

¿CAPITALISMO DE REPOSICIÓN vs. CAPITALISMO DONATARIO?

Efraín Hugo RICHARD¹

Publicado en Doctrina Societaria y Concursal, Ed. Errepar, Buenos Aires n° 286 año xxv, tomo XXIII pág. 933 septiembre 2011

I – EL EJE DE LA TEMÁTICA.

Continuamente se someten las legislaciones concursales –cualquiera sea su nombre- a críticas tendientes a su reforma, sosteniendo que no han dado solución a los problemas empresariales.

Solemos recordar que ese aparente fracaso acaece, por lo menos en las empresas organizadas como sociedades, por la falta de aplicación de las previsiones imperativas que contienen todas las legislaciones del derecho comparado en torno al capital social, incorporando previsiones para resguardar el patrimonio social ante su pérdida².

II – DOS ENSAYOS APARENTEMENTE ANTITÉTICOS.

Vinculado a esa temática central hemos tenido acceso a dos recientes importantes ensayos en torno a responsabilidad de administradores y socios de sociedades comerciales, uno de ellos en Doctrina Societaria y Concursal.

Nos referimos al de María Barrau *El capital y el patrimonio social. Formación. Intangibilidad. Infracapitalización*³. El otro de Miguel Eduardo Rubin *La infracapitalización “argentinizada”: la utopía de la responsabilidad total y del capitalismo de reposición*⁴.

Doctrina Societaria y Concursal fomenta el perfeccionamiento del derecho a través de maduras polémicas. La última con el distinguido jurista amigo Dr. E. Daniel Truffat, en los números de mayo y junio de esta publicación. Y por eso nos permitimos hoy señalar similitudes y asimetrías con el pensamiento de Miguel E. Rubin, y subrayar las coincidencias con la postura de María Barrau.

III – LAS COINCIDENCIAS.

Los planteos de cada uno de aquellos artículos parecen antitéticos, pero a la postre se unen, pues como bien dice Rubín al final de un crítico artículo: *“Para que un acreedor pueda ser indemnizado por el daño ilegítimo que le irrogó un socio o el administrador de la sociedad no es necesario reinventar la doctrina de la infracapitalización estadounidense (o de otros países), ni entrar en el laberinto de la desestimación de la personalidad societaria, ni tildar de fraudulentas a las sociedades por el solo hecho de estar teóricamente infracapitalizadas, ni preconizar una responsabilidad más extensa que la que dispone la Ley. Bien puede demandarse la reparación de los daños a través de los medios expresamente regulados por nuestro ordenamiento jurídico, eso sí, en tanto se logre cumplir los recaudos legales. Ello de ninguna manera significa transformar a la limitación de responsabilidad en un dogma inexpugnable. La propia Ley, en determinados casos,*

¹ Agradeceremos críticas, sugerencias y comentarios a ehrichard@arnet.com.ar. Otros ensayos sobre esta temática pueden verse en la página electrónica de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba www.acaderc.org.ar

² “Simplificar el derecho societario” AAVV dirección Santiago Hierro Anibarro, Ed. Marcial Pons, Madrid 2010, en particular BATALLER GRAU, Juan *La simplificación del régimen jurídico de disolución de las sociedades de capital*, pág. 519, y específicamente “La disolución por pérdidas como medida preconcursal para salvaguardar la integridad del capital social...La responsabilidad de los administradores como cierre del sistema” (págs.. 554 a 567).

³ Doctrina Societaria y Concursal n° 283 de junio 2011, tomo XXIII pág. 617

⁴ Publicado por vía electrónica en Via Crisis del Perú de los primeros días de julio, que también recibimos del autor electrónicamente – y se lo agradecemos- indicando estar publicada en la Revista de Derecho Comercial del Consumidor y de la Empresa (ed. La Ley) del mes de junio.

remueve esa limitación de responsabilidad (por ejemplo, arts. 18, 19, 20, 32, 46, 54, 94 inc. 8º, 248 y 254 LSC)”. Es cierto que el administrador de una sociedad, cuando diligentemente se persuade (o debiera persuadirse) que la compañía no tiene forma de proseguir en condiciones normales la actividad debe reclamar que los socios terminen de integrar los aportes que prometieron, debe denunciar lo que está ocurriendo tanto en la Memoria como en los estados contables, debe preservar la reservas legales, debe hacer lo posible para que los socios no distribuyan utilidades ficticias, y, llegado el caso, debe promover la reducción del Capital Social, o, incluso, la disolución de la sociedad. Todas esas obligaciones están y estaban en la Ley de Sociedades mucho antes de que la mayoría de nosotros hubiéramos escuchado los primeros estertores vernáculos de la teoría de la infracapitalización”.

