

SOBRE LA CONSERVACIÓN DE LA EMPRESA (en torno a aspectos patrimoniales)

Efraín Hugo RICHARD

Publicado en “Derecho Económico Empresarial – Estudios en Homenaje al Dr. Héctor Alegría, Coordinadores Diana Farhi y Marcelo Gebhardt, Ed. La Ley, Buenos Aires 2011, tomo II pág. 1397.

I - JUSTIFICACIÓN DEL TEMA.

En un libro dedicado a homenajear al distinguido jurista y amigo Héctor Alegría, creemos adecuado rendírsele en torno a un tema que hace a la empresa: su conservación. Ambos hemos colaborado sobre ese eje en un libro colectivo en torno a “la empresa” dirigido por Ana Piaggi¹. Él lo hizo sobre “La conservación de la empresa como centro principal del derecho concursal moderno (Evolución, Panorama actual y Cuestiones Modernas)”². Nosotros lo hicimos sobre “Empresa y Economía (La Unidad de Negocio, la Empresa, la Planificación y su Persistencia)”³.

Pero en el caso no sobre las medidas para evitar que se torne obsoleta y que mantenga su presencia en el mercado, o a su reconocimiento en el mundo jurídico, sino deslizando algunas apostillas referidas al aspecto patrimonial, para evitar crisis económicas, financieras o patrimoniales.

Lo haremos en torno a la empresa en su normal organización: la societaria.

Y en ese marco nos referiremos a dos aspectos:

- a. A cargo de quién se encuentra la conservación de la empresa?
- b. Son adecuadas las normas para enfrentar esas crisis patrimoniales?

II - EL HOMENAJE.

Un homenaje es fundamentalmente un reconocimiento. Héctor Alegría se destacó inicialmente como juez, con improntas realistas en ajustada interpretación de las normas, evitando abusos. Paralelamente en su carrera docente, donde continúa brillando con su producción intelectual y calidez personal, que reproduce en el ejercicio profesional, no sólo por la atención de sus casos, sino por su ética.

No es este el primer reconocimiento. Lo hicimos en Santa Fe, en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional del Litoral, y luego en Punta del Este en el seno de un Congreso del Instituto Iberoamericano de Derecho Concursal –con sede en México-. Ahora lo brinda la Universidad de Buenos Aires en cuyo seno brindó su sapiencia y generó sus importantes discípulos.

¹ *Tratado de la Empresa* –II tomos-, Ana Piaggi Directora, AAVV editado por Abeledo Perrot, Buenos Aires 2009/10.

² En libro colectivo citado en nota anterior, Buenos Aires 2009, tomo I pág. 1 a 32.

³ En libro colectivo citado en nota anterior, Buenos Aires 2010, tomo II pág. 824 a 926.

En el homenaje en Santa Fe nos referimos a ¿ABUSOS EN EL PROCESO CONCURSAL?⁴, desde una visión integrada por la legislación general, societaria y concursal para afrontar abusos de derecho advertidos en la práctica y que hacen a la conservación de la empresa. Así la falta de tempestividad en asumir la crisis, al no hacerlo dentro de la ley societaria o en presentación oportuna en concurso, en la falta de integración de la propuesta de acuerdo, incompleta, que debería rechazarse o integrarse, unida a la tendencia de intentar que se verifiquen la menor cantidad de créditos, y el gravísimo abuso: la cesión de créditos y derechos en el concurso y el *ius votandi*, con el *forum shopping*, y la no presentación de documentación contable ni libros, por diversas razones. Cerramos ese espectro con referencias a la propuesta predatoria, que es algo más que una propuesta abusiva, por su confiscatoriedad y por implicar las quitas y esperas un empobrecimiento de los acreedores y enriquecimiento de los socios, ajeno al esfuerzo compartido.

La Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba, a través del Departamento de Derecho Comercial, de nuestra Dirección en resolución del 17 de julio de 2008, auspició académicamente ese curso y adhirió al homenaje al Profesor Dr. Héctor ALEGRÍA, Miembro de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, atendiendo a la larga vinculación con aquella Facultad, y con nosotros – contemporáneos-, iniciándose el vínculo el 13 de mayo de 1965 al inicio de las “Jornadas sobre letras de cambio, pagarés y cheques”, con su asistencia a las mismas organizadas por la entonces Cátedra de Derecho Comercial II de la que era titular el Profesor Dr. Francisco Quintana Ferreyra, donde el homenajeado representó a las Facultades de Derecho de las Universidades de Buenos Aires y del Salvador y al Instituto Argentino de Derecho Comercial, presidiendo la Comisión de Excepciones Cambiarias, de la que también fue Relator en el Plenario, presentando importantes comunicaciones, gestándose desde ese momento una sólida relación con esta Universidad y con nosotros, coincidiendo en uno de los temas y acompañándolo en la Secretaría de dicha Comisión⁵.

Nos volvimos a encontrar cuando él, con gran entusiasmo, presentaba el proyecto de la ley de concursos junto al maestro cordobés Francisco Quintana Ferreyra, en el Congreso de Derecho Comercial de 1969, en Rosario.

⁴ Disertación del día viernes 22 de agosto de 2008 en el Curso de Derecho Concursal Profundizado en Homenaje al Prof. Dr. Héctor Alegría, organizado por la Universidad Nacional del Litoral, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, bajo la Dirección del Prof. Dr. Ricardo S. Prono, publicado en La Ley del 24 de diciembre de 2008, pág. 1 y ss., respetando el estilo coloquial. Referencias doctrinarias y bibliográficas podrán encontrarse en el libro *Insolvencia societaria*, Editorial Lexis Nexis, Buenos Aires 2007 y en trabajos posteriores incorporados a la página electrónica de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba www.acaderc.org.ar. Agradeceremos opiniones o comentarios: ehrichard@arnet.com.ar.

⁵ *Jornadas sobre letras de cambio, pagarés y cheques – mayo de 1965*, Ed. Dirección General de Publicaciones Córdoba 1967, Universidad Nacional de Córdoba, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Cátedra de Derecho Comercial II, donde a pág. XIII, en el índice lucen tres ponencias de nuestro homenajeado sobre la acción ejecutiva: la cláusula sin protesto, las normas del derecho internacional privado y la distinción con la acción cambiaria y las coincidencias con la nuestra (pág. XIV (pág. 160) sobre la cláusula sin protesto y la acción ejecutiva. A su vez a pág. VII obran las Comisiones de Trabajo, entre ellas la de “Excepciones cambiarias” donde compartimos tareas, Héctor como Relator y nosotros como Secretario.

Incursionando en el derecho concursal nos encontramos en numerosas ocasiones, particularmente cuando lo convocamos, en Congreso organizado por la Universidad Nacional del Nordeste en Roque Sáenz Peña: el Primer Congreso Nacional de Derecho Concursal en 1982, integrándolo a la Comisión Asesora del mismo; lo que repetimos para el Segundo Congreso de Derecho Concursal en Río Hondo en 1984 con la Universidad Católica de Santiago del Estero. Desde la Secretaria de la Comisión Asesora, y nuevamente desde la Vice Presidencia del Congreso, integramos a Héctor Alegría al triunvirato que se proclamó como Presidencia Honoraria del Congreso.

Después, nos seguimos cruzando en tantas otras actividades, por la vocación común que nos une, particularmente por la humanidad integradora de Héctor Alegría, que ratificamos al escuchar su discurso de incorporación a la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, su capacidad jurídica y su hombría de bien, que se marca en la concurrencia calificada a sus homenajes, reafirmando las convicciones que los viejos tenemos, encontrándonos en el camino manteniendo la vocación que hoy la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Buenos Aires nos convoca en la persona del homenajeado.

III - EL ENSAYO: SOBRE EL RESGUARDO DE INTERESES ANTE LA CRISIS DE LA EMPRESA.

Como señalamos al indicar la elección del tema, la empresa se ha convertido en eje de elucubraciones, en muchos casos teñidas de ideología. Hemos tratado –y trataremos- de centrar una visión exclusivamente jurídica⁶.

Para que la conservación de la empresa represente un principio debe tenerse presente el complejo de *intereses* que concurren en su mantenimiento, que no son ya los mismos que generaron su advenimiento –limitados a la decisión empresaria que generó el aporte patrimonial para su fundación-. Se trata de los “intereses diversamente vinculados” a través de la conservación de la empresa: de los trabajadores, los proveedores, los clientes, la comunidad nacional, el mercado en su conjunto y el estado. Es que “Los intereses mencionados gradúan, en mayor o menor medida, según el caso el giro y el contenido de las modernas legislaciones concursales”⁷.

1. Lo tutelado por la legislación concursal.

El presupuesto objetivo de la aplicación del sistema concursal es la cesación de pagos (insolvencia) o su inminencia –dificultades financieras o económicas generales-, resultado ello el antivvalor⁸ que reemplaza la autonomía de la voluntad y la regulación bilateral para componer las relaciones de cambio entre el deudor y sus acreedores.

Ese antivvalor autoriza la aplicación de un régimen normativo de excepción que, sin derogar los otros regímenes, impone un sistema de

⁶ En *Ensayos de Derecho Empresario*, Ed. Advocatus, publicación de FESPRESA para la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales –Instituto de la Empresa- y Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba –Departamento de Coordinación Docente de Derecho Comercial-, hemos hecho una serie en torno a la “empresa”: “Sobre la empresa” en el n° 1 pág. 55, “EN TORNO A LA CONSERVACION DE LA EMPRESA”, en n° 2, pág. 41; “La conservación de la empresa por asunción de la crisis en la organización societaria”, n° 3, pág. 192; “Notas en torno a la conservación de la empresa: ¿principio concursal o del derecho societario” n° 4, pág. 56;

⁷ ALEGRIA, Hector, “Diálogo de economía y derecho y convergencias culturales y sociales en la insolvencia” en La Ley diario del 9 de mayo de 2007 pág. 1 a 10.

⁸ Nto. *Perspectiva del derecho de la insolvencia*, Editado Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, por Advocatus Córdoba 2010.

relaciones de organización, de justicia distributiva, en un único procedimiento de concurrencia universal y participación múltiple con los acreedores convocados.

Por la teoría de la bipolaridad de los valores, el bien jurídico tutelado resulta claramente el de absolver el estado de cesación de pagos, como nefasto para la empresa y para el medio en que actúa, por la facilidad de contagio y el perjuicio a la comunidad al no permitir conservar a una empresa que da empleo y genera riqueza.

Eliminando el estado de cesación de pagos, o situaciones anticipatorias de ese estado, se permite conservar a la empresa, evitando la contaminación, manteniendo las previsiones normativas generales.

Por otra parte, desde la óptica de la “empresa” no es relevante quiénes sean los propietarios de las participaciones sociales.

2. Los administradores societarios.

En un ilustrado y lúcido trabajo del homenajado maestro y jurista Hector Alegría en La Ley, intitulado “*Diálogo de economía y derecho y convergencias culturales y sociales en la insolvencia*”⁹, en el último capítulo (X) al referirse a los administradores de las sociedades en crisis (“El rol de los administradores ante la situación de insolvencia”), tiene a bien hacer una condescendiente referencia a algunos de nuestros trabajos en ese aspecto: “Un autor local que está trabajando el tema (Richard) dice: cuando se presenta la cesación de pagos o la insolvencia, el administrador tiene que variar su norte y ceñirse a una administración correcta de la empresa, a los pasos legales, administrativos o económicos financieros para la solución de la crisis, y si no lo hace responde ante los acreedores. No sólo a los accionistas que lo han nombrado sino también y fundamentalmente ante los acreedores”, referencia que sin ser textual representa nuestra posición ante el evidente apartamiento de esas conductas que resulta del informe de los síndicos en concursos preventivos.

Sigue nuestro homenajado más adelante “La exposición completa de estos temas ha dado lugar a importantes aportes doctrinales, muestra lugares comunes que se entrecruzan. En efecto, ante una crisis el administrador debe tomar decisiones, a veces imaginativas y otras desafiantes. Si ese administrador está sujeto a rigores extremos, algunos juzgados sólo ex post o sobre presupuestos meramente formales, es altamente factible que limite su accionar, con perjuicio de la empresa y de su recupero. También esa rigurosidad puede incidir en la selección de nuevos administradores de una empresa en crisis, pues cabe que se restrinja o desaparezca la posibilidad de incorporar personas capaces, o bien que quienes acepten circunscriban su actividad y no sean eficaces para la solución”.

Tenemos la misma preocupación que Héctor Alegría, por eso nuestro afán ha sido y es recordar el camino sencillo y de bajo costo que evita toda responsabilidad imputable a administradores societarios.

