LA EMPRESA: SU ORGANIZACIÓN Y CRISIS

Efraín Hugo RICHARD¹

Abstract: Se afronta la funcionalidad de la empresa organizada como sociedad y las normas imperativas del derecho específico para afrontar las crisis patrimoniales. Se trata de la causal de disolución de la sociedad por pérdida del capital social que impone el reintegro o el aumento del capital social para asegurar el normal desenvolvimiento de la persona jurídica, o su liquidación para evitar agravar la situación y los perjuicios a terceros. Conforme a ello también se avizora la responsabilidad de administradores y socios por no adoptar en tiempo las soluciones impuestas, por los daños que ocasionaren. Aparece así un sistema preconcursal de bajo coste de transacción, de carácter extrajudicial, que aseguraría el equilibrio en el mercado, evitando gran parte de los perjuicios que genera la insolvencia y la saturación de órganos jurisdiccionales o administrativos.

Palabras clave: Disolución sociedades – Responsabilidad - Preconcursalidad

Las técnicas organizativas de la empresa, elegibles por la autonomía de la voluntad, conllevan la aplicación de normas imperativas en situaciones de crisis, como la pérdida del capital social que constituyen un verdadero sistema preconcursal.

INDICE. I – EL HOMENAJE. II – LA EMPRESA. 1.La organización de la empresa. 2. Las relaciones de organización. 3.Personalidad: ¿desde cuando? 4. La decisión y elección de la organización. 5.El elemento real. III – LA CRISIS DE LA EMPRESA. DISOLUCIÓN DE LA RELACIÓN ORGANIZATIVA. 1. La prevención societaria. 2.Administradores buenos hombres de negocio. 3.La planificación. Las pérdidas. 4. Como asumir la crisis societaria: prioridades conforme la Corte argentina. 5. Eficiencia para encarar las crisis societarias. 6. Concurso y normas imperativas societarias. IV – NORMAS IMPERATIVAS SOCIETARIAS. LA PRECONCURSALIDAD. 1. Menores costes de transacción. 2. Avizar la crisis y actuación tempestiva. V – LA PRECONCURSALIDAD A TRAVÉS DE LAS CAUSALES DE DISOLUCIÓN DE LAS SOCIEDADES. 1.Continuación del giro con pérdida y responsabilidad. 2.Intereses en juego para evitar el agravamiento de la crisis. 3.La preconcursalidad societaria. 4.Conservación de la empresa: ¿a cargo de quién? VI – EFECTOS DE LAS CAUSALES DE DISOLUCIÓN EN VENEZUELA. 1. Inmediatez de efectos. 2.Sanción por continuar operando. VII – LA PÉRDIDA DEL CAPITAL SOCIAL EN ESPAÑA. VIII – LA PÉRDIDA DEL CAPITAL SOCIAL EN EL

¹ ehrichard@arnet.com.ar Abogado y Doctor en Ciencias Jurídicas y Sociales por Universidad Nacional del Litoral, Miembro de Número de Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba y Director de su Instituto de la Empresa, Doctor Honoris Causae por Universidades Nacional de Tucumán, Católica de Salta y del Norte Santo Tomás de Aquino de Tucumán, Profesor Emérito por la Universidad Nacional de Córdoba y Director de su Departamento de Derecho Comercial. Publicista: www.acaderc.org.ar

DERECHO ARGENTINO, APUNTANDO CRITERIOS UNIVERSALISTAS. 1.¿Cuándo queda reconocida la existencia de esta causal por los administradores y por los socios? 2.¿Cuál es el monto de la reintegración del capital social: el monto original u otro monto? 3.¿Si no se reintegra como capitalizar la sociedad para evitar la liquidación? 4. De no tratarse la causal una vez acreditada, continuando el giro normal de los negocios, y se ratificara la presentación en concurso: ¿surge alguna responsabilidad? 5.¿En el caso anterior se aplica el art. 99 LSA para las deudas postconcursoales? 6.¿En caso de homologación de acuerdo constatada por el Síndico la existencia de la causal tiempo antes de la presentación o declarada en balances aprobados, se mantiene la responsabilidad del art. 99 LSA? 7.¿Aportes a cuenta de futuros aumentos son aptos para superar la causal de disolución? 8.Funcionalidad de la empresa, organización societaria, pérdida del capital social y concurso en el derecho argentino. IX – REFLEXIONANDO Y DIALOGANDO.

I – EL HOMENAJE.

Nuestro agradecimiento a quiénes nos han brindado la oportunidad de formalizar un público reconocimiento a la trayectoria del Profesor Dr. Antonio Morles Hernández.

Esa trayectoria es bien conocida en el mundo académico iberoamericano, y lo palpamos cuando comentamos su “COMPENDIO DE DERECHO MERCANTIL”².

Su generosidad nos convocó a un libro colectivo bajo su dirección “Bicentenario del Código de Comercio Francés”, expresándonos *SOBRE EL NEGOCIO DE CUENTAS EN PARTICIPACIÓN (association commercial en participation)*.

Ahora nos expresaremos en su homenaje en tema que ha motivado la preocupación de tan destacado doctrinario, y que ha generado nuestra adhesión.

II – LA EMPRESA.

Centramos nuestra atención en lo que, en aquel “Compendio”, nuestro homenajeado marcó como pivote del derecho comercial contemporáneo: “la empresa”, destacando las dificultades terminológicas por la falta de uniformidad en su uso por la doctrina y la ley, rescatando que el Código Civil Italiano del 42 realizó el traslado del eje de la teoría de la empresa del momento del cambio al momento de la producción. Al asumir su concepto señaló que la empresa “ha sido considerada como persona jurídica, como patrimonio separado, como universalidad, como actividad y como organización. Todas estas teorías atomistas son insatisfactorias. Con propiedad se ha dicho que la empresa no puede ser definida optando entre la categoría de los sujetos y la categoría de los objetos, para asignarle a una o a la otra, porque es un tertium genium. La unidad de esta noción económica no ha podido ser reducida a unidad jurídica. Apenas si se admite que se está frente a una unidad funcional a la que las partes y, a veces el ordenamiento positivo, consideran como unidad cuando sobre ella se estipulan negocios jurídicos”.

Aún con esta posición legislativamente frustrada, Morles enfrentó una sistematización en torno a “la idea de empresa” que lo pone en una avanzada, concentrándose en los “elementos patrimoniales de la empresa” en la propiedad comercial, la propiedad industrial, literaria y artística y las cosas corporales, marcando las relaciones de hecho de la empresa en dos aspectos: la clientela y las expectativas, sin dejar de ver a la empresa como objeto de

² Edición de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Universidad Central de Venezuela y Universidad Católica Andrés Bello, 1ª edición, Publicaciones UCAB, Caracas 2004 con 348 páginas.

tráfico jurídico: el fondo de comercio y su hipoteca mobiliaria, los derechos intelectuales, los signos, el nombre comercial, el rótulo, las marcas, y los sistemas de protección y los negocios sobre esos derechos. En esa visión integral incorpora un aspecto tan moderno como la adjudicación y la regulación de los nombres de dominio en el campo de las comunicaciones electrónicas, patentes de invención, derechos de autor.

1.La organización de la empresa.

Estas apreciaciones de Morles nos vinculan con la idea de la empresa, e imponen referirnos a su organización jurídica, como plan de negocios y elección de la forma estructural fijada por la legislación, su conservación y las normas de la propia ley de organización para afrontar las crisis.

En Perú el Derecho de sociedades ha *enfaticado la dimensión organizativa* y mira a las sociedades, más que como negocios jurídicos, como organizaciones dotadas de *personalidad jurídica* [art. 6º de la Ley General de Sociedades peruana]. Ello es correcto en cuanto se refiere a la sociedad como “persona jurídica”, y no al negocio constitutivo.

El eje es que manifestaciones jurídicas patrimoniales permiten predicar la existencia de un centro de imputación diferenciado, con simplificación de relaciones, determinando cuándo hay personalidad y los rasgos o notas que la definen, que no tiene otro objetivo que atender al marco normativo, posiblemente distinto en cada país. Se parte del concepto de sujeto de derecho que es aquel a quien el orden jurídico reconoce aptitud para ser titular de relaciones jurídicas y de un patrimonio, sean individuales o colectivos, como técnica legal de simplificar relaciones.

El pensamiento se inclina hacia el reconocimiento normativo, y la diferenciación gira en torno a la necesidad o no de considerar la preexistencia de un dato extranormativo para configurar la persona jurídica y la consiguiente atribución de personalidad. A nuestro entender ese dato es una dotación patrimonial destinada a ciertas actividades. Ello implica una decisión de técnica jurídica y concreción legislativa. Nos hemos ocupado³ sobre la personalidad como categoría normativa, mediante la cual se articula un centro de imputación con capacidad jurídica.

La personalidad es una cualidad jurídica –una ficción legal-, que requiere un sustrato real –previsto por la norma-, pues ninguna cualidad puede existir por sí misma, sino como atributo o carácter de alguna cosa o sustancia, pero lo real aquí es el sustrato: la escisión patrimonial derivada de una persona física o jurídica por su decisión de organización conforme un ente personificado por ley.

Se superan dogmatismos en torno a la naturaleza de esa personalidad, relativizando las concepciones históricas en formulación de la ficción jurídica, que absorbe al realismo, poniendo el acento en la técnica de organización que asume cada legislación dejándola disponible a la autonomía privada conforme tipos organizativos. Una cuestión es sobre la

³ RICHARD, E. HUGO “PERSONA JURIDICA Y TIPICIDAD. Ponencia a las Jornadas Nacionales sobre la Unificación de las Obligaciones Civiles y Comerciales, Buenos Aires 4/5 de diciembre de 1986, “Persona jurídica, empresa, sociedad y contratos asociativos en la unificación del derecho privado” en “1a. Conferencia Internacional sobre la unificación del derecho privado argentino”, San Miguel de Tucumán octubre 1987, “PERSONALIDAD DE LAS SOCIEDADES CIVILES Y COMERCIALES, TIPICIDAD E INOPONIBILIDAD DE LA PERSONALIDAD JURIDICA COMO EXTENSION DE LA RESPONSABILIDAD DE SOCIOS O CONTROLANTES, EN EL DERECHO ARGENTINO, en Rev. de Derecho Mercantil, Nos. 193-194, Madrid 1989, “PERSONALIDAD JURIDICA Y CONCEPTO DE SOCIEDAD” y “LA CONTRAPOSICION CONTRACTUAL ENTRE PERSONA JURIDICA Y PERSONA FISICA DEL PROYECTO DE UNIFICACION, comunicaciones a las III Jornadas de Derecho Civil y Comercial de La Pampa, Abril de 1991, a la Comisión I sobre PERSONALIDAD JURIDICA;“LA PERSONA JURIDICA EN LA EVOLUCION CONTEMPORANEA en Separata de Anales de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, tomo XXV Pág. 81 y ss., “LA PERSONALIDAD JURIDICA EN LAS SOCIEDADES COMERCIALES ponencia a las XII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Bariloche abril de 1989

personalidad a esos tipos, hasta que se cumpla con la totalidad de los requisitos exigidos por la norma para generar efectos *erga omnes*.

2. Las relaciones de organización.

De acuerdo con el Diccionario de la Real Academia “*organización*” significa la “*acción y efecto de organizar u organizarse*”, “*conjunto de personas con los medios adecuados que funcionan para alcanzar un fin determinado*”. Y “*organizar*”: “*establecer o reformar algo, para lograr un fin, coordinando los medios y personas adecuados*” o bien “*disponer y preparar un conjunto de personas, con los medios adecuados para lograr un fin determinado*”, y así las normas que integran el Derecho de sociedades se muestran como reglas al servicio de una técnica de organización -o de “*organizaciones*”, predispuestas, a las que se accede por la autonomía de la voluntad cumpliendo sus requisitos.

El sistema jurídico ha sido construido a través de normas para el acto jurídico bilateral. Dentro de ese sistema aparecieron desestructurada y aluvionalmente normas tendientes a dar soluciones a las relaciones de organización, reconociendo efectos a la declaración unilateral de voluntad, a las modificaciones a las relaciones patrimoniales y de la propiedad, a través de peculios, dominio imperfecto, y más contemporáneamente otras modalidades de organización como la sociedad, fundaciones, patrimonios especiales y de afectación, leasing, buque, empresa, fideicomiso, fondos, de los que la realidad da cuenta todos los días⁴.

