La empresa que no es autosustentable no es empresa³⁶.

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

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

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

³⁴ PORTALE, Giuseppe B. y COSTA, Concetto “Capitale sociale e società per azioni sottocapitalizzate: le nuove tendenze nei paesi europei”, pág. 133 y ss..

³⁵ Nto *El PLAN DE EMPRESA (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.

³⁶ Obviamente que una empresa puede integrar su flujo operacional con subsidios, particularmente si explota servicios públicos, lo que es connatural a la apreciación política sobre su rol en el bienestar general y la asignación de fondos operativos al restringir, por ejemplo, su libertad de fijar tarifas.

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.

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.

Es la 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 matices³⁷. 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 permitirán 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.

2. El sistema español nos brinda una visión sobre la problemática: “La regulación legal de la disolución de la sociedad anónima comienza por una enumeración de las circunstancias por las que “se disolverá” (art. 260 LSA). En este punto, se aprecia ya una importante diferencia con lo establecido por el Código de comercio. En este último cuerpo legal, la disolución se concibe como

³⁷ 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 GROUPEES 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 PARTICIPAZIONE 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.

una institución que debe entrar en juego únicamente por voluntad de la propia sociedad anónima manifestada en un acuerdo de la junta genérica (v. art. 168 C. de c.)... La Ley de Sociedades Anónimas no eliminó esta concepción de la disolución; pero amplía su campo de acción. ... se advierten importantes novedades: se incluye expresamente la paralización de los órganos sociales como un supuesto de imposibilidad de realizar el fin social; desaparece el supuesto de pérdida íntegra del capital, por la razón que a continuación expondremos.... Al lado de ello, la disolución va a servir también para otras finalidades. En primer lugar, para impedir que una sociedad de capital pueda funcionar cuando la única garantía de los acreedores sociales, constituida por la correspondencia entre capital y patrimonio, se vea seriamente comprometida: si el patrimonio social no alcanza, al menos, la mitad de la cifra del capital social, la sociedad debe desaparecer o poner fin a tal situación (art. 260.1.4º LSA). En segundo lugar –tras la Ley de Reforma y Adaptación– la técnica de la disolución se utiliza también para reprimir la infracción de determinadas normas imperativas consideradas como esenciales para la existencia de la sociedad: la sociedad debe extinguirse si contraviene la norma que prevé la existencia de un capital social mínimo... la disolución adquiere un perfil *sancionador*. Esas consideraciones explican el *carácter imperativo* de las normas sobre disolución...³⁸.

Emilio Beltrán, a quién recurrimos por la similitud de normas en España y nuestro país en relación a las causales de disolución de sociedad anónima, al referirse a “La imposibilidad manifiesta de realizar el fin social”, nuestra equivalencia de “cumplimiento del objeto social”, expresa “Hipótesis típica de imposibilidad manifiesta de conseguir el fin social es la *infracapitalización material*, es decir, aquel supuesto en que la sociedad carece, en el momento constitutivo o con posterioridad, de los fondos suficientes para el ejercicio de la empresa que constituye el objeto social (sobre el concepto y las clases de infracapitalización, v. C. Paz-Ares, en ADC, 1983, 1588-1595). En efecto, si los fondos sociales son manifiestamente insuficientes para el desarrollo del objeto social y los socios no proceden a su adecuación (v. gr. Aumentando el capital social, eliminando o modificando alguna de las actividades de su objeto) la sociedad se encontrará en una situación de imposibilidad de realizar el fin social (cfr. C. Paz-Ares ob. Cit. 1608, 1611; J.C. Sáenz *El objeto social*, 343; J. Massaguer, en RGD, 1990, 5571).³⁹. Beltrán señala para las sociedades anónimas españolas “Los efectos de la concurrencia de una causa legítima para la disolución se completan con la imposición a los administradores de la responsabilidad solidaria por las obligaciones sociales cuando incumplan la obligación de convocar junta general o de solicitar, en su caso, la disolución judicial (art. 260.2, 4 y 5 LSA). ... el fundamento último del precepto estriba precisamente en la tutela de los acreedores sociales⁴⁰. Es interesante el fallo que relata, antes de la nueva legislación correspondiente al Tribunal Supremo del 13 de febrero de 1990, “interpretando generosamente los preceptos legales sobre responsabilidad de los administradores por daños en la gestión, había estimado que éstos eran responsables frente a los acreedores sociales por el hecho de que la sociedad no pagara sus deudas, ya que no habrían tomado precauciones y garantías para respaldar las obligaciones de la misma (v. gr., solicitar la suspensión de pagos o la quiebra)”....”La ley se limita a señalar que la responsabilidad surge cuando los administradores no convoquen la junta en el plazo de dos meses... El segundo presupuesto de la responsabilidad plantea menos problemas, por su más exacta determinación. Si la junta convocada por los administradores, *motu proprio* o a solicitud de