3. La realidad.

La realidad muestra otra situación. Los informes generales en los concursos señalan cesaciones de pago de larga data sin que se adopte ninguna previsión antes de convocar a los socios a ratificar la presentación en concurso; o que resulta de los libros societarios si es que no se han incendiado

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

o sustraído por terceros-. Situaciones muchas veces linderas a lo delictual son advertibles en concursos y quiebras, cuando no en acuerdos extrajudiciales, al operar sociedades en cesación de pagos sin poner la cuestión en manos de los socios, asumiendo las soluciones que prevé la ley de sociedades, afectando la continuidad de la propia empresa –como señala Alegría en el Capítulo VII punto 2.1 de ese ensayo- o a terceros con quienes contrata a sabiendas de la imposibilidad de cumplimiento normal.

El mismo Alegría expresaba¹⁰ “El concurso preventivo se demora, porque nuestros medios comerciales y financieros conceden crédito, muchas a veces a ciegas, mientras el deudor sigue aparentando una posición dinámica y solvente, aunque en realidad resulte después que era solamente un espejismo”. Esa apariencia generada por los administradores importa una actuación dolosa.

Coherente con ello siempre hemos sostenido que es más seguro otorgar crédito a una sociedad que asume la crisis, extrajudicial o judicialmente –como prevenían los arts. 125-1 y 125-2 de la ley 19551 –reforma del año 1983-, en cuya redacción tuvo protagonismo decisivo el pensamiento de este gran jurista argentino. Recordamos esa modificación que introdujo la Comisión integrada por Alegría en la legislación concursal al incorporar aquellos artículos referidos a los acuerdos preconcursales sobre la necesidad de contar con una cierta planificación expuesta y la eficacia de los actos mientras no mediara irrazonabilidad. Esas normas motivaron nuestras primeras reflexiones sobre la necesidad de un plan de explotación o “plan de empresa”, propio de todo administrador o emprendedor como enseña la Ciencia de la Administración.

Rescata nuestro homenajeado la visión desde la escuela comercialista de Córdoba, de Cámara y Quintana, a la que hemos tratado de adherir desde una visión particular de la empresa y, obviamente, de su conservación como manifestación concreta de los intereses convergentes que sabiamente expone nuestro distinguido amigo, que se patentizan específicamente cuando se produce la crisis, refiriéndose a los “intereses diversamente vinculados” a través de la conservación de la empresa: los trabajadores, los proveedores, los clientes, la comunidad nacional, el mercado en su conjunto y el estado: “Los intereses mencionados gradúan, en mayor o menor medida, según el caso el giro y el contenido de las modernas legislaciones concursales”.

Apuntamos sobre interés definiciones del Diccionario de la Real Academia: “Interés...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 circunstancia que puede oponerse a alguna obra de justicia o de mejoramiento social”.

Basados en ello sosteníamos y sostenemos que los administradores societarios deben afrontar la crisis tempestivamente, particularmente poniendo la cuestión en manos de los socios, siendo generadora de responsabilidad la contratación con terceros en estado de cesación de pagos, y apuntando que la cuestión debía ser expuesta aunque sea primariamente en la Memoria¹¹.

¹⁰ en *Estructura y principios de la reforma concursal* p. 59 (“Algunas cuestiones de derecho concursal” Bs. As. Abaco 1975).

¹¹ ALBERTI, Marcelo Edgardo *Una contribución de Efraín Hugo Richard al derecho concursal: El plan de empresa como recaudo del concurso preventivo* en “DERECHOS PATRIMONIALES” Estudios en Homenaje al Profesor Emérito

Ello fué atendido por Truffat y Barreiro¹², sosteniendo cierto extremismo en nuestra postura, que contestamos adhiriendo y tranquilizándolos¹³.

La cuestión es que –como señalan Lorente, Barreiro y Truffat, con quiénes coincidimos- los administradores deben afrontar la crisis, preparando medidas y de ser necesario poner la cuestión en manos de los socios.

Planificar, analizando la crisis y las medidas para superarla es el mínimo a requerir de la conducta de un buen hombre de negocios, que actuá con deslealtad si continúa operando contagiando la insolvencia. No es otro el parámetro del art. 95 LS, que se incorporó en los arts. 125-1 y 125-2 referidos de la ex ley concursal

De ninguna forma pretendemos que el administrador asuma el riesgo del mercado o del error en la planificación, sino que tome conciencia que de una actitud omisiva o desleal puede resultar responsabilidad. De allí el adecuado léxico de esas normas derogadas, en torno al juicio posterior de “irrazonabilidad” al tiempo de concebirlo del plan de saneamiento.

Subrayamos que intentábamos que, frente a cierta doctrina ambigua que entendía que no existía plazo para que los administradores societarios afrontaran la crisis, de ello podía devenir responsabilidad y alertábamos sobre tales inculcadas conductas, reveladas en los informes generales de síndicos en múltiples concursos societarios donde resultaba que estando objetivamente en cesación de pagos durante muchos años, no se había adoptado ninguna de las conductas previstas en la legislación societaria para asumir la crisis.

Conforme al criterio legislativo preparado por Alegría en esos artículos 125-1 y 125-2 de la ley 15551, luego eliminados en la reforma de 1995, los administradores debían formular un plan para afrontar la crisis. No se trata que tuvieran que solucionar la crisis, sino básicamente como buenos hombres de negocios llamar a los socios y mostrarles algún camino de salida, desde la reorganización, pasando por la capitalización por los mismos socios, terceros o de acreedores, expresamente prevista en la ley societaria y concursal, o la liquidación al existir como causal de disolución la imposibilidad sobreviniente de cumplimiento del objeto social. Desde múltiples ángulos encaramos tal sistemática.

Como tranquilizamos a Barreiro y Truffat, acordamos con Alegría, formalizando similares reflexiones. Jamás deben preocuparse los administradores que actúan con lealtad y la diligencia de un buen hombre de

Dr. Efraín Hugo Richard, citado tomo II pág. 949. Ntos.. *El plan de empresa. Ética y responsabilidad del empresario* en “Estudios en honor de Pedro J. Frías”, edición de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Córdoba 1994, t. III, p. 1187 *SALVATAJE DE LA EMPRESA Y PROPUESTA DE ACUERDO PREVENTIVO*. año 1996 n° 6, pág. 121 a 128, Rosario 2a. quincena de marzo de 1997. Revista Derecho y Empresa de la Universidad Austral; *Propuesta de acuerdo preventivo. Su integración necesaria con un plan de dirección* en Doctrina Societaria n° 109, diciembre 1996, Ed. Errepar, tomo VIII pág. 548 y ss.. *ENSAYO SOBRE EL PLAN DE EMPRESA Y LAS OBLIGACIONES DEL EMPRESARIO* en Revista “Estudios de Derecho Comercial” del Colegio de Abogados de San Isidro, n° 9 año 1993, págs.55 a 70. *EL “BUEN HOMBRE DE NEGOCIOS” Y EL “PLAN DE EMPRESA”* en Doctrina Societaria y Concursal, Ed. Errepar, tomo V Pág. 337. *Crédito y plan de empresa* en XXIX Congreso Anual Ordinario de Abapra, La Rioja 30 de mayo/ 1 de junio de 1988; *¿SE INTEGRA LA PROPUESTA DE ACUERDO CON UN PLAN DE CUMPLIMIENTO ?* tomo I pág. 433. - Ponencias al III CONGRESO NACIONAL DE DERECHO CONCURSAL y I CONGRESO IBEROAMERICANO SOBRE LA INSOLVENCIA, Mar del Plata, 27, 28 y 29 de noviembre de 1997, 3 tomos Ed. Ad Hoc, Buenos Aires, noviembre 1997; *Salvataje de la empresa: ¿Una postulación sin respuesta en la ley concursal?* conjuntamente con Francisco Junyent Bas y Orlando Manuel Muiño, en RDCO año 30 1997 pág-525 y ss.; CARLINO, Bernardo “Genética del plan de negocios (más sobre la contribución de E.H.Richard)” en Abeledo Perrot, Newsletter 20 de marzo de 2009, sección Doctrina, repetido el 23 de marzo.

¹² BARREIRO, Marcelo G. – TRUFFAT, E. Daniel *Responsabilidad de administradores y represenantes en la ley de quiebras: el deber fiduciario de la ley de sociedades, ¿se traslada a los acreedores?* en Doctrina Societaria y Concursal, octubre 2005, tomo XVII p. 1205 y ss.

¹³ *Está lloviendo. ¡Se acabó la sequía! (En torno a la insolvencia societaria)* en Doctrina Societaria y Concursal, Ed. Errepar, Buenos Aires diciembre 2005, n° 217, tomo XVII pág. 1532.

negocios, ni aún ante la cesación de pagos o insolvencia de la sociedad, y menos frente a una mera crisis económico o financiera. No se espera de ellos que tengan necesariamente que superar ese estado patrimonial o financiero, sino meramente que lo afronten, en primer lugar frente a los socios –legislación societaria- y agotada ella –incluso la negociación privada con los acreedores- la concursal que, a través de la concurrencia obligatoria intenta la unificación de acciones de intereses –como también refleja Alegría con su extraordinaria versación e integral visión de jurista comprometido.

4. La sistemática.

Lo importante es bucear en el sistema jurídico, sin dogmatismo, tratando que el mismo satisfaga las necesidades generales de la convivencia, y en el caso del concursal de eliminar el antivalue que permite su aplicación: el estado de cesación de pagos o la crisis si –como pensamos- se debe actuar anticipatoriamente para evitar daños irreparables a la empresa y su contagio al mercado.

Nuestro agradecimiento a Héctor Alegría por el recuerdo a haber sido de los primeros en que afrontamos un pensamiento sistemático diferente, entrecruzando en el análisis de las crisis las normas constitucionales, del derecho civil y societario y, eventualmente, el concursal. Hoy muchos nos encontramos en la misma senda, baste ver las comunicaciones a los últimos Congresos Societarios y Concursales o las Jornadas de Derecho Comercial. En la crisis de sociedades la cuestión debe ser asumida anticipatoriamente desde el derecho societario que trae adecuadas soluciones. Siempre reflexiones como las que formula el distinguido amigo y jurista nos permiten nuevos enfoques e integraciones con aquel propósito.

Este es un reconocimiento más a la trayectoria del homenajeado.

IV - CONSERVACIÓN DE LA EMPRESA. ¿A CARGO DE QUIÉN?

Ante la convergencia en el interés de “conservar la empresa”, debemos que esa “conservación” implica una acción que debe estar a cargo de alguien. Ese alguien no puede ser ni los acreedores ni el juez o funcionario concursal, ni el Estado –aunque muchas veces se intenta que lo haga-, sino los administradores y socios de la sociedad en crisis, partiendo de la autonomía de la voluntad total de los mismos para crearla, dotarla patrimonialmente y administrarla. Con esta visión, el salvataje concursal de empresas desarrolladas por sociedades puede avanzar sobre la propiedad de los socios que se desentendieron de las soluciones societarias, intentando un negocio, y de los administradores que no encontraron los caminos previstos en el sistema de organización de su dirigida. al entender que existen intereses superpuestos al de los socios y de sus acreedores, cual son los empleados, la organización del mercado, la riqueza nacional, la comunidad donde está inserta la empresa, etc..

El problema de la empresa debe verse externamente y no internamente. La apreciación debe ser genérica para tutelar la empresa como organización económica, limitando los efectos externos de su cesación de pagos y permitiendo que, en ese contexto, la “empresa” pueda solucionar su problema.

1. Conservación de la sociedad.

Descartada la liquidación societaria o por quiebra, debe enfrentarse el problema, o sea el antivalor: la incapacidad patrimonial generada por múltiples problemas que genera la insolvencia causal de disolución por imposibilidad sobreviniente, para asegurar la conservación de la empresa.

La conservación de la empresa estructurada societariamente es un problema de los administradores y de los socios¹⁴. Es una cuestión de derecho privado. Obviamente que tal reorganización podría ser asumida directamente por la sociedad o, posteriormente –con mayores costes- en una propuesta de acuerdo preventivo extrajudicial o judicial¹⁵.

Se justifica el principio de conservación de la empresa a través del método indirecto de conservar la sociedad, removiendo la causal de disolución a fin que pueda seguir cumpliendo el objeto, forma de darse la empresa. El derecho societario brinda adecuadas tutelas para que la sociedad pueda cumplir su objeto, elemento contractual en cuya efectivización convergen y se subsumen los intereses individuales de los socios y que sirve para objetivar el mal llamado interés de la sociedad¹⁶ como forma de materializar la "idea de empresa".

