

SOBRE EL PATRIMONIO SOCIAL: ¿CAPITALISMO DE REPOSICIÓN O DONATARIO?

Efraín Hugo RICHARD¹

Publicado 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.

La consistencia del patrimonio social es un elemento fundamental para el cumplimiento del objeto social, satisfaciendo los intereses de los socios a través del dividendo, sin afectar los derechos de los acreedores. A su vez manteniendo la solvencia de la sociedad y alejando toda posibilidad de responsabilizar a administradores (eventualmente a los socios).

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 social².

1. Maracando aspectos negativos del patrimonio social, la pérdida del capital social y la insolvencia, 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 jurisprudenciales.

Apuntaremos 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%³.

2. 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 patrimonial, o cuando se evita formalizar el balance para que no se traduzca la causal de disolución advertida en los trabajos iniciales⁴.

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.

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

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

³ DASSO, Ariel A. “Derecho concursal comparado” Ed. Lexis, 2009/2010, que citamos textualmente en nota 12.

⁴ 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)”.

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 resolver⁵.

3. Distingamos entre insolvencia y pérdida del capital social. Una sociedad puede actuar con 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 cesación de pagos, la responsabilidad previstas en el art. 99 LS.

Sin pérdida del capital social, pudiera haber insolvencia 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 abusiva⁶.

4. 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.

Ese aparente fracaso acaece, en las empresas organizadas como sociedades, por la falta de aplicación de las previsiones imperativas que contienen todas las legislaciones sobre sociedades del derecho comparado en torno al capital social o a la consistencia patrimonial, incorporando previsiones para resguardar ese patrimonio ante su pérdida o insuficiencia⁷, afrontando así la crisis en su base.

Nuestra posición es que la libertad para organizar empresas tiene como contrapartida responsabilizar por el daño que se genere en su uso antifuncional.

⁵ 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.

⁶ 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**.

⁷ "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).

5. Vinculado a esa temática central hemos leído dos recientes importantes ensayos de dos distinguidos juristas amigos en torno a responsabilidad de administradores y socios de sociedades comerciales.

Son los de Miguel Eduardo Rubin *La infracapitalización “argentinizada”: la utopía de la responsabilidad total y del capitalismo de reposición*⁸, y de María Barrau *El capital y el patrimonio social. Formación. Intangibilidad. Infracapitalización*⁹.

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

Advertirán los lectores 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” (en lo que también incursiona con profundidad María Barrau), lo es en referencia a uno de los elementos –o dos- de la teoría general de la responsabilidad: antijuridicidad y factor de atribución –luego (además de la culpa y el dolo) no debe faltar el daño y el nexo causal-, apuntando que 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 personalidad¹⁰.

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

⁸ 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.

⁹ Doctrina Societaria y Concursal n° 283 de junio 2011, tomo XXIII pág. 617

¹⁰ *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 Alegría, dirigiendo esa edición.

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”¹¹.

7. Rubin, en su enjundioso artículo, 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, citando cantidad de nuestros ensayos.

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 la inversión productiva, 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 deben asumir los acreedores –incluso los no profesionales-, desalienta y alejó la inversión de la actividad directamente productiva.

Coetáneamente con ello en acuerdos preventivos extrajudiciales (APEs) se proponen quitas y esperas predatorias (confiscatorias), sin presentar plan alguno y exhibiendo utilidades en los balances.

8. 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 destacó el distinguido magistrado y jurista Edgar Baracat en el reciente Congreso Nacional de Derecho Procesal (Santa Fe junio 2011), 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.

Los administradores societarios no son responsables en ninguna de las sociedades, ni en las colectivas si no son socios. Tranquilizamos hace mucho a Héctor Alegría y lo volvimos a reditar en el libro en su homenaje: *Sobre la conservación de la empresa (en torno a aspectos patrimoniales)*¹². Advuértase que en esa ponencia 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 pérdida del capital social impone que los administradores convoquen a los socios para que resuelvan sobre capitalizar o liquidar la sociedad¹³.

9. No propiciamos aumentar la responsabilidad prevista por la ley para socios o administradores si se genera daño, sino que advertíamos que un **“capitalismo donatario”** –se nos ha ocurrido ahora esta calificación como contrapunto de la que crea Rubin-, 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 aparente¹⁴, y luego presentándose tardíamente en concurso, previa desaparición “no imputable” de la documentación

11 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.