Para los que conocen nuestro pensamiento, en esta conclusión nos encontramos doctrinariamente representados, particularmente en la afirmación final sobre las soluciones societarias –normalmente olvidadas-. Creemos que, en la mayoría de los casos, la mención a la “infrapatrimonialización”, en lo que también incursiona con profundidad María Barrau, lo es en referencia a uno de los elementos –o dos- de la teoría general de la responsabilidad: antijuridicidad y factor de atribución –luego (además de la culpa y el dolo) no debe faltar el daño y el nexo causal-, apuntando que aquí no estamos frente a daños devenidos de “relaciones de cambio” o “extracontractuales”, sino de relaciones de organización, tema sobre el que hemos abundado, incluso al referirnos al mal llamado tema de la inoponibilidad de la personalidad, en artículo que nos solicitó el común amigo Héctor Alegría⁵.

IV – EL CAPITALISMO DE REPOSICIÓN.

Rubin, en su muy informado artículo, califica una difundida y vasta posición doctrinaria como “capitalismo de reposición” y formaliza un catálogo de las deformaciones que le atribuye. Por supuesto nos incluye en esa posición con prestigiosos juristas.

Nos ha sorprendido la cantidad de nuestros ensayos que Rubin cita, aunque omite las referencias al último libro que le enviamos y muchos otros ensayos⁶. Por eso este comentario estará aliviado de notas de respaldo, que pueden verse en www.acaderc.org.ar, particularmente las últimas referidas al “Abuso del proceso concursal”, presentado en el reciente Congreso de Derecho Procesal y en exposición ante la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba. En ese Congreso fuimos invitados con nuestro distinguido amigo Ariel Dasso, y el ponente oficial Edgar Baracat tuvo a bien exponer nuestra posición⁷.

Debemos recordar que nuestra preocupación se acentuó en la década del 90, a raíz de las “privatizaciones” y políticas gubernamentales donde –siguiendo al mundo- se ponderaba la “productividad financiera” mientras se desatendía el aparato productivo, por lo que vaticinamos tempranamente las crisis, argentina primero y mundial después. Hoy la globalización financiera y el especial pensamiento de que el riesgo lo corran los otros, desalienta y aleja la inversión financiera de la actividad directamente productiva.

⁵Inoponibilidad de la personalidad jurídica: imputabilidad y responsabilidad en Revista de Derecho Privado y Comunitario, Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe 2009, nº 2008 – 3 pág. 191.

⁶ “Perspectiva del Derecho de la Insolvencia”, editado por la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, marzo 2011, y disponible por vía electrónica a quién nos lo requiera –así lo hicimos a través de Ricardo Ruiz Vega para la cofradía concursalista-. Y otros escritos pueden verse en la página de esa Academia www.acaderc.org.ar

⁷ BARACAT, Edgar *Mutaciones en los principios concursales. Universalidad, unicidad, atractividad y paralización. Impugnaciones extraconcursoales de resoluciones concursales. El derecho concursal poscrisis global*, en libro “XXVI Congreso Nacional de Derecho Procesal – Para repensar el proceso, revisemos los principios – En homenaje a los doctores Rolando Arazi y Jorge E. Vázquez Rossi – Ponencias Generales”, Santa FE junio de 2011, pág. 387, donde relaciona nuestra posición como una corriente doctrinaria diferente de la tradicional “concuralista” –que a su vez tiene muchos y diferentes matices-.

V – LIBERTAD BAJO RESPONSABILIDAD.

Estamos enrolados en la libertad tanto en la forma de organización como en la determinando de la dotación patrimonial, pero apuntando que el ejercicio de la libertad se vincula a la responsabilidad por los daños que pudieran generarse.

Como destacó Baracat, apuntamos a la preconcursalidad del sistema societario para atender a las crisis y evitar la dispersión del daño. Y ese punto es bien atendido por el régimen societario mundialmente.

