

LA EFICIENCIA PARA AFRONTAR LA INSOLVENCIA SOCIETARIA

Efraín Hugo RICHARD¹

Presentación al VII Congreso Iberoamericano de Derecho Concursal, Franca (Brasil) 21/23 de noviembre de 2011.

INDICE: I – LA REALIDAD. II – LA EMPRESA. INTERESES. PROTECCIÓN DEL EMPLEO. III - LA ORGANIZACIÓN DE LA EMPRESA COMO SOCIEDAD. LA PREVENCIÓN. IV – LA PLANIFICACIÓN. V – LA PRECONCURSALIDAD. 1. PÉRDIDA DEL CAPITAL SOCIAL. 2. MONTO DE LA REINTEGRACIÓN. 3. AVAL DE LA CORTE. VI – DESJUDICIALIZACIÓN DE LA CRISIS Y LA PRECONCURSALIDAD SOCIETARIA. VII – LA PERDIDA DEL CAPITAL SOCIAL. RESPUESTAS IMPERATIVAS DE LA LEY DE SOCIEDADES Y CONCURSOS. VIII - LIQUIDACIÓN EXTRAJUDICIAL SOCIETARIA Y LA LIQUIDACIÓN RUINOSA PARA JUSTIFICAR QUITAS ABUSIVAS. IX – SOBRE RESPONSABILIDAD. X – EL REPLANTEO SISTÉMICO: LA CONCURSALIDAD DE LAS SOCIEDADES. CESACIÓN DE PAGOS E INSOLVENCIA. 1. EL CAPITALISMO DE REPOSICIÓN. 2. LIBERTAD BAJO RESPONSABILIDAD. 3. CESACIÓN DE PAGOS E INSOLVENCIA. 4. LA DOCTRINA EN CRÍTICA. XI – EL CAPITALISMO DONATARIO. XII - LA CONCURSALIDAD DE LAS SOCIEDADES, EL CONGRESO NACIONAL DE DERECHO PROCESAL DE JUNIO 2011 Y LA VISIÓN DE UN DOCTRINARIO. XIII – MEDITACIONES.

Hemos desarrollado, en los sucesivos Congresos del Instituto Iberoamericano de Derecho Concursal, un pensamiento sistemático y constructivista sobre la insolvencia societaria. En la conclusión del último, en Rosario (República Argentina), en la sesión de clausura quedaron marcadas dos posiciones: una que no distingue entre el empresario individual y la sociedad en dificultades, y otra que abrazamos que, coincidiendo con aquella en cuanto al empresario individual, sostiene que las crisis societarias deben afrontarse primariamente a través de las previsiones imperativas de la ley que rige esa organización. La extensión del abordaje de la crisis del empresario individual al organizado societariamente implica sustraer a esta última del régimen propio.

Comprendemos la posición tradicional pues está fundada en la forma de la enseñanza del derecho concursal, con su trasvasado al ejercicio profesional.

Para desarrollar nuestra posición hemos considerado –sin descartar otros sujetos- que el desarrollo productivo se basa en la organización y sustentación de la empresa organizada normalmente como sociedad².

Lo hemos presentado en *Perspectiva del Derecho de la Insolvencia*³, y en el VI Congreso avanzamos con nuestra presentación bajo el mismo nombre.

¹ Miembro Fundador del Instituto Iberoamericano de Derecho Concursal, Vicepresidente Académico por dos períodos (4 años) desde la fundación y, actualmente, Miembro y Coordinador de la Comisión Académica.

² La cuestión puede verse en el fallo de la CNCom, Sala A, autos “*Vicente Robles SA c/ Nisalco SA S/ Ordinario*”, N° Sent.: 40729/97, 11.05.2004, que sostuvo: “*La actuación frente a terceros y el ejercicio de las actividades de su objeto social constituyen los dos aspectos sustanciales de la administración del fondo común, o sea, la representación y la gestión operativa de los negocios sociales. En suma, la sociedad comercial tanto es un sujeto de derecho -y como tal actúa frente a terceros en ejercicio de las actividades de su objeto social como también una organización empresaria, destinada a la producción o intercambio de bienes o servicios (ley 19550: 1, 2, y 11). Se justifica así el específico régimen tendiente a salvaguardar los intereses esenciales de los socios, el respeto de los derechos de terceras personas y la defensa del interés de la propia sociedad, posibilitando a tal punto, la adopción de medidas tendientes a sancionar aquellas conductas antinormativas en que pudieran haber incurrido en ocasión y con motivo de sus funciones, responsabilizándose personalmente y solidariamente a las personas físicas que encarnan el órgano por el “daño causado” a la sociedad, a los socios o a los terceros*”.

³ Córdoba (República Argentina, 2011 Ed. Academia Nacional de Derecho y Cs. Sociales), disponible electrónicamente solicitándolo a ehrichard@arnet.com.ar, donde agradeceremos las observaciones, sugerencias o adhesiones.

Ahora afirmaremos ciertos aspectos bajo el mismo sistema, en la polarización de ideas que llevan a pensar en un “capitalismo donatario” por una parte y en un “capitalismo de reposición”, como se ha llamado a nuestra visión⁴.

Ante el temario de este VII Congreso Iberoamericano de Derecho Concursal convocado bajo el lema “A Efetividade do Direito Concursal”, nos interesamos en su tema inicial *1. Os métodos de prevenção das crises empresariais e a Legislação Concursal*, que en la última crisis global el gobierno de EE.UU. por el bajo costo de aplicación y su inmediatez uso de técnicas societarias, modificando las participaciones accionarias y sus titulares, aunque fuere transitoriamente.

Conforme ello, desde el sistema de la insolvencia en la República Argentina, intentamos reconstruir una visión global.

I – LA REALIDAD.

Partimos de la crisis de las sociedades, pues la empresa de relevancia se encuentra así organizada, generando una persona jurídica dotada de patrimonio afectado a una actividad bajo una administración independiente.

También se impone reconocer que la ley de concursos –o de reorganización- no es autosuficiente y se inserta en las normas de derecho público, de derecho privado y particularmente en las de organización de la empresa –leyes de sociedades-. Es que la ley de concursos no es autosuficiente ni puede aplicarse con abstracción de otras disposiciones legales, aunque cierta doctrina concursalista apoye la independencia y autosuficiencia, pero lo contrario resulta de sus propios actos que han sostenido y sostienen la inconstitucionalidad de viejas y nuevas normas –como el derogado art. 11 inc. 8º y ahora el art. 48 bis-, mientras niegan la inconstitucionalidad de quitas confiscatorias o la aplicación de principios generales de responsabilidad.

Hoy se considera que esa administración debe actuar lo más tempranamente para afrontar la crisis, sin que se haya instalado una cesación de pagos, en pro de conservar la empresa y los puestos de trabajo, sin afectar al mercado ni a nuevos acreedores.

La realidad muestra otra situación. Se afecta la competencia, la lealtad en los negocios, la solidaridad, intentando que el daño lo soporten los acreedores –incluso los trabajadores-.

Los administradores societarios presentan las sociedades cómo y cuando lo quieren –conforme les autoriza importante doctrina-, cuando la crisis se ha agravado; acreditada situación conforme informes generales en los concursos que señalan cesaciones de pago de larga data sin que se adopte ninguna previsión antes de convocar a los socios a ratificar la presentación en concurso; o que resulta de los libros societarios si es que no se han incendiado o sustraído por terceros-. Situaciones muchas veces linderas a lo delictual son advertibles en concursos y quiebras, cuando no en acuerdos extrajudiciales, al operar sociedades en cesación de pagos sin poner la cuestión en manos de los socios, asumiendo las soluciones que prevé la ley de sociedades, afectando la continuidad de la propia empresa o a terceros con quienes contrata a sabiendas de la imposibilidad de cumplimiento normal.

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

II – LA EMPRESA. INTERESES. PROTECCIÓN DEL EMPLEO.

La cuestión la centran todos sobre la conservación de la empresa, pero esta acción impone una pregunta: ¿Quién debe conservar la empresa? El Estado, la comunidad, los acreedores?

A su vez, este Congreso, como el anterior nos convoca con la preocupación de la “EFICIENCIA”.

⁴ Desde el punto de vista económico general se refiere la dicotomía entre capitalismo prebendario y capitalismo de riesgo. EN TORNO A CAPITALISMO DE REPOSICIÓN Y CAPITALISMO DONATARIO. En ZEUS Córdoba nº 450 año X 23 de agosto de 2011, Tomo 19 pág. 197.

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

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

Hoy lo que interesa es mantener la actividad de la empresa, para que no se pierdan empleos, para que no se afecte a la comunidad. No interesa quiénes son sus dueños y si hay cambios en la titularidad. Este aspecto está particularmente destacado en el art. 47 de la ley de Brasil de recuperación judicial de empresas.

III - LA ORGANIZACIÓN DE LA EMPRESA COMO SOCIEDAD. LA PREVENCIÓN.

A fin brindar una regulación unitaria de la organización y funcionamiento de la titularidad plural de una empresa, y correlativamente, para proteger los derechos de los terceros que contraten en ocasión de esa actividad, la Ley propone como método de unificación de relaciones jurídicas: la personalidad jurídica. Se trata de una herramienta legislativa que autoriza a los particulares para crear un nuevo sujeto de derecho conforme los recaudos exigidos por la ley⁵.

¿Por qué y para qué de la personalidad jurídica? En el plano ideal persona es un recurso técnico para disciplinar y simplificar ciertas relaciones jurídicas⁶.

Pongamos atención en el por qué o para qué de esa personalidad jurídica. ¿Cual es el objetivo o bien jurídico tutelado? Seguridad jurídica al unificar relaciones jurídicas, sin afectar derechos de terceros, o sea un fin eminentemente jurídico para el funcionalismo societario. Por este medio se están tutelando los intereses de quienes se vinculan con el mismo, más que la limitación de responsabilidad de los socios.

Se justifica en el interés de organizar la empresa y garantizar a los terceros que se vincularon por tal actividad. Este es el bien jurídico que fundamenta la personalidad jurídica. La limitación de responsabilidad no surge de la personalidad jurídica, sino de la tipicidad de segundo grado o sea del tipo de sociedad adoptada, y esa limitación esta acotada por su uso racional.

El principio de división patrimonial, base de la personalidad, se estructura en resguardo del nuevo sujeto de derecho y de sus acreedores, más que de los socios.

El derecho societario protege imperativamente la dotación patrimonial a través de la causal de disolución pérdida del capital social, cuya normativa opera en el derecho comparado “como un instrumento preconcursal”⁷, “tiene una función *preconcursal* o *paraconcursal*, considerada por algún otro como *anticoncursal*”⁸.

Se trata del eje como “bien jurídico tutelado”, lo que obviamente corresponde a una teoría de los valores, a una axiología del derecho concursal –y también del societario-. Dentro de nuestra visión esa axiología se centra en la conservación de la empresa a través de librarla del presupuesto objetivo que permite alterar el sistema jurídico normal a través de los juicios concursales o acciones preconcursales. Se trata de absolver el estado de cesación de pagos, la crisis, el riesgo mismo si se suponen acciones más anticipatorias.

⁵ RICHARD, Efraín Hugo – MUIÑO, Orlando Manuel. *Derecho Societario*, Ed. Astrea, Bs.As., 1997, p. 36. “La personificación jurídica es un medio técnico-jurídico de simplificación de relaciones jurídicas, que el legislador dispone conforme la política legislativa que se imponga para autorizar que los particulares conciban el nacimiento de nuevos sujetos de derecho conforme lo autorice la legislación”. En idéntico sentido SUAREZ ANZORENA, Carlos, “Personalidad de las sociedades”, en ZALDÍVAR Enrique y otros. “Cuadernos de Derecho Societario”, T. I, Ed. Macchi, Bs.As., 1973, p. 130. “...la persona societaria constituye un medio jurídico-cultural que el derecho posibilita a los efectos de la mejor organización de los fines humanos que reputa lícitos”.

⁶ COLOMBRES, Gervasio “Curso de Derecho Societario”, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, pág. 60.

⁷ URÍA, R.; MENÉNDEZ, A. y GARCÍA de ENTERRÍA, J. *La sociedad anónima: disolución* Cap. 4, pág. 1001 en “CURSO DE DERECHO MERCANTIL” dirigido por Rodrigo URÍA y Aurelio MENÉNDEZ, Ed. Civitas, Madrid 1999, tomo I, especialmente “Las pérdidas graves” págs.. 1009 a 1013.

⁸ DÍEZ ECHEGARAY, José Luis *Deberes y Responsabilidad de los Administradores de Sociedades de Capital*, 2006, Ed. Thomson-Aranzadi 2ª edición, Navarra. pág. 387.

IV – LA PLANIFICACIÓN.