Comparando fundación y fideicomiso se advierten las posibilidades de los recursos técnicos "personificar" o "patrimonializar", que corresponden a una decisión de política jurídica, ajena a cuestiones ontológicas. Para el derecho privado patrimonial negocial, el legislador de cada país ha generado para las relaciones de organización un cierto catálogo – con cierta inteligencia- para cuando entiende que el negocio debe tener ciertos efectos respecto de terceros, acreedores del negocio. Si bien puede ser distinto para cada país, guarda cierta lógica conforme a la complejidad de la organización o negocio que se intente. La autonomía de la voluntad de quienes formalizan la organización les permite elegir el tipo de estructura que viene dotada o no de personalidad jurídica. Se atiende así a las relaciones de organización, en cuanto exista un patrimonio individualizado –elemento real- afectado a una actividad y centro de relaciones múltiples, capaz de generar beneficios pero también pasivos. Fuentes, y particularmente el derecho más moderno considera los patrimonios autónomos como "una masa de bienes afectados a un fin determinado e investido de personalidad jurídica"⁵. Será fruto de una concepción dogmática que se recurra al patrimonio de afectación, disgregándolo de su titular (fideicomiso) o se cree un ente distinto a fin de afectar determinados bienes a un fin (fundación). La fundación alcanza ciertas características similares a las del fideicomiso por falta de contenido humano, con afectación de bienes para un fin, pero con técnica de personificación⁶.

En sistemas como el argentino, dominados por el principio de tipicidad de los derechos reales, la propiedad fiduciaria -como otros recursos técnicos de imputación- no

4 RICHARD, Efraín Hugo La responsabilidad en el contrato de leasing y fideicomiso, publicado en AAVV “Responsabilidad por daños en el tercer milenio – Homenaje al Profesor Doctor Atilio Anibal Alterini, 1997, Ed. Abeledo Perrot, pág. 561, directores Alberto Bueres y Aída Kemelmajer de Carlucci. Y nuestros libros “Organización Asociativa”, Ed. Zavallia; “Las relaciones de Organización – El sistema jurídico del Derecho Privado” (2ª ed.), “Relaciones de organización – Sistema societario” y “Relaciones de Organización – Sistema de contratos de colaboración”, editados por la Academia.

5 Arts. 80 a 89 del B.G.B.. A su vez el Código Civil de Quebec de 1991 acepta bienes objeto de "una afectación", título VI del libro IV "ciertos patrimonios de afectación, en dos capítulos que tratan respectivamente de la fundación y del fideicomiso.

6 Fundación "Organización para la realización de determinados fines reconocida como sujeto de derecho y que no consiste en una unión de personas", definición de Ennecerus que recuerda BUSSO, Eduardo Código Civil Anotado Bs. Aires 1944, tomo I p g. 228.

pueden ser producto de la autonomía contractual⁷, pero aceptados por la ley quedan a libre acceso. Asumidos por acto negocial dentro de los recaudos que exige la ley, extiende sus efectos a terceros, siéndoles "oponible" conforme los efectos previstos, con un nuevo sistema de imputación.

La existencia de patrimonios, especiales como la personificación- requieren de una ley que autorice su constitución en función de un determinado fin⁸. Como con otros recursos técnicos, los efectos respecto de terceros (*erga omnes*) se plasman en cuanto se han cumplido las formas o registros previstos.

3. Personalidad: ¿desde cuando?

Tema central, desde lo práctico, es determinar el momento desde que se reconoce la imputación diferenciada *erga omnes*: la elección del medio, la inscripción y/o la mera actuación. Obviamente lo primero es la organización y la materialización del sustrato real: los aportes.

El nacimiento (reconocimiento) y desaparición de un centro de imputación (particularmente de una persona jurídica) se vincula a la realidad. Y la misma son las relaciones jurídicas imputables a un conjunto de bienes o patrimonio separado (activas y pasivas). O sea cuando ese centro es reconocido como diferenciado por y para terceros, y no se vinculan con los socios sino con centro.

La publicidad de hecho o de derecho, y las formalidades legales dan seguridad a los socios y, particularmente, a los terceros. A éstos por cuanto sus créditos se garantizan con el patrimonio afectado (imputado). A los socios por cuanto determinan grados de responsabilidad (tipicidad de primer y segundo grado en el tipo elegido para organizarse), marcando el grado de estanqueidad patrimonial respecto de los socios de no resultar satisfechas las obligaciones de terceros.

De no haberse cumplido con los requisitos de publicidad *erga omnes* que exija la norma, estamos frente a un centro imputativo de limitados efectos internos o con terceros vinculados, que es apto para alcanzar la personalidad cuando se cumplan esos requisitos.

4. La decisión y elección de la organización.

Organizarse se corresponde a una decisión de la autonomía de la voluntad de enfrentar racionalmente una actividad. El plan de negocios precede a toda organización jurídica. Mucho tiempo antes de recurrir a un profesional para que plasme la organización con modalidad estatutaria, los socios o partícipes realizan estudios y actos vinculados a la preparación del negocio, a veces a su iniciación misma

Decidida la organización a través de un plan de negocios nos centramos en la figura característica en el ámbito de las personas jurídicas: la sociedad, que es el sustento de la empresa por la decisión de afrontar una organización de capital y trabajo y constituye el patrimonio autogestante con finalidad propia que permite predicar la existencia de personalidad. Al repasar los caracteres fundamentales de la persona jurídica se advierten determinados aspectos propios, como son: a) la organización y, por ende, estructura particular; b) su finalidad diferenciada; y c) la existencia de un patrimonio propio. La personificación se vincula a una modalidad de generar un centro de imputación de derechos para facilitar relaciones organizacionales.

⁷ GALGANO, Francesco El negocio jurídico, Ed. Tirant lo blanch, Valencia 1992, trad. esp., p g. 442.

⁸ VON TUHR, A. Teoría General del Derecho Civil Bs. As. 1946 tomo I.1, p g. 408. No ingresamos en el tema de la causa que guía a los constituyentes, pero entendemos que ella es la elección del tipo personificado para afrontar determinada empresa (objeto-actividad).

El ente personificado por la ley esta a disposición de la autonomía de la voluntad, que elige la estructura conveniente a su empresa y cumpliendo los recaudos legales hacerla oponible a todos los terceros, acreedores individuales de los socios o partícipes y de los terceros que se vinculen con el nuevo centro imputativo.

Se justifica el sistema 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"⁹, "tiene una función *preconcursal* o *paraconcursal*, considerando algún otro considerarla como *anticoncursal*"¹⁰

5.El elemento real.

La autonomía de la voluntad al elegir la técnica personificación debe contar por definición con un elemento real. Ese elemento real es la escisión patrimonial, generando aportes o escisiones del patrimonio de los constituyentes para asegurar el éxito de la planificación. Ese aporte constituye el capital social constitutivo, cuyo monto debe responder al plan de negocios, pues la infrapatrimonialización genética es una de las causales de la aplicación de la teoría del descorrimiento del velo¹¹. La infrapatrimonialización de la que suele devenir la concursalidad de las sociedades y la homologación de acuerdos predatorios nos ha llevado a trabajar sobre la "insolvencia societaria"¹², y apuntar claves especiales ante la crisis económico-patrimonial en su desenvolvimiento.

Este es el tema: la infrapatrimonialización de la sociedad, incluso la constitutiva, que importa afrontar la causal de disolución prevista imperativamente por el art. 94 ap. 5° Ley de Sociedades Comerciales Argentina (en adelante LSA).

III – LA CRISIS DE LA EMPRESA. DISOLUCIÓN DE LA RELACIÓN ORGANIZATIVA.

Pese a la posición de Morles Hernández¹³ sobre la indiferenciación del sujeto pasivo en los procedimientos colectivos fundados en la insolvencia del deudor, con independencia de

⁹ URIA, R.; MENÉNDEZ, A. y GARCÍA de ENTERRÍA, J. *La sociedad anónima: disolución* Cap. 4, pág. 1001 en "CURSO DE DERECHO MERCANTIL" dirigido por Rodrigo URIA y Aurelio MENÉNDEZ, Ed. Civiltas, Madrid 1999, tomo I, especialmente "Las pérdidas graves" págs.. 1009 a 1013.

¹⁰ DÍEZ ECHEGARAY, José Luis *Deberes y Responsabilidad de los Administradores de Sociedades de Capital*, 2006, Ed. Thomson-Aranzadi 2ª edición, Navarra. p. 387.

¹¹ RICHARD, Efraín Hugo *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 a 246. Reproducido por *Microjuris*, 2010.

¹² RICHARD. E. H. "Insolvencia societaria" ed. Lexis Nexis, Buenos Aires 2007; "Perspectiva del Derecho de la Insolvencia" Ed. Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Córdoba 2010.

¹³ MORLES HERNÁNDEZ, Alfredo. *Curso de Derecho Mercantil*. Tomo IV. Los contratos mercantiles. Derecho concursal. Universidad Católica Andrés Bello. Caracas, Venezuela: 2008, pág. 2673, 2674.

que sea persona física o individual y de su condición como empresario –que respetamos-, ello no es indiferente en los procesos preventivos de la quiebra –concurso preventivo o acuerdos preventivos extrajudiciales-, pese a legislaciones modernas que tienden a esa indiferenciación. El punto alcanza su mayor diferenciación en el aspecto de las normas imperativas estructuradas en relación al tipo jurídico de organización de la empresa, particularmente las formas societarias, como veremos de seguido al referirnos a las causales de disolución que constituyen un verdadero sistema preconcursal.

1. La prevención societaria.

La pérdida del capital social, como causal de disolución, impone iniciar el proceso de liquidación, pues constituye una causal de disolución que actúa de pleno derecho al constatar en el balance esa situación. Se trata de las causales de inmediata constatación, que actúan de pleno derecho, ipso jure u ope legis, generando la responsabilidad prevista por el art.99 LSA para administradores y socios.

La propia ley argentina ofrece en el art. 96 el remedio 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”. La solución es similar en el actual Código de Comercio venezolano.

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.

Podríamos ingresar en otros supuestos, como la imposibilidad sobreviniente de cumplimiento del objeto social por problemas patrimoniales-financieros, pero lo dejamos para otra oportunidad, sin perjuicio de hacer acotaciones laterales de tal supuesto.

2.Administradores buenos hombres de negocio.

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

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

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

3.La planificación. Las pérdidas.

Sin embargo se suelen soslayar las normas societarias y la doctrina –como comentaremos- critica la falta de conexidad entre derecho societario y concursal.

Centrando el rol del capital social –base de la escisión patrimonial personificada-, la importancia de actuar tempestivamente para solucionar la crisis desde el derecho societario, el derecho concursal de Perú, que en 1999 se integra con la ley “De Fortalecimiento del Sistema de Reestructuración Patrimonial”, y tres normativas que configuran la hoy denominada “Ley General del sistema concursal” trae concretas referencias a la cuestión. Su 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”¹⁴.

4. Como asumir la crisis societaria: prioridades conforme la Corte argentina.

La temática de la crisis de las sociedades suele abordarse sólo a través del derecho concursal, soslayándose las soluciones que contiene la ley específica de la organización en crisis o insolvencia.

Ante la insolvencia de una organización empresaria dadora de empleo trata de asegurarse la continuidad de la empresa viable, librándola de la crisis, con interés prioritario en mantener los puestos de trabajo y su continuidad donde se localiza. Poco importa quiénes son titulares de participaciones sociales y si se alteran, siendo fundamental la capacidad de los administradores para encarar esas soluciones, sean originarios o nuevos ante la falta de capacidad de aquellos.

Sobre la cuestión arroja luz un reciente fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina (CS).

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

Esa resolución de la Corte apunta a aventar la falta de transparencia en que suelen transcurrir los procesos de aprobación de la propuesta de acuerdo –normalmente no integrada y por tanto improbable¹⁵- para la obtención de las mayorías necesarias para aprobar

¹⁴ DASSO, A. “Derecho Concursal Comparado”, 2009/2010 2 tomos, cit. pág. 805 y ss..

¹⁵ RICHARD, E. H.. *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.

acuerdos que hemos calificado como predatorios y confiscatorios¹⁶, pues se alejan del esfuerzo compartido.

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.

No ingresaremos en esta oportunidad en los aspectos centrales del fallo en torno a la arbitrariedad, la obstaculización del voto, la afectación del derecho al debido proceso, lo predatorio de la propuesta y la afectación del derecho de propiedad o a la sustracción de uno de los principales activos a través de no ejercer una suscripción preferente sobre una controlada, que resultan claramente expresados en el voto mayoritario y en la ampliación de la Dra. Highton, que podemos resumir en la transcripción de dos líneas: se afectaba “al debido proceso y al ejercicio abusivo del derecho con grave afectación de la propiedad”¹⁸.

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

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

Sin duda la posibilidad de las soluciones negociadas extrajudicialmente.

Atiende fundamentalmente a los recursos societarios para afrontar la crisis que registra imperativamente la ley societaria específica, confirmando nuestra tesis., por lo que el concurso aparece –cuando no se ha intentando previamente aquél- como abusivo¹⁹, y enrarecido por la posibilidad de un negocio como señala un calificado autor²⁰. No debe

16 RICHARD, E.H.. *LAS LIQUIDACIONES SOCIETARIA, LA CONCURSAL Y EL ARGUMENTO DEL RESULTADO DE ESTA ÚLTIMA PARA HOMOLOGAR UNA PROPUESTA ABUSIVA*, en Zeus Córdoba, n° 353, Año VIII, 18 de agosto de 2009, tomo 15 pág. 169, Doctrina, y en Editorial Zeus, 10 de agosto de 2009, año XXXVI, Revista n° 15, tomo 110, pág. 785. Doctrina.