38 BELTRÁN, Emilio “La disolución de la sociedad anónima”, Estudios de Derecho Mercantil, Ed. Civitas, Madrid 1991, págs. 34/5.

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

40 BELTRÁN “La disolución...” cit. págs. 138/9.

algún accionista, no llega a reunirse válidamente o no adopta el acuerdo de disolución, los administradores tienen la obligación de solicitar la disolución judicial en el plazo de dos meses”.

VI - A MODO DE MEDITACIÓN INTRODUCTORIA AL DEBATE

Creemos haber avizorado que existe una suerte de axiología de la empresa y su mantenimiento funcional (conservación), como un valor en sí mismo en orden a los intereses que concilia. En esa conservación y en el equilibrio de los intereses convergentes veremos satisfechos los valores seguridad y justicia, y dentro del sistema de justicia la eficiencia de la respuesta, su oportunidad, la equidad en los repartos, unidos a los bajos costes de transacción y la minimización de daños a la sociedad, los socios, los terceros, el mercado y la comunidad..

1. La funcionalidad y la legislación societaria tienen hoy normas y recursos que permiten reencauzar las crisis patrimoniales. Son fundamentales las previsiones en torno a como debe procederse cuando se detecten o produzcan causales de disolución, facilitando la remoción de las vinculadas a aspectos patrimoniales las de aumento o reintegración del capital social, solución que debería anticiparse a la apertura de cualquier concurso.

2. La capitalización del pasivo es la forma societaria de afrontar la crisis. Un acuerdo expropiatorio –sin indemnización- de quita y espera para ser constitucional debería ir unido a que los acreedores compartieran el patrimonio social, como una forma de compensación.

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

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

4. Resulta necesario reconstruir la concepción integral del sistema jurídico, con método de empresa propio de las relaciones de organización y no individualista propio de las relaciones de cambio, donde la libertad, autonomía de voluntad y capacidad jurídica individual de generar personas jurídicas o centros de imputación, debe equilibrarse con la funcionalidad regular de esas instituciones. La libertad entraña responsabilidad y la obligación de reparar el daño que se cause, y la eficiencia del sistema jurídico y judicial esta vinculado a esos objetivos, tanto para disuadir como para equilibrar rápidamente las relaciones afectadas.

5. La tesis sustentada es una invitación a retomar esas ideas, que permitirían salvaguardar la empresa y las actividades productivas, haciendo confiable el crédito y evitando se atesten los tribunales de procedimientos que hubieran podido afrontarse privada y oportunamente.

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. Al fin “...pasar a ser un agente insolvente no es más que una decisión”. Decisión que muchas veces se adopta en la constitución misma de una sociedad, o traspasando los riesgos a otros agentes –p.ej. obligacionistas- y luego manteniendo conductas para maximizar las ganancias haciendo soportar el riesgo de la insolvencia a los acreedores, “...entendemos que el agente en cuestión decidirá ser insolvente cuando ello le sea más beneficioso que no serlo”⁴¹, tal situación se

⁴¹ ACCIARRI, Hugo A.; CASTELLANO, Andrea y BARBERO, Andrea *El problema de la insolvencia en el Derecho de Daños. Un aporte para su análisis económico* en Jurisprudencia Argentina 2008-1 Número especial “Derecho y Economía” coordinador por Hugo A. Acciarri, Ed. Lexis Nexis, Buenos Aires 2008, doctrina, pá g. 10.

advierte en las sociedades cuando no adoptan los administradores y los socios si son llamados a hacerlo, las medidas societarias para paliar la crisis, que las hay y muy buenas.
