

INSOLVENCIA SOCIETARIA: ¿capitalismo donatario o de reposición?

(10ª Conferencia Magistral, al cierre del Congreso, 12 hs. sábado 19 de mayo de 2012 México DF a cargo de Efraín Hugo RICHARD, Argentina)

Gracias señor Presidente del Congreso. Nuestro agradecimiento por haber sido convocado por los Tres Mosqueteros organizadores de este Congreso –Jaime Guerra, Jaime García Priani, Jorge Sepúlveda y usted Lic. Luis Palomino-, imponiéndonos una pesada carga: pronunciar la conferencia de cierre. Cuando nos la impusieron conocían nuestra forma de razonar frente a la regulación de las crisis societarias y sobre la reforma de la legislación concursal, y agradecemos estar lúcidos para afrontarla. También agradecimiento a todos ustedes por acompañarnos en esta mañana de sábado, y muy particularmente a Jesús Sanguino Sanchez que nos convocó a todos y aquí estamos en su memoria, creciendo en la discrepancia respetuosa. Agradecemos también la honrosa distinción de considerarnos Miembros Eméritos con los distinguidísimos juristas amigos: Héctor Alegría, Israel Creimer, Ariel Ángel Dasso, Osvaldo Maffia y José Luis Vazquez Sotelo. Importa un nuevo compromiso con el “Instituto Iberoamericano de Derecho Concursal”.

Hoy no podemos apartarnos de los ejes que señaló el señor Presidente de los Estados Unidos de México Lic. Felipe Calderón Hinojosa, egresado de esta Universidad, la Escuela Libre de Derecho que nos ha acogido en su seno, discurso magistral que fue realmente una clave rectora sobre el derecho concursal imponiendo pensar en el desarrollo equilibrado, evitando agravar la marginación, generando empleo, preservando el desarrollo económico y el bienestar, que para eso estamos aquí reunidos.

Se ha convocado a debatir *“Tendencias y Necesidad de Reformas del Derecho Concursal ante la Crisis Global”*. Frente el lema del Congreso y con la impronta de aquél discurso trataremos de dar una visión esperanzadora, valorando los aportes introducidos y alentando los trabajos para el próximo encuentro, guiados por la estrella polar señalada por la preocupada plática presidencial y resaltada por Marcelo Barreiro en la inmediata anterior conferencia: la conservación de la empresa viable y socialmente útil.

Será sólo una plática preocupada en torno a la eficiencia del sistema jurídico todo, que impone preguntas: ¿Debe conservarse la empresa a cualquier costo? Cuando nos referimos a empresa lo hacemos en orden a la empresa viable, sustentable en su funcionalidad, pues si no es viable no lo es. No descartamos que, en algún caso, el Estado decida subsidiar la actividad de una empresa, en cuyo caso ese subsidio se incorpora al patrimonio y la hace sustentable.

A su vez ¿que debe considerarse una crisis de la empresa? Su grado hace a la anticipación de su abordaje, y sobre eso se han explayado numerosas conferencias. El Presidente señaló que debe actuarse ante la iliquidez para no llegar a la insolvencia. ¿Quién o quiénes deben actuar ante la crisis de una empresa? ¿Qué deben detectar, como, cuando, donde? Trabajaremos sobre esto.

Pero para ello debemos clarificar el campo de nuestro trabajo.

*Las crisis que afectan a los consumidores deben tener una solución sencilla y eficiente, no ajena al derecho al salario y a la vivienda, ni alejada del otorgamiento abusivo de crédito.

*Las que afectan el sistema financiero han sido encaradas por legislaciones especiales, cuando no por medidas gubernamentales extraordinarias.

*Frente a crisis globales o nacionales, no previsibles, deben dictarse normas especiales, transitorias –lo que normalmente ha acaecido–.

*Los problemas de la deuda soberana, que afecta directamente la gobernabilidad de un país, problema afrontado en la conferencia de Tropeano impone estudios especiales. Sobre ello nos permitimos aportar que la globalización financiera desborda las regulaciones y la percepción de la agravación de la crisis financiera mundial actual, nos impone sugerir que sólo una decisión mundial de bancarizar la totalidad de las operaciones financieras, bloqueando los paraísos fiscales, permitirá abordar una solución integral.