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

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 constitucional¹⁵. Esas quitas impuestas a terceros –que no las aceptaron expresamente- configuran una suerte de donación a favor de la sociedad, y ergo de los socios que no asumieron los remedios impuestos por la ley societaria.

Claramente esto 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 (que une correctamente el amigo Rubin)¹⁶.

Posición que se une a la queja que la AFIP considere que esas quitas son ganancia y sujetas al impuesto correspondiente, aunque diferido.

13 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.

14 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.

15 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.

16 Manifestamos en el referido artículo con Gabriela Boquin: “En primer lugar se trata que, en el caso de sociedades, la crisis sea afrontada dentro de las técnicas previstas en la legislación societaria –cuanto más temprana mejor, sin llegar a la infrapatrimonialización, ni a operar en insolvencia o cesación de pagos-....Los socios deben asumir la solución de la crisis ante la convocatoria de los administradores, normalmente patrimonializando a la sociedad, a través de decidir un aumento de capital de las diversas formas que prevé o impone la ley de sociedades, donde teniendo derecho de preferencia pueden llegar a llamar a los acreedores a capitalizar sus acreencias. Esto puede tener diversas respuestas técnicas, con primas, rescates, emisión por clases, donde sin perder la dirección del negocio acerquen a los acreedores contractuales en razón de la empresa a involucrarse en su desarrollo y permanencia. - En el caso nada de ello aparece cumplido. La Cámara formula un reproche por falta de contabilidad, desaparición de activos, no ingreso de partidas substitutivas, abandono de sede, y fundamentalmente no proceder a la liquidación de la sociedad. - Y por cierto que este no es un tema menor. La conducta sub-examine ingresa en el plano de lo que se conoce como dolo eventual, esto es, aquella conducta obrada con tanta desaprensión y ligereza, omitiendo los recaudos más elementales de cuidado y prevención, que el autor de esa conducta no puede dejar de representarse las consecuencias derivadas de sus actos: en otras palabras una culpa de una gravedad tal que no puede sino asimilarse al dolo-...En el particular caso en comentario nos encontramos frente al obrar de los administradores sociales que no llevan libros y tácticamente no logra hallarse documentación respaldatoria de las operaciones de la fallida que permita reconstruir el estado de situación patrimonial. En definitiva se ha “usado” a la sociedad sin respetar exigencias legales tales como la necesidad de llevar una contabilidad regular, que en el caso de sociedades no es una carga, sino una obligación de sus administradores”.

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

María Barrau apunta “De los artículos 513 y 902 del Código Civil, se puede desprender que la omisión de capitalizar la sociedad constituye culpa agrave de los socios”, y citando a López Tilli –y centrando la cuestión- “el problema no se encuentra en la limitación de la responsabilidad sino en permitir en la ley societaria y concursal el traslado del riesgo a los acreedores” –conforme la posición del capitalismo donatario-. Aconsejamos leer en su integridad el sistemático ensayo de la jurista marplatense, como también el referido de Miguel A. Rubin.

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 delimitando los deberes y obligaciones de los administradores, y éstos no tienen duda alguna de cuando corren riesgo de cruzarla, ni aún haciéndose los distraídos en los órganos colegiados. La cuestión es tema bien trabajado por la doctrina de la “responsabilidad social empresarial” (y del *corporate goverment*). Subraya Rubin en su primer subtítulo reconociendo al capitalismo donatario: “1.- La persecución de los socios y administradores de las sociedades como la panacea para contrarrestar los desbordes del pasado reciente”. Sin duda no es una panacea, ni persecución, sino la atribución de responsabilidad cuando corresponda por los desbordes del “capitalismo donatario”. Sobre estos aspectos hemos reflexionado en maduras y cordiales polémicas con el jurista amigo Dr. E. Daniel Truffat¹⁷.

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

11. En el aspecto de las causales de disolución referidas aparecen discrepancias de Rubin respecto a la 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 patrimoniales¹⁸. Sin duda si se desoyen las previsiones de la ley, pero el giro social se torna exitoso y no hay daño, no habrá responsabilidad¹⁹.

¹⁷ *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.

No hemos entendido a Rubin cuando se refiere, en el campo del derecho argentino a una teoría a la que llama de “responsabilidad total”. Quizá atribuya supuestamente a la doctrina casos de “responsabilidad objetiva”, que no lo son²⁰.