Los administradores societarios no son responsables en ninguna de las sociedades, ni en las colectivas si no son socios. Tranquilizamos hace mucho a Héctor Alegría y lo volvimos a reditar en el libro en su homenaje: *Sobre la conservación de la empresa (en torno a aspectos patrimoniales)*⁸, aunque la edición introdujo en el Introito una ponencia, deformando también el título agregando “Responsabilidad de socios por pérdida del capital social”. Adviértase que en la ponencia sostenía nuevamente que la base de la responsabilidad es siempre subjetiva e imponía el daño, razón por la cual los riesgos se desatan ante la incapacidad de la sociedad de atender sus obligaciones.

VI – EL CAPITALISMO DONATARIO.

No hemos aumentando la responsabilidad prevista en la ley para socios o administradores si se genera daño, sino que advertíamos que un “capitalismo donatario” –se nos ha ocurrido hoy esta expresión-, les alentaba a usar antifuncionalmente la sociedad libremente constituida.

Ello con la no adopción de las previsiones imperativas de la ley de sociedades, de diligencia e integración patrimonial, con la asunción de mayores obligaciones sin plan alguno aparente⁹, y luego presentándose tardíamente en concurso, previa desaparición “no imputable” de la documentación contable que para las sociedades es una obligación y no una carga, tratando de que se verificara la menor cantidad de créditos e “imponiendo” con la participación ilícita de terceros quitas y esperas ajenas a cualquier práctica de mercado, confiscatorias desde el punto de vista constitucional¹⁰. Y al mismo tiempo se quejan que la AFIP considere que esas quitas son ganancia y sujetas al impuesto correspondiente, aunque diferido.

Ello importa imponer una donación patrimonial de los acreedores a la sociedad –en beneficio de los socios-, a quiénes “nunca” se les planteó por parte de los administradores la necesidad de capitalizar la sociedad por dos causales de disolución: la pérdida del capital social o la imposibilidad sobreviniente de cumplimiento del objeto social (que bien une el amigo Rubin).

No hay plazos para actuar ante la crisis societaria, pero debe haber diligencia para no dañar, pues declarada la pérdida del capital social con la aprobación del balance se ha producido una “declaración de verdad”, no de voluntad, y la causal queda configurada. Como si fuera la de imposibilidad sobreviniente debió haberse dicho algo en la Memoria como señala Rubin.

María Barrau apunta “De los artículos 513 y 902 del Código Civil, se puede desprender que la omisión de capitalizar la sociedad constituye culpa agrave de los socios”, y citando a López Tilli –y centrando la cuestión- “el problema no se encuentra en la limitación de la responsabilidad sino en permitir en la ley societaria y concursal el traslado del riesgo a los acreedores” –conforme la posición

⁸ En libro colectivo “Derecho económico empresarial Estudios en Homenaje al Dr. Héctor Alegría, Coordinadores Diana Farhi y Marcelo Gebhardt, Editorial La Ley, Buenos Aires, 2011, tomo II pág. 1397, al que el editor agregó erróneamente una ponencia independiente a tratar en esas Jornadas de Homenaje *Responsabilidad de socios por pérdida del capital social*, e incorporando su breve texto con el título imaginado por ese editor “Introito”, limitándonos a subrayar un párrafo de su corto texto “El apartamiento a soluciones imperativas, continuando la actividad, para generar responsabilidad de los socios, impone no sólo acreditar la existencia de daño, sino una conducta culposa por parte de ellos, pues la atribución de responsabilidad sigue teniendo –a nuestro entender- base subjetiva”. Expusimos esa ponencia y no recibió observaciones.

⁹ Un penalista considera que ello tipifica un “plan de insolvencia”, con conducta delictual. Se trata de Carlos Palacio Laje en “Vaciamiento de empresas”, que hemos citado reiteradamente.

¹⁰ El constitucionalista Catedrático Dr. Antonio María Hernández remarcó en reunión de Academia (ver nota 14) que la Corte ha impuesto que ello sea declarado de oficio por los jueces.

del capitalismo donatario-. Vale la pena leer en su integridad el sistemático ensayo de la jurista marplatense.

En suma, hay que evitar que administradores de sociedades y socios en las de responsabilidad limitada tengan que asumir alguna responsabilidad.

Hay una clara línea roja, como bien contestó García Cruces a Ariel A. Dasso en el Congreso Iberoamericano de Derecho Concursal de Rosario 2010, y los administradores no tienen duda alguna de cuando la cruzan, ni aún haciéndose los distraídos en los órganos colegiados. Como subraya Rubin en su primer subtítulo reconociendo al capitalismo donatario: “1.- La persecución de los socios y administradores de las sociedades como la panacea para contrarrestar los desbordes del pasado reciente”. Sin duda no es una panacea, ni persecución, sino la atribución de responsabilidad cuando corresponda por los desbordes del “capitalismo donatario”. Sobre estos aspectos hemos reflexionado en maduras y cordiales polémicas con el jurista amigo Dr. E. Daniel Truffat¹¹.