1713. BOQUIN, Gabriela y NISSEN, Ricardo Augusto Nissen *UN EJEMPLAR FALLO EN MATERIA DE TRANSPARENCIA DE LOS PROCESOS CONCURSALES*, en “El Cronista Comercial” del 21 de octubre de 2009, pág. 3.

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

19 RICHARD, E.H. “Insolvencia societaria”, Ed. Lexis Nexis, Buenos Aires 2007, y 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 y en “Perspectiva del Derecho de la Insolvencia” cit..

20 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 “concuralidad” 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

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 social y/o imposibilidad sobreviniente de cumplimiento del objeto social-²¹.

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

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

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

La 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. 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.

El “obiter dictum” de la Corte impone repensar en torno a las cuestiones de crisis que afectan no sólo las relaciones de derecho privado sino también las públicas. Baste leer las

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”.

²¹ RICHARD, E.H *El PLAN DE EMPRESA (o como asumir crisis tempestiva y extrajudicialmente)* en libro colectivo “Homenaje al Dr. Osvaldo J. Maffía” Cap. II pág. 217, Ed. Lerner Córdoba 2008, Instituto Argentino de Derecho Comercial y Fundación para la Investigación del Derecho Concursal y la empresa en crisis Pablo Van Nieuwenhoven. Coordinadores E. Daniel Truffat – Marcelo Barreiro – Carlos Roberto Antoni Piossek – Ramón Vicente Nicastro.

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”.

declaraciones del G 20 del 2 de abril de 2009 para avizorar la gravedad del problema, centrado hoy en la conservación del empleo.

5. Eficiencia para encarar las crisis societarias.

Como bien señala Ariel Ángel Dasso en ilustradísimo libro²³ “el sistema jurídico más completo y lógico no es perfectamente inteligible hasta que se estudia en relación con otros sistemas legales... la persecución de la eficiencia se ha centrado en el resguardo de la empresa, motor de la economía capitalista instaurada en el mundo y el nuevo objetivo, focalizado en el diagnóstico temprano de sus dificultades en forma de intervenir antes que la crisis sea patología irreversible ... La Ley Francesa del 23/07/67 introdujo una novedad digna de ser comentada: la separación entre el hombre y la empresa... de que se trata de un derecho de las empresas en dificultades, bastante diverso del derecho concursal clásico... (en el convencimiento de que la función social de la empresa reside en un difícil equilibrio entre lo público y lo privado o, mejor dicho, entre lo social y lo privado”.

No existe dudas de la corriente mundial en materia de crisis empresaria, concordando con Dasso en lo referido que “... la persecución de la eficiencia se ha centrado en el resguardo de la empresa, motor de la economía capitalista instaurada en el mundo, y el nuevo objetivo, focalizado en el diagnóstico temprano de sus dificultades en forma de intervenir antes que la crisis sea patología irreversible”, desjudicializando los procedimientos e imponiendo una planificación o reestructuración, separando incluso al empresario (socios y administradores) de la empresa viable de ser necesario.

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

Una reforma al sistema concursal –que sin duda ronda en el Congreso de la Nación²⁴- que no tuviera en claro esa situación –sin perjuicio de separar procedimientos especiales para consumidores u otras peculiaridades- implicaría una construcción sin cimientos, destinada a derrumbarse. Esa construcción debe comenzar con una integración de las normas societarias-concursales.

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

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

Para esclarecer el panorama, lejos de señalar porcentajes ínfimos que se obtienen en liquidaciones, debería determinarse los resultados que sociedades concursadas resultantes de los balances de las sociedades que lograron homologar acuerdos de quita y espera. Daniel

²³ DASSO, Ariel A. “Derecho Concursal Comparado”, cit. tomo 1, pág. 804.

²⁴ Jornadas sobre la Reforma Concursal del 27 de noviembre de 2009, organizadas por el Senado de la Nación, a las que fuéramos convocados con otros distinguidos amgios y juristas..

Vitolo en el último Seminario de Mar del Plata –octubre 2009- enunció las ganancias multimillonarias que se obtuvieron en muchos de ellos a poco de homologado el acuerdo (p.ej. APE de Multicanal S.A. que distribuyó en el inmediato balance a la homologación más de Un mil ochocientos millones de dividendo).

Resulta sorprendente que sociedades requieran los remedios concursales sin que se advierta que han intentado los remedios societarios.

6. Concurso y normas imperativas societarias.

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 doctrina²⁵. El futuro impone a la doctrina tratar de organizar a los acreedores de una sociedad ante el desorden de la actividad de sus administradores.

Franco Bonelli²⁶ 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 sociales²⁷. Se trata de usar de la “eficiencia” de los administradores societarios, ante la relativa eficiencia de todo sistema concursal cuando la crisis ya esta entronizada y los incumplimientos se han generalizado, potenciando los daños al mercado.

Se enfatiza²⁸ “... pasar a ser un agente insolvente no es más que una decisión”. Decisión que muchas veces se adopta en la constitución misma de una sociedad, o traspasando los riesgos a otros agentes –p.ej. obligacionistas- y luego manteniendo conductas para maximizar las ganancias haciendo soportar el riesgo de la insolvencia a los acreedores, “...entendemos que el agente en cuestión decidirá ser insolvente cuando ello le sea más beneficioso que no serlo”, tal situación se advierte en las sociedades cuando no adoptan los administradores y los socios si son llamados a hacerlo, las medidas societarias para paliar la crisis, que las hay y muy buenas.

IV – NORMAS IMPERATIVAS SOCIETARIAS. LA PRECONCURSALIDAD.

Para evitar responsabilidad los administradores deben canalizar la solución por la vía societaria, o sea por la capitalización –por los socios o terceros-, conforme al plan que

²⁵ 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 1993, 209 ss.

²⁶ En *La responsabilità degli amministratori di società per azioni*, Ed. Giuffrè, nº 135 de los Quaderini di Giurisprudenza Commerciali,

²⁷ 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*, *Giustizia Civile 2006 II* pág. 329 y ss., Ed. Giuffrè, Milano, 2006 pág. 355; STANGHELLINI, Lorenzo *Creditori forti e governo della crisi d’impresa*, Fallimento 2006, 145 ss..

²⁸ ACCIARRI, Hugo A.; CASTELLANO, Andrea y BARBERO, Andrea *El problema de la insolvencia en el Derecho de Daños. Un aporte para su análisis económico* en *Jurisprudencia Argentina 2008-1* Número especial “Derecho y Economía” coordinador por Hugo A. Acciarri, Ed. Lexis Nexis, Buenos Aires 2008, doctrina, pág. 10 y ss.

presenten los administradores para la subsistencia de la organización societaria. Pero ello puede pasar por otras formas múltiples de reorganización de la empresa y de la estructura jurídica.

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 (arg. art. 96 LSA, similar a la norma venezolana).

1. Menores costes de transacción.

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.

No existen estadísticas ni referencias de las sociedades –ni de sus correctos administradores– que asumen la crisis dentro de las normas específicas que regulan esas organizaciones. Hemos participado con éxito en esas negociaciones, integrando nuevos socios o acreedores a la propiedad del capital social, como así también participado en liquidaciones poco onerosas, que han satisfecho a los acreedores pese a no cobrar la totalidad de sus acreencias. Esas estadísticas permitirían hacer comparaciones de las superaciones logradas, inclusive con abiertos aumentos de capital o liquidando ordenadamente y con el menor daño a la sociedad, a los socios, a los acreedores y al mercado.

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

Paradójicamente se ha usado la técnica societaria para afrontar la crisis de Aerolíneas Argentinas S.A., con resultados aún muy inciertos, cuando lo que correspondía es precipitar un procedimiento concursal en trámite que hubiera permitido ejercer acciones de responsabilidad a actos dañosos contra el patrimonio social cumplidos desde el año 1992²⁹.

2. Avizorar la crisis y actuación tempestiva.

La solución societaria se impone al advertir los administradores las dificultades económica financieras que atraviesa o se avizora puede atravesar la sociedad. El arribar a la llamada “zona de insolvencia” se impone ya un plan, pero al advertir que la sociedad se encuentra en “insolvencia” –cesación de pagos–, se imponen soluciones, convocando a los socios para afrontar la liquidación o la superación de la causal de disolución que impide que la sociedad siga operando normalmente.

Las crisis empresarias-societarias siempre se han producido, y las dificultades financieras, económicas o la cesación de pagos –insolvencia– de las sociedades se corresponden al riesgo operativo. Cesación de pagos e insolencia son términos equivalentes en la doctrina y jurisprudencia de nuestro país.

La doctrina ha sido conteste, y el derecho comparado viene dando soluciones diversas, que ante las crisis los remedios deben aplicarse en la forma más rápida posible, evitando la profundización de esa crisis y su contagio³⁰.

Llevando la cuestión al justo punto Daniel Roque Vítolo³¹ expresa: “VI. Conclusión. Ha señalado ... Richard que el hipergarantismo lleva a inadvertir las maniobras artificiosas en

²⁹ Varios trabajos pueden verse en www.acaderc.org.ar

el seno de sociedades para mantener su operatoria calificándola como *normal* pese a estar en estado de insolvencia. Aquello que Provinciali -recuerda el doctrinario cordobés- señaló como "*ciò que segna el con fine tra fisiologia e patologia nella vita del patrimonio*", lo que es hoy habitual al señalar los informes generales previstos en el art. 39 del régimen concursal argentino³², que el estado de cesación de pagos se produjo -en la mayoría de los casos "hace muchos años..." o al menos en un tiempo bastante más lejano que aquél que ha denunciado el concursado o el fallido; es decir que el patrimonio arrastraba una situación terminal dentro de la fisiología o funcionalidad de la sociedad; posición congruente con la de no requerir a los administradores societarios -como buenos hombres de negocios- la planificación de la funcionalidad societaria, para no perjudicar a terceros con los que contratan".

Continúa Vitolo refiriéndose a la detección del estado de crisis o "zona de insolvencia": "Parecería que en nuestro régimen jurídico no habría resistencia para que pudiera acogerse el concepto desarrollado por el derecho norteamericano respecto de la *zona de insolvencia*. La ley 24.522, al igual que su anterior 19.551 aceptó el principio del *estado de cesación de pagos* como presupuesto objetivo para la solicitud de un concurso preventivo o la declaración en quiebra. ... parecería *prima facie* que -dentro de nuestro ordenamiento legal- el *test del flujo de caja (cash flow)* sería el más adecuado para ajustarnos a poder determinar el ingreso de la actividad societaria a la *zona de insolvencia*. Sin embargo, a poco que se profundice el análisis podremos advertir que tanto la incorporación de un concepto amplio, respecto de lo que debe entenderse por estado de *cesación de pagos*, como que el *análisis transaccional* no necesariamente es *revelador* de esa situación sino que sólo puede llegar a serlo, llevan a que -desde nuestro punto de vista se deba recurrir -necesariamente- a los tres análisis simultáneamente: a) balance, b) flujo de caja, y c) evidencia transaccional, para que -de la comparación de los resultados que arrojen los mismos- los administradores de sociedades comerciales puedan determinar claramente si la sociedad está ingresando o ha ingresado en la denominada "zona de insolvencia" o si, por el contrario, se encuentra fuera de ella".

³⁰ Lo hacía Yadarola en el año 1925 *Proyecto de ley de quiebras* publicado en la Revista de la Universidad Nacional de Córdoba, año 1925, y reproducido en "Homenaje a Yadarola", Córdoba 1963, Editorial Universidad Nacional de Córdoba, tomo I pág. 335, lo hizo nuestra legislación en el año 1983 y ahora lo remarca MAFFIA, Osvaldo J. *FRANCIA. LA LEY DEL 26/JULIO/05 SOBRE SALVAGUARDA DE LA EMPRESA*, en El Derecho, martes 25 de octubre de 2005: "conlleva la exigencia de intervenir cuando la situación de la empresa acusara una situación susceptible de comprometer la continuación de su actividad, vale decir, tempestivamente, por tanto antes de que se instalara el estado de insolvencia, tesitura político-legislativa que recoge la preocupación volcada en ese hito que fue el *Rapport Sudreau*, aún cuando anterior al mismo. ...Destacamos al pasar la claridad con que se expresa la primacía del mantenimiento de una empresa, postergando el amparo de los acreedores, posturas difíciles de conciliar fuera de las "expectoraciones entusiásticas" – Ortega- que encontramos en nuestras ingenuas, pintorescas exposiciones de motivos. ...El nuevo régimen concreta una antigua idea que es de justicia unir al trabajo inteligente y perseverante de Roger Houin, y resume el gran tema del derecho concursal de las últimas décadas, a saber, la *prevención*. ... El *Rapport Sudreau* plantea con claridad y elocuencia el gran problema de aprehender cuanto antes las *dificultades* que sobrellevaba una empresa para permitir la intervención tempestiva, esto es, al surgir los problemas en medida tal que la empresa no alcanzara a neutralizarlos con sus medios normales, y esas dificultades pudieran comprometer la prosecución de su actividad. ...El tema específico de la nueva figura que nos ocupa, o sea la "salvaguarda de la empresa", exhibe una extraña limitación si tenemos en cuenta las recordadas orientaciones en orden a *tempestividad*, lo cual presupone la ampliación subjetiva en orden a instancia (la experiencia de que el deudor demora cuanto puede su ocurrencia al tribunal es pandémica)". Cfme. RICHARD E.H. *Justicia y Derecho. Insolvencia societaria*: "El incumplimiento voluntario de ciertas obligaciones por un deudor en dificultades financieras puede llevar a la quiebra al acreedor previsor que se encontraba *in bonis*" en "Congreso de Academias Iberoamericanas de Derecho" pág. 631 y ss., Edición Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Córdoba 1999.