Para que se advierta daño la deudora debe tener incapacidad patrimonial para satisfacer la obligación que se le imputa. Hacerlo antes generaría un desgaste jurisdiccional. Por eso es correcta la afirmación “*Richard, estudiando un precedente laboral donde se puso como condición para admitir la responsabilidad de los administradores sociales ante los trabajadores que la sociedad esté en cesación de pagos, debió concluir que “En este marco, esa acción toma razón ante la insolvencia de la sociedad”. El mismo catedrático ponderó sendos votos del Dr. Lorenzetti en los casos “Daverede” y “Funes, Alejandra P. c/Clinica Modelo Los Cedros S.A. y otro”, donde también se consideró presupuesto indispensable de la mencionada responsabilidad que la sociedad “manipulada” sea insolvente. Reflexionó entonces que, “fuera de esa situación, no habría razón para aplicar el remedio”*”. No es que “debimos” concluir, sino que es lo lógico, recién en ese supuesto aparece el daño.

Nuestra posición se corresponde a la integración con nuestra visión global, con un pensamiento sistémico y constructivista de la insolvencia societaria, y la conservación de la empresa, particularmente ante el “capitalismo donatario”. Trabajamos el tema en el referido artículo en homenaje a Alegría, y también en el mencionado nuestro libro sobre perspectivas del derecho de la insolvencia, a lo que remitimos.

Remarcamos: la conservación de la empresa es una acción que está a cargo de alguien, y ese alguien es el administrador societario. No a cargo del Estado, n de

18 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”.

19 Las causales de disolución de sociedades son estrictas en cuanto a la pérdida del capital, imponiendo su reintegro o aumento, y particularmente en el análisis de la “imposibilidad sobreviniente” de cumplir la actividad societaria o el objeto social. La pérdida de rentabilidad trae como consecuencia esa imposibilidad, antes o después de advertirse la pérdida del capital social. La legislación de Colombia del 27.12.2006 en su capítulo II sobre “requisitos de inicio del proceso de reorganización” que en su art. 10 ap. 1 impone para su admisibilidad “No haberse vencido el plazo establecido en la ley para enervar las causales de disolución, sin haber adoptado las medidas tendientes a subsanarla”. La capitalización de pasivos es tema previsto en la legislación societaria como forma de paliar dificultades, y también en las formas de acuerdos concursales.

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

cooperativas de trabajo, que han surgido como consecuencia del fracaso o abandono de los empresarios.

12, La planificación genética y funcional es un requisito substancial de la organización empresaria.

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

Concordamos con la afirmación del distinguido amigo Miguel E. Rubin “En el Derecho Societario, como en todo el Derecho Privado, quien protagoniza un hecho que por su culpa o negligencia ocasiona un daño a otro, está obligado a repararlo”. Al referirse a “El tema en el concurso preventivo”, señala una serie de prédicas del llamado “capitalismo de reposición”, que son a la postre la contracara del “capitalismo donatario”, y que han motivado nuestras reacciones y expresiones sobre los abusos²¹.

Lo que más preocupa al jurista amigo son las referencias al “plan de negocios” – que trata de descalificar, pero que siempre existe-, inserto por iniciativa de Alegría en el año 1983 en los artículos 125-1 y 125-2 de la ley 19551, con sencillez y eficiencia, a lo que hemos apuntado en muchos trabajos, debiendo agregarse los importantes aportes del doctrinario tucumano Bernardo Carlino, que aconsejamos leer en integridad²².

13. La Suprema Corte de Justicia acogió planteos de arbitrariedad contra la sentencia homologatoria en el concurso de “Sociedad Comercial del Plata S.A. y otros s/ concurso preventivo” en fallo del 20/10/2009²³, ordenando que vuelvan los autos al tribunal de origen a fin de que se dicte nuevo pronunciamiento con arreglo a lo resuelto.

Los votos de la mayoría, con el ampliatorio de Highton²⁴ fijaron la concordancia de los criterios con el precedente “Arcángel Maggio S.A.”, lo que resaltaron Gabriela

²¹ *ABUSO DEL PROCESO CONCURSAL (y otros abusos en torno a la sociedad concursada, como invitación al trabajo interdisciplinario)* Sobre la base de “El Abuso del Proceso Concursal”, comunicación como panelista en el XXVI Congreso Nacional de Derecho Procesal “Para repensar el proceso, revisemos los principios”, formalizada en Santa Fe el 9 de junio de 2011, se nos ha solicitado que expongamos en reunión de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba este 28 de junio de 2011, la que formalizamos como una invitación al trabajo interdisciplinario, sintetizando algunos aspectos y planteándonos nuevos aspectos. Ambos ensayos en la página de la Academia www.acaderc.org.ar

²² *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.