Es como un problema ecológico: si es disvalioso el operar en estado de cesación de pagos, importando incluso una causal disolutoria de una sociedad, debe evitarse la contaminación a otros y reducirse el foco contaminante, que de actuar tarde ya no podrá ser "salvado".

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.

El análisis no debería centrarse en el concurso, sino en la etapa preconcursal de la funcionalidad societaria.

2. Los acreedores.

Siguiendo nuevas tendencias hay que educar a los acreedores para que colaboren en la conservación de la empresa, 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.

Debe buscarse en la propia ley de cada país los principios rectores, los valores protegidos, la axiología concursal, para evitar desbordes que lleven a resultados no queridos, como el enriquecimiento a través de quitas y la alteración de derechos de terceros a través de la cesión de acreencias, como se ha visto –y aún se vé- en el derecho argentino.

¹⁴ *La conservación de la Empresa* en Anales de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba tomo XXV pág. 107 y ss. correspondiendo a mi comunicación en ocasión de recibir el Premio Academia en el año 1981; *Los administradores societarios y la insolvencia* RDCO n° 203 pág. 553 y ss., entre otros que pueden verse en la página electrónica de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba www.acader.unc.edu.ar. MICELLI, María I. *Los nuevos concordatos irrisorios. El delicado equilibrio entre la conservación de la empresa y la protección adecuada del crédito* en Derecho Concursal Argentino e Iberoamericano, cit., t. II pág. 631 y ss..

¹⁵ Recordamos en vigencia de la ley 11.687 el concurso preventivo de Francisco Porchietto S.A., en la Ciudad de Córdoba, patrocinando por un distinguido jurista, donde se propuso esa solución, la que fue aprobada, y, con posterioridad, ante la liquidación adoptada por la Asamblea de accionistas, una buena realización de bienes llevó a pago del 70%.

¹⁶ ETCHEVERRY, Raúl Aníbal *Empresa y objeto social*, en RDCO año 15 p. 781 y ss.; COLOMBRES, Gervasio *Curso de Derecho Societario*, Buenos Aires, 1972, p. 116.

Claro que para ello debe afrontarse la cuestión de la crisis de las sociedades en forma sistémica y constructivista.

2. Acción de “conservar”.

“Conservación” como principio axiológico o normativo resulta un imperativo impersonal. Es fundamental atribuir una “acción”, la que por tanto debe ser “conservar” la empresa. Luego atribuir el deber, obligación o función. Esa atribución recae indubitablemente en el legitimado para operar ese patrimonio, su propietario o su administrador. El titular de la propiedad o administración de los bienes, no sólo tiene derecho sobre los mismos, sino que tiene deberes en función de los intereses en juego y de la axiología generada. Debe conservar la empresa. Así como existe autonomía de la voluntad para generar patrimonios auto o heterogestantes, fijando la causa de esa gestación en el cumplimiento de un objeto u empresa, aportando los bienes para asegurar la eficiencia del nuevo centro de imputación, esos gestantes o las personas a quienes delegaron la conducción y administración “deben” conservar la empresa.

Es fundamental esta visión personalizada del deber de “conservar” la empresa, pues ello impone asumir la crisis tempestivamente, por los medios previstos en la legislación específica de ese centro imputativo (sociedad, asociación, fundación, fideicomiso...) y eventualmente a través del sistema concursal.

Esta visión implica claramente poner acciones y deberes en los propietarios o en los administradores de la sociedad o ente, que actuando como “buenos hombres de negocios” deben adoptar las acciones para mantener viable a la empresa –para que sea tal-, alejándose de actitudes omisivas frente a la crisis. Acciones u omisiones pueden derivar en responsabilidad, tema ajeno a este ensayo.

Volvamos a la responsabilidad de los directores. ¿Cuáles son los deberes del administrador si la sociedad es patrimonialmente inepta para el cumplimiento del objeto social? Deberá someter la situación orgánicamente a consideración de los socios. La sociedad es un sujeto de derecho –persona jurídica- que el sistema jurídico entrega (como técnica de organización) para que los fundadores de una empresa puedan generar un centro de imputación autogestante¹⁷ y con responsabilidad limitada. Esa funcionalidad es el bien jurídico tutelado por el sistema societario, que otorga a la autonomía de la voluntad la capacidad jurígena de concebir personas jurídicas. Así aparece fundamental la tutela de la propia sociedad. A su vez se ha venido gestando la tutela de los acreedores no profesionales a través de la información, perfilando claramente lo que son las obligaciones de los administradores¹⁸.

Los problemas concursales -o de crisis de empresa- no deberían solucionarse siempre dentro de la legislación concursal, y la problemática de la reparación de los acreedores debe ser afrontada integrando el análisis con las

¹⁷ Centros de imputación no autogestantes lo constituyen los patrimonios destinados a un específico negocio incorporado en Italia (BIANCA, Mirzia *La reforma italiana al régimen de sociedades comerciales* LL 20 junio 2005), y que se encuentran regulados en la mal llamada sociedad accidental o en participación en el art. 361 de la ley de sociedades argentina. Lo recordó Alegría en la obra colectiva coordinada por Ana Piaggi citada en pág. 1, y lo hemos hecho nosotros con Jorge Fernando FUSHIMI EN Libros del X Congreso Argentino de Derecho Societario y VI Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa, tomo 1 “*Negocios en participación gestados por sociedad anónima como forma de financiamiento de negocios específicos*” pág. 481.

¹⁸ SPOLIDORO, Marco Saverio “Il capital sociale”, en “Il Diritto delle società per azioni: Problema, Esperienze, Progetti” collana della Rivista delle Società, Ed. Giuffrè 1993 pág. 99.

normas sobre responsabilidad general contenidas en el Código Civil y las específicas de la ley societaria¹⁹, como forma de afrontar la crisis en forma privada y extrajudicialmente, atendiendo las posiciones doctrinarias más modernas, considerando a su vez los menores costes de transacción y reglas de equidad básicas en la asunción de las crisis societarias.

Si se concursa una sociedad será advertible si administradores y socios han protegido o no a la empresa, pues sin duda la situación se agravó, y lo que hubiera podido afrontarse con una mera y corta espera –como era normal en décadas anteriores–, se plantea en una donación del pasivo a favor del patrimonio de la sociedad, o sea en beneficio directo de los socios que usaron peligrosamente de la técnica societaria.

Ello evidencia que los administradores y socios no usaron de los recursos impuestos por la ley societaria sino que tampoco presentaron tempestivamente en concurso a la sociedad administrada, y que generaron daño a los acreedores.

El interés a tutelar está vinculado a una axiología de la empresa y del sistema jurídico societario y particularmente el concursal como solución residual, sobre lo que nos hemos expedido²⁰. El valor es restituir a la empresa – o la sociedad- su viabilidad funcional.

El valor (principios, estándares, bienes, objetivos, reglas con exigencia de justicia, equidad) a proteger a través del sistema jurídico de crisis económico-financiera no es el patrimonio por su valor de reparto (o adjudicación) sino evitar la disociación del mismo en cuanto conjunto de bienes organizados para el cumplimiento de un objeto –causa del negocio de organización–.

“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 es de Lidia Vaiser, Presidente del Instituto Iberoamericano de Derecho Concursal con sede en México.

Esta referencia a la empresa acota también la reflexión en torno a concursos de sociedades que desenvuelven un objeto social como empresa, sumado a concursos de organizaciones con actividades que se entienda conveniente conservar (entidades deportivas, sociales y/o comunicacionales), con clara distinción de otro grupo de concursos de consumidores donde el principal objetivo es liberar un patrimonio ínfimo de las consecuencias de un endeudamiento inapropiado.

¹⁹ Los acreedores débiles nacidos con posterioridad a la fecha en que la sociedad continuó operando en cesación de pagos, legitimados por la contratación dolosa de los administradores, podrán iniciar una acción individual de responsabilidad contra los mismos, en los términos previstos por la ley societaria. Las acciones de responsabilidad, como la de imputabilidad aditiva (muchas veces denominada como de inoponibilidad de la personalidad jurídica), no requieren –como las acciones revocatorias concursales o de extensión de la quiebra- de un presupuesto de insolvencia o de declaración de quiebra para ampliar la legitimación pasiva o autorizar la promoción de acciones especiales. La limitación de responsabilidad de los administradores está basada en el supuesto de un comportamiento leal.

²⁰

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

V – CRISIS Y CONCURSO DE SOCIEDADES.

Centraremos nuestra atención en la crisis del patrimonio social.

1. La indebida práctica argentina.

Nuestra concepción sobre la empresa se centra en lo societario, como la forma normal de organización de las empresas de mayor significación económica²¹. Por otra parte la construcción del sistema societario es similar en la totalidad de los países iberoamericanos y la visión, esbozada concretamente desde un derecho nacional, permite su expansión.

La tesis expuesta que la crisis debe ser asumida por administradores y socios desde la normativa societaria, es similar en todos los países. Por otra parte es coincidente con los que postulan soluciones tempranas, negociadas y/ o extrajudiciales para la solución de las crisis. Hemos constatado en la práctica argentina que 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 aumentar el capital social, reintegración del mismo, reorganización de la empresa, venta de activos inactivos, y particularmente a una capitalización de pasivos por negociación con acreedores –art. 197 LSA-. No asumidos los problemas de la crisis en lo básico, la discusión debería recaer en la disolución por alguna causal, fundamentalmente por la imposibilidad sobreviniente de cumplimiento del objeto social, como forma de exteriorizarse la idea de empresa.

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 a proteger. Apuntando que ello debería acaecer desde el nacimiento de ese patrimonio afectado y durante toda la funcionalidad de la “empresa”.

Dentro del derecho positivo o del bien común temporal, el bien común económico, todo lo relacionado a la productividad, distribución y consumo de bienes, con una más justa distribución, se puede identificar como un valor. Dentro de nuestra sociedad, el mantenimiento de la fuente de trabajo, de lo que crea riqueza distribuable, de lo que genera bienes y servicios, aparecen como un bien común económico apreciable, tutelable como finalidad del legislador²².

Devolver la potencialidad productiva puede aparecer como un bien común. Eliminar los factores que impiden que se generen bienes, se multipliquen las relaciones jurídicas de contenido económico conforme el efecto multiplicador de las mismas, esparciendo riqueza y libre de los riesgos de incumplimiento, resulta tutelable. Esto aparece compuesto por el proceso concursal por los efectos de su apertura, por las posibilidades de concertación y colaboración con los acreedores a través del acuerdo, o con la continuación de la empresa, o con el avenimiento, o con la liquidación de la empresa, libre del

²¹ QUINTANA FERREYRA, Francisco y nosotros *La conservación de la empresa en las leyes de sociedades 19550 y de concursos 19.551* en RDCO 1978-1376.

²² QUINTANA FERREYRA, Francisco y nosotros *La conservación de la empresa en las leyes de sociedades 19550 y de concursos 19.551* citada.

estado de cesación de pagos y del empresario que generó y no pudo resolver ese estado de cosas.

2. Conservación y reactivación.

Nos preocupa –como venimos desarrollando– la comprensión de la expresión “conservación de la empresa”, usado latamente, y recogida sin mayores explicaciones –o peor aún justificación para el caso concreto– por la jurisprudencia.

La “reorganización de la empresa” es una especie dentro del concepto genérico de “conservación de la empresa”. La “conservación de la empresa” aparece así como declaración de interés público, y objetivo normativo-legislativo.

Conservar la empresa no es lo mismo que reactivarla. Aquél es un aspecto societario interno. Un objetivo central debe ser “conservarla”, evitar que caiga en crisis. La crisis es un disvalor, que puede generar daños y si hay daños pueden existir responsables. Al no haber podido conservar la empresa eficiente, al no haber podido superar la crisis por los medios normales al alcance de toda organización, debe intentarse la reactivación que aparece como un imperativo de la legislación concursal. La diferencia entre conservación y reactivación parece justificar la apertura de procedimientos de crisis ante la mera avizoración de la crisis, conservando así la empresa y no meramente reactivándola.