³¹ "Responsabilidad de los directores al ingresar la sociedad en la zona de insolvencia" en LA LEY 2005-A, 1207

³² Justamente a este tema nos referimos al abrir los trabajos de Comisión en el "VI Congreso Iberoamericano de la Insolvencia", Mendoza, República Argentina, a partir del 4 de abril de 2009, que puede verse en nro. reciente libro "Perspectiva del Derecho de la Insolvencia" citado, Córdoba marzo 2010.

Frente a la crisis financiera-económica, incluso ante la cesación de pagos, de sociedades –lo que algunos llaman “zona de insolvencia” aún sin cesación de pagos- los administradores no pueden dejar de advertir señales tales como la infrapatrimonialización, sobreendeudamiento o insuficiencia del flujo de caja para asumir las obligaciones contraídas o para cumplir el objeto social (empresa, al decir de Colombres y Girón Tena).

Expresa Vitolo en su referido trabajo: “La primera pregunta que todos los directores deben hacerse es ¿cuáles son los criterios utilizados para determinar cuándo una sociedad ha entrado en la zona de insolvencia (también referida como cercanía de insolvencia o insolvencia de hecho)? *III. 2. Las pruebas de insolvencia.* Los tribunales americanos han reconocido tres pruebas financieras generales para determinar si una sociedad se encuentra dentro de la *zona de insolvencia*. Si a una sociedad determinada se aplica cualquiera de ellas, y el resultado es negativo, podrá concluirse -a juicio de dichos tribunales- que la misma ha entrado en *zona de insolvencia*. *a) La prueba del balance.* La primera de las pruebas es referida -habitualmente- como la *prueba del balance*. Según ésta, una sociedad ha entrado en la zona de insolvencia cuando su pasivo supera su activo. Esta es una prueba directa -y simple- que muchos tribunales han adoptado. *b) La prueba del flujo de caja (cash flow)* La segunda es una simple prueba de flujo de caja. Básicamente, cuando una sociedad no puede pagar sus deudas a medida que éstas se vuelven exigibles, ha entrado en zona de insolvencia. *c) La prueba del análisis transaccional.* Finalmente, la tercera prueba es un análisis *transaccional*. Cuando una sociedad realiza una transacción de la cual resulta un irrazonable -por pequeño- remanente de capital en dicha sociedad y ésta enfrenta un razonable riesgo de insolvencia, ha entrado en la zona de insolvencia *d) Interacción entre las pruebas.* Cada prueba representa una investigación intensiva de hechos por parte del directorio. Si éste, luego de examinar los medios financieros de una sociedad o el impacto de una potencial transacción, determina que la sociedad no supera cualquiera de las tres pruebas, debe concluir que ésta ha entrado en la zona de insolvencia; aunque esto no determine que la sociedad sea -realmente- insolvente, o que posteriormente se la declare en quiebra”.

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

Se verá que la cuestión es bien distinta a la que perfila nuestro art. 59 LSA³³, o sea a los factores de atribución de culpa y dolo. La jurisprudencia de Delaware –traída al comentario- rechaza las acciones contra los administradores si no se acreditan circunstancias indicativas de la mala fe, considerada necesaria para hacer valer la responsabilidad de los directores en relación a sus deberes de control³⁴.

³³ RICHARD, EFRAÍN HUGO Y MUIÑO, ORLANDO MANUEL “Derecho Societario”, Ed. Astrea, Buenos Aires 1999, pág. 229 y concordantes. RICHARD, EFRAÍN HUGO; RODRÍGUEZ, PABLO JAVIER Y VÉLEZ, HÉCTOR G. “Responsabilidad de administradores societarios y socios en supuestos de insolvencia en la concepción del Anteproyecto de Reformas a la ley de sociedades”, pág. 407, en Libro colectivo *Nuevas Perspectivas en el Derecho Societario y el Anteproyecto de Reforma a la Ley de Sociedades Comerciales*, coordinado por Daniel R. Vitolo y Marta G. Pardini, Editorial Ad Hoc, Buenos Aires abril 2005, también nro. “Responsabilidad de Administradores y Socios por no asumir tempestivamente la crisis” en *Problemas y cuestiones sobre las sociedades*, libro colectivo dirigido por Daniel R. Vitolo y Marta Pardini, Editorial Ad Hoc, Buenos Aires 2006, pág. 345, publicación de las XIII JORNADAS DE INSTITUTO DE DERECHO COMERCIAL DE LA REPUBLICA ARGENTINA Bahía Blanca, Pcia. de Buenos Aires, 26 y 27 de Octubre de 2006.

³⁴ Citigroup Inc. Shareholder Derivative Litigation, 964, A ed 206 (Del. Ch. 2009). Si los administradores han organizado un adecuado sistema de control interno.

V – LA PRECONCURSALIDAD A TRAVÉS DE LAS CAUSALES DE DISOLUCIÓN DE LAS SOCIEDADES.

En la preconcursalidad que advertimos en el sistema societaria, centraremos ahora la mirada en las causales de disolución, particularmente la “pérdida del capital social”.

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

Advertida la situación de crisis, imposible de soslayar por un administrador societario –buen hombre de negocios–, debe con diligencia actuar para paliarla –planificando³⁵–, llevando la cuestión a conocimiento y decisión de los socios³⁶, quiénes deben afrontar la cuestión por los diversos medios que prevé la legislación societaria de todos los países: reintegración o aumento del capital social, reorganización societaria o del negocio, capitalización del pasivo³⁷ o disolución de la persona jurídica. Este es el verdadero sistema de prevención de la insolvencia en el caso de sociedades. No sólo de prevención de la insolvencia, sino aún de resolverla cuando ya se hubiera producido la cesación de pagos.

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

Tender a ultranza a mantener a la empresa, si no se tiene en claro su viabilidad y el bien jurídico protegido, puede ser sinónimo de proteger al empresario incapaz o fraudulento, como lo señalaba R. Franceschelli³⁸. La responsabilidad social de la empresa, como concepto ético debe restablecerse y no puede sustituirse por un criterio pragmático de respaldo al empresario incapaz de autoprogramación.

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

³⁵ RICHARD, E.H. “Insolvencia societaria” cit.; *El plan de empresa (o como asumir crisis tempestiva y extrajudicialmente)* cit. pág. 217.

³⁶ Supuestos extraordinarios pueden imponer que sean los mismos administradores quiénes deben tomar la resolución, como en megaempresas con gran dilución del poder. Pero en tal caso serán los administradores los que decidan la capitalización u otra medida extraordinaria, sin perjuicio de la oportuna ratificación.

³⁷ Porque es un camino llamar a los acreedores para dar una solución coherente y dejar en manos de éstos la empresa que no saben conducir –o no pueden– socios y administradores, o incorporarlos a los riesgos de la misma con un plan sustentable.

³⁸ *L'apprendistas stregone, l'elisir di lunga vita e l'impresa immortale* en Giur. Comm. 1982 I p. 575 y ss.

disolución por pérdidas. En el acuerdo de reorganización no deberá pactarse expresamente la forma y términos cómo subsanarán dicha causal, incluyendo el documento de compromiso de los socios, cuando sea del caso”.

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

1.Continuación del giro con pérdida y responsabilidad.

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”³⁹.

Conforme a ello, el derecho societario debe brindar adecuadas tutelas -y así lo hace- para que la sociedad pueda cumplir su objeto, elemento contractual en cuyo cumplimiento convergen y se subsumen los intereses individuales de los socios y que sirve para objetivar el mal llamado interés de la sociedad⁴⁰ como forma de materializar la "idea de empresa" , generando un límite de imputación a la persona jurídica por la actuación de sus socios o representantes (art.58 LSA), y determinando causales de disolución (art.94 LSA)⁴¹. Así lo sostiene Araya⁴².

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

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

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

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

Ante la crisis global se ha formalizado una reforma legislativa en Alemania (el 20 de octubre de 2008): la “Ley para la estabilización del mercado financiero” introduciendo un cambio muy importante al no imponer la presentación en concurso por sobreendeudamiento en “aquellos casos en los que la continuidad de la empresa es, bajo todas las circunstancias, bastante probable (o verosímil)”. En situación semejante a la posibilidad de continuación de la

³⁹ ROITMAN, Horacio y colaboradores “Ley de sociedades comerciales. Anotada y Comentada” Editorial La Ley, Buenos Aires 2006, tomo II pág. 491.

⁴⁰ ETCHEVERRY, Raúl Aníbal *Empresa y objeto social*, en RDCO año 15 p. 781 y ss.; COLOMBRES, Gervasio “Curso de Derecho Societario”, Buenos Aires, 1972, p. 116.

⁴¹ RICHARD, E.H. *Conservación de la empresa*, mayo de 1981, en Anales de la Academia Nacional de Derecho de Córdoba, t. 25 p. 107 y ss.

⁴² ARAYA, M.: *La función preconcursal de la pérdida del capital social*, en Ensayos de Derecho Empresario N° 3, Director: E.H. Richard, p. 247 y ss., FESPRESA, Córdoba, 2007.

empresa o sea consecución del objeto social, imponiendo este análisis a administradores y socios de control, como acaece en toda la legislación societaria mundial.

Una correcta lectura permite advertir que los administradores deberán formular un plan de negocios sobre la viabilidad de la empresa o sea sobre la posibilidad de cumplimiento del objeto social, obligación insoslayable en cualquier momento⁴³. Acentuamos que ante la crisis societaria puede generarse casos de responsabilidad de los administradores si actúan omisivamente –incluso al no poner la cuestión en manos de los socios–, responsabilidad que no les alcanza si actúan diligentemente.

2. Intereses en juego para evitar el agravamiento de la crisis.

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

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

El derecho inglés, ha fijado criterios en la Insolvency Act de 1986, pero registra antecedentes desde el año 1924. Ha generado una regla en la que la culpa grave (“Wrongful trading”) consistente en la “continuación con la actividad empresarial cuando no existían perspectivas razonables de pagar las deudas a su vencimiento”, señalándose dentro de un catálogo de culpas graves: cobro de salarios muy altos, incumplimiento de contabilidad legal, redacción defectuosa de memorias e informes, falta de entrega de mercaderías o prestación de servicios que hubieran sido pagados, ventas por valores anormales.

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

3. La preconcursalidad societaria.

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

Y así están las cosas. “Se advierte... una tónica uniforme que exterioriza disconformidad frente a la insatisfacción de los sistemas destinados a regular las crisis empresarias, y en suma, el fracaso de la legislación, lo que constituye una causa determinante de sucesivas reformas en búsqueda irrenunciable de la estrella polar de una solución imposible”⁴⁴. Es que ante la crisis económico-patrimonial-financiera de las sociedades, la misma debe ser asumida desde el derecho societario. Sólo fracasadas las acciones previstas en

⁴³ RICHARD, E. H. *El PLAN DE EMPRESA (o como asumir crisis... cit. pág. 217.*

⁴⁴ DASSO, Ariel Ángel “Tendencias actuales del derecho concursal”, Editorial Ad Hoc, Bs. As. 1999, p.49.

el mismo, para conservar la empresa podrá afrontarse el camino concursal, con el debido equilibrio entre acreedores y socios.

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

4. Conservación de la empresa: ¿a cargo de quién?

¿Cuáles son los deberes del administrador si la sociedad es patrimonialmente inepta para el cumplimiento del objeto social? Deberá someter la situación orgánicamente a consideración de los socios. La sociedad es un sujeto de derecho –persona jurídica- que el sistema jurídico entrega (como técnica de organización) para que los fundadores de una empresa puedan generar un centro de imputación autogestante⁴⁵ y con responsabilidad limitada. Esa funcionalidad es el bien jurídico tutelado por el sistema societario, que otorga a la autonomía de la voluntad la capacidad jurídica de concebir personas jurídicas. Así aparece fundamental la tutela de la propia sociedad. A su vez se ha venido gestando la tutela de los acreedores no informados a través de la información, perfilando claramente lo que son las obligaciones de los administradores⁴⁶.