²³ *EL CRITERIO DE LA CORTE EN LA HOMOLOGACIÓN DE ACUERDOS CONCURSALES: asegurar el debido proceso a través del voto, y resguardar el acuerdo de abusividad.* en elDial.com, Buenos Aires 22 de octubre de 2009 año XII n° 2887 en TITULARES DEL DÍA – Comentario a fallo, con la transcripción del todo el fallo

Boquin y Ricardo Augusto Nissen en *UN EJEMPLAR FALLO EN MATERIA DE TRANSPARENCIA DE LOS PROCESOS CONCURSALES*²⁵.

A su vez registra un “*obiter dictum*” que debemos destacar por su trascendencia.

Lo resuelto por la mayoría de los Ministros de nuestra Corte descalificó lo resuelto por la asamblea de obligacionistas y considera abusiva la propuesta de acuerdo por varias razones. Esas razones del voto de mayoría se centran en que “cuando se compruebe una afectación sustancial del crédito como consecuencia del ejercicio abusivo del derecho contrariando los fines que la ley tuvo en miras al establecer este instituto. La tutela del debido proceso, en este caso, significa que los jueces deben dedicar especial cuidado a garantizar los procedimientos destinados a obtener la expresión del consentimiento positivo o negativo, pero con información transparente, comprensible y sin obstáculos para expresarla, de una mayoría sustancialmente representativa de la voluntad de los acreedores.”

Se advierte en la expresión “afectación sustancial del crédito” la preocupación de la Corte en torno a la tutela del derecho de propiedad. Boquin y Nissen, en el mencionado artículo, acotan “Es decir no puede haber salvataje de la empresa o conservación de la misma a costa sólo de los acreedores... descartando que el alto grado de adhesión de otros acreedores sirva para imponerle el acuerdo a quienes resultan minoritarios pues el ejercicio abusivo del derecho a concursarse preventivamente y de ofrecer una propuesta de pago no puede afectar el derecho a la propiedad. ...nos preguntamos: ¿ Puede juzgarse conforme a derecho una propuesta que implica el pago de menos del 20 % de un acreedor que no la conformó ? ... Hoy, derogado el mínimo exigible del pago de por lo menos el 40% del monto de los créditos como lo preveía el ordenamiento concursal anterior, el concursado tiene derecho a formular una propuesta sin ningún tipo de límites en cuanto a la quita o la espera, pero ello no significa que pueda ofrecer una propuesta predatoria”.

Sobre el punto expresa la Corte: “Todo aquello que informa al procedimiento previo y tiene como punto culminante la expresión de la libre voluntad de los acreedores reviste una trascendental relevancia, en la medida que constituye uno de los pilares atinentes a la protección del crédito y, como tal, atiende al derecho de propiedad contemplado constitucionalmente (art. 17 de la Constitución Nacional)”. Como esta, la Corte hizo múltiples referencias a la afectación del crédito y al derecho constitucional de propiedad, sin expedirse directamente sobre lo que venimos señalando como propuestas confiscatorias al mismo tenor de la doctrina de la Corte, “mucho menos cuando ello trae como consecuencia una afectación sustancial del derecho de crédito”. Así : “15) Que el segundo elemento que tipifica la arbitrariedad en el caso es la afectación sustancial del crédito derivado de un ejercicio abusivo del derecho del deudor concursado, contrariando

²⁴ Mayoría integrada por los Ministros Dres. RICARDO LUIS LORENZETTI, ELENA I. HIGHTON de NOLASCO (según su voto)- CARLOS S. FAYT - E. RAUL ZAFFARONI - CARMEN M. ARGIBAY (en disidencia), al igual que los Dres. ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI - JUAN CARLOS MAQUEDA.

²⁵ En El Cronista Comercial del 21 de octubre de 2009, fecha en que remitimos este comentario a El Dial.com

la finalidad económico-social de dicho instituto. Este aspecto fue expresamente planteado por el Banco de la Provincia de Buenos Aires”.

Subrayó la mayoría que se afectaba “al debido proceso y al ejercicio abusivo del derecho con grave afectación de la propiedad, que deben ser considerados por esta Corte”.