Así la ley colombiana se expresa en torno a la “dirección general definida para el manejo y destinación de los activos, con miras a lograr propósitos de pago y de reactividad empresarial”. Esa ley del 27.12.2006 establece el “Régimen de insolvencia empresarial”, declara que el régimen de insolvencia propicia y protege la buena fe en las relaciones comerciales y patrimoniales, destacando como principios la universalidad, la igualdad de los concurrentes, la eficiencia e información, la negociabilidad, reciprocidad y gobernabilidad económica manifestada en una “dirección general definida para el manejo y destinación de los activos, con miras a lograr propósitos de pago y de reactividad empresarial”. Fija claramente el objetivo de “reactividad empresarial”. Esta legislación es preclara al manifestar “Finalidad del régimen de la insolvencia... tiene por objeto ... la recuperación y conservación de la empresa como unidad de explotación económica y fuente generadora de empleo, a través de los procesos de reorganización y de liquidación judicial, siempre bajo el criterio de agregación de valor. El proceso de reorganización pretende a través de un acuerdo, preservar empresas viables y normalizar sus relaciones comerciales y crediticias, mediante su reestructuración operativa, administrativa, de activos o pasivos” en su art. 1º primero segundo párrafos. Las normas societarias preventivas resultan del art. 10º que impone que la solicitud de reorganización debe presentarse con la acreditación de “No haberse vencido el plazo establecido en la ley para enervar las causales de disolución, sin haber adoptado las medidas tendientes a subsanarla”, imponiendo el art. 13 ap. 6 presentar “Un plan de negocios de reorganización del deudor que contemple no solo la reestructuración financiera, sino también organizaciones, operativa o de competitividad, conducentes a solucionar las razones por las cuales es solicitado el proceso, cuando sea el caso”.

El empresario –individual o social- afronta en su actividad un riesgo típico e inmanente, sujeto a la eventualidad de errores de gestión o de eventos externos más o menos previsibles comprometiendo el pleno y correcto desenvolvimiento del programa empresario adoptado y el alcance de los resultados esperados. Cuando el riesgo acaece, y no se pone pronto remedio, es inevitable que la actividad vaya hacia su propia declinación. Y justamente el derecho concursal se ocupa de la empresa en crisis y el presupuesto de activación de los procedimientos concursales se basa en la incapacidad, actual o en algunos casos sólo potencial, del empresario de asumir regularmente las obligaciones contraídas²³. Se trata, como titulan esos autores, una crisis de la organización.

Desde la teoría de la empresa, de una de sus formas de organización: el derecho societario, hemos tratado de construir –y ahora lo reiteramos- un sistema congruente de tratamiento de las crisis, conforme el pensamiento que orientaron grandes juristas.

3. El “plan”.

Continuando con lo expresado en orden a un plan de acción y a cargo de quién está, ratificamos que “Conservar” la empresa constituye una acción de sus titulares y administradores, no de los acreedores y de los jueces.

El alcance de la llamada “conservación de la empresa”, y la posibilidad de extender la protección a su continuidad al frente de la empresa, debe hacerse en análisis de viabilidad para determinar el merecimiento de una tutela. Ese examen lo debería hacer primariamente el mismo titular del patrimonio, teniendo un *plan de negocios*.

Descartada esa viabilidad debe estudiarse la posibilidad de escindir ese patrimonio separando la porción de bienes (materiales e inmateriales) organizados para el cumplimiento de alguna de las actividades u objeto sociales (ya que el patrimonio podría albergar a varias “empresas”). Y en vista de esa escisión, que de no ser voluntaria debe llevar a la quiebra como forma de escisión coactiva, debe determinarse si existe alguna “empresa” viable, dentro de ese patrimonio. La viabilidad estará determinada por la constatación de los dos atributos que hacen a la existencia misma de una empresa desde el punto de vista económico y político, su economicidad y su solidaridad, pues una empresa no sólo debe ser una organización económica²⁴, sino solidaria²⁵, lícita y viable.

Nos hemos explayado en “El PLAN DE EMPRESA (o como asumir crisis tempestiva y extrajudicialmente)”²⁶ y en “LA PLANIFICACION PRECONCURSAL (actuando tempestiva y extrajudicialmente)”²⁷ y en “POR LA

²³ ABRIATTI, N.; CALVOSA, L.; FERRI jr, G.; GIANNELLI, G.; GUERRERA, F.; GUIZZI, G.; MOTTI, C.; NOTARI, M.; PACCIELLO, A.; PISCITELLO, P.; REGOLI, D.; RESCIO, G.A.; ROSAPEPE, R.; ROSSI, R.; STELLA RICHTER jr, M. y TOFFOLETTO A. *Diritto Fallimentare*, Ed. Giuffrè, 2008, págs. 3/4..

²⁴ Empresa económica implica la viabilidad de la empresa, de la empresa que no lleva en su seno su autodestrucción por económicamente inviable, cfr. nta. “La conservación de la empresa” cit..

²⁵ La empresa, aunque sea económicamente apta no puede actuar contrariamente al medio social, sería una actividad ilícita, como lo es contaminar, cfme. nto. *Sociedad y contratos asociativos* Ed. Zavalla, Buenos Aires 1989, cap. “La empresa.

²⁶ En libro colectivo “Homenaje al Dr. Osvaldo J. Maffia” Cap. II pág. 217, Ed. Lerner Córdoba 2008, Instituto Argentino de Derecho Comercial y Fundación para la Investigación del Derecho Concursal y la empresa en crisis Pablo Van Nieuwenhoven. Coordinadores E. Daniel Truffat – Marcelo Barreiro – Carlos Roberto Antoni Piossek – Ramón Vicente Nicastro.

²⁷ Comunicación al inmediato anterior IV Congreso Iberoamericano de Derecho Concursal, realizado en PUNTA DEL ESTE, República Oriental del Uruguay, 12/14 de Noviembre de 2008, hace algo menos de once meses.

EFICIENCIA DEL SISTEMA CONCURSAL: Bien jurídico tutelado por el sistema concursal. Prevención de la crisis”²⁸. Bernardo Carlino también lo ha hecho²⁹.

Se trata de prevenir, de no afectar el mercado, de no ahondar la crisis empresaria, de no contagiar la insolvencia a los acreedores, particularmente a los vinculados como proveedores no debidamente informados.

Es la cuestión de la continuidad de la actuación de la sociedad en cesación de pagos o insolvencia material.

¿Se puede suponer que no es dolosa la actuación de administradores societarios que continúan el giro, y contratan con terceros a sabiendas de las dificultades de cumplir las obligaciones conforme los están asumiendo? Contraria, además de normas generales de la actuación de buena fe los códigos de conducta impuestos por la teoría de la “Responsabilidad Social Empresaria”.

En estado de insolvencia o cesación de pagos, apuntan Araya y Olivera García, cualquiera sea el origen que afecta la funcionalidad patrimonial de la sociedad, no deberían continuar su actividad o deberían afrontar soluciones si patrimonialmente no resisten un “insolvency test” (equity insolvency test, balance sheet-based test, bankruptcy test)³⁰.

Esos administradores, ante una dificultad financiera o económica general, o el estado de cesación de pagos, tienen la obligación interna de convocar a los socios y proveer las medidas necesarias y, ante su imposibilidad, afrontarla externamente, sea con la liquidación o la convocatoria de de la sociedad.

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

La empresa que no es autosustentable no es empresa³¹. Apuntamos roles de sujetos. Ahora pasemos a lo estructural.

VI - EL PATRIMONIO SOCIAL.

Existe libertad en nuestro país para determinar el capital de las sociedades con responsabilidad limitada de sus socios, y el mínimo de una de ellas –sociedad por acciones- es tan exiguo que apenas supera los Euros 2000.

La organización de la empresa a través de las sociedades genera, en el uso de ese maravilloso instrumento, dos tensiones: la limitación de responsabilidad de los socios (junto a la no asunción de responsabilidad de los administradores) y el riesgo de los terceros acreedores ante su eventual incapacidad patrimonial³². Las respuestas normativas a esa tensión se intentan a través de la consistencia patrimonial de las sociedades, generada por una

²⁸ Comunicación al III Congreso Iberoamericano de Derecho Concursal “Por la eficiencia del sistema concursal”, Barcelona, diciembre 2007.

²⁹ CARLINO, Bernardo “Genética del plan de negocios (más sobre la contribución de E.H.Richard)” en Abeledo Perrot, Newsletter 20 de marzo de 2009, sección Doctrina, repetido el 23 de marzo, donde podrá consultarse íntegramente.

³⁰ ARAYA, MIGUEL C. “Responsabilidad de los administradores de la Sociedad Anónima” en *DERECHOS PATRIMONIALES Estudios en homenaje al Profesor emérito Dr. Efraín Hugo Richard*, Editorial Ad Hoc, Buenos Aires 2001, bajo la dirección de Laura Filippi y María Laura Juárez, página 639 tomo II, especialmente pág. 647.; OLIVERA GARCÍA, Ricardo “Estudios de Derecho Societario” Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe 2005, los capítulos en torno al capital social, particularmente el XI *La crisis del concepto de capital social* Pág. 247 y ss..

³¹ 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.

dotación constitutiva, normalmente bajo la noción de capital social, su intangibilidad, y la información de la documentación contable, e imponiendo acciones ante su pérdida.

Eje de la cuestión es que constituyentes y administradores deberán determinar si la sociedad es patrimonialmente apta para cumplir el objeto social al inicio, anualmente o ante una causal de disolución. Y a su vez lo deberán someter a la consideración de los socios o accionistas.

La integral aplicación de las normas sobre la patrimonialización de las sociedades, como de otras del sistema jurídico, debe permitir prevenir su insolvencia e impedir la transferencia de los daños a los acreedores³³. Si los administradores continúan la operación de una sociedad, y el patrimonio no es apto para el cumplimiento del objeto (empresa), ello se advertirá rápidamente en la no satisfacción de las obligaciones sociales. Y en tal supuesto los administradores asumirán responsabilidad por los principios generales.

Cualquiera sea la solución: sociedades con capital mínimo, sin capital social, con capital variable, identificamos en todas ellas una misma funcionalidad: no deberían las sociedades continuar su actividad, si patrimonialmente no resisten test³⁴, y menos iniciarla sin el patrimonio suficiente conforme el plan de negocios que debemos presumir formalizaron al constituir la sociedad.

La tensión aumenta cuando el valor patrimonial de la sociedad no permite satisfacer su pasivo. Aquí volvemos al tema del interés a tutelar: los accionistas pierden interés en la gestión, y los acreedores en cambio pasan a tener interés fundamental en la prosecución exitosa de la actividad. Los acreedores de una empresa en crisis se encuentran en la misma situación de inversores sin derecho³⁵, que no tuvieron en cuenta cuanto contrataron sin información de esa situación o antes que se produjera. Los deberes del administrador societario aumentan en tales casos frente a los acreedores y terceros.

1. Subcapitalización.

Ratificando la prevención en derecho societario se sostiene³⁶ que “Si el capital social aparece como manifiestamente desproporcionado en relación a la actividad a desarrollar, o sea si es evidentemente insuficiente o inadecuado

³² Nto. *SOBRE EL CAPITAL SOCIAL*, en libro colectivo “Jornadas Nacionales de Derecho Societario en Homenaje al Profesor Enrique M. Butti, Buenos Aires, 2007, pág. 107. Nto. *PATRIMONIO SOCIAL Y OBJETO POSIBLE*, Comunicación a las XV JORNADAS DE INSTITUTOS DE DERECHO COMERCIAL DE LA REPÚBLICA ARGENTINA: CONFLICTOS SOCIETARIOS: Impugnación de actos societarios (San Nicolás, 17 y 18 de octubre de 2008), Libro del Congreso pág. 5.

³³ Ntos. *Insolvencia societaria y responsabilidad* pág. 380 y ss. en JA libro en Conmemoración de su 80º Aniversario, 1918-1998; y en *Las relaciones de organización y el sistema jurídico del derecho privado*, Córdoba 2000, ed. Academia de Córdoba, Capítulo XI Insolvencia societaria y responsabilidad, pág. 481 y ss..

³⁴ ARAYA, ob. cit. pág. 235. OLIVERA GARCÍA, Ricardo en su libro *Estudios de Derecho Societario*, Editorial Rubinzal Culzoni, Santa Fe 2005, cap. sobre capital social, el XI “La crisis del concepto de capital social” pág. 247. O los señalados por Vito en el artículo al que hacemos reiterada referencia.

³⁵ STANGHELLINI, Lorenzo *Proprietá e controllo del'impresa in crisis* Rivista delle Società anno 49º 2004 settembre-ottobre fascicolo 5º, Editorial Giuffrè Milano, pág. 1079. Los socios minoritarios, ajenos al grupo de control y dirección de la sociedad están casi en la situación de inversores, hasta pudiendo constituir una clase de socios, pero siempre tienen derecho a una información sobre el estado de la sociedad y una preferencia ante el aumento del capital, directamente vinculado a su derecho al resultado social; sobre este punto puede verse SPOLIDORO, “Il capital sociale”, pág. 59 y especialmente pág. 67 citado, en “Il Diritto delle società per azioni: Problema, Esperienze, Progetti” collana della Rivista delle Società, Ed. Giuffrè 1993.