Cualquiera que sea quién deba conservar la empresa –como bien lo apunta la legislación argentina y muchas otras ante la eventual liquidación-, debe pensarse en la necesidad de un plan. La conservación de la empresa, la tempestividad para afrontar la crisis y la planificación son resaltadas concursualmente. Referirse a un plan lo es al proyecto, programa o presupuesto que se formalizan quiénes quieren encarar un negocio y mantienen en el futuro para asegurar su resultado. El derecho comparado ha separado al hombre de la empresa y lo que se tutela es esta misma, no al empresario –titular del capital o administradores-, pues poco importa a la economía quién sea el titular sino que la empresa opere eficientemente en el mercado, sin romper las reglas de competitividad ni de abusividad a través de falta de lealtad al actuar en cesación de pagos, generando y manteniendo empleos.

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

Pero a cargo de quién está la conservación de la empresa: ante esa autonomía? No hay duda que en primer lugar a los constituyentes de la sociedad, en cuanto la causa de la misma es el advenimiento de ese centro de imputación para satisfacer los diversos intereses de los constituyentes. Luego de los administradores que elijan y de los socios de control, que pueden remover a los administradores. Nunca de los acreedores o del Estado, aunque el Estado ha tenido que intervenir por desidia de administradores y socios.

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

La planificación resulta de los deberes de los administradores societarios.

Alguna doctrina en la República Argentina trata de ignorar o rechaza la obligación de los administradores societarios de actuar rápidamente ante la crisis, formulando un plan. La argumentación es la inexistencia de esa obligación o la imposibilidad de su evaluación por terceros. La presentación del plan de negocios es denostada por esa doctrina basados en la pregunta sobre quién debe analizarlo. La respuesta es nadie, salvo que la ley lo requiera, como es el supuesto de la continuación del giro en la quiebra⁹.

No advierten que esa planificación esta ínsita en la obligación de actuar con diligencia y lealtad, o piensan que su exteriorización les impedirá transmitir a los acreedores la carga del salvataje de la sociedad, en lo que hemos dado en llamar “capitalismo donatario”, con quitas y esperas desproporcionadas a la necesidad de la propia sociedad, el quebrantamiento de normas imperativas de la ley de sociedades. Es que se podría así advertir la existencia de un “plan ante la insolvencia”, abusivo para la buena fe comercial.

El plan de negocios o de explotación, da lo mismo el nombre, es un requisito substancial y no formal para llegar a buen fin en un concurso preventivo o en una quiebra con conservación de la empresa. No es un requisito de admisibilidad, pero si para permanecer en el manejo de la sociedad (acreditando diligencia) y luego para integrar la propuesta u homologarla.

En el concurso no se abre juicio sobre ese plan, eventualmente al homologar un acuerdo debería hacerse alguna referencia concreta y no una mera invocación. Recordemos las previsiones de los arts. 125.1 y 125.2 incorporados en el año 1983 a la ley 19.551 que preveían su análisis en caso de incumplimiento para responsabilizar a los que lo hubieren hecho irrazonablemente..

⁹ Nto. “Sobre el capitalismo de reposición y el capitalismo donatario” en EMercantil de Microjuris, entrega n° 31 del 4 de agosto de 2011/2011

En la quiebra, para la continuación del giro, el plan de explotación debe ser presentado o apreciado por el Síndico –conforme el caso- y aprobado por el Juez.

Ese plan es propio y esencial en una sociedad que lleve contabilidad, para tender aspectos contables y fiscales. Caso contrario no se acreditaría diligencia, y de generarse daño podrían haber acciones de responsabilidad contra los administradores¹⁰.

El plan de negocios o de explotación, da lo mismo el nombre, es un requisito substancial y no formal para llegar a buen fin en un concurso preventivo o en una quiebra con conservación de la empresa. No es un requisito de admisibilidad, pero sí para permanecer en el manejo de la sociedad (acreditando diligencia) y luego para integrar la propuesta u homologarla.

“La obligación de un buen hombre de negocios es planificar para el cumplimiento del objeto social de la sociedad que administra. Aun planificando existen riesgos, pero actuar sin planificación es por sí generador de responsabilidad por no adoptar la actitud profesional que el art. 59 LSC exige”¹¹.

V – LA PRECONCURSALIDAD.

Para discernir la visión organizacional debe apuntarse a las normas que regulan la empresa organizada como sociedad. Conforme a ello centremos atención en una causal de disolución de la sociedad, la más grave, la pérdida del capital social como forma de prevenir y solucionar la crisis en forma extrajudicial y privada.

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

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

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

La pregunta formal sería: quienes tienen que hacer un plan de explotación? Sólo el Síndico o los trabajadores asociados en cooperativa? Tienen el juez y el síndico facultades para requerirlo a los administradores de la sociedad concursada? Es un abuso de facultades requerirlo? Es necesaria su evaluación en el concurso preventivo o basta su existencia a efectos posteriores (informe general del síndico, disposición de fondos, juzgamiento de culpa por acción u omisión de administradores y fiscalizadores)? El síndico en su informe general deberá informar sobre el plan de empresa, la memoria social y comunitaria (relaciones laborales e impacto ecológico).

Advirtamos que en la quiebra el juez puede requerir asesoramiento profesional específico para expedirse sobre el plan, y el Estado debe brindar asistencia técnica a la cooperativa de los trabajadores.

Los administradores societarios tienen que planificar. Así lo exige la ciencia de la

¹⁰ *Perspectiva....* citado 1ª parte “La crisis de la organización societaria” pág. 260 y ss..

¹¹ “Acción individual de responsabilidad (art. 279 LSC) autónoma al concurso de la sociedad” en *Perspectiva del Derecho Mercantil*, AAVV, Ed. Lexis, 2011, XVIII Jornadas Nacionales de Institutos de Derecho Comercial, La Plata octubre 2011, pág. 381 y ss.. La norma es similar al art. 158 2º de la ley de Brasil 6404 de 1976 y sus reformas, que impone la responsabilidad solidaria de los administradores por los perjuicios causados en virtud del no cumplimiento de sus obligaciones “para asegurar el funcionamiento normal de la compañía”.

administración y la ley de sociedades –art. 59-. Se sostiene que la ley concursal no exige esa planificación, tema sobre el que nos hemos explayado repetidamente pues en el proceso concursal no se trata de aplicar sólo las normas del derecho específico sino de todo el plexo normativo y, particularmente, los principios de derecho público y privado.

Esa planificación debería ser analizada en el seno del órgano de administración y luego presentada al órgano de gobierno. Se señala hoy en la doctrina mundial que no importa quiénes sean o devengan en propietarios de una empresa en crisis sino la conservación del empleo y del giro normal, no contaminante. Y luego si se decidiera legítimamente presentar en concurso, esa presentación debería al mismo tiempo de señalar las causas de la crisis indicar como se pretende solucionarla, lo que se repite a través de uno de los tres requisitos de una propuesta válida de acuerdo.

1. PÉRDIDA DEL CAPITAL SOCIAL. Respecto a la pérdida del capital social y las normas específicas de la legislación del medio técnico organizativo, la doctrina española –inicialmente Emilio Beltrán en 1991- calificó la solución como preconcursal, mientras otros lo hacían de “paraconcursal” o “anticoncursal”, sosteniendo que para evitar que la sociedad llegue al estado de insolvencia, el legislador ha establecido un mecanismo preventivo consistente en obligar a la sociedad a disolverse o adoptar medidas sustitutorias de saneamiento financiero cuando se produzcan pérdidas graves, amenazando con graves sanciones a los administradores si esto no se produce. La solución con matices especiales no es muy diferente en nuestro país. Dasso en su libro *Derecho Concursal Comparado*¹² da múltiples ejemplos autorizados por leyes concursales o de reestructuración para usar métodos societarios.

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

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

Los administradores de esas sociedades, y los socios de control, ante la crisis no adoptan ninguna de las medidas o vías que les ofrece el sistema societario: no llaman formalmente a los socios

¹² DASSO, Ariel A. *Derecho Concursal Comparado*, tomos I y II, Ed. Legis, Buenos Aires 2009. Hemos formalizado la reseña de ese libro, extraordinaria aportación del distinguido jurista argentino, para el Anuario de Derecho Societario, España, Número 22 del Anuario, enero de 2011. También en otras publicaciones, y otros comentarios en “**Derecho Concursal Comparado**” en *Zeus Córdoba*, n° 445, año X, 19 de julio de 2011, tomo 19 pág. 57; “**Derecho Concursal Comparado**” Publicado en Editorial Zeus, Revista n° 13 tomo 116, pág. 673; y en “**Derecho Concursal Comparado (Sobre la contribución de Ariel Ángel Dasso)**” para *Via Crisis, Perú*.

a considerar como afrontar la crisis. No se expresa ello ni en Asambleas ni en Reuniones Generales, y menos aún se les convoca para la reintegración del capital social –obligatorio para todos si es decidido por mayoría –en solución diferente a España-, reorganización de la empresa, venta de activos inactivos, y particularmente a una capitalización de pasivos por negociación con acreedores previsto por el art. 197. 2 LSA. No asumidos los problemas de la crisis se debería proceder a una rápida liquidación, casi sin daño para los acreedores, conforme un plan de liquidación como prevé Bernardo Carlino en ilustrado artículo de doctrina. Liquidación que podría asegurar la continuación de la empresa en otras manos.

Adviértase la sencillez preventiva de las normas que impone el tratamiento de causales de disolución para lograr el equilibrio a bajo costo, como la capitalización del pasivo, donde se eliminan todos los costes de transacción –incluso los impositivos que gravan las quitas- para salir de la crisis y se transforma la situación patrimonial de la sociedad. Aparece así un verdadero proceso preventivo preconcursal en el derecho societario.

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

Se plantea como un problema desde la legislación concursal –pero ¿porque no desde la societaria?-, la transferencia del control de la empresa en crisis, de los accionistas que carecen ya de incentivo y de los administradores que responden a ellos, a los acreedores que ven comprometido en ello su capital de riesgo. En función de ello los acreedores deberían organizarse en categorías, con intereses uniformes, para intervenir en la vida de la sociedad.

Los acreedores de una sociedad en crisis deberían tener el mismo tratamiento, derechos y tutelas que los accionistas de una sociedad solvente, pero se encuentran en la misma situación de inversores sin derecho al decir de Stanghellini.

Son los socios los que deben asumir las soluciones, no los acreedores, conservando la empresa que desarrolla la sociedad que constituyeron, o disolviéndola. Atento la norma del art. 96 LSA la causal de disolución puede enervarse y, en tal sentido, Nissen sostiene que la reversión debe producirse dentro de los 60 días por aplicación analógica de lo previsto respecto a la causal de cancelación de oferta pública (inc. 9º art. 94). La reacción debería ser inmediata a la constatación documentada en la aprobación del balance. Recuérdesse que la sociedad debe continuar formalizando sus balances y documentación accesoria durante la tramitación del concurso, donde podría detectarse esa pérdida del capital social.

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

En realidad, los administradores societarios deben hacer una evaluación y un plan anualmente. Si el balance anual acusa la pérdida tienen obligación de ponerlo a consideración de los socios, sin duda con algún plan si pretenden continuar la gestión, y a su vez deben presentar junto a ese balance una Memoria sobre la prospectiva del año venidero, que importaría anticipar la asunción de una crisis si existiere un sobreendeudamiento o una situación semejante. Esos balances deben formalizarse también durante la tramitación del concurso y si se constata la pérdida del capital social se dispara la aplicación de las normas imperativas de la ley societaria.

2.MONTO DE LA REINTEGRACIÓN.

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

Las soluciones normativas-doctrinarias a la capitalización son múltiples, permitiendo a los administradores emitir acciones sin autorización de los socios, con o sin prima, con derecho de rescate, generando preferencias patrimoniales que limiten sus derechos políticos, ubicándolas en una clase, y otras múltiples soluciones con las que hemos afrontado crisis extrajudicialmente y con gran confidencialidad. Incluso la liquidación privada, a bajo coste, importa una suerte de concurso de hecho, que no impide la petición de quiebra por algún acreedor que, sin duda verá por ese medio menguado su derecho en el concurso, pues de haber responsabilidades podría ejercerlas individualmente. Liquidación que puede encararse con continuidad de la empresa, conforme un plan, para tratar de enajenarla privadamente.

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

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

La pérdida del capital social impone iniciar el proceso de liquidación, pues constituye una causal de disolución al constatarse en el balance esa situación, o antes. Se trata de las causales de inmediato conocimiento -que suelen referirse como que actúan de pleno derecho, *ipso jure* u *ope legis*, generando la responsabilidad prevista por el art.99 LSA para administradores y socios de no optarse por las soluciones que la misma ley ofrece en el art. 96 para no iniciar la liquidación de la sociedad: “En caso de pérdida del capital social, la disolución no se produce si los socios acuerden su reintegro total o parcial del mismo o su aumento”. Todo a contar de los propios actos de la sociedad: la presentación del proyecto de balance por los administradores y la aprobación del mismo por los socios, del que resulte como declaración de certeza y de verdad la pérdida del capital social.

