

# RESPONSABILIDAD DE LOS DIRECTORES DE SOCIEDADES ANÓNIMAS POR OPERAR EN INSOLVENCIA

Efraín Hugo RICHARD<sup>1</sup>

**Publicado en “Daño a la persona y al patrimonio” AAVV, Director Carlos A. Gherzi, Ed. Nova Tesis, Buenos Aires 2011, tomo II pág. 365**

**INDICE:** I – ADVERTENCIA INICIAL. DELIMITACION DE LA TEMÁTICA DE ESTE ENSAYO. II – LA RESPONSABILIDAD DE LOS DIRECTORES. 1. Generalidades. 2. Naturaleza de la obligación de los Directores. 4. Diversas clases de acciones de responsabilidad. III – LA RESPONSABILIDAD POR INSOLVENCIA. 1. En materia laboral. El descorrimento del velo. 2. La doctrina de la Corte en tema del requisito de la insolvencia. 3. La insolvencia (infrapatrimonialización) como condición de las acciones de responsabilidad o de “inoponibilidad”. 4. Deber de afrontar la crisis oportunamente. IV – ¿REORGANIZACION SOCIETARIA O CONCURSAL ANTE LA CRISIS? 1. La vía preventiva. 2. Reorganización de la empresa. 3. Prioridades conforme a la Corte. 4. Desjudicialización de la crisis. 5. Resultados económicos: ¿un negocio? V - LA REORGANIZACIÓN SOCIETARIA. VI - CAUSALES DE DISOLUCIÓN DE LAS SOCIEDADES. 1. Crisis patrimonial. 2. Algo de derecho comparado. 3. Intereses a tutelar. VII - CONSERVACIÓN DE LA EMPRESA. ¿A CARGO DE QUIÉN? Crisis y concurso de sociedades. 1. Crisis y concurso de sociedades. 2. Conservación y reactivación. 3. La indebida práctica argentina. VIII - EL PATRIMONIO SOCIAL. 1. Subcapitalización. 2. Infrapatrimonialización. 3. Planificación. 4. Algo de derecho comparado. 5. Los caminos para afrontar la crisis. IX - LAS SOLUCIONES SOCIETARIAS. 1. Capitalización. 2. Tutela de los acreedores. 3. Conductas de administradores y socios. 4. Algo de derecho comparado. 4. Sistema de preconcursalidad. X – ACCIÓN INDIVIDUAL DE RESPONSABILIDAD DE ACREEDORES CONTRA DIRECTORES. 1. ¿Responsabilidad? 2. ¿Daño directo? 3. Responsabilidad del administrador de la controlante. Acciones derivativas. 4. Acuerdo homologado y acciones de responsabilidad. 5. Extraconcursalidad de la acción individual. XI – LA PÉRDIDA DEL CAPITAL SOCIAL, EFECTOS Y RESPONSABILIDAD. 1. La solución peruana limitando la vía concursal. 2. Preguntas con respuestas. 3. Visión de la doctrina. XII – MEDITACIONES Y CONCLUSIONES.

-----

## I – ADVERTENCIA INICIAL. DELIMITACION DE LA TEMÁTICA DE ESTE ENSAYO.

Para un Congreso Internacional de Daños, más que señalar la normativa en torno a la responsabilidad de directores de sociedades por acciones, referida en los arts. 274 y ss. de la ley 19551 (en adelante LS), y su eventual diferencia con el régimen general de los administradores societarios referido en el art. 59 de la misma ley, consideramos interesante recalcar en la reparación de daños conforme una visión particular, normalmente no abordada.

Conforme ese plan echaremos un vistazo al régimen general para luego apuntar a la crisis societaria, donde pueden registrarse mayores daños para la sociedad, los socios y terceros por la insuficiencia patrimonial que se genere.

## II – LA RESPONSABILIDAD DE LOS DIRECTORES.

Al tratar la responsabilidad de los directores nos centraremos a la responsabilidad por deuda ajena, o sea las deudas societarias no satisfechas. Remitimos para un análisis profundo a la obra de Gagliardo<sup>2</sup>.

Respecto a ellas las referencias de intervenciones de la Corte la vinculan a la insolvencia del obligado principal, centrando así nuestra visión.

<sup>1</sup> Agradeceremos comentarios a [ehrichard@arnet.com.ar](mailto:ehrichard@arnet.com.ar). Otros trabajos pueden verse en la página de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba [www.acaderc.org.ar](http://www.acaderc.org.ar)

Pero, previamente, es necesario referirse al régimen general de esos directores conforme la previsión del art. 274 LS: “Los directores responden ilimitada y solidariamente hacia la sociedad, los accionistas y los terceros, por el mal desempeño de su cargo, según el criterio del art. 59, así como por la violación de la ley, el estatuto o el reglamento y por cualquier otro daño producido por dolo, abuso de facultades o culpa grave....”.

El art. 59 LS y la contenida en art. 274 LS – que “se ocupa de profundizar aún más” la regulación de aquella<sup>3</sup>, y las aclaraciones posteriores, particularmente a la culpa grave imponen algunas reflexiones. No “encuentra suficiente explicación la referencia que se hace a la *culpa grave*, como generadora de responsabilidad, cuando nuestro ordenamiento civil ha abandonado la antiquísima clasificación de la culpa, unificándola dentro del concepto previsto por el art. 513 del Cód. Civil, que la define como la omisión de aquellas diligencias que exigen la naturaleza de la obligaciones y que correspondiesen a las circunstancias de personas, del tiempo y del lugar, que se adapta a la perfección en materia de responsabilidad de administradores de sociedades comerciales. Bastaba, pues con una simple referencia al concepto de *culpa*, atento a las facultades que el art. 512 del Cód. Civil le confiere al juzgador para apreciarla”<sup>4</sup>.

### 1. Generalidades.

El sistema es aplicable, en lo que fuera compatible con el tipo –aclara Nissen<sup>5</sup>- a los gerentes de responsabilidad limitada, a los administradores de las sociedades en comandita por acciones. A su vez que esas normas no son sino una cristalización de las pautas de responsabilidad del ordenamiento común contenida en los arts. 512, 902, 909 y 1109 del Código Civil.

La responsabilidad es individual, de carácter subjetivo, pero deviene –en el caso de órganos con varios miembros- del carácter colegiado del órgano, determinando que si bien la responsabilidad no es del órgano lo es de todos sus integrantes, con carácter solidario e ilimitado, eventualmente por su conducta omisiva o negligente, “sin la cual el daño podría haber sido evitado”<sup>6</sup>. “Lo único que existe es responsabilidad subjetiva y diferentes caminos de imputarle a cada responsable... la responsabilidad es individual de cada director, sólo existe una presunción de responsabilidad que admite la prueba en contrario”<sup>7</sup>.

### 2. Naturaleza de la obligación de los Directores.

<sup>2</sup> GAGLIARDO, Mariano *Responsabilidad de los Directores de Sociedades Anónimas*, Ed. Lexis Nexis Abeledo Perrot, 2ª ed. Buenos Aires 2004, tomo 2 pág. 892 y ss..

<sup>3</sup> ROITMAN, Horacio y colaboradores Hugo Aguirre y Eduardo N. Chiavassa *Ley de sociedades comerciales – Comentada y anotada*, Ed. La Ley, Buenos Aires 2006 tomo IV pág. 543.

<sup>4</sup> NISSEN, Ricardo *Ley de sociedades comerciales*, Ed. Astrea, 3ª ed. Actualizada y ampliada, Buenos Aires 2010, tomo 3 pág. 272.

<sup>5</sup> NISSEN, ob. cit., tomo 3 pág. 264.

<sup>6</sup> NISSEN, ob. cit., tomo 3 pág. 265.

<sup>7</sup> ROITMAN y colaboradores, ob. cit. tomo IV pág. 545 con cita de otros autores.

Se trata de una obligación de medios y no de resultados, por la que cada miembro está obligado a prestar una conducta que razonable, aunque no necesariamente, conduzca al resultado esperado por el acreedor. Podría considerarse que constituye una obligación de resultados no asegurados. En el mundo trata de juzgarse su actuación a través de reglas (business judgment rule y business judgment), advirtiendo que la ley societaria argentina les ha impuesto determinadas obligaciones de conducta que imponen ciertos resultados, como la realización de balances, custodia de documentación y llamado a asamblea<sup>8</sup>.

“Lejos se encuentra del ánimo del legislador permitir que la alienación de un administrador en los negocios sociales constituye una causal exculpatoria de su propia responsabilidad, y la jurisprudencia, desde el célebre caso *Flaiban*<sup>9</sup>, ha sostenido reiteradamente que la responsabilidad de un director de una sociedad anónima nace de la sola circunstancia de integrar el órgano de administración, de manera que cualquiera que sean las funciones que aquél ha desempeñado efectivamente, su conducta debe ser calificada en función de la actividad obrada por el órgano, aun cuando el sujeto no haya actuado directamente en los hechos que motivan el encuadramiento, pues es función de cualquier integrante del órgano de administración la de controlar la totalidad de la gestión empresarial, dando lugar su incumplimiento a una suerte de culpa *in vigilando*”, con frondosa jurisprudencia.

### 3. Responsabilidad frente a la sociedad y terceros.

Responsabilidad individual y responsabilidad social se distingue conforme resulte afectado por la conducta imputable al administrador. La primera es procedente cuando se produce una lesión<sup>10</sup> a socios o terceros, de carácter civil, de naturaleza extracontractual (Ragusa Maggiore, con opiniones diversas), o contractual, según el vínculo negocial existente, respecto de terceros y contractual respecto de los socios. Farina<sup>11</sup> sostiene que esta acción sólo puede intentarse cuando el patrimonio de la sociedad es insuficiente, sosteniendo con cita de Brunetti que se trata de una acción directa y autónoma y no subrogatoria de la sociedad. Ferri apunta “La responsabilidad del administrador con relación a los acreedores sociales tiene el mismo fundamento de la responsabilidad del administrador con relación a la sociedad”<sup>12</sup>. Francisco Junyent Bas justifica y adhiere a esta posición “El órgano es siempre el depositario y el vehículo de la voluntad única de la persona jurídica. El administrador, al cumplir con las funciones propias del órgano que le han sido asignadas, opera como parte funcional del ordenamiento legal llamado sociedad. De todas las características de la responsabilidad del administrador societario y como conclusión, se deduce que corresponde afirmar

<sup>8</sup> MIGUENS, Héctor José “La responsabilidad de los directores societarios en el derecho de los Estados Unidos. Aspectos Generales”, en RDCO año 43 tomo 2010-A-705; DI CHIAZZA, Iván – VAN THIENEN, Pablo A. “Responsabilidad del director por decisiones de negocios y la regla del business judgment ¿Es posible bajo la ley de sociedades? (Enseñanzas del caso “Walt Disney”) en RDCO año 43 tomo 2010-75-D; ROITMAN y colaboradores, ob. cit. tomo IV pág. 553.

<sup>9</sup> CNCom. Sala B, 30.10.70 RDCO 1971-797.

<sup>10</sup> GAGLIARDO. MARIANO *Responsabilidad de directores de sociedades anónimas*, 4ª Edición, Lexis Nexis Abeledo Perrot, Buenos Aires 2004, tomo II pág. 1042.

<sup>11</sup> FARINA, JUAN M. *Sociedades Anónimas*, Zeus Rosario 1973 p. 237.

<sup>12</sup> FERRI, Giuseppe en *Rivista del Diritto Commerciale*, 1987, mayo-junio pág. 161.

la especialidad y particularidad de este régimen legal y propender a la definitiva superación de la clasificación de dicha responsabilidad como contractual o extracontractual”<sup>13</sup>.

La postura mayoritaria en nuestro país atribuye carácter contractual a la relación con la sociedad y extracontractual frente a los socios y terceros<sup>14</sup>.

La distinción entre la responsabilidad contractual o extracontractual, lamentablemente, “no es una cuestión meramente académica”<sup>15</sup>, pues la distinción incide en aspectos trascendentes:

- a. En la prueba de la culpa, presunta en el incumplimiento contractual, debe ser probada en la relación extracontractual.
- b. En la extensión de resarcimiento, pues en el contractual sólo se responde de los daños que son consecuencia inmediata y necesaria (art. 520 C.C.), y en la responsabilidad extracontractual alcanza también a los que son consecuencia mediata, que el autor previó o pudo prever empleando debida atención y conocimiento (arts. 903 y 904 C.C.)
- c. La mora es automática en la responsabilidad extracontractual.
- d. La prescripción en la responsabilidad extracontractual es de dos años (art. 4037 C.C.) y en la contractual al no tener plazo especial regiría el art. 4023 C.C. imponiéndola a los diez años.

#### 4. Diversas clases de acciones de responsabilidad.

El mismo autor que seguimos Ricardo Nissen<sup>16</sup>, reseña las diversas acciones de responsabilidad que el sistema jurídico argentino introduce específicamente en relación a los Directores de Sociedades por Acciones:

1°. Acción social mayoritaria de responsabilidad, articulada por el representante legal de la sociedad, y en su defecto por cualquier accionista, previa decisión al respecto (arts. 59, 234 inc. 3, 274, 275, y 276 LS).

2°. Acción social minoritaria de responsabilidad, que puede ser deducida por accionistas ante inacción de la sociedad (arts. 274, 275 y 277 LS).

3°. Acción subrogatoria concursal de responsabilidad (arts. 275 in fine y 278 LS).

4°. Acciones concursales de responsabilidad (art. 166 ley 24522 (en adelante LCyQ)).

5°. A su vez podemos agregar al catálogo la acción derivada que otorga el art. 75 del decreto 677/01, que permite a los accionistas que se hubieran opuesto a la liberación de responsabilidad reclamar la totalidad del daño sufrido por la sociedad, y a la sociedad desinteresarlo con el pago del perjuicio indirecto sufrido por el reclamante.

<sup>13</sup> JUNYENT BAS, Francisco *Responsabilidad civil de los administradores societarios*, Ed. Advocatus 2ª Edición, Córdoba 1998, pág. 308

<sup>14</sup> ROITMAN y colaboradores, ob. Cit. tomo IV pág. 546, señalando la posición de otros autores, entre otros la de Otaegui que entiende que en todos los casos es extracontractual.

<sup>15</sup> NISSEN, ob. cit. tomo 3 pág. 267.

<sup>16</sup> NISSEN, tomo 3 pág. 271.

Nissen refiere un catálogo de supuestos de responsabilidad conforme resoluciones jurisprudenciales<sup>17</sup>: el abandono de sus funciones y la desaparición del activo de la sociedad; la venta de un inmueble de la sociedad a un precio muy inferior al real; la omisión de solicitar su concurso preventivo de modo muy posterior a la fecha de la cesación de pagos con agravación del pasivo social; la disposición de bienes sociales para favorecer otro ente vinculado con adquisición de un crédito ajeno al giro social sin contrapartida ni beneficio; falta de conservación de los bienes sociales y de informar a los accionistas de los bienes que componen el activo; la desviación de inversiones sociales en beneficio de los integrantes de la sociedad; la distribución de intereses o dividendos anticipados que no resultan de balances; el tomar préstamo a interés excesivo; el exceso de remuneraciones del directorio; confección de balances falsos con desaparición de los libros y documentación social y uso de los bienes en beneficio de directores; préstamos injustificados a empresas insolventes.

### III – LA RESPONSABILIDAD POR INSOLVENCIA.

Se advertirá que, particularmente en relación a terceros acreedores de la sociedad, el daño se configurará ante la imposibilidad del pago regular de la deuda como señalan algunos de los autores citados, o sea por la insolvencia de la sociedad. Se configura en una serie de los supuestos que se han expuesto en el párrafo precedente.

Nissen reseña un supuesto de improcedencia de acciones de responsabilidad<sup>18</sup> fundada “sólo en la insuficiencia patrimonial del ente... ello de por sí no es suficiente para determinar la responsabilidad de los administradores, debiendo haberse probado para obtener los resarcimientos correspondientes, que el resultado negativo de la actividad social derivó como consecuencia de conductas que configuraron mal desempeño en el cargo, conforme las reglas del artículo en comentario” (274 LS). La continuación de este ensayo estará destinada a limitar esta apreciación, pues no existe duda de esa falta de responsabilidad si los bienes se malvenden en un remate en la ejecución concursal, pero no si la insuficiencia patrimonial configuraba la causal de disolución por pérdida del capital social (art. 94 5ª LS) y no se procedió al reintegro o aumento del mismo, prosiguiendo la actividad social y disparando la responsabilidad prevista en el art. 99 LS por no poder afrontar el pasivo –anterior o posterior-.

#### 1. En materia laboral. El descorrimento del velo.

En materia laboral, particularmente, se incentivan las acciones de responsabilidad, cuando no las de “descorrimento del velo societario”. Lo hemos visto en *CRITERIO EN LA CORTE EN TORNO A INOPOBILIDAD DE LA PERSONALIDAD JURÍDICA*<sup>19</sup>.

Apuntamos que “La jurisprudencia laboral ha enriquecido la temática de la responsabilidad en el marco de la protección al trabajador cuando el empleador lo ha sido una sociedad comercial. No obstante el criterio ha sido muchas veces errático, no distinguiendo claramente entre la responsabilidad de los administradores, basada en las disposiciones de los arts. 59, 157 y 274 LSC, y la de los socios, basada en el tercer párrafo del art. 54 LSC titulado como de la *inoponibilidad de la personalidad jurídica*”.

<sup>17</sup> NISSEN ob. cit. tomo 3 pág. 283.

<sup>18</sup> NISSEN, ob. cit. tomo 3 pág. 285.

<sup>19</sup> Publicado a pág. 73 Foro de Córdoba, n° 142, octubre 2010.

A su vez, se expresa sobre la posibilidad de establecer condena solidaria en supuestos regulados por la Ley de Contrato de Trabajo “por vía de la desestimación de la personalidad jurídica o la imputación hacia quiénes ejercieron cargos con nivel decisorio en los entes societarios”<sup>20</sup>, concluyéndose “La solidaridad es la respuesta legislativa al principio protectorio que debe garantizar al trabajador la percepción de su crédito ante las situaciones de insolvencia de su contratante directo”. Y si bien la insolvencia puede probarse por otros medios de prueba, la quiebra la acredita indubitadamente. A su vez, el informe general del síndico importa un elemento de juicio, previo a la promoción de un juicio de responsabilidad, que da predictibilidad al resultado de la acción.

Sin duda los trabajadores no pretenden ser acreedores de una sociedad, sino cobrar su salario, de naturaleza alimentaria, y no se comprende como administradores de una sociedad pueden mantener su giro más de un mes sin estar en capacidad económico-financiera de satisfacer esos haberes sin adoptar las previsiones de la ley societaria –pérdida del capital social si correspondiere- o en la apertura tempestiva de un concurso, sin asumir responsabilidad. La doctrina laboral es cada vez más dura –y la jurisprudencia también- en cuanto a juzgar la responsabilidad de administradores, incluso pretendiéndose normas específicas de la ley laboral que hagan innecesaria la construcción normativa que asumimos, y extendiéndola asistemáticamente a socios<sup>21</sup>.

La aplicabilidad del art. 54 de la ley 19.550 requiere –en temas de responsabilidad, señala Lorenzetti en el caso *Daverede*-, como presupuesto indispensable que la sociedad “manipulada” sea insolvente<sup>22</sup>. Agregamos que fuera de esa situación no habría razón para aplicar el remedio, pues no se produciría una utilización abusiva de la misma, salvo supuestos de imputación. En ese caso no se intenta aplicar la teoría de la inoponibilidad para responsabilizar a los socios, sino de responsabilidad de administradores<sup>23</sup>.

## 2. La doctrina de la Corte en tema del requisito de la insolvencia.

Nuevamente Lorenzetti marcó ese presupuesto en el recurso de hecho en “*FUNES, Alejandra Patricia c/ Clínica Modelo Los Cedros S.A. y otro*”, de fecha 28 de mayo de 2008, donde la mayoría desestimó la queja formalizada por el Presidente del Directorio de la sociedad por acciones demandada que “había hecho extensiva la condena contra la sociedad por indemnización por despido y créditos salariales” a ese integrante del órgano de administración.

