

## **Las soluciones negociadas como respuesta a la insolvencia empresarial. Visión desde el derecho argentino: la preconcursalidad societaria<sup>1</sup>.**

Efraín Hugo RICHARD<sup>2</sup>

*Este modo de razonar, que es la negación del que emplean para hablar entre sí las personas razonables, es el que algunos llaman “oratoria forense”*

Piero CALAMANDREI *Elogio de los jueces escrito por un abogado* (Ed. EJEAs Bs. Aires 1969, pág. 76)

**SINTESIS:** La insolvencia de una sociedad es una cuestión asumida por el derecho societario, ante lo cual el concurso es una vía residual de afrontarlo, de alto coste. No obstante los socios intentan en su beneficio que la crisis, de magnitud, sea soportada por los acreedores a través de quitas.

**INDICE:** PREAMBULO, donde intentamos presentar el problema en la República Argentina y mostrar dos posiciones para enfrentar la insolvencia societaria, presentando brevemente la base de esas escuelas antagónicas. I - LA LEGISLACIÓN CONCURSAL ARGENTINA sobre la que se realiza una apreciación crítica. II – LA NORMATIVA SOCIETARIA, su carácter imperativo y el temario unido al HOMENAJE. Donde se exponen las enseñanzas de Emilio Beltrán conforme su metodología: 1. *Preconcursalidad*. 2. *Causal de disolución. Pérdida del capital social*. 3. *Normas imperativas*. 4. *Pérdida del capital social e insolvencia*. 5. *Deberes de los administradores. a. y b. sobre responsabilidad*. III. *LAS CRISIS SOCIETARIAS* que abordamos siguiendo la metodología preexpuesta: 1. Normas imperativas. 2. Preconcursalidad. 3. Deberes de los administradores. ¿A cargo de quién la conservación de la empresa? ¿será de los acreedores? 4. Planificación. 5. Capital. Función de garantía ¿servirá para algo? a. pérdida, b. reintegro, c. capitalización del pasivo. 6. Responsabilidad. Puntos donde se desbroza la legislación societaria argentina y sus implicancias frente a la crisis. IV – IV – EFECTOS DE LA POSICIÓN. LA CRISIS ¿CESACIÓN DE PAGOS E INSOLVENCIA? INTELIGENCIA SOCIETARIA Y CONCURSAL abordando efectos de las conclusiones anteriores y perfilando el abuso de derecho y fraude a la ley en caso de quitas. V -LA CUESTIÓN EN UN FALLO DE LA CORTE ARGENTINA, apuntando un obiter dictum del que no se habla pues destruiría la estrategia de la práctica concursal basada en traspasar el costo de la reorganización societaria a los acreedores. VII – Introduciendo al debate, que es siempre un desafío y un compromiso con la congruencia de pensar en derecho.

-----

---

<sup>1</sup> Acercamos referencias de nuestros trabajos omitiendo referencia de autoría. Otros pueden consultarse en la página web de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba [www.acaderc.org.ar](http://www.acaderc.org.ar)

<sup>2</sup> Profesor Emérito de la Universidad Nacional de Córdoba, República Argentina; Miembro de Número de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba; ex Vicepresidente Académico del Instituto Iberoamericano de Derecho Concursal –sede México-.

## PREÁMBULO.

La convocatoria para intervenir<sup>3</sup> –integrando un homenaje- tiene una especial terminología, a la que respondemos en la composición del título.

Se trata de trabajar sobre la vigencia y práctica de las soluciones negociadas como respuesta a las crisis empresariales y como instrumento de prevención de éstas (concordatos preventivos, acuerdos de refinanciación, de reestructuración, acuerdos extrajudiciales de pagos, etc.), insertándonos en un libro colectivo que pretende recoger el estado de la cuestión en distintos países, atendiendo –en nuestro caso- tanto al estado de la legislación como a la práctica existente, en la República Argentina, y lo hacemos recordando ideas de Emilio Beltrán, tratando de mostrar que respecto de sociedades la legislación intenta evitar las soluciones judiciales concursales.

1. En nuestro derecho las acciones en torno a la crisis y conservación de la empresa suelen ser **tardías**. Nos referimos concretamente a la empresa desarrollada por una sociedad comercial como forma de cumplimiento del objeto social. Ante la crisis, en el período preconcursal, los administradores no adoptan previsiones adecuadas impuestas por la ley societaria. En los concursos judiciales (o en los extrajudiciales que requieren homologación judicial) no se exigen medidas que aseguren que la empresa ha de continuar, y en la quiebra no existe un sistema adecuado a tal fin, ni la razón de incumplir las normas societarias. La práctica es contra derecho<sup>4</sup>.

“La problemática gira hoy en torno a encontrar los mecanismos que permitan ...reestructuración de medios productivos y de deuda en el menor tiempo, con el menor costo y el menor perjuicio para el patrimonio, lógicamente dentro de un sistema justo y equilibrado...el muestreo estadístico de la Banca de Italia demuestra que más de un tercio del crédito sujeto a fenómenos de insolvencia encuentran solución mediante procedimientos extrajudiciales”<sup>5</sup>.

2. Muchas técnicas se han introducido para ello en la legislación concursal desde el año 1995 cuando se promulgó la **ley 24.522** en el año 1995 de concurso preventivo y quiebra: el acuerdo heterónimo que permite a terceros hacer propuestas de acuerdo, y que la propia sociedad concursada intervenga en una segunda oportunidad; la conversión de la quiebra –incluso la pedida por la propia deudora- en concurso. De diligencia nada. La doctrina concursalista, que trata en la República Argentina las “crisis empresarias”, centra su atención en las soluciones judiciales concursales, inclusive las

<sup>3</sup> Agradecemos al Catedrático de Zaragoza José Antonio García-Cruces por habernos convocado, decisión que no creemos que haya sido inocente, pues tiene pleno conocimiento de nuestra posición en aspectos de la insolvencia societaria, ante la existencia en Argentina de dos escuelas evidenciadas en el Congreso Iberoamericano de Derecho Concursal, realizado en Rosario, donde homenajearon a Ariel A. Dasso y a nosotros, como representantes de dos posiciones antagónicas. Mi gran amigo el jurista Ariel A. Dasso tiene a bien informarnos de las últimas novedades del Derecho Concursal comparado, entendiendo ese derecho como autosuficiente, siendo nuestro menester acotar ese derecho en caso de crisis de sociedades con las previsiones imperativas de la legislación societaria específica. En ese Congreso Dasso intentó sostener con preguntas a García-Cruces que la legislación española había acotado la responsabilidad de administradores societarios, obteniendo una contundente respuesta en contrario

<sup>4</sup> “El contra derecho: las normas imperativas del derecho societario” con Juan Carlos VEIGA, en *El Derecho Societario y la Empresa en el Tercer Milenio*, XII CONGRESO ARGENTINO DE DERECHO SOCIETARIO, VIII CONGRESO IBEROAMERICANO DE DERECHO SOCIETARIO Y DE LA EMPRESA, 25 al 27 de septiembre de 2013, Ed. Universidad Argentina de la Empresa y Cámara de Sociedades Anónimas, tomo I pág. 161.

<sup>5</sup> BUSSETTO, Adalberto L. “Los renovados convenios de refinanciación {on españoles y el acuerdo preventivo extrajudicial argentino” en *Revista de los Contratos, los Consumidores y Derecho de la Competencia*, Ed. Legis, Buenos Aires 2013, año 4, 2013 n° 3, págs.. 11 y 12.

llamadas “extraconcursoales” o acuerdos preventivos extrajudiciales. De cumplir la ley societaria nada.

**3.La práctica concursal** basa el éxito de la presentación en concurso en haberlo preparado rápidamente con la obtención de recursos financieros al margen de la buena fe, pérdida habitual de los libros y documentación contable, intentando que la minoría de los acreedores puedan verificar sus créditos y, por tanto, intervenir en la aprobación de un acuerdo predatorio -con importantes quitas de más del 60% unidas a períodos de espera y pagos diferidos a más de 10 años en contextos de alta inflación-, interviniendo en su aprobación (para lograr ajustada mayoría) terceros cesionarios de créditos<sup>6</sup> – incluso con garantía hipotecaria- que sorpresivamente renuncian al derecho real u otros privilegios para aceptar el inicuo acuerdo. Esto, si bien ostensible, no es analizado para decidir la homologación judicial.

No se publicita la tesis que la solución concursal es el último recurso –que sustentamos, refrendada por la Corte Suprema de la Nación- que comentaremos.

**4.DOS ESCUELAS.** La problemática se plasma en dos escuelas<sup>7</sup>. Una absolutamente especialista, que excluye otras normativas para requerir sólo la aplicación de la ley concursal, y otra basada en la preeminencia de las normas societarias para atender los problemas de la insolvencia societaria.

Ernesto Martorell formaliza una imperdible apreciación en un Tratado bajo su dirección<sup>8</sup>, constituyendo una autopsia de la legislación concursal desde el año 1995, pero con agudísimas referencias al uso desviado y antijurídico del proceso concursal, o de la supuesta versión “extrajudicial” del APE (acuerdo preventivo extrajudicial): “...todos conocemos lo grave que significó para una comunidad con un nivel de moral colectiva tan bajo como el que ya existía en ese momento en nuestro País, la castración de las acciones de responsabilidad... autores tan serios como Bergel o Maffia hablaron del *réquiem* de estas acciones para beneplácito de los *pillos*. No menos grave fue el mantener *intocada* la normativa referida a la extensión de la quiebra, dejándose librados a síndicos y damnificados a tener que enfrentar a *picaros aggiornados* que utilizan mecanismos de máxima sofisticación para estafar ... ampliando aún más la situación de significativa impunidad que se otorgó a los comerciantes y empresarios inescrupulosos *carta blanca* para delinquir...nadie ignora que su empleo generalmente se ha venido dando desde entonces siempre en situaciones sospechadas de fraude en las que el *cramdista*...por lo común terminaba siendo un allegado al cuasi-fallido *pillo*, que desembarcaba como tal –tras fracasar como concursado– a través de una sociedad *off shore* o de un amigo de turno, cuando no del *testaferro* de estilo...corresponde evaluar qué actitud asumió nuestra veleidosa *comunidad jurídica* frente a aquella crisis, y como acompañó las situaciones posteriores, ante institutos tan bochornosos como el APE...y harto peligrosos... nuevamente recurro a Cámara: *El principio de conservación de la empresa no constituye una patente de corso para la gestión empresarial*... los APE fueron utilizados para convalidar verdaderos despojos...”.