***Queda entonces un sector que afronta los riesgos del mercado, fundamentalmente integrado por empresas libremente organizadas bajo forma societaria.**

Por eso centramos la atención en la “INSOLVENCIA SOCIETARIA” y cómo afrontar sus crisis, y el título para motivar vuestra atención: ¿CAPITALISMO DONATARIO O DE REPOSICIÓN? Sobre ello divagaremos.

***Normalmente la crisis se confía a una ley de concursos preventivos, reorganizaciones tuteladas, acuerdos impuestos por mayoría al ser homologados por autoridades judiciales o administrativas, o quiebras liquidativas. También se intenta homologar un acuerdo imposible para luego quebrar sin responsabilidad, o si la empresa es viable, con las quitas y esperas logradas vender la empresa con gran utilidad para los socios.**

Se trata que sociedades en crisis no permanezcan en ese estado perturbando al mercado, rompiendo las reglas de la libre competencia, incumpliendo sus obligaciones y contagiando la crisis, como señaló el Presidente reclamando “seguridad jurídica” para atraer inversiones necesarias para producir bienes y servicios, generando riqueza y empleo.

Las falencias del sistema concursal han sido afrontadas normalmente con reformas con mayores tutelas a las sociedades afectadas, permitiendo que sus socios y administradores tuvieran mayor autonomía para negociar con los acreedores.

Los balances y desbalances de la regulación ocupan bibliotecas de jurisprudencia y doctrina, así como de leyes superadas, sometiéndose continuamente a consideración tendencias, con resultados no siempre alentadores.

***La negatividad del panorama es advertible en las expresiones de los organizadores de este exitoso Congreso, en las entrevistas previas incorporadas en la página web –que aconsejamos leer-, a quiénes preocupan largos trámites judiciales preventivos con el sentido de terminar en una postergada quiebra evitando responsabilidades, o en lograr mejorar el patrimonio para que los socios transfieran a terceros a buen precio, por la diferencia que han sacrificado los acreedores.**

*** El gran desafío para el derecho es mantener la empresa viable, con pleno empleo, asegurando una inclusión social y evitando más marginación, sin afectar la competitividad ni dañar el mercado. Una administración de eficiencia con los recursos técnicos y económicos disponibles.**

Como se ha recordado en este Congreso, la ley de concursos mercantiles de México determina en el art. 1º que “Es de interés público conservar las empresa y evitar que el incumplimiento generalizado de las obligaciones de pago ponga en riesgo la viabilidad de las mismas y de las demás con las que mantenga una relación de negociación”.

*** Todos coincidimos en que la crisis de las empresas organizadas con técnica societaria debe ser enfrentada tempranamente. Se trata de la tempestividad. El cordobés Héctor Cámara expresaba “La terapéutica debe adoptarse oportunamente, a imagen de las personas físicas que padecen alguna dolencia, en su oportunidad, y no tardíamente; es decir, cuando detectan los primeros síntomas de dificultades, y no al tiempo de la insolvencia.... Los legisladores de diversos países apoyan dicha tesitura, aunque no siempre con éxito... Un viejo adagio reza “más vale prevenir que curar”.**

También se coincide en la necesidad de planificación para determinar la viabilidad de la empresa e interesar en la inversión de recursos.

Para las tres cuestiones de coincidencia –conservación de la empresa, tempestividad en afrontar la crisis y planificación- se plantean metodológicamente las preguntas iniciales: *A cargo de quién debe estar el abordaje temprano de la crisis? Del Estado, de los acreedores, de los trabajadores, de funcionarios judiciales? *Correlativamente quién debe formalizar la planificación? Los funcionarios judiciales, los trabajadores? *Y a cargo de quién debe estar el posible salvataje y su financiamiento? A cargo del Estado o de los acreedores?

Hablando de planificación dejamos en claro que habiéndonos otorgado 50 minutos, concluiremos nuestra presentación puntualmente a las 13 horas.