El Presidente de la Corte hizo las siguientes consideraciones textuales, que relatamos parcialmente: “2º ...el a quo después de efectuar consideraciones sobre la desestimación de la personalidad jurídica, sostuvo que en virtud de las falencias registrales en que incurrió la empleadora el presidente del directorio debía responder en los términos del art. 274 de la ley 19.550 en razón de haber desempeñado el cargo durante la relación laboral y, por ende, cuando se concretaron las maniobras para ocultarla... 5º Que respecto a los arts. 59 y 274 de la ley 19.550 cabe señalar que la responsabilidad de los administradores, representantes y directores hacia terceros (como los trabajadores) es la del derecho común, que obliga a “indemnizar el daño”, la cual es diferente a la del obligado solidario en las relaciones laborales. En consecuencia, resulta imprescindible acreditar la concurrencia de los presupuestos generales del deber de reparar, lo que no se ha hecho en la especie... es necesario demostrar el daño... 8º) Que, en efecto, en las causas “*Carballo, Atilano c. Canmar S.A. (en liquidación) y otros*” y “*Palomeque, Aldo Renée c. Benemeth S.A. y otro*”... el Tribunal dejó sin efecto pronunciamientos que, en contraposición con principios esenciales del

<sup>20</sup> TOSELLI, Carlos A. “Responsabilidad solidaria: extensión y límites de sus efectos” en *Semanario Jurídico, Fallos y Doctrina*, Rep. Argetnna, Diciembre 2010, Especial n1 18 Temás Actuacones del Derecho del Trabajo, año XXXIII pág. 7, con cita “Con toda la secuela que emana del pronunciamiento por vía del art. 280 de la CSJN en autos “*Daverede, Ana M. c/ Mediconex S.A. y otros, 29/05/2007*”

<sup>21</sup> REQUENA, Cristina “Responsabilidad personal de los socios ante créditos laborales incobrables” en *Zeus Córoeba*, n° 422, tomo 18 pág. 29, Año IX del 8 de febrero de 2011.

régimen societario habían prescindido de considerar que la personalidad diferenciada de la sociedad y sus administradores constituye el eje sobre el que se asienta la normativa sobre sociedades anónimas, y que ésta conforme un régimen especial que se aplica porque aquéllas constituyen una herramienta que el orden jurídico provee al comercio como uno de los principales motores de la economía. Esa línea argumental también estuvo presente en la causa... “Tazzoli, Jorge Alberto c. Fibracentro S.A. y otros s/ despido”, del 4 de julio de 2003... para decidir que no era arbitrario lo resuelto por la alzada laboral en el sentido de que no cabía hacer lugar a la extensión de la condena pretendida, con sustento en el art. 274 de la ley de sociedades, porque la personalidad jurídica sólo debe ser desestimada cuando medien circunstancias de gravedad institucional que permitan presumir fundadamente que la calidad de sujeto de derecho fue obtenida al efecto de generar el abuso de ella o violar la ley. 9º)... debe interpretarse en forma restricta, porque, de lo contrario, se dejaría sin efecto el sistema legal estructurado sobre la base del art. 2 de la ley 19.550 y arts. 33 y 39 del Código Civil. En tal sentido, no es ocioso destacar que en el mensaje de elevación de la ley 22.903 se señaló que el supuesto que contempla se configura cuando la sociedad se utiliza “para violentar lo que constituye el objeto genérico y abstracto de las sociedades comerciales a la luz de lo dispuesto en el art. 1º de la ley 19.550”. Es decir, que el propósito de la norma es sancionar el empleo instrumental de la sociedad para realizar actos ilícitos y no los que ésta realiza. La ley responsabiliza a los socios únicamente en los supuestos de uso desviado de la figura societaria, en las que ésta encubre situaciones ajenas al objetivo social, como lo son las hipótesis relativas de utilización para posibilitar la evasión impositiva, la legítima hereditaria, el régimen patrimonial del matrimonio o la

22 La "doctrina de la penetración" o "teoría de la desestimación de la persona jurídica" puede aplicarse en derecho del trabajo cuando detrás de la persona jurídica aparente de un empleador se trata de cubrir la responsabilidad patrimonial del responsable, a través de la insolvencia de la sociedad interpuesta.... La aplicación de la "teoría de la penetración" implica, fundamentalmente, la existencia de un abuso que causa un agravio a la justicia o equidad en perjuicio de alguien, por lo que, en el caso concreto de situaciones producidas en el derecho del trabajo, es requisito indispensable que la sociedad "pantalla" del empleador real sea insolvente, ya que si no habría razón para aplicar el remedio, pues no se produciría una utilización abusiva de la misma....La aplicación de la "teoría de la penetración" requiere, además, de la existencia de un agravio a la justicia, la demostración de que hay un "socio controlante" de la sociedad "interpuesta", porque entonces se dan los argumentos requeridos para que, prescindiendo de la forma jurídica empleada, se responsabilice al socio controlante en la medida que ha utilizado una "pantalla" para evadir sus responsabilidades (art. 14, ley de contrato de trabajo) (Adla, XXXIV-D, 3218 ; XXXVI-B, 1175) aunque, de cualquier forma, su situación no puede ser más grave que la de un socio colectivo, resultando responsable previa efectiva ejecución de los bienes sociales: CNTrab., sala VIII, mayo 29 - 989. - Aguirre, Simeón L. c.Sardelick, Antonio F.) DT, 1989-B, 1360. - El abuso de la personalidad societaria suele ocurrir cuando se intentan derivar sobre el patrimonio de entes paupérrimos los débitos provocados por quienes ensayaran tal maniobra, sugiriéndose así que la indagación de tal ilícito civil procederá en principio cuando exista insolventación. Al respecto, el tribunal ha enseñado sobre lo adecuado de respetar la separación patrimonial de las sociedades, en tanto ésta no sea probablemente el medio de violación de otras reglas jurídicas. CNCCom. ,SALA D , marzo 23 - 984 --- Corigliano e Hijos, Domingo c. Alcofer, S. R. L. y otros) LA LEY, 1984-C, 247 - DJ, 984-4-111 - La desestimación de la personalidad jurídica de las sociedades procede, entre matriz y filial, para el caso de insolvencia ; en los supuestos de confusión entre persona jurídica y física como, por ejemplo, en lo concerniente a nacionalidad, domicilio o vecindad, disimulación de la propiedad personal de bienes o modificación de su transmisión por sucesión. CNCCom. ,SALA B , diciembre 6 - 982 --- De Carabassa, Isidoro c. Canale, S. A. y otra) LA LEY, 1983-B. 362 - JA, 983-II-549 - ED, 103-165. No basta la demostración de una ceñida vinculación interempresaria para que se relativice la noción y los alcances de la personalidad jurídica (art. 2º, LSC), mediante la aplicación de la teoría del *disregard*, puesto que el proceso de concentración empresaria tiene –con excepción de casos patológicos– una vitalidad que es propia de los nuevos fenómenos económicos que intenta regular el derecho. En nuestro derecho, ni el conjunto económico, ni el estado de dominación ni el control ni la estructura en *holding*, ni el sistema de filial y madre, para citar sólo algunas variantes de combinación de empresas económicas, han justificado por sí solos la aplicación de la teoría del *disregard of legal entity*. Por lo demás, en muchas ocasiones se ha arribado a soluciones en que la desestimación aparece como un exceso que perjudica toda la creación jurídica que implica la estructura llamada *persona de existencia ideal*, en el derecho Admitiendo que el origen doctrinario de la teoría del allanamiento de la personalidad jurídica se encuentra en su aplicación jurisprudencial por los tribunales estadounidenses, resulta acertado estudiar los casos en que se ha declarado procedente. He aquí una serie o listado de posibilidades que permiten inferir la existencia de un conjunto económico, es decir, en que media la calidad de agente, adjunto, o alter ego, etc., de una respecto de otra empresa. Tales indicios son, entre otros, la valoración de la suficiencia o insuficiencia del capital de las subsidiarias tomando como medida el capital de otras empresas competitivas normales; medida en que existe un directorio común, medida en que ambas tienen departamentos administrativos o comerciales comunes ; medida en que la contratación entre ambas fue preferentemente favorable a una de ellas ; medida en que un empleado, funcionario o director de la controlante, intervino causalmente en el contrato o en el acto antijurídico que motiva la acción ; tipo de negocio de cada uno de ellas ; medida en que el comercio o el público en general consideraba a las dos una única empresa ; posibilidad de error en al contraparte contractual en cuanto a la persona promitente. - Partiendo de la teoría del allanamiento de la personalidad jurídica se ha dicho que si la estructura formal de la persona jurídica se utiliza de manera abusiva, el juez podrá descartarla para que fracase el resultado contrario a derechos a que se persigue, para lo cual prescindirá de la regla fundamental que establece una radical separación entre la sociedad y los socios. - La doctrina del "disregard" ha presupuesto, en la formulación inicial, la situación crítica de la insolvencia, pero en su aplicación jurisprudencial, no siempre se ha requerido la existencia de un perjuicio real y actual ni que una de las partes haya caído en estado de insolvencia. - La aplicación de la doctrina de la penetración de la personalidad, debe efectuarse con criterio restrictivo ; la esencia de tal aseveración debe buscarse precisamente en la necesidad de preservar la realidad jurídica que importa el sujeto de derecho sociedad. CNCCom, Sala A, 9/8/79, “Zamora Ventas SRL c/Técnica Comercial Hoy SA”, LL, 1980-C-27, y ED, 85-488.

23 CSJN in re “Daverede Ana M. c Mediconex S.A. y otros, La Ley IMP. 2007-13 (Julio) 1330.

responsabilidad de una parte del patrimonio ajeno a la sociedad. Por lo tanto quedan fuera del ámbito de aplicación de la norma los supuestos de obligaciones legales que, aunque causen daño a terceros, no tienen su origen en el uso indebido de la personalidad. 10) Que de lo expuesto se sigue que la doctrina de la desestimación de la personalidad jurídica debe emplearse en forma restrictiva. Su aplicación requiere la insolvencia de la sociedad lo que en el caso no se ha probado pues ante la inexistencia de un perjuicio concreto a un interés público o privado no se advierten razones que justifiquen su aplicación. Sin embargo, aun en este supuesto es preciso acreditar el uso abusivo de la personalidad, pues no cabe descartar que la impotencia patrimonial haya obedecido al riesgo propio de la actividad empresaria”.

Hasta aquí las expresiones –incluso *obiter dictum* en torno a la desestimación de la personalidad- del voto del Dr. Lorenzetti que generan nuestras inmediatas consideraciones. El Ministro se refiere al equívoco de invocar normas de responsabilidad cuando se intenta aplicar el régimen del art. 54 ter LSC. Acotamos que la doctrina americana sostiene que la llamada desestimación de la personalidad es una forma de responsabilización en las relaciones de organización.

En la doctrina de los Estados Unidos de Norteamérica se cuestiona la teoría del disregard por su imprecisión y se plantea si no es una modalidad de aplicar responsabilidad. La desestimación en sentido estricto implica el desconocimiento del principio de división (separación o escisión) patrimonial entre la sociedad y los socios o los terceros controlantes, pero normalmente es usado en sentido lato, eliminando las limitaciones de responsabilidad de los socios fijados por el tipo societario o de imputabilidad por las formas societarias. En este sentido se usa en el derecho americano la expresión "disregard of the legal entity o percing of the corporate veil" <sup>24</sup>. De todas formas es tema debatido en E.E.U.U. si se está verdaderamente frente a acciones de descorrimiento de velo o meramente de responsabilidad. La doctrina sostiene que en el derecho americano la teoría del levantamiento del velo es una figura que deja enorme discrecionalidad al juzgador, no percibiéndose como una construcción debidamente delimitada para la justicia y seguridad jurídica. Es que ha llegado a sostener la doctrina que no existen elementos esenciales diferenciadores entre la teoría del disregard y de la presunción de responsabilidad por la *enterprise theory*.

Debemos advertir que la expresión *inoponibilidad de la personalidad societaria* es usada también muy latamente por la doctrina europea para hacer responsables a administradores o socios de los pasivos ante la insolvencia<sup>25</sup>.

De todas formas esta acción intenta responsabilizar a los socios o a los controlantes, no a los administradores como tales, en quiénes focalizamos la atención.

3. La insolvencia (infrapatrimonialización) como condición de las acciones de responsabilidad o de “inoponibilidad”.

---

<sup>24</sup> Court of Appeal for the Fifth Circuit, con fecha 29 de enero de 1990 sostuvo que el recurso de la personalidad jurídica no puede ser superado para afirmar la responsabilidad de la sociedad controlante en relación a los costos relativos a la bonificación de un área en la que actúa una sociedad totalmente controlada.... A criterio de la corte el superamiento del recurso de la personalidad jurídica debe ser limitado a la situación en la que la forma de la sociedad PERSONIFICADA es usada como una función preordenada a un fin fraudulento o al efecto de no incurrir en responsabilidad personal (cfr. Corporate Veil Cannot Be pierced To impose Superfund Liability On Parent, in Securities Regulation y Law Reports, vol. 22, 2 febbraio 1990, p. 158 y ss.).

<sup>25</sup> Nto. “Acción individual de responsabilidad de acreedores contra administradores societarios”, en libro *AA Responsabilidad de administradores*, Ed. Legis, Buenos Aires 2008 Instituto Argentino de Derecho Comercial; ZENATI, M. *Le produit de l'action en courblement du passif et la masse des créanciers*, n. 213. En este sentido, no existe en el derecho argentino el principio de subsidiariedad, es decir, para que la imputación jurídica se realice al socio o controlante, no es necesario que la sociedad se encuentre en estado de insolvencia.



Lorenzetti a la par de remarcar la necesidad del daño, apunta fundamentalmente a la constatación de la existencia de insolvencia de la sociedad obligada al pago.

Una de las crisis de las sociedades es su infrapatrimonialización, su sobreendeudamiento o la insuficiencia del flujo de caja para asumir las obligaciones contraídas o cumplir el objeto social (empresa). Ello implica el mayor conflicto societario pues involucra la propia existencia de la sociedad. Como vimos, la aplicabilidad del art. 54 ter LSC requiere –en temas de responsabilidad como señala Lorenzetti–, como presupuesto indispensable que la sociedad “manipulada” sea insolvente, ya que no habría razón para aplicar el remedio en caso contrario, pues no se produciría una utilización abusiva de la misma, y no existiría el daño a resarcir pues la obligación habría sido cumplida por la sociedad empleadora.

Sobre la jurisprudencia laboral y el requerimiento de insolvencia hemos también divagado<sup>26</sup>. La sociedad constituida, debidamente publicitada, pasa a ser una persona jurídica dotada de un patrimonio independiente que, como tal, se constituye en una institución jurídica en cuanto no puede desaparecer sino a través de una decisión imputable a la sociedad o por el reconocimiento de existencia de una causal de disolución prevista en la ley, que impone un procedimiento de liquidación no disponible. Ello caracteriza a la sociedad como institución jurídica en cuanto, si bien el vínculo nace normalmente de un contrato –no necesariamente–, la liquidación de la persona está sometida a un trámite institucional necesario para, como si fuera la muerte de una persona física, satisfacer las relaciones jurídicas generadas durante la funcionalidad de esa sociedad-persona, cumpliendo contratos, pagando a los acreedores y entregando a los socios el remanente si lo hubiere.

El recaudo de la insolvencia es relativo, no exigido por la norma pero obvio para ciertos supuestos por razones prácticos.

En el derecho norteamericano, respecto a sociedad en estado de cesación de pagos cuyos administradores no abren los procedimientos concursales, la jurisprudencia ha dado un viraje a partir de 1991 sosteniendo la responsabilidad civil de esos administradores frente a los nuevos acreedores<sup>27</sup>. En base a la *business judgement rule* “si la decisión fue tomada sin la información adecuada y disponible, ha existido una gruesa negligencia (culpa grave) del empresario por lo que deberá responder civilmente”<sup>28</sup>. Se expresa<sup>29</sup> “... si en la actualidad una compañía se ve metida en líos, los consejeros pueden ser demandados a título personal...”. Y ello es anterior al caso Emron y los demás escándalos corporativos contemporáneos que agravaron las normas y su juzgamiento.

#### 4. Deber de afrontar la crisis oportunamente.

---

<sup>26</sup> Nto. “La Institución jurídica Sociedad (Sobre responsabilidad de socios y controlantes, motivada en fallos laborales)” publicado en libro colectivo “Responsabilidad de los administradores y socios por deudas laborales”, Ed. Fundación para la Investigación y Desarrollo de las Ciencias Jurídicas, 2009, Buenos Aires, pág. 111 a 166.

<sup>27</sup> VICARI, ANDREA *I doveri degli amministratori in caso de insolvenza della società nel diritto statunitense*, en *Rivista delle Società* 1999 p. 1244.

<sup>28</sup> DOBSON, JUAN M., *El abuso de la personalidad jurídica (en el Derecho Privado)*, Ed. Depalma, Bs. As. específicamente pag. 105.

<sup>29</sup> GIBNEY, FRANK *El milagro programado 2º. Ed. Sudamericana Planeta, Buenos Aires 1987, p. 13.*

Siempre se ha sostenido que las crisis societarias, su insolvencia, deben ser asumidas tempestivamente. Entre otros artículos que nos corresponden, afrontamos la cuestión con este mismo título con la jurista Gabriela BOQUIN, refiriéndonos al fallo de la Cámara Civil y Comercial de Lomas de Zamora, sala 1º, con fecha 15 de mayo de 2008 en la causa “GEREZ de MARTINO, María c/ AMOROS de LEDO, Aurora” abonó la tesis que se viene sosteniendo desde la doctrina autoral societaria y laboral sobre responsabilidad de administradores societarios, y en casos de socios, por no afrontar la crisis por las vías propias que otorga el sistema jurídico.

4.1. “El centro de la escena” lo constituye la “tempestividad” en la asunción de la crisis, dentro del que se encuentran soluciones societarias o la apertura de un proceso concursal. La conducta es reprochable de administradores que con desidia o por provecho no llevan la contabilidad societaria en forma debida, vacían a la sociedad de sus activos, e ignoran la infrapatrimonialización del ente que gerencian prosiguiendo con su actividad, ignorando los procedimientos liquidatorios previstos en la ley de sociedades o de concursos, generando pasivos que saben, como es lógico, no serán satisfechos.

Con esa conducta impropia los administradores –y quizá los socios- la sociedad y su actividad se transforman en una cosa riesgosa que, operando ilícitamente en el mercado, dejarán víctimas de sus vínculos que no verán jamás un céntimo en relación a sus créditos insatisfechos.

En primer lugar se trata que, en el caso de sociedades, la crisis sea afrontada dentro de las técnicas previstas en la legislación societaria –cuanto más temprana mejor, sin llegar a la infrapatrimonialización, ni a operar en insolvencia o cesación de pagos-.

Los socios deben asumir la solución de la crisis ante la convocatoria de los administradores, normalmente patrimonializando a la sociedad, a través de decidir un aumento de capital de las diversas formas que prevé o impone la ley de sociedades, donde teniendo derecho de preferencia pueden llegar a llamar a los acreedores a capitalizar sus acreencias. Esto puede tener diversas respuestas técnicas, con primas, rescates, emisión por clases, donde sin perder la dirección del negocio acerquen a los acreedores contractuales en razón de la empresa a involucrarse en su desarrollo y permanencia.

Por ende cuando no se han respetado las mínimas condiciones de uso previstas en la ley de sociedades comerciales, dicho actuar debe quedar encuadrado en los art. 506, 521, 902 y 931 del Código Civil, más allá de la apreciación en cada caso en particular del encuadramiento en el art. 1072 CC.

4.2. Sabemos que la responsabilidad de los administradores por su función puede ser denominada como “calificada” ya que el artículo 59 LSC exige un obrar con la diligencia de un buen hombre de negocios. Esta responsabilidad calificada quedará encuadrada en los parámetros del art. 902 CC que prevé que cuanto mayor es el deber de obrar con prudencia y pleno conocimiento de las cosas mayor es la obligación que surja de las consecuencias de los hechos que le fueran imputables.- ¿Y cuál es la mayor obligación prevista en el Código Civil cuando se incumple una obligación a cargo de determinada persona? La prevista en el artículo 521 de dicho cuerpo legal que establece que la inejecución maliciosa produce una responsabilidad por las consecuencias mediatas e inmediatas producto de dicho obrar. Ello nos lleva claramente a la noción de “dolo obligacional” regulado en el art. 506 C.C..

Es decir que el administrador en cuestión debe responder por los daños directos e indirectos que le ha provocado al acreedor social por el mal desempeño de sus funciones. Lamentablemente en este punto no profundiza el fallo siendo la descripta una conducta reprochable perfectamente enmarcable en estas nociones.

Pero no hay duda que continuar operando una sociedad en cesación de pagos implica cuanto menos dolo civil respecto a los nuevos acreedores. Obviamente que si la actuación es dolosa puede llevar a

indemnizar “todas las consecuencias dañosas de sus actos, incluso las casuales”<sup>30</sup> (art. 905 CC).

Seguir contratando con terceros en estado de crisis –o con pérdida del capital social- significa violar el deber de lealtad. Lo que implica actuar con dolo (art. 931 C.C.).

El concurso –de no afrontarse y solucionarse las causales de disolución por la vía societaria- debe abrirse lo más rápidamente posible para evitar dañar y posibilitar la continuación de la empresa. Y aquí vuelve a operar la noción de responsabilidad “calificada” del administrador que debe obrar como un buen hombre de negocios reconociendo cuando el estado de cesación de pagos se ha instalado en la vida cotidiana del ente.

El problema central es lo tardío de una intervención que impide el saneamiento. Ángel Rojo señala que “de la quiebra se huía a través de la suspensión de pagos”, llevando a que en la práctica la convocatoria haya servido para tramitar verdaderas quiebras, demostrando a la postre el fracaso del derecho para salvar una empresa que ya no podía serlo. Para superar el problema hace falta intervenir a tiempo y sin vacilaciones. El éxito de todo sistema concursal que persigue como fin primario el saneamiento, exige –al igual que el tratamiento de un enfermo- diagnosticar a la mayor brevedad para iniciar a tiempo el tratamiento. Es menester ante todo intervenir con rapidez. Rescata que “En la doctrina científica contemporánea del Derecho concursal existe sustancial acuerdo acerca de la necesidad de que el concurso de acreedores sea declarado oportunamente. El problema del “tiempo” de apertura del procedimiento concursal (timing problem) constituye preocupación constante de quienes, desde los más distintos ámbitos se ocupan de la reforma del Derecho de la insolvencia. La formulación de este problema es muy simple: el concurso llega tarde a la situación de insuficiencia del patrimonio del deudor y, en ocasiones, tan tarde que el patrimonio del deudor está ya vacío, lo que impide al Derecho concursal cumplir la función esencial ... el concurso de acreedores debe ser un instrumento técnico para poder curar enfermos y no para enterrar cadáveres”<sup>31</sup>.

4.3. Para realizar un análisis adecuado de la cuestión debemos poner especial énfasis en las normas que regulan o resultan aplicables a los fines de definir la responsabilidad de controlantes, socios y administradores. Este análisis no puede circunscribirse sólo al derecho societario sino que deberemos tener en cuenta normas básicas de nuestro derecho patrimonial, además de las especialmente diseñadas a tales efectos como las provenientes de la leyes de sociedades y de contrato de trabajo.-

Así entenderemos que el pilar básico contenido en el art. 1109<sup>32</sup> del Código Civil considera como principio esencial el apotegma “ el que daña repara”.

Luego dentro de los artículos que aprecian en la ley de sociedades la posibilidad de adjudicar responsabilidad por obligaciones contraídas por la sociedad, observamos que el art. 54 ter<sup>33</sup>

<sup>30</sup> Nissen ob. cit. tomo 3 pág. 275.

<sup>31</sup> ROJO, Ángel “La reforma del derecho concursal español”, págs. 87 y ss. en el libro colectivo *La reforma de la legislación concursal* dirigido por el mismo, específicamente a pág. 113.+

<sup>32</sup> El texto del artículo 1109 del Código Civil, en su parte pertinente, reza así: “Todo el que ejecuta un hecho, que por su culpa o negligencia ocasiona un daño a otro, está obligado a la reparación del perjuicio. Esta obligación es regida por las mismas disposiciones relativas a los delitos del derecho civil”

<sup>33</sup> Art. 54 te “ (Inoponibilidad de la persona jurídica) La actuación de la sociedad que encubra la consecución de fines extrasocietarios , constituya un mero recurso para violar la ley, el orden público o la buena fe o para frustrar derechos de terceros, se imputará directamente a los socios o a los controlantes que la hicieran posible , quienes responderán solidaria e ilimitadamente por los perjuicios causados”

considera responsables por la imputación que se hace de la conducta social a los socios y controlantes ya sea internos o externos de hecho o de derecho, lo que hemos referido.