La paradoja se plantea cuando administradores societarios, ante la crisis patrimonial, que revela la pérdida del capital social, proceden a presentar en concurso preventivo –no sería diferente la cuestión ante la apertura de un procedimiento de acuerdo preventivo extrajudicial- sin haber seguido aquel camino.

La sanción de responsabilidad –para algunos la irregularidad de la sociedad- que prevé el art. 99 LSC se refiere también a los socios, todos ante la tesis de irregularidad de su accionar, y sin duda a los que resuelven la confirmación de la presentación en concurso si antes o en la propia presentación aparece en la documentación contable la pérdida del capital social.

En España es clara la situación desde el punto de vista societario. “...impedir que una sociedad de capital pueda funcionar cuando la única garantía de los acreedores sociales, constituida por la correspondencia entre capital y patrimonio, se vea seriamente comprometida: si el patrimonio social no alcanza, al menos, la mitad de la cifra del capital social, la sociedad debe desaparecer o poner fin a tal situación (art. 260.1.4º LSA)”, 1990, 5571).”. 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”¹³.

No obstante la ley española publicada el 3 de julio de 2010 coordina normas y autoriza expresamente el concurso¹⁴.

3. AVAL DE LA CORTE.

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

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 improponible¹⁵- para la obtención de las mayorías necesarias para aprobar acuerdos calificados como predatorios y confiscatorios¹⁶, pues se alejan de un esfuerzo compartidos, de la racionalidad de mirar la empresa.. 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.”¹⁷.

Sin duda la posibilidad de las soluciones negociadas extrajudicialmente. Se atiende a los recursos societarios para afrontar la crisis que registra imperativamente la ley societaria específica, confirmando nuestra tesis., por lo que el concurso aparece –cuando no se ha intentado previamente aquél- como abusivo¹⁸, y enrarecido por la posibilidad de un negocio como señala un calificado autor¹⁹. No debe olvidarse que una quita implica un empobrecimiento de los acreedores –como señala la Corte- y un enriquecimiento para el patrimonio social, y por ende de los accionistas- particularmente los de control-.

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

¹³ BELTRÁN, Emilio “La disolución de la sociedad anónima”, Estudios de Derecho Mercantil, Ed. Civitas, Madrid 1991, págs.. 34/5.

¹⁴ El tema lo habíamos llevado como centro de discusión al V Congreso Argentino Español de Derecho Mercantil realizado entre los días 26/28 de mayo de 2010 en Huelva, motivando la presentación de un “thriller” para determinar la posibilidad de acciones ante situaciones semejantes.

¹⁵ 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.

¹⁶ 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 pag. 169, Doctrina, y en Editorial Zeus, 10 de agosto de 2009, año XXXVI, Revista n° 15, tomo 110, pag. 785. Doctrina.

¹⁷13. 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.

¹⁸ 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.

¹⁹ 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”.

social y/o imposibilidad sobreviniente de cumplimiento del objeto social²⁰. Si el informe diera cuenta de la pérdida del capital social se dispararían acciones de responsabilidad²¹.

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

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...”²².

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. Esa afirmación de la Corte impondrá 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.

Ello no quiere decir que la sociedad no debería concursarse cuando no ha atendido la causal de disolución, pero debe generarse una expectativa dentro del juicio en torno a la abusividad de la vía elegida. La legislación colombiana prohíbe el procedimiento concursal cuando existe una causal de disolución de la sociedad no eliminada²³ y Perú lo acota a ciertos parámetros de la pérdida del capital social. Volveremos sobre estas previsiones.

Como bien señala Dasso en su ilustradísimo libro²⁴ 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.

VI – DESJUDICIALIZACIÓN DE LA CRISIS Y LA PRECONCURSALIDAD SOCIETARIA.

.Las crisis económico financieras tratan de situaciones de desequilibrio que ponen en peligro la supervivencia de una organización²⁵, de una sociedad. Desequilibrios transitorios que pueden llegar a la permanencia del estado patrimonial.

Lo “dirimente 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”²⁶. Claro que lo ideal es hacerlo a través de la funcionalidad societaria, sin presentación en concurso.

²⁰ “[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.

²¹ CASADIO MARTINEZ *Los informes del síndico concursal cit. pág.196* “El análisis de la posible responsabilidad de los socios, no es una tarea tan mecánica... Una guía para el síndico –y sólo una guía, reiteramos- será realizar un análisis de las decisiones tomadas por los órganos administrativos, a fin de determinar las más inconvenientes tomadas por el ente”, y pág. 204 “... podrán derivarse acciones de responsabilidad contra los socios, fundamentalmente por no haber procedido a la capitalización o liquidación del ente ahora en cesación de pagos, buscando, en definitiva, trasladar a los acreedores los quebrantos...”.

²² BELTRAN SANCHEZ, Emilio “La responsabilidad por las deudas sociales de administradores de sociedades anónimas y limitadas incursas en causa de disolución”, en BOLAS ALFONSO, Juan (dir.) *La responsabilidad de los administradores de sociedades de capital*, Consejo General del Poder Judicial, Consejo General del Notariado, Madrid, 2000, p. 133, especialmente a pág. 154 parágrafo “5. Responsabilidad de los administradores por las deudas sociales e insolvencia de la sociedad”.

²³ DASSO, Ariel A. *Derecho Concursal Comparado*, cit. tomos I y II, Ed. Legis, Buenos Aires 2009.

²⁴ DASSO, Ariel A. *Derecho Concursal Comparado*, cit..

²⁵ 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.

²⁶ 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.

Franco Bonelli²⁷ afronta el supuesto de la continuación de la gestión social después de la pérdida del capital social, con la responsabilidad de los administradores.

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 sociales²⁸. 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.

Recuérdese que los socios tienen derecho de preferencia para incrementar proporcionalmente sus participaciones ante el aumento de capital e incluso el derecho de acrecer si otros socios no ejercitan su derecho. También puede ceder –de no existir prohibición expresa- su derecho a un tercero en la sociedad por acciones.

Claro que prioritariamente tiene el deber de reintegrar el capital si este se hubiere perdido y se optare por no liquidar la sociedad. Se trata a toda costa de evitar que la sociedad siga contagiando en el mercado. Obviamente que de no desear reintegrar el capital social, la ley les brinda la posibilidad de recurrir al aumento de ese capital, con la intervención eventual de terceros, incluso a través de la solución normativa del art. 197 LSA.

Justamente sostuvimos en *En torno a informes del síndico en concurso de sociedades: el general*²⁹: “7. En caso de sociedades, debe informar si los socios realizaron regularmente sus aportes, y si existe responsabilidad patrimonial que se les pueda imputar por su actuación en tal carácter”. ...La cuestión supera –a nuestro entender- determinar si cuantitativamente desembolsaron lo que se comprometieron en el momento constitutivo o en la decisión de aumentar el capital, o sea de la suscripción del capital y se verificó la reintegración del mismo ante su pérdida.

“El segundo párrafo debe conectarse a su responsabilidad por no haber dotado adecuadamente la sociedad que constituían, generando una nueva persona jurídica infrapatrimonializada para el cumplimiento de su objeto social. ¿O es que crearon un sujeto dañino para los terceros que contratarían, pues su patrimonio no era suficiente para cumplir las obligaciones que contraerían, no existiendo ningún plan de negocios razonable para asumir tal “aventura”?

“No se trata sólo de asegurar el aporte efectivamente comprometido, sino también el que era necesario para el normal desenvolvimiento de la sociedad y no perjudicar a terceros con una sociedad infrapatrimonializada, o sea comprometiendo aportes insuficientes para el cumplimiento del objeto social que ellos libremente habían fijado. Obviamente que ello constituye una causal de disolución que debió ser atendida en el caso de las sociedades concursadas.

“Es fundamental que el Síndico se refiera a que previsiones adoptaron los administradores sociales desde que aparecieron dificultades, si las pusieron en conocimiento de los socios y que dispusieron éstos para cumplir con las normas imperativas de las sociedades en torno a causales de disolución, su remoción o iniciación inmediata de la etapa de liquidación, con las responsabilidades consiguientes, tales la pérdida del capital social, que genera la obligación de reintegrarlo.

“Eventualmente si el problema era de una infrapatrimonialización –constitutiva o funcional-, si se advirtió algún intento de capitalización por parte de los socios, terceros o acreedores³⁰.

“La existencia de causales de disolución puede ser dirimente para determinar la obligación de los socios de reintegrar el capital social, reintegración que impondría asegurar su restablecimiento, con suficiencia para atender el pasivo, como obligación derivada de normas imperativas e inderogables de la ley específica³¹”.

²⁷ En *La responsabilità degli amministratori di società per azioni*, Ed. Giuffré, n° 135 de los Quaderini di Giurisprudenza Commerciali,

²⁸ 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..

²⁹ Publicado en Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones, Ed. Abeledo Perrot, 242-657 doctrina, año 2010.

³⁰ Nto. “Perspectiva del Derecho de Insolvencia” citado.

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.

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. Franceschelli³². 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.

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..

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”.

VII – LA PERDIDA DEL CAPITAL SOCIAL. RESPUESTAS IMPERATIVAS DE LA LEY DE SOCIEDADES Y CONCURSOS.

Si se concursa una sociedad será advertible de la documentación contable en su presentación, de la descripción de la situación y del informe general del síndico 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 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.

Se enfrenta la insolvencia como un problema desde la legislación concursal –pero ¿porqué no desde la societaria?-, la transferencia del control de la empresa en crisis, de los accionistas que carecen ya de incentivo y de los administradores que responden a ellos, a los acreedores que ven comprometido en ello su capital de riesgo³³. En función de ello los acreedores deberían organizarse en categorías, con intereses uniformes, para intervenir en la vida de la sociedad³⁴.

Los acreedores de una sociedad en crisis deberían tener el mismo tratamiento, derechos y tutelas que los accionistas de una sociedad solvente, pero se encuentran en la misma situación de inversores sin derecho³⁵, que no tuvieron en cuenta cuanto contrataron sin la información de esa situación o antes que se produjera esa situación. La realidad es bien distinta en nuestro país, los accionistas desinteresados de invertir, apoyados por los administradores por ellos designados, actúan de otra manera: imponer a los acreedores quirografarios asumir la pérdida, enriqueciendo a los socios a través de quitas predatorias que casi hacen desaparecer el pasivo sin incrementar el patrimonio activo directamente.

De no reintegrar el capital los socios o asumiendo el aumento de capital por ellos y terceros, para que el balance restituya la cifra del capital social, deben tener por operada una causal de

³¹ Nto. “¿REORGANIZACION SOCIETARIA O CONCURSAL ANTE LA CRISIS?(UN “OBITER DICTUM” DE LA CORTE)”, 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. Es tema no abordado en los concursos la obligación de los socios a reintegrar el capital social ante su pérdida.

³² *L'aprendistas stregone, l'elisir di lunga vita e l'impresa immortale* en Giur. Comm. 1982 I p. 575 y ss.

³³ Esta es la idea que desenvuelve en proyección de reforma de la legislación falencial STANGHELLINI, LORENZO “Proprietà e controllo dell'impresa in crisi” en *Rivista delle Società* anno 49° 2004 settembre-ottobre fascicolo 5°, Editorial Giuffrè Milano, pág. 1041 y ss. específicamente 1055. Esta idea se acerca a la que venimos desarrollando en torno a un derecho concursal societario, pero aplicando la legislación argentina vigente como veremos.

³⁴ MAZZONI, ALBERTO “L'impresa tra diritto ed economia” en *Rivista delle Società* anno 53°/ 2008 pág. 668, especialmente 666.

³⁵ STANGHELLINI ob. cit. pág. 1079.

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

Adviértase los sistemas que en situaciones semejantes permiten a los administradores emitir acciones sin autorización de los socios³⁶. La tutela de los acreedores ante la continuidad de la empresa en cesación de pagos, aumentando la posibilidad de pérdidas ante una prospectiva incierta, impone pensar en la responsabilidad de los administradores³⁷, señalándose la utilidad que revisten en general “los remedios tempestivos e idóneos a la primera señal de crisis”³⁸..

Con ese ingreso de capital se satisfarán las obligaciones sociales que motivaron el concurso y cesará la situación de crisis, por lo que se habrá sobrepasado 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.

Como señaló la jurisprudencia³⁹ “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 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 omisión⁴⁰. “La impericia o negligencia de los administradores sociales surgía incontrastable del hecho de haber obviado implementar algún remedio preventivo ante el estado de insolvencia (año 2000) o disponer la disolución del ente y la liquidación de sus bienes conforme a derecho”⁴¹.