***Y para seguir desbrozando metodológicamente la cuestión, una última pregunta para luego iniciar el abordaje y la respuesta a estas cuestiones cruciales: ¿eso es lo que esperamos sea resuelto por la legislación concursal?**

Sobre este aspecto y en torno al muro de la autosuficiencia con el que alguna doctrina interpreta la legislación concursal, o con la que se pretende su reforma, ha sido derrumbado para este Congreso por Daniel Truffat en su “ponencia no competitiva”. El derecho es un sistema complejo dentro del que se inserta el derecho concursal. Incluso el derecho concursal no se limita al “proceso concursal” –sea administrativo o judicial”.

Además de la referencia fundamental al “esfuerzo compartido” sobre quién debe asumir los costos de la crisis, Antes Truffat en Montepulciano en “*EL DERECHO CONCURSAL EN LOS TIEMPOS DE LA “GRAN CONTRACCIÓN”*”, expresó: “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...”. Y eso estamos intentando hacer. Es importantísimo el aporte de la ponencia que obtuvo por unanimidad del Jurado el Premio Jesús Sanguino Sanchez y que será anunciada en el acto inmediato, por lo que no adelantaremos más.

***Con las pretensiones de reformas continuas, en nuestra visión, se requiere de la legislación concursal un rol imposible. Una intervención cuando el mal ya está arraigado y se derrama en el mercado, generando incumplimientos en cadena. Por eso se requiere que la autorización para abrir un procedimiento concursal se anticipe, no esperando la cesación de pagos y luego la insolvencia.**

Para ser eficiente debe existir un plan. No se puede dañar a sabiendas. Si hay daño se piensa en responsabilidades.

***Estamos pensando en vías societarias. La reorganización societaria, privada, es asumida hoy en el mundo por especialistas, particularmente bancarios y financieros, basados en la viabilidad y rentabilidad del negocio.**

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 Franceschelli. 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”.

Un hipergarantismo trata de no advertir esas maniobras artificiosas, aquello que Provinciali señalo como “ció que segna el confine tra fisiología e patologia nella vita del patrimonio”, lo que es hoy habitual que el estado de cesación de pagos –cuando no la insolvencia- se produjo hace muchos años, o sea que el patrimonio arrastraba una situación terminal dentro de la fisiología o funcionalidad de la sociedad.

Expresa el chileno Puga Vial “la cesación de pagos autoprovocada por el deudor, sea con malicia o negligencia, merece sanción penal y no así el incumplimiento de una obligación. ... tratándose de un deudor de entidad relativa en la economía... pueden incidir negativamente, con mayor o menor fuerza, en el funcionamiento macroeconómico, poniendo en jaque así al sistema crediticio en particular, considerando el fenómeno que hemos denominado de la concatenación de patrimonios lo que en concreto puede significar un sinnúmero de quiebras o insolvencia en cadena; y al mercado en general, pues de algún modo el quebrado producirá una distorsión de este mecanismo de circulación de la riqueza”. Sobre esto se explayó el Presidente en su cátedra de ayer.

Se pretende anticipar los procedimientos concursales ante la mera crisis o “dificultad financiera”, lo que alude a un endeudamiento, sin duda por capital insuficiente, que podría paliarse mediante un mero acto de reordenamiento patrimonial como desprenderse de una sucursal o de un activo improductivo.

Como bien señala Dasso “... 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.

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

La conservación de la empresa estructurada societariamente es un problema de los administradores y de los socios. Es una cuestión de derecho privado. Como lo han señalado Barreiro y Truffat “lo dirimente es poner la cuestión en manos de los socios. Estos tal vez decidan la capitalización de la empresa o admitan su fusión por absorción con otro ente más saludable”.

Ese examen lo debería hacer primariamente el mismo titular del patrimonio, constituyendo *el plan de negocios*. El argentino Alberti con la profundidad de su escalpelo jurídico subraya que “el concurso preventivo se desenvolverá incurablemente como una dialéctica solamente procedimental, destinada a cerrarse documentalmente cuando los acreedores acuerden con el insolventes vías de solución que continúan siendo principalmente, casi exclusivamente, un aplazamiento de la exigibilidad de los pagos, o una reducción de los montos a pagar... Bastaría para promover una modificación de ese desarrollo ritual de lo actualmente llamado retóricamente *solución concordataria* ... que el concursado ha de exponer un *plan* de su futura actividad económica... pues la sola utilización del remedio jurídico no curará los males empresarios.