Para responsabilizar a los administradores se aplica la normativa societaria, que no está sola, pues si bien el artículo 59, 157, 274, 279 LS<sup>34</sup> reconocen un patrón de conducta y causales de imputabilidad tales como mal desempeño del cargo, violación a la ley, el estatuto o el reglamento y por cualquier otro daño producido por dolo, abuso de facultades o culpa graves, dichas conductas deben ser apreciadas bajo la lupa del principio general del derecho<sup>35</sup> emanado del artículo 902 del Código Civil<sup>36</sup>, siendo por ende una responsabilidad claramente “calificada”. Como correlato de lo expuesto debe también tenerse en cuenta la noción de culpa expresada en el art. 512 del CC<sup>37</sup>.

Como complemento de todas estas normas debemos recordar que frente al fraude laboral opera a los fines de la extensión de la responsabilidad la solidaridad consagrada por el artículo 1081<sup>38</sup> del Código Civil respecto de los autores, coautores, consejeros y cómplices.

4.4. Debemos dejar aclarado que el denominado pago en negro es claramente un caso de fraude laboral, enmarcable en los parámetros establecidos en los arts. 1072 y 1073 del CC, que tiene las aristas de “complejo” ya que a través de su comisión no sólo se despoja al trabajador de la percepción integral de su indemnización que se ve disminuida además que operará esa misma merma a la hora de que el mismo deba percibir su jubilación o en su caso la pensión que correspondiese por su fallecimiento, sino que también se defrauda al sistema previsional que percibe ingresos inferiores producto de la operatoria ilícita y el mercado comercial todo que sujeto al régimen de libre competencia sufre que los inferiores costos del infractor le permita colocarse en

<sup>34</sup> ARTICULO 59. — Los administradores y los representantes de la sociedad deben obrar con lealtad y con la diligencia de un buen hombre de negocios. Los que faltaren a sus obligaciones son responsables, ilimitada y solidariamente, por los daños y perjuicios que resultaren de su acción u omisión

ARTICULO 157. — ( parte pertinente ) Los gerentes serán responsables individual o solidariamente, según la organización de la gerencia y la reglamentación de su funcionamiento establecidas en el contrato. Si una pluralidad de gerentes participaron en los mismos hechos generadores de responsabilidad, el Juez puede fijar la parte que a cada uno corresponde en la reparación de los perjuicios, atendiendo a su actuación personal. Son de aplicación las disposiciones relativas a la responsabilidad de los directores cuando la gerencia fuere colegiada

ARTICULO 274. — Los directores responden ilimitada y solidariamente hacia la sociedad, los accionistas y los terceros, por el mal desempeño de su cargo, según el criterio del artículo 59, así como por la violación de la ley, el estatuto o el reglamento y por cualquier otro daño producido por dolo, abuso de facultades o culpa grave.

Sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo anterior, la imputación de responsabilidad se hará atendiendo a la actuación individual cuando se hubieren asignado funciones en forma personal de acuerdo con lo establecido en el estatuto, el reglamento o decisión asamblearia. La decisión de la asamblea y la designación de las personas que han de desempeñar las funciones deben ser inscriptas el Registro Público de Comercio como requisito para la aplicación de lo dispuesto en este párrafo.

Exención de responsabilidad. Queda exento de responsabilidad el director que participó en la deliberación o resolución o que la conoció, si deja constancia escrita de su protesta y diere noticia al síndico antes que su responsabilidad se denuncie al directorio, al síndico, a la asamblea, a la autoridad competente, o se ejerza la acción judicial.

ARTICULO 279. — Los accionistas y los terceros conservan siempre sus acciones individuales contra los directores

<sup>35</sup> En la nota a la sección segunda del Libro primero del Código civil que regula a los hechos y actos jurídicos que producen la adquisición, modificación, transferencia, o extinción de los derechos y obligaciones, Velez aprecia que en la misma se ven generalizados los mas importantes principios del derecho

<sup>36</sup> Texto del artículo 902 del Código Civil: “ Cuando mayor sea el deber de obrar con prudencia y pleno conocimiento de las cosas, mayor será la obligación que resulte de las consecuencias posibles de los hechos”

<sup>37</sup> Texto 512 Código Civil: “La culpa del deudor en el cumplimiento de la obligación consiste en la omisión de aquellas diligencias que exigiere la naturaleza de la obligación y que correspondiesen a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar”

<sup>38</sup> Texto del artículo 1081 del Código Civil “ la obligación de reparar el daño causado por un delito pesa solidariamente sobre todos los que han participado en él como autores, consejeros o cómplices, aunque se trate de un hecho que no sea penado por el derecho criminal”

una mejor situación en el mercado. Es más la Ley 25.512 de Pacto federal de Trabajo regula el régimen sustantivo general de infracciones a las leyes laborales y constituye el contenido sustantivo del derecho penal, fijando en su artículo 4 como falta muy grave la ausencia de registración del vínculo laboral y en su artículo 10 aplica multas por esta conducta reprochable solidariamente a la sociedad, sus administradores, síndicos y miembros del consejo de vigilancia y también a los mandatarios que hubiesen intervenido en los hechos.

Claro que el pago en negro supone su inexistencia en la contabilidad, tema muy distinto al trabajador en negro, al que suele pagársele en blanco pero bajo la simulación de un contrato de servicios. El pago en negro supone administración penal fraudulenta, pues se realizaría con dinero que no se registra en el circuito normal de la administración societaria. En caso de haber desaparecido los libros y la documentación contable se generaría esa responsabilidad. Pero en casos donde se condena a administradores de sociedades que llevan regularmente sus libros la cuestión debería estar unida a un giro a la justicia penal para que investigue la presunta comisión del delito de administración fraudulenta.

Todas las normas expuestas, especialmente las contenidas en el Código Civil, no son normas subordinadas sino subordinantes, pues cubren a todos los actos jurídicos que pueden celebrarse. Son principios jurídicos fundamentales, supuestos en todo ordenamiento normativo y presente en todas sus expresiones cualquiera sea el fuero donde el conflicto se debata.

La interpretación integral de todas las normas expuestas no dejan lugar a dudas que, ante el vaciamiento o transvasamiento empresario, frente a una sociedad infracapitalizada, controlada externa o internamente en forma abusiva, todo ello a los fines de defraudar al acreedor laboral o a otros acreedores, la solución no puede ser otra que la responsabilización de los socios, controlantes, administradores que hicieron posible la materialización de dicho fraude, respondiéndose en todos los casos por el daño y perjuicio causado.

#### IV – ¿REORGANIZACION SOCIETARIA O CONCURSAL ANTE LA CRISIS?

Nos planteamos de inmediato, para deslindar esa responsabilidad de los administradores frente a la insolvencia, potenciada cuando se perjudica a los acreedores, sobre cómo afrontar la crisis<sup>39</sup>.

##### 1. La vía preventiva.

Trabajamos dentro del parámetro apuntado por el distinguido colega E. Daniel Truffat en *EL DERECHO CONCURSAL EN LOS TIEMPOS DE LA “GRAN CONTRACCIÓN”*<sup>40</sup>, al expresar: “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 “concuralidad” en tanto técnica jurídica es, básicamente, una regla de reparto de pérdidas frente al fenómeno insidioso de la *cesación de pagos*<sup>41</sup>. Su norte es evitar la propagación de tal fenómeno –dado que la imposibilidad de cumplimiento de un

---

<sup>39</sup> Con el mismo título que este apartado, puede verse el artículo de nuestra autoría en libro colectivo AAVV *Reestructuración y Reorganización Empresarial en las Sociedades y los Concursos*, publicación del Instituto Argentino de Derecho Comercial – 2010, Director Martín Arecha, Vicedirectora Laura L. Filippi, Ed. Legis, Buenos Aires 2010, págs. 3 a 78.

<sup>40</sup> En Comunicación al V Congreso Iberoamericano de Derecho Concursal, organizado por Stefania Pacchi y para el Instituto Iberoamericano de Derecho Concursal en Montepulciano –Italia, Septiembre de 2009-, donde asumió su Presidencia la argentina Lidia Vaiser. Debemos agradecer a Truffat no sólo sus ideas y referencias, sino el alimentar la polémica respetuosa y constructiva que permite afrontar los problemas con mayor profundidad, descubriendo nuevas facetas, con metodologías y propuestas superadoras, con el diálogo maduro que logra despejar iniciales perspectivas.

sujeto cualesquiera, bien puede desencadenar *en catarata* otras imposibilidades y así al infinito <sup>42</sup>.... Librado a las solas fuerzas del mercado, la impotencia patrimonial de un cierto sujeto irrogaría, una guerra de todos contra todos, la eventual satisfacción del más fuerte, la absoluta falta de atención de los derechos de los más 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<sup>43</sup>, si la solución consistiera entre otras medidas en el cambio de titulares). Un concurso rehabilitatorio que no contemple un “sacrificio compartido” sería un abuso. Pero un concurso que intente que todo el padecer recaiga exclusivamente sobre los hombros del vector infectado por cesación, concluirá en un fracaso...<sup>44</sup>. No es aquí el lugar para debatir sobre la necesidad de mecanismos de prevención y soluciones “autocompuestas”, básicamente de orden intrasocietario, en los que tanto ha trabajado algún sector de la doctrina argentina –cuyo bastonero ha sido, claramente, el maestro Efraín Hugo Richard<sup>45</sup>-. Tales posturas, cuyo sentido común y sensatez parecen indisputables, marcan algo así como un “código de buena conducta” para las sociedades en crisis; como un “manual de operaciones”. Ahora cuando tales pasos no ha sido seguidos, o han sido cumplidos de modo insuficiente, o cuando el daño era tan profundo que no había modo de llevar a cabo los pasos del auto

---

41 “...Esta teoría amplia del estado de cesación de pagos o insolvencia define este concepto como *el grado de impotencia patrimonial que imposibilita el cumplimiento regular de las obligaciones con los recursos normales del giro comercial*. Sus notas características son la generalidad y la permanencia, ya que debe afectar a todo el patrimonio y no sólo a una parte; también debe ser subsistente y no aleatorio...”, JUNYENT BAS, Francisco “El instituto de la quiebra. Procedimientos para su declaración” en Revista de Derecho Privado y Comunitario Nro. 11, Concursos y Quiebras –II, pág. 9 [la cita es de página 18]

42 Efraín Hugo Richard, al analizar la situación de las empresas que prosiguen el giro sin patrimonio adecuado, señala: “...La demostración de la ineficiencia de un sistema lo constituyen las sociedades que actuando en cesación de pagos contagian ese estado a los que tengan vínculo con ella...”, autor citado, *Relaciones de organización. Sistema societario*, pág. 171.

43 “...Desde que comenzó a emplearse el “método gubernativo” se viene trabajando con un conjunto de ideas que hoy aparecen receptadas por el principio de “conservación de la empresa”. La empresa es mucho mas que los bienes que la integran. La combinación armónica y dinámica de los elementos subjetivos y objetivos (personas, elementos materiales y tecnología) tiene un valor para los particulares y un valor –también- para la sociedad. Maffia ha demostrado que la política de conservación de las empresas socialmente útiles desplazó a la liquidación falencial del lugar prioritario que ocupaba desde su origen...”, Rubín, Miguel E., op ya cít, pág. 27

44 “...A poco que se mire se advertirá que el derecho concursal argentino, antiguamente tan estatista y –al mismo tiempo ritual-, hoy, luego de la durísima experiencia de siete años de un liberalismo que atrasaba cien años en materia concursal, está buscando un quicio que lo ha vuelto a acercar a las hipótesis “convencionales” o “contractualistas”. Sólo que, y el dato no es menor, con jueces atentos que –concientes de un acuerdo de mayorías debe ser mirado con ojos severos para tutelar los derechos de las minorías- recurren libremente a todas las disposiciones que provee la ley sustantiva (en particular civil) para garantizar la transparencia de tales acuerdos y la justicia última de lo pactado en ellos. Es cierto que esto de la “justicia última” puede no pasar muchas veces de una expresión de deseos; porque la concursalidad es hija de la cesación de pagos [es decir, de la escasez, de la impotencia], pero parece obvio que la actual directriz está orientada a impedir que el concurso se vea como un negocio de un empresario pícaro que pretende transferir a sus acreedores las consecuencias de sus malas decisiones; y que, por el contrario, aparezca como un modo prudente y racional de socializar el daño, permitiendo a quien (obtenidas quitas, esperas o mutación del objeto de la deuda) se revele como sujeto potencialmente útil –capaz de repagar las consecuencias de ese “pasado” en los términos acordados y de proyectarse al futuro- intentando superar el duro trance de la cesación...”, Truffat, E. Daniel, comunicación al Congreso de Nueva Esparta, Venezuela, 2007, titulada “Brevisimas reflexiones sobre el estado actual del derecho concursal argentino en lo referente al procedimiento preventivo o saneatorio”, publicado en Revista de las Sociedades y Concursos , Año 10, Nro. 50, febrero/marzo 2008, pág. 37 [la cita es de página44]

45 “...La funcionalidad y la legislación societaria tienen hoy normas y recursos que permiten reencauzar las crisis patrimoniales. Son fundamentales las previsiones en torno a como debe procederse cuando se detecten o produzcan causales de disolución, facilitando la remoción de la vinculadas a aspectos patrimoniales las de aumento o reintegración del capital social, aumento por capitalización de pasivos, solución esta última que debería anticiparse a la apertura de cualquier concurso, como lo hace la ley concursal de Colombia, vinculando ambas legislaciones. La conservación de la empresa estructurada societariamente es un problema de los administradores y de los socios. Es una cuestión de derecho privado...”, autor citado, “Ensayo sobre axiología del derecho concursal”, en RDCO Nro. 235, marzo/abril 2009, pág. 315 [la cita es de pág. 379]

rescate; solo queda la técnica concursal<sup>46</sup>”.

Conforme esa prioridad que marcó Truffat sobre nuestra opinión, trataremos nuevamente de enfatizar las técnicas extrajudiciales societarias, aplicables aún cuando el daño sea “tan profundo”.

## 2. Reorganización de la empresa.

La reorganización societaria hace pensar en administradores diligentes que, ante la crisis, formulan un plan de negocios y lo someten a consideración de los socios para superarla, incluso con la incorporación de nuevos socios, como los casos de fusión, sin perjuicio de otras vías como es la transformación o la escisión. Nada impide esa reorganización en cuanto no esté destinada a burlar a los acreedores o perjudicar a los empleados.

La reorganización concursal supone una crisis instalada, que ha llegado a generar un estado de cesación de pagos para la sociedad, que no han sabido o no han querido los administradores –y quizá los socios- afrontar en sede interna societaria, intentando que la misma sea soportada por los acreedores en una decisión mayoritaria frente a la propuesta de acuerdo que formule la sociedad.

Las razones para elegir la segunda no son normalmente racionales, sino que responden a la idea que el sacrificio no sea afrontado por los socios, sino por los acreedores, sin perder posición aquellos en la sociedad, incluso beneficiándose con el mayor valor del patrimonio social frente a la quita y espera que asuman los acreedores.

Esta disyuntiva será el punto de análisis. Y el análisis no deberá terminar con la simple opinión sobre cuál es el mejor camino para enfrentar la crisis, sino los efectos de la elección de una determinada solución.

---

## 3. Prioridades conforme a la Corte.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación ha dado otra pista en la cuestión. En efecto, en fallo del 20 de octubre de 2009 la Corte formula un “obiter dictum” sobre el punto, al acoger planteos de arbitrariedad contra la sentencia homologatoria en el concurso de “Sociedad Comercial del Plata S.A. y otros s/ concurso preventivo”, basado en la afectación del debido proceso y del derecho de propiedad, ordenando que vuelvan los autos al tribunal de origen a fin de que se dicte nuevo pronunciamiento con arreglo a lo resuelto.

Esa resolución de la Corte apunta a aventar la falta de transparencia en que suelen transcurrir los procesos de aprobación de la propuesta de acuerdo –normalmente no integrada y por tanto improponible<sup>47</sup>- para la obtención de las mayorías necesarias para aprobar acuerdos que hemos calificado como predatorios y confiscatorios<sup>48</sup>, pues se alejan del esfuerzo compartido.

---

<sup>46</sup> Truffat, E. Daniel, “El carácter imprescindible de la concursabilidad frente al fenómeno de la insolvencia”, en libro del IIDC, “Cuarto Congreso Iberoamericano de Derecho Concursal”, pág. 289

<sup>47</sup> 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.

<sup>48</sup> Nto.” LAS LIQUIDACIONES SOCIETARIA, LA CONCURSAL Y EL ARGUMENTO DEL RESULTADO DE ESTA ÚLTIMA PARA HOMOLOGAR UNA PROPUESTA ABUSIVA”, en Zeus Córdoba, n° 353, Año VIII, 18 de agosto de 2009, tomo 15 pág. 169, Doctrina, y en Editorial Zeus, 10 de agosto de 2009, año XXXVI, Revista n° 15, tomo 110, pág. 785. Doctrina.

A través del voto de la mayoría- presenta, en torno a la propuesta de acuerdo abusiva, una concordancia con el precedente “Arcángel Maggio S.A.”<sup>49</sup>.

No ingresaremos 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”<sup>50</sup>.

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

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

Sin duda la posibilidad de las soluciones negociadas extrajudicialmente.

Atiende fundamentalmente a los recursos societarios para afrontar la crisis que registra imperativamente la ley societaria específica. Lo venimos sosteniendo desde hace muchos años, por lo que el concurso aparece –cuando no se ha intentando previamente aquél- como abusivo<sup>51</sup>, y enrarecido por la posibilidad de un negocio como señala un calificado autor<sup>52</sup>. No debe olvidarse que una quita implica un empobrecimiento de los acreedores –como señala la Corte- y un

494. 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.

50 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

51 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.

52 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 infinito .... Librado 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”.



enriquecimiento para el patrimonio social, y por ende de los accionistas— particularmente los de control-.

El derecho societario contiene un verdadero sistema preconcursal y resulta paradójico que en los concursos de sociedades —en los que el informe general del síndico suele dar cuenta que llevan varios años operando en cesación de pagos, no se advierta que los administradores han gestado un plan para afrontar la crisis y sometido a los socios para eliminar causales de disolución —pérdida del capital social y/o imposibilidad sobreviniente de cumplimiento del objeto social-<sup>53</sup>.

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.”<sup>54</sup>.

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 ilustradísimo libro<sup>55</sup> “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”.

<sup>53</sup> “EI PLAN DE EMPRESA (o como asumir crisis tempestiva y extrajudicialmente)” 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.

<sup>54</sup> 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 párrafo “5. Responsabilidad de los administradores por las deudas sociales e insolvencia de la sociedad”.

<sup>55</sup> DASSO, Ariel A. *Derecho Concursal Comparado*, tomo 1, Ed. Legis, Buenos Aires 2009, 804 páginas.

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

#### 4. Desjudicialización de la crisis.

No existe dudas de la corriente mundial en materia de crisis empresaria, concordando con Dasso en lo referido que "... 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", desjudicializando los procedimientos e imponiendo una planificación o reestructuración, separando incluso al empresario (socios y administradores) de la empresa viable de ser necesario.

En todos los sistemas la organización de la empresa lo es fundamentalmente a través del uso de la técnica societaria.

Una reforma al sistema concursal –que sin duda ronda en el Congreso de la Nación<sup>56</sup>- que no tuviera en claro esa situación –sin perjuicio de separar procedimientos especiales para consumidores u otras peculiaridades- implicaría una construcción sin cimientos, destinada a derrumbarse. Esa construcción debe comenzar con una integración de las normas societarias-concursales.

Es que –como señalamos- las soluciones preventivas, tempranas –anticipándose a la cesación de pagos- no deben esperarse del APE sino de la aplicación de las propias normas societarias, al enfrentarse las causales de disolución y liquidación por pérdida del capital social o la imposibilidad sobreviniente de cumplimiento del objeto social. Las mismas no sólo puede adoptarse, sino que deben afrontarse por los administradores, con la correspondiente planificación y/o reorganización, sometida a consideración de los socios, que pasa básicamente por la reintegración del capital social, su aumento a través de la suscripción preferente de los mismos, o convocando a terceros e incluso a través de la prevista capitalización del pasivo, como forma de asumir el riesgo compartido.

No puede aceptarse que una sociedad recurra al concurso –o al APE- sin antes intentar las soluciones específicas de la ley societaria, al sólo efecto de enriquecerse con una quita y espera, evitando el acceso de nuevos socios, ni puede aceptarse que se indique que la ley concursal argentina no impone un plan de empresa, lo que surge tanto de la ley societaria como de la concursal, que debería anticiparse en la presentación en concurso y explicitarse en la documentación que "integra" la propuesta de acuerdo.

Sostiene Gagliardo<sup>57</sup> "Producida que fuere la pérdida del capital social, los accionistas no están obligados, en principio, más que a acordar la disolución social y con ello la extinción de la empresa. Por el contrario, si acuerdan alguna solución de reconducción –reintegro (total o parcial) del capital y reducción-aumento del capital- deberán atender a las respectivas necesidades financieras y en consecuencia asignar a la entidad los recursos necesarios para la subsistencia. Estas alternativas no excluyen que, aun recurriendo a previsiones concursales, corresponda valorar la conducta de los administradores en razón de la descapitalización societaria".

---

<sup>56</sup> Jornadas sobre la Reforma Concursal del 27 de noviembre de 2009, organizadas por el Senado de la Nación, a las que fuéramos convocados con otros distinguidos amigos y juristas..

<sup>57</sup> GAGLIARDO ob. cit. tomo 1 pág. 617.

Adviértase de la referencia a acciones de responsabilidad de los acreedores perjudicados, aún en el caso de acuerdos homologados. El distinguido jurista también se refiere a responsabilidad por infracapitalización.

### 5. Resultados económicos: ¿un negocio?

Para esclarecer el panorama, lejos de señalar porcentajes ínfimos que se obtienen en liquidaciones, debería determinarse los resultados que sociedades concursadas resultantes de los balances de las sociedades que lograron homologar acuerdos de quita y espera. Daniel Vitolo en un Seminario de Estrategias Societarias y Concursales de Mar del Plata –octubre 2009- enunció las ganancias multimillonarias que se obtuvieron en muchos de ellos a poco de homologado el acuerdo (p.ej. APE de Multicanal S.A. que distribuyó en el inmediato balance a la homologación más de Un mil ochocientos millones de dividendo).

No puede ignorarse la posibilidad de soluciones negociadas extrajudicialmente, fundamentalmente los recursos societarios para afrontar la crisis, desjudicializando esa prevención en el sistema preconcursal societario. Las hemos practicado profesionalmente con gran éxito y beneficio para todos los implicados, con soluciones de múltiple naturaleza, que no necesariamente implican la inserción de terceros en la propiedad de las participaciones sociales.