<sup>6</sup> “EN TORNO A LA ADHESION A PROPUESTAS CONCURSALES”, en Revista de Derecho Comercial, del Consumidor y de la Empresa, Ed. La Ley, Año II, nº 3, Junio 2011, Buenos Aires, pág. 41 y ss..

<sup>7</sup> Plantea la existencia de dos escuelas la concursalista y la constructivista BARACAT, Edgar J. “EL DESVANECIMIENTO DE LOS PROCEDIMIENTOS ORTODOXOS PARA ABORDAR LA INSOLVENCIA DE LAS PERSONAS FÍSICAS Y EMPRESAS.- ¿UN GIRO DEFINITIVO HACIA EL PRIVATISMO?”, en Revista de Derecho Comercial y de la Empresa, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2ª quincena diciembre 2011. El Prof. Baracat es Ministro de la Cámara Comercial de Rosario e inveteradamente preside o es ponente general en la Comisión de Derecho Procesal Concursal de los Congresos de Derecho Procesal.

<sup>8</sup> *LEY DE CONCURSOS Y QUIEBRA COMENTADA*, AAVV, Ernesto E. MARTORELL Director, Ed. La Ley, Buenos Aires, mayo 2012, 5 tomos (págs. 1016, 936, 846, 1129 y 1463 respectivamente).

5. Paradójicamente señala Dasso<sup>9</sup> -máximo representante de la primera escuela- 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; pero postulando que sean los acreedores y no los socios los que asuman la crisis.

6. Nosotros, desde la segunda, abogamos por la "conservación de la empresa" a través del medio técnico de su organización o sea desde la normativa de la legislación societaria que previene imperativamente la crisis.

En la perspectiva del derecho societario, el fenómeno de la reorganización puede ser afrontado con operaciones referidas al aumento de capital, participaciones u opciones para superar la crisis. A diferencia de la constitución de la sociedad, la fase de la reorganización afecta no sólo a los suscriptores del capital sino a una pluralidad de sujetos extraños a la sociedad, pudiendo llegar a quedar en sus manos las decisiones sociales<sup>10</sup>.

Actuamos dentro del parámetro apuntado por Truffat<sup>11</sup>: "Hace años que con la colaboración de queridos amigos, venimos señalando que –al menos en el derecho argentino "soplan nuevos vientos". Y, de modo muy notable, ello ocurre en el ámbito societario y concursal ... Este escenario novedoso ... nos impone: *pensar el derecho*. Pensar en clave colectiva en pos de articular soluciones...La "concursalidad" en tanto técnica jurídica es, básicamente, una regla de reparto de pérdidas frente al fenómeno insidioso de la *cesación de pagos*. Su norte es evitar la propagación de tal fenómeno – ...Pero además, y el tema toma otro cariz en vía preventiva, cuando se está frente a un sujeto recuperable..., cuando está en juego la preservación de fuentes de trabajo.... Este (o sus propietarios) no podrán, o –al menos- no deberán, "hacer negocio" de tal contribución colectiva, pero sí recibirán de tal esfuerzo común la provisión de condiciones mínimas para superar el mal momento (o, al menos, lo recibirá la empresa, si la solución consistiera entre otras medidas en el cambio de titulares). Un concurso rehabilitatorio que no contemple un "sacrificio compartido" sería un abuso. Pero un concurso que intente que todo el padecer recaiga exclusivamente sobre los hombros del vector infectado por cesación, concluirá en un fracaso.... No es aquí el lugar para debatir sobre la necesidad de mecanismos de prevención y soluciones "autocompuestas", básicamente de orden intrasocietario, en los que tanto ha trabajado algún sector de la doctrina argentina –cuyo bastonero ha sido, claramente, el maestro Efraín Hugo Richard...La funcionalidad y la legislación societaria tienen hoy normas y recursos que permiten reencauzar las crisis patrimoniales. Son fundamentales las previsiones en torno a cómo debe procederse cuando se detecten o produzcan causales de disolución, facilitando la remoción de la vinculadas a aspectos patrimoniales las de aumento o reintegración del capital social, aumento por capitalización de pasivos,

<sup>9</sup> DASSO, Ariel A. "Derecho Concursal Comparado", tomo 1, Ed. Legis, Buenos Aires 2009, 804 páginas.

<sup>10</sup> GUERRERA, Fabrizio, MALTONI, Marco *Concordati giuziali e operazioni societarie di "riorganizzazione"* en "Revista delle società" anno 53, 2008 p. 22/3, D'ALESSANDRO A. *La crisi delle procedure concursali*, pág. 355; STANGUELLINI *Creditori forti e governo della crisi d'impresa*, Fallimento 2006, 145 ss..

<sup>11</sup> TRUFFAT, E. Daniel "El derecho concursal en los tiempos de la *Gran Contracción*", comunicación al V Congreso Iberoamericano de Derecho Concursal, organizado por Stefania Pacchi y para el Instituto Iberoamericano de Derecho Concursal en Montepulciano –Italia, Septiembre de 2009-, donde asumió su Presidencia la argentina Lidia Vaiser.

solución esta última que debería anticiparse a la apertura de cualquier concurso, como lo hace la ley concursal de Colombia, vinculando ambas legislaciones<sup>12</sup>”.

Sobre esos aspectos discurriré en lo que llamamos la preconcursalidad societaria o la solución negociada extrajudicial<sup>13</sup>.

#### \*I - LA LEGISLACIÓN CONCURSAL ARGENTINA.

Dasso en el Capítulo II del tomo I de su *Derecho Comercial Comparado* describe que la legislación argentina se compone por la “Estructura metodológica del concurso preventivo y del acuerdo, del concurso del grupo y del garante, la conversión de la quiebra en concurso, el proceso de quiebra, acciones de recomposición patrimonial, extensión de la quiebra, continuación de la empresa y cooperativas de trabajo, liquidación y distribución, privilegios, rehabilitación y conclusión de la quiebra”, conforme la normativa nacional integrada por sus repetidas reformas a partir de la ley 24522.

Esa ley refiere un sistema judicial de APEs, donde pueden excluirse dos principios procesales: 1. Universalidad patrimonial y unicidad procesal, y 2. Concursalidad o colectividad de acreedores. Así dispone el art. 69 reformado por ley 25589 “Legitimado. El deudor que se encontrare en cesación de pagos o en dificultades económicas o financieras de carácter general, puede celebrar un acuerdo con sus acreedores y someterlo a homologación judicial”. El mismo es obligatorio para los que lo firmen aunque no medie homologación judicial “salvo convención expresa en contrario”. Homologado obliga a todos los acreedores quirografarios (art. 76).

Indebidamente no se integra el sistema concursal con la del sujeto en crisis<sup>14</sup>, y particularmente del que centra la atención de los políticos, los juristas y la realidad: la empresa organizada como sociedad, cuyas normas se encuentran en la legislación específica (Ley de sociedades comerciales n° 19550 del año 1972 –en adelante LSA., con leves integraciones en el año 1983), con soluciones similares en el derecho comparado<sup>15</sup>.

Por ello resulta sorpresivo para el análisis que las sociedades requieran los remedios concursales sin que se advierta que han intentado las previsiones societarias, que hacen tanto a la asunción temprana de la crisis<sup>16</sup>, a la infrapatrimonialización<sup>17</sup> o a la pérdida del capital social<sup>18</sup> e insolvencia<sup>19</sup>. En materia concursal, en la jurisprudencia y doctrina argentina, se suele aceptar que la deudora no tenga ni presente ningún plan

<sup>12</sup> Sigue la cita: “La conservación de la empresa estructurada societariamente es un problema de los administradores y de los socios. Es una cuestión de derecho privado...”, E.H. Richard “Ensayo sobre axiología del derecho concursal”, en RDCO Nro. 235, marzo/abril 2009, pág. 315 [la cita es de pág. 379]

<sup>13</sup> De estos problemas presentamos una visión sistémica en *Insolvencia societaria* Ed. Lexis Nexis, Buenos Aires 2007. y luego en *Perspectiva del derecho de la insolvencia* Ed. Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Córdoba 2010, en cuya presentación expresamos que “además de rendir cuentas de nuestra gestión –como ex primer Vicepresidente Académico del Instituto Iberoamericano de Derecho Concursal con sede en México-, tratamos de presentar nuestra sistemática constructivista sobre la insolvencia, particularmente, la societaria...”.

<sup>14</sup> No se habla de las previsiones en la legislación societaria general para evitar la crisis. Existe legislación concursal específica para las sociedades que desarrollan ciertos objetos como el financiero, seguro, actividades deportivas, prensa.

<sup>15</sup> “Preconcursalidad societaria” Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal, Editorial La Ley, España, RcP 20/2014. +

<sup>16</sup> BORETTO, Mauricio “Responsabilidad por presentación tardía en concurso o agravamiento de la insolvencia” en *Tratado de los conflictos societarios*, libro colectivo director Daniel Drupat, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires 2013, tomo III pág. 2041 y ss..

<sup>17</sup> BORETTO, Mauricio “Responsabilidad por infracapitalización” en *Tratado de los conflictos societarios* cit. tomo III pág. 2095 y ss..