VII – ¿CAZA DE BRUJAS?

No nos hemos enrolado en “caza de brujas en territorio empresarial”, sino que procuramos el propósito (utópico?) de poner cordura, justamente para evitar la responsabilidad de administradores y socios que no tienen que soportar sobre sí los daños que se generen por riesgo empresario, pero que no pueden desoír los mandatos previstos en normas imperativas. Y esta ha sido nuestra constante reflexión: el olvido del derecho societario (además del Constitucional, Civil y Laboral), para continuar el giro social de una sociedad constituida y dotada libremente, y luego tratar de que los acreedores asuman el riesgo sin responsabilidad alguna, en el capitalismo que –desde ahora– calificaremos como “donatario”.

En ese aspecto aparecen discrepancias de Rubin respecto a la causal de disolución por pérdida del capital social, pese a que plantea una interesantísima posición en torno a otra causal: la imposibilidad sobreviniente de cumplimiento del objeto social, obviamente por problemas económicos, financieros y/o patrimoniales¹². Si desoyen las previsiones de la ley, pero el giro social se torna exitoso y no hay daño, no habrá responsabilidad.

Debemos confesar que no hemos entendido a Rubin al referirse, en el campo del derecho argentino a una teoría a la que llama de “responsabilidad total”. Quizá se refiera a supuestos en que atribuye que supuestamente la doctrina determinaría como de “responsabilidad objetiva”, lo que no es claro¹³. Siempre debe haber daño.

Para que exista daño la deudora debe tener incapacidad patrimonial para satisfacer la obligación que se le imputa, antes generaría un desgaste jurisdiccional. Por eso es correcta la afirmación “*Richard, estudiando un precedente laboral donde se puso como condición para admitir la responsabilidad de los administradores sociales ante los trabajadores que la sociedad esté en*

¹¹ *SOBRE LA NOVACIÓN POR ACUERDOS CONCURSALES (y algo sobre responsabilidad de administradores)* en *Doctrina Societaria y Concursal*, Ed. Errepar, n° 282, mayo 2011, año XXIV, tomo XXIII, pág. 445.

¹² Rubin afirma “Lo cierto es que la pérdida debe ser de magnitud suficiente como para impedir el desarrollo de los negocios sociales en los términos del art. 94 inc. 4° LSC (imposibilidad de cumplimiento del objeto social). Por eso puede concluirse que la imposibilidad de llevar a cabo el objeto social de dicha norma constituye, en cierto modo, una causal residual conformada por todas las circunstancias fácticas (distintas de la pérdida del Capital) o jurídicas (por ejemplo, por decisión del poder público) que impidan que la sociedad mantenga viva la actividad a la que se estaba dedicando”.

¹³ No nosotros y no lo advertimos tampoco en la doctrina nacional. Creemos que se trata de un equívoco. Para los administradores societarios la antijuridicidad y el factor de atribución se mimetizan: acción u omisión de diligencia o lealtad. Hemos escuchado a Gabriela Boquin señalar que el incumplimiento de los deberes a su cargo lo hacen incurrir en aquello que los especialistas en daños (en especial Bustamante Alsina) denominan “culpa intrínseca” que es aquel factor de atribución que se encuentra contenido en el mismo actuar, en el acto omisivo o de incumplimiento. Puede ocurrir que se confunde responsabilidad objetiva con esta cuestión que está relacionada con un tema de prueba (sucede que cuando la culpa es intrínseca no es necesaria prueba del factor del atribución pues se encuentra contenida en el mismo acto del incumplimiento), pero siempre es de atribución subjetiva.

cesación de pagos, debió concluir que “En este marco, esa acción toma razón ante la insolvencia de la sociedad”. El mismo catedrático ponderó sendos votos del Dr. Lorenzetti en los casos “Daverede” y “Funes, Alejandra P. c/Clinica Modelo Los Cedros S.A. y otro”, donde también se consideró presupuesto indispensable de la mencionada responsabilidad que la sociedad “manipulada” sea insolvente. Reflexionó entonces que, “fuera de esa situación, no habría razón para aplicar el remedio”. No es que “debíamos” concluir, sino que es lo lógico, recién en ese supuesto aparece el daño.