³⁶ C. Civ. y C. Santa Fe, Sala 2ª. 27/4/06. Bocca S.A. Con comentario de los Dres. Di Chiazza y Van Thiene. Colección Zeus – Jurisprudencia, Publicado en el boletín Zeus Nº 8233 el 23/07/2007 Fecha: martes, 24 de julio de 2007. Portal de la Editorial Zeus, www.editorial-zeus.com.ar, Sección Colección Zeus - Jurisprudencia, documento nº 007856.

para cumplir su objeto, el juez a cargo del Registro Público de Comercio tiene facultades para así determinarlo y denegar la inscripción.... Si el capital social es la contrapartida de la limitación de la responsabilidad del socio, limitación que es considerada un privilegio que excepciona el principio de derecho común de unidad del patrimonio, dicho privilegio exige que los socios aporten fondos suficientes para su cometido, pues sin un capital social adecuado el excepcional beneficio de la «responsabilidad limitada» carece de fundamento”.

Un eje fundamental debe tener en cuenta la subcapitalización material constitutiva o sobrevenida –o subpatrimonialización-, distinguiendo la subcapitalización nominal o formal, que ocurre cuando la sociedad está dotada de un capital social de importe muy reducido, que no aseguraría la congruencia del patrimonio neto con respecto al objeto social. En este caso no necesariamente hay una subcapitalización material, y no hay alteraciones del riesgo de empresa, no configurándose por tanto ningún efecto sobre la responsabilidad.

Una sociedad puede estar operando con el capital estatutario previsto y no obstante ello estar en insolvencia. No existe un paralelismo entre ambas nociones, ni aún en los sistemas de sociedades sin capital social, cuya dotación patrimonial es analizada anualmente antes de distribuir utilidades –si hay capital suficiente- o de disponer la liquidación u otra solución en caso de capital insuficiente.

Medios diversos de financiamiento o sistemas de funcionalidad (stock 0) permiten esta operatividad.

2. Infrapatrimonialización.

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

En el derecho argentino se ha potenciado que las situaciones sean irreversibles, pese a facilitar herramientas al administrador societario³⁷, generándose la idea de que los administradores societarios pueden continuar ininterrumpidamente la actividad de la sociedad pese a estar en insolvencia, sin planificación coherente, tratando de obtener más créditos o reciclar el existente,

³⁷ Sobre acuerdos extrajudiciales ALEGRÍA, Héctor *Acuerdo preventivo extrajudicial (Caracterización, problemas y acuerdos privados)* en Revista de Derecho Privado y Comunitario 2002-3 Concursos 1 p. 145; JUNYENT VÉLEZ, Francisco *El acuerdo preventivo extrajudicial: ley 25.589*, en la misma Revista p. 189.

con la misma modalidad que los administradores públicos argentinos afrontaron la deuda externa en la década pasada.

La infrapatrimonialización implica una causal disolutoria cuando se analiza la situación patrimonial. La cuestión deba verse más allá: en la funcionalidad de la sociedad. Como señalaba Girón Tena³⁸ “la conclusión de la empresa que constituye el objeto social origina la disolución... debe equipararse a la imposibilidad jurídica o extrajurídica del mismo... Las dificultades económicas o jurídicas transitorias de la marcha de la sociedad no corresponde a este concepto”. Por ello estamos hablando de situaciones no transitorias, que imponen que la cuestión sea tratada por los socios. Recordemos que la legislación colombiana impide la presentación en concurso de una sociedad si no se han superado las causales de disolución³⁹.

En soluciones como la chilena, se impone determinar anualmente el capital social como dotación patrimonial no distribuible como utilidad. En efecto se establece “que el capital social se modifica de pleno derecho cada vez que la junta ordinaria de accionistas apruebe el balance del ejercicio (art. 10 inciso 2º, Ley 18.046), lo que demuestra la voluntad de la ley de equiparar en este tipo social el capital social con el capital en sentido económico o patrimonio; la norma que dispone que los dividendos se pagarán exclusivamente de las utilidades líquidas del ejercicio o de las retenidas, provenientes de balances aprobados por la junta y que ordena aplicar tales utilidades en primer término a absorber las pérdidas acumuladas si las hubiere (art. 78 Ley 18.046), lo que impide la descapitalización de la sociedad”⁴⁰.

No debe entenderse distinta hoy la solución en el sistema societario argentino. Esto es lo que justifica los resultados no asignados⁴¹. Además de la existencia de un patrimonio fundacional que prima facie permite el cumplimiento del objeto social, anualmente los administradores deben asegurarse que la sociedad se encuentra debidamente patrimonializada para el cumplimiento del objeto, procediendo en consecuencia.

3. Caminos para afrontar la crisis.

Reafirmamos posición en algunos aspectos:

a. La normativa societaria tiene claras soluciones en las legislaciones mundiales en orden a situaciones vinculadas a la insolvencia, que actúan como causales de disolución: la pérdida del capital social, o la imposibilidad sobreviniente de cumplimiento del objeto social cuando esta deviene de un problema de infrapatrimonialización, aunque no medie pérdida del capital social (p.ej. sobreendeudamiento, o falta de correlación entre pasivo y activo corriente, flujo de caja). “... parece razonable pensar que la quiebra de una sociedad anónima –o limitada o comanditaria por acciones- debería convertirse en una institución residual, ya que el sistema preconcursal previsto

³⁸ GIRÓN TENA, J. *Derecho de Sociedades* tomo I, Madrid 1976, edición del autor, pág. 623 y ss..

³⁹ Del 27.12.2006 que establece el “Régimen de insolvencia empresarial”, con visión de las normas societarias como preventivas, que resulta del art. 10º que impone que la solicitud de reorganización debe presentarse con la acreditación de “No haberse vencido el plazo establecido en la ley para enervar las causales de disolución, sin haber adoptado las medidas tendientes a subsanarla”, sobre ello puede verse nta. comunicación “Axiología del Derecho Concursal” al II Congreso Colombiano de Derecho Concursal, organizado por el Capítulo Colombiano del Instituto Iberoamericano de Derecho Concursal (Valle de Leyva, Colombia, Agosto de 2008 www.acaderc.org.ar).

⁴⁰ UBILLA GRANDI, Luis *El capital social en el derecho chileno. Notas sobre sus funciones ¿Una garantía para los acreedores?* en Libro colectivo “Jornadas Nacionales de Derecho Societario en Homenaje al Profesor Enrique M. Butty”, Buenos Aires 2007, págs. 195 y ss., especialmente pág. 205.

⁴¹ Trabajo conjunto con FUSHIMI, Jorge *FINANCIAMIENTO CON RESULTADOS NO ASIGNADOS* en Compendio Jurídico, Ed. Erreius-Errepar, nº 40, mayo 2010, Sección Doctrina Comercial, pág. 123 a 149..

legalmente debería ser suficiente para impedir que la sociedad llegase a ser insolvente...⁴², solución expresa del derecho español que no debería ser extraña a cualquier sistema.

b. El recurrir a los remedios concursales, pese a su alto coste, sin intentar previamente las soluciones societarias, parece un despropósito, sólo justificable cuando se agotaron negativamente aquellas. Incluso carece de sentido arribar a una capitalización del pasivo como propuesta de acuerdo concursal, cuando ello se lograría fácilmente en forma extrajudicial y negociada conforme la legislación societaria. Y si se impone una quita y espera, sin haber intentando por la vía societaria la capitalización, ello aparecerá como un abuso de derecho, pues implica un enriquecimiento para la sociedad –y obviamente para los socios- con el correlativo empobrecimiento de los acreedores.

Este es el panorama sobre el que discurrimos.

No se trata de ampliar la responsabilidad de los administradores societarios en cuanto al riesgo empresarial. La empresa debe ser autosuficiente generando, a partir de su patrimonio y el plan o directriz de desarrollo de sus actividades, los medios para su manutención económica; esto implica la viabilidad de la empresa, de la empresa que no lleva en su destino su autodestrucción por económicamente inviable⁴³. Por otra parte la empresa viable es la única que merece conservarse, sea por disposiciones concursales, preconcursales o extraconcursales. La sociedad es la estructura técnica jurídica personalizante a disposición del empresario como instrumento "de organización". La organización no sólo supone la disponibilidad jurídica de órganos, de un sistema de imputación simplificante de las relaciones jurídicas con terceros y socios, sino la actuación coherente del órgano de administración asegurando el cumplimiento del "objeto social" como forma de manifestación de la empresa o empresas, con la dotación patrimonial adecuada.

VII - LAS SOLUCIONES SOCIETARIAS.

Ahondamos sobre el camino señalado precedentemente.

En el caso de sociedades, sus administradores y socios deben adoptar las medidas que la ley societaria impone ante la pérdida del capital social o "la imposibilidad sobreviniente de cumplir el objeto social", para o continuar el giro normal de los negocios, reintegrando o aumentando el capital por aporte de los socios⁴⁴, capitalizando el pasivo⁴⁵ o de terceros, o constatada la causal de disolución liquidando el patrimonio social. Incluso la liquidación puede concluir en la imposibilidad de satisfacer la totalidad de las deudas sin generar un proceso concursal ante la correcta la liquidación e inexistencia de acciones de recomposición, bajando costos eficientemente.

1. Capitalización.

⁴² BELTRAN SANCHEZ, Emilio *La responsabilidad por las deudas sociales de administradores de sociedades anónimas y limitadas incursas en causa de disolución* en libro colectivo "La responsabilidad de los administradores de sociedades de capital" director Juan Bolás Alfonso, Consejo General del Notariado, Madrid 2000 pág. 154.

⁴³ QUINTANA FERREYRA, FRANCISCO y RICHARD, EFRAÍN HUGO "La conservación de la empresa..." citada; y nto. "La conservación de la Empresa" en *Anales de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba* tomo XXV Pág.107 y ss..

⁴⁴ HAGGI, GRACIELA y RICHARD, EFRAÍN HUGO "La supuesta supresión de la pérdida de capital social como causal de disolución" en libro colectivo *La actuación societaria* Director con Daniel R. Vitolo, Ad Hoc, Buenos Aires 2005 dirigido con Daniel R. Vitolo, Ad Hoc, Buenos Aires 2005, pág. 229.

⁴⁵ Situación expresamente prevista en la ley de sociedades art. 197.2 LS, que soluciona integralmente la cesación de pagos de una empresa viable en la que los administradores informen fundadamente esa posibilidad a los acreedores.

Adviértase los sistemas que en situaciones semejantes permiten a los administradores emitir acciones sin autorización de los socios⁴⁶. La tutela de los acreedores ante la continuidad de la empresa en cesación de pagos, aumentando la posibilidad de pérdidas ante una prospectiva incierta, la tutela de acreedores impone pensar en la responsabilidad de los administradores⁴⁷, afirmándose la utilidad que revisten en general “los remedios tempestivos e idóneos a la primera señal de crisis”⁴⁸. Responsabilidad siempre de base subjetiva, por accionar culposo o doloso generando daño.

La ley de sociedades argentina trae las soluciones para afrontar la crisis financiera o económica de las sociedades. Lo necesario es leerla integralmente, entenderla y aplicarla adecuadamente⁴⁹, no soslayándola para permitir el “negocio” en el trámite concursal. Similares soluciones contienen todas las legislaciones que hemos consultado.

Paradójicamente, los administradores societarios en vez de adoptar esas medidas presentan tardíamente en concurso a la sociedad, y la reunión de los socios es al sólo efecto de ratificar esa presentación. Nada se cumplió de ese proceso “privado” de afrontar la crisis de la empresa.

Un aumento de capital genuino permite asumir las obligaciones pendientes, reemplaza –aunque sea transitoriamente- al flujo de caja y genera el patrimonio suficiente para el cumplimiento del objeto social.

Ante la negativa o imposibilidad de los accionistas y no deseando liquidar la sociedad, se abre la solución prevista del art. 197.2 LSA de capitalizar el pasivo, o sea en ciertos casos traspasar la sociedad a los acreedores, o su control, o simplemente de darles participación –con un sinnúmero de alternativas que pueden implicar reconocimiento de prima o posibilidad de rescate-. Esta es también una previsión del art. 42 LCQ.

Este tipo de capitalización si bien no genera fondos elimina en forma inmediata ese pasivo del balance y lo transfiere al activo, desapareciendo la causal de disolución de pérdida del capital social. A su vez, al eliminar el pasivo corriente modifica la estructura patrimonial permitiendo que todo el flujo de caja se dirija al cumplimiento del objeto social, removiendo así la segunda causal de disolución que normalmente se presenta.

La capitalización del pasivo trae un beneficio inmediato a los accionistas, directores o terceros que hayan garantizado una obligación capitalizada, pues se liberarán de esa obligación de garantía. Esa fórmula que no está gravada por impuestos a las ganancias⁵⁰, que en cambio se aplica sobre quitas y esperas concursales, al entender claramente que el empobrecimiento de los acreedores importa una ganancia para los socios de la deudora.