*En la doctrina argentina se ha identificado cesación de pagos e insolvencia desde los trabajos de Yadarola y Fernández, Héctor Alegría asiente y también pensamos así nosotros, hasta que especialistas contables nos hicieron ver lo contrario, lo que advertimos asienten distinguidos colegas mexicanos. Hoy existen métodos que dan inmediata cuenta de una crisis y de su intensidad. De si es una mera y transitoria merma de flujos de caja, o de si se trata de un estado de cesación de pagos por insuficiencia de activos corrientes para satisfacer pasivos corrientes, o si estamos frente a insolvencia, o sea con patrimonio neto neutro o negativo.

*Se trata de la obligación de planificar. Y lo más grave parecería ser ignorar las normas societarias y optar por recurrir a los medios concursales.

Si una sociedad no obtiene capital de sus propios socios o de terceros, es porque no existe un adecuado plan que determine la viabilidad y la rentabilidad de la empresa.

En realidad, los administradores societarios deben hacer una evaluación y un plan anualmente. Si el balance anual acusa la pérdida tienen obligación de ponerlo a consideración de los socios, sin duda con algún plan si pretenden continuar la gestión, y a su vez deben presentar junto a ese balance una Memoria sobre la prospectiva del año venidero, que importaría anticipar la asunción de una crisis si existiere un sobreendeudamiento o una situación semejante.

Recordemos que la legislación societaria de Chile impone que anualmente los administradores señalen cual es el capital que debe tener la sociedad para afrontar las actividades del inmediato año. Esto impide las maniobras de contabilidad creativa propios de las legislaciones de capital fijo, con las que se suele encubrir la pérdida del capital social limitándose a una apreciación cuantitativa y no funcional sobre la prospectiva de la actividad.

Y a cargo de quién esta eliminar la Cesación de pagos: ¿en el esfuerzo compartido que requiere Truffat? Normalmente quedan a cargo de los acreedores, al no poder verificar, o al lograr la sociedad concursada quitas y esperas.

*La funcionalidad y la legislación societaria tienen hoy normas y recursos que permiten reencauzar las crisis patrimoniales.

A la empresa –metafóricamente- no le interesa quiénes sean sus dueños, sino “ser empresa” o sea “autosustentable”.

*La técnica societaria de organización en todos los países reconoce la libertad de asociación, de determinar la técnica de esa organización y de la dotación patrimonial constitutiva y de su funcionalidad, normalmente planificando cuanto de capital propio y de

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

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

Los resultados que prometa el plan de negocios permitirá analizar a los socios la conveniencia de reintegrar o aumentar el capital social. A su vez la posibilidad de invitar a terceros a integrarse a la sociedad por el buen negocio que resulta el adecuado cumplimiento de su objeto, la rentabilidad esperada, lo que puede permitir atender o reorganizar el pasivo exigible.

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

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

La doctrina italiana apunta que 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 Nigro y D’Alessandro, pero se asienta en la necesidad de que la cuestión se ponga en manos de los socios al determinar que la capitalización de la sociedad en crisis –sea la reconstitución del capital o la capitalización- o insolvente, requiere una decisión del órgano de gobierno, partiendo de la situación patrimonial determinada al tiempo de presentación en concurso preventivo conforme un balance extraordinario. En tal sentido Colombo, Portale, Caratozzolo, Afameni, Guerrera, Maltoni. El tema no es extraño en la doctrina mundial. Hace muchos años ya señalábamos la posición de Karsten Schmidt sobre este aspecto.

Con esta visión se construye un sistema de preconcursalidad desde el derecho societario, en la que han sido líderes el español Beltrán, nuestro actual Vicepresidente Académico, y el italiano Nigro, como advertimos asiente nuestra integrante de la Comisión Académica Stefania Pacchi.

*Ahondemos: En México la Ley de Sociedades de los 30, con sus modificaciones, impone como causal de disolución en su art. 229 la pérdida de los 2/3 del capital social, agravando la solución argentina, haciendo responsables solidariamente a los administradores por la continuidad del giro, con el agravamiento previsto en la Sociedad anónima en art. 158, en la gestión calificada por la información que deben dar conforme al art. 172. Ello se une a las normas sobre la protección al capital y su integración en los arts. 19, 20 y otras normas dispersas en la regulación.