Los problemas concursales -o de crisis de empresa- no deberían solucionarse siempre dentro de la legislación concursal y la problemática de la reparación de los acreedores debe ser afrontada integrando el análisis con las normas sobre responsabilidad general contenidas en el Código Civil y las específicas de la ley societaria⁴⁷, como forma de afrontar la crisis en forma privada y extrajudicialmente, atendiendo las posiciones doctrinarias más modernas, considerando a su vez los menores costes de transacción y reglas de equidad básicas en la asunción de las crisis societarias. Así lo acaba de sostener la CS en el fallo referido.

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

Será evidente que los administradores y socios no usaron de los recursos impuestos por la ley societaria sino que tampoco presentaron tempestivamente en concurso a la sociedad administrada.

“Conservar” la empresa constituye una acción de sus titulares y administradores, no de los acreedores y de los jueces. La empresa que no es autosustentable no es empresa⁴⁸.

⁴⁵ Centros de imputación no autogestantes lo constituyen los patrimonios destinados a un específico negocio incorporado en Italia: BIANCA, Mirzia *La reforma italiana al régimen de sociedades comerciales* LL 20 junio 2005), y que se encuentran regulados en la mal llamada sociedad accidental o en participación en el art. 361 de la ley de sociedades argentina.

⁴⁶ SPOLIDORO, Marco Saverio *Il capitale sociale*, en “Il Diritto delle società per azioni: Problema, Esperienze, Progetti” collana della Rivista delle Società, Ed. Giuffrè 1993 pág. 99.

⁴⁷ Los acreedores débiles nacidos con posterioridad a la fecha en que la sociedad continuó operando en cesación de pagos, legitimados por la contratación dolosa de los administradores, podrán iniciar una acción individual de responsabilidad contra los mismos, en los términos previstos por la ley societaria. Las acciones de responsabilidad, como la de imputabilidad aditiva (muchas veces denominada como de inoponibilidad de la personalidad jurídica), no requieren –como las acciones revocatorias concursales o de extensión de la quiebra- de un presupuesto de insolvencia o de declaración de quiebra para ampliar la legitimación pasiva o autorizar la promoción de acciones especiales. La limitación de responsabilidad de los administradores esta basada en el supuesto de un comportamiento leal.

Nuestra tesis es que la crisis debe ser asumida por administradores y socios desde la normativa societaria, similar en todos los países. Hemos constatado en la práctica argentina que los administradores de esas sociedades, y los socios de control, ante la crisis no adoptan ninguna de las medidas o vías que les ofrece el sistema societario: no llaman formalmente a los socios a considerar como afrontar la crisis. No se expresa ello ni en Asambleas ni en Reuniones Generales y menos aún se les convoca para aumentar el capital social, reintegración del mismo, reorganización de la empresa, venta de activos inactivos, y particularmente a una capitalización de pasivos por negociación con acreedores –art. 197 LSA-. No asumidos los problemas de la crisis en lo básico, la discusión debería recaer en la disolución por alguna causal, fundamentalmente por la imposibilidad sobreviniente de cumplimiento del objeto social, como forma de exteriorizarse la idea de empresa.

El administrador de una sociedad tiene que formalizar un plan o mirada prospectiva, como medio para la discusión, información, explicación y control de su propia gestión⁴⁹. Los encargados de tomar decisiones de financiamiento o de planificar la funcionalidad de la sociedad, deben tener muy en cuenta ciertos *ratios* sobre la estructura del capital y del endeudamiento, que hacen a la salud financiera y funcionalidad de la sociedad, *ratios* sobre los que se ha acreditado empíricamente su utilidad⁵⁰, fundamentalmente para facilitar la apreciación de los acreedores. El no uso de esos *ratios*, particularmente cuanto se ha utilizado aportes irrevocables incorporándolos a la cuenta patrimonial y no al pasivo, altera esos índices -que todo empresario debería tener en cuenta para determinar la viabilidad de la empresa-, aparentando *ratios* óptimos con balances *maquillados*, a los efectos de mostrar a la sociedad saneada –aparentemente- ante la mirada de acreedores.

No se trata de ampliar la responsabilidad de los administradores societarios en cuanto al riesgo empresario. La empresa debe ser autosuficiente generando, a partir de su patrimonio y el plan o directriz de desarrollo de sus actividades, los medios para su manutención económica; esto implica la viabilidad de la empresa, de la empresa que no lleva en su destino su autodestrucción por económicamente inviable⁵¹. Por otra parte la empresa viable es la única que merece conservarse, sea por disposiciones concursales, pre concursales o extraconcursoales. La sociedad es la estructura técnica jurídica personalizante a disposición del empresario como instrumento "de organización". La organización no sólo supone la disponibilidad jurídica de órganos, de un sistema de imputación simplificante de las relaciones jurídicas con terceros y socios, sino la actuación coherente del órgano de administración asegurando el cumplimiento del "objeto social" como forma de manifestación de la empresa o empresas, con la dotación patrimonial adecuada.

48 Obviamente que una empresa puede integrar su flujo operacional con subsidios, particularmente si explota servicios públicos, lo que es connatural a la apreciación política sobre su rol en el bienestar general y la asignación de fondos operativos al restringir, por ejemplo, su libertad de fijar tarifas.

49 MARZAL ANTONIO "Empresa y Democracia económica", 2ª ed., Argot Cía. del Libro S.A., Barcelona, 1983, nota 6 bis, pág.124 y 156..

50 BEAVER, WILLIAM "Financial Ratios and Predictors of Failure", en *Empirical Research in Accounting, Sected Studies*, suplemento del Journal of Accounti research, 1966, 77-111, donde se comparan los ratios financieros de 79 empresas que posteriormente fracasaron –ingresando en procedimientos concursales- con los ratios de 79 sociedades que permanecieron solventes, concluyendo que las 79 primeras registraban ratios de endeudamiento mayores que las otras 79 que permanecieron solventes.

51 QUINTANA FERREYRA, FRANCISCO y RICHARD, EFRÁIN HUGO "La conservación de la empresa..." cit. en RDCO año 1978 Pág.1373; y nto. "La conservación de la Empresa" en *Anales de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba* tomo XXV Pág.107 y ss.

VI – EFECTOS DE LAS CAUSALES DE DISOLUCIÓN EN VENEZUELA.

Centraremos nuestra atención en la causal de pérdida del capital social con las limitaciones de un extranjero de incursionar en la legislación diversa a la de su país. Lo haremos en gran parte de la mano del homenajead, pero asumiendo nosotros errores interpretativos.

En relación a las causales de disolución como motivadoras de la apertura del proceso de liquidación o de adopción de medidas de superar dichas causales, Alfredo Morles Hernández ha expresado: “Por disolución se entiende hoy el momento inicial o desencadenante del proceso de desintegración de la sociedad, esto es, el presupuesto de su liquidación. La disolución no supone la extinción inmediata del ente social, sino el tránsito a la liquidación”⁵² El Código de Comercio de Venezuela de 1904 agregó una sección relativa a la disolución de las compañías⁵³. Ello no ha sido modificado en la legislación actual y entonces permite que la liquidación pueda continuar el giro para transferir la empresa en marcha, conforme un plan que agregue valor a la mera liquidación y preserve el empleo.

Por primera vez, el Código de 1904 estableció causales específicas de disolución de las sociedades de comercio: “*Art. 290: Las compañías de comercio se disuelven: ... 5° Por la pérdida entera del capital ó por la parcial á que se refiere el artículo 251, cuando los socios no resuelvan reintegrarlo ó limitarlo al existente*”.

1. Inmediatez de efectos.

La doctrina ha analizado la división de esas causales entre aquellas que operan de pleno derecho y las otras. Vivante⁵⁴ entiende a la pérdida del capital social como de las que operan de pleno derecho “la disolución anticipada debe proponerse antes a las deliberaciones de la Asamblea... Por ello, exceptuados los tres casos en que la disolución tiene lugar por derecho: por el transcurso del término, por el cumplimiento del objeto (art. 190) y por la pérdida del capital (art. 146), la disolución no tiene lugar más que por acuerdo de la asamblea”. Rodríguez Rodríguez⁵⁵ distingue en torno a “su eficacia... causas ope legis, en vez de causas legales y causas ex voluntate, en vez de causas voluntarias. En esta acepción son causas ope legis, aquéllas que producen sus efectos mecánicamente, sin necesidad de decisión por parte de los socios o de alguna autoridad. Girón Tena⁵⁶ califica las causales de disolución en constitutivas y declarativas.

La doctrina venezolana también ha analizado ampliamente esta distinción entre las causas de disolución⁵⁷. Polemiza Alfredo Morles Hernández en su comentado Curso de

⁵² MORLES HERNÁNDEZ, Alfredo. *La disolución de las sociedades mercantiles*. El Derecho privado y procesal en Venezuela. Homenaje a Gustavo Planchart Manrique. Tomo I, págs. 288 y siguientes. Caracas, 2003.

⁵³ ACEDO de LEPERVANCHE, Luisa T. LA DISOLUCIÓN DE LA SOCIEDAD ANÓNIMA EN EL CÓDIGO DE COMERCIO DE 1904 Y SU RELACIÓN CON EL CÓDIGO DE COMERCIO VIGENTE, tomado de Internet.

⁵⁴ VIVANTE, César *Tratado de Derecho Mercantil*. Versión española de la quinta edición italiana corregida, aumentada y reimpresa. Volumen II, Las Sociedades Mercantiles, pág. 483/5. Editorial Reus, Madrid, 1932.

⁵⁵ RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, Joaquín “Tratado de Sociedades Mercantiles, Ed. Porrúa, México, 1981, pág. 444/8. op.cit, pág. 448. J. Girón Tena. *Derecho de Sociedades*, Tomo 1, pág. 333. Madrid, 1976. Joaquín Rodríguez Rodríguez. *Tratado de Sociedades Mercantiles*, pág. 444. Editorial Porrúa, México, 1981.

⁵⁶ GIRÓN TENA, J. “Derecho de Sociedades” Madrid 1976. tomo I págs. 333/6.

Derecho Mercantil⁵⁸: “el artículo 217 del Código de Comercio venezolano ordena, de manera expresa, la inscripción en el Registro Mercantil y la publicación, de la disolución de la compañía ‘aunque sea con arreglo al contrato’, sometiendo los efectos frente a terceros de todas las causas de disolución al mismo régimen”. En reciente estudio sobre la disolución de las sociedades, Morles analiza el caso Ricomar vs. Invega y amplía este punto de vista⁵⁹; *No es cierto que el ordinal 1º del Artículo 340 del Código de Comercio regule una materia sustantiva y el Artículo 217 eiusdem una materia formal o adjetiva. Ambas se refieren a cuestiones sustantivas: la primera, a una causa de disolución de la sociedad; la segunda, a los actos de obligatoria inscripción y publicación, cuya articulación con el Artículo 221 permite precisar los efectos de la publicidad mercantil en materia de sociedades, incluyendo entre esos actos “la continuación de los convenios o resoluciones que tengan por objeto la continuación de la compañía después de expirado su término”, por la sencilla razón de que el codificador venezolano rechazó el sistema italiano contenido en el Código de Comercio de 1882 que impedía la prórroga de una sociedad disuelta ...”*.

Morles realiza un fundamentado análisis de la doctrina y legislación internacional, con énfasis en la italiana, destacando que el artículo 190, que establece que transcurrido el término la sociedad es disuelta de derecho, no fue adoptado por el legislador y que tal omisión “no puede ser considerada como una simple inadvertencia, sino que ha de ser estimada como la escogencia de una solución contraria a la que era formulada por la norma rechazada”⁶⁰. Igualmente concluye respecto a los regímenes francés, español y mexicano, indicando que “en Francia, el Artículo 1844-7, 1º del Código Civil decreta la disolución de pleno derecho de la sociedad al concluir el término fijado: en España, el Artículo 261 de la Ley de Sociedades Anónimas dispone que ‘transcurrido el término de duración de la sociedad, ésta se disolverá de pleno derecho...’; y en México, la declaración de disolución ope legis proviene del párrafo primero del Artículo 232 de la Ley General de Sociedades Mercantiles”⁶¹. Adicionalmente, considera el autor que “no existe en el ordenamiento jurídico venezolano una norma que disponga que vencido el término de duración de la sociedad ésta se extingue de pleno derecho”⁶².

Huimos de la calificación o naturaleza de las causales para poner el acento en los efectos. Nada se produce ipso jure. En las causales de inmediata constatación, los socios que quieren imponer la liquidación, si se les negara podrán acceder al recurso judicial sin mayores obstáculos.

Pero la continuación de la actividad de la sociedad no tendrá otros efectos fuera del antedicho, salvo que se pudiera formalizar algún daño. Así, cuando puede generarse

⁵⁷ LORETO ARISMENDI, José “Tratado de las Sociedades Civiles y Mercantiles”. Segunda Edición, pág. 446. Caracas, 1950.

⁵⁸ MORLES “Curso...” cit., tomo II pág. 892.

⁵⁹ MORLES, “Disolución...” cit., págs. 288 y siguientes.

⁶⁰ MORLES, “Disolución...” cit., pág. 269.

⁶¹ MORLES, “Disolución...” cit., pág. 316.

⁶² MORLES, “Disolución...” cit., pág. 270.

responsabilidad a administradores o socios, los acreedores individuales de ellos podrían requerirlo.