Con el ingreso de capital se satisfarán las obligaciones sociales que motivarían un concurso y cesaría la situación de crisis, por lo que se habrá sobreseído la situación patrimonial con un bajo coste de transacción.

2. Tutela de los acreedores –y de la empresa-.

⁴⁶ MIOLA, MASSIMO “Il sistema del capitale sociale e le prospettive di riforma nel diritto europeo delle società di capitali” en *Rivista delle Società*, 2005-50-1199, fasc. 6. pág. 1310

⁴⁷ MIOLA ob. cit. pág. 1310. Como acción extraconcursal.

⁴⁸ MIOLA ob. cit. pág. 1309.

⁴⁹ NTO. *Hacia la privatización de las crisis: la conservación de la empresa* en Libro colectivo “La insolvencia en el Derecho Concursal Iberoamericano” coordinado por Lidia Vaiser, Ed. Ad Hoc, Buenos Aires 2006, pág. 31.

⁵⁰ NISSMAN, Raúl en múltiples conferencias y trabajos difundidos por Ricardo Ruiz Vega.

Como señaló la jurisprudencia⁵¹ “la suficiente capitalización de la sociedad al momento de su constitución y posteriormente, durante todo el desarrollo de la actividad empresarial es la mejor manera de evitar la insolvencia de la sociedad, atento que ésta cuenta con mecanismos para obtener la financiación interna”, y –eventualmente- la capitalización del pasivo.

Al no existir normas claras que impidan la continuación de la empresa en crisis –en nuestro país la imposibilidad sobreviniente de cumplimiento del objeto social- aumentando la posibilidad de fracaso ante una prospectiva incierta, la tutela de los acreedores resulta de imputar responsabilidad de los administradores sociales, por no haber actuado debidamente, generando daño por su específica acción u omisión⁵².

Los administradores de un ente personificado deben cumplir su finalidad o objeto social conforme un patrimonio suficiente disponible a tal efecto, y en caso de dificultades económicas recomponer su situación patrimonial, incluso presentándose en concurso. El capital operativo de una sociedad debe ser suficiente⁵³ para llevar adelante la actividad propia del objeto social. De resultar insuficiente, conduciría a la sociedad al estado de insolvencia o de liquidación por imposibilidad de cumplimiento del objeto, sin perjuicio de la responsabilidad que acarrea a los socios por su incumplimiento, y de los administradores por no cumplir con sus obligaciones. La no advertencia de esa insuficiencia por los administradores a los socios, perjudicando a la sociedad y a éstos generan acciones sociales de responsabilidad, que podrían ser ejercitadas oblicuamente por los acreedores sociales, y también individuales de acreedores perjudicados.

3. Conductas de administradores y socios.

Aparece como una constante en nuestro país el integrar las necesidades patrimoniales de una sociedad para el cumplimiento de su objeto social (empresa) recurriendo al mercado de capitales. Se emiten obligaciones negociables sin claros planes de negocios de amortización de intereses y capital mostrando flujos de caja, y ante la menor crisis no asumen la capitalización de la sociedad –como impone la legislación específica- recurriendo al sistema concursal para lograr –a veces con sofisticada ingeniería jurídica- quitas y esperas a cargo de los obligacionistas, que comportan posteriormente un enriquecimiento de los socios. Ello a través del balance postconcursal donde surge ese ajuste patrimonial con utilidades no logradas del giro normal de la empresa, repartiendo jugosos dividendos. Se trata de una suerte de “leveragge buy out”, de apalancamiento financiero soslayando la obligación de aportar por parte de los socios para usar los medios de la empresa y del mercado para beneficiarse con demérito de los acreedores, incluso generando costos de transacción y operacionales innecesarios para la sociedad, pero necesarios para lograr las utilidades marginales a la explotación del objeto social. Enriquecimiento de los socios y subsidio de los acreedores es el resultado.

⁵¹ Cám. Trabajo y Minas 4ª Nominación de Santiago del Estero, República Argentina, con fecha 15 de junio de 2005, en la causa “Salazar, Oscar E. c/ Florestal El Milagro SRL”, LLNOA 2005-1446.

⁵² MIOLA ob. y pag. cit..pág. 1310..

⁵³ “...un capital social desproporcionadamente reducido en su magnitud determinará la imposibilidad ex origine de cumplir el objeto, que debe, por esencia, ser fácticamente posible...” Veca Constructora S.R.L.” Fallo del Dr. Butty LL-1980-D-pag. 464 y ss.

¿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 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.

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, y asumir la liquidación con el menor costo posible, para que los acreedores cobren lo más posible.

Nos apoyamos en la “absolute equity rule”⁵⁴ –recordada por Lorente⁵⁵-, para sostener la necesidad de aplicar el art. 197 2º LSA, sobre capitalización del pasivo si es que los socios no quieren capitalizar, antes de pensar en presentarse en concurso. Y que las propuestas son abusivas, incluso inconstitucionales⁵⁶ si junto a las quitas y esperas no hay una capitalización de la diferencia, pues en caso contrario hay un despojo a los acreedores en beneficio de los socios. Una propuesta de quita y espera sin esa contrapartida en la participación en el capital, o alguna forma de negocio participativo, es inconstitucional por violar el derecho de propiedad (art. 17 C.N.)⁵⁷.

La mayoría de las sociedades solucionan sus problemas a través de la ley de sociedades, y ello debería ser la regla, imponiéndose incluso por el juez del concurso en las medidas previas. Su incumplimiento genera siempre responsabilidad de los administradores, por lo menos frente a ciertos acreedores, además de recrear el análisis sobre la abusividad de la propuesta que se formule.

Implica, por otra parte, la forma más efectiva de asegurar la conservación de la empresa, argumento que es usado tardíamente por administradores societarios, ante su propia torpeza, para justificar ilegales y abusivas propuestas de acuerdo concursal.

4. Sistema de preconcursalidad.

Con esta visión se construye un sistema de preconcursalidad desde el derecho societario. Recuérdese que la ley de sociedades argentina autoriza el

⁵⁴ En las Segundas Jornadas Interdisciplinarias Concursales del Centro, Córdoba 2005 que compartimos con Truffat, en las Jornadas Italoargentinas de Derecho, Córdoba 2005 y luego en Barranquilla.

⁵⁵ En *Doctrina Societaria y Concursal*, Octubre 2005, tomo XVII, pág. 1205.

⁵⁶ Comunicación al Primer Congreso Hispanoamericano de Derecho Concursal, Barranquilla, octubre 2005, *Reforma concursal: ¿de ideas o de normas?* en el CD editado por el Congreso, y *Hacia la desjudicialización de las crisis: LA CONSERVACIÓN DE LA EMPRESA* comunicación en la Jornada Internacional de Derecho Concursal, Cali – COLOMBIA- Martes 18 de octubre de 2005, Facultad de Humanidades y Ciencias Sociales, Carrera de Derecho de la Pontificia Universidad Javeriana, y Cámara de Comercio de Cali, o ambos en la página electrónica de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba www.acader.unc.edu.ar, y antes *Propuesta abusiva* para elDial.com en agosto de 2005 y también en esa página electrónica de la Academia y artículos similares en prensa en Zeus, Córdoba y Santa Fe.

⁵⁷ *ASUNCION DE LA CRISIS DE SOCIEDADES COMERCIALES A TRAVÉS DEL DERECHO ESPECÍFICO (LA CONSERVACION DE LA EMPRESA ES UNA CUESTIÓN PRIVADA, SOCIETARIA)* Publicada en el libro colectivo de tres tomos “VI Congreso Nacional de Derecho Concursal y IV Congreso Iberoamericano de la Insolvencia”, Santa Fe 2006, Tomo II pág. 329

aumento de capital, la capitalización del pasivo -que es una forma de superar las dificultades y que en tal caso se extinguen las fianzas y garantías personales de terceros-, y de no impone la reintegración del capital social, y soluciones liquidatorias privadas al no poder alcanzarse el cumplimiento del objeto social –empresa-, si los socios no deciden remover el obstáculo, y otorga amplias formas y técnicas de reorganización y reordenamiento del negocio. Con Ángel Rojo mantuvimos muchas conversaciones sobre el punto antes de la formulación de los proyectos españoles, lo que nos llevó en el año 1995 a generar un ante proyecto novedoso en torno a la responsabilidad de administradores societarios por no haber afrontado la crisis y desde la óptica del derecho de daños⁵⁸.

Omitir las vías preconcursales societarias, para intentar las de reactivación en una presentación en concurso permite avizorar el nacimiento de acciones de responsabilidad. El informe general del síndico u otros elementos agregados al juicio concursal podrán acreditar el incumplimiento de los deberes societarios del administrador, y fundar la promoción de acciones de responsabilidad individuales por parte de ciertos acreedores. Particularmente aquellos no informados con los que contrataron estando la sociedad en cesación de pagos. Este informe general en el concurso facilita la prueba de los extremos que podrán invocar esos acreedores, que -en otros casos- puede ser bastante dificultosa, como se señala en la doctrina de los Estados Unidos de Norteamérica⁵⁹.

No es del caso aquí tratar las acciones individuales de responsabilidad que puedan promover acreedores sociales contra los administradores por no haber respetado las previsiones de la ley societaria, particularmente las del art. 99 LS, que no son concursales ni atraíbles por un concurso ni afectadas por la homologación de un acuerdo de quita y espera⁶⁰.

VII – PÉRDIDA DEL CAPITAL SOCIAL, EFECTOS Y RESPONSABILIDAD.

Centramos la atención en una causal de disolución de las sociedades.

La causal de disolución “pérdida total del capital social”, diferente a la infrapatrimonialización e incluso a la cesación de pagos, importa cuanto menos la avizoración de una crisis y permite revertir la situación con bajo costo en forma privada⁶¹.

1.La solución peruana limitando la vía concursal.

⁵⁸ En “DE LA INSOLVENCIA, In Memoriam de Héctor Cámara y Francisco Quintana Ferreyra, Editorial Advocatus, Córdoba 2000, comunicaciones al II Congreso Iberoamericano de la Insolvencia, *En torno a responsabilidad y concurso. Un “embrión” de proyecto.* Tomo III pág. 313. y *Daños causados por la insolvencia: Acciones individuales de responsabilidad contra administradores de sociedades* Tomo III pág. 549. 8º. Ausencia de sede y responsabilidad de administradores (II). Tomo III pág. 579. 9º. Pretensiones patrimoniales y contratos comprendidos en art. 20 ley 24.452, Competencia de árbitro frente al concurso. Tomo IV pág. 243.

⁵⁹ Entienden los autores norteamericanos sobre la incerteza sobre la responsabilidad de administradores y confirmando las obligaciones de alegar y probar a cargo de los actores que hacen extremadamente gravosas estas acciones. RIBSTEIN L. *Another perspective on Citigroup and AIG* en “blogs.law.harvard.edu”.

⁶⁰ La CNCom en el caso “Chmea, Isaac c/ Chmea, Alberto y otros s/ Ordinario, con fecha 14 de octubre de 2010, decidió que no era competente el juez del concurso de la sociedad a cuyo administrador se le promovió una acción individual de responsabilidad, por no estar el legitimado pasivo en concurso. Cfme. nto. “Ensayo en torno a buena fe e insolvencia societaria”, capítulo XLIX tomo I pág. 811 en libro colectivo *Tratado de la Buena Fe en el Derecho*, Coordinador Marcos M. Córdoba, Editorial La Ley, 2 tomos, 2ª Buenos Aires 2005.

⁶¹ Ed. Lexis Nexis, Buenos Aires 2007; *Perspectiva del Derecho de la Insolvencia*, Ed. Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales, Córdoba, 2010.

El rol del capital social, la importancia de actuar tempestivamente para solucionar la crisis desde el derecho societario, ha sido recogida en el “Derecho Concursal Peruano” que en 1999 se integra con la ley “De Fortalecimiento del Sistema de Reestructuración Patrimonial”, y tres normativas configuran la hoy denominada en Perú “Ley General del sistema concursal”, cuyo sistema tiene tres procedimientos: el procedimiento concursal ordinario para obtener un acuerdo de reestructuración o de disolución; el procedimiento concursal preventivo dirigido a la obtención de un acuerdo global de refinanciación, y la quiebra de carácter judicial y liquidativo. El concurso ordinario es de instancia preventiva exclusiva del deudor, con confidencialidad mientras se inicia el trámite y al abrirse con amplio derecho de los acreedores de observación e información. 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 impeditiva 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”⁶².