Pero nos pareció realmente iluminado –como *obiter dictum*- el considerando “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”, implica directamente reconocer que existen remedios societarios para afrontar la crisis, como lo venimos sosteniendo desde hace muchos años, y el concurso aparece –cuando no se ha intentando previamente aquél- como abusivo²⁶, y enrarecido por la posibilidad de un negocio como señala un calificado autor²⁷. 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-²⁸.

14. COLOFÓN.

Como colofón reiteramos: tranquilidad para los administradores de sociedades, y con más razón a los socios con responsabilidad limitada, que mantienen total libertad para organizarse como sociedad y usar los medios económico-financiero-patrimoniales más adecuados a la gestación y funcionalidad del negocio, que no serán nunca responsables por las obligaciones sociales. Los desfases generados por riesgo empresario no les son imputables, salvo cuando omitiendo el cumplimiento de normas

26 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.

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

28 Otros temas son tratados en profundidad en la ampliación del voto de la mayoría por la VICEPRESIDENTA DOCTORA DOÑA ELENA I. HIGHTON de NOLASCO, sobre los supuestos “beneficios del negocio celebrado sin autorización”.

imperativas de la ley, por omisión u acción, con culpa o dolo²⁹, hayan generado daños a terceros.

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

Las diferencias de apreciación en torno a aspectos menores seguirán siendo sopesados por la doctrina y la jurisprudencia –hoy con ojos más abiertos en torno al “capitalismo donatario” como resulta particularmente del voto mayoritario de la Corte, y su ampliación por Elena Highton, y también por el *obiter dictum* destacado en el caso Comercial del Plata, reconociendo al sistema societario como de preconcursalidad.

Hoy se impone educar a los socios y a los acreedores sociales para que compartan los destinos de la empresa, para asegurar la continuidad de la empresa. Esa norma está en la ley de concurso, pero particularmente está sencillísima al alcance de todos en la ley de sociedades: la capitalización del pasivo, sin los costos impositivos de la quita y espera,

La reorganización de una sociedad en crisis tiene claras soluciones en la ley específica con bajo coste de transacción y sin responsabilidad para administradores. Ellas son las causales de disolución por pérdida del capital social o por la imposibilidad (sobreviniente o no) de cumplir con el objeto social por causas patrimoniales (art. 94 incs. 4 y 5 LSC), soslayando la liquidación sin reintegrar ni aumentar el capital social –incluso ofreciendo capitalizar el pasivo- (art. 96 LSC), asumiendo responsabilidad administradores y algunos socios en caso de continuar así el giro social (art. 99 LSC), generando sin duda daño a los acreedores.

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

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

Agradecemos a los colegas que, coincidiendo o disintiendo –como los juristas autores de los artículos que han facilitado este comentario- colaboran en una mejor

²⁹ Sobre la calificación de dolo y extensión de reparación conveníamos con Gabriela Boquin en el citado ensayo conjunto: “Por ende cuando no se han respetado las mínimas condiciones de uso previstas en la ley de sociedades comerciales, dicho actuar debe quedar encuadrado en los art. 506, 521, 902 y 931 del Código Civil, más allá de la apreciación en cada caso en particular del encuadramiento en el art. 1072 CC. - Sabemos que la responsabilidad de los administradores por su función puede ser denominada como “calificada” ya que el artículo 59 LSC exige un obrar con la diligencia de un buen hombre de negocios. Esta responsabilidad calificada quedará encuadrada en los parámetros del art. 902 CC que prevé que cuanto mayor es el deber de obrar con prudencia y pleno conocimiento de las cosas mayor es la obligación que surja de las consecuencias de los hechos que le fueran imputables.- ¿Y cuál es la mayor obligación prevista en el Código Civil cuando se incumple una obligación a cargo de determinada persona? La prevista en el artículo 521 de dicho cuerpo legal que establece que la inejecución maliciosa produce una responsabilidad por las consecuencias mediatas e inmediatas producto de dicho obrar. Ello nos lleva claramente a la noción de “dolo obligacional” regulado en el art. 506 C.C.. - Es decir que el administrador en cuestión debe responder por los daños directos e indirectos que le ha provocado al acreedor social por el mal desempeño de sus funciones .Lamentablemente en este punto no profundiza el fallo siendo la descripta una conducta reprochable perfectamente enmarcable en estas nociones. - Pero no hay duda que continuar operando una sociedad en cesación de pagos implica cuanto menos dolo civil respecto a los nuevos acreedores”.

inteligencia de normas y conductas, a la postre iluminadas por la doctrina mundial de la “responsabilidad social empresaria”.