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-, que lleven lisa y llanamente al aumento del capital social por los propios socios si no quieren perder posición, o incorporando a terceros o a través de la capitalización del pasivo contemplada expresamente en el art. 197.2 LS.

Ante la conveniencia de afrontar las crisis en su inicio, antes que se instale en la empresa y propague al mercado la cesación de pagos, y de ser posible haciéndolo con los menores costos de transacción, extrajudicialmente y causando el menor daño a los intereses vinculados, la doctrina ha sido conteste, y el derecho comparado viene dando soluciones diversas, que ante las crisis los remedios deben aplicarse en la forma más rápida posible, evitando la profundización de esa crisis y su contagio, y la importancia capital de la prevención<sup>58</sup>. Desde ese aspecto señalamos desde hace tiempo que las legislaciones mundiales otorgan soluciones a las crisis económico-financieras de las sociedades a través de ese propio medio técnico de la organización empresarial<sup>59</sup>.

---

<sup>58</sup> Lo hacía Yadarola en el año 1925 “Proyecto de ley de quiebras” publicado en la Revista de la Universidad Nacional de Córdoba, año 1925, y reproducido en *Homenaje a Yadarola*, Córdoba 1963, Editorial Universidad Nacional de Córdoba, tomo I pág. 335, lo hizo nuestra legislación en el año 1983 y ahora lo remarca MAFFIA, Osvaldo J.” FRANCIA. LA LEY DEL 26/JULIO/05 SOBRE SALVAGUARDA DE LA EMPRESA”, en El Derecho, martes 25 de octubre de 2005: “conlleva la exigencia de intervenir cuando la situación de la empresa acusara una situación susceptible de comprometer la continuación de su actividad, vale decir, tempestivamente, por tanto antes de que se instalara el estado de insolvencia, tesitura político-legislativa que recoge la preocupación volcada en ese hito que fue el *Rapport Sudreau*, aún cuando anterior al mismo. ...Destacamos al pasar la claridad con que se expresa la primacía del mantenimiento de una empresa, postergando el amparo de los acreedores, posturas difíciles de conciliar fuera de las “expectoraciones entusiásticas” –Ortega- que encontramos en nuestras ingenuas, pintorescas exposiciones de motivos. ...El nuevo régimen concreta una antigua idea que es de justicia unir al trabajo inteligente y perseverante de Roger Houin, y resume el gran tema del derecho concursal de las últimas décadas, a saber, la *prevención*. ... El *Rapport Sudreau* plantea con claridad y elocuencia el gran problema de aprehender cuanto antes las *dificultades* que sobrellevaba una empresa para permitir la intervención tempestiva, esto es, al surgir los problemas en medida tal que la empresa no alcanzara a neutralizarlos con sus medios normales, y esas dificultades pudieran comprometer la prosecución de su actividad. ...El tema específico de la nueva figura que nos ocupa, o sea la “salvaguarda de la empresa”, exhibe una extraña limitación si tenemos en cuenta las recordadas orientaciones en orden a *tempestividad*, lo cual presupone la ampliación subjetiva en orden a instancia (la experiencia de que el deudor demora cuanto puede su ocurrencia al tribunal es pandémica)”. Cfme. Nuestro *Justicia y Derecho. Insolvencia societaria*: “El incumplimiento voluntario de ciertas obligaciones por un deudor en dificultades financieras puede llevar a la quiebra al acreedor previsor que se encontraba *in bonis*” en “Congreso de Academias Iberoamericanas de Derecho” pág. 631 y ss., Edición Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Córdoba 1999.

<sup>59</sup> Nto. *Insolvencia societaria*, Ed. Lexis Nexis, Buenos Aires 2007 y los antecedentes en el mismo relacionados.

“La terapéutica debe adoptarse oportunamente, a imagen de las personas físicas que padecen alguna dolencia, en su oportunidad, y no tardíamente; es decir, cuando detectan los primeros síntomas de dificultades, y no al tiempo de la insolvencia.... Los legisladores de diversos países apoyan dicha tesitura, aunque no siempre con éxito... Un viejo adagio reza “más vale prevenir que curar””<sup>60</sup>.

Se trata, a la postre de situaciones de desequilibrio que ponen en peligro la supervivencia de una organización<sup>61</sup>, de una sociedad. Desequilibrios transitorios que pueden llegar a la permanencia del estado patrimonial. Nos permitimos apuntar que esos estados de “cesación de pagos” siempre son reversibles si no se agotaron los remedios societarios internos, llevando a preguntarse si puede presentarse en concurso judicial o extrajudicial una sociedad dentro de la cual los administradores o los socios no han intentado esos remedios para superar la crisis.

Lo “dirimente”<sup>62</sup> es poner la cuestión en manos de los socios. Estos tal vez decidan la capitalización de la empresa o admitan su fusión por absorción con otro ente más saludable”. Claro que lo ideal es hacerlo a través de la funcionalidad societaria, sin presentación en concurso.

Franco Bonelli<sup>63</sup> afronta el supuesto de la continuación de la gestión social después de la pérdida del capital social, con la responsabilidad de los administradores.

Resulta sorprendente que sociedades requieren los remedios concursales sin que se advierta que han intentado los remedios societarios. En la doctrina italiana se determina que la capitalización de la sociedad en crisis –sea la reconstitución del capital o la capitalización- o insolvente, requiere una decisión del órgano de gobierno, partiendo de la situación patrimonial determinada al tiempo de presentación en concurso preventivo conforme un balance extraordinario<sup>64</sup>.

La doctrina italiana reitera que la reforma de la legislación concursal ha omitido una regulación orgánica de la crisis y de la insolvencia de la sociedad, perpetuando una laguna de la legislación concursal hace tiempo criticada por la doctrina<sup>65</sup>. El futuro impone a la doctrina tratar de organizar a los acreedores de una sociedad ante el desorden de la actividad de sus administradores.

<sup>60</sup> CÁMARA, Héctor *El concurso preventivo y la quiebra* Buenos Aires 1982, Ed. Depalma, t.III p. 1429.

<sup>61</sup> CICHERO, Liliana “Las crisis empresariales y el acuerdo preventivo extrajudicial homologado” en *La Ley Actualidad*, página 1 del diario del 15 de marzo de 2001.

<sup>62</sup> BARREIRO, Marcelo G. – TRUFFAT, E. Daniel “Responsabilidad de administradores y representantes en la ley de quiebras: el deber fiduciario de la ley de sociedades, ¿se traslada a los acreedores?” en *Doctrina Societaria y Concursal*, octubre 2005, tomo XVII p. 1205 y ss.

<sup>63</sup> En *La responsabilità degli amministratori di società per azioni*, Ed. Giuffrè, n° 135 de los *Quaderini di Giurisprudenza Commerciali*,

<sup>64</sup> “La ricapitalizzazione della società in crisi o insolvente richiede anzitutto, partendo della domanda di concordato preventivo o della dichiarazione di fallimento, l’elaborazione di un bilancio ordinario infrannuale o straordinario, redatto secondo criteri contabili consoni alle prospettive della ristrutturazione risultanti dal piano collegato alla proposta di concordato (Cfr. G.E. COLOMBO, *Bilancio d’esercizio e consolidato*, in *Trattato delle società per azioni*, diretto da G.E. Colombo e G.B. Portale, 7ª, Torino 1994, 28 ss.; M. CARATTOZZOLO, *I bilanci straordinari*, Milano, 1996, 579 ss.; P. AFAMENI *Perdita del capitale bilancio straordinari*, Milano 2004, 23 ss., 97 ss.. Tale “piano” potrà preveder infatti, secondo i casi, la continuazione dell’impresa, la dismissione di latuni cespiti o rami diazienda in funzione del suo risanamento e anche la totale cessazione dell’attività, nell’ottica di una liquidazione volontaria, prevedibilmente più profittevole, del patrimonio sociale...” GUERRERA, Fabrizio, MALTONI, Marco *Concordati giuziali e operazioni societarie di “riorganizzazione”* en “*Revista delle società*” anno 53, 2008 p. 18, especialmente pág. 62/3.

<sup>65</sup> NIGRO, A. *Le società per azioni nelle procedure concursali*, in *Trattato delle società per azioni*, diretto da G.E. Colombo e G.B. Portale, 9ª, Torino 1993, 209 ss.

En la perspectiva del derecho societario, el fenómeno de la reorganización puede ser encuadrado en la estructura normativa de la sociedad de capitales, con operaciones referidas al aumento de capital, participaciones u opciones para superar la crisis. A diferencia de la constitución de la sociedad, la fase de la reorganización afecta no sólo a los suscriptores del capital sino a una pluralidad de sujetos extraños a la sociedad, pudiendo llegar a quedar en sus manos las decisiones sociales<sup>66</sup>. Se trata de usar de la “eficiencia” de los administradores societarios, ante la relativa eficiencia de todo sistema concursal cuando la crisis ya esta entronizada y los incumplimientos se han generalizado, potenciando los daños al mercado.

Se enfatiza<sup>67</sup> “... pasar a ser un agente insolvente no es más que una decisión”. Decisión que muchas veces se adopta en la constitución misma de una sociedad, o traspasando los riesgos a otros agentes –p.ej. obligacionistas- y luego manteniendo conductas para maximizar las ganancias haciendo soportar el riesgo de la insolvencia a los acreedores, “...entendemos que el agente en cuestión decidirá ser insolvente cuando ello le sea más beneficioso que no serlo”, tal situación se advierte en las sociedades cuando no adoptan los administradores y los socios si son llamados a hacerlo, las medidas societarias para paliar la crisis, que las hay y muy buenas.

## V - LA REORGANIZACIÓN SOCIETARIA.

Abundamos en este aspecto que, sin duda se centra en el insuficiente patrimonio de la sociedad, fácilmente solucionable por la capitalización –por los socios o terceros-, conforme al plan que presenten los administradores para la subsistencia de la organización societaria. Pero ello puede pasar por otras formas múltiples de reorganización de la empresa y de la estructura jurídica.

Nos hemos referido a *LA CRISIS DE LA ORGANIZACIÓN SOCIETARIA*<sup>68</sup> sosteniendo como resumen: “INSOLVENCIA SOCIETARIA. No hay duda que la situación de insolvencia (cesación de pagos) de una sociedad impone conductas especiales en lo interno de esa organización técnica –incluso al advertirse la magnitud de la crisis-, y su omisión genera efectos en torno a la responsabilidad de sus administradores y eventualmente de sus socios. - Es importante determinar que no siempre las terminologías son inequívocas e idénticas en el derecho comparado al referirse a lo que se entiende por crisis, “zona de insolvencia”, o cesación de pagos o insolvencia. - Una falta de precisión en la conexidad de las normas del derecho societario y el concursal, pueden haber permitido que se pensara sólo en soluciones del derecho concursal cuando una sociedad se encuentra en cesación de pagos, sin perjuicio de imponerse –a veces- la obligatoriedad de convocatoria a asamblea en lo interno. - Correlativamente suelen no tratarse a fondo las soluciones societarias a la crisis, de característica privada y extrajudicial, de “bajo coste”, para la propia sociedad y para la comunidad. - Nuestra posición ha sido siempre la de rescatar que en el derecho societario existen adecuadas soluciones para enfrentar preventivamente la crisis, incluso con soluciones ante la cesación de pagos o insolvencia. Las soluciones concursales o preconcursales serían adecuadas recién cuando aquellas fallaren. - El punto supone una visión particular de los intereses en juego, y de la obligatoriedad de ciertos actos societarios como necesarios para evitar responsabilidades. - Esos

<sup>66</sup> GUERRERA, Fabrizio, MALTONI, Marco *Concordati giuziali e operazioni societarie di “riorganizzazione”* en “Revista delle società anno 53, 2008 p. 22/3, D’ALESSANDRO A. *La crisi delle procedure concursali*, pág. 355; STANGHELLINI, Lorenzo *Creditori forti e governo della crisi d’impresa*, Fallimento 2006, 145 ss..

<sup>67</sup> ACCIARRI, Hugo A.; CASTELLANO, Andrea y BARBERO, Andrea “El problema de la insolvencia en el Derecho de Daños. Un aporte para su análisis económico” en *Jurisprudencia Argentina 2008-1 Número especial “Derecho y Economía”* coordinador por Hugo A. Acciari, Ed. Lexis Nexis, Buenos Aires 2008, doctrina, pág. 10 y ss.

<sup>68</sup> En trabajo presentando al V Congreso Iberoamericano de Derecho Concursal, realizado en agosto de 2009 en Montepulciano, Italia, y luego en “Perspectiva del Derecho de la Insolvencia”, Córdoba 2010, edición de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba.

actos estarán vinculados a la planificación: constitutiva de los socios, a la patrimonialización o financiamiento para asegurar el cumplimiento del objeto social; y posteriores obligaciones funcionales de los administradores, y cuya omisión implica apartarse de deberes de información y control. - En tal sentido es omisivo recurrir, tempestiva o tardíamente –como es normal en nuestro país-, al concurso preventivo (o acuerdos preconcursales), imponiendo quitas y esperas a los acreedores, sin previamente haber intentado remedios societarios para la “reestructuración de la empresa”. - Las quitas y esperas que aceptan o se imponen a los acreedores implican siempre un empobrecimiento de ellos y un enriquecimiento del patrimonio social en beneficio de sus socios. Recurrir a ello sin exponer un plan de negocios a acreedores e invitarles, como mínimo, a capitalizar sus deudas implica un abuso de derecho y del medio técnico societario. - Tratamos de insistir en que las crisis deben ser asumidas tempranamente, ante los primeros síntomas, en beneficio de los propios socios y –obviamente- de los acreedores. - El derecho de crisis se desenvuelve en hipótesis de inesperadas circunstancias o intervenciones tardías (sobre el punto se ha visto el altísimo costo para Gobiernos y Naciones en la crisis financiera global que se desató en 2007 pero que avizoráramos desde el 2002<sup>69</sup>). La mejor y más inteligente formulación de la legislación y la doctrina no puede dar soluciones perfectas cuando ya se ha desatado la crisis, sólo podrá atenuar los efectos catastróficos. - La “conservación de la empresa” implica una acción que debe estar a cargo de alguien. Ese alguien no pueden ser ni los acreedores ni el juez o funcionario concursal, sino los administradores y socios de la sociedad en crisis. - Con esta visión, el salvataje concursal de empresas desarrolladas por sociedades debe 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”.

Las soluciones societarias a la crisis e insolvencia se corresponden a una posición tratada por la doctrina italiana y española, quizá esta última encerrada por la rigidez de la nueva legislación societaria, verdadero procedimiento preconcursal, en cuanto a que sus plazos pueden restar creatividad o limitación a la planificación de los administradores para superar la crisis y su puesta en consideración de los socios.

Sin duda la solución intrasocietaria de la crisis tiene menores costes para la propia sociedad y para el Estado al generar un proceso privado, desjudicializado casi sin costes de transacción, que en muchos casos no es usado porque los socios avizoran que pueden perder poder, o que pueden obtener ventajas impensadas a través de la vía concursal. Es paradójico.

Es en juicios concursales –preventivos o liquidativos- donde se advierten las conductas extrañas al no haberse intentado los remedios societarios pese a operar muchos años en cesación de pagos, conforme certificación objetiva en el informe general del síndico concursal.

Paradójicamente se ha usado la técnica societaria para afrontar la crisis de Aerolíneas Argentinas S.A., con resultados aún muy inciertos, cuando lo que correspondía es precipitar un procedimiento concursal en trámite que hubiera permitido ejercer acciones de responsabilidad a actos dañosos contra el patrimonio social cumplidos desde el año 1992.

Frente a la crisis financiera-económica, incluso ante la cesación de pagos, de sociedades –lo que algunos llaman “zona de insolvencia” aún sin cesación de pagos- los administradores no pueden dejar de advertir señales tales como la infrapatrimonialización, sobreendeudamiento o insuficiencia

---

<sup>69</sup> Ntos. “El mercado financiero mundial, su crisis y responsabilidad (desde los paradigmas de la empresa a una gran estafa)” en *Ensayos de Derecho Empresario* (de nuestra Dirección) n° 5 pág. 47 a 84, Ed. Fespresa, Córdoba 2009, y “GLOBALIZACIÓN Y CRISIS FINANCIERA: DAÑOS Y RESPONSABILIDAD” en *El Derecho*, lunes 13 de abril de 2009 (globalización financiera crisis preanunciada y responsabilidad). Estos trabajos como los otros de nuestra autoría citados en este ensayo pueden verse en la página electrónica de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba [www.acaderc.org.ar](http://www.acaderc.org.ar)

del flujo de caja para asumir las obligaciones contraídas o para cumplir el objeto social (empresa, al decir de Colombres y Girón Tena).

Adviértase que esas señales coinciden con la generación de causales de disolución de la sociedad: en el balance un pasivo mayor que el activo la causal de pérdida del capital social, un flujo de caja inadecuado para atender las obligaciones ordinarias se suma a lo anterior para tipificar la causal de “imposibilidad sobreviniente de cumplimiento del objeto social”.

Se verá que la cuestión es bien distinta a la que perfila nuestro art. 59 LSA<sup>70</sup>, o sea a los factores de atribución de culpa y dolo. La jurisprudencia de Delaware –traída al comentario- rechaza las acciones contra los administradores si no se acreditan circunstancias indicativas de la mala fe, considerada necesaria para hacer valer la responsabilidad de los directores en relación a sus deberes de control<sup>71</sup>.

Parecería que en ciertos casos puede ser difícil distinguir “zona de insolvencia” de cesación de pagos. No debería serlo para los administradores mismos de la sociedad del caso.

Vitolo amonesta sobre el punto continuando sus conclusiones “Advertido esto, dentro de las pautas de conducta que se marcan en el art. 59 de la ley 19.550, *los administradores deberán tomar muy en cuenta los caminos a seguir; ya que su pasividad, tolerancia o la decisión expresa de continuar operando en la zona de insolvencia -sin tomar medidas específicas respecto de ello-, resultarán -necesariamente- elementos generadores de responsabilidad dentro de ese marco tan atípico cual es la responsabilidad societaria*; en especial en el caso de los directores de sociedades anónimas donde la responsabilidad deviene del carácter solidario con que la ley imperativamente sanciona a los integrantes del órgano de administración. Del mismo modo, cuando la conducta en este sentido adquiera carácter doloso, las responsabilidades concursales pertinentes también resultarán aplicables”.

## VI - CAUSALES DE DISOLUCIÓN DE LAS SOCIEDADES.

Las manifestaciones patrimoniales implican el mayor conflicto pues involucran la propia existencia de la sociedad al generarse causales de disolución que precipitan la etapa liquidatoria.

Advertida la situación de crisis, imposible de soslayar por un administrador societario –buen hombre de negocios-, debe con diligencia actuar para paliarla –planificando<sup>72</sup>-, llevando la cuestión a

<sup>70</sup> RICHARD, EFRAÍN HUGO Y MUIÑO, ORLANDO MANUEL *Derecho Societario*, Ed. Astrea, Buenos Aires 1999, pág. 229 y concordantes. RICHARD, EFRAÍN HUGO; RODRÍGUEZ, PABLO JAVIER Y VÉLEZ, HÉCTOR G. “Responsabilidad de administradores societarios y socios en supuestos de insolvencia en la concepción del Anteproyecto de Reformas a la ley de sociedades”, pág. 407, en Libro colectivo *Nuevas Perspectivas en el Derecho Societario y el Anteproyecto de Reforma a la Ley de Sociedades Comerciales*, coordinado por Daniel R. Vitolo y Marta G. Pardini, Editorial Ad Hoc, Buenos Aires abril 2005, también nro. “Responsabilidad de Administradores y Socios por no asumir tempestivamente la crisis” en *Problemas y cuestiones sobre las sociedades*, libro colectivo dirigido por Daniel R. Vitolo y Marta Pardini, Editorial Ad Hoc, Buenos Aires 2006, pág. 345, publicación de las XIII JORNADAS DE INSTITUTO DE DERECHO COMERCIAL DE LA REPUBLICA ARGENTINA Bahía Blanca, Pcia. de Buenos Aires, 26 y 27 de Octubre de 2006.

<sup>71</sup> Citigroup Inc. Shareholder Derivative Litigation, 964, A ed 206 (Del. Ch. 2009). Si los administradores han organizado un adecuado sistema de control interno.

<sup>72</sup> Ntos. *Insolvencia societaria* cit.; “El plan de empresa (o como asumir crisis tempestiva y extrajudicialmente)” en libro colectivo “Homenaje al Dr. Osvaldo J. Maffía” citado, Cap. II pág. 217.

conocimiento y decisión de los socios<sup>73</sup>, quiénes deben afrontar la cuestión por los diversos medios que prevé la legislación societaria de todos los países: reintegración o aumento del capital social, reorganización societaria o del negocio, capitalización del pasivo<sup>74</sup> o disolución de la persona jurídica. Este es el verdadero sistema de prevención de la insolvencia en el caso de sociedades. No sólo de prevención de la insolvencia, sino aún de resolverla cuando ya se hubiera producido la cesación de pagos.

Ante la crisis un buen administrador debe intentar afrontarla, con una planificación informal o formal, un faro. Y que si continua contratando en cesación de pagos (zona de cesación de pagos), asume responsabilidad frente a esos acreedores. En este aspecto aparece total coincidencia.

Tender a ultranza a mantener a la empresa, si no se tiene en claro su viabilidad y el bien jurídico protegido, puede ser sinónimo de proteger al empresario incapaz o fraudulento, como lo señalaba R. Franceschelli<sup>75</sup>. La responsabilidad social de la empresa, como concepto ético debe restablecerse y no puede sustituirse por un criterio pragmático de respaldo al empresario incapaz de autoprogramación.

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

Ello es congruente con el bien jurídico de eliminar el estado patrimonial que afecta el desarrollo y conservación de la empresa.

La continuidad de la actuación de la sociedad sin afrontar la eliminación de las causales de disolución, genera la responsabilidad de administradores, que “puede serle extensiva a los socios si lo consintieron o beneficiaron con ello”<sup>76</sup>.

<sup>73</sup> Supuestos extraordinarios pueden imponer que sean los mismos administradores quiénes deben tomar la resolución, como en megaempresas con gran dilución del poder. Pero en tal caso serán los administradores los que decidan la capitalización u otra medida extraordinaria, sin perjuicio de la oportuna ratificación.

<sup>74</sup> Porque es un camino llamar a los acreedores para dar una solución coherente y dejar en manos de éstos la empresa que no saben conducir –o no pueden- socios y administradores, o incorporarlos a los riesgos de la misma con un plan sustentable.

<sup>75</sup> *L'apprendistas stregone, l'elisir di lunga vita e l'impresa immortale* en Giur. Comm. 1982 I p. 575 y ss.