<sup>18</sup> “Pérdida del Capital Social y Concurso” en *Doctrina Societaria y Concursal*, Ed. Errepar, n° 274, septiembre 2010, pág. 1009.

<sup>19</sup> “Conflictos societarios e insolvencia” en *Tratado de los conflictos societarios* cit. tomo III pág. 2794.

para superar la crisis<sup>20</sup>, ni que se haya dotado adecuadamente el patrimonio de la sociedad genéticamente<sup>21</sup> ni intentado hacerlo cuando se publicitó inexorablemente su insuficiencia en la aprobación de balance, ni haber hecho algún intento de los previstos en la ley de organización societaria para asumir concretamente la dificultad.

Se escapa a la realidad, todo emprendedor tiene un plan, y lo reprochable es que lo oculte, quizá para que no se adviertan actos censurables o ilegales para que la crisis, la insolvencia, la asuman acreedores, transformando la crisis en un gran negocio para los socios o accionistas<sup>22</sup>.

## II – NORMATIVA SOCIETARIA, CARÁCTER IMPREATIVO Y TEMARIO UNIDO AL HOMENAJE.

Homenajeamos a Emilio Beltrán –distinguido jurista y amigo de tantos años, vinculado al Instituto Iberoamericano de Derecho Concursal del que fue su último vicepresidente académico, sucediéndonos a nosotros y al uruguayo Israel Creimer.

Nuestro homenajeado apuntaba con claridad la solución desde el punto de vista societario, al comentar la legislación española del año 1991, en visión señera y que marca los ejes de este ensayo.

Repasemos esa metodología:

### 1. Preconcuralidad

Respecto a la pérdida del capital social y las normas específicas de la legislación del medio técnico organizativo, la doctrina española –Emilio Beltrán en 1991 y conforme la ley entonces vigente- **calificó la solución como preconcursal**<sup>23</sup>, sosteniendo que para evitar que la sociedad llegue al estado de insolvencia, el legislador ha establecido un mecanismo preventivo consistente en obligar a la sociedad a disolverse o adoptar medidas sustitutorias de saneamiento financiero cuando se produzcan pérdidas graves, amenazando con importantes sanciones a los administradores si esto no se produce – sustancialmente ello no ha cambiado pese a las posibilidades de concursarlas-.

“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

<sup>20</sup> *Perspectiva del derecho de la insolvencia* libro cit., “Integración de propuesta de acuerdo (en concurso preventivo de sociedad)” en *Doctrina Societaria y Concursal*, Noviembre 2008, pág. 1081; “¿Abusos en el proceso concursal?” en *La Ley* 24 de diciembre de 2008; “Integración de la propuesta de acuerdo en concurso societario (en torno a reciente fallo señero)” en *Jurisprudencia anotada de RDCO* n° 234, Enero Febrero 2009, Ed. Abeledo Perrot, pag. 79.

<sup>21</sup> Nto. “El capital social y la responsabilidad limitada” en *Estudios Jurídicos* publicación de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica de Uruguay, n° 3 – 2007-, Uruguay, págs. 163/202.

<sup>22</sup> Así puede verse el caso del Acuerdo Preventivo Extrajudicial de Multicanal S.A., donde inmediatamente de homologado el APE referido sólo a las obligaciones negociables, el balance de la sociedad dio un resultado positivo de más de Mil ochocientos millones de pesos (seiscientos millones de dólares) que se repartieron inmediatamente entre los socios, y que no provenía del resultado ordinario de la explotación ordinaria. Por otra parte toda quita o espera a los acreedores beneficia directamente a los socios. En similar sentido PALACIO LAJE, *Carlos Delitos de vaciamiento de empresa*, Editorial Marcos Lerner, Córdoba 2002. En el concurso en trámite de Transportadora Gas del Norte la ANSES ha denunciado la existencia de ganancias por casi trescientos millones de pesos que invalidan la pretensión de lograr una quita compulsiva de los acreedores a través de un negocio de mayorías (acuerdo).

<sup>23</sup> El uso de negrita para resaltar el texto es un recurso que nos corresponde aquí y en sucesivas intervenciones.

sin llegar a la insolvencia, amenazando con graves sanciones a los administradores si esto no se produce”<sup>24</sup>.

La solución con matices especiales no es muy diferente en nuestros países.

### 2. Causal de disolución. Pérdida del capital social.

“Se ha asignado a esta disolución por pérdidas, que encuentra su origen en el modelo francés (art. 241 de la Ley de Sociedades Comerciales francesa), **una función anticipadora y preventiva de situaciones de insolvencia**, pues el déficit patrimonial que se contempla en el art. 260.1.4. -de la ley societaria española- no es en relación al pasivo exigible, sino el relación al capital nominal, en una situación grave... **no parece de nuevo que deba ser el concursal un ámbito empleado prioritariamente para la reorganización empresarial**”<sup>25</sup>.

La normativa societaria tiene claras soluciones en las legislaciones mundiales en orden a situaciones vinculadas a la insolvencia, que actúan como causales de disolución: la pérdida del capital social, o la imposibilidad sobreviniente de cumplimiento del objeto social cuando esta deviene de un problema de infrapatrimonialización, aunque no medie pérdida del capital social (p.ej. sobreendeudamiento, o falta de correlación entre pasivo y activo corriente, flujo de caja). “...**parece razonable pensar que la quiebra de una sociedad anónima –o limitada o comanditaria por acciones- debería convertirse en una institución residual, ya que el sistema preconcursal previsto legalmente debería ser suficiente para impedir que la sociedad llegase a ser insolvente...**”, amonestaba nuestro homenajeado<sup>26</sup>.

“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 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)”. Es advertible la función de prevención de las crisis y de la concursabilidad.

3. *Normas imperativas*: “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...”<sup>27</sup>.

4. *Pérdida del capital social e insolvencia*. Equipara el desbalance contable a la insolvencia, que es un **“mecanismo de anticipación exclusivamente societario”**. Las pérdidas cualificadas acaecen cuando dejen “reducido el patrimonio a una cantidad

<sup>24</sup> DÍEZ ECHEGARAY, José Luis *Deberes y Responsabilidad de los Administradores de Sociedades de Capital*, 2006, Ed. Thomson-Aranzadi 2ª edición, Navarra, p. 387-

<sup>25</sup> PULGAR EZQUERRA, Juana “Las pérdidas...” cit. págs. 38 y 41, esto último en forma coincidente con la jurisprudencia de nuestra Corte en el caso Comercial del Plata S.A..

<sup>26</sup> BELTRAN SANCHEZ, Emilio *La responsabilidad por las deudas sociales de administradores de sociedades anónimas y limitadas incursas en causa de disolución* en libro colectivo “La responsabilidad de los administradores de sociedades de capital” director Juan Bolás Alfonso, Consejo General del Notariado, Madrid 2000 pág. 154.

<sup>27</sup> BELTRÁN, Emilio “La disolución de la sociedad anónima”, *Estudios de Derecho Mercantil*, Ed. Civitas, Madrid 1991, págs. 138/9.

inferior a la mitad del capital social, a no ser que éste se aumente o se reduzca en la medida suficiente”, imponiendo a los administradores el deber de convocar a junta general en el plazo de dos meses desde la concurrencia de la causa de disolución, para que sean los socios los que decida si continúan con la actividad empresarial eliminando la causal o si optan por disolver la sociedad, debiendo en caso contrario los administradores solicitar la disolución judicial o el concurso si hubiere causales para ello.

5. *Deberes de los administradores. Responsabilidad.* Enfatizó Beltrán<sup>28</sup>: “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”. Las enseñanzas de Beltrán llevan a referirse a la imperatividad de las normas del derecho societario para afrontar ciertas crisis, las obligaciones de administradores y socios, y que la regulación concursal se limitaría a la cesación de pagos, mientras la insolvencia es abordada por la ley societaria.

Se comenta<sup>29</sup> que “Constituye un extremo sin precedentes en el derecho comparado” la posibilidad de embargo de bienes de los administradores de personas jurídicas, o sea de sociedades, previsto en el art. 48 ter.”. La ley de sociedades de capital de España en los arts. 225 y 226 determina las funciones y deberes de los esos administradores, y la responsabilidad en el art. 236, previendo acción de terceros y socios contra ellos por daños directos (art. 241), y los indirectos –por daños al patrimonio social- puede promoverlos el tercero acreedor social ante el patrimonio insuficiente de la sociedad si la sociedad y los socios no la promueven. El art. 100 de esta ley condiciona la homologación de un acuerdo a que la quita no supere la mitad de cada crédito y la espera no exceda los 4 años.

a) España aparentemente habría debilitado la respuesta societaria, imponiendo que de no capitalizarse la sociedad, los administradores para no asumir responsabilidad deben presentar en concurso a la sociedad. Ello implica que el esfuerzo por capitalizar a la sociedad se puede trasladar a los acreedores por resoluciones mayoritarias.

b) A nuestro entender –y desde una visión de principios del derecho- ello no descarta que: 1° se pueda atribuir responsabilidad a administradores si contrataron a sabiendas de las dificultades económicas que padecían, el factor de atribución será la culpa o el dolo, y no meramente el incumplimiento de la norma de capitalización, y 2° reconociendo que la quita a los acreedores implica un enriquecimiento de los socios, pueden pensarse en que el concurso es una suerte de abuso de derecho, del que nace la posibilidad de acciones por control abusivo. La cuestión se paliaría, en ambos casos, en la capitalización del pasivo, total o parcial, sea en procedimiento preconcursal o concursal.

De las enseñanzas de Beltrán resulta el abordaje metodológico de este ensayo, conforme va de seguido.

### III - LAS CRISIS SOCIETARIAS.

1. *La imperatividad de las normas del derecho societario*, sostenida por Beltrán, como aspecto liminar de la integración, resulta en nuestro país indubitable.