Continuas otras glosas hace Rubin de supuesta inconsistencia de nuestros dichos no se corresponden a la integración de nuestra posición, que se corresponde a un pensamiento sistémico y constructivista de la insolvencia societaria, y la conservación de la empresa, particularmente ante el “capitalismo donatario”. Trabajamos el tema en el referido artículo en homenaje a Alegría, y en nuestro referido libro, a lo que nos remitimos.

La conservación de la empresa es una acción que esta a cargo de alguien, y ese alguien es el administrador societario.

VIII – LA PLANIFICACIÓN GENÉTICA Y FUNCIONAL.

Concluye Rubin con referencias al Art. 54 in fine LS : “De manera que “una sociedad infrapatrimonializada genéticamente autorizaría la llamada “inoponibilidad de la personalidad jurídica”. Ello resulta indubitable del inadecuado enfoque que hizo la Corte en el caso Palomeque, a partir del dictamen del Procurador General, y que a criterio de mucha doctrina es más una aplicación del art. 19 LS sobre actividad ilícita, al sostenerse equivocadamente que la desviación debía ser genética. O sea que la antijuridicidad en tal caso devendría en tal caso del art. 19 LS.

Concordamos con la afirmación del distinguido amigo y jurista Miguel E. Rubin “En el Derecho Societario, como en todo el Derecho Privado, quien protagoniza un hecho que por su culpa o negligencia ocasiona un daño a otro, está obligado a repararlo”. Al referirse a “El tema en el concurso preventivo”, señala una serie de prédicas del llamado “capitalismo de reposición”, que son a la postre la contracara del “capitalismo donatario”, y que han motivado nuestras reacciones y expresiones sobre los abusos¹⁴.

Parece que lo que más preocupa es las referencias al “plan de negocios” –que trata de descalificar, pero que siempre existe-, inserto por iniciativa de Alegría en el año 1983 en los artículos 125-1 y 125-2 de la ley 19551, con sencillez y eficiencia, a lo que hemos hecho referencia en muchos trabajos, debiendo agregarse los importantes aportes del doctrinario tucumano Bernardo Carlino, que aconsejamos leer en integridad.

IX – CONCLUYENDO.

Como colofón, tranquilidad para los administradores de sociedades, y con más razón a los socios con responsabilidad limitada, que mantienen total libertad para organizarse como sociedad y usar los medios económico-financiero-patrimoniales más adecuados a la gestación y funcionalidad del negocio, que no serán nunca responsables por las obligaciones sociales, incluso los desfases generados por riesgo empresario, salvo cuando omitiendo el cumplimiento de normas imperativas de la ley, por omisión u acción, con culpa o dolo, hayan generado daños a terceros.

Las conclusiones de María Barrau y Miguel E. Rubin son coincidentes en este aspecto: ante el daño la aplicación de los principios de la responsabilidad de base subjetiva.

Las otras diferencias de apreciación en torno a aspectos menores seguirán siendo sopesados por la doctrina y la jurisprudencia –hoy con los ojos más abiertos en torno al “capitalismo donatario”

¹⁴ *ABUSO DEL PROCESO CONCURSAL (y otros abusos en torno a la sociedad concursada, como invitación al trabajo interdisciplinario)* Sobre la base de “El Abuso del Proceso Concursal”, comunicación como panelista en el XXVI Congreso Nacional de Derecho Procesal “Para repensar el proceso, revisemos los principios”, formalizada en Santa Fe el 9 de junio de 2011, se nos ha solicitado que exponamos en reunión de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba este 28 de junio de 2011, la que formalizamos como una invitación al trabajo interdisciplinario, sintetizando algunos aspectos y planteándonos nuevos aspectos. Ambos ensayos en la página de la Academia www.acaderc.org.ar

como resulta particularmente del *obiter dictum* de la Corte en el caso Comercial del Plata, reconociendo al sistema societario como de preconcursalidad, y sobre lo que hemos abundado en los trabajos específicamente citados.

Cerramos con la apreciación de la importancia que la judicatura tenga bien presente estas bases para imputar la reparación de daños, sobre todo las conductas del “capitalismo donatario”, que no asume la acción de conservación de la empresa, intentando transferir los daños a terceros.

Se trata de devolver al Derecho Comercial su “viejo corazón”: la buena fe y la inmediatez en asumir y resolver los problemas, para asegurar la funcionalidad de los negocios y el cumplimiento de los contratos. Así se atraen capitales.