<sup>76</sup> ROITMAN, Horacio y colaboradores *Ley de sociedades comerciales. Anotada y Comentada* Editorial La Ley, Buenos Aires 2006, tomo II pág. 491.



Conforme a ello, el derecho societario debe brindar adecuadas tutelas -y así lo hace- para que la sociedad pueda cumplir su objeto, elemento contractual en cuyo cumplimiento convergen y se subsumen los intereses individuales de los socios y que sirve para objetivar el mal llamado interés de la sociedad<sup>77</sup> como forma de materializar la "idea de empresa", generando un límite de imputación a la persona jurídica por la actuación de sus socios o representantes (art.58 LS), y determinando causales de disolución (art.94 LS)<sup>78</sup>. Así lo sostiene Araya<sup>79</sup>.

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

Normalmente se equipara a una infracapitalización material, no formal, pero el problema es siempre patrimonial<sup>80</sup>.

Un deber inmediato de los administradores debería ser determinar la profundidad de la crisis, si la misma se mantendrá, y la comunicación a los socios, que desde el punto de vista del análisis económico del derecho, de la metodología de la relación costo-beneficio es probable que no arriesguen más capital, incluso que se desinteresen del giro social si no se les asegura la posibilidad de un beneficio mediante la reorganización de la empresa. No hacerlo implica faltar a su deber de buen hombre de negocios. Aquí el riesgo del "negocio del concurso" apuntado por Truffat

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

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

#### 1. Crisis patrimonial.

Desde la organización societaria esas crisis se vinculan casi indisolublemente a causales de disolución para abrir la etapa de liquidación, que recogen las diversas legislaciones específicas:

- a. Infracapitalización por falta de capital original constitutivo o devenido en la funcionalidad de la sociedad, implicando la causal de pérdida del capital social..

---

<sup>77</sup> 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.

<sup>78</sup> Conf. nuestro "Conservación de la empresa", mayo de 1981, en *Anales de la Academia Nacional de Derecho de Córdoba*, t. 25 p. 107 y ss.

<sup>79</sup> ARAYA, M.: "La función preconcursal de la pérdida del capital social", en *Ensayos de Derecho Empresarial* N° 3, Director: E.H. Richard, p. 247 y ss., FESPRESA, Córdoba, 2007.

<sup>80</sup> PORTALE, Giuseppe B. y COSTA, Concetto "Capitale sociale e società per azioni sottocapitalizzate: le nuove tendenze nei paesi europei", pág. 133 y ss..

- b. Infrapatrimonialización, generada normalmente por la infracapitalización, pero en otros casos por un patrimonio inadecuado para el desenvolvimiento de la sociedad y un sobreendeudamiento –causal de pérdida del capital social-, y
- c. Imposibilidad sobreviniente de cumplimiento del objeto social (cause de scoglimento... pero la sopravvenuta impossibilitá di conseguirlo), que implica –a veces acumulativamente- la pérdida del capital social.

Frente a la crisis en la República Argentina, una ley de emergencia en el 2002 dispuso que la pérdida del capital social, o su disminución, no imponía la disolución de la sociedad<sup>81</sup>, pero no se eliminó la norma que imponía la liquidación o capitalización de la sociedad ante la imposibilidad sobreviniente de cumplimiento del objeto social (art. 94 inc. 4° LSA), tema que fue soslayado en la experiencia concursalista. Con el mismo criterio, ahora ante la crisis se ha formalizado una reforma legislativa en Alemania (el 20 de octubre de 2008): la “Ley para la estabilización del mercado financiero” introduciendo un cambio muy importante al no imponer la presentación en concurso por sobreendeudamiento en “aquellos casos en los que la continuidad de la empresa es, bajo todas las circunstancias, bastante probable (o verosímil)”. En situación semejante a la posibilidad de continuación de la empresa o sea consecución del objeto social, imponiendo este análisis a administradores y socios de control, como acaece en toda la legislación societaria mundial.

Una correcta lectura permite advertir que los administradores deberán formular un plan de negocios sobre la viabilidad de la empresa o sea sobre la posibilidad de cumplimiento del objeto social, obligación insoslayable en cualquier momento<sup>82</sup>, como insistiremos.

Como resumen podríamos acentuar que ante la crisis societaria puede generarse casos de responsabilidad de los administradores si actúan omisivamente –incluso al no poner la cuestión en manos de los socios-.

## 2. Algo de derecho comparado.

Justamente la Exposición de Motivos de la ley 22/2003, de 9 de julio, concursal del Reino de España, señala en el punto I “predominio de determinados intereses particulares en detrimento de otros generales y del principio de igualdad de tratamiento de los acreedores, con la consecuencia de soluciones injustas, frecuentemente propiciadas en la práctica por maniobras de mala fe, abusos y simulaciones, que las normas reguladoras de las instituciones concursales no alcanza a reprimir eficazmente”, remarcando en II “El deudor tiene el deber de solicitar la declaración de concurso cuando conozca o hubiera debido conocer su estado de insolvencia; pero tiene la facultad de anticiparse a éste”.

Se apunta a la diligencia de los administradores societarios, particularmente, el no seguir operando en un estado de crisis que ha de desembocar en la insolvencia, usando de remedios concursales, aunque –agregamos- debemos suponer que se intentaron los remedios societarios –lo que en la práctica no ocurre pues ellos mantienen un principio de equidad del que puede zafarse en los procesos concursales en detrimento de los acreedores con enriquecimiento de los socios de la insolvente. Esto último es el eje de este ensayo.

El derecho inglés, ha fijado criterios en la Insolvency Act de 1986, pero registra antecedentes desde el año 1924. Ha generado una regla en la que la culpa grave (“Wrongful trading”) consistente en la “continuación con la actividad empresaria cuando no existían perspectivas razonables de pagar

<sup>81</sup> Nto. “Pérdida del capital social en la emergencia económica (un comentario al decreto 1269/02 de necesidad y urgencia)” en Semanario Jurídico, n° 1379 19 de septiembre de 2002 p. 225 y ss..

<sup>82</sup> Nto.” El PLAN DE EMPRESA (o como asumir crisis tempestiva y extrajudicialmente)” cit. Cap. II pág. 217.

las deudas a su vencimiento”, señalándose dentro de un catálogo de culpas graves: cobro de salarios muy altos, incumplimiento de contabilidad legal, redacción defectuosa de memorias e informes, falta de entrega de mercaderías o prestación de servicios que hubieran sido pagados, ventas por valores anormales.

Las soluciones a las crisis patrimoniales societarias deben aplicarse en la forma más contemporánea posible al advertirse la situación de cesación de pagos, cuando aún es posible reconvertir la situación –lo que en la actualidad no se constata en los procesos concursales-, evitando difundir a terceros in bonis la insolvencia.

Centrando: ellas deben ser las del derecho societario, adecuadas para resolver la cuestión y de menor costo.

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 imposible”<sup>83</sup>. 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.

A su vez entendemos que las sociedades comerciales tienen regulada prevención de la crisis en la legislación societaria específica, que deben aplicar, recorriendo ciertos procedimientos orgánicos, los administradores societarios. El derecho societario iberoamericano –y mundial- es suficientemente uniforme para admitir (e imponer) estas conductas.

### 3. Intereses a tutelar.

Hay que poner en claro que se quiere proteger, si a la empresa en general, la seguridad jurídica, a los administradores o únicamente a la empresa en problemas.

Se trata, a la postre de situaciones de desequilibrio que ponen en peligro la supervivencia de una organización<sup>84</sup>, de una sociedad. Desequilibrios quizá transitorios que pueden llegar a la permanencia del estado patrimonial.

En un trabajo del jurista amigo Héctor Alegría “Diálogo de economía y derecho y convergencias culturales y sociales en la insolvencia”<sup>85</sup>, en el último capítulo, al referirse a los administradores de las sociedades en crisis, 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”.

Ello (sin ser textual) representa nuestra posición ante el evidente apartamiento de esas conductas que resultan de informes generales en concursos preventivos que apuntan cesaciones de

<sup>83</sup> DASSO, Ariel Ángel *Tendencias actuales del derecho concursal*, Editorial Ad Hoc, Bs. As. 1999, p.49.

<sup>84</sup> CICHERO, Liliana *Las crisis empresariales y el acuerdo preventivo extrajudicial homologado* en La Ley Actualidad, página 1 del diario del 15 de marzo de 2001.

<sup>85</sup> Diario La Ley del 9 de mayo de 2007 pág. 1 a 10.

pago de larga data –como concuerda Vitolo- 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 o sustraído por terceros-. Esa forma de administrar debe serlo desde la constitución de la sociedad.

Sigue el distinguido jurista “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”.

Hemos tranquilizado al amigo. En forma alguna 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, si se aparta de ese interés social, o si no adopta las medidas tendientes a su cumplimiento, frustrándolo indirectamente<sup>86</sup>. Concretamente debe poner la cuestión en manos de los socios, presentándoles algún plan para afrontar la crisis. Es el mismo criterio previsto por Alegría en el año 1983<sup>87</sup> al pergeñar las soluciones regladas en los hoy derogados arts. 125.1/125.2 de la ley 19551, que sometían la validez de los actos a la razonabilidad de un plan, juzgado recién al fracasar pero con la óptica de ser descartable a la fecha de su presentación.

Particularmente en orden al conflicto de intereses que se genera en lo interno de la sociedad, en su dimensión contemporánea para la gran empresa, entre el interés de los socios, de los partícipes –previstos en la nueva legislación italiana y no descartable en el sistema jurídico argentino- y los obligacionistas como inversores institucionales u otros acreedores, se pone el énfasis en las obligaciones de los administradores, respecto a los procedimientos decisionales y organizativos diseñados *ex ante*<sup>88</sup>.

¿Que intereses deben tutelarse frente a la crisis de una organización empresarial-societaria? Vitolo -en el trabajo que nos atrapa- da respuestas que copiamos: “*III. 3. El problema de los intereses representados en la visión del common law.* Una vez que el directorio ha determinado que la sociedad está en zona de insolvencia, la segunda pregunta que deben hacerse los administradores -en el caso de las sociedades anónimas los directores- es ¿qué obligaciones fiduciarias se deben y a quién? En general, en derecho societario norteamericano, el directorio de una sociedad solvente sólo tiene una obligación fiduciaria para con sus accionistas a fin de maximizar las ganancias y su valor. Por ejemplo, el Tribunal Concursal del Distrito Norte de Illinois, dispuso que los directores de las

<sup>86</sup> La preocupación es similar a reparos que nos formalizan los Dasso en nuestras fraternales discusiones en giras por congresos internacionales, al mismo tiempo que nos alientan a proseguir nuestro análisis sistémico, separándonos de discusiones sobre aspectos formales, meramente doctrinarios o procedimentales. Las mismas no son diferentes a las que motivaron la primer polémica con Truffat, acompañado de Barreiro, en *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*, Ed. Errepar, Octubre 2005, tomo XVII pág. 1205, que contestamos adhiriendo y tranquilizándolos en *Está lloviendo. ¡Se acabó la sequía!*, en “*Doctrina Societaria y Concursal*”, Ed. Errepar, Buenos Aires diciembre 2005, n° 217, tomo XVII pág. 1532. 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.

<sup>87</sup> Una formula eficaz que evitaba su análisis inmediato, pero que abría la posibilidad de atacar actos, y sin duda generar responsabilidad, ante su insensatez, generada por la Comisión integrada por Alberti, Alegría, Farina, Quintana Ferreyra y Obeid.

<sup>88</sup> CHIAPETTA, Francesco *Finanziamento della società poer azioni e interesse sociale* en *Rivista delle Società* anno 51° / 2006 pág. 668 y ss..

sociedades solventes únicamente deben obligaciones fiduciarias a los accionistas ya que son realmente éstos los dueños de la sociedad y el manejo de los activos societarios se encuentra a cargo de los directores. También el tribunal Judicial de Delaware reconoció la regla general referida a que los directores no tienen obligaciones con los acreedores más allá de los términos contractuales relevantes, no existiendo circunstancias especiales tales como la insolvencia. El motivo fundamental de la obligación para con los accionistas es que los acreedores celebren contratos con las sociedades sobre los cuales se basan sus reclamos. Por lo tanto, por definición, una sociedad *solvente* es aquella que cuenta con la capacidad de satisfacer sus obligaciones monetarias contractuales y se presume que los acreedores se encuentran protegidos por los términos de los derechos que emanan de los contratos celebrados con aquélla. Por otra parte, los accionistas dependen de la habilidad gerencial del directorio para lograr un recupero de sus inversiones y consecuentemente la ley le impone a éste un deber fiduciario para con los -según ella "vulnerables"- accionistas". Sigue Vitolo "Sin embargo, cuando se determina que una sociedad está en zona de insolvencia, los acreedores ya no pueden confiar en lo que establecen sus contratos para asegurar el pago de sus créditos pues, más allá de la letra o el espíritu del instrumento o de la convención, aparece un nuevo elemento cual es el que la sociedad deudora resulta impotente para hacer frente a sus obligaciones en forma regular. Por lo tanto, cuando una sociedad entra en la zona de insolvencia, el *common law* tiene bien establecido que los deberes fiduciarios del directorio varían para incluir -entre ellos- *la preservación de los activos de la sociedad para beneficio de los acreedores*; un elemento que -hasta ese momento- no se encontraba entre aquellos a ser evaluados por los directores de la sociedad deudora en la conducción de sus actos de administración ordinaria del negocio.... Otro motivo para el cambio en los deberes fiduciarios del directorio es la potencial conducta oportunista en tiempos de insolvencia. Tal conducta puede incluir la venta de bienes a precios de liquidación y la irrazonable asunción de riesgos por parte del directorio. En efecto; los tribunales han advertido que la posibilidad de cercana insolvencia puede provocar acciones curiosas para crear incentivos, exponiendo a los acreedores a riesgos de conductas oportunistas como las de apostar con el dinero de los demás, bajo la figura de la *traslación de riesgos*; es decir, cuando los accionistas dejan de tener un valor real respecto de sus derechos sobre el capital, porque han sido desplazados en tal interés por los acreedores, la operación de la sociedad se efectúa sobre la base de la asunción de eventuales pérdidas sólo por los acreedores sociales. Por el contrario, la eventual ganancia, redundará en beneficio de los accionistas si el *equity* se nivela y se torna positivo. El cambio de deberes en el momento de ingresar en la zona de insolvencia -entonces- apunta a proteger a los acreedores y a asegurar la conservación de los activos sociales".

¿Interés de los socios, interés de los acreedores e interés en la conservación de la empresa como tutela de los múltiples intereses que en ella convergen?

Entrelineamos que Embid Irujo apunta que en la versión del proyecto de ley de sociedades por acciones de España se refería al interés común de los socios, pero con la versión definitiva de la ley se asienta el "interés de la sociedad", huyéndose así en el Derecho español de planteamientos habituales en el debate sobre el Corporate Governance, como la idea de creación de valor para el accionista (shareholder value), proyectándose así en el art. 127 bis de la ley española "la idea del interés social como interés de la sociedad para desbordar el estricto significado contractual atribuible a la fórmula anterior para proyectarse hacia el ámbito de la empresa social", y el Directorio se "guíe por el interés de la Compañía, entendido como haber máximo, de forma sostenida, el valor económico de la empresa, respeto a las leyes y reglamentos, cumplimiento de buena fe de sus obligaciones y contratos -del Código unificado de buen gobierno de las sociedades cotizadas promovido por la Comisión Nacional del Mercado de Valores de España-, sin aludir al mayor valor

para los accionistas y subrayando el “interés de la empresa”<sup>89</sup>. Las reglas de la “responsabilidad social corporativa” asumen conductas que excluyen los procesos concursales en la mayoría de los casos.

Sigue Vitolo, casi atendiendo a las reflexiones que hacemos: “Sin embargo, este cambio de deberes no significa que el directorio no deba considerar otros sectores en su proceso de toma de decisiones. De hecho, los directores se enfrentan con la tarea de considerar a todos los sectores en sus decisiones, incluyendo a los accionistas y a los acreedores, pero no sólo a éstos. ¿Es tan simple la cuestión de reemplazar a los accionistas por los acreedores en relación con la titularidad de los derechos a ser protegidos, o también algo debe hacerse y decirse en relación con la sociedad misma? Frente a la realidad de la empresa y su concepción actual como un subsistema dentro de un sistema social más amplio ¿puede soslayarse tener en cuenta al momento de establecer los deberes fiduciarios de los administradores el interés "social" de la empresa que subyace bajo la figura de la sociedad titular del mismo? O, dicho de otro modo ¿no hay que prestar también atención a la posibilidad de continuidad del emprendimiento relacionando dicha posibilidad con un deber de protección, por parte de los administradores, del mayor valor creado por la organización que revalúa sus activos -especialmente los intangibles a través de la conceptualización de la *empresa en marcha*?. El caso primordial referido a las obligaciones del directorio -en el derecho norteamericano- y que se ocupó de acercar algo de luz al respecto, es el del *Crédit Lyonnais Bank*. En ese caso el Tribunal Judicial de Delaware entendió que cuando una sociedad opera cerca de la insolvencia, el directorio no es simplemente un representante de quienes tienen el riesgo residual, sino que tiene un deber -también- para con la sociedad misma”. Son expresiones que se corresponden a la RSC.

Es que la continuidad de la empresa, satisface intereses generales convergentes, incluso de los acreedores, sin descartar los de los socios, como son los de los trabajadores y los de la comunidad donde se inserta la actividad en riesgo.

Afrontando la crisis se tutelan múltiples intereses, específicamente la conservación de ese patrimonio y de la empresa –con o sin sus administradores originarios-, la estructura formal organizativa, la consistencia del patrimonio como prenda común de los acreedores, una fuente de puestos de trabajo y la satisfacción de la comunidad donde la actividad está instalada, conforme aconsejan las reglas éticas de la “responsabilidad social empresaria” (RSC).

## VII - CONSERVACIÓN DE LA EMPRESA. ¿A CARGO DE QUIÉN?

Descartada la liquidación societaria o por quiebra, debe enfrentarse el problema, o sea el antivalor: la incapacidad patrimonial generada por múltiples problemas que genera

---

<sup>89</sup> EMBID IRUJO, José Miguel “Apuntes sobre los deberes de fidelidad y lealtad de los administradores de las sociedades anónimas” en Cuadernos de Derecho y Comercio 46, Diciembre de 2006, Ed. Consejo General del Notariado, Madrid especialmente págs. 25 a 28. A págs. 9 y ss., p. 12 expresa “en la doctrina española se había consolidado en los últimos años un planteamiento, de raíz norteamericana, con arreglo al cual los administradores, en el ejercicio de su función, venían sometidos a dos deberes generales que, al modo de dos grandes categorías básicas, definían y perfilaban un comportamiento: el deber de diligencia (duty of care) y el deber de lealtad (duty of loyalty)

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 socios<sup>90</sup>. 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 judicial<sup>91</sup>.

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 y su conservación, 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 derecho societario brinda adecuadas tutelas para que la sociedad pueda cumplir su objeto, elemento contractual en cuyo cumplimiento convergen y se subsumen los intereses individuales de los socios y que sirve para objetivar el mal llamado interés de la sociedad<sup>92</sup> como forma de materializar la "idea de empresa". La legislación de Grecia impone considerar, ante la crisis, los intereses de la sociedad. Igualmente la del Estado de Israel. En Sudáfrica si los directores de una sociedad continúan obteniendo crédito cuando son conscientes de que la sociedad no puede para sus obligaciones, pueden ser responsables en forma personal por las deudas de ésta. Los directores deben también un deber general de actuar en el mejor interés de la sociedad.

*En Inglaterra, el director de una sociedad es responsable de la operatoria diaria de la actividad comercial y como tal, tiene bajo su control la administración de los gastos y de las transacciones de la actividad. Los directores tienen un deber principal de diligencia para con la sociedad. Existe una obligación específica de actuar en el mejor interés de la sociedad y de minimizar cualquier pérdida para los acreedores.*

El problema de la empresa debe verse externamente y no internamente. La apreciación debe ser genérica para tutelar la empresa como organización económica,

---

<sup>90</sup> *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](http://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..

<sup>91</sup> 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 al pago del 70%.

<sup>92</sup> 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.

limitando los efectos externos de su cesación de pagos y permitiendo que, en ese contexto, la “empresa” pueda solucionar su problema.

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.

Siguiendo esas nuevas tendencias hay que educar a los acreedores, particularmente los no informados, para que asuman la participación e incluso la conducción de la empresa –como reflexionaremos más adelante-, reemplazando a administradores ineficientes que no queriendo asumir oportunamente la crisis contrataron dolosamente con ellos.

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

Nuestra posición solitaria sobre los remedios que deben aplicar tempranamente los administradores societarios, encontró hace pocos años eco en trabajos de los distinguidos juristas Marcelo Barreiro, Javier Lorente y Daniel Truffat, entre otros, de lo que hicimos oportuna crónica<sup>93</sup>. Barreiro y Truffat recuerdan la posición de Lorente –que contrastaría con la nuestra (¿?), pero influida por el derecho anglosajón, sobre el que alguna jurisprudencia hemos buceado<sup>94</sup>-, señalando dichos autores que “sin olvidar la responsabilización que cupiera por maniobras al inicio de la crisis, en lo que hace hincapié es en la transferencia –a favor de los acreedores- del “equity” cuando la empresa entra en cesación de pagos. Es decir, en alguna medida hay un punto en que el interés de los accionistas<sup>95</sup> debe dejar de ser el norte del obrar de los administradores porque, en ese momento, la sociedad es “de algún modo, en alguna medida” de propiedad de los acreedores y no más de los socios”, para señalar –ellos mismos- más adelante “Si hay padecer deben sufrirlo todos, pero en especial los dueños. Si hay éxito, deben gozarlo

---

<sup>93</sup> Nto. “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.

<sup>94</sup> Entre otros en *Los administradores societarios y la insolvencia* cit., pág. 570/1.

<sup>95</sup> GALGANO, Francesco “Las instituciones de la economía capitalista”, Ed. A, Barcelona 1900, pág. 79 en traducción de Carmen Alborch Bataller: Los empresarios han protagonizado “una existencia cada vez más extensa y apremiante... de condiciones de favor, de inmunidad respecto del derecho común, reclamando como incentivos a la actividad productiva”.



todos, pero en especial los acreedores”. Hemos coincidido totalmente con esto, destacando que Lorente no descarta la acción de responsabilidad-.

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 apuntado enriquecimiento sin causa y a la alteración de derechos de terceros a través del contrato, como se ha visto en el derecho argentino.

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 autogestante<sup>96</sup> 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 informados a través de la información, perfilando claramente lo que son las obligaciones de los administradores<sup>97</sup>.