Los problemas patrimoniales de la empresa, organizada libremente como sociedad, son abordados en esa causal de disolución de “pérdida del capital social”⁶³.

Esa “pérdida” debe ser real. Según la versión más conservadora la misma se produce cuando el patrimonio neto acusa pérdidas de tal envergadura que éstas igualan o superan a todos los importes positivos del patrimonio neto (capital, ajuste de capital, reservas, aportes irrevocables –

⁶² DASSO, Ariel Angel “Derecho Concursal Comparado”, Tomo II, Ed. Legis, Buenos Aires septiembre 2009. Páginas 805 a 1573 más índices temático y alfabético (El comentario al tomo I fue publicado en la Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 240-107 Bibliografía; y en nuestro libro “Perspectiva del Derecho de la Insolvencia, Ed. Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Córdoba 2010, pág.651). La cita corresponde al régimen concursal peruano.

⁶³ “Art. 94 LSA. Disolución: causas. La sociedad se disuelve:... 5) Por pérdida del capital social... Art. 96. Pérdida del capital. En el caso de pérdida del capital social, la disolución no se produce si los socios acuerdan su reintegro total o parcial del mismo o su aumento. Art. 99. Administradores: facultades y deberes. Los administradores, con posterioridad al vencimiento del plazo de duración de la sociedad o al acuerdo de disolución o a la declaración de haberse comprobado alguna de las causales de disolución, sólo pueden atender los asuntos urgentes y deberán adoptar las medidas necesarias para iniciar la liquidación. Responsabilidad. Cualquier operación ajena a esos fines los hace responsables ilimitada y solidariamente respecto de los terceros y los socios, sin perjuicio de la responsabilidad de éstos”. Nto. “Las crisis de las sociedades y como abordarlas”, Ed. Fespresa, Córdoba, agosto 2010, págs.183, 185, 393, 427, 461, 465,581.

capitalizados, agregamos-)"⁶⁴. Una visión más formal llevaría a pensar que la causal se ha generado cuando el pasivo excede al pasivo en una cifra superior al capital social estatutario y no se intentan capitalizar otros importes positivos del patrimonio neto para revertir la pérdida y reconstituir el capital estatutario como cifra de garantía para los terceros y la sociedad.

El análisis de ciertos aspectos vinculados a esa causal son dirimientes para entender el obiter dictum de nuestra Corte en el caso Comercial del Plata sobre que el recurso concursal es la última alternativa para solucionar la crisis societaria⁶⁵, sobre lo que volveremos.

2. ¿Cuándo se genera esa causal de disolución?

La cuestión es cuándo objetivamente queda reconocida la existencia de esta causal por los administradores y por los socios. La respuesta fluye de la realidad: indubitablemente los primeros cuando preparan el proyecto de balance y por tanto debería contener la Memoria referencias sobre ese aspecto. Los socios cuando aprueban o consideran ese balance, aunque no lo aprobaran. Desde ese momento la causal pasa a ser de indubitable y pleno conocimiento imponiendo las conductas previstas por la ley.

De inmediato debe interrogarse si ante esa constatación debe cesar la actividad normal y proceder a la liquidación de la sociedad. Sin dudar no. Aún en la causal de vencimiento del plazo los socios pueden decidir la continuación. En el caso de la causal de pérdida del capital social la liquidación puede ser evitada por el reintegro del capital social o la capitalización.

Atento la norma del art. 96 la causal de disolución puede enervarse. Ricardo 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.

Fourcade apunta que la sociedad puede continuar operando pese a la pérdida del capital social, porque puede apreciarse revertirla con las operaciones en curso. Ello además de deber expresarse en la primer Memoria –conforme el tipo social- deja en claro el riesgo de responsabilidad de administradores y socios por las nuevas operaciones conforme el art. 99 LS.

3. Monto de la reintegración.

¿Por qué antes de la presentación en concurso, o en el momento de ratificar tan onerosa vía, los socios no optan por la solución prevista en el art. 96 LS? Es porque la cuestión no ha sido sometida a su consideración ni advertido el riesgo de asumir responsabilidad que importa esa ratificación.

Es posible que en análisis del balance de presentación y del monto de la reintegración del capital social, los socios pueden dubitar sobre si deben

⁶⁴ FUSHIMI, Jorge Fernando *Sobre el reintegro del capital en las sociedades anónimas*, en libro referido en nota anterior pág. 427, específicamente 428. NISSEN, Ricardo A. "La pérdida del capital social como causal de disolución de las sociedades comerciales, Ed. Ad Hoc, Bs. As., quién transcribió parte de la Resolución 055 de la Inspección General de Justicia de fecha 14.1.2002 en "Duque Seguridad S.A. "Antes de hacer el cálculo para constatar la existencia de la causal disolutiva consistente en la pérdida del capital social, hay que revalorizar el patrimonio social, computar sólo el pasivo hacia terceros y luego absorber las pérdidas en término con las reservas y sólo después proyectar su remanente sobre el capital social. Además debe tratarse de una pérdida definitiva y no meramente circunstancial". Agregamos que esas operaciones deben ser serias, reflejarse en la reunión donde se descartó la obligatoriedad del reintegro o el aumento de capital social para poder continuar las operaciones, y que quedará cuestionada si posteriormente la sociedad se concursa o quiebra.

⁶⁵ Nto. *DESJUDICIALIZACIÓN DE LOS CONCURSOS: UN "OBITER DICTUM" DE LA CORTE*, en Zeus Córdoba nº 376, año VIII, 23 de febrero de 2010, tomo 16, pág. 85/90, y en Editorial Zeus Revista nº 11, tomo 113, Rosario 13 de julio de 2010, pág. 561.

hacerlo por el monto original u otro monto, y también porque no tienen idea de la responsabilidad que puede imputárseles.

El monto sería el 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-. Fushimi entiende “que de ninguna manera el reintegro del capital puede ser obligatorio para los accionistas”⁶⁶. Nos hemos pronunciado por la obligatoriedad por devenir de una resolución social válida, en orden a una solución impuesta por la ley para evitar la liquidación, posición que ha sido compartida⁶⁷.

No necesariamente la ley impone la reintegración para evitar la liquidación. La opción es capitalizar la sociedad por los socios –ejerciendo el derecho de preferencia y el de acrecer en su caso- o por terceros.

En síntesis: el monto del aumento debe ser como mínimo suficiente para encubrir el pasivo y no quedar nuevamente en supuestos de reducción obligatoria del capital social previstos en el art. 206 LSA.

Por eso es más factible la capitalización del pasivo.

Se sostiene que se trata de aumentos que se producen cuando los socios o terceros realizan aportes genuinos a la sociedad⁶⁸. La legislación societaria prevé expresamente la capitalización de pasivos en el art. 197.2 LSA, como supuesto claro para este caso; suspendiendo el derecho de suscripción preferente, ante la existencia de obligaciones anteriores. Esta suspensión sólo es inteligible por la urgencia en generar esa capitalización y remover la causal de disolución, pero es incongruente con la postura de socios –aún minoritarios- que ejercieran en el mismo acto el derecho de suscripción preferente y anticiparan el deseo de acrecer –lo que podrían ejercer sin afectar derechos de los demás socios a hacerlo posteriormente- adoptando la posición que hemos dado en llamar la de “suscriptor e integrador provisional”.

El aumento de capital dirigido originariamente a socios o terceros podría imponer una prima de emisión destinada a satisfacer los derechos de los socios originarios en cuanto al valor del negocio –conforme al plan que se explicita para lograr tales aportaciones-.

4. Responsabilidad.

De no tratarse la causal una vez acreditada, continuando el giro normal de los negocios, incluso ratificando una presentación en concurso: ¿surge alguna responsabilidad?

La ley da clara respuesta a este supuesto en el art. 99 LS, como anticipamos. Ante la pérdida del capital social, si los administradores no

⁶⁶ FUSHIMI, J. *Sobre el reintegro del capital en las sociedades anónimas*, VI Congreso Argentino de Derecho Societario y de la Empresa, Ed. Fespresa, Córdoba 2008, 4 tomos, pág. 427, especialmente pág. 435.

⁶⁷ HAGGI, Graciela A. *El reintegro del capital social* en AAVV dirección Laura Filippi y María Laura Juárez “Derechos patrimoniales. Estudios en homenaje del profesor Emérito Dr. Efraín Hugo Richard”, Ed. Ad Hoc, Buenos Aires 2001, pág. 193. NISSEN, Ricardo A. “La pérdida del capital social...” cit. pág. 77/78. Van Thienen, Pablo A. *Pérdida total del capital social: ¿Reintegro, aumento u operación bandoneón* en Revista de las Sociedades y Concursos n1 27 marzo abril 2004, pág. 81; NORTE SABINO, Osvaldo J. *Reintegro del capital social* en Impuestos XLI A p. 495.

⁶⁸ FOURCADE, Antonio “Sociedades comerciales. Parte especial”, Ed. Advocatus, Córdoba 2001, pág. 114. FUSHIMI ob. cit. pág. 430.

asumen el camino previsto, y los socios convocados trasladan el riesgo operativo a los acreedores, asumen responsabilidad. Constatada la causal y no tratada ni revertida, los administradores asumen responsabilidad. La presentación de balances donde conste la pérdida del capital social sin haber puesto a consideración de los socios el reintegro o aumento, les genera responsabilidad. También la pretensión de solución concursal, acompañando balances donde se registre la pérdida, genera esa responsabilidad por las operaciones posteriores.

Los socios al ratificar la presentación en concurso, sin haber asumido previamente las conductas previstas en la ley de sociedades, sin duda han asumido esa responsabilidad, sin perjuicio de las acciones que tengan posteriormente contra los administradores..

5. ¿El art. 99 LS alcanza a las deudas postconcursoales?

No aparece en nuestro derecho una opción para los administradores, como en España⁶⁹, y administradores y socios -al aceptar la continuación del giro social sin asumir ni el reintegro del capital social ni su aumento, quizá en búsqueda de que el problema sea asumido por los acreedores a través de quitas y esperas-, deberán afrontar la responsabilidad del art. 99 LSA para el caso de una ulterior quiebra.

6. Homologación de acuerdo concursal y responsabilidad individual.

¿En caso de homologación de acuerdo habiéndose constatado por el Síndico en el informe general la existencia de la causal largo tiempo antes de la presentación declarada en los mismos balances aprobados, se mantiene la responsabilidad del art. 99 LSA?

No parece que el efecto novatorio que genera la homologación de un acuerdo concursal alcance a la responsabilidad de administradores y/o socios⁷⁰. Por tanto, los que hubieren sufrido daño, ante el incumplimiento de la norma que implica culpa o dolo, podrán reclamar a administradores y socios intervinientes la reparación del daño efectivamente sufrido. El alcance de la reparación puede alterarse en función del factor de atribución: culpa o dolo.

7. Aportes irrevocables.

¿Los aportes a cuenta de futuros aumentos son suficientes para superar la causal de disolución?

Sin duda, en cuanto dentro de los procedimientos previstos por el art. 96 LSA se produzca efectivamente la capitalización de los mismos. Pero la mera aportación sujeta a condición no es suficiente.

Resulta sugestiva las previsiones en leyes concursales, tales como México, Colombia y Perú, como así también las sanciones por falta de activo, y la imposibilidad de homologar un acuerdo entendiendo que el mismo no es

⁶⁹ Cuya nueva ley publicada el 3 de julio de 2010, prevé en el art. 367 la responsabilidad de administradores que no convocaran a asamblea o, en su caso no presentaran en concurso a la sociedad en el término de 60 días de constatada la causal de disolución.

⁷⁰ En orden a la responsabilidad por el art. 99 LSA, la jurisprudencia en el caso "Trotter S.A. c/ Peugeot Citroen Argentina S.A. s/ ordinario s/ incidente (de extensión de responsabilidad por las costas)" – CNCOM – 30/06/2010 "... Esta Sala no comparte la decisión del Juez a quo de calificar de "subsidiaria" la responsabilidad derivada del art. 94 inc. 8° de la ley de Sociedades pues la aludida norma sólo la califica de "solidaria e ilimitada". "Ante la inexistencia de la pluralidad requerida por la ley, el socio y administrador debió proceder ajustándose a los estatutos del art. 99 LS. y la expresa omisión de tales pautas, no puede beneficiarlo. Por lo expuesto, y si bien la responsabilidad que aquí se declara coincide con aquélla decidida al admitir el primero de los agravios, corresponde declarar también incurso en las responsabilidades derivadas del art. 99 de la ley societaria al director del ente." eDial.com, 12/08/10.

abusivo, pese a ser ínfimo lo que se ofrece pagar, por supuesta liquidación ruinosa –sin advertir que ello desataría acciones de responsabilidad, incluso de inoponibilidad pues habría habido un uso antifuncional de la sociedad-⁷¹.