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 doctrina⁴², pero se asienta en la necesidad de que la cuestión se ponga en manos de los socios al determinar 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 extraordinario⁴³. El tema no es extraño en la doctrina mundial. Hace muchos años señalábamos la posición de Karsten Schmidt sobre este aspecto⁴⁴.

³⁶ 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

³⁷ MIOLA ob. cit. pág. 1310.

³⁸ MIOLA ob. cit. pág. 1309.

³⁹ 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.

⁴⁰ MIOLA ob. y pag. cit. pág. 1310..

⁴¹ CCom.y Civil de Córdoba 2º, sentencia 1233 del 14 de junio de 2011, en autos “Sindicatura en Laboratorio Lister S.R.L. – Quiebra propia v. Pujol, Marcelino y otro – Acción Ordinaria – Acción de Responsabilidad – Recurso de Apelación”, publicado en Abeledo Perrot Córdoba, Octubre 2011, 10, pág. 1138.

⁴² NIGRO, A. “Le società per azioni nelle procedure concursali”, in *Trattato delle società per azioni*, diretto da G.E. Colombo e G.B. Portale, 9º, Torino 1934, 209 ss..

⁴³ “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, 7º, 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.

⁴⁴ Lo hemos citado en numerosos trabajos, y lo volvió a hacer en su conferencia *Responsabilidad de los socios y administradores* donde señalaba introductoramente “I. El objeto de la disertación. I. Un viejo tema... siempre nuevo. Hace cinco años en La Cumbre, en las sierras de Córdoba, en el gran “Segundo Congreso Iboamericano” de una conferencia sobre el tema “El Derecho Empresarial y el Derecho Concursal”. Recuerdo vivamente las discusiones en ese Congreso y volveré más tarde brevemente sobre lo expuesto en aquel momento.

Con esta visión se construye un sistema de preconcursalidad desde el derecho societario.

Es deber fundamental de los socios capitalizar la empresa si la solución es continuar el giro social. No necesariamente con aportes propios.

Aun cuando desistan de seguir aportando porque no quieren o porque han perdido interés en el proyecto económico de la sociedad-empresa, o no tienen capacidad económica para hacerlo. La solución está previsto en la ley de sociedades: pueden invitar a terceros a suscribir el aumento de capital necesario para la continuación del giro o la capitalización de las deudas, o sea que los acreedores acompañen a los accionistas no sólo en el riesgo sino en el éxito futuro del negocio.

De decidir los socios no capitalizar ejerciendo su derecho de suscripción preferente, ni invitando a terceros o a los acreedores a la integración, deben tener por operada una causal de disolución –normalmente imposibilidad sobreviniente de cumplimiento del objeto social-, y asumir la liquidación con el menor costo posible, para que los acreedores cobren lo más posible.

Si fracasara la tratativa extrajudicial de esa capitalización, o la liquidación privada se considerara inviable, recién aparecería lógica la presentación en concurso, formalizada temporáneamente con ese proceso. Y esa capitalización de los créditos quirografarios puede ser la propuesta superadora para lograr el acuerdo. Reiteramos que quita y espera impuestas en acuerdo concursal importan enriquecimiento para los socios y empobrecimiento para los acreedores.

Es la solución societaria, vinculada al “esfuerzo compartido”, que no es excluyente de otras soluciones: la capitalización (patrimonialización) para superar las causales de disolución, cuando no la cesación de pagos. Congruentemente como lo señalan Barreiro y Truffat en “Responsabilidad de administradores y representantes en la ley de quiebras: el deber fiduciario de la ley de sociedades, ¿se traslada a los acreedores?”⁴⁵: “Ya no se trata tanto de que alguien responda por los “daños” de la insolvencia sobre el patrimonio de un acreedor concreto (aunque esta hipótesis no es descartable) sino que –frente al desangelado fenómeno de la insolvencia- las cargas del daño se repartan equitativamente; siendo intolerable que el sacrificio de los acreedores permita a los socios tener una sociedad renacida. Si hay padecer deben sufrirlo todos, pero en especial los dueños. Si hay éxito deben gozarlo todos, pero en especial los acreedores”. Hay daño y hay formas prioritarias de enfrentarlo en beneficio de la empresa conforme al “esfuerzo compartido”.

La capitalización tiene múltiples matices⁴⁶, incluso para el reparto de derechos entre viejos y nuevos socios. Apreciar adecuadamente sus posibilidades depende del plan de negocios que formulen los administradores o los técnicos a que ellos se lo requieran.

Hoy me referiré a una parte especialmente importante en la práctica de este tema general y puedo prometerles, que no repetiré conceptos. Yo no *quiero* ser reiterativo, ni tampoco *podría* serlo. Es que hay muchas novedades para comunicar. Novedades de la legislación, pero también muchas más de la jurisprudencia. Mi conferencia se divide en cuatro partes. La primera parte, que es introductoria, ya comenzó. Se refiere a las bases. Siguen pasajes acerca de la responsabilidad de los órganos de dirección (Parte II: Responsabilidad de los Administradores) y de los socios (Parte III: Responsabilidad de los Socios). En una cuarta parte hablaré por separado de los problemas especiales de la responsabilidad del arrastre de la insolvencia y de la liquidación cuando falta masa (Parte IV). Se trata de los casos dramáticos, en los que el patrimonio de la sociedad no alcanza ni siquiera para la iniciación de un procedimiento concursal. Todo esto como una visión preliminar. Todavía nos encontramos en la primera parte”. Reitera la posición que venimos predicando sobre que las normas societarias son las que introducen las soluciones a la crisis económica de esa organización técnica de la empresa, y su abandono o apartamiento involucra responsabilidad de administradores y, a veces, de los socios. Lo repite en su libro *Fundamentos del nuevo derecho concursal alemán. La ley alemana de insolvencia de 1994* en “Sobre el Anteproyecto de Ley concursal del 2001” –de España apuntamos- Ed. Diles, Madrid 2002, pág. 34 y ss...

⁴⁵ En Doctrina Societaria y Concursal, Octubre 2005, tomo XVII, pág. 1205.

⁴⁶ Por ejemplo : emitir con prima, o acciones de clase, con preferencias, determinando pactos de rescate, etc.. LAS CLAUSULAS O CONVENIOS DE PREFERENCIA PARA LA COMPRA DE ACCIONES O CUOTAS SOCIALES, SON DE VALIDEZ INDISCUTIDA EN EL DERECHO ARGENTINO TANTO COMO EN EL COMPARADO, SEA QUE ESTEN CONTENIDOS EN EL ESTATUTO O EN PACTOS PRIVADOS ENTRE ACCIONISTAS (CFR. MANOVIL, R., "GRUPOS DE SOCIEDADES", P. 320, BS. AS., 1998; REGGIARDO, R., "SOBRE LA TRANSMISION 'ENTRE VIVOS' DE ACCIONES", ED 205-844; VANHAECKE, M., "LES GROUPES DE SOCIETES", P. 76, N° 65, LIBRAIRIE GENERALE DE DROIT ET DE JURISPRUDENDE, PARIS, 1962; CHAMPAUD, C., "LE POUVOIR DE CONCENTRATION DE LA SOCIETE PAR ACTIONS", PAGES. 51-52, N° 49 Y 50, SIREY, PARIS, 1962; ASCARELLI, T., "SUI LIMITI STATUTARI ALLA CIRCOLAZIONE DELLE PARTICIPACION AZIONARIE", EN SAGGI DI DIRITTO COMMERCIALI, P. 359, ESPEC. P. 391, N° 18, MILANO, A.GIUFFRE, 1955), Y SEA QUE COMPENDAN A TODOS LOS ACCIONISTAS O SOLO A CIERTA CLASE DE ELLOS, EN CUALQUIER CASO, ES INCUESTIONABLE LA LICITUD DEL CONVENIO (CFR. BROSETA PONT, M., "RESTRICCIONES ESTATUTARIAS A LA LIBRE TRANSMISIBILIDAD DE ACCIONES", PAGES. 51 Y 138, MADRID, 1963). In re *RECUPERO ENERGETICO SA C/ CAMUZZI GAS PAMPEANA SA S/ ORDINARIO.vocales* HEREDIA - VASSALLO – DIEUZEIDE de CAMARA COMERCIAL: D., 2007-02-14.

Los resultados que prometa el plan de negocios permitirán a los socios analizar la conveniencia de reintegrar o aumentar el capital social. A su vez la posibilidad de invitar a terceros a integrarse a la sociedad por el buen negocio que resulta el adecuado cumplimiento de su objeto, la rentabilidad esperada, lo que puede permitir atender o reorganizar el pasivo exigible. Hemos intervenido en negocios donde los nuevos inversores aceptaron capitalizar con prima de emisión los fondos suficientes para satisfacer el pasivo, por la seguridad de las utilidades que se generarían una vez extinguido el mismo.

Nos apoyamos en la “absolute equity rule”⁴⁷ –recordada por Lorente-, 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 inconstitucionales⁴⁸ 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 Constitución Nacional).

Tan aplicable e imperativa es la causal de disolución por pérdida del capital social, que ante la devaluación del año 2002 en la República Argentina se suspendió por casi cuatro años esa causal, no así la de imposibilidad sobreviniente de cumplimiento del objeto social. Ello al reconocer una causa exógena generadora de alteraciones patrimoniales; pero aún en el caso la empresa debía ser viable para no configurar la causal de imposibilidad sobreviniente de cumplimiento del objeto social.

VIII - LIQUIDACIÓN EXTRAJUDICIAL SOCIETARIA Y LA LIQUIDACIÓN RUINOSA PARA JUSTIFICAR QUITAS ABUSIVAS..

1. ¿Y si la liquidación no satisface la totalidad del pasivo, como presumimos en caso de insolvencia? ¿Podrá solicitarse la quiebra por parte de acreedores? Obviamente que sí, pero carecerá de resultado práctico y se incurrirá en altos costos si no existieren acciones de responsabilidad o de integración de activos. No sería aplicable la clausura del procedimiento por falta de activo y el pase de antecedentes a la justicia del crimen, pues justamente se ha liquidado conforme prevé la ley societaria. También se podría solicitar el concurso, o la conversión de aquella quiebra, pero se deberá tener en cuenta que se tutela en tal caso.

Sin duda la liquidación de la sociedad debe sujetarse a un plan. En forma alguna corresponde el cese total de la actividad aún en casos de constatarse causales de inmediata acreditación –causales que operan *ipso jure*, de pleno derecho, u *ope legis*-, pues tal interpretación podría llevar a funestas consecuencias por pérdida de valor del patrimonio. Además todas las causales pueden ser removidas por decisión de los socios, por ellos mismos o por intervención de terceros⁴⁹.

En trabajo de Bernardo Carlino⁵⁰ aparecen manifestaciones muy importantes: “Final: el procedimiento liquidatorio es un plan de negocios ad-hoc. De igual modo puede analizarse la liquidación de la empresa: todo el proceso liquidatorio (Secc. XIII-Cap. I, LSC) debe responder a un plan, y aunque parezca impropio llamarlo de “negocios”, lo cierto es que el liquidador debe finiquitar los negocios pendientes, aunque ello signifique llevar a cabo algunas actividades propias de un administrador, sea para no malvender las existencias de bienes de cambio, para finalizar los procesos

⁴⁷ 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, de lo que da cuenta la nota siguiente .

⁴⁸ 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.acaderc.org.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. Todo ello fue posteriormente recogido en el libro “Perspectiva del Derecho de la Insolvencia”, Córdoba (República Argentina, 2010), Ed. Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba.

⁴⁹ RICHARD-MUIÑO *Derecho Societario* 2ª Ed. citada, tomo I pág. 365 y ss., especialmente pág. 370 “la sociedad puede seguir actuando, lo que relativiza la imperatividad de la causal”.

⁵⁰ CARLINO, Bernardo “GENETICA DEL PLAN DE NEGOCIOS (MÁS SOBRE LA CONTRIBUCIÓN DE E. H. RICHARD)” en *Jurisprudencia Argentina, Newsletter del 20 de marzo de 2009*

productivos en curso de ejecución, para no interrumpir abruptamente la provisión ya convenida a terceros y generar litigios, etcétera.”.

Boldó Roda expresó en el Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa (La Falda, Rep. Argentina 2007) sobre este punto: Una causal de disolución es la infrapatrimonialización, que al impedir el cumplimiento del objeto social genera responsabilidad de los administradores.

2.El supuesto valor liquidatorio de los bienes en un concurso suele usarse como límite de la abusividad de un acuerdo y justificativo para la homologación, en aplicación de un supuesto para el caso de no obtenerse las mayorías necesarias en todas las categorías (art. 52 inc. 2 ap. B, requisito iv LCQ) “que el pago resultante del acuerdo impuesto equivalga a un dividendo no menor al que obtendrían en la quiebra los acreedores disidentes”.