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 normas sobre responsabilidad general contenidas en el Código Civil y las específicas de la ley societaria<sup>98</sup>, 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 espera de un año –como era normal en décadas anteriores-, se

---

<sup>96</sup> Centros de imputación no autogestantes lo constituyen los patrimonios destinados a un específico negocio incorporado en Italia (BIANCA, Mirzia *La riforma 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.

<sup>97</sup> 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.

<sup>98</sup> 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 esta basada en el supuesto de un comportamiento leal.

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.

Será evidente 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.

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 la axiología de la crisis nos hemos expedido<sup>99</sup>: 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 para 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 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.

#### 1. Crisis y concurso de sociedades.

Centraremos nuestra atención únicamente en el primer grupo, atento justamente a la preclara prevención de Vaiser.

Si el objetivo es evitar la disociación del patrimonio eliminando el estado de cesación de pagos, la hipótesis que podríamos arriesgar es que la “axiología” del sistema sería asegurar el mantenimiento de la eficiencia de la actividad empresarial, evitando la disgregación del patrimonio, asegurando su consistencia para el cumplimiento del objeto –causa de constitución- de la organización empresarial o a proteger. Y deberíamos

---

**99** *AXIOLOGIA DEL DERECHO CONCURSAL (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*

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

Dentro del bien común, dentro del derecho positivo o del bien común temporal, el bien común económico y 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 legislador<sup>100</sup>.

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

Representando correctamente esa problemática de los intereses vinculados en la conservación de la empresa, la ley de concursos mercantiles de México -publicada en Diario Oficial el 12 de mayo de 2000-, determina en su art. 1º que “Es de interés público conservar las empresas y evitar que el incumplimiento generalizado de las obligaciones de pago ponga en riesgo la viabilidad de las mismas y de las demás con las que mantenga una relación de negociación”. Marca dos etapas la de conciliación y la de quiebra. El art. 3º reitera ese fin señalando que “La finalidad de la conciliación es lograr la conservación de la empresa del Comerciante mediante el convenio que suscriba con sus Acreedores Reconocidos...”, y conforme al art. 4º inc. 1º se entenderá por “Acreedores reconocidos, a aquéllos que adquieran tal carácter por virtud de la sentencia de reconocimiento, graduación y prelación de créditos”. Este es un tema muy importante pues importa una cuestión de legitimación substancial y procesal, que regla las relaciones entre los acreedores convocados y concurrentes a este proceso de reorganización. En el derecho portugués de la última década señala la Ordenanza respectiva en el párrafo primero: “el procedimiento de insolvencia tiene por finalidad satisfacer colectivamente a los acreedores del deudor mediante la realización de su patrimonio y la distribución del producto resultante, o mediante un plan de insolvencia en el que se contenga una reglamentación diferencial especialmente dirigida a la conservación de la empresa”.

Adviértase que “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. Más

---

<sup>100</sup> 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.

limitadamente 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”.

Nos preocupa –como venimos desarrollando- la comprensión de la expresión “conservación de la empresa”, usado latamente particularmente por alguna doctrina concursalista<sup>101</sup>, y recogida sin mayores explicaciones –o peor aún justificación para el caso concreto- por la jurisprudencia.

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. Reactivar la empresa en crisis aparece un imperativo del derecho concursal. 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. Y 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.

Para que la conservación de la empresa represente un verdadero 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 empresarial 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”<sup>102</sup>.

“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. O sea que 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

---

<sup>101</sup> Volviendo a las referencias de Maffia: “Instituto” en el Diccionario de la Real Academia sólo encuentra una insinuación en “Finalidad, objetivo, competencia”, y Cabanellas en su Diccionario de Derecho Usual “Norma, regla o constitución de índole práctica en la vida en general, en la organización de una entidad, en la enseñanza, etc..”, debiendo vincularse a “Instituta” o “Compendio de derecho civil romano, basado especialmente en la jurisprudencia como expresión ésta de la opinión de los más famosos jurisperitos o jurisconsultos”.

<sup>102</sup> 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.

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.

Referirse a “conservación” es impersonal y genera una suerte de dilución de roles. La empresa está vinculada a sujetos, pues es actividad generada y organizada por alguien, y por tanto les imponen la acción de conservar los medios, evaluando continuamente su posibilidad, para mantener la empresa viable. Conlleva el deber de asegurar su funcionalidad. Como deber frente a los intereses concurrentes. Aún en la idea primaria que el patrimonio gestado es la prenda común de los acreedores, patrimonio que tuvieron en cuenta al contratar.

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.

## 2. Conservación y reactivación.

La ley colombiana 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”, o sea de conservación de la empresa. 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 operación, 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”. Deberá presentarse conforme el art. 13 ap. 6 “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 previsible 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 contraídas<sup>103</sup>. 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.

“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, constituyendo *el 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 económica<sup>104</sup>, sino solidaria<sup>105</sup>, lícita y viable.

La empresa que no es autosustentable no es empresa<sup>106</sup>.

### 3. La indebida práctica argentina.

---

<sup>103</sup> 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..

<sup>104</sup> 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..

<sup>105</sup> 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. Zavallía, Buenos Aires 1989, cap. "La empresa.

Nuestra concepción sobre la empresa es desde el derecho societario, en la idea que es la forma normal de organización de las empresas de mayor significación económica<sup>107</sup>. 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 es que la crisis debe ser asumida por administradores y socios desde la normativa societaria, similar en todos los países. 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.

Apuntamos roles de sujetos. Ahora pasemos a lo estructural.

#### VIII - 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 E. 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 patrimonial<sup>108</sup>. Las respuestas normativas a esa tensión se intentan a través de la consistencia patrimonial de las sociedades, generada por una dotación constitutiva, normalmente bajo la noción de capital social, su intangibilidad, y la información de la documentación contable.

---

<sup>106</sup> 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.

<sup>107</sup> Cfme.. QUINTANA – RICHARD, cit..

<sup>108</sup> 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.

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 acreedores<sup>109</sup>. 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 para todas ellas una misma funcionalidad: no deberían las sociedades continuar su actividad, si patrimonialmente no resisten test<sup>110</sup>, y menos iniciarla sin el patrimonio suficiente conforme el plan de negocios que debemos presumir tuvieron en miras al constituir la sociedad.

Se trata de introducir formalmente –o funcionalmente como obligación de los administradores- lo que todos los auditores usan, y sin duda informan a los administradores sociales aunque nada de ello aparezca en la Memoria de ejercicio que acompaña al balance anual: el *solvency test*.

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 derecho<sup>111</sup>, que no tuvieron en cuenta cuanto contrataron sin la información de esa situación o antes que se produjera esa situación. Los deberes del administrador societario aumentan en esta situación frente a los acreedores y terceros.

---

<sup>109</sup> 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..

<sup>110</sup> 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.

<sup>111</sup> STANGHELLINI, Lorenzo *Proprietà e controllo dell'impresa in crisi* 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 capitale 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.



## 1. Subcapitalización.

Ratificando la prevención en derecho societario se sostiene<sup>112</sup> que “Si el capital social aparece como manifiestamente desproporcionado en relación a la actividad a desarrollar, o sea si es evidentemente insuficiente o inadecuado 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 riesgo ni 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 societario 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 impossibilità 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

---

<sup>112</sup> 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 N° 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 n° 007856.

legislación societaria determina. La infrapatrimonialización o un flujo de caja insuficiente para esa operatoria constituye lo que Vitolo define como insolvencia material. Volveremos sobre la legislación italiana.

En el derecho argentino se ha potenciado que las situaciones sean irreversibles, pese a facilitar herramientas al administrador societario<sup>113</sup>, 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, con la misma modalidad que los administradores públicos argentinos afrontaron la deuda externa en la década pasada.

La infrapatrimonialización implicaría una causal disolutoria cuando se analiza la situación patrimonial. La cuestión deba verse más allá: en la funcionalidad de la sociedad. Como señala Girón Tena<sup>114</sup> que “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. La legislación colombiana impide la presentación en concurso de una sociedad si no se han superado las causales de disolución<sup>115</sup>.

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”<sup>116</sup>.

---

<sup>113</sup> 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.

<sup>114</sup> GIRÓN TENA, J. *Derecho de Sociedades* tomo I, Madrid 1976, edición del autor, pág. 623 y ss..

<sup>115</sup> 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](http://www.acaderc.org.ar)).

No debe entenderse distinta hoy la solución en el sistema societario argentino. Esto es lo que justifica los resultados no asignados<sup>117</sup>. 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. Planificación.

Dentro de la funcionalidad societaria el administrador deberá convocar a reunión de socios para que elimine la causa de disolución mediante el oportuno aumento del capital social o para que acuerde la disolución de la sociedad. De esta citación y de lo que se actúe en la respectiva reunión se perfilarán las conductas de administradores y socios que compongan la mayoría a fin de analizar la imputación de responsabilidad.

¿Qué deben hacer cuando la crisis que se avizora y que puede llevar a la cesación de pagos o la insolvencia de la sociedad? Tal situación que algunos llaman crisis o “zona de insolvencia” (ref flags, en el derecho americano) impone que los administradores de la sociedad se formulen un plan para tratar de superar la cuestión. Las acciones que desarrollen conforme ese plan no pueden generarles responsabilidad, salvo falta total de razonabilidad del plan juzgado a la fecha en que fue formulado internamente, o de actuación dolosa de los mismos. (ver las derogadas normas de los arts. 126-1 y 126-2 LCQA n° 19551 reformada en el año 1983).

Nos hemos exployado en “El PLAN DE EMPRESA (o como asumir crisis tempestiva y extrajudicialmente)”<sup>118</sup> y en “LA PLANIFICACION PRECONCURSAL (actuando tempestiva y extrajudicialmente)”<sup>119</sup> y en “POR LA EFICIENCIA DEL

---

<sup>116</sup> 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.

<sup>117</sup> Trabajo conjunto con FUSHIMI, Jorge *FINANCIAMIENTO CON RESULTADOS NO ASIGNADOS* en Compendio Jurídico, Ed. Erreius-Errepar, n° 40, mayo 2010, Sección Doctrina Comercial, pág. 123 a 149..

<sup>118</sup> En libro colectivo “Homenaje al Dr. Osvaldo J. Maffía” Cap. II pág. 217, Ed. Lerner Córdoba 2008, Instituto Argentino de Derecho Comercial y Fundación para la Investigación del Derecho Concursal y la empresa en crisis Pablo Van Nieuwenhoven. Coordinadores E. Daniel Truffat – Marcelo Barreiro – Carlos Roberto Antoni Piossek – Ramón Vicente Nicastro.

<sup>119</sup> 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.

SISTEMA CONCURSAL: Bien jurídico tutelado por el sistema concursal. Prevención de la crisis”<sup>120</sup>. Bernardo Carlino también lo ha hecho<sup>121</sup>.

Se trata de prevenir, de no afectar el mercado, de no ahondar la crisis empresarial, 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 RSC.

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)<sup>122</sup>.

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.

#### 4. Algo de derecho comparado.

Austria obliga a los directores de una sociedad en la cual los socios tengan responsabilidad limitada, a iniciar procesos de insolvencia en un plazo de 60 días si la sociedad pierde liquidez o está sobreendeudada.

---

<sup>120</sup> Comunicación al III Congreso Iberoamericano de Derecho Concursal “Por la eficiencia del sistema concursal”, Barcelona, diciembre 2007.

<sup>121</sup> 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.

<sup>122</sup> ARAYA, MIGUEL C. “Responsabilidad de los administradores de la Sociedad Anónima” en *DERECHOS PATRIMONIALES Estudios en homenaje al Profesor emérito Dr. Efraín Hugo Richard*, Editorial Ad Hoc, Buenos Aires 2001, bajo la dirección de Laura Filippi y María Laura Juárez, página 639 tomo II, especialmente pág. 647.; 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..

La Ley de Quiebras de la República Checa establece que una sociedad insolvente debe peticionar la declaración de quiebra sin demora injustificada. Esta obligación pesa sobre los directores quienes pueden ser responsables frente a los acreedores por los daños causados por la falta de cumplimiento de esta obligación.

La legislación de Luxemburgo impone que los directores de una sociedad tienen el deber de convocar una asamblea extraordinaria en caso de haberse perdido más de la mitad del capital accionario. Dicha asamblea debe convocarse dentro de los dos meses a contarse desde la fecha en que los directores descubrieron tal pérdida y podrá aprobarse una resolución con el acuerdo de 2/3 de los accionistas. Cuando la pérdida sea superior a tres cuartos del capital accionario, sólo se requerirá de un cuarto de los miembros para aprobar la resolución. Cuando una sociedad ha dejado de pagar a sus acreedores, los directores deben declarar esta cesación de pagos al tribunal en el término de un mes.

#### 5. Los 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 legalmente debería ser suficiente para impedir que la sociedad llegase a ser insolvente...”<sup>123</sup>, 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 si se arriba a una capitalización del pasivo como propuesta de acuerdo concursal, cuando ello se logra fácilmente conforme la legislación societaria. Y si se intenta una quita y espera, sin haber intentado 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 podemos discurrir.

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

---

<sup>123</sup> 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.

manutención económica; esto implica la viabilidad de la empresa, de la empresa que no lleva en su destino su autodestrucción por económicamente inviable<sup>124</sup>. 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.

## IX - LAS SOLUCIONES SOCIETARIAS.

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" o continuar el giro normal de los negocios, reintegrando o aumentando el capital por aporte de los socios<sup>125</sup>, capitalizando el pasivo<sup>126</sup> 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 el exhaustivo y correcto de la liquidación e inexistencia de acciones de recomposición, bajando costos eficientemente.

### 1. Capitalización.

Adviértase los sistemas que en situaciones semejantes permiten a los administradores a emitir acciones sin autorización de los socios<sup>127</sup>. 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

---

<sup>124</sup> QUINTANA FERREYRA, FRANCISCO y RICHARD, EFRAÍN HUGO "La conservación de la empresa..." cit. en RDCO año 1978 Pág.1373; 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.

<sup>125</sup> 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.

<sup>126</sup> 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.

<sup>127</sup> MIOLA, MASSIMO "Il sistema del capitale sociale e le prospettive di riforma nel diritto europeo delle società di capitali" en *Rivista delle Società*, 2005-50-1199, fasc. 6. pág. 1310

pensar en la responsabilidad de los administradores<sup>128</sup>, afirmándose la utilidad que revisten en general “los remedios tempestivos e idóneos a la primera señal de crisis”<sup>129</sup>..

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 adecuadamente<sup>130</sup>, 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 LS-a de capitalizar el pasivo, o sea en ciertos casos traspasar la sociedad a los acreedores, o su control. Esta es también una previsión del art. 42 LCQ.

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, fórmula que no está gravada por impuestos a las ganancias, 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 motivaron el concurso y cesará la situación de crisis, por lo que se habrá sobreseído la situación concursal con un bajo coste de transacción, aunque menor hubiere sido si lo hubieran adoptado con una simple asamblea societaria, sin recurrir a la judicialización de la crisis.

---

<sup>128</sup> MIOLA ob. cit. pág. 1310.

<sup>129</sup> MIOLA ob. cit. pág. 1309.

<sup>130</sup> N<sup>ro.</sup> *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.

## 2. Tutela de los acreedores.

Como señaló la jurisprudencia<sup>131</sup> “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 omisión<sup>132</sup>.

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 suficiente<sup>133</sup> 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 acarrear 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.

## 2. 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- a 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. Se trata de una suerte de “leverage 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

---

<sup>131</sup> 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.

<sup>132</sup> MIOLA ob. y pag. cit. pág. 1310..

<sup>133</sup> “...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.



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.

¿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”<sup>134</sup> –recordada por Lorente<sup>135</sup>–, 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 inconstitucionales<sup>136</sup> 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.).

Constatamos<sup>137</sup> que la presentación de sociedades comerciales en concurso después de muchos años operando en cesación de pagos –pero el fenómeno en análisis lo es también cuando la cesación de pagos es inmediata anterior–, es efectivizada sin que hayan recorrido el camino que la ley específica les impone.

---

<sup>134</sup> 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.

<sup>135</sup> En Doctrina Societaria y Concursal, Octubre 2005, tomo XVII, pág. 1205.

<sup>136</sup> Comunicación al Primer Congreso Hispanoamericano de Derecho Concursal, Barranquilla, octubre 2005, *Reforma concursal: ¿de ideas o de normas?* en el CD editado por el Congreso, y *Hacia la desjudicialización de las crisis: LA CONSERVACIÓN DE LA EMPRESA* comunicación en la Jornada Internacional de Derecho Concursal, Cali –COLOMBIA- Martes 18 de octubre de 2005, Facultad de Humanidades y Ciencias Sociales, Carrera de Derecho de la Pontificia Universidad Javeriana, y Cámara de Comercio de Cali, o ambos en la página electrónica de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba [www.acader.unc.edu.ar](http://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.

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.

Otras soluciones societarias pueden darse a través de la reorganización. Un ejemplo paradigmático del uso de la escisión es el “proyecto” de reestructuración que tendría, a la fecha de preparación de esta comunicación la General Motors (es decir, la segunda compañía automotriz del mundo). Según “The Economist”: *“el gobierno y la firma ponen sus esperanzas en un tipo de proceso de quiebra al que se ha denominado “preempaquetado”. El plan es que el gobierno provea financiación para permitir a la compañía continuar con sus operaciones cotidianas. Además, para poder concretar una rápida división entre una GM “buena” que adquiriría todos los activos viables, y una GM “mala” en la que se descargarían todas las obligaciones indeseadas, desde deuda hasta juicios por productos defectuosos y por daños provocados por amianto. La buena y la mala. La GM “buena” emergería luego de dos o tres meses, con una estructura de capital limpia y sin contratos que representen cargas pesadas. Los acreedores y otros demandantes tendrían que disputar, quizá durante años, lo que quedara de valor en la GM “mala”, tales como fábricas no deseadas o marcas como Saturn y Pontiac. Suena muy bien, pero aún hay cosas que podrían salir mal. En primer lugar, el juez nombrado para supervisar la quiebra debe estar dispuesto a permitir la venta por vía rápida de los activos buenos. En el caso de Chrysler, el juez Arthur González ha dado su bendición a esa propuesta. Pero GM es mucho más grande y complejo. Tampoco está claro que efecto tendría la quiebra en la imagen que los clientes tienen de GM. Tal como sucede con Chrysler, el gobierno prometió cumplir las garantías sobre autos nuevos hasta que el futuro esté más claro...el plan del gobierno es el único juego existente. Sólo un juez muy valiente se atrevería a tomar la decisión de liquidar a GM y los 250.000 puestos de trabajo que desaparecerían con la firma...”*<sup>138</sup>

Las soluciones concursales de quitas y esperas formalizadas por sociedades soslayando la normativa societaria deben ser calificadas de abusivas por el daño que traslada a los acreedores.

---

**137.** 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

<sup>138</sup> El texto fue publicado –en versión castellana de Gabriel Zadunaisky- en el diario “La Nación” del domingo 24 de mayo de 2009. Suplemento “Economía y Negocios”, pág. 5

3.

### 3. Algo de derecho comparado.

En Italia, ante la reciente reforma introducida en el sistema societario, el nuevo art. 2497<sup>139</sup> (D. Lgs. del 17 de enero de 2003 n. 6) establece un régimen de acciones de responsabilidad, en virtud del cual las sociedades o entes en actividades de dirección y coordinación de sociedades, que actúen en interés propio o ajeno violando la correcta gestión, son directamente responsables frente a los socios de estas por los perjuicios a la renta y al valor de la participación y frente a los acreedores por la lesión al patrimonio de la sociedad extendiendo la responsabilidad solidaria al partícipe en los límites del beneficio obtenido a sabiendas. El art. 2448 del C.Civil imponía a los administradores societarios abstenerse de continuar o emprender el giro social cuando acaece alguna de las causales de disolución contempladas en dicho artículo, que alcanzaría a la infrapatrimonialización como forma impeditiva de cumplir el objeto social, pues en caso contrario asumirán responsabilidad ilimitada y solidaria por los nuevos negocios, conforme la visión que venimos sosteniendo en nuestro país.

A su vez en la mayoría de las legislaciones modernas se establece que ante la constatación de una causal de disolución, los administradores deben actuar diligentemente, primero convocando a los socios y luego ejecutando las decisiones del órgano de gobierno o adoptando las que la legislación imponga imperativamente.

Según un codicillo del Código de Comercio francés (Artículo L-225/248), los directores deben actuar si las cuentas auditadas demuestran que los activos netos de la Sociedad son inferiores a la mitad del capital accionario emitido. Deberán convocar una asamblea general dentro de los cuatro meses de la aprobación de las cuentas auditadas. Los accionistas puedan decidir reducir el capital o liquidar la sociedad. También pueden decidir que continúe operando, pero la situación debe regularizarse dentro de los tres años de la fecha de las cuentas en cuestión.

En Suiza se determina a través de su art. 725 del Código de las Obligaciones, imponiendo en caso de pérdida de la mitad del capital social, si no se cubre el pasivo debe convocarse de inmediato a los accionistas con un plan de reorganización, o por excesivo endeudamiento debe proveerse a un balance especial auditado y de resultar un estado de cesación de pagos debe ponerse la cuestión de inmediato en conocimiento de un tribunal judicial. El incumplimiento genera responsabilidad personal a los integrantes del Directorio.

En Italia, aunque la situación de insolvencia no necesariamente depende del balance/flujo de caja de la sociedad, una S.p.A. debe disolverse si existen pérdidas que

---

<sup>139</sup> Codice Civile Art. 2497, nueva redacción según D. Lgs. n. 6 del 17 de enero de 2003. " *Las sociedades o los entes que, en ejercicio de actividades de dirección y coordinación de sociedades, actúen en el interés empresarial propio o ajeno, en violación de los principios de correcta gestión societaria y empresarial de éstas sociedades, son directamente responsables frente a los socios de éstas por el perjuicio causado a la rentabilidad y al valor de la participación social, y frente a los acreedores sociales por la lesión producida a la integridad del patrimonio de la sociedad. [...] Responde solidariamente quien haya participado en el acto lesivo y, en los límites del beneficio obtenido, quien se haya beneficiado a sabiendas*"

alcanzan a un tercio de las reservas de capital o, en cualquier caso, si las reservas se reducen a menos del monto exigido por ley (100.000 euros), a menos que el capital sea incrementado o la sociedad adquiera otro tipo societario (tal como una SRL - sociedad de responsabilidad limitada con una exigencia menor de capital). La falta de integración de nuevo capital puede ser indicativa de un estado de insolvencia. En caso de reducirse el capital social, la sociedad puede disolverse de conformidad con el procedimiento previsto en la ley de sociedades italiana (incluyendo la designación de un liquidador). En cuanto al ingreso a la zona de insolvencia el denominado "modelo italiano" no prescribe un régimen específico en la materia sino que, mediante una norma que limita el ámbito de la legitimación para actuar por parte de los administradores, impone la obligación de éstos de abstenerse de continuar o emprender actividad societaria cuando ha acaecido alguna de las causales devolutorias contempladas en el artículo 2448 del Código Civil -entre las cuales se incluye la pérdida del capital social o la imposibilidad sobreviniente de cumplir el objeto social, que alcanzaría la infracapitalización- bajo apercibimiento de asumir una responsabilidad ilimitada y solidaria por los emprendimientos que encaren. Siendo que las causales de disolución por pérdida de capital social, y por imposibilidad sobreviniente de cumplir el objeto social operan de pleno derecho como impedimento para que los administradores puedan encarar nuevas operaciones, por el sólo conocimiento de éstos del acaecimiento de la causal, ello deviene en una suerte de sanción indirecta por infracapitalización sustancial o material, así como por haber ingresado a la *zona de insolvencia* sin tomar -a partir de ello- las medidas del caso.