La ley colombiana se expresa en torno a la “dirección general definida para el manejo y destinación de los activos, con miras a lograr propósitos de pago y de reactividad empresarial”,

fijando claramente el objetivo de “reactividad empresarial”, y “tiene por objeto ... la recuperación y conservación de la empresa como unidad de explotación económica y fuente generadora de empleo...”. Las normas societarias preventivas resultan del art. 10° que impone que la solicitud de reorganización debe presentarse con la acreditación de “No haberse vencido el plazo establecido en la ley para enervar las causales de disolución, sin haber adoptado las medidas tendientes a subsanarla”.

El rol del capital social, la importancia de actuar tempestivamente para solucionar la crisis desde el derecho societario, ha sido recogida en el “Derecho Concursal Peruano” en 1999. Explica Dasso en su extraordinario libro sobre “Derecho Concursal Comparado”, muchas gracias Ariel por ilustrarnos: 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. Afirma luego 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”.

*Al comparar las vías de abordaje de la “Insolvencia Societaria” viene a cuento la continuidad del título de esta presentación ¿Capitalismo de Reposición o Capitalismo Donatario? El primero se corresponde a las soluciones societarias previstas en el art. 96 LSA, permitiendo enervar la causal de disolución por pérdida del capital social. Lo de capitalismo donatario se refiere a las soluciones concursales ante la insolvencia societaria, que impone que el problema lo asuman los acreedores con quitas desmesuradas y esperas –como ha señalado el mexicano Peña Briseño-. Incluso Héctor Alegría en su magistral conferencia de apertura observó la incidencia impositiva de las quitas, al considerárselas ganancia, observación que desaparecería si –pese a no asumir los socios la recapitalización- en el “esfuerzo compartido” se capitalizan los pasivos, operación neutra para la sociedad, pero que modifica profundamente su patrimonio.

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

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

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

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

Y las quitas y esperas de un acuerdo concursal impondrían pensar en las responsabilidades de administradores, y eventualmente socios, al no haber aplicado las normas societarias referidas.

Si se han ocultado estas cuestiones en un procedimiento concursal, los funcionarios deberían informar sobre tales cuestiones, advirtiendo si se produjo una mera crisis, una cesación de pagos o se está ante una insolvencia, ello para determinar las conductas que debieron seguirse en una sociedad.

Y así están las cosas. Al decir de Dasso “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”. Pero, agregamos, es que ante la crisis económico-patrimonial-financiera de las sociedades, la misma debe ser asumida desde el derecho societario. Sólo fracasadas las acciones previstas en el mismo, para conservar la empresa podrá afrontarse el camino concursal, con el debido equilibrio entre acreedores y socios.

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

En momentos que legislación y posiciones, nacionales y extranjeras, marcan la tendencia a desjudicializar o privatizar el sistema del derecho concursal, o mejor dicho de prevención, parece adecuado reiterar nuestra posición con la aplicación de principios y normas del derecho societario, sin costes de transacción.

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

Resaltando la cuestión y transfiriendo decididamente el sistema de preconcursalidad a la legislación societaria, Beltrán 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..”.

Coincidentemente destacó el Ministro de Cámara Edgar Baracat, apuntamos a la preconcursalidad del sistema societario para atender a las crisis y evitar la dispersión del daño, y que ese punto es bien atendido por el régimen societario mundialmente, expresándose sobre esa línea y la tradicional en el Congreso Nacional de Derecho Procesal del año 2011, donde con nuestro querido amigo Ariel Dasso polemizamos sobre esos caminos.

La reorganización societaria o concursal -no descartamos la necesidad de concursarse formalizada por administradores de una sociedad, y ratificada por el órgano de gobierno- debería ser acompañada por acreedores institucionales, asegurando la funcionalidad de la sociedad, el mantenimiento del empleo y su propia inversión.

* Conforme expuso el señor Presidente en su magistral discurso de ayer, corresponde hablar de responsabilidad. Alegría tuvo a bien señalar nuestros estudios sobre el punto en su conferencia de apertura.

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

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

Frente a la falta de actuación tempestiva de administradores societarios –de omisión de sus deberes- se trata de pensar en la responsabilidad de los administradores –y quizá también de los socios- por la tutela del patrimonio social frente a los acreedores.