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

Ya hemos referido que la ley societaria imperativamente impone ante la pérdida del capital social la disolución salvo la reintegración o aumento del capital, que devuelva un estado patrimonial que al formalizar un nuevo balance determine que el capital social estatutario se ha reconstruido.

Esa situación de impotencia económica de la sociedad frente a los acreedores potencia la responsabilidad de administradores y socios prevista en el art. 99 LSA, por el daño generado a los acreedores si existía una causal de disolución evidenciada o que debieron advertir.

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

Por otra parte también podrán pensar en la promoción de acciones de responsabilidad contra los administradores, indubitablemente los acreedores nacidos con posterioridad al estado de cesación de pagos, pero quizá también los anteriores ante la desatención de los negocios sociales objetivamente relatados por la primera instancia y la apelación fiscal.

O directamente, conectando con el tema de responsabilidad, cuando se constate que la sociedad ha continuado operando después de declarar en un balance la pérdida del capital social, reclamando en la liquidación o en el concurso los aportes debidos para paliar el daño. En ese orden, Bernardo Carlino, refiriéndose a la liquidación voluntaria de una sociedad apunta “Si se han incorporado contribuciones debidas o voluntarias por parte de los socios (que operan como una especie de reintegración del capital social según el artículo 96) las mismas serán contabilizadas en el patrimonio neto individualizando a cada socio que las haya originado para priorizar la eventualidad de que existan excedentes”⁵¹.

IX – SOBRE RESPONSABILIDAD.

Nuestra preocupación se refiere a que los administradores societarios nunca asumen responsabilidad por el riesgo empresario, pero sí la tendrán por no asumir la pérdida del capital social en la forma que la ley societaria se los impone.

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

⁵¹ CARLINO, Bernardo P. “Cuestiones de la liquidación societaria”, *Doctrina Societaria y Concursal*, Ed. Errepar, Buenos Aires nº 287 octubre 2011 tomo XXIII pág. 1093, específicamente pág. 1098.

los administradores sociales, por no haber actuado debidamente, generando daño por su específica acción u omisión⁵².

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”⁵³. Resulta así 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. Seguir contratando con terceros en ese estado significa violar el deber de lealtad. Lo que implica actuar con dolo (art. 931 C.C.).

En “CESACION DE PAGOS VS. INSOLVENCIA”⁵⁴, Celina María expresa “Trabajamos dentro del parámetro apuntado por el distinguido colega E. Daniel Truffat en *EL DERECHO CONCURSAL EN LOS TIEMPOS DE LA “GRAN CONTRACCIÓN”*⁵⁵, 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 “concursalidad” en tanto técnica jurídica es, básicamente, una regla de reparto de pérdidas frente al fenómeno insidioso de la *cesación de pagos*⁵⁶. 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 ⁵⁷...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 empresa⁵⁸, 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...⁵⁹. No es aquí el lugar para debatir sobre la

⁵² MIOLA ob. y pag. cit. pág. 1310..

⁵³ ROITMAN, Horacio y colaboradores *Ley de sociedades comerciales. Anotada y Comentada* Editorial La Ley, Buenos Aires 2006, tomo II pág. 491.

⁵⁴ En Jurisconcursal, Tucumán, publicación colectiva *Homenaje al Dr. Osvaldo J. Maffía*, 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..

⁵⁵ 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.

⁵⁶ “...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]

⁵⁷ 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

⁵⁸ “...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 más 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. Maffía 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 cit, pág. 27

⁵⁹ “...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

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 Richard⁶⁰-. 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 rescate; solo queda la técnica concursal⁶¹”.

Carlos E. Moro, lúcido jurista en la protección de la empresa a través de las normas societarias, ha reafirmado recientemente su posición para tutelarla a través de las acciones de responsabilidad contra los administradores societarios⁶². Recogemos de él: “Cuando no se recorre el camino que la ley específica contempla y se activa en cambio un concurso preventivo, ello implicará un palmario incumplimiento de la normativa societaria por parte de quienes animen y gesten la voluntad social”, con cita de Daniel Roque Vitolo, recordando también el *obiter dictum* de la Corte en el caso Comercial del Plata. “La omisión de la *preconcuralidad societaria* o sea, el hecho de abusar de las técnicas concursales sin intentar las previsiones que marca el derecho específico de la organización societaria, daño y perjudica a todos los acreedores”. “Las responsabilidades que se atribuyen a los directivos de empresas son las propias de esta época histórica, cuando la ciudadanía tiene nuevas, naturales y siempre positivas exigencias de responsabilidades, que pueden y deben servir para aumentar no sólo en nivel de exigencia ética, sino también el de eficacia económica”. Hasta aquí la transcripción.

Concretamente en un concurso o en quiebra, constatado en el balance la pérdida del capital social, si los administradores y socios no han asumido las previsiones del art. 96 LSA, se dispararán las responsabilidades previstas en el art. 99 LSA, pudiendo el síndico o acreedores requerir en el concurso o por vías extraconcursoales las prestaciones correspondientes para satisfacer los daños.

X – EL REPLANTEO SISTÉMICO: LA CONCURSALIDAD DE LAS SOCIEDADES. CESACIÓN DE PAGOS E INSOLVENCIA.

Este replanteo lo hemos formulado en ¿CAPITALISMO DE REPOSICIÓN vs. CAPITALISMO DONATARIO?⁶³

Las legislaciones concursales están sometidas a críticas tendientes a su reforma, sosteniendo que no han dado solución a los problemas empresariales, pese a haber sido modificadas profundamente en los últimos años. Y esto es el último de los temas sometido a consideración en este VII Congreso: *6. As futuras reformas da Legislação Concursal*. Para pensar los límites de eventuales reformas, consideramos indispensable atender las reflexiones que formulamos en el presente ensayo en torno a cómo debe afrontarse la insolvencia societaria.

Solemos recordar que ese aparente fracaso acaece, por lo menos en las empresas organizadas como sociedades, por la falta de aplicación de las previsiones imperativas que contienen todas las

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 reparar 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]

⁶⁰ “...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]

⁶¹ Truffat, E. Daniel, “El carácter imprescindible de la concursalidad frente al fenómeno de la insolvencia”, en libro del IIDC, “Cuarto Congreso Iberoamericano de Derecho Concursal”, pág. 289

⁶² “Acción individual de responsabilidad (art. 279 LSC) autónoma al concurso de la sociedad” en *Perspectiva del Derecho Mercantil*, AA.VV, Ed. Lexis, 2011, XVIII Jornadas Nacionales de Institutos de Derecho Comercial, La Plata octubre 2011, pág. 381 y ss..

⁶³ Publicado en Doctrina Societaria y Concursal, Ed. Errepar, Buenos Aires n° 286 año xxv, tomo XXIII pág. 933 septiembre 2011.

legislaciones del derecho comparado en torno al capital social, incorporando previsiones para resguardar el patrimonio social ante su pérdida⁶⁴.

1. EL CAPITALISMO DE REPOSICIÓN⁶⁵.

Escribe Miguel Eduardo Rubin *La infracapitalización “argentinizada”: la utopía de la responsabilidad total y del capitalismo de reposición*⁶⁶. Ese autor califica una difundida y vasta posición doctrinaria como “capitalismo de reposición” y formaliza un catálogo de las deformaciones que le atribuye. Nos incluye en esa posición con prestigiosos juristas.

Debemos recordar que nuestra preocupación se acentuó en la década del 90, a raíz de las “privatizaciones” y políticas gubernamentales donde –siguiendo al mundo– se ponderaba la “productividad financiera” mientras se desatendía el aparato productivo, por lo que vaticinamos tempranamente las crisis, argentina primero y mundial después. Hoy la globalización financiera y el especial pensamiento de que el riesgo lo corran los otros, desalienta y aleja la inversión financiera de la actividad directamente productiva. La Presidente de nuestra República en su discurso del 3 de noviembre en Cannes, lo califica como “anarco capitalismo, vinculándolo con la especulación financiera, o globalización financiera con cuentas electrónicas, alejándolo de lo que llamamos “capital productivo” o de riesgo.

2. LIBERTAD BAJO RESPONSABILIDAD.

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

Como destaca Baracat⁶⁷, apuntamos a la preconcursalidad del sistema societario para atender a las crisis y evitar la dispersión del daño. Y ese punto es bien atendido por el régimen societario mundialmente.

Los administradores societarios no son responsables en ninguna de las sociedades, ni en las colectivas si no son socios. Tranquilizamos hace mucho a Héctor Alegría y lo volvimos a reeditar en el libro en su homenaje: *Sobre la conservación de la empresa (en torno a aspectos patrimoniales)*⁶⁸, aunque la edición introdujo en el Introito una ponencia, deformando también el título agregando “Responsabilidad de socios por pérdida del capital social”. Adviértase que allí sosteníamos nuevamente que la base de la responsabilidad es siempre subjetiva e imponía el daño, razón por la cual los riesgos se desatan ante la incapacidad de la sociedad de atender sus obligaciones.

La ley societaria tutela con gran equilibrio estos aspectos, particularmente a través de las causales de disolución por imposibilidad sobreviniente de cumplimiento del objeto social y pérdida del capital social⁶⁹.

“La necesidad de una interpretación integral de nuestro sistema jurídico para actuar las normas se endereza a que la actuación irracional y la inexistencia de una planificación en la conducción,

⁶⁴ “Simplificar el derecho societario” AAVV dirección Santiago Hierro Anibarro, Ed. Marcial Pons, Madrid 2010, en particular BATALLER GRAU, Juan *La simplificación del régimen jurídico de disolución de las sociedades de capital*, pág. 519, y específicamente “La disolución por pérdidas como medida preconcursal para salvaguardar la integridad del capital social...La responsabilidad de los administradores como cierre del sistema” (págs.. 554 a 567).

⁶⁵ Con más extensión nos hemos referido a estos aspectos en “Sobre el patrimonio social: ¿Capitalismo de reposición o donatario” en Revista del Derecho Comercial del Consumidor y de la Empresa, Ed. La Ley, Buenos Aires, año II n° 5 Octubre de 2011, pág. 151 y ss..

⁶⁶ Publicado por vía electrónica en Via Crisis del Perú de los primeros días de julio, que también recibimos del autor electrónicamente –y se lo agradecemos– indicando estar publicada en la Revista de Derecho Comercial del Consumidor y de la Empresa (ed. La Ley) del mes de junio.

⁶⁷ En los trabajos que comentamos en esta presentación.

⁶⁸ En libro colectivo *Derecho económico empresarial Estudios en Homenaje al Dr. Héctor Alegría*, Coordinadores Diana Farhi y Marcelo Gebhardt, Editorial La Ley, Buenos Aires, 2011, tomo II pág. 1397, al que el editor agregó erróneamente una ponencia independiente a tratar en esas Jornadas de Homenaje *Responsabilidad de socios por pérdida del capital social*, e incorporando su breve texto con el título imaginado por ese editor “Introito”, limitándonos a subrayar un párrafo de su corto texto “El apartamiento a soluciones imperativas, continuando la actividad, para generar responsabilidad de los socios, impone no sólo acreditar la existencia de daño, sino una conducta culposa por parte de ellos, pues la atribución de responsabilidad sigue teniendo –a nuestro entender– base subjetiva”. Expusimos esa ponencia y no recibí observaciones.

⁶⁹ ZUNINO, Jorge O. *Sociedades Comerciales – Disolución y liquidación*, 2 tomos, Ed. Astrea, Buenos Aires 1987, tomo 2, págs. 75 y 95 respectivamente.

general responsabilidad. Y esa responsabilidad, civil o penal, debe ser asumida”⁷⁰.

3. CESACIÓN DE PAGOS E INSOLVENCIA.

La distinguida especialista en Ciencias Económicas Celina Mena⁷¹, desde su punto de vista contable-económico, señala en relación a los conceptos “cesación de pagos” e “insolvencia” que a su modo de ver “no es lo mismo porque la insolvencia se manifiesta en el patrimonio, es este el que no puede hacer frente al pasivo y el remedio en principio es liquidativo. La cesación de pagos es un problema financiero y económico. Este problema se manifiesta por la falta de capital de trabajo. Esto se puede revertir o agravar según la empresa sea viable o no, es decir de acuerdo a sus resultados. Refiere a la teoría amplia (sobre la cesación de pagos), que sería a la que adhiere nuestra legislación concursal. Apunta que en ella se considera la cesación de pagos como un estado del patrimonio que no es capaz de afrontar sus obligaciones en forma generalizada y permanente que se manifiesta a través de diversos hechos reveladores, entre ellos el incumplimiento, la venta a precio vil, el cierre del establecimiento, etc. y cualquier otro medio que demuestre o revele la *incapacidad del deudor para hacer frente a sus obligaciones en forma generalizada y permanente* en donde el incumplimiento es uno de los hechos reveladores, pero no es necesario que exista para que exista la cesación de pagos: “*En definitiva la jurisprudencia y la doctrina no advierten una diferencia entre ambos conceptos y los usan indistintamente, sin embargo a nuestro entender, existe una diferencia importante adquiriendo un grado mayor de gravedad la insolvencia. El estado de cesación de pagos se refiere a la incapacidad de pagar en tiempo y forma y la insolvencia cuando además del estado de cesación de pagos, no hay patrimonio neto...*”.