*En Suiza* cuando el balance auditado demuestra que los activos netos no alcanza al menos a la mitad del capital accionario, el directorio puede convocar inmediatamente una asamblea general y proponer una reorganización financiera. La ley no establece limitaciones de tiempo específicas, pero por lo general se considera que la asamblea debe convocarse en el término de un mes desde que el directorio recibió las cuentas financieras auditadas. La información brindada a los accionistas debe ser suficiente para permitirles tomar una decisión con respecto a la naturaleza de la reorganización. Ello puede implicar una revaluación de ciertos activos, la venta de éstos o una reducción del capital accionario. No obstante, en caso de no haber solución viable, el directorio deberá proponer la liquidación de la sociedad peticionándolo judicialmente.

La legislación sueca existe una importante diferencia entre la liquidación de una sociedad insolvente y la liquidación de acuerdo con la Ley de Sociedades Sueca 1975:1385. Si el directorio tiene motivos para creer que los activos netos de la sociedad son inferiores a la mitad del capital accionario nominal, debe requerir a los auditores que preparen y revisen un balance. Si los activos netos no alcanzan a la mitad del capital accionario nominal, los directores deberán convocar una asamblea para considerar la liquidación de la sociedad. En caso de que los accionistas resuelvan continuar con el giro comercial, se repetirá el análisis del balance a los ocho meses. Si en esta segunda etapa los activos netos resultan inferiores al capital nominal, los directores deberán peticionar al tribunal la liquidación de la sociedad en el término de dos semanas.

De conformidad con el Artículo 633 del Código de Sociedades belga, si una sociedad ha perdido más de la mitad de su capital nominal (prueba estándar de capital

accionario neto con relación al capital nominal), los directores deben convocar una asamblea de accionistas en el plazo de dos meses.

Según el derecho finlandés -Ley de Quiebras 120/2004, que reemplaza a la anterior ley de 1868-, existen dos pruebas relativas a la insolvencia: a) *Prueba del balance* que se encuentra en el capítulo 13, sección 2 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada. Esta es la prueba presentada por la Directiva Europea en caso de que los activos netos caigan por debajo del valor correspondiente a la mitad de la totalidad del capital accionario emitido. En este caso debe prepararse inmediatamente un balance auditado y los activos deben estimarse según los valores de los libros, precisos y actuales. Dentro de los dos meses de preparado el balance, debe convocarse una asamblea. Desde la fecha de esta primera asamblea, la sociedad cuenta con 12 meses para recapitalizar, preparar un nuevo balance auditado y hacer que la asamblea lo apruebe. De no hacerlo, los directores deben dar inicio a la liquidación de la sociedad.

En Grecia, como en muchas otras jurisdicciones europeas, se impone limitaciones cuando los activos netos caen por debajo del valor del capital accionario de la sociedad. El artículo 48 de la Ley 2190/20 establece que si el total de los activos de la sociedad es inferior a 1/10 del capital accionario registrado, la sociedad debe liquidarse. Los accionistas deberán en forma inmediata celebrar una asamblea en la que sin demora aprobarán la decisión de liquidar la sociedad. Los directores tienen un deber general de diligencia para con la sociedad.

Debe remarcarse el carácter sancionatorio del sistema legal español bajo los supuestos de incumplimiento del deber de convocatoria de la Junta General, de la solicitud de disolución judicial, en la SRL del transcurso de un año desde la adopción de un acuerdo de reducción obligatorio del capital por debajo del mínimo legal sin que haya inscrito la transformación o la disolución o el aumento de su capital. Se determina el carácter solidario de la responsabilidad con extensión a todas las deudas sociales. La nueva legislación española viene a cubrir la falta en la del año 1951 de un sistema que asegurara la disolución en presencia de una causa legítima.

#### 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 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, 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 daños<sup>140</sup>.

Omitir las vías concursuales societarias, para intentar las de reactivación en una presentación en concurso permiten 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 Norteamérica<sup>141</sup>.

## X – ACCIÓN INDIVIDUAL DE RESPONSABILIDAD DE ACREEDORES CONTRA DIRECTORES.

En este párrafo intentamos resumir y puntualizar las cuestiones que venimos desarrollando. No son sino ideas ya esbozadas<sup>142</sup>.

La hipótesis es que esa acción toma razón ante la insolvencia de la sociedad. No sólo por la falta de capacidad de la sociedad para atender sus obligaciones, que impone pensar en la posibilidad de desviar las acciones contra administradores o socios, sino por cuanto entendemos que la operatoria en situación de crisis, indudablemente en insolvencia, puede generar responsabilidades a los administradores de la sociedad que así continúe su actuación sin que se asuma la crisis.

Esa situación otorga derecho a acreedores nacidos con posterioridad a la crisis – particularmente acreedores no profesionales- para promover acciones individuales de responsabilidad contra los administradores sociales que no afrontaron la crisis por los medios societarios y descargaron el problema sobre esos acreedores.

---

140 Nuestros 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. 8°. Ausencia de sede y responsabilidad de administradores (II). Tomo III pág. 579. 9°. Pretensiones patrimoniales y contratos comprendidos en art. 20 ley 24.452, Competencia de árbitro frente al concurso. Tomo IV pág. 243.

141 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”.

142 Publicado en libro colectivo del Instituto Argentino de Derecho Comercial (70° Aniversario) “La responsabilidad de los Administradores en las Sociedades y los Concursos” Ed. Legis, Buenos Aires mayo 2009 En el índice se indica pág. 387, pero se inicia a pág. 389.

El factor de atribución es subjetivo, basado en la actuación culposa –cuando no dolosa- y en la relación de causalidad de esa actuación y el perjuicio generado a los acreedores a través de haber contratado en crisis y luego obtenido un acuerdo que soluciona el conflicto societario a través de la pérdida patrimonial de los acreedores.

La apreciación es de lege lata desde la legislación argentina, pero entendemos extensible a otras<sup>143</sup>.

### 1. ¿Responsabilidad?

Si los administradores, en su caso el representante legal, sigue contratando a sabiendas del estado de cesación de pagos y de la imposibilidad de cumplimiento, estarían generando a favor de esos acreedores una acción individual de responsabilidad<sup>144</sup>.

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

La ley de sociedades destina un solo artículo, el 279 LS, que establece que los accionistas y los terceros conservan siempre sus acciones individuales contra los directores. Cuando la conducta antijurídica de los administradores ha causado un daño al patrimonio personal de los accionistas y de los terceros, éstos tienen una acción individual para obtener el resarcimiento del daño sufrido<sup>145</sup>.

**La acción individual de responsabilidad puede ser promovida por un socio o un tercero por los daños ocasionados en forma particular a su patrimonio, art. 279 de la ley 19.550.**

**Esta última es la vía que tienen los trabajadores, como acreedores de la sociedad, para reclamar a los administradores el daño causado en su patrimonio por la clandestinidad laboral.**

**Esta acción es propia del derecho de daños y no está sometida a recaudo societario alguno.**

La imputabilidad de los actos de los administradores está sujeta en principio al régimen del art. 58 LSA que hace responsable únicamente a la sociedad, pero ello no

---

<sup>143</sup> Una mejor justificación puede encontrarse en RICHARD *Insolvencia societaria*, citado.

<sup>144</sup> 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.

<sup>145</sup> ARAYA, MIGUEL C. “Responsabilidad de los administradores de la Sociedad Anónima” en *DERECHOS PATRIMONIALES Estudios en homenaje al Profesor emérito Dr. Efraín Hugo Richard*, Editorial Ad Hoc, Buenos Aires 2001, bajo la dirección de Laura Filippi y María Laura Juárez, página 639 tomo II, especialmente pág. 652.

impide que también pueda atribuirse al administrador, tal como en el caso del mandatario que excede los límites de su mandato, cuando este administrador viola la pauta de conducta de los arts. 59 y 274 LSA y en función de la acción individual del art. 279 LSA. Las mismas prevenciones caben respecto de la responsabilidad individual del administrador de la sociedad<sup>146</sup>.

**Estos actos ilícitos se imputan por dolo o culpa, siendo al respecto innecesario introducir un nuevo factor de responsabilidad, pues el fraude laboral, ínsito en la situación de empleo en negro, constituye una conducta abusiva que viola derechamente la pauta del buen hombre de negocios de todo administrador societario.**

Para que proceda la acción de responsabilidad no basta demostrar que el administrador incumplió sus obligaciones legales y estatutarias o que incurrió en negligencia culpable en su desempeño: para que se configure su responsabilidad deben concurrir los otros presupuestos de la teoría general de la responsabilidad civil, esto es, probar que aquel incumplimiento o comportamiento culposo generó un perjuicio al patrimonio social, así como la adecuada relación de causalidad entre tal inconducta y el daño causado (Ley 19550 –LSA–, arts. 59 y 274; Código Civil, arts. 506, 511, 512, 519, 520 y 521)<sup>147</sup>.

## 2. ¿Daño directo?

Ciertas posiciones “limitan las acciones individuales de responsabilidad promovibles por socios y terceros a supuestos de daños causados por los administradores fuera del ejercicio ordinario de las funciones orgánicas”, particularmente dentro de una antigua doctrina extranjera.

El hablar de daño directo impone señalar que se trata simplemente de daño causado a una persona. Las relaciones de organización imponen pensar en el daño generado a los acreedores por afectación al patrimonio de la sociedad deudora.

Esa responsabilidad impondría el *daño directo a los terceros*, según señala doctrina y jurisprudencia mayoritaria, no generado por el empobrecimiento del patrimonio de la sociedad. Originariamente hasta fines de los 90 se sostenía que esa acción era de biblioteca, pues no podía generarse daño a un tercero en forma directa en cumplimiento de funciones orgánicas, y si era por actuación no orgánica se estaría frente a una acción de responsabilidad común, aquiliana, y no social.

---

<sup>146</sup> CSJ. Santa Fe, 19/9/1991, "*Bertalot, Eduardo R. c/Pavicon S.R.L.*", Informática Jurídica Documento N° 18.7484 Corte Santa Fe; CSJ Bs. As., 10/3/1998, "*Delhec S.R.L. c/Loureiro, Delfor y otros s/Acción de responsabilidad*", BA B24327.

<sup>147</sup> CNCom. Sala "C", 22/5/1987, "*Kuckiewicz, Irene c/Establecimiento Metalúrgico Cavanna S.A. s/Ordinario*", Informática Jurídica Documento N° 11.2887 C.Nac.Com.; CNCiv. Com.Fed. Sala 1ª, 27/8/1998, "*Banco Hipotecario Nacional c/Planobra S.A. y otros s/Proceso de Ejecución. Causa N° 115/93*", Informática Jurídica Documento N° 7.4216 C.Nac.Civ. y Com.Fed.



Desde el derecho societario se intenta acotar la acción individual de responsabilidad incoada por terceros contra los administradores cuando el daño ha sido generado a través de la sociedad<sup>148</sup>, pese a la autorizada opinión de Nissen<sup>149</sup>.

Se impone preguntar ¿Cuándo hay un daño a los acreedores sociales por parte de los administradores de la sociedad deudora? Daño que llamaríamos directo, pues el indirecto se cubriría a través de una acción subrogatoria u oblicua. La acción oblicua abriría el camino ante tesis restrictivas, pues los acreedores sociales podrían ejercer la acción social de responsabilidad contra los administradores que perjudicaron el patrimonio social. También resolvería uno de los problemas intragrupo, actuando como una suerte de acción derivativa. Las acciones derivadas aparecen como una forma de expresión de la acción subrogatoria u oblicua<sup>150</sup>.

La contratación de la sociedad con terceros, sabiendo los administradores sociales que se la hace en cesación de pagos es dolosa en los términos de los arts. 931, 1071 y 1072 y concordantes del C.C.. Ese acto orgánico causa daño directo al tercero, por la reticencia informativa de los administradores al contratar o incumplimiento de deberes de lealtad, si la prestación no es luego satisfecha al tercero.

Hoy la jurisprudencia y doctrina extranjera es rica en ejemplos que autorizan el ejercicio de acciones individuales de responsabilidad. No es del caso referirnos a la responsabilidad de administradores en Alemania, Francia, Italia y España, que es congruente con la posición que mantenemos y el esfuerzo compartido.

La responsabilidad surgirá cuando exista daño a los acreedores y el mismo permita legitimar a éstos activamente para reclamar a administradores societarios como legitimados pasivos. Se resolvió en un caso que se infligió un “daño directo al actor en tanto, encontrándose en cesación de pagos y en la búsqueda de medios ruinosos, lo convenció de que formalizará un préstamo a nombre de una sociedad que él manejaba discrecionalmente y sabía que carecía de toda solvencia, para quedarse con los fondos en provecho propio y en perjuicio del mutuante. De tal suerte se presenta la situación del director que induce a la concesión de crédito a una sociedad en situación real de insolvencia que es expresamente ejemplarizada por Garríguez y Uría frente al tercero por

---

<sup>148</sup> Sobre el punto puede verse ROITMAN y colaboradores, ob. cit. tomo IV pág. 279, donde particularmente apunta “la cuestión es clara respecto de los terceros”.

<sup>149</sup> NISSEN, RICARDO A. “El daño resarcible en las acciones individuales de responsabilidad contra los administradores de sociedades comerciales” en FILIPPI, Laura - JUÁREZ, María L. (dirs.), *Derechos patrimoniales*, libro en homenaje a Efraín Hugo Richard”, Ad-Hoc, Buenos Aires 2001, p. 655, donde sostiene que el requisito del daño directo no está impuesto en la ley societaria argentina, bastando el nexo de causalidad.

<sup>150</sup> RICHARD, EFRAÍN HUGO *Las relaciones de organización y el sistema jurídico del derecho privado*, Córdoba 2000, ed. de la Academia de Córdoba, Capítulo IX “Francionamiento de la responsabilidad frente a consumidores y terceros a través de los contratos de colaboración”, parágrafo XIII “Medios no tradicionales de ejercitar la responsabilidad”, pág. 426.

lesión directa a su patrimonio<sup>151</sup>, siendo para el juez fundamental que haya obrado a nombre de la sociedad, ya que de lo contrario, se estaría en la órbita del art. 1109 del C.Civil, sin necesidad de acudir a la normativa societaria”<sup>152</sup>.

La determinación del sujeto damnificado, legitimado para accionar por la reparación, surge de identificar a quien ha sufrido el daño o perjuicio y permite la división de las acciones de responsabilidad en social o individual. En la segunda se legitima a los accionistas y terceros individualmente y no depende ningún trámite previo. El acreedor social dispone de la acción de responsabilidad contra los administradores sociales cuando estos contraen la obligación por la sociedad en estado de cesación de pagos, aunque la sociedad abra su concurso o se produzca la quiebra de la misma.

Si la actuación torpe de los administradores genera perjuicio a terceros, éstos pueden promover una acción individual de responsabilidad civil, bajo los mismos presupuestos clásicos de la responsabilidad subjetiva, exigiéndose además de la infracción a la norma la concurrencia de la culpa, el daño y la relación de causalidad.

Sin la causación de un daño directo no cabría el ejercicio de la acción. Debe existir un daño directo que incida en forma inmediata sobre el patrimonio del tercero (o de un socio), señalándose como supuestos de daños directos la obtención de un crédito o aval facilitado por tercero, ocultado a éstos la situación difícil de la sociedad<sup>153</sup>.

El ejercicio de la acción individual de responsabilidad contra los administradores societarios puede acumularse a la acción incoada contra la sociedad. Claro que si ésta se encuentra en concurso o en quiebra es aconsejable no acumularla, partiendo que la insinuación contra la misma se formalizará por la vía de la verificación de créditos.

La previsión de cumplimiento de la obligación al tiempo de contraerlo es elemento substancial de la buena fe contractual. Ello es coherente con la planificación del administrador societario.

La cuestión, centrada en la teoría general, impone determinar si la actuación del administrador de la sociedad viola el estándar del art. 59 de la ley 19.550, y de ello resulta un daño directo al tercero, aunque la conducta del administrador lo haya sido en el ejercicio de sus funciones propias.

---

151 ver *Comentario a la Ley de Sociedades Anónimas* t. II, Madrid 1976 página 196, capítulo I nro. 2, último párrafo.

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

153 *Responsabilidad de los administradores – Levantamiento del velo* Dossier práctico de la redacción de la Editorial Francis Lefebvre, Madrid 1998, pág. 49.

¿Contraer obligaciones a sabiendas de no poder cumplirlas íntegramente, dejando al acreedor insatisfecho, implica generar un daño directo a ese acreedor?

¿Y el daño que se infiere a un tercero acreedor de la sociedad, cuando el administrador contrata con él sin informarle del estado de crisis en que está inserta la administrada? Una doctrina restrictiva puede llevar a que un administrador de sociedad dañe impunemente a terceros bajo el concepto de ser el órgano de la persona jurídica societaria. La cuestión ofrece aristas interesantes, pero son indubitables las acciones que pueden promover acreedores titulares de créditos nacidos con posterioridad a la indubitable fecha de cesación de pagos. La prueba aportada por el informe general del síndico, aunque no se haya fijado la fecha definitiva, será de un valor incalculable – superando a una pericial contable- para determinar junto con la inexistencia de acciones internas en la sociedad para superar la crisis, el dolo de los administradores sociales.

Coincidiendo en los presupuestos de esta acción, diferente de la acción general de responsabilidad por culpa o negligencia, se apunta a esta responsabilidad individual de administradores societarios “Cuando ocultando la situación difícil en que se encuentra la sociedad los administradores obtienen de un tercero bien un crédito en dinero, o un aval, o el suministro de bienes o servicios<sup>154</sup>. También soporta directamente el daño el acreedor en caso de que el administrador imparta la orden de no atender al vencimiento una obligación de la sociedad o impida satisfacer la prestación debida. En cambio, resulta más discutible, como ya se ha advertido, que la omisión de deberes en ocasión de la concurrencia de determinadas causas de disolución o de los presupuestos para la apertura de la quiebra provoque propiamente un daño directo en los acreedores anteriores a ese momento, que han establecido sus relaciones con la sociedad en condiciones normales y que deben en principio asumir los riesgos eventuales de crisis e insolvencia de la otra parte. Ciertamente la omisión de aquellos deberes (en particular en los supuestos de crisis irreversible) perjudica a los acreedores surgidos con anterior a ese momento.

Entre supuestos de esta clase de responsabilidad pueden apuntarse una modalidad frecuente: la actuación de los administradores de sociedades mercantiles que en situaciones de agobio económico para la empresa, que ha visto menguado considerablemente su patrimonio y se encuentra imposibilitada o con grandes dificultades para hacer frente a sus deudas, opta, temerariamente, por incrementar los pedidos a sus proveedores sin tener en cuenta las posibilidades reales para atender los pagos, lo que conduce normalmente a acelerar el descalabro económico, con el consiguiente daño directo a esos proveedores, que tantas veces ven defraudadas sus legítimas expectativas de cobrar el género servido<sup>155</sup>, a su vez “Constituye una de las más típicas manifestaciones del administrador de una sociedad en contra de la ley de la diligencia con

---

<sup>154</sup> SÁNCHEZ CALERO, FERNANDO *Los administradores en las sociedades de capital*, Navarra 2005, Ed. Aranzadi S.A. Thomson Civitas, pág. 289.

<sup>155</sup> Sentencia de la Apelación de Valencia Sec. 6ª del 8.4.93 en Revista del Derecho de las Sociedades p. 301, y también puede verse a GARRETA SUCH, JOSÉ MARÍA *La responsabilidad civil, fiscal y penal de los administradores de las sociedades* 4ª edición Marcial Pons cit. pág. 191 nota 89.

que debe desempeñar su cargo, que no es otra que la de un ordenado comerciante (art. 79 Ley Sociedades Anónimas española), la de inducir a terceros a contratar con la entidad representada y a concederle crédito cuando la deudora se halla ya en una situación real de insolvencia”<sup>156</sup>.

El incumplimiento de deberes fiduciarios, de diligencia, de lealtad, de actuar con buena fe, por parte de los administradores permite imputarles responsabilidad. No es necesario que el administrador se haya enriquecido, sino que con su obrar contrario al estándar del art. 59 ley 19.550 haya causado perjuicio al acreedor social. Obviamente que esa responsabilidad está basada en los principios generales de la responsabilidad civil de base subjetiva, conectándola con la actuación expresa del causante como administrador societario que representa una actuación cualificada como de “buen hombre de negocios”. Por tanto debe existir un comportamiento antijurídico del administrador y una actuación ilícita contraria a ese estándar de cómo debe comportarse frente a la propia sociedad, los socios y los terceros. La antijuridicidad y la actuación ilícita se engloban en el incumplimiento de ese estándar por un administrador societario. El daño y la relación de causalidad con esa actuación ilícita, sea por culpa o dolo, importa el cierre de la imputación de responsabilidad.

El punto, dentro de la teoría general, es si la actuación del administrador de la sociedad viola el estándar del art. 59 de la ley 19.550, y de ello resulta un daño directo al tercero, aunque la conducta del administrador lo haya sido en el ejercicio de sus funciones propias. Contraer obligaciones a sabiendas de no poder cumplirlas íntegramente, recibir el precio de un auto sin girar el monto a la fábrica para que liberara su patentamiento son dos ejemplos de un daño directo por el obrar impropio de “buen hombre de negocios”.