Si los administradores –salvo prueba indubitable en contrario- no planificaron una salida, ocultaron la situación y perjudicaron a terceros con los que contrataron, habría contratación dolosa.

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”, adocina Roitman.

Seguir contratando con terceros en ese estado significa violar el deber de lealtad. Lo que implica actuar con dolo (art. 931 C.C.). El “stockeo”, o sea la compra de insumos a sabiendas de no poder cumplir con el pago de la compraventa –reconocida por Dasso como forma de anticipar la desaparición del financiamiento ante la presentación en concurso, en su intervención magistral en este Congreso- es una práctica dolosa, que si siguiéramos la opinión del Sr. Presidente debería ser considerada por Tribunales en lo Penal.

Franco Bonelli afronta el supuesto de la continuación de la gestión social después de la pérdida del capital social, con la responsabilidad de los administradores por actos cumplidos en conflicto de intereses, particularmente por daño a una sociedad controlada y daño a la sociedad directamente administrada para aventajar a la controlante o otra sociedad del grupo, una forma de ellas la dirección unitaria. La extensión de quiebra –recurso recordado por el conferencista mexicano Peña Briseño con cita del argentino Miguens- no es la mejor vía por la subordinación de deudas que genera, considerando más positiva la del “descorrimiento del velo” por abuso del medio técnico societario.

Ante falta de disposición normativa existe la posibilidad de enfocar el problema de la infracapitalización desde la óptica de la *responsabilidad de los administradores*. Así se contempla en Francia, con la *action en comblement du passif*, que establece en sede concursal la sanción a la infracapitalización. Art. 180 de de la Ley 85-98 de 25 de enero de 1985 *relative au redressement et à la liquidation judiciaires des entreprises*. Cuando se ha continuado en la gestión social una vez acaecida la infracapitalización o la pérdida del capital social, causas de disolución contempladas en los números 2 y 4 del art. 1448 del *Codice Civile* Lo mismo sucede en Italia, por la aplicación de la acción del art 2449 del *Codice Civile*.

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

Hay una clara línea roja, como bien contestó García Cruces en el Congreso Iberoamericano de Derecho Concursal de Rosario 2010, y los administradores no tienen duda alguna de cuando la cruzan, ni aún haciéndose los distraídos en los órganos colegiados.

No tenemos dudas que aún homologado judicialmente un acuerdo de quitas y esperas, podrían según el caso generarse acciones individuales de responsabilidad por las razones que hemos especificado, al generar daño a acreedores.

*Nos restan cinco minutos. Formalizamos algunas meditaciones:

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, con el aumento o reintegración del capital social, solución que debería anticiparse a la apertura de cualquier concurso.

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

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.

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.

La determinación, a través de un plan, de la viabilidad de la empresa y de los resultados esperados permitirá acercar capitales, como aportes, o préstamos, y cuando no como negocios en participación o “venture capital”.

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 señala Franceschelli. 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.

Parece fundamental tener presente que el derecho concursal excede la interpretación de la ley concursal. Flaco favor haríamos en sostener que toda la cuestión de la crisis de patrimonios debe ser asumida por la ley concursal –o similares-. Sin esta visión será muy difícil afrontar la llamada eficiencia del derecho concursal, pidiendo al legislador soluciones imposibles: una reforma concursal que marginara el sistema jurídico.

Es inútil que se señale la insuficiencia de las soluciones concursales y se pretendan más facilidades para los concursados si no se atiende a las propias normas que regulan la organización jurídica en crisis. Y estas normas para las sociedades imponen la planificación y la colaboración o responsabilidad de socios y administradores.

La respuesta ante el lema del Congreso es volver a los principios. A la técnica de la organización empresarial: la sociedad. A la eficiencia de su funcionalidad. Y centrados en esa visión asumir las reformas necesarias, primero de la ley societaria y, por último, de lo que fuere menester en lo concursal. La transparencia que da un plan en un concurso o una reorganización societaria, debería alentar el otorgamiento de crédito más seguro.

Si en los cincuenta minutos durante los cuales me han prestado su atención, han encontrado alguna reflexión que los lleve a meditar habremos alcanzado el objetivo que nos guió en esta presentación.

Espero que sigamos meditando sobre estas cuestiones, y profundizándolas, en el próximo Congreso.