Obviamente el último aspecto destacado por la distinguida profesional describe una causal de disolución: pérdida del capital social.

Casadio Martínez, con su doble perspectiva profesional, se refiere a esa cuestión: “Según Argeri, en cuanto al concepto de *cesación de pagos*, para una corriente de opinión es sinónimo de *desequilibrio aritmético* entre activo y pasivo patrimonial (Salvat, García Martínez, entre otros), mientras que hay quienes hacen hincapié en las cantidades y no en la imposibilidad de cancelar las obligaciones... Por su parte, Quinta Frreyra realiza una amplia revisión de las concepciones de la doctrina y sostiene que –en su opinión– los términos *cesación de pagos*, *insolvencia* y *quiebra económica* son equivalentes... No obstante, otra línea jurisprudencial distinguió ambos conceptos, postulando que *no cabe confundir cesación de pagos con insolvencia. Aquella constituye el fundamento para la declaración de quiebra pero no necesariamente implica que el deudor sea insolvente, entendiéndose por tal un pasivo superior al activo...*”⁷².

Marcando aspectos negativos del patrimonio social, la pérdida del capital social –insolvencia–, y la cesación de pagos son dos situaciones diferenciables que se entrecruzan.

Los aspectos de la infracapitalización (o infrapatrimonialización, originaria o funcional, formal o material, etc.), motivan continuas consideraciones de la doctrina con reflejos jurisprudenciales⁷³, que acotados a aquellas dos situaciones concretas: la pérdida del capital social como causal de disolución y a la cesación de pagos que autoriza la presentación en concurso. Dos situaciones muchas veces combinadas, pero que permiten un análisis diverso.

La ley concursal de Perú combina las situaciones, impidiendo la presentación en concurso cuando se ha producido una pérdida social de más del 50%⁷⁴, explicitaremos luego la normativa.

La causal de disolución por pérdida del capital social se produce cuando el pasivo alcanza el mismo monto del activo en un balance, y es declarada por la resolución social que aprueba ese balance. A nuestro entender causa efectos desde que se prepara un balance que denota tal situación

⁷⁰ RICHARD, E.H. *Insolvencia societaria*, cit. pág. 100.

⁷¹ MENA, Celina María “CESACION DE PAGOS VS. INSOLVENCIA”, en libro colectivo “Homenaje al Dr. Osvaldo J. Maffia”, 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

⁷² CASADIO MARTINEZ, Claudio Alfredo *Informes del síndico concursal*, Ed. Astrea, Buenos Aires 2011, págs.. 170 y ss., correspondiendo la jurisprudencia citada corresponde a CNCom, Sala B 24.3.81 LL 1981-C-615.

⁷³ Como hemos ya señalado en nota 39*.

⁷⁴ DASSO, Ariel A. *Derecho concursal comparado* cit. .

patrimonial, o cuando se evita formalizar el balance para que no se traduzca la causal de disolución advertida en los estudios iniciales para confeccionar las cuentas anuales⁷⁵.

Las normas societarias previenen en ese aspecto de conservación de la empresa, pues ante la pérdida del capital social se impone la capitalización –por diversos medios previstos en el art. 96 LS- o la liquidación. Al producirse esa pérdida el patrimonio activo igual al pasivo, o sea que los acreedores sociales están resguardados. La aplicación de las normas de reintegración de capital social, o su aumento, son ignoradas o denostadas por alguna importante doctrina concursalista, que basa el éxito de la presentación en concurso en lograr quitas y esperas desmesuradas.

La acción de conservar la empresa debe estar a cargo de alguien y en el derecho societario lo es a cargo de los administradores, que deben transmitir los problemas y posibles soluciones a los socios, y estos resolver⁷⁶.

Insolvencia se corresponde con la pérdida del capital social. Una sociedad puede actuar con aparente solvencia por disponer de crédito ilimitado y tener una productividad rápida que genera un constante y renovado flujo de caja, y haber perdido el capital social. El pasivo sería muy superior al activo, o sea que no existiría patrimonio neto y por tanto se habría producido la pérdida del capital social, y serían aplicables las normas imperativas sobre disolución o reintegración (por los propios socios o capitalización). Y además, en caso de posterior quiebra, la responsabilidad previstas en el art. 99 LS.

Sin pérdida del capital social –insolvencia-, puede haber cesación de pagos por un activo inmovilizado no corriente y un pasivo menor pero corriente. En este supuesto la propuesta de acuerdo en el concurso de esa sociedad no debería proponer nada más que una espera, pues una quita sería innecesaria y abusiva⁷⁷.

4. LA DOCTRINA EN CRÍTICA.

Rubin, en ese ilustrado artículo parece antitética con nuestros postulados, pero a la postre son coincidentes como bien expresa el mismo al final de ese artículo: *“Para que un acreedor pueda ser indemnizado por el daño ilegítimo que le irrogó un socio o el administrador de la sociedad no es necesario reinventar la doctrina de la infracapitalización estadounidense (o de otros países), ni entrar en el laberinto de la desestimación de la personalidad societaria, ni tildar de fraudulentas a las sociedades por el solo hecho de estar teóricamente infracapitalizadas, ni preconizar una responsabilidad más extensa que la que dispone la Ley. Bien puede demandarse la reparación de los daños a través de los medios expresamente regulados por nuestro ordenamiento jurídico, eso sí, en tanto se logre cumplir los recaudos legales. Ello de ninguna manera significa transformar a la*

⁷⁵ ZUNINO ob. y tomo citados, pág. 102 “admiten la constatación por medio de cualquier documento contable que refleje fehacientemente el estado económico-patrimonial de la sociedad” (con cita a Zaldívar, Manóvil, Ragazzi, Rovira, Cuadernos de Derecho Societario, vol. IV pág. 267); pág. 105 “Exteriorizado el supuesto fáctico que determina la causal, los administradores están obligados a su verificación y a comunicar el evento a los socios, so pena de comprometer su propia responsabilidad (arts. 59, 99 y 274)”.

⁷⁶ Nto. “Perspectiva del Derecho de la Insolvencia” Ed. Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Córdoba 2010, y en otros artículos publicados en la página de esta Academia.

⁷⁷ No trataremos en esta ocasión la crisis económica o financiera general que autoriza el APE, pero respecto al cual caben las mismas apreciaciones sobre las quitas que hacemos referencia para la propuesta de acuerdo. Pero más grave aún es el abuso por sociedades comerciales del uso del sistema concursal, sin haber intentando sus administradores las soluciones que marcan normas imperativas de la propia ley, importa un grave abuso de derecho en perjuicio de los acreedores sociales. Obviamente que si la pérdida del capital social no ha generado la insolvencia de la sociedad no podrá justificarse la apertura de un procedimiento judicial concursal. Claro que ello podría ser afrontado por el Acuerdo Preventivo Extrajudicial (APE) que autoriza la presentación frente a “dificultades económicas o financieras de carácter general”(art 69 LCQ). Pero esto también permite nuestra crítica, porque también constituye una causal de disolución la “imposibilidad sobrevenida de cumplimiento del objeto social” generada por esa crisis, y la solución también pasa por la patrimonialización de la sociedad, pues se trata de imposibilidad por la situación patrimonial. Y en tal caso el aumento de capital por los propios socios, terceros o con la capitalización del pasivo a que hemos hecho referencia. Sin embargo administradores y socios suelen optar por mejorar la situación patrimonial sin aportar ni arriesgar nada: a través de la disminución del pasivo por la quita que se intenta imponer en el APE, generando el negocio que ha ponderado Truffat. Claro que de ello puede resultar responsabilidad para socios y administradores. Esta situación se ha materializado recientemente en dos APES, el terminado de Multicanal y el concurso en trámite de Transportadora Gas del Norte. Ello a través la primera de repartir a cuatro meses de homologado el acuerdo más de un millón doscientos mil pesos –previo pago a la AFIP del 35%- por ganancias que, obviamente, no correspondían al giro normal del negocio. Y a su vez en el trámite del APE de la segunda la ANSES ha denunciado la existencia de ganancias por casi trescientos millones de pesos que invalidan la pretensión de lograr una quita compulsiva de los acreedores a través de un negocio de mayorías (acuerdo). Recuérdese que en el APE se pueden excluir dos principios procesales explicitados por los ponentes: 1. **Universalidad patrimonial y unicidad procesal**, y 2. **Concursalidad o colectividad de acreedores. El fuero de atracción.**

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

Se advertirá en estas últimas líneas coincidencias, particularmente en la afirmación final sobre las soluciones societarias –normalmente olvidadas-. Creemos que, en la mayoría de los casos, la mención a la “infrapatrimonialización” lo es en referencia a uno de los elementos –o dos- de la teoría general de la responsabilidad: antijuridicidad y factor de atribución –luego (además de la culpa y el dolo) no debe faltar el daño y el nexo causal-, apuntando que no estamos frente a daños devenidos de “relaciones de cambio” o “extracontractuales”, sino generados por la funcionalidad de relaciones de organización, tema sobre el que hemos abundado, incluso al referirnos al mal llamado tema de la inoponibilidad de la personalidad⁷⁸.

Con Gabriela Boquin expresábamos: “Recordemos que “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”, apuntando que “la conducta reprochable a los 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”⁷⁹.

Nos enrolamos en sostener la libertad -tanto en la forma de organización como en la determinación de la dotación patrimonial-. Claro que el ejercicio de la libertad se vincula a la responsabilidad por los daños que pudieran generarse, como señalaba Yadarola allá por el 1925.

Como califica el distinguido magistrado y jurista Edgar Baracat en el reciente Congreso Nacional de Derecho Procesal (Santa Fe junio 2011) y en artículo que desarrollaremos, apuntamos a la preconcursalidad del sistema societario para atender a las crisis y evitar la dispersión del daño. Y ese punto es bien atendido por el régimen societario mundialmente, como concuerda Rubin.

La pérdida del capital social impone que los administradores convoquen a los socios para que resuelvan sobre capitalizar o liquidar la sociedad⁸⁰.

XI – EL CAPITALISMO DONATARIO.

⁷⁸ “Inoponibilidad de la personalidad jurídica: imputabilidad y responsabilidad” en Revista de Derecho Privado y Comunitario, Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe 2009, n° 2008 – 3 pág. 191, doctrina sobre la que nos motivó a discurrir el distinguido amigo Héctor Alegria, dirigiendo esa edición.

⁷⁹ En “AFRONTAR LA CRISIS OPORTUNAMENTE”, publicado en El Derecho, diario del 30 de septiembre de 2009, como nota a fallo, que se transcribe al final del artículo.

⁸⁰ Destacado el rol capital social y la importancia de actuar tempestivamente para solucionar la crisis desde el derecho societario – previsto en los arts. 96 y 99 de nuestra ley societaria, en Perú tiene importancia decisiva para autorizar o no el proceso concursal preventivo. 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. En el derecho argentino puede verse la posición de Zunino en la obra específica citada en notas anteriores.

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

Ello con la no adopción de las previsiones imperativas de la ley de sociedades, de diligencia e integración patrimonial, con la asunción de mayores obligaciones sin plan alguno aparente⁸¹, y luego presentándose tardíamente en concurso, previa desaparición “no imputable” de la documentación contable que para las sociedades es una obligación y no una carga, tratando de que se verificara la menor cantidad de créditos e “imponiendo” con la participación ilícita de terceros quitas y esperas ajenas a cualquier práctica de mercado, confiscatorias desde el punto de vista constitucional⁸². Y al mismo tiempo se quejan que la AFIP considere que esas quitas son ganancia y sujetas al impuesto correspondiente, aunque diferido.

Importa imponer una donación patrimonial de los acreedores a la sociedad –en beneficio de los socios-, a quienes “nunca” se les planteó por parte de los administradores la necesidad de capitalizar la sociedad por dos causales de disolución: la pérdida del capital social o la imposibilidad sobreviniente de cumplimiento del objeto social.

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

Se apunta⁸³ “De los artículos 513 y 902 del Código Civil, se puede desprender que la omisión de capitalizar la sociedad constituye culpa agrave de los socios”, y citando a López Tilli –y centrando la cuestión- “el problema no se encuentra en la limitación de la responsabilidad sino en permitir en la ley societaria y concursal el traslado del riesgo a los acreedores” –conforme la posición del capitalismo donatario-.