Es esclarecedora la opinión<sup>157</sup> que se refiere a la “incidencia directa del daño sobre el patrimonio del socio o del tercero, que no sea un mero reflejo del eventual daño en el patrimonio social.... también parece producirse para los nuevos acreedores de la sociedad surgidos a partir de la situación de crisis irreversible (cesación general de pagos o insolvencia), que se ha prolongado sin que los administradores hayan adoptado las medidas exigidas por concretos deberes legales o por la observancia del deber de diligencia en las circunstancias del caso. . Sin perjuicio de la eventual lesión del patrimonio social, el daño es directo, en la medida en que la conducta ilícita del administrador (p.ej. en los supuestos de falsa información documental que sirve de base a la operación) lleva al tercero a confiar en la situación patrimonial aparente y a concluir el negocio que después resulta dañoso.

---

<sup>156</sup> Sentencia del TS del 14.11.88 en Revista General de Derecho n° 534, marzo 1989, cit por GARRETA p. 200 nota 103.

<sup>157</sup> ESTEBAN VELASCO, GAUDENCIO “Algunas reflexiones sobre la responsabilidad de los administradores frente a los socios y terceros: acción individual y acción por no promoción o remoción de la disolución” en AAVV *Estudios jurídicos en homenaje a Aurelio Menéndez Menéndez*, tomo II Derecho de Sociedades, Madrid, Civitas 1996” págs. 1679, 1683, 1698, 1699

En tales supuestos hay daño (directo) al patrimonio del acreedor, pues en ningún caso se previó recurso patrimonial de la sociedad para satisfacerlo, existe una relación de causalidad entre el obrar del administrador al tomar el crédito u ordenar el suministro a sabiendas del incumplimiento, amén de la infracción a normas imperativas de la ley societaria en torno a su viabilidad y liquidación.

Una doctrina judicial semejante suplirá la falta de normas en la legislación concursal para imponer la presentación temporánea en concurso al advertirse el estado de cesación de pagos de una sociedad.

En un catálogo de hechos que acreditan conducta del administrador como causa de responsabilidad se ha apuntado: no llevar ningún tipo de contabilidad, no formular el administrador ningún balance sobre la situación de la sociedad, desaparición o cesación meramente de hecho de la sociedad<sup>158</sup>, ignorancia del administrador de todo lo relativo al tráfico y giro de la sociedad que administre, galopante incremento de las deudas de la sociedad, carácter de operación arriesgada, atribuible a las compras efectuadas, tras un año o más de ejercicios contables negativos, y particularmente subrayamos la contratación o asunción de deudas a sabiendas de la situación netamente deficitaria arrastrada<sup>159</sup>.

Los administradores deben responder de los daños que causen a la sociedad o a terceros por no actuar “con lealtad y con la diligencia de un buen hombre de negocios”, que es el estándar que fija el art. 59 LS<sup>160</sup>, imponiendo de seguido que “Los que faltaren a sus obligaciones son responsables ilimitada y solidariamente, por los daños y perjuicios que resultare de su acción u omisión”. Subraya Halperin que es “un criterio objetivo de comportamiento (pero no una responsabilidad objetiva, agregamos)... la noción de buen hombre de negocios establece una auténtica responsabilidad profesional, ya que implica capacidad técnica, experiencia, conocimientos. Para apreciarla en el caso concreto se tendrá en cuenta: a) la dimensión de la sociedad, b) su objeto, c) las funciones genéricas que incumben como director y las específicas que se le hubieran confiado, d) las circunstancias en que debió actuar (urgencia, acopio de datos, antecedentes e informaciones, etc.) y cómo cumplió su deber de diligencia”<sup>161</sup>.

---

158 Nto. “Ausencia de sede y responsabilidad de administradores (II)” en *De la Insolvencia* Tomo III pág. 579, Editorial Advocatus, Córdoba 2000.

159 El catálogo corresponde a MOYA JIMENEZ, ANTONIO *La responsabilidad de los administradores de empresas insolventes*, 2ª edición revisada y actualizada, Editorial Bosch, Barcelona 1998, pág. 19.

160 Sobre la inteligencia de la locución puede verse HALPERIN, ISAAC *Sociedades anónimas. Examen crítico del dto. ley 19550*, editorial Depalma, pág. 451 y nota 293, Buenos Aires 1974.

161 HALPERIN ob. cit. pág. 452/3.

### 3. Responsabilidad del administrador de la controlante. Acciones derivativas.

Un tema candente en el aspecto de los grupos es la responsabilidad de los administradores de la controlante. Manóvil<sup>162</sup> asienta la responsabilidad de los administradores de la controlante en los presupuestos de toda responsabilidad civil, que no son otros para ellos o para los administradores de la sociedad dominada, o independiente, cuando opera infracapitalizada materialmente y afecta los derechos de los acreedores, o de los accionistas minoritarios.

La cuestión se repite en relación al ejercicio de una acción de responsabilidad por el accionista o acreedor de la controlada, en forma directa contra la controlante por los daños generados al patrimonio de aquella, a lo que ya hemos hecho alguna referencia.

No hay duda que cuando el administrador de una sociedad insolvente contrae obligaciones, beneficia a la sociedad –obviamente a los socios al mejorar el patrimonio del ente- y perjudica al tercero. El tema es más urticante cuando lo hace beneficiando a la sociedad controlante, y ésta no autoriza la promoción de una acción social de responsabilidad. En tal caso: ¿Debe obligarse a promover una acción social en minoría para que los fondos se incorporen al patrimonio social y luego accionar para obtener que una asamblea le distribuya el presunto beneficio? Sería un exagerado rigorismo formal. Las acciones previstas en el art. 54 in fine LS permitirían la acción directa.

Se sostiene<sup>163</sup>, ratificando el criterio que hemos sustentado y habilitando una acción derivada, que “consideramos contrarias al espíritu de la ley las interpretaciones que, por lo restrictivas, y por la suma de exigencias formales a las que suele condicionarse la promoción y éxito de las acciones de responsabilidad.... Como los directores son electos por la mayoría... las acciones sociales de responsabilidad rara vez son promovidas....Ningún sistema capitalista o no, puede funcionar en forma adecuada y justa, si se fomenta –al no repararse- la causación de daños a los socios y a terceros. Por el contrario, la impunidad fáctica de los directores –que es una forma de decir, en la mayor parte de los casos, la impunidad de los accionistas mayoritarios- dificulta el surgimiento y expansión de sociedades sólidas..... el principal y más frecuente perjuicio que pueden sufrir los accionistas, es el menoscabo del patrimonio de la sociedad de la que son socios.... las acciones individuales de responsabilidad no pueden fundarse en el perjuicio –al que califican de indirecto- derivado de la disminución del patrimonio de la sociedad, sino en daños directos causados a los accionistas y terceros... De entenderse que los accionistas carecen de la acción individual de responsabilidad por los daños causados a su patrimonio... existirán casos en que los accionistas, por no tener a su disposición la acción individual ni la social, no podrán obtener reparación alguna.... A nuestro entender, las renunciaciones –que, decididas por los accionistas mayoritarios en la

---

<sup>162</sup> En su libro *Grupos de sociedades. En el derecho comparado* edición Abeledo Perrot, Buenos Aires 1998, pág. 758 entre diversas referencias que hace a la cuestión.

<sup>163</sup> ROUGUES, JULIO M. V “Acción social e individual de responsabilidad. Replanteo de una “vexata quaestio”” p. 537 tomo II del *IV Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa*.

asamblea, afectan a todos los socios- deben ser interpretadas restrictivamente.... Previsiblemente, la asamblea que decida la renuncia resolverá que no existe violación a la ley o al estatuto. En tal caso, se ha interpretado que el accionista disconforme debe impugnar la decisión en el término fijado por el art. 251 de la ley 19.550<sup>164</sup>....a) Si triunfa en ambas acciones, lo que se obtenga ingresará al patrimonio de la sociedad controlada por los accionistas mayoritarios que designaron a los administradores responsables..... c) El hecho de que prospere la impugnación de la decisión asamblearia no determina el progreso automático de la demanda de responsabilidad, pues son distintos los sujetos pasivos (en el primer caso la sociedad, en el segundo el administrador de hecho)..... e) Si se acumulan ambas acciones... el producido de su reclamo resarcitorio ingresase al patrimonio del litigante vencido..... En primer lugar, por qué el daño derivado del menoscabo –en ocasiones la volatilización- del patrimonio social es calificado como indirecto? Se trata de una afirmación dogmática tantas veces descalificada por la Corte Suprema de la Nación con sustento en la doctrina de la arbitrariedad.

Esta “acción derivada” aparece autorizada por el art. 73 del Dto. 677/2001 sobre transparencia contra los actos o contratos con partes relacionadas, prevé en la última parte que la acción sea promovida por “un accionista” que “demanda resarcimiento de los perjuicios ocasionados”, o sea que no se trataría de demandar los perjuicios sufridos por la sociedad, sino los correspondientes a ese accionista. Si se entendiera que el daño que debe reclamar el accionista es el total y lo es en beneficio de la sociedad, lo que se habría consagrado no es el ejercicio de una acción derivada, sino la promoción de una “acción en representación”, lo que es bien distinto<sup>165</sup>. La norma dispone una inversión de la carga probatoria, imponiendo “a la parte demandada probar que el acto o contrato se ajustó a condiciones de mercado o que las condiciones de la operación no causaron perjuicio a la sociedad”.

#### 4. Acuerdo homologado y acciones de responsabilidad.

Existe la suposición que el acuerdo homologado extingue o impide nacer acciones de responsabilidad, en la idea que la legislación concursal sustituye el régimen del Código Civil y la Ley de Sociedades, y que en el concurso no se autoriza ninguna acción de responsabilidad. Pero ya se habla de otras fronteras en torno a los acuerdos abusivos, sobre lo que no abundaremos, limitándonos a señalar que ante ese estado de cosas la reorganización societaria debería pasar por la capitalización de las deudas, en esfuerzo compartido –cuño jurisprudencial y doctrinario aceptado ante la emergencia económica- entre socios y acreedores para conservar la empresa, como acaece en la legislación y jurisprudencia americana.

---

<sup>164</sup> CNCom. Sala B 15.122.89 *Barbará, Alfredo y otra c/ Maryland S.A. y otros* ED 141 127 citado por Otaegui en la actualización de Halperin *Sociedades Anónimas* p. 558.

<sup>165</sup> Sobre ambas acciones puede verse el Proyecto de reformas a la ley de sociedades comerciales elaborado por la Comisión designada por el Ministerio de Justicia 465/91 que integráramos, en el Título I, Capítulo Primero, sección IV “De ciertas acciones” arts. 21 a 26, Ed. Astrea.

Claro que ello no acalla la posibilidad de acciones individuales de responsabilidad.

Mientras no se adopte una solución clara, debe recrearse la responsabilidad de los administradores, con una inteligencia plena de la técnica societaria de organización de la empresa<sup>166</sup>: estamos sugiriendo el ejercicio de acciones individuales de responsabilidad contra los administradores de sociedades concursadas, ejercitadas por acreedores por causa posterior a la cesación de pagos, extraconcursalmente.

Ello supone daño directo causado a los acreedores por los administradores en el ejercicio de su representación o administración. Está acreditado que contratar en estado de cesación de pagos es doloso, en los términos del art. 931 C.C., o sea que el administrador beneficiando a la sociedad causa daño directo a los terceros que contratan sin conocer esa situación.

#### 5. Extraconcursalidad de la acción individual.

El que la legislación concursal haya eliminado toda referencia directa a la tempestividad de la presentación en concurso, no ha borrado ciertos efectos como los de la responsabilidad de administradores y terceros.

Es que el abuso de derecho es un acto antifuncional, incluso del derecho procesal dilatando juicios y luego presentándose tardíamente en concurso, no configura un acto ilícito, por cuanto no es contrario a una norma determinada sino al ordenamiento jurídico en su conjunto. Máxime si se acepta que el administrador societario que obliga a la sociedad con un tercero, recibiendo la prestación de éste, y no satisfaciendo la propia de la sociedad, actuó con dolo en la contratación.

Esta acción es extraconcursal pues no está concursado el legitimado pasivo. Tampoco ejerce efectos sobre la misma la novación de la obligación principal en el concurso de la sociedad, pues son sujetos distintos.

### XI – LA PÉRDIDA DEL CAPITAL SOCIAL, EFECTOS Y RESPONSABILIDAD.

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 privada.

En numerosas oportunidades, en Congresos y ensayos nos hemos expedido en orden a infrapatrimonialización y cuando ello genera responsabilidad de administradores y/o socios, particularmente para referirnos a aspectos de “Insolvencia societaria”<sup>167</sup>.

---

166 “Responsabilidad de administrador de sociedad insolvente” en *Doctrina societaria y concursal*, Errepar Marzo 2002 p. 887.



Hemos elucubrado por la vinculación de ello con la imposibilidad originaria o sobreviniente de imposibilidad de cumplimiento del objeto social como causal de disolución y generadora de responsabilidad.

La infrapatrimonialización no implica necesariamente la insolvencia, tampoco necesariamente la pérdida del capital social, pero se vincula directamente a ella. Por eso hemos cuestionado las homologaciones de acuerdos concursales propuestos por sociedades basados en que la liquidación en la quiebra daría un resultado inferior al ínfimo que se ofrece<sup>168</sup>, lo que hace presuponer que ni administradores ni socios atendieron oportunamente los indicadores sobre la pérdida patrimonial que excedía en mucho el capital social ..

#### 1. La solución peruana limitando la vía concursal.

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 asumió 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

---

<sup>167</sup> Ed. Lexis Nexis, Buenos Aires 2007; *Perspectiva del Derecho de la Insolvencia*, Ed. Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales, Córdoba, 2010.

<sup>168</sup> *Homologación de acuerdos concursales bajo el fundamento del resultado ínfimo de una liquidación*, “Las crisis de las sociedades y como abordarlas”, Ed. Fespresa, Córdoba 2010 pág. 21.

habilita al deudor a acogerse al concurso ordinario, conservativo, es el de pérdidas acumuladas no inferiores a la tercera parte del capital social, pero no superiores a su monto total”<sup>169</sup>.

Nos centramos en esa causal de disolución de “pérdida del capital social”<sup>170</sup>.

Obviamente que 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 –capitalizados, agregamos- etc.)<sup>171</sup>. 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.

Consideramos que 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 el último recurso para solucionar la crisis societaria<sup>172</sup>.

---

**169** 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.

**170** “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.

**171** 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 disolutoria 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 declara en concurso o quiebra.

**172** Nto. *DESJUDICIALIZACIÓN DE LOS CONCURSOS: UN “OBITER DICTUM” DE LA CORTE*, en Zeus Córdoba n° 376, año VIII, 23 de febrero de 2010, tomo 16, pág. 85/90, y en Editorial Zeus Revista n° 11, tomo 113, Rosario 13 de julio de 2010, pág. 561.

---

## 2. Preguntas con respuestas.

Conforme a ello, formalizamos preguntas y respuestas tendientes a ese esclarecimiento:

1º ¿Cuándo queda reconocida la existencia de esta causal por los administradores y por los socios?

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. ¿Ante esa constatación debe cesar la actividad normal y proceder a la liquidación?

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 y, en tal sentido, 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.

2º ¿Cuál es el monto de la reintegración del capital social: el monto original u otro monto?

El monto que requiera la situación patrimonial y no meramente la cifra nominal del capital original, pues la pérdida que registrara el balance podría ser muy superior al mismo. El desembolso por reintegro debe ser tal que permita equiparar el activo con el pasivo y recomponer la cifra del capital social. La decisión de reintegro adoptada en el caso de sociedad anónima por asamblea extraordinaria con mayorías agravadas, impone a todos los socios la obligación –salvo ejercicio del derecho de receso sin valor económico evidentemente, pero que evita la obligación de reintegrar-. Fushimi entiende “que de ninguna manera el reintegro del capital puede ser obligatorio para los accionistas”<sup>173</sup>. 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 compartida<sup>174</sup>.

3º ¿Si no se reintegra como capitalizar la sociedad para evitar la liquidación?

---

<sup>173</sup> Trabajo citado pág. 435.

Debe aumentarse el capital social en monto 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 de pasivo.

Se sostiene que se trata de aumentos que implican el patrimonio neto y que se producen cuando los socios o terceros realizan aportes genuinos a la sociedad<sup>175</sup>. 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. 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-.

4º¿Si no tratándose la causal una vez acreditada, continuando el giro normal de los negocios, y se ratificara la presentación en concurso surge alguna responsabilidad?

Constatada la causal y no tratada ni revertida, los administradores asumen responsabilidad. La misma presentación de balances anteriores donde conste la pérdida del capital social y haber puesto a consideración de los socios el reintegro o aumento, pretendiendo la solución concursal, genera esa responsabilidad por las operaciones posteriores. Los socios al ratificarla sin haber asumido previamente las conductas previstas en la ley de sociedades parecería que también han asumido esa responsabilidad..

5º¿En el caso anterior se aplica el art. 99 LS para las deudas postconcursoales?

No aparece en nuestro derecho una opción para los administradores, como en España<sup>176</sup>, y los 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

---

174 HAGGI, Graciela A. *El reintegro del capital social* en AAVV dirección Laura Filippi y Maria Laura Juarez “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.

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

176 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.

los acreedores a través de quitas y esperas, deberán afrontar la responsabilidad del art. 99 LSA para el caso de una ulterior quiebra.

6º ¿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 socios<sup>177</sup>.

7º ¿Los aportes a cuenta de futuros aumentos son suficientes para superar la causal de disolución?

Sí, 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 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-.

### 3. Visión de la doctrina.

Apuntamos en apoyo a doctrina extranjera y nacional.

3.1. 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

<sup>177</sup> En orden a la responsabilidad por el art. 99 LSA, la jurisprudencia en el caso "Trottar 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. 8º 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." elDial.com, 12/08/10

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...”<sup>178</sup>.

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 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).”<sup>179</sup>

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”<sup>180</sup>. 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

---

<sup>178</sup> BELTRÁN, Emilio “La disolución de la sociedad anónima”, Estudios de Derecho Mercantil, Ed. Civitas, Madrid 1991, págs. 34/5.

<sup>179</sup> BELTRÁN “La disolución...” cit. págs. 100/101.

<sup>180</sup> BELTRÁN “La disolución...” cit. págs. 138/9.

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”.

3.2. En nuestro país la cuestión podría ser más debatida y recurrimos al enjundioso libro específico de Nissen<sup>181</sup>, 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 justifica sobradamente en razón de la necesidad que tiene la sociedad de contar con nuevos aportes de los socios para evitar su disolución<sup>182</sup>”.

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.

---

<sup>181</sup> NISSEN "LA PERDIDA DEL CAPITAL SOCIAL COMO CAUSAL DE DISOLUCION DE LAS SOCIEDADES COMERCIALES" citada.

<sup>182</sup> 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.

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.

---

## XII – MEDITACIONES Y CONCLUSIONES.

Los problemas concursales -o de crisis de empresa- no pueden solucionarse siempre dentro de la legislación concursal, y la problemática de la reparación de los acreedores debe ser afrontada integrando el análisis con las normas sobre responsabilidad general contenidas en el Código Civil y las específicas de la ley societaria, 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.

1.El ejercicio de las acciones de responsabilidad puede ser formalizada antes de la presentación en concurso, ante el juicio de quiebra o presentación en concurso, en consecuencia no de la mera demora en pagar, sino por los perjuicios que les genere a los acreedores la quita o espera que se les imponga en propuestas de acuerdo, aunque la misma fuera votada favorablemente. Posiblemente la prueba de la cesación de pagos, del actuar de los administradores recién se advierta claramente o pueda probarse a través de los elementos acercados al proceso concursal.

Eventualmente, de los propios términos de la presentación en concurso -aunque no fuere tardía-, del informe general del síndico<sup>183</sup> o de otros elementos puede determinarse el incumplimiento de los deberes societarios del administrador y autorizar la promoción de acciones de responsabilidad individual por parte de ciertos acreedores. Ello es coherente con la política legislativa de la ley 24.522 que privilegia la autonomía de los acreedores dentro del concurso.

El derecho de los acreedores también se perfila cuando el acuerdo es incumplido y ello resulta de la falta de un plan de reordenamiento o de la falacia o irrazonabilidad de ese plan que justificó el voto favorable de los acreedores<sup>184</sup>.

El ejercicio de la acción individual de responsabilidad contra los administradores societarios puede acumularse a la acción incoada contra la sociedad. Claro que si ésta se

---

<sup>183</sup> Nto. “En torno a los informes del síndico en el concurso de sociedades: el general”, *Publicado en Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones, Ed. Abeledo Perrot, 242-657 doctrina, año 2010.*

<sup>184</sup> Nto. “El plan de empresa. Ética y responsabilidad del empresario” en *Estudios en honor de Pedro J. Frías*, tomo III pág. 1187 y ss. , Ediciones El Copista, Córdoba 1994. ALBERTI, EDGARDO MARCELO “Una contribución de Efraín Hugo Richard al derecho concursal: El plan de empresa como recaudo del concurso preventivo” a pág. 949 II tomo *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.



encuentra en concurso o en quiebra es aconsejable no acumularla, partiendo que la insinuación contra la misma se formalizará por la vía de la verificación de créditos.

Es advertible que administradores y socios no han protegido a la empresa pues la situación se agravó, y lo que hubiera podido afrontarse con una mera espera de un año – 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.

Es evidente 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.

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.

2. Intentamos que el sistema concursal se aplique en la forma más contemporánea posible al advertirse la situación de cesación de pagos, cuando aún es posible reconvertir la situación –lo que en la actualidad no se constata en los procesos concursales-, evitando difundir a terceros in bonis la insolvencia.

Entendemos que las sociedades comerciales tienen regulada prevención de la crisis en la legislación societaria específica, que deben aplicar, recorriendo ciertos procedimientos orgánicos, los administradores societarios.

Formulamos como hipótesis que los acreedores sociales que acrediten: (a) haber sufrido daño (b) por el accionar de administradores de sociedades (c) que hubieran asumido esas obligaciones en conocimiento del estado de cesación de pagos, (d) pueden promoverles acciones individuales de responsabilidad.

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.

Obviamente que esas acciones están vinculadas al derecho de daños y a la clásica teoría general de la responsabilidad que comporta<sup>185</sup>.

---

<sup>185</sup> ARAYA, MIGUEL C. “Responsabilidad de los administradores de la Sociedad Anónima” citado especialmente pág. 647.

Si la actuación torpe de los administradores genera perjuicio a terceros, éstos pueden promover una acción individual de responsabilidad civil –societaria-, bajo los mismos presupuestos clásicos de la responsabilidad subjetiva, exigiéndose además de la infracción a la norma la concurrencia de la culpa, el daño y la relación de causalidad.

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