8. Visión de la doctrina.

Apuntamos doctrina extranjera y nacional.

8.1. España.

En España es clara la situación desde el punto de vista societario. “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 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 preé la existencia de un capital social mínimo... la disolución adquiere un perfil *sancionador*. Esas consideraciones explican el *carácter imperativo* de las normas sobre disolución...”⁷².

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

⁷¹ Nto. “LAS LIQUIDACIONES SOCIETARIA, LA CONCURSAL Y EL ARGUMENTO DEL RESULTADO DE ESTA ÚLTIMA PARA HOMOLOGAR UNA PROPUESTA ABUSIVA”, en Zeus Córdoba, nº 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 nº 15, tomo 110, pág. 785. Doctrina.

⁷² BELTRÁN, Emilio “La disolución de la sociedad anónima”, Estudios de Derecho Mercantil, Ed. Civitas, Madrid 1991, págs.. 34/5.

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).⁷³

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 sociales”⁷⁴. 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 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”.

8.2. República Argentina.

En nuestro país la cuestión podría ser más debatida y recurrimos al enjundioso libro específico de Nissen⁷⁵, aunque con alguna reserva. El distinguido jurista amigo entiende que la causal de pérdida del capital social no es de las que operan de pleno derecho, aunque “Si los administradores no cumplieron con la convocatoria a asamblea dentro del plazo de tres meses de constatada la pérdida del capital social, la disolución se debe tener por operada a partir de esta fecha, rigiendo al respecto los deberes y responsabilidades previstas por el art. 99 de la ley 19.550”, y la pérdida del capital social se constata en el proyecto de balance que los mismos administradores tienen la obligación de presentar periódicamente a la Asamblea, que debería a su vez tratar –frente a tal proyecto de balance- la causal de disolución o su remoción. A su vez remarca la obligatoriedad del socio de formalizar ese reintegro: “Puede acontecer que un accionista no haya renunciado al reintegro y no obstante, no cumpla en tiempo y forma con el desembolso dinerario correspondiente. Ante esa situación, resulta de aplicación, por mediar estricta analogía al caso que nos ocupa, las soluciones previstas en el art. 193 de la ley 19.550 para el suscriptor moroso en la integración, pudiendo el estatuto prever las restantes hipótesis previstas en dicha norma, incluso la caducidad de los derechos correspondientes a las acciones en mora, sanción que permitirá a la sociedad la emisión de nuevas acciones en reemplazo de las anteriores y hasta el monto efectivamente integrado por el accionista moroso. Esa caducidad se

⁷³ BELTRÁN “La disolución...” cit. págs. 100/101.

⁷⁴ BELTRÁN “La disolución...” cit. págs. 138/9.

⁷⁵ NISSEN *LA PÉRDIDA DEL CAPITAL SOCIAL COMO CAUSAL DE DISOLUCION DE LAS SOCIEDADES COMERCIALES* citado.

justifica sobradamente en razón de la necesidad que tiene la sociedad de contar con nuevos aportes de los socios para evitar su disolución⁷⁶.

Por último extractamos del mismo autor la sanción a aplicar en el caso que no se proceda ni a liquidar la sociedad ni a reintegrar el capital social: “cuando la sociedad ignora el acaecimiento de la causal disolutoria, la doctrina y la jurisprudencia no es pacífica en cuanto al status de la sociedad”. Nissen sanciona con la “irregularidad” de la sociedad y los efectos patrimoniales sobre los socios, con sólida argumentación. Nos permitimos ante ello insistir en la responsabilidad de administradores y socios de control, pues la irregularidad en tal supuesto podría generar la responsabilidad de accionistas independientes, solventes, que no tuvieron acceso a la información respectiva. El art. 99 LSC es sin duda la sanción. De todas formas destacamos que tenemos coincidencia en que la omisión de afrontar la causal disolutoria genera responsabilidad.

Y ello podría acaecer, si se ha soslayado anterior tratamiento, cuando se convocare a asamblea para ratificar la presentación en concurso formalizada por los administradores acompañando documentación de la que resulta esa pérdida del capital social.

VIII – PANORAMA DESALENTADOR Y UNA LUZ DE LA CORTE.

1. Panorama.

Y así están las cosas. “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 imposible⁷⁷, es que ante la crisis económico-patrimonial-financiera de las sociedades, la misma debe ser asumida desde el derecho societario. Sólo fracasadas las acciones previstas en el mismo, para conservar la empresa podrá afrontarse el camino concursal, con el debido equilibrio entre acreedores y socios. El derecho societario iberoamericano es suficientemente uniforme para admitir (e imponer) estas conductas.

2. La Corte.

El obiter dictum de la Corte en el caso Comercial del Plata, que apuntáramos al pasar y sobre el que ahora volvemos, representa una clara visión de cómo afrontar las crisis de las sociedades, y marca el camino: volver al principio.

En efecto, nuestra Suprema Corte de Justicia de la Nación ha dado una pista en fallo del 20 de octubre de 2009 en un “obiter dictum”, al acoger planteos de arbitrariedad contra la sentencia homologatoria en el concurso de “Sociedad Comercial del Plata S.A. y otros s/ concurso preventivo”.

Esa resolución de la Corte apunta a aventar la falta de transparencia en que suelen transcurrir los procesos de aprobación de la propuesta de acuerdo –normalmente no integrada y por tanto improponible⁷⁸- para la obtención de las mayorías necesarias para aprobar acuerdos que hemos calificado como

⁷⁶ GALIMBERTI, María B., y NISSEN, Ricardo A.: “Derecho de los socios en caso de reintegro del capital social”, en *Negocios societarios*. Libro en Homenaje a Max Mauricio Sandler, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1998, pp. 197 y 198.

⁷⁷ DASSO, Ariel Ángel *Tendencias actuales del derecho concursal*, Editorial Ad Hoc, Bs. As. 1999, p.49.

⁷⁸ 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.

predatorios y confiscatorios⁷⁹, pues se alejan del esfuerzo compartido. El voto de la mayoría presenta, en torno a la propuesta de acuerdo abusiva, una concordancia con el precedente “Arcángel Maggio S.A.”⁸⁰. No ingresamos en aspectos centrales del fallo en torno a la arbitrariedad, la obstaculización del voto, la afectación del derecho al debido proceso, lo predatorio de la propuesta y la afectación del derecho de propiedad o a la sustracción de uno de los principales activos a través de no ejercer una suscripción preferente sobre una controlada, que resultan claramente expresados en el voto mayoritario y en la ampliación de la Dra. Highton, que podemos resumir en la transcripción de dos líneas: se afectaba “al debido proceso y al ejercicio abusivo del derecho con grave afectación de la propiedad”⁸¹.

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

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

Sin duda la posibilidad de las soluciones negociadas extrajudicialmente.

Atiende así a los recursos societarios para afrontar la crisis que registra imperativamente la ley societaria específica, como acabamos de relatar, por lo que el concurso aparece –cuando no se ha intentado previamente aquél– como abusivo⁸², y enrarecido por la posibilidad de un negocio como señala un calificado autor⁸³. 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–.

⁷⁹ Nto.”LAS LIQUIDACIONES SOCIETARIA, LA CONCURSAL Y EL ARGUMENTO DEL RESULTADO DE ESTA ÚLTIMA PARA HOMOLOGAR UNA PROPUESTA ABUSIVA” citado.

⁸⁰4. 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.

⁸¹ Como parangón de los comentarios a la Res. 125/2008 que impuso retenciones a la exportación de soja, sosteniéndose como límite de lo no confiscatorio el tercio, pese a ser una cuestión de derecho público, no advertimos la razón por la que no se aplica la misma jurisprudencia citada a impedir la confiscación de los créditos de los acreedores que no votaron, que lo hicieron negativamente o que no pudieron votar por el trámite a que estaban sometidos. Sobre el punto puede verse en los libros del “VI Congreso Nacional de Derecho Concursal y IV Congreso Iberoamericano de la Insolvencia”, Santa Fe 2006, Tema: CONCURSOS CON PROPUESTAS ÍRRITAS: “VISION BÁSICA CONSTITUCIONAL DE PROPUESTA ÍRRITA DE QUITA Y ESPERA” que presentáramos con el Profesor Dr. José Luis PALAZZO, Tomo I pág. 715, bajo el Sub tema: Constitucionalidad de la propuesta

⁸² 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.

⁸³ 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 “concursalidad” 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”.

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-⁸⁴.

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

En concreto, la afirmación de la Corte pone en el centro de la cuestión la omisión de la “preconcursalidad societaria”, o sea el uso de las técnicas concursales o preconcursales sin intentar las previsiones que marca el derecho específico de la organización societaria, a fin de beneficiarse con quitas y esperas impuestas por las mayorías logradas –con diversas “técnicas” como la relatada en el voto de la mayoría-.

Resaltando la cuestión y transfiriendo decididamente el sistema de preconcursalidad a la legislación societaria, se ha sostenido que “Después de todo lo que se ha indicado, parece razonable pensar que la quiebra de una sociedad anónima –o limitada o comanditaria por acciones- debería convertirse en una institución residual, ya que el sistema preconcursal previsto legalmente debería ser suficiente para impedir que la sociedad llegase a ser insolvente.”⁸⁵.

3.Meditaciones.

La meditación que fluye es que -ante la afirmación de la Corte-, la sociedad que se concursara sin intentar los remedios societarios de bajo coste -asegurando la continuidad de la empresa y del empleo, aunque pueden comprometer parcialmente la titularidad de las participaciones sociales-, si intentara la homologación de un acuerdo de quita y espera se debería encontrar con una tacha inicial, metódica, de abusividad.

Es que como bien señala Dasso en reciente importantísimo libro⁸⁶: “el sistema jurídico más completo y lógico no es perfectamente inteligible hasta que se estudia en relación con otros sistemas legales... la persecución de la eficiencia se ha centrado en el resguardo de la empresa, motor de la economía capitalista instaurada en el mundo, y el nuevo objetivo, focalizado en el diagnóstico temprano de sus dificultades en forma de intervenir antes que la crisis sea patología irreversible ... La Ley Francesa del 23/07/67 introdujo una novedad digna de ser comentada: la separación entre el hombre y la empresa... de que se trata de un derecho de las empresas en dificultades, bastante diverso del derecho concursal clásico... (en el) convencimiento de que la función social de la empresa reside en un difícil equilibrio entre lo público y lo privado o, mejor dicho, entre lo social y lo privado”.

La afirmación de la Corte impone nuevos análisis en torno a la preconcursalidad prevista en el derecho societario, con normas sobre

⁸⁴ “El PLAN DE EMPRESA (o como asumir crisis tempestiva y extrajudicialmente)” citado.

⁸⁵ BELTRAN SANCHEZ, Emilio “La responsabilidad por las deudas sociales de administradores de sociedades anónimas y limitadas incursas en causa de disolución”, en BOLAS ALFONSO, Juan (dir.) *La responsabilidad de los administradores de sociedades de capital*, Consejo General del Poder Judicial, Consejo General del Notariado, Madrid, 2000, p. 133, especialmente a pág. 154 parágrafo “5. Responsabilidad de los administradores por las deudas sociales e insolvencia de la sociedad”.

⁸⁶ DASSO, Ariel A. *Derecho Concursal Comparado*, tomos 1 y 2, Ed. Legis, Buenos Aires 2009/2010, del que puede verse nuestra rescensión en RDCO 240-175, Enero/Febrero 2010 y RDCO 244-567 (B), Ed. Abeledo Perrot Buenos Aires 2010.

reorganización, capitalización, funcionalidad y liquidación, evitando afectar al mercado y a terceros. La actuación de administradores y socios de control a tenor de las normas societarias les pone a resguardo de cualquier intento de hacerlos responsables, lo que no acaece en el caso de no usar la vía preconcursal y recurrir en forma abusiva a la vía concursal.

Pero adviértase que así como la ley concursal separa al empresario de la empresa, la ley societaria en su proyección de conservación lo es en consecuencia de la protección a la autonomía de la voluntad convergente de los socios, prioritariamente tutelada y a cuyo fin se imponen reglas imperativas de conducta a administradores y socios.

Con este tema, que no sólo comprende la conservación (o la tardía reactivación de la empresa), la planificación (prevista en aquella reforma a la ley 19551 pergeñada por Héctor Alegría) y la prudente labor de los administradores sobre el patrimonio de la sociedad, para evitar responsabilidad (correcta preocupación constante de nuestro homenajeado), mantenemos el diálogo que siempre tenemos abierto en nuestra vocación común de perfeccionar las normas y su interpretación en beneficio de la seguridad de nuestras comunidades.