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

Hay una clara línea roja, como bien contestó García Cruces a Ariel A. Dasso en el Congreso Iberoamericano de Derecho Concursal de Rosario 2010, y los administradores no tienen duda alguna de cuando la cruzan, ni aún haciéndose los distraídos en los órganos colegiados. Como subraya Rubin en el primer subtítulo –del artículo que apuntamos- reconociendo al capitalismo donatario: “1.- La persecución de los socios y administradores de las sociedades como la panacea para contrarrestar los desbordes del pasado reciente”. Sin duda no es una panacea, ni persecución, sino la atribución de responsabilidad cuando corresponda por los desbordes del “capitalismo donatario”. Sobre estos aspectos hemos reflexionado en maduras y cordiales polémicas con el jurista amigo Dr. E. Daniel Truffat⁸⁴.

En ese aspecto aparecen discrepancias respecto a la causal de disolución por pérdida del capital social, pese a que plantea una interesantísima posición en torno a otra causal: la imposibilidad sobreviniente de cumplimiento del objeto social, obviamente por problemas económicos, financieros y/o patrimoniales⁸⁵. Si desoyen las previsiones de la ley, pero el giro social se torna exitoso y no hay daño, no habrá responsabilidad.

Debemos confesar que no hemos entendido a Rubin al referirse, en el campo del derecho argentino a una teoría a la que llama de “responsabilidad total”. Quizá se refiera a supuestos en que

⁸¹ Un penalista considera que ello tipifica un “plan de insolvencia”, con conducta delictual. Se trata de Carlos Palacio Laje en “Vaciamiento de empresas”, que hemos citado reiteradamente.

⁸² El constitucionalista Catedrático Dr. Antonio María Hernández remarcó en reunión de Academia (ver nota 14) que la Corte ha impuesto que ello sea declarado de oficio por los jueces.

⁸³ BARRAU, María “El capital y el patrimonio social. Formación. Intangibilidad. Infracapitalización”, en *Doctrina Societaria y Concursal* n° 283 de junio 2011, tomo XXIII pág. 617.

⁸⁴ “SOBRE LA NOVACIÓN POR ACUERDOS CONCURSALES (y algo sobre responsabilidad de administradores)” en *Doctrina Societaria y Concursal*, Ed. Errepar, n° 282, mayo 2011, año XXIV, tomo XXIII, pág. 445.

⁸⁵ Rubin afirma “Lo cierto es que la pérdida debe ser de magnitud suficiente como para impedir el desarrollo de los negocios sociales en los términos del art. 94 inc. 4° LSC (imposibilidad de cumplimiento del objeto social). Por eso puede concluirse que la imposibilidad de llevar a cabo el objeto social de dicha norma constituye, en cierto modo, una causal residual conformada por todas las circunstancias fácticas (distintas de la pérdida del Capital) o jurídicas (por ejemplo, por decisión del poder público) que impidan que la sociedad mantenga viva la actividad a la que se estaba dedicando”.

atribuye que supuestamente la doctrina determinaría como de “responsabilidad objetiva”, lo que no es claro⁸⁶. Siempre debe haber daño.

XII - LA CONCURSALIDAD DE LAS SOCIEDADES, EL CONGRESO NACIONAL DE DERECHO PROCESAL DE JUNIO 2011 Y LA VISIÓN DE UN DOCTRINARIO.

1. Edgar J. Baracat se expresa sobre esas dos líneas doctrinarias⁸⁷ –sin identificarlas como capitalismo de reposición y donatario-. El prestigioso jurista y magistrado lo hace en “*EL DESVANECIMIENTO DE LOS PROCEDIMIENTOS ORTODOXOS PARA ABORDAR LA INSOLVENCIA DE LAS PERSONAS FÍSICAS Y EMPRESAS.- ¿UN GIRO DEFINITIVO HACIA EL PRIVATISMO?*”⁸⁸, marcando la existencia de esas dos posiciones antitéticas para afrontar la crisis económico-patrimonial de las sociedades.

Señala “Una autorizada corriente señala que asistimos a un aumento del presupuesto objetivo y subjetivo del concurso: a.-) Acogiendo los estados de pre-insolvencia (presupuesto “objetivo” de jurisdicción preventiva)⁸⁹; b.-) Contemplando no ya únicamente las personas y empresas como sujetos susceptibles de concursamiento, también los patrimonios (ampliación subjetiva)⁹⁰.- Los procedimientos concursales “tradicionales” están experimentado una suerte de crisis, no pudiendo precisarse a ciencia cierta si dicho cuestionamiento resulta simplemente provisorio o definitivo”, y por otro lado destaca Baracat: “La sustitución del proceso concursal para la insolvencia de entes societarios: Desde otro costado, no menos original resulta aquella tendencia que clama por “sustituir” el proceso concursal con la utilización de mecanismos societarios establecidos en la legislación común desjudicializando el conflicto, para dar respuesta a la insolvencia de las empresas que adopten esa forma jurídica mediante la capitalización de su pasivo⁹¹.- No se habla acá ya de solución jurisdiccional y de conformidad al estatuto concursal; más bien se está en presencia de una solución extra concursal para el ámbito societario.- Dentro de esta corriente se sostiene que la solución jurisdiccional tiene que ser residual (en momento ulterior) y ante el fracaso de las vías societarias internas a que se puede echar mano para superar los estados de dificultades económicas societarias.- Se piensa en acudir a un ingenioso mecanismo de recuperación de los entes societarios (“capitalizar el pasivo”), tendiente a evitar que los acreedores (víctimas de quienes no manejaron la empresa como “buenos hombres de negocio” y de los socios de control), deban soportar el sacrificio derivado de la insolvencia de la sociedad.- Se busca que los acreedores no sufran el daño que produjeron quienes no supieron operar adecuadamente el ente (inclusive en algunos casos actuando dolosamente), evitándoles que esas pérdidas le sean trasladadas al ser víctimas extrañas de maniobras ajenas.-

Se añade – dato recogido de la experiencia - que los acreedores no obtienen ningún beneficio en el proceso concursal, por cuanto en él no cobran nada, o bien cobran sus créditos mochados con importantes quitas y tal vez después de un largo tiempo.- ... 1V.-) Otra mirada distinta postulando desjudicializar el conflicto: Convergiendo con esta última idea de desjudicializar el conflicto que suscita la preinsolvencia y la insolvencia del sujeto, la empresa o el patrimonio, se percibe un giro hacia el

⁸⁶ No nosotros y no lo advertimos tampoco en la doctrina nacional. Creemos que se trata de un equívoco. Para los administradores societarios la antijuridicidad y el factor de atribución se mimetizan: acción u omisión de diligencia o lealtad. Hemos escuchado reiteradamente a Gabriela Boquin señalar que el incumplimiento de los deberes a su cargo lo hacen incurrir en aquello que los especialistas en daños (en especial Bustamante Alsina) denominan “culpa intrínseca” que es aquel factor de atribución que se encuentra contenido en el mismo actuar, en el acto omisivo o de incumplimiento. Puede ocurrir que se confunde responsabilidad objetiva con esta cuestión que está relacionada con un tema de prueba (sucede que cuando la culpa es intrínseca no es necesaria prueba del factor del atribución pues se encuentra contenida en el mismo acto del incumplimiento), pero siempre es de atribución subjetiva.

⁸⁷ Las dos líneas de pensamiento también han sido reconocidas por el Instituto Iberoamericano de Derecho Concursal con la dedicatoria del VI Congreso Iberoamericano de Derecho Concursal realizado el año 2010 en Rosario (Rep. Argentina) a Ariel A. Dasso y el suscripto, donde la Presidente del Instituto Lidia Vaiser y Ariel Gustavo Dasso –éste con una emocionante dedicatoria a ambos- nos expuso como las dos espadas que animaban los trabajos del Instituto.

⁸⁸ Artículo en prensa del que disponemos por atención del distinguido autor.

⁸⁹ Conferencia dictada por el Dr. Ariel Dasso en el VI Congreso Iberoamericano de Derecho Concursal, celebrado en Rosario, septiembre año 2010.-

⁹⁰ Conferencia dictada por el Dr. Héctor Alegría, con motivo de la presentación de la obra “Derecho concursal comparado” de Ariel Dasso, Buenos Aires, año 2010.-

⁹¹ Ver Richard, Efraín Hugo, *Perspectiva del Derecho de la Insolvencia*, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba”, año 2010; Ídem conferencia pronunciada por el citado autor en el acto académico mencionado en nota 1.-

voluntarimos proponiéndose una visión diferente de las posibles soluciones: a.-) Procurando centrar la atención en caminos alternativos para el saneamiento, especialmente acudiendo a instrumentos “auto-compositivos” del salvataje de la empresa en cesación de pagos o en situación de pre-insolvencia (negociación, arbitraje, mediación, conciliación, etc. etc...)-⁹² ...1X.-) Otras alternativas no ortodoxas para encarar la insolvencia y pre-insolvencia.- Se reclama actualmente más que nunca y con tono mayor la prevención de la crisis.- Como otra derivación del principio de “conservación de la empresa” y de “buena fe”, fundada en la máxima de experiencia de que la insolvencia una vez instalada resulta difícil o imposible revertirla, se viene incitando a partir del año 1975 aproximadamente (siglo pasado) por la doctrina⁹³ y receptado por las legislaciones modernas⁹⁴, un cambio en el presupuesto basilar del concurso, prestando la atención en la “crisis económica” o “financiera” en “sustitución” de la vieja fórmula sobre la “cesación de pagos”.- ...Se postula la “anticipación” a la insolvencia, adelantar el riesgo o amenaza de insolvencia, evitando su eventual agravamiento y, allí donde existe alarma de insolvencia, prevenir antes que curar sus graves consecuencias.- A tal efecto se proponen la aceptación de medios de seguimiento de la marcha de la empresa (sistema de alerta, comité de acreedores, legitimación de interesados para peticionar auditorías, etc.).- ... X1.-) La anticipación extra concursal a la crisis o insolvencia: Esa anticipación puede tener dos modalidades, una jurisdiccional y otra extrajudicial.- A su vez esta última (extra concursal) reconoce dos variantes: a.-) una fundada en negociaciones y acuerdos privados con acreedores, pero aspirando que en futuras innovaciones legislativas se le otorgue a la convención efectos concursales; b.-) otra limitada a la insolvencia que padezcan los entes societarios (circunscripción subjetiva), proponiendo que esas personas jurídicas acudan a la vía interna capitalizando el pasivo para evitar que sus acreedores tengan que soportar las pérdidas derivadas de una actuación extraña, muchas veces hasta pergeñadas dolosamente por los administradores y socios de control.- Se ha comenzado a hablar ahora de nuevas alternativas extrajudiciales para hacer frente a la insolvencia y preinsolvencia.- Parte de la doctrina concursal busca remediarlo por el camino del derecho de bancarrotas adaptándolo a la actual realidad; otra parte por cierto también prestigiosa aunque más reducida en su proposición, postula hacerlo en el ámbito societario a través de la “capitalización” del pasivo y con el régimen del derecho común (Ley de Sociedades y Código Civil).- ...X11.-) Prevención de la crisis y la utilización aconsejable de la “negociación privada”: Ariel Dasso⁹⁵ puntualiza la necesidad de: “Anticipar la negociación cuando la crisis se adivina, significa desde el punto de vista económico, las mejores chances para obtener una reorganización liberada de las angustias de presiones insoportables con la que los acreedores más fuertes, y generalmente más intemperantes, agobian al deudor con exigencias de cancelaciones o en todo caso renovaciones cada vez más onerosas y, desde el punto de vista jurídico, el grave deterioro para la relación comercial significado por una recomposición de la relación obligatoria cuando, en apariencia, todavía el acreedor no detecta razones válidas que justifiquen el derecho del deudor a suspender los pagos”.- Empero, la experiencia dirá si estas alternativas de anticipar para solucionar los estados de insolvencia y situaciones de pre-insolvencia, desjudicializando el conflicto, dará los frutos esperados y deseados sin un exiguo procedimiento jurisdiccional que le confiera al acuerdo “certeza” y los “efectos” vinculantes de un acuerdo homologado.- ...X1V.-) Otra solución no jurisdiccional a la crisis o insolvencia de personas jurídicas que adopten la forma societaria.- Desjudicialización: Desde otra dimensión (“no concursal”) se plantea por Efraín Hugo Richard⁹⁶ la de desjudicializar la insolvencia de los entes societarios.- Señala que los problemas concursales – o de crisis de empresa – no pueden solucionarse siempre dentro de la legislación concursal, y la problemática de la reparación a 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.- Concluye: La capitalización del

⁹² Conf: Vitolo, Daniel R., a estas alternativas para resolver el conflicto se refirió el nombrado en la conferencia que dictó en ocasión de la presentación que se hizo de la obra de Ariel Dasso *Derecho concursal comparado*, Buenos Aires, año 2010.-