<sup>28</sup> BELTRÁN, Emilio *La responsabilidad por las deudas sociales* en “La responsabilidad de los administradores”, dirigido por A.Rojo y E.Beltrán, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia 2005, cap. 6, pág. 213.

<sup>29</sup> DASSO, Ariel A. *Derecho Concursal Comparado*, tomo III, Ed. Legis, Buenos Aires 2012, pág. 262.



El proyecto de reformas del Código Civil y Comercial en Argentina tornaría innecesario distinguir entre orden público y normas imperativas en cuanto a la inderogabilidad de estas últimas por conductas de los administradores o socios. Lo determina el artículo 12 del Título Preliminar que refiere al “Orden público” y al “Fraude a la ley”, disponiendo: “Las convenciones particulares no pueden dejar sin efecto las leyes en cuya observancia esté interesado el orden público. El acto respecto del cual se invoque el amparo de un texto legal, que persiga un resultado sustancialmente análogo al prohibido por una **norma imperativa**, se considera otorgado en fraude a la ley. En ese caso, el acto debe someterse a la norma imperativa que se trata de eludir”. Distingue orden público de normas imperativas: respecto al primero para impedir pueda dejarse de lado, y respecto a ambos supuestos para sancionar el fraude a la ley. En el mismo sentido el actual art. 21 CC argentino del Título Preliminar.

Cuando se compromete la continuidad del giro empresario –objeto de la sociedad- aparece un orden público social: la conservación de la empresa por el efecto social y económico en la región, y la conservación del empleo. No hacerlo significaría afectar el orden público<sup>30</sup>. La jurisprudencia sigue a prestigiosa doctrina, coincidiendo que el orden público es el “conjunto de principios eminentes a los cuales se vincula la digna subsistencia de una organización social establecida que no pueden ser alterados por la voluntad de los individuos” (Código Civil: 21, conf. Llambías, J.J. “Tratado de derecho civil- Parte General”, t. I, nros. 184, 195 y 197, pgs. 158, 163 y 197, ed. 1973).

Como conclusión: las normas imperativas de la ley societaria –al margen de si constituyen o no reglas de orden público-, son inderogables, y su apartamiento constituye un fraude a la ley<sup>31</sup>.

*2.La preconcursalidad. Las previsiones imperativas de la ley societaria son “preconcursoales”. Para Argentina<sup>32</sup> rigen los arts. 94 inc. 5°, 96 y 99 LSA.*

Tenemos un régimen más liberal que el español, recién se genera la causal de disolución cuando el balance indica la pérdida de la totalidad del capital social (art. 94 inc. 5 LSA, imponiendo el reintegro o la capitalización si se quiere evitar la liquidación, art. 96 LSA y la responsabilidad solidaria de administradores y socios en su caso –art. 99 LSA<sup>33</sup>, no previendo la eventualidad del concursamiento, ni plazo alguno para la realización de la reunión de socios, naciendo la responsabilidad inmediatamente de constatada la causal .aprobación de balance con patrimonio neto neutro o negativo.

Resulta paradójico que la doctrina concursalista ni en fallos judiciales en torno a si los acuerdos concursales son abusivos o no para proceder a homologarlos, no citen siquiera las normas societarias que prevén la crisis y tornan abusivas esas propuestas, cuando no en fraude a la ley societaria<sup>34</sup>.

<sup>30</sup> La CNCom Sala E en sentencia del 12 de octubre de 2012 en “Achinelli, Alberto P. c/ Agropecuaria Los Molinos S.A. y otro” consideró afectado el orden público societario por una violación de competencia del órgano de gobierno por el órgano de administración (Newsletter Derecho Comercial 11.03.2013, Abeledo Perrot).

<sup>31</sup> Las comunicaciones recopiladas en el libro colectivo + Mar del plata.

<sup>32</sup> “Disolución por pérdida del capital social y concurso”, en Anales de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Año Académico 2010, pág. 37. Ed. Academia, Córdoba 2011.

<sup>33</sup> “El art. 99, ley 19.550, y causales de disolución de sociedades (de cómo evitar la responsabilidad ante la insolvencia societaria” en Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires 2013, 260-265 sección doctrina.

<sup>34</sup> En libro colectivo *El Abuso y el Fraude en el Derecho Societario, Concursal y del consumidor* publicación de FIDAS, Ed. Legis, Buenos Aires noviembre 2013, puede verse “Abuso del derecho societario; ¿puede concursarse una sociedad declarando su insolvencia” pág. 337; “Abuso en el proceso concursal al derecho societario: las quitas en concurso de sociedades”, pág. 381; “Abuso al Derecho Societario: infracción a la función de garantía del capital social”, pág. 155; “Abuso del Derecho Concursal:: la tercera vía en el concurso de sociedades”, pág. 417; “Abuso de derecho en juicios de concurso

Truffat<sup>35</sup> se ha enrolado en una posición integradora del sistema jurídico: “La pérdida de autosuficiencia del Derecho Concursal y su necesaria integración no solo con normas supralegales de base constitucional, sino con el derecho positivo clásico y con los “nuevos derechos” (defensa del consumidor, normas de prevención de origen espurio de los capitales, defensa de la competencia, etc.), impacta radicalmente sobre los criterios y enfoques que deben presidir el “diseño” de cada solución concursal y de los acuerdos que a través del concordato se busquen instrumentar.... Mi generación se formó con ciertas teóricas ideas (que eran más “prejuicios” que auténticas expresiones de racionales) sobre la completividad de tales cuerpos normativos.... Claramente se integró el derecho concursal con las normas directrices del derecho civil. ... En el área concursal los jueces nacionales se encargaron de remarcar que el derecho concursal “no es una isla””.

Miguel C. Araya<sup>36</sup> remarca el carácter preconcursal de las normas del derecho societario sobre pérdida del capital social “que es un concepto jurídico/contable y la ley impone que los administradores disuelvan; ... El derecho de sociedades no es ajeno a la crisis económica de la empresa. El régimen de pérdida de capital social... y la exigencia de adoptar medidas alternativas ante esa pérdida... revelan esa preocupación del legislador societario, al imponer deberes a los administradores y accionistas, como prevención a la crisis de insolvencia.

La reorganización societaria hace pensar en administradores diligentes<sup>37</sup> 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.

Se trata, a la postre de situaciones de desequilibrio que ponen en peligro la supervivencia de una organización<sup>38</sup>, de una sociedad.

Resulta sorprendente que sociedades requieren los remedios concursales sin que se advierta que han intentado los remedios societarios, con la capitalización- o ya insolvente requiere una decisión del órgano de gobierno para ratificar el juicio universal, partiendo de la situación patrimonial determinada al tiempo de presentación en concurso preventivo conforme un balance extraordinario<sup>39</sup>.

preventivo de sociedades”, pág. 357; “Abuso al Derecho Concursal:: presuntado resultado de liquidación para homologar acuerdos confiscatorios en concurso de sociedades”, pág. 407.

<sup>35</sup> Lo hizo el hoy ex Vicepresidente del Instituto Iberoamericano de Derecho Concursal –sede México, por imposición estatutaria de no reelección-, E. Daniel TRUFFAT en el VIII Congreso del Instituto Iberoamericano de Derecho Concursal, México D.F., 17 a 19 de mayo de 2012, con el título “Sobre los concursos a medida, a la luz de la actual realidad normativa”.

<sup>36</sup> “La función preconcursal del régimen de pérdida del capital social” en *VI Congreso Argentino de Derecho Concursal IV Congreso Iberoamericano sobre la Insolvencia*, Rosario 27/29 de septiembre de 2006, Rosario 2006/8, tomo II págs.. 25/32, y luego el debate en tomo IV pág. 286.

<sup>37</sup> “¿Reorganización societaria o concursal ante la crisis? (un “obiter dictum” de la Corte)” en libro colectivo AAVV “Reestructuración y Reorganización Empresarial en las Sociedades y los Concursos”, publicación del Instituto Argentino de Derecho Comercial – 2010, Director Martín Arecha, Vicedirectora Laura L. Filippi, Ed. Legis, Buenos Aires 2010, págs. 3 a 78.

<sup>38</sup> CICHERO, Liliana *Las crisis empresariales y el acuerdo preventivo extrajudicial homologado* en *La Ley Actualidad*, página 1 del diario del 15 de marzo de 2001.

<sup>39</sup> “La ricapitalizzazione della società in crisi o insolvente richiede anzitutto, partendo della domanda di concordato preventivo o della dichiarazione di fallimento, l’elaborazione di un bilancio ordinario infrannuale o straordinario, redatto secondo criteri contabili consoni alle prospettive della ristrutturazione risultanti dal piano collegato alla proposta di concordato (Cfr. COLOMBO, G.E. *Bilancio d’esercizio e consolidato*, in *Trattato delle società per azioni*, diretto da Colombo G.E. e Portale, G.B. 7ª, Torino 1994, 28 ss.; M. CARATTOZZOLO, *I bilanci straordinari*, Milano, 1996, 579 ss.; AFAMENI, P. *Perdita del capitale bilancio straordinari*, Milano 2004, 23 ss., 97 ss.. Tale “piano” potrà preveder infatti, secondo i casi, la continuazione dell’impresa, la dismissione di latuni cespiti o rami diazienda in funzione del suo risanamento e anche la totale cessazione dell’attività, nell’ottica di una liquidazione volontaria,

Se enfatiza<sup>40</sup> “... pasar a ser un agente insolvente no es más que una decisión”. Decisión que muchas veces se adopta en la constitución misma de una sociedad, o traspasando los riesgos a otros agentes –p.ej. obligacionistas- y luego manteniendo conductas para maximizar las ganancias haciendo soportar el riesgo de la insolvencia a los acreedores,...entendemos que el agente en cuestión decidirá ser insolvente cuando ello le sea más beneficioso que no serlo”, tal situación se advierte en las sociedades cuando no adoptan los administradores y los socios si son llamados a hacerlo, las medidas societarias para paliar la crisis.

Se dice que cuando existen dificultades los socios ya no tienen interés de poner más dinero, pero tampoco se invita a los acreedores a participar en el negocio, y si se requiere a éstos un sacrificio –la quita concursal- que al alterar la composición del patrimonio –disminución del pasivo- les enriquece directamente, además de hacer desaparecer la causal de disolución.

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<sup>41</sup>.

### 3. *Deberes de administradores. Conservación de la empresa ¿a cargo de quién?*

La conservación de la empresa estructurada societariamente es un problema de los administradores y de los socios<sup>42</sup>. Es una cuestión de derecho privado. Obviamente que tal reorganización podría ser asumida directamente internamente en la sociedad o, posteriormente –con mayores costes- en una propuesta de acuerdo preventivo extrajudicial o judicial. La conservación de la empresa es un problema primario de sus administradores y propietarios, una cuestión de derecho privado.

Se justifica el principio de conservación de la empresa a través del método indirecto de conservar la sociedad, removiendo la causal de disolución a fin que pueda seguir cumpliendo el objeto, forma de darse la empresa y su conservación, al entender que existen intereses superpuestos al de los socios y de sus acreedores, cual son los empleados, la organización del mercado, la riqueza nacional, la comunidad donde está inserta la empresa, etc.. El derecho societario brinda adecuadas tutelas para que la sociedad pueda cumplir su objeto, elemento contractual en cuyo cumplimiento convergen y se subsumen los intereses individuales de los socios y que sirve para objetivar el mal llamado interés de la sociedad<sup>43</sup> como forma de materializar la "idea de empresa".

prevedibilmente piú profittevole, del patrimonio sociale...” GUERRERA, Fabrizio, MALTONI, Marco *Concordati giuiziali e operazioni societarie di “riorganizzazione”* en “Revista delle società anno 53, 2008 p. 18, especialmente pág. 62/3.

<sup>40</sup> ACCIARRI, Hugo A.; CASTELLANO, Andrea y BARBERO, Andrea *El problema de la insolvencia en el Derecho de Daños. Un aporte para su análisis económico* en Jurisprudencia Argentina 2008-1 Número especial “Derecho y Economía” coordinador por Hugo A. Acciarri, Ed. Lexis Nexis, Buenos Aires 2008, doctrina, pág. 10 y ss.

<sup>41</sup> STANGHELLINI, Lorenzo *Proprietá e controllo dell’impresa in crisis* Rivista delle Società anno 49º 2004 settembre-ottobre fascicolo 5º, Editorial Giuffrè Milano, pág. 1079.

<sup>42</sup> *La conservación de la Empresa* en Anales de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba tomo XXV pág. 107 y ss. correspondiendo a mi comunicación en ocasión de recibir el Premio Academia en el año 1981; *Los administradores societarios y la insolvencia* RDCO nº 203 pág. 553 y ss., entre otros que pueden verse en la página electrónica de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba [www.acader.unc.edu.ar](http://www.acader.unc.edu.ar). MICELLI, Maria I. *Los nuevos concordatos irrisorios. El delicado equilibrio entre la conservación de la empresa y la protección adecuada del crédito* en Derecho Concursal Argentino e Iberoamericano, cit., t. II pág. 631 y ss..

<sup>43</sup> ETCHEVERRY, Raúl Aníbal *Empresa y objeto social*, en RDCO año 15 p. 781 y ss.; COLOMBRES, Gervasio *Curso de Derecho Societario*, Buenos Aires, 1972, p. 116.

La sociedad es un sujeto de derecho –persona jurídica- que el sistema jurídico entrega (como técnica de organización) para que los fundadores de una empresa puedan generar un centro de imputación autogestante<sup>44</sup> y con responsabilidad limitada. Esa funcionalidad es el bien jurídico tutelado por el sistema societario, que otorga a la autonomía de la voluntad la capacidad 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 administradores<sup>45</sup>. El instrumento de técnica de organización empresarial *sociedad* no está diseñado para dañar y por ello se han impuesto normas para evitarlo.

En el actual contexto económico, caracterizado por la apertura y la competitividad, la confianza presenta un valor económico indudable. Como recurso productivo es acumulable y conlleva un fuerte ahorro en los costos de transacción especialmente en situaciones caracterizadas por la información asimétrica, esto es, cuando una de las partes involucradas en un contrato no dispone de toda la información relevante acerca de las características del otro contratante<sup>46</sup>.

El deber de diligente administración se “integra también con el deber de informarse adecuadamente sobre la marcha de la sociedad.

El sistema de derecho societario atiende –supone- que los constituyentes de una sociedad y sus administradores operarán como buenos hombres de negocio con el patrimonio suficiente, y cuando este no permita sobrevinientemente el cumplimiento del objeto social o ante la pérdida del capital social procederán a su disolución si, al convocar a los socios, éstos no pueden o no quieren aumentar la dotación patrimonial, por ellos o por terceros. Se trata de poner la cuestión en la decisión de los socios<sup>47</sup>.

#### 4. Planificación.

**Planificar es asumir un diagnóstico de la situación y acciones tendientes a corregir aspectos negativos promoviendo acciones en tal sentido.**

Un plan de negocios permitirá analizar a los socios<sup>48</sup> 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.

El administrador de una sociedad tiene que formalizar un plan o mirada prospectiva, como medio para la discusión, información, explicación y control de su

<sup>44</sup> 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.

<sup>45</sup> SPOLIDORO, Marco Saverio “Il capital sociale”, en “Il Diritto delle società per azioni: Problema, Esperienze, Progetti” collana della Rivista delle Società, Ed. Giuffrè 1993 pág. 99.

<sup>46</sup> BEBCZUK, Ricardo N. “Información asimétrica en mercados financieros”, Cambridge University Press, Madrid 2000 pág. 9.

<sup>47</sup> MILLER, Alejandro *Sociedades Anónimas – Directorio – Síndico* pág. 119 y ss., Editorial AMF, Montevideo 2005. Pueden consultarse nuestras opiniones en este y otros aspectos en [www.acader.org.ar](http://www.acader.org.ar)

<sup>48</sup> Y también a los terceros, acreedores o no. Se nos dirá que se los trata de hacer socios “a palos”, pero peor es quitarle los créditos a palos para patrimonializar a la sociedad. La información leal, un plan de negocios coherente, hace atractiva una propuesta en beneficio de la conservación de la empresa y no del enriquecimiento de los socios. Si parecería necesario, al margen de las obligaciones de los socios conforme la ley societaria, quitas importantes –por ejemplo 30%-, se podría invitar a los acreedores a capitalizar sus acreencias con un pacto de recompra pagando el 100% de la capitalización dentro de un plazo prudencial, y a su vez un compromiso de adquisición pagando el 70% si el acreedor ahora socio decidiera tal cosa después de un tiempo de espera (por supuesto en ambos casos a cargo del grupo de control al tiempo del concurso). De no, los acreedores serían tratados como socios sin derechos, imponiéndoles las contribuciones que deben hacer los socios con derechos.

propia gestión<sup>49</sup>. 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 utilidad<sup>50</sup>, fundamentalmente para facilitar la apreciación de los acreedores.

El Profesor Bernardo Carlino<sup>51</sup>: “Origen del plan de negocios: la etapa pre contractual. Adhiriendo al enfoque societarista de la prevención de la crisis económica de la empresa, que postula sin descanso hace más de una década Efraín H. Richard<sup>52</sup>, no caben dudas que la ley de sociedades provee y prevé mecanismos suficientes para conjurarla exitosamente. El Maestro no solo los enumera con acierto, sino que insiste en el “plan de negocios” como requisito necesario para que, dentro de los preceptos de la ley falencial, la propuesta del deudor sea considerada seria y sostenible. La Memoria se constituye en una pieza central para albergar el mismo, ya que de su redacción se desprende la intención del legislador de suministrar a los socios un sistema de información muy completo, que se integra con el Balance, los cuadros anexos, las notas y el informe del síndico..., ahora estamos en condiciones de percibir la afinidad del plan de negocios con la Memoria -o viceversa- y hacer de esta obligación legal de los administradores societarios la pieza central de la prevención de la crisis de la empresa..., de tal modo que la insuficiencia de capital y la necesidad de aumentarlo, su pérdida (art. 96) o la necesidad de reducirlo (art. 203), la conveniencia de reorganizar el patrimonio según las alternativas de la ley (arts. 82 y 88), y las demás vicisitudes propias de la vida de una empresa, surgirían con la temporalidad adecuada a los márgenes de previsión y decisión racionales, sin apresuramientos costosos para la sociedad y los terceros. ... el enfoque de la crisis de insolvencia y su conjura desde las herramientas del derecho societario y a partir de la propuesta que surja de un plan de negocios, encuentra su cabal inserción dentro de un enfoque vitalista del uso continuado de esta herramienta, como disciplina de los socios y de los administradores, en beneficio de ellos y de los terceros”.

¿Qué debe hacerse cuando la crisis que se avizora y que puede llevar a la cesación de pagos o la insolvencia de la sociedad? Tal situación que algunos llaman crisis o “zona de insolvencia” (*red flags*, en el derecho americano) impone que los administradores de la sociedad se formulen un plan para tratar de superar la cuestión. Las acciones que desarrollen conforme ese plan no pueden generarles responsabilidad, salvo falta total de razonabilidad del plan juzgado a la fecha en que fue formulado internamente, o de actuación dolosa de los mismos (ver las derogadas normas de los arts. 125-1 y 125-2 LCQA nº 19551 reformada en el año 1983).

Un acuerdo puede generarse anticipatoriamente al estado de cesación de pagos, e indubitablemente al caer una sociedad en cesación de pagos o ante la crisis, la continuidad del giro social infringiría por parte de los administradores la conducta de un buen hombre de negocios y sus deberes de lealtad si contratan dolosamente con

<sup>49</sup> MARZAL ANTONIO *Empresa y Democracia económica* Ed. Argot, Barcelona 1983.

<sup>50</sup> BEAVER, WILLIAM “Financial Ratios and Predictors of Failure”, en *Empirical Research in Accounting, Selected Studies*, suplemento del *Journal of Account 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.

<sup>51</sup> CARLINO, Bernardo “Genética del plan de negocios (más sobre la contribución de E.H.Richard)” en Abeledo Perrot, Newsletter 20 de marzo de 2009, sección Doctrina, repetido el 23 de marzo, donde podrá consultarse íntegramente.

<sup>52</sup> El más reciente de los cuales se puede encontrar en “*Notas en torno a la conservación de la empresa: ¿principio concursal o del derecho societario?*”, en “Ensayos de Derecho Empresario” Nº 4, Director: E.H. Richard, págs. 56 y ss., FESPRESA, Córdoba, 2008

nuevos acreedores –art. 931 CCA-. Ante ello no parecería justificable que, en una presentación concursal de una sociedad con responsabilidad limitada de sus socios, se impusieran grandes quitas o esperas para solucionar una situación advertida rápidamente por un “buen administrador”.

En estado de insolvencia o cesación de pagos, apuntan Araya y Olivera García, cualquiera sea el origen que afecta la funcionalidad patrimonial de la sociedad, no deberían continuar su actividad o deberían afrontar soluciones si patrimonialmente no resisten un “insolvency test” (equity insolvency test, balance sheet-based test, bankruptcy test)<sup>53</sup>, o sea un análisis para la planificación.

### 5. Capital. Función de garantía.

En relación a la insolvencia lo que adquiere relevancia es la función de garantía del capital social.

“La doctrina clásica ha venido sosteniendo consistentemente que el capital social cumple una función de garantía hacia los terceros que se vincula con la sociedad, garantía que cobra particular importancia en aquellos tipos sociales en los cuales los socios no son responsables por las obligaciones contraídas por la sociedad...se verifique un esfuerzo legislativo orientado a que el valor del patrimonio represente, al menos, el equivalente a la cifra capital no sólo en el momento inicial, constitutivo de la sociedad, sino también durante la vida social. ...La verdadera garantía de la sociedad por sus obligaciones hacia terceros viene dada por su patrimonio neto”<sup>54</sup>.

Por capital social entendemos el monto establecido en el acto constitutivo de la sociedad, o el que resulte afectado al giro social en cada balance, conforme el sistema legal adoptado. En ese dato se reconoce una función de garantía, como función esencial para proteger a los terceros<sup>55</sup>, sin descartarse la función organizativa y de productividad que el mismo genera en la funcionalidad de la sociedad.

En cualquier caso y legislación existe un parámetro: el pasivo no puede superar el activo. Esa situación impone soluciones.

Hemos cuestionado la calificación de las causales de disolución en las que operan de pleno derecho, ipso jure u ope legis, dentro de las que se señala el vencimiento del término. No nos parece una clasificación adecuada y así lo hemos sostenido<sup>56</sup>. Aún en la causal de vencimiento del término la sociedad podría seguir operando –otro tema es la responsabilidad si ello generara daño-. Es valiosa la clasificación entre causales imperativas y voluntarias, y en relación a las primeras las de inmediata constatación o que deben ser declaradas. Todo en vista a la sanción: la responsabilidad.

Si la recomposición no se decide y continúa operando la sociedad la cuestión de la responsabilidad se retrotrae a la fecha en que se acredite que administradores y

<sup>53</sup> ARAYA, MIGUEL C. “Responsabilidad de los administradores de la Sociedad Anónima” en *DERECHOS PATRIMONIALES Estudios en homenaje al Profesor emérito Dr. Efraín Hugo Richard*, Editorial Ad Hoc, Buenos Aires 2001, bajo la dirección de Laura Filippi y María Laura Juárez, página 639 tomo II, especialmente pág. 647.; OLIVERA GARCÍA, Ricardo “Estudios de Derecho Societario” Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe 2005, los capítulos en torno al capital social, particularmente el XI *La crisis del concepto de capital social* pág. 247 y ss..

<sup>54</sup> FERNÁNDEZ, Leonardo F. “El capital social. Introducción. Funciones. Principios. Aumento, reintegro y reducción” en *Tratado de los Conflictos Societarios* cit. tomo tomo I645 y ss., especialmente págs.. 656/8.

<sup>55</sup> ARAYA, Miguel C. “El capital social” en *Sociedades* Revista de Derecho Privado y Comunitario 2003-2, Santa Fe 2003, Editorial Rubinzal Culzoni, pág.213 y ss., específicamente pág. 219. Del mismo autor *Capital y patrimonio* en JA 4 de diciembre de 1996, número especial “Derecho Societario” coordinador Mariano Gabliardo pág. 6.

<sup>56</sup> MUIÑO O.M. y nosotros *Derecho Societario*, 2ª edición ampliada y actualizada, Ed. Astrea, Bs. As. 2007, pág. 365 y ss..

socios conocieron o debieron conocer la situación si, como debemos presumir, hay acreedores insatisfechos o que resultan afectados por quitas y esperas en un proceso concursal. La responsabilidad del art. 99 LSA es de plena aplicación ante el daño a acreedores insolutos.

En el derecho argentino es una causal de disolución la inexistencia de patrimonio para el cumplimiento del objeto social (art. 94 inc. 4º LSA), y puede también configurarse otra causal de disolución cual es la pérdida del capital social (insolvencia art. 95 inc. 5º LSA), que impone la liquidación o la responsabilidad de administradores y socios, permitiendo la remoción de la causal por tres métodos de capitalización: reintegro, aumento de capital y capitalización de pasivos, sin perjuicio de disparar la previsión del art. 99 LSA en su caso. Este artículo prescribe: “Los administradores con posterioridad ... 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. Franco Bonelli<sup>57</sup> afronta el supuesto de la continuación de la gestión social después de la pérdida del capital social, con la responsabilidad de los administradores.

a. La pérdida de capital social se caracteriza por la disminución del patrimonio neto, precisamente en razón de las pérdidas del ejercicio, que cuando alcanzan cierta envergadura (art. 206 LSC), imponen su reducción y si son totales, la disolución de la sociedad salvo medidas alternativas (art. 94 inc.5 LSC”. Obviamente la pérdida total del capital social dispara la responsabilidad prevista en el art. 99 LSA, si no se opta por los caminos señalados en el art. 96 LSA; reintegro o aumento de capital. La pérdida del capital social opera como causal cuando ha sido aprobado un balance del que resulte la constatación. La preparación del balance impone a los administradores la situación, que deberían llevar a conocimiento y resolución de los socios coetáneamente a la aprobación del balance.

Los efectos de la aprobación de un balance no se agotan con su aprobación y el balance implica una proyección sobre el futuro. Particularmente por aspectos que suelen minimizarse al referirse a la función de garantía del capital social<sup>58</sup>, pero imponiendo advertir que de los resultados de ese balance se derivan derechos y responsabilidades – fundamentalmente- cuando del proyecto de balance que se aprueba resulta declarada por la sociedad la existencia de una causal de disolución por pérdida del capital social o cuando menos de una pérdida parcial que impone su reducción, sin aparecer punto posterior del orden del día para adoptar las soluciones que imperativamente impone la ley societaria<sup>59</sup>. Ese balance luego es presentado ante un juez concursal justificando la apertura de un concurso preventivo para que los acreedores soporten la cuestión que debieron soportar los socios con el reintegro del capital si pretenden continuar operando<sup>60</sup>.

La “preconcursalidad” aparece así activada, evitando el concurso y la responsabilidad de los administradores.

<sup>57</sup> En *La responsabilità degli amministratori di società per azioni*, Ed. Giuffré, nº 135 de los Quaderini di Giurisprudenza Commerciali,

<sup>58</sup> DASSO *Tratado del Derecho de Separación o Receso del Socio y del Accionista*, cit. pág. 193 y ss..

<sup>59</sup> “SOBRE EL TÍTULO PRELIMINAR DEL PROYECTO DE CÓDIGO CIVIL, en *El Derecho*, Buenops Aires, diario de doctrina y jurisprudencia del 5 de abril de 2013.

<sup>60</sup> Nto. “SOBRE EL PATRIMONIO SOCIAL: ¿CAPITALISMO DE REPOSICIÓN O DONATARIO?”, en *Revista del Derecho Comercial del Consumidor y de la Empresa*, Ed. La Ley, Buenos Aires, año II nº 5 Octubre de 2011, pág. 151 y ss.

Lo “dirimente”<sup>61</sup> es poner la cuestión en manos de los socios. Estos tal vez decidan la capitalización de la empresa o admitan su fusión por absorción con otro ente más saludable”. Ante la negativa o imposibilidad de los accionistas y no deseando liquidar la sociedad, se abre la solución de invitar a terceros a capitalizar, y en ciertos casos traspasar la sociedad a los acreedores, o su control. Existen sistemas que en situaciones semejantes autorizan a los administradores a emitir acciones sin autorización de los socios<sup>62</sup>.

La tensión aumenta –y los problemas se suscitan- 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. Los acreedores de una empresa en crisis se encuentran en la misma situación de inversores sin derecho, que no tuvieron en cuenta cuando contrataron sin la información de esa situación o antes que se produjera esa situación. De no existir normas claras que impidan la continuación de la empresa en crisis aumentando la posibilidad de fracaso ante una prospectiva incierta, la tutela de acreedores impone la responsabilidad de los administradores<sup>63</sup>.

b. *Reintegro*. La reintegración del capital por parte de los socios consiste en el acto de la realización de nuevos aportes al rubro capital, sin recibir a cambio nuevas acciones. El reintegro del capital no supone una modificación de él, sino el acrecentamiento del patrimonio social tendiente a lograr que el exceso de pasivo aparezca neutralizado por esta vía y se torne coincidente con el monto del capital<sup>64</sup>. 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 capitalización del pasivo trae un beneficio inmediato a los accionistas<sup>65</sup>, directores o terceros que hayan garantizado una obligación capitalizada, pues se liberarán de esa obligación de garantía. Adviértase los sistemas que en situaciones semejantes autorizan a los administradores a emitir acciones sin autorización de los socios<sup>66</sup>.

El reintegro debe ser del monto que restablezca en el patrimonio social un patrimonio neto igual al capital nominal, o sea que pueden absorberse reservas legales

<sup>61</sup> BARREIRO, Marcelo G. – TRUFFAT, E. Daniel *Responsabilidad de administradores y representantes en la ley de quiebras: el deber fiduciario de la ley de sociedades, ¿se traslada a los acreedores?* en *Doctrina Societaria y Concursal*, octubre 2005, tomo XVII p. 1205 y ss.; en el mismo sentido MILLER ob. y pág. cit. 119.

<sup>62</sup> MIOLA, ob. cit. p. 1199.. .

<sup>63</sup> MIOLA, ob. cit. p. 1199, especialmente pág. 1310.

<sup>64</sup> DASSO, Ariel A. “Derecho de receso” en *Tratado de los conflictos societarios*, libro colectivo dirección Diego Duprat, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires 2013, tomo II pág. 1355, en particular 1989 y ss..

<sup>65</sup> FUSHIMI, Jorge Fernando y nosotros “La quita en concursos de sociedades y su tratamiento fiscal (y algunos aspectos periféricos)” en *Por un mejor Derecho Concursal*, tomo 1 pág. 635. DASSO, *Derecho Concursal Comparado* Tomo I cit. en la descripción del sistema de Estados Unidos de América, destaca “El primer efecto es la suspensión de las acciones contra el deudor... El Capítulo 11, denominado *Reorganization*, tiene carácter general y está destinado al salvataje del patrimonio del deudor y al pago a los acreedores... le otorga al deudor la posibilidad de lograr plazo suficiente para cancelar el pasivo, permitiéndole continuar al frente de sus negocios... incluyendo la posibilidad de emitir nuevas acciones por las deudas, la participación de los acreedores en las futuras ganancias de la compañía y el libramiento de nuevas acciones de capital... tiene como base central, alrededor de la cual gira, el plan que el deudor puede presentar... nunca más allá de ciento veinte días posteriores a la orden de apertura.

<sup>66</sup> MIOLA, ob. cit. p. 1199.



y facultativas anteriores, pero no se trata simplemente de aportar un monto igual al capital nominal original, pues de esa forma no se solucionaría el problema si el patrimonio pasivo es superior al activo.

El reintegro del capital social por los socios en el derecho argentino, impone su consideración en el orden del día y es una forma de confesión de la pérdida del capital social. El aumento de capital sería un llamado neutro, pero tanto aquel como éste abren la posibilidad de receso, sin bien con resultado neutro<sup>67</sup>, simplemente liberatorio de la obligación de reintegrar.

c. *Capitalización de pasivo*. La capitalización de deuda podría ser la solución fiscal y socialmente más interesante<sup>68</sup>.

La capitalización de aportes irrevocables afectando el derecho de suscripción preferente de otros accionistas es opinable<sup>69</sup>.

Se plantea como un problema desde la legislación concursal –pero ¿por qué no desde la societaria?–, la transferencia del control de la empresa en crisis, de los accionistas que carecen ya de incentivo y de los administradores que responden a ellos, a los acreedores que ven comprometido en ello su capital de riesgo<sup>70</sup>. En función de ello los acreedores deberían organizarse en categorías, con intereses uniformes, para intervenir en la vida de la sociedad<sup>71</sup>.

El accionista que pudiendo hacerlo, legítimamente decida no recapitalizar la empresa insolvente debe pasar la propiedad de la misma a los acreedores<sup>72</sup>. Insistimos: 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.

Con ese ingreso de capital se satisfacen las obligaciones sociales que motivaron el concurso y cesará la situación de crisis, por lo que se habrá sobrepasado la situación concursal con un bajo coste de transacción, aunque menor hubiere sido si lo hubieran adoptado con una simple asamblea societaria, sin recurrir a la judicialización de la crisis.

La capitalización tiene múltiples matices<sup>73</sup>. Apremiar adecuadamente sus posibilidades depende del plan de negocios que formulen los administradores o los técnicos a que ellos se lo requieran.

<sup>67</sup> DASSO, Ariel A. *Tratado del Derecho de Separación o Receso del Socio y del Accionista*, Ed. Legis, Buenos Aires 2012, pág. 193 y ss..

<sup>68</sup> FUSHIMI – RICHARD “La quita en concursos...” cit..

<sup>69</sup> Sobre estos aspectos y la causal de disolución prevista por el art. 94 inc. 5° LS, puede verse DASSO *Tratado del Derecho de Separación o Receso del Socio y del Accionista*, cit. pág. 324 y concordantes; nto. *Derechos Patrimoniales de los Accionistas* Ed. Lerner, Córdoba 1970 pág. 171 y ss..

<sup>70</sup> Esta es la idea que desenvuelve en proyección de reforma de la legislación falencial STANGHELLINI art. cit. pág. 1041 y ss. específicamente 1055.

<sup>71</sup> MAZZONI, ALBERTO “L’impresa tra diritto ed economia” en *Rivista delle Società* anno 53<sup>o</sup>/ 2008 pág. 668, especialmente 666.

<sup>72</sup> STANGHELLINI ob. cit. específicamente pág. 1072.

<sup>73</sup> Por ejemplo : emitir con prima, o acciones de clase, con preferencias, determinando pactos de rescate, etc.. Las cláusulas so convenios de preferencia para la compra de acciones o cuotas sociales, son de validez indiscutida en el derecho argentino tanto como en el comparado, sea que estén contenidas en el estado o en pactos privados entre accionistas (Cfr. MANOVIL, Rafael *Grupos de Sociedades* , Buenos Aires 1998, Ed. Abeledo Perrot, pág. 320; REGGIARDO, R., “Sobre la transmisión entre vivos de acciones” ED 205-844; VANHAECKE, M., *Les Groupes de Societes*, pág. 76, N° 65, Librairie Generale de Droit et de Jurisprudencia, París , 1962; CHAMPAUD, C., *Le pouvoir de concentration de la societe par actions*, Pags. 51-52, N° 49 Y 50, Ed. Sirey, París, 1962; ASCARELLI, T., “Sui Limiti Statutari alla circolazione delle partecipazioni azionarie”, en *Saggi di Diritto Commerciali*, pág. 359, especialmente pág. 391, N° 18, Milano, Ed. Giluffre, 1955, Y sea que comprendan a todos los accionistas o solo a cierta clase de ellos, en cualquier caso es incuestionable la licitud del convenio (Cfr. BROSETA PONT, M.,

Nos apoyamos en la “absolute equity rule”<sup>74</sup> para sostener la necesidad de aplicar el art. 197 2º LSA, sobre capitalización del pasivo si es que los socios no quieren capitalizar, antes de pensar en presentarse en concurso. Y que las propuestas son abusivas, incluso inconstitucionales<sup>75</sup> si junto a las quitas y esperas no hay una capitalización de la diferencia, pues en caso contrario hay un despojo a los acreedores en beneficio de los socios. Una propuesta de quita y espera sin esa contrapartida en la participación en el capital, o alguna forma de negocio participativo, es inconstitucional por violar el derecho de propiedad (art. 17 C.N.).

Como señaló la jurisprudencia<sup>76</sup> “la suficiente capitalización de la sociedad al momento de su constitución y posteriormente, durante todo el desarrollo de la actividad empresaria es la mejor manera de evitar la insolvencia de la sociedad, atento que ésta cuenta con mecanismos para obtener la financiación interna”, y –eventualmente- la capitalización del pasivo.

Al no existir normas claras que impidan la continuación de la empresa en crisis – en nuestro país la imposibilidad sobreviniente de cumplimiento del objeto social- aumentando la posibilidad de fracaso ante una prospectiva incierta, la tutela de los acreedores resulta de imputar responsabilidad de los administradores sociales, por no haber actuado debidamente, generando daño por su específica acción u omisión<sup>77</sup>.

d.Sostenemos<sup>78</sup> “No podemos dejar de resaltar que una solución como la capitalización del pasivo, no genera carga impositiva.... En la capitalización del pasivo aumenta el patrimonio neto por incremento del capital social, lo cual mantiene constante al activo, pero ya no existen ganancias, sino aportes de terceros (en este caso los acreedores). Los aportes de capital no son ganancias y por ende no están gravados en el impuesto a las ganancias para la sociedad deudora, y a la vez tampoco existe quebranto formal para el acreedor, aunque puedan verse alteradas sus expectativas. En efecto, para el deudor no es un enriquecimiento a título gratuito (de allí que no exista ganancia), y el acreedor recibe por su crédito una participación sobre el patrimonio de la sociedad concursada. ...la decisión de los acreedores de asociarse con la concursada depende esencialmente de la naturaleza del negocio que lleva adelante el concursado y de la posibilidad de éste de generar tasas de rentabilidad.... Es decir, si del análisis del

*Restricciones estatutarias a la libre transmisibilidad de acciones*, págs. 51 Y 138, Madrid, 1963). También en doctrina fallo *RECUPERO ENERGETICO SA C/ CAMUZZI GAS PAMPEANA SA S/ ORDINARIO.vocales* HEREDIA - VASSALLO – DIEUZEIDE de CAMARA COMERCIAL: D., 2007-02-14..

<sup>74</sup> En las Segundas Jornadas Interdisciplinarias Concursales del Centro, Córdoba 2005 que compartimos con Truffat, en las Jornadas Italoargentinas de Derecho, Córdoba 2005 y luego en Barranquilla.

<sup>75</sup> Comunicación al Primer Congreso Hispanoamericano de Derecho Concursal, Barranquilla, octubre 2005, *Reforma concursal: ¿de ideas o de normas?* en el CD editado por el Congreso, y *Hacia la desjudicialización de las crisis: LA CONSERVACIÓN DE LA EMPRESA* comunicación en la Jornada Internacional de Derecho Concursal, Cali –COLOMBIA- Martes 18 de octubre de 2005, Facultad de Humanidades y Ciencias Sociales, Carrera de Derecho de la Pontificia Universidad Javeriana, y Cámara de Comercio de Cali, o ambos en la página electrónica de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba [www.acader.unc.edu.ar](http://www.acader.unc.edu.ar), y antes *Propuesta abusiva* para elDial.com en agosto de 2005 y también en esa página electrónica de la Academia y artículos similares en prensa en Zeus, Córdoba y Santa Fe.

<sup>76</sup> Cám. Trabajo y Minas 4ª Nominación de Santiago del Estero, República Argentina, con fecha 15 de junio de 2005, en la causa “Salazar, Oscar E. c/ Florestal El Milagro SRL”, LLNOA 2005-1446.

<sup>77</sup> MIOLA ob. y pag. cit..pág. 1310..

<sup>78</sup> Con Jorge Fernando FUSHIMI: “El Balance y la quita en Colnursos de sociedades y su tratamiento fiscal (con algunos aspectos periféricos)”+, en colaboración con el Prof. Dr. Efraín Hugo Richard en *Aspectos contables impositivos y previsionales en las sociedades y los concursos*, obra colectiva, Director Martín Arecha, Págs. 153 a 162. Publicación del Instituto Argentino de Derecho Comercial. Editorial Legis Argentina SA, Buenos Aires, Abril de 2013. I.S.B.N. Nº 978-987-1221-98-1.

plan de negocios de la sociedad concursada surgiera que la salida de la cesación de pagos garantizará a los ahora socios (ex acreedores) una tasa de rentabilidad que supere al costo de oportunidad, la conducta económica más racional será aceptar la propuesta de asociarse con el deudor.... cuando el concursado impone una quita con espera a sus acreedores (con toda la pérdida que implica el factor tiempo del dinero, habida cuenta que raras veces las esperas ofrecen tasas de intereses que sean razonables o al menos positivas en relación a la tasa de inflación), en definitiva no hace más que asociarlos en las pérdidas, pero nunca en las ganancias. Produciéndose la paradoja que con la quita y la espera, pierden los acreedores y sólo gana el deudor. Otra alternativa sobre la que hemos especulado es sobre la posibilidad de ofrecer a los acreedores constituir sociedad con los acreedores en la que la sociedad deudora entregue acciones rescatables, las cuales podrán serlo en cualquier momento por la sociedad emisora (o por sus socios originales) mediante el pago de su valor real (es decir, el valor contable más los intangibles y con los ajustes de valuación necesarios); o bien otorgar a los acreedores opción de recompra por socios originarios por un valor equivalente a la quita propuesta.

e. Jorge Daniel Grispo como Ponente General en el Congreso Nacional de Derecho Procesal (Córdoba, septiembre 2013, sobre “Efectividad de la sentencia homologatoria del concurso preventivo en relación a los acreedores que no participaron del proceso universal”<sup>79</sup> expresó “Por nuestra parte entendemos que la constitución de sociedad con los acreedores mediante la capitalización del pasivo concursal, es tanto una herramienta sumamente útil para la reestructuración de pasivos, como una forma adecuada de interesar a los acreedores en el futuro de la empresa. Decimos esto pues, más allá de haber implementando este tipo de propuestas innumerables veces en el transcurso de nuestra actuación profesional, estamos convencidos de su utilidad práctica”.

Esta es una práctica que hemos desenvuelto en nuestros 58 años de actividad profesional, con éxito para nuestros asesorados, sea la sociedad en crisis o acreedores en otros casos, a través de la aplicación de tres legislaciones diferentes (Leyes 11.719, 19.551 y 24.522).

Asegurar la planificación, publicitando un plan de negocios colaboraría en que los acreedores aceptaran la capitalización del pasivo en forma privada y extrajudicial conforme las previsiones de la legislación societaria. Sería una forma de concientizarlos e interesarlos en la solución de la actividad empresarial, por sus relaciones con la sociedad deudora y con las posibilidades de utilidades y negocios futuros. Es una forma de educación que es lo que la doctrina extranjera solicita y sugiere como forma societaria de afrontar la crisis económica, financiera o patrimonial de la sociedad.

## 6. Responsabilidad.

El incumplimiento a las previsiones imperativas sobre la función de garantía recién dispone un régimen de responsabilidad de administradores y –eventualmente- de socios, integrando siempre la existencia de culpa y dolo (incluso eventual) del régimen general del Código Civil y leyes de sociedades, además de las previsiones expresas como las del art. 99 LSA.

Karten Schmidt<sup>80</sup> exponía “En la mayoría de los países del mundo muchas de nuestras cuestiones de responsabilidad son tratadas como elementos del Derecho

<sup>79</sup> Págs. 446 y 458 del libro del XXVII Congreso Nacional de Derecho Procesal *Una sentencia cumplida es un derecho escuchado*, Córdoba, 18, 19 y 20 de setiembre de 2013.

<sup>80</sup> “Responsabilidad de los socios y administradores” en *Derecho Comercial y de los Negocios, Sociedades – Concursos AAVV* siendo compiladores Raúl Aníbal Etcheverry, Héctor Osvaldo Chomer y

Concursal. En parte eso se basa en la observación correcta, que las cuestiones de responsabilidad entran en vigencia en los casos de insolvencia. La calificación de **de Derecho Concursal** de las reglas de responsabilidad tiene en tanto razones más fenomenológicas que motivos sistemáticos de Derecho. En Alemania, donde prevalecen los pensamientos sistemáticos en el Derecho, la tendencia hasta ahora era la contraria: la mayoría de nuestras cuestiones actuales de responsabilidad son clasificadas como elementos del Derecho Societario –no del Derecho Concursal-, aun si como parte actora comparece un síndico de concurso. En el año 2000, en el Segundo Congreso Iberoamericano<sup>81</sup> expuse el motivo por el cual en Alemania hasta el momento lo vemos así... En la actualidad todavía considero correcta esta apreciación sistemática del Derecho. Los derechos y obligaciones de los cuales hablamos, por cierto no resultan del procedimiento de insolvencia....”.

El V Congreso Español de Derecho de la Insolvencia (CEDIN) y IX Congreso del Instituto Iberoamericano de Derecho Concursal (IIDC) –Palma de Mallorca, abril de 2013-se centró en “La calificación del concurso y la responsabilidad por la insolvencia”, afirmándose hacer conocer a los administradores societarios los riesgos y costos de la vía concursal, y hacerles conscientes las bondades de las soluciones societarias de bajo coste, también ilustrando a los acreedores –particularmente a los contractuales y laborales- la conveniencia de acompañarlos en ese saneamiento y fortalecimiento de la sociedad, como sostenemos.

Llevando la cuestión al justo punto Daniel Roque Vítolo<sup>82</sup> expone: “VI. Ha señalado -en alguna oportunidad- Richard que el hipergarantismo lleva a inadvertir las maniobras artificiosas en 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 "*ció que segna el con fine tra fisiología e patologia nella vita del patrimonio*", lo que es hoy habitual al señalar los informes generales previstos en el art. 39 del régimen concursal argentino, que el estado de cesación de pagos se produjo -en la mayoría de los casos "hace muchos años..." posición congruente con la de no requerir a los administradores societarios -como buenos hombres de negocios- **la planificaron de la funcionalidad societaria, para no perjudicar a terceros con los que contratan**. 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 tutela de los acreedores ante la continuidad de la empresa en cesación de pagos, aumentando la posibilidad de pérdidas ante una prospectiva incierta, impone pensar en la responsabilidad de los administradores<sup>83</sup>, señalándose la utilidad que reviste en general “los remedios tempestivos e idóneos a la primera señal de crisis”<sup>84</sup>.

---

Luis Mariano Genovesi, Ed. Eudeba, Buenos Aires 2007, tomo I pág. 395 y ss., reproduciendo una conferencia del año 2005..

<sup>81</sup> “El derecho empresario y el derecho concursal” en *De la Insolvencia Segundo Congreso Iberoamericano* AAVV directores Junyent Bas-Rodríguez Pardina-Richard, Ed. Advocatus, Córdoba, República Argentina, 2000, tomo III pag. 751 y ss..

<sup>82</sup> “Responsabilidad de los directores al ingresar la sociedad en la zona de insolvencia”, *La Ley*, Buenos Aires 2005-A, 1207

<sup>83</sup> MIOLA Massimo “Il sistema del capitale sociale e le prospettive di riforma nel diritto europeo delle società di capital” en *Rivista delle Società*, anno 50, 2005, Editor A. Giuffré – Milano, noviembredicembre 2005, fascicolo 6º p. 1199, pág. 1310.

<sup>84</sup> MIOLA ob. cit. pág. 1309.

Se trata también de la responsabilidad de los socios por la tutela del patrimonio social frente a los acreedores, resultante en la obligación de aportar nuevos recursos financieros para mantenerla con vida<sup>85</sup>.

El cuestionamiento se consolida toda vez que los propósitos del derecho concursal (sobreser el estado de cesación de pagos, asegurar la conservación de la empresa) pueden lograrse compartiendo los socios con los acreedores la titularidad del capital social, y ello puede hacerse privadamente en el ámbito societario. Con una presentación en concurso sin satisfacer la legislación societaria se complica al Juez para lograr el enriquecimiento de los socios.

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 inviable<sup>86</sup>. Por otra parte la empresa viable es la única que merece conservarse a través de su estructura societaria.

7. Así están las cosas. “Se advierte