En la causal de pérdida del capital social la cuestión toma particulares perfiles, pues la continuidad de la actividad sin asumir los remedios imperativamente previstos por la ley pueden agravar aún más el déficit y la situación de los acreedores.

Al margen de soluciones normativas algo disimiles, la situación es similar en el derecho comparado, aunque trabajemos fundamentalmente sobre el derecho argentino: advertida la pérdida del capital social debe revertirse la situación por la reintegración o aumento, o liquidarse la sociedad. Caso contrario se generarán responsabilidades si hubiere daño.

2.Sanción por continuar operando.

En el sentido sobre que la compañía disuelta por vencimiento del término que continúa su gestión lo hace como sociedad irregular se pronuncian Arismendi (“Si la sociedad ha continuado por una prórroga tácita, esa prórroga tiene tan sólo efecto entre los socios para quienes existirá una sociedad de hecho o irregular con todas sus consecuencias”⁵⁸) y Pineda León (“las causas de disolución matan jurídicamente a la sociedad_y ésta entra en estado de liquidación; pero si continúan ejerciendo el Comercio, caen en la categoría de sociedades irregulares”).

En contra de esa tesis de que se trata de una sociedad irregular, se pronuncia Goldschmidt: “dado que no se trata de una nueva sociedad, la sociedad de referencia no debe ser tratada como sociedad irregular, contrariamente a lo sostenido por algunos”; apoyado por Morles⁶³, quien indica que esa doctrina “no ha encontrado mucho eco”.

Volviendo al Código de Venezuela de 1904 su artículo 292 (equivalente al artículo 342 del Código actual) se desprende similar conclusión: *Artículo 292. Terminada ó disuelta la sociedad, los administradores no pueden emprender nuevas operaciones, y si contravinieren a esta disposición son responsables personal y solidariamente por los negocios emprendidos. La prohibición tiene efecto desde el día en que ha expirado el término de la sociedad, en que se ha cumplido su objeto, ó ha muerto alguno de los socios cuyo fallecimiento disuelva la sociedad, ó desde que ésta sea declarada en liquidación por los socios ó por el Tribunal.* En consecuencia, la sociedad cuyo término se vence queda disuelta y pasa directamente a la etapa de liquidación. Y, a partir de ese momento, los administradores son responsables personal y solidariamente por las nuevas operaciones emprendidas.

El art. 99 de la Ley societaria argentina trae similar previsión⁶⁴.

***3.La causal de perdida del capital.**

Las causales de disolución de la sociedad anónima están relacionadas con la supervivencia de los elementos fundamentales de la sociedad, uno de los cuales es el capital social, por lo que su pérdida total o parcial en cantidad significativa, determina necesariamente la disolución y liquidación del ente social. Por ello, el ordinal 5° del artículo 340 del Código de Venezuela establece como causal de disolución de la sociedad la pérdida entera del capital o la parcial a la que se refiere el artículo 264 cuando los socios no resuelven reintegrarlo o limitarlo al existente. En este artículo se mantiene también idéntica la redacción

⁶³ MORLES, “Disolución...” cit., pág. 309.

⁶⁴ “Art. 99. *Administradores: facultades y deberes.* Los administradores, con posterioridad al vencimiento del plazo de duración de la sociedad o al acuerdo de disolución o a la declaración de haberse comprobado alguna de las causales de disolución, sólo pueden atender los asuntos urgentes y deben adoptar las medidas necesarias para iniciar la liquidación. – *Responsabilidad.* Cualquier operación ajena a esos fines los hace responsables ilimitada y solidariamente respecto a los terceros y los socios, sin perjuicio de la responsabilidad de éstos.”

del artículo 290 del Código de 1904, que introdujo las causales de disolución de las compañías de comercio.

Una primera observación, meramente formal, es que la primera parte de la causal de disolución, “pérdida entera” del capital social, sobraría, toda vez que la pérdida parcial de capital prevista en el artículo 264 es también causa de disolución. Apunta Morles que la interpretación correcta es que la hipótesis de pérdida total se aplica a todas las sociedades mercantiles y la pérdida parcial del artículo 264 es causal propia de las sociedades anónimas⁶⁵.

En cuanto al artículo 264 del Código Venezolano, ACEDO SUCRE y ACEDO de LEPERVANCHE analizaron el tema en un artículo, del cual reproducimos algunos párrafos pertinentes: *“La aplicación del artículo 264 del Código de Comercio implica que la sociedad afectada está en una situación de graves dificultades; sin embargo, las opciones allí propuestas a los accionistas pueden permitir su recuperación. De allí que para evitar daños irreversibles, entre otros a la reputación de esas compañías en dificultades, la aplicación de este artículo debe ceñirse estrictamente a los supuestos de hecho allí establecidos. Es por eso que es importante analizar a fondo cuál es el supuesto de hecho que haría a una compañía en dificultades quedar incurso en el procedimiento establecido en el artículo 264. Si bien el artículo 264 contempla dos situaciones distintas, ambas tienen un supuesto de hecho común, la disminución de capital en más de un tercio al menos. En efecto, la primera parte del citado artículo 264 prevé que, en caso de que el capital de una sociedad disminuya en más de un tercio, sin alcanzar los dos tercios del capital, los administradores han de convocar a los accionistas para que decidan si optan por reintegrar el capital, limitarlo a la suma que queda o liquidar la compañía. La segunda parte del mismo artículo prevé que, en caso de que el capital social disminuya en más de dos tercios, los administradores han de convocar a los accionistas para que decidan si optan por reintegrar el capital o limitarlo a la suma que queda, y, en ausencia de decisión, la compañía entrará en liquidación. ...la disminución o pérdida a que se refiere el artículo citado debe determinarse según los estados financieros, considerando todas las cuentas de patrimonio. Se debe, a los efectos del reintegro, reducción o aumento de capital social, hacer la comparación de dicha pérdida patrimonial con el capital registrado de la compañía, es decir, el resultado de la sumatoria del valor nominal de sus acciones... El capital social a que se refiere el artículo 264 es un concepto jurídico, su disminución en las proporciones antes indicadas produce efectos jurídicos. ...El capital social con el que se compara la disminución de capital o pérdida patrimonial es el capital social registrado, y no un capital ajustado por inflación; pues el capital social que habría que reintegrar o limitar, según el Código de Comercio, es el que delimita la responsabilidad de los accionistas, es decir, el expresado en el valor nominal de las acciones, y no este valor ajustado por inflación. Todas las cuentas del patrimonio, entre las cuales figura la reserva legal y cualquier otra reserva, son cuentas preservadoras del capital social, y, por lo tanto, con anterioridad a aplicar el artículo citado, es decir, antes de considerar afectado el capital social, deben tomarse en consideración aquellas cuentas...”*⁶⁶.

Es importante analizar también el momento a partir del cual opera la prohibición a los administradores de emprender nuevas operaciones, contenida en el artículo 342 del Código Vigente. Goldschmidt observa respecto al aparte único del artículo 264, concerniente a la pérdida de capital: “Desde este punto de partida, la prohibición de emprender nuevas

⁶⁵ MORLES, “Compendio...” cit., tomo II pág. 894.

⁶⁶ ACEDO SUCRE, Carlos Eduardo y ACEDO DE PERVANCHE, Luisa T. *Las reservas de las sociedades anónimas, su relación con el artículo 264 del Código de Comercio y la aplicación de éste a las compañías aseguradoras*. Estudios sobre Derecho de Seguros, Libro homenaje a los 40 años de la fundación de la Asociación Venezolana de Derecho de Seguros, , págs. 111 y siguientes. Caracas, 2003.

operaciones tiene efecto desde el día en que el hecho en cuestión ocurrió”; y hace la recomendación a los administradores de que “harán bien” en convocar a los socios para que resuelvan acerca de la disolución, de conformidad con el ordinal 6º del Art. 340 “convocatoria que deben hacer en el supuesto del aparte único del Art. 264”.

La ley, al establecer que la sociedad se pondrá necesariamente en liquidación, presenta las alternativas de reintegro o limitación del capital social, como una forma de impedir la liquidación necesaria, pero advirtiendo que si no se hace el reintegro o la limitación, la liquidación procede ipso iure. Tal disolución ipso iure se produce únicamente si la asamblea no decide reintegrar o limitar el capital. La prohibición para los administradores de emprender nuevas operaciones (consecuencia de la disolución), se aplica de inmediato.

VII – LA PÉRDIDA DEL CAPITAL SOCIAL EN ESPAÑA.

Ahora seguiremos con el tema en la legislación de España, donde es clara la situación y solución desde el punto de vista societario. “La regulación legal de la disolución de la sociedad anónima comienza por una enumeración de las circunstancias por las que “se disolverá” (art. 260 LSA). En este punto, se aprecia ya una importante diferencia con lo establecido por el Código de comercio. En este último cuerpo legal, la disolución se concibe como una institución que debe entrar en juego únicamente por voluntad de la propia sociedad anónima manifestada en un acuerdo de la junta genérica (v. art. 168 C. de c.).... La Ley de Sociedades Anónimas no eliminó esta concepción de la disolución; pero amplía su campo de acción. ... se advierten importantes novedades: se incluye expresamente la paralización de los órganos sociales como un supuesto de imposibilidad de realizar el fin social; desaparece el supuesto de pérdida íntegra del capital, por la razón que a continuación expondremos.... Al lado de ello, la disolución va a servir también para otras finalidades. En primer lugar, para impedir que una sociedad de capital pueda funcionar cuando la única garantía de los acreedores sociales, constituida por la correspondencia entre capital y patrimonio, se vea seriamente comprometida: si el patrimonio social no alcanza, al menos, la mitad de la cifra del capital social, la sociedad debe desaparecer o poner fin a tal situación (art. 260.1.4º LSA). En segundo lugar –tras la Ley de Reforma y Adaptación- la técnica de la disolución se utiliza también para reprimir la infracción de determinadas normas imperativas consideradas como esenciales para la existencia de la sociedad: la sociedad debe extinguirse si contraviene la norma que prevé la existencia de un capital social mínimo... la disolución adquiere un perfil *sancionador*. Esas consideraciones explican el *carácter imperativo* de las normas sobre disolución...”⁶⁷. 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”⁶⁸. Es interesante el fallo que relata, antes de la nueva legislación correspondiente al Tribunal Supremo del 13/02/1990, “interpretando

67 BELTRÁN, E. “La disolución de la sociedad anónima”, Estudios de Derecho Mercantil, Ed. Civitas, Madrid 1991, págs. 138/9.

págs.. 34/5 “La imposibilidad manifiesta de realizar el fin social”, nuestra equivalencia de “cumplimiento del objeto social”, expresa “Hipótesis típica de imposibilidad manifiesta de conseguir el fin social es la *infracapitalización material*, es decir, aquel supuesto en que la sociedad carece, en el momento constitutivo o con posterioridad, de los fondos suficientes para el ejercicio de la empresa que constituye el objeto social (sobre el concepto y las clases de infracapitalización, v. C. Paz-Ares, ADC,1983,1588-1595). En efecto, si los fondos sociales son manifiestamente insuficientes para el desarrollo del objeto social y los socios no proceden a su adecuación (v.gr. Aumentando el capital social, eliminando o modificando alguna de las actividades de su objeto) la sociedad se encontrará en una situación de imposibilidad de realizar el fin social (cfr. C. Paz-Ares ob.cit.1608,1611; J.C. Sáenz *El objeto social*,343; J. Massaguer, en RGD, 1990, 5571)” –págs. 100/1).

68 BELTRÁN, E. “La disolución de la sociedad anónima”, cit. págs.. 34/5 y págs. 138/9.

generosamente los preceptos legales sobre responsabilidad de los administradores por daños en la gestión, había estimado que éstos eran responsables frente a los acreedores sociales por el hecho de que la sociedad no pagara sus deudas, ya que no habrían tomado precauciones y garantías para respaldar las obligaciones de la misma (v. gr., solicitar la suspensión de pagos o la quiebra)”....”La ley se limita a señalar que la responsabilidad surge cuando los administradores no convoquen la junta en el plazo de dos meses... El segundo presupuesto de la responsabilidad plantea menos problemas, por su más exacta determinación. Si la junta convocada por los administradores, *motu proprio* o a solicitud de algún accionista, no llega a reunirse válidamente o no adopta el acuerdo de disolución, los administradores tienen la obligación de solicitar la disolución judicial en el plazo de dos meses”.

“En la sociedad anónima, esencialmente capitalista, no parece prudente esperar a que el capital se pierda totalmente para que las pérdidas operen como causa de disolución, pues entonces los acreedores no tendrían ninguna seguridad o garantía para el percibo de sus créditos. De ahí que nuestra ley (art. 260.1.4ª) declare causa de disolución el hecho de que se produzcan pérdidas *que dejen reducido el patrimonio a una cantidad inferior al capital social, a no ser que ése se aumenta o se reduzca en la medida suficiente...* La determinación del importe de las pérdidas se hará, pues en atención al contenido de las cuentas anuales, sin perjuicio, lógicamente, del derecho de los accionistas a impugnar el acuerdo de aprobación de las mismas cuando no reflejen exactamente la situación económica de la sociedad. Pero nada impide que el reconocimiento por la Junta General de la existencia de esta causa de disolución se realice con anterioridad a la terminación del ejercicio social en curso, a través de un balance confeccionado al efecto. Es más, debe estimarse incluso que la causa de disolución concurre cuando los administradores, en cualquier momento del ejercicio, conozcan (o hubieran debido conocer, por aplicación del nivel de diligencia legalmente exigible) la existencia del referido desequilibrio patrimonial. – La causa de disolución puede sanar si se aminoran las pérdidas en la medida necesaria, aumentando o reduciendo el capital social, realizando una operación *acordeón* de reducción y de aumento simultáneo, o de ser aceptado por los propios accionistas individualmente, ya que la Ley no permite imponer nuevas obligaciones a los socios por simple acuerdo mayoritario (art. 145) –la situación es distinta en la normativa argentina, acotamos-. En todo caso, será suficiente con aumentar o reducir el capital en la medida conveniente para que el patrimonio cubra la mitad del capital social, aunque no se restablezca propiamente el equilibrio entre patrimonio y capital... al objeto de garantizar la efectividad de esta forma de disolución, el artículo 262 establece un sistema esencialmente de tres elementos: la necesaria celebración de un Junta General que acuerde la disolución, la posibilidad de acordar la disolución judicialmente cuando la Junta no lo haga, y la responsabilidad solidaria por las deudas sociales a los administradores que incumplan los deberes legalmente impuestos.... Los administradores no sólo están facultados para instar la disolución judicial, sino que están obligados a hacerlo cuando el acuerdo de la Junta sea contrario a la disolución (salvo que lo acordado sea, lógicamente, la remoción de la causa) o cuando el acuerdo no pudiera ser logrado.... Para reforzar la efectividad de esta forma de disolución, el sistema se completa con una previsión de extraordinaria importancia práctica: la imposición a los administradores...de una responsabilidad solidaria por las deudas sociales (art. 262.5). No se trata con esta previsión de regular un supuesto de responsabilidad por daños, como erróneamente se sostiene en ocasiones, sino sencillamente de imponer una sanción a los administradores... Ello implica pues, que el nacimiento de esta responsabilidad no se vincule a la causación de un daño... Aunque esta responsabilidad de los administradores se vincule al incumplimiento de cualquier causa de disolución, su importancia se manifiesta fundamentalmente en los supuestos de pérdidas graves que reduzcan el patrimonio por debajo de la mitad del capital social (art. 260.1.4º). Y es que esta responsabilidad opera como un importante mecanismo de tutela de los acreedores sociales, que pueden dirigirse así contra los administradores de sociedades insolventes o con graves pérdidas que sigan operando en el tráfico sin adoptar las correspondientes medidas legales de disolución (o en su caso, de

transformación o de aumento). Desde esta perspectiva, esta norma opera como un instrumento preconcursal destinado a evitar la insolvencia de las sociedades anónimas y su eventual declaración de quiebra”⁶⁹. “Frecuentemente se señala por la doctrina que esta responsabilidad legal de los administradores en el caso de pérdidas cualificadas tiene una función *preconcursal* o *paraconcursal*, considerando algún otro considerarla como *anticoncursal*. Se piensa 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 sin llegar a la insolvencia, amenazando con graves sanciones a los administradores si esto no se produce”⁷⁰.

Enfatiza sobre el tema Beltrán⁷¹ expresando “Los deberes legales se entienden cumplidos también cuando los administradores soliciten la declaración judicial del concurso de acreedores, si bien el sistema legal es muy confuso” –pág. 240. Acota “El deber de promoción de la disolución cobra todo su sentido cuando la sociedad no se encuentra en buena situación económica, pues entonces los acreedores intentará conseguir la satisfacción de sus créditos contra la sociedad reclamando a los administradores responsables... Los criterios de valoración empleados para la determinación de las pérdidas han de ser los exigidos en la Ley con carácter general para las cuentas anuales y para la determinación de beneficios o pérdidas. En consecuencia, el balance se redactará de acuerdo con los valores contables históricos y no con los de mercado o de liquidación –págs. 221/2-...es en fin indiferente que existan o no posibilidades objetivas de recuperación. Si esas posibilidades existen, tiene que materializarse antes de que transcurra el plazo para el cumplimiento del deber de convocatoria –pág. 223-... No resuelve la Ley la delicada cuestión de si la causa legítima para la disolución concurre desde el acaecimiento de las pérdidas o desde que, una vez finalizado el ejercicio social, los administradores proceden a formular las cuentas anuales. La primera tesis sostiene que existe causa legítima para la disolución desde el mismo instante en que los administradores conocieran o hubieran debido conocer la existencia de esas pérdidas –pág. 223—2.

Remarca Beltrán la naturaleza sancionatoria de la responsabilidad y que la misma “se extiende a todas las deudas sociales, cualquiera sea su naturaleza (legales, contractuales, extracontractuales o cuasi contractuales), cualquiera que sea el momento en que se hubieran contraído (anteriores o posteriores a la concurrencia de la causa de disolución) y cualquiera que sea el órgano o apoderado que hubiere actuado en representación de la sociedad” –págs. 252/3-.

El objetivo es “...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 ve 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).”. Algunas diferencias interpretativas entre la ley de sociedades anónimas y de responsabilidad limitada que comenta agudamente Beltrán han sido ahora superadas en la ley publicada el 3 de julio de 2010⁷².

⁶⁹ 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. Civiltas, Madrid 1999, tomo I, especialmente “Las pérdidas graves” págs.. 1009 a 1013.

⁷⁰ DÍEZ ECHEGARAY, José Luis *Deberes y Responsabilidad de los Administradores de Sociedades de Capital*, 2006, Ed. Thomson-Aranzadi 2ª edición, Navarra, p. 387-

⁷¹ BELTRÁN, E. *La responsabilidad por las deudas sociales* en “La responsabilidad de los administradores”, dirigido por Angel Rojo y Emilio Beltrán, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia 2005, cap. 6, pág. 213.

VIII – LA PÉRDIDA DEL CAPITAL SOCIAL EN EL DERECHO ARGENTINO, APUNTANDO CRITERIOS UNIVERSALISTAS.

Intentamos formalizar un catálogo de situaciones de crisis societaria en el contexto de la pérdida del capital social en la República Argentina, tratando de complejificar la cuestión, que podría ser más debatida que en Venezuela o España. Ya hemos afrontado algunos de esos temas, casi dialogando con Morles. Recurrimos ahora a Nissen⁷³, aunque con reservas. El distinguido jurista entiende que la causal de pérdida del capital social no es de las que operan de pleno derecho, aunque “Si los administradores no cumplieron con la convocatoria a asamblea dentro del plazo de tres meses de constatada la pérdida del capital social, la disolución se debe tener por operada a partir de esta fecha, rigiendo al respecto los deberes y responsabilidades previstas por el art. 99 de la ley 19.550”. Según dicho autor la sanción a aplicar en el caso que no se proceda ni a liquidar la sociedad o a reintegrar el capital social: “cuando la sociedad ignora el acaecimiento de la causal disolutoria, la doctrina y la jurisprudencia no es pacífica en cuanto al status de la sociedad”, sería la “irregularidad” y los efectos patrimoniales sobre los socios, con sólida argumentación. Nos permitimos perfilar solamente la responsabilidad de administradores y socios de control, pues la irregularidad en tal supuesto podría generar la responsabilidad de accionistas independientes, solventes, que no tuvieron acceso a la información respectiva. El art. 99 LSA impone la sanción. De todas formas destacamos que tenemos coincidencia en que la omisión de afrontar la causal disolutoria genera responsabilidad. Y ello podría acaecer, si se ha soslayado anterior tratamiento, cuando se convocare a asamblea para ratificar la presentación en concurso formalizada por los administradores acompañando documentación de la que resulta esa pérdida del capital social.

⁷² A nuestro pedido recibimos la rápida opinión de José Miguel Embid Irujo La nueva ley (texto refundido de la ley de sociedades de capital) que pretende suprimir la pluralidad legislativa existente en el Derecho español de sociedades de capital, regularizando y aclarando, a su vez, algunos términos que resultaban confusos o contradictorios. Todos los nuevos preceptos traen causa de las leyes de anónimas (LSA) y limitadas (LSRL) que ahora se refunden. La correspondencia entre preceptos nuevos y antiguos es la siguiente: Art. 361 TR (texto refundido): art. 260, 2 LSA y art. 104, 2 LSRL Art. 363, 1, d, TR: Art. 260, 1, 4º LSA, y art. 104, 1, e, LSRL; Art. 365 TR: Art. 262, 2 LSA, y art. 105, 1 y 2 LSRL; Art. 366 TR: Art. 262, 3 y 4 LSA y art. 105, 3 y 4 LSRL Art. 367 TR: Art. 262, 5 LSA y art. 105, 5 LSRL. – Texto legal actual: Sección 2. 8 Disolución por constatación de la existencia de causa legal o estatutaria Artículo 363. Causas de disolución. 1. La sociedad de capital deberá disolverse: d) Por pérdidas que dejen reducido el patrimonio neto a una cantidad inferior a la mitad del capital social, a no ser que éste se aumente o se reduzca en la medida suficiente, y siempre que no sea procedente solicitar la declaración de concurso. Artículo 365. Deber de convocatoria. 1. Los administradores deberán convocar la junta general en el plazo de dos meses para que adopte el acuerdo de disolución o si fuera insolvente, inste el concurso. Cualquier socio podrá solicitar de los administradores la convocatoria si, a su juicio, concurriera alguna causa de disolución o la sociedad fuera insolvente. 2. La junta general podrá adoptar el acuerdo de disolución o, si constaren el orden del día, aquél o aquéllos que sean necesarios para la remoción de la causa. Artículo 366. Disolución judicial. 1. Si la junta no fuera convocada, no se celebrara, o no adoptara alguno de los acuerdos previstos en el artículo anterior, cualquier interesado podrá instar la disolución de la sociedad ante el juez de lo mercantil del domicilio social. La solicitud de disolución judicial deberá dirigirse contra la sociedad. 2. Los administradores están obligados a solicitar la disolución judicial de la sociedad cuando el acuerdo social fuese contrario a la disolución o no pudiera ser logrado. La solicitud habrá de formularse en el plazo de dos meses a contar desde la fecha prevista para la celebración de la junta, cuando ésta no se haya constituido, o desde el día de la junta, cuando el acuerdo hubiera sido contrario a la disolución o no se hubiera adoptado. Artículo 367. Responsabilidad solidaria de los administradores. 1. Responderán solidariamente de las obligaciones sociales posteriores al acaecimiento de la causa legal de disolución los administradores que incumplan la obligación de convocar en el plazo de dos meses la junta general para que adopte, en su caso, el acuerdo de disolución, así como los administradores que no soliciten la disolución judicial o, si procediere, el concurso de la sociedad, en el plazo de dos meses a contar desde la fecha prevista para la celebración de la junta, cuando ésta no se haya constituido, o desde el día de la junta, cuando el acuerdo hubiera sido contrario a la disolución. 2. En estos casos las obligaciones sociales reclamadas se presumirán de fecha posterior al acaecimiento de la causa legal de disolución de la sociedad, salvo que los administradores acrediten que son de fecha anterior.

⁷³ NISSEN, Ricardo A. "LA PERDIDA DEL CAPITAL SOCIAL COMO CAUSAL DE DISOLUCION DE LAS SOCIEDADES COMERCIALES", Buenos Aires, Editorial Ad Hoc 2002, pág. 75 y ss..

Y desde esta perspectiva nos formulamos una serie de preguntas, que correspondería hacer en cada país, intentando inmediatamente una respuesta sin duda limitada y debatible.

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

Hemos expuesto respuestas doctrinarias de otros países. En visión conservadora para los primeros (los administradores) cuando preparan el proyecto de balance, por tanto debería contener la Memoria referencias sobre ese aspecto. Los socios cuando aprueban o consideran ese balance, aunque no lo aprobaren. Desde ese momento la causal pasa a ser de indubitable y pleno conocimiento imponiendo las conductas previstas por la ley. ¿Ante esa constatación debe cesar la actividad normal y proceder a la liquidación? Sin dudar no. Aún en la causal de vencimiento del plazo los socios pueden decidir la continuación. En el caso de la causal de pérdida del capital social la liquidación puede ser evitada por el reintegro del capital social o la capitalización.

Atento la norma del art. 96 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.

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 de deber 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.

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

El monto que requiera la situación patrimonial y no meramente la cifra nominal del capital original, pues la pérdida que registrara el balance podría ser muy superior al mismo. El desembolso por reintegro debe ser tal que permita equiparar el activo con el pasivo y recomponer la cifra del capital social. La decisión de reintegro adoptada en el caso de sociedad anónima por asamblea extraordinaria con mayorías agravadas, impone a todos los socios la obligación –salvo ejercicio del derecho de receso sin valor económico evidentemente, pero que evita la obligación de reintegrar-. Fushimi entiende “que de ninguna manera el reintegro del capital puede ser obligatorio para los accionistas”⁷⁴. Nos hemos pronunciado por la obligatoriedad por devenir de una resolución social válida, en orden a una solución impuesta por la ley para evitar la liquidación, posición que ha sido compartida⁷⁵. En España no existiría tal obligación por parte de los socios disidentes, en el derecho argentino sólo puede recesar, de no quedarán obligados.

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

Debe aumentarse el capital social en monto suficiente para cubrir el pasivo y no quedar nuevamente en supuestos de reducción obligatoria del capital social previstos en el art. 206 LSA.

⁷⁴ FUSHIMI, J. *Sobre el reintegro del capital en las sociedades anónimas*, VI Congreso Argentino de Derecho Societario y de la Empresa, Ed. Fespresa, Córdoba 2008, 4 tomos, pág. 427, esp. pág. 435.

⁷⁵ HAGGI, G. *El reintegro del capital social*” en AAVV dirección Laura Filippi y Maria Laura Juarez “Derechos patrimoniales. Estudios en homenaje del profesor Emérito Dr. Efraín Hugo Richard”, Ed. Ad Hoc, Buenos Aires 2001, pág. 193; NISSEN “Pérdida...” cit. pág. 77/78; NORTE SABINO, Osvaldo J. en *Impuestos XLI* p. 495.

Se sostiene que se trata de aumentos que implican el patrimonio neto y que se producen cuando los socios o terceros realizan aportes genuinos a la sociedad⁷⁶. La legislación societaria prevé expresamente la capitalización de pasivos en el art. 197.2 LSA, como supuesto claro para este caso; suspendiendo el derecho de suscripción preferente. Esta suspensión sólo es inteligible por la urgencia en generar esa capitalización y remover la causal de disolución, pero es incongruente con la postura de socios –aún minoritarios- que ejercieran en el mismo acto el derecho de suscripción preferente y anticiparan el deseo de acrecer –lo que podrían ejercer sin afectar derechos de los demás socios a hacerlo posteriormente- adoptando la posición que hemos dado en llamar la de “suscriptor e integrador provisional”.

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

***4. De no tratarse la causal una vez acreditada, continuando el giro normal de los negocios, y se ratificara la presentación en concurso: ¿surge alguna responsabilidad?**

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

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

No registra nuestro derecho esa opción para los administradores, como en España, y los socios al aceptar la continuación del giro social sin asumir ni el reintegro del capital social ni su aumento, quizá en búsqueda de que el problema sea asumido por los acreedores a través de quitas y esperas, deberán afrontar la responsabilidad del art. 99 LSA para el caso de una ulterior quiebra. En el derecho argentino esa obligación se limitaría a las obligaciones posteriores, o sea manteniendo las reglas de la responsabilidad basada en factor subjetivo, no alcanzando a las obligaciones anteriores. La solución en España es más grave, pues importa una sanción por el apartamiento de los administradores a sus deberes de diligencia.

***6.¿En caso de homologación de acuerdo constatada por el Síndico la existencia de la causal tiempo antes de la presentación o declarada en balances aprobados, se mantiene la responsabilidad del art. 99 LSA?**

No parece que el efecto novatorio que genera la homologación de un acuerdo concursal alcance a la responsabilidad de administradores y/o socios⁷⁷.

⁷⁶ FOURCADE, A. “Sociedades comerciales. Parte especial”, Ed. Advocatus, Córdoba 2001, pág. 114;

FUSHIMI, ob. cit. pág. 430. VAN THIENEN, P. *Pérdida total del capital social: ¿Reintegro, aumento u operación bandoneón* en Revista de las Sociedades y Concursos n° 27 marzo abril 2004, pág. 81.

⁷⁷ En orden a la responsabilidad por el art. 99 LSA, la jurisprudencia en el caso "Trottar S.A. c/Peugeot Citroen Argentina S.A. s/ ordinario s/ incidente (de extensión de responsabilidad por las costas)" – CNCOM – 30/06/2010 “...Esta Sala no comparte la decisión del Juez a quo de calificar de "subsidiaria" la responsabilidad derivada del art. 94 inc. 8° de la ley de Sociedades pues la aludida norma sólo la califica de "solidaria e ilimitada".“Ante la inexistencia de la pluralidad requerida por la ley, el socio y administrador debió proceder ajustándose a los estatutos del art. 99 LS. y la expresa omisión de tales pautas, no puede beneficiarlo. Por lo expuesto, y si bien la responsabilidad que aquí se declara coincide con aquélla decidida al admitir el primero de los agravios, corresponde declarar también incurso en las responsabilidades derivadas del art. 99 de la ley societaria al director del ente.” eDial.com, 12/08/10.

***7: Aportes a cuenta de futuros aumentos son aptos para superar la causal de disolución?**

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

Sin duda otras muchas cuestiones aparecerán planteará la riqueza de la temática y la realidad.

***8. Funcionalidad de la empresa, organización societaria, pérdida del capital social y concurso en el derecho argentino.**

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

Ello impone pensar si la sociedad puede concursarse si se encuentran pendientes causales de disolución que no han intentado ser afrontadas por los socios.

En concreto, aquella afirmación de la Corte pone en el centro de la cuestión la omisión de la “preconcurabilidad societaria”, o sea el uso de las técnicas concursales o preconcursales sin intentar las previsiones que marca el derecho específico de la organización societaria, a fin de beneficiarse con quitas y esperas impuestas por las mayorías logradas –con diversas “técnicas” como la relatada en el voto de la mayoría-. Resaltando la cuestión y transfiriendo decididamente el sistema de preconcurabilidad 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..”⁷⁸.

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.

***IX – REFLEXIONANDO Y DIALOGANDO.**

Existe una suerte de axiología de la empresa y su mantenimiento funcional (conservación), como un valor en sí mismo en orden a los intereses que concilia. En esa conservación y en el equilibrio de los intereses convergentes veremos satisfechos los valores seguridad y justicia, y dentro del sistema de justicia la eficiencia de la respuesta, su oportunidad, la equidad en los repartos, unidos a los bajos costes de transacción y la minimización de daños a la sociedad, los socios, los terceros, el mercado y la comunidad⁷⁹.

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).

⁷⁸ BELTRÁN, E. 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, esp. pág. 154.

⁷⁹ RICHARD, E. H. “Perspectiva del Derecho de la Insolvencia” citado.

1. 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.

2. 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.

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

4. 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.

5. 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.

Es visión congruente con las previsiones de la “Responsabilidad social corporativa”, y deberíamos disponer estadísticas del éxito de las soluciones societarias privadas para afrontar sus crisis patrimoniales. El *obiter dictum* de la CS es alentador para poner las cosas en su lugar.

Vayan todas estas reflexiones en homenaje a un gran jurista como lo es Alfredo Morles Hernández, con quién hemos mantenido una suerte de diálogo en nuestra vocación común, sin duda abriendo debate sobre cuestiones que afectan profundamente el desarrollo empresarial.

Referencias Bibliográficas

- +Acedo de Lepervanche, Luisa T., “La disolución de la sociedad anónima en el Código de Comercio de 1904 y su relación con el Código de Comercio vigente”, en libro colectivo *Centenario del Código de Comercio Venezolano de 1904*, Ed. Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas 2004, tomo 1 págs. 477 a 522.
- +Acedo Sucre, Carlos Eduardo; Acedo de Lepervanche, Luisa T., “Las reservas de las sociedades anónimas, su relación con el artículo 264 del Código de Comercio y la aplicación de éste a las compañías aseguradoras”, en *Estudios sobre Derecho de Seguros*, Libro homenaje a los 40 años de la fundación de la Asociación Venezolana de Derecho de Seguros, Caracas: Ed. Menpa, 2003.
- *Bonelli. Franco. “La responsabilità degli amministratori di società per azioni”, N° 135 de los *Quaderini di Giurisprudenza Commerciali*, XII 246,. Ed. Giuffré, Milano, Italia, 1992.
- *Busso, Eduardo, *Código Civil Anotado*, t. I, Buenos Aires: Ed. Ediar, 1944.
- *Colombres, Gervasio. *Curso de Derecho Societario*, Buenos Aires Ed. Abeledo Perrot, 1972.
- *D'alessandro, F. “La crisi delle procedure concursali e le linee della riforma; profili generali” *Giustizia Civile* 2006 II pág. 329 y ss., Ed. Giuffré, Milano, 2006.
- *Dasso, Angel A. *Derecho Concursal Comparado*, 2009/2010, 2 tomos, Buenos Aires, Ed. Legis, tomo 1 2009, tomo 2 2010.

- *Etcheverry, Raúl Aníbal. "Empresa y objeto social", en *RDCO (Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones)*, año 15, Buenos Aires, Ed. Depalma, año 1982.
- *Franceschelli. R. "L'apprendista stragron, l'elisir de la lunga vita o il mito de l'impresa immortale", en *Giur. Comm.*, 1982, I, p. 575 y ss., Ed. Giuffré, Milano, 1982.
- *Girón Tena, J. *Derecho de Sociedades*, t. 1, Madrid: Ed. GT, 1976.
- *Loreto Arismendi. José. *Tratado de las Sociedades Civiles y Mercantiles*, 2ª Ed., Caracas: ED. El Compás, 1950.
- *Mirzia. Bianca, "La reforma italiana al régimen de sociedades comerciales" (LL 20 junio 2005). Ed. La Ley, Buenos Aires 2005.
- *NISSEN, Ricardo "LA PERDIDA DEL CAPITAL SOCIAL COMO CAUSAL DE DISOLUCION DE LAS SOCIEDADES COMERCIALES", Buenos Aires, Editorial Ad Hoc 2002.
- * Norte Sabino, Osvaldo J, " Reintegro del capital social" en Rev. Impuestos XLI A p. 495, Buenos Aires, Ed.Macchi,1996.
- *Palazzo, José Luis y Richard, Efraín Hugo "Concursos con propuestas írritas: visión básica constitucional de propuesta írrita de quita y espera", en *VI Congreso Nacional de Derecho Concursal y IV Congreso Iberoamericano de la Insolvencia*, t. I, Santa Fe, 2006.
- *Quintana Ferreyra, Francisco; Richard, E. Hugo. "La conservación de la empresa en las leyes de sociedades y concursos", en *RDCO*, Buenos Aires, Ed. Depalma, 1978.
- *Richard, E. Hugo. "La conservación de la empresa" en *Anales de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba*, t. XXV. Córdoba, 1986.
- *Richard, E. Hugo. "La persona jurídica en la evolución contemporánea" en *Anales de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba*, t. XXV. Córdoba, 1986.
- *Richard, E. Hugo. "Las Liquidaciones Societarias, 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, t. 15, p. 169, Doctrina y en Editorial Zeus, 10 de agosto de 2009, año XXXVI, Revista N° 15, t. 110, p. 785. Doctrina.
- *Richard, E. Hugo. "Personalidad de las sociedades civiles y comerciales, tipicidad e inoponibilidad de la personalidad jurídica como extensión de la responsabilidad de socios o controlantes, en el derecho argentino", en *Revista de Derecho Mercantil*, Nos. 193-194, Madrid: Ed. Civitas, 1989.
- *Richard, E. Hugo. *Las Relaciones de Organización – El Sistema Jurídico del Derecho Privado*, 2ª ed. Córdoba, Rep. Argentina, Ed. Advocatus, 2002.
- *Richard, E. Hugo. *Organización Asociativa*, Buenos Aires, Ed. Zavalía, 1994.
- *Richard, E. Hugo. *Relaciones de Organización – Sistema Societario y Relaciones de Organización – Sistema de Contratos de Colaboración*, editados por la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, 2007, Córdoba, Rep. Argentina.
- *Vítolo. Daniel Roque. "Responsabilidad de los directores al ingresar la sociedad en la zona de insolvencia" en *La Ley 2005-A*, 1207, Buenos Aires, Ed. La Ley 2005.
- *Stanghellini, Lorenzo, *Creditori forti e governo della crisi d'impresa*, Rivista delle Società , anno 49, 2004, settembre-Ottobre fasc. 5º, pag. 1041m especialmente pag. 1072, Giuffré Editores, Milán 2004.
- *Van Thienen, P. "Pérdida total del capital social: ¿Reintegro, aumento u operación bandoneón", en *Revista de las Sociedades y Concursos*, N° 27, marzo abril 2004, pág. 81, Director Ricardo A. Nissen, Buenos Aires, Ed. Ad Hoc, 2004..
- *Von Tuhr, A. *Teoría General del Derecho Civil*, t. I.1, Buenos Aires; Ed. Depalma, 1946, edición en castellano, traducción del alemán de Tito Rava,
- *XIII Jornadas de Instituto de Derecho Comercial de la República Argentina, Bahía Blanca, Pcia. de Buenos Aires, 26 y 27 de octubre de 2006. Ed. Ad Hoc, Buenos Aires 2006.