⁹³ Consultar valioso trabajo de Gebhardt, Marcelo, “Prevención de la insolvencia”, Astrea, 2009, donde el autor se ocupa de la anticipación de la crisis, actividad e iniciativas del empresario ante la insolvencia, indicios de presinsolvencia, el estado de la cuestión en el derecho comparado, técnicas de predicción, etc. etc.-

⁹⁴ Dasso, Ariel, *Derecho concursal comparado*, I tomo, Legis, 2009.-

⁹⁵ Dasso, Ariel A, *Derecho concursal comparado*, citado, Legis, t. 2, p. 1513.-

⁹⁶ Ver Richard, Efraín Hugo, “Perspectiva del Derecho de la Insolvencia”, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba”, año 2010, p. 374.-

pasivo es la forma societaria de encarar la crisis.- Un acuerdo expropiatorio – sin indemnización – de quita y espera para ser constitucional debería ir unido a que los acreedores compartieran el patrimonio social, como una forma de compensación⁹⁷.- A nuestro juicio esta postura (por lo menos es la interpretación que extraemos de la obra “Perspectiva del derecho de la insolvencia” de Efraín Hugo Richard), gira poniendo la mirada al uso antifuncional del concurso como proceso proponiendo en su lugar soluciones no concursales a la crisis de la empresa que adopte la forma societaria.- Dentro de esta concepción, sólo sería reglamentario acudir a la solución jurisdiccional cuando han fracasado los remedios internos para salir de la crisis; la vía judicial se exterioriza en esta corriente como un camino ulterior aceptable ante la frustración de las enmiendas dentro del propio corazón de las sociedad.-

Remarca el citado autor, que la actuación de los entes deudores no acudiendo a las vías societarias internas y echando mano directamente al remedio rehabilitatorio judicial, no registra ninguna de las “acciones positivas internas” tendientes a superar la crisis en la suposición de que el problema lo deben asumir los acreedores. El resultando de este estado de cosas, añade, no es otro que convertir a los acreedores en las víctimas de la crisis, desplazando las pérdidas que ella ocasiona a ellos, a través de quitas y plazos antifuncionales, cuando en realidad son sujetos extraños a esa situación deficitaria.- Señala que sólo ante el fracaso de las vías internas de la sociedad para resolver la dificultad debe acudir al remedio que brinda la legislación concursal. Ello sin perjuicio de la responsabilidad que cabe asignarle a los administradores y socios de control, por su reprochable conducta de no haber actuado como “buen hombre de negocios” u ocultando a terceros el estado deficitario de actuación de la sociedad.- Tranquiliza el citado autor, subrayando que no es el error de gestión o de planificación lo que determina la responsabilidad de los administradores. Es sencillamente dice, el incumplimiento de su actuación apartándose del interés social o si no adoptan las medidas tendientes a su cumplimiento (actuando ocultando el estado de cesión de pagos, cumplimiento la información a los socios, elaborando un plan de salvataje, etc. etc.).- Ante estas valiosas y clarividentes reflexiones del destacado comercialista, nos hemos preguntado si en una futura reforma legislativa no cabría la pena receptar estas ingeniosas y originales ideas para evitar la utilización antifuncional del remedio preventivo, imponiendo como requisito del pedido de formación de concurso preventivo (art. 11, LCQ), que tratándose de sociedades comerciales la peticionante tendrá que acreditar haber agotado el mecanismo societario interno tendiente a alcanzar la capitalización de su pasivo o la ampliación de su capital social y su fracaso, adjuntando la documental acreditante de tal circunstancias.- La respuesta adecuada a tal interrogante (positiva o negativa) solo puede brindarla quien es el creador de tan original idea; no nos sentimos autorizados para expedirnos sobre tan delicada y sutil cuestión.- ... Tratando el efecto del concurso y con especial referencia a propuestas abusivas y expropiación del crédito de los acreedores, enrolado en esta línea de pensamiento y apoyado en lo que se visualiza en la praxis jurídica, Hugo Richard⁹⁸ dice: “La conclusión del proceso de crisis de una sociedad es su presentación en concurso tardía, culminando con propuestas de acuerdos a los acreedores con quitas desmesuradas y plazos de gracia para iniciar el pago en cuotas decenales.- El resultado constituye una verdadera expropiación del crédito de los acreedores, pero no en beneficio de la conservación de la empresa, sino de los socios, por cuanto la homologación de esos acuerdos depredatorios significa una inmediata plusvalía y patrimonialización de la sociedad de la que aquellos son propietarios.- Los fundamentos de esas propuestas expropiatorias de los derechos de los acreedores es que es el mínimo necesario para asegurar la conservación de la empresa, y que en la liquidación de la sociedad no se obtendría un mejor resultado.- Los que no supieron dirigir la sociedad, lo que asumieron los riesgos de operar con la sociedad en cesación de pagos durante mucho tiempo, son beneficiados. Los acreedores son despojados y no existe ninguna posibilidad que la gestión útil de la sociedad pueda mejorar lo homologado, novando los créditos...”.

⁹⁷ Ver Richard, Efraín Hugo, *Perspectiva del Derecho de la Insolvencia*, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba”, año 2010, p. 375.-

⁹⁸ Nto. *Perspectiva del derecho de la insolvencia*, cit. p. 24.-

2. Nuestra concepción sobre la empresa se centra en lo societario, como la forma normal de organización de las empresas de mayor significación económica⁹⁹. 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.

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

Dentro del derecho positivo o del bien común temporal, el bien común económico, todo lo relacionado a la productividad, distribución y consumo de bienes, con una más justa distribución, se puede identificar como un valor. Dentro de nuestra sociedad, el mantenimiento de la fuente de trabajo, de lo que crea riqueza distribuable, de lo que genera bienes y servicios, aparecen como un bien común económico apreciable, tutelable como finalidad del legislador¹⁰⁰.

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 por los efectos de su apertura, por las posibilidades de concertación y colaboración con los acreedores a través del acuerdo, o con la continuación de la empresa, o con el avenimiento, o con la liquidación de la empresa, libre del estado de cesación de pagos y del empresario que generó y no pudo resolver ese estado de cosas.

3. La pregunta que nos formula públicamente Barakat impone una visión de *legge ferenda*, de política legislativa. En primer lugar aconsejaríamos no innovar estando a las normas societarias y concursales actuales, conforme nuestra interpretación, suficientemente claras: apunta a los deberes de administradores y socios, otorgándoles libertad bajo responsabilidad. Sobre una reforma habría que optar por el requerimiento liso y llano de atender previamente a las causales de disolución, para requerir la apertura de un concurso –como el precedente colombiano-, particularmente ante la pérdida del capital social –como regula Perú-, o abrir el concurso para evitar males mayores, imponiendo automáticamente la reintegración del capital social o su aumento. En este punto remitimos a las reflexiones de Carlino que hemos expresado en torno a la liquidación societaria.

A su vez recordamos nuestra visión sobre la “economía del derecho”, o sea menos leyes y más efectivas. El Estado –por lo menos en el derecho mercantil- debe abstenerse de dictar normas, salvo cuando sean necesarias para asegurar el orden social o evitar actividades negativas¹⁰¹.

4. La ley colombiana se expresa en torno a la “dirección general definida para el manejo y destinación de los activos, con miras a lograr propósitos de pago y de reactividad empresarial”. Esa ley del 27.12.2006 establece el “Régimen de insolvencia empresarial”, declara que el régimen de insolvencia propicia y protege la buena fe en las relaciones comerciales y patrimoniales, destacando como principios la universalidad, la igualdad de los concurrentes, la eficiencia e información, la negociabilidad, reciprocidad y gobernabilidad económica manifestada en una “dirección general definida para el manejo y destinación de los activos, con miras a lograr propósitos de pago y de reactividad empresarial”. Fija claramente el objetivo de “reactividad empresarial”. Esta legislación es preclara al manifestar “Finalidad del régimen de la insolvencia... tiene por objeto ... la recuperación y conservación de la empresa como unidad de explotación económica y fuente generadora de empleo, a través de los procesos de reorganización y de liquidación judicial, siempre bajo el criterio de

⁹⁹ 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.

¹⁰⁰ QUINTANA FERREYRA, Francisco y nosotros “La conservación de la empresa en las leyes de sociedades 19550 y de concursos 19.551” citada.

¹⁰¹ RICHARD, Efraín Hugo *Insolvencia societari*, citado pág. 37.

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”, imponiendo el art. 13 ap. 6 presentar “Un plan de negocios de reorganización del deudor que contemple no solo la reestructuración financiera, sino también organizaciones, operativa o de competitividad, conducentes a solucionar las razones por las cuales es solicitado el proceso, cuando sea el caso”.

5.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 asumirá tal magnitud que, en el caso de pérdidas mayores al tercio del capital la ley considera insuperable para la recuperación. En el otro extremo, cuando las pérdidas adquieren mayor importancia (superiores al total del capital social integrado), cuya medida se reputa ex lege como impeditiva de la recuperación, queda vedada esa vía y al deudor sólo le queda la vía liquidativa. Vale decir que la franja económica de la crisis que habilita al deudor a acogerse al concurso ordinario, conservativo, es el de pérdidas acumuladas no inferiores a la tercera parte del capital social, pero no superiores a su monto total”¹⁰².

XIII – MEDITACIONES.

1. 1.La conservación de la empresa como expresión significa mantener un patrimonio funcional para el cumplimiento del objeto, lo es a través de la técnica de organización (societaria por medio de la normal y diligente actuación de sus órganos).

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

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

¹⁰² 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.

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.

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

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

En una visión congruente con las previsiones de la “Responsabilidad social corporativa” deberíamos disponer estadísticas del éxito de las soluciones societarias para afrontar sus crisis patrimoniales, dentro del referido *obiter dictum* de nuestra Corte.

Por otra parte, el análisis de la situación económica de la sociedad en crisis, el plan para sanearla, permitirán determinar la abusividad de la propuesta o del acuerdo. Si hay insol vencia debió aplicarse la normativa societaria, si sólo hay cesación de pagos o crisis una mera espera será congruente, una quita sería abusiva. Claro que esto se vería más claro si se presentara el plan o proyecto que han tenido en cuenta los administradores para actuar. La resistencia a aceptar esa “requisito substancial” lo vinculamos directamente a planes de insolvencia abusivos que se tratan de ocultar en el cumplimiento banal de requisitos formales.

2. 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.

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.

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

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

Las otras diferencias de apreciación en torno a aspectos menores seguirán siendo sopesados por la doctrina y la jurisprudencia –hoy con los ojos más abiertos en torno al “capitalismo donatario” como resulta particularmente del *obiter dictum* de la Corte en el caso Comercial del Plata-, reconociendo al sistema societario como de preconcursalidad, y sobre lo que hemos abundado en los trabajos

específicamente citados. Los principios generales del derecho concursal, correctos para emprendedores individuales, no pueden traspolarse a las sociedades, ignorando normas imperativas de actuación para administradores y socios.

Cerramos con la apreciación de la importancia que la judicatura tenga bien presente estas bases para imputar la reparación de daños, sobre todo las conductas del “capitalismo donatario”, que no asume la acción de conservación de la empresa, intentando transferir los daños a terceros. La insolvencia societaria impone la reintegración o aumento del capital social. La cesación de pagos es un problema menor, con múltiples soluciones, inclusive concursales, pero en cuyo uso no puede haber abuso en perjuicio de los acreedores.

Se trata de devolver al Derecho Comercial su “viejo corazón”: la buena fe y la inmediatez en asumir y resolver los problemas, para asegurar la funcionalidad de los negocios y el cumplimiento de los contratos¹⁰³. Así se atraen capitales.

Con gusto escucharemos aportes u observaciones en torno a nuestra posición y la polémica existente. Y sobre todo las consideraciones en torno a reformas de la ley concursal.

¹⁰³ Hace varios años trabajamos sobre ello: *Insolvencia societaria*, cit. pág. 71 “La insolvencia del Estado genera costos adicionales, de provisiones financieras o de pagos a lobistas, cuando no una corrupción trasnacional, apoyada por paraísos fiscales que receiptan esos fondos pese a las normas sobre lavado de dinero... Dijimos que es tiempo de volver al viejo corazón del derecho comercial, a los usos y costumbres a través de la ética tomando como criterio de ello al significado primitivo, conforme a la distinción aristotélica... Sólo pueden acotar esa proyección una actitud sólida, ética y solidaria, de audacia de los seres humanos basados en los principios de igualdad de oportunidades, justicia y respeto al prójimo, que resuciten el rol del derecho ante el libertinaje económico y el utilitarismo egoísta. Alvin Toffler señalaba que en este cambio la rivalidad no será entre capitalistas y marxistas o ricos y pobres, sino entre *rápidos y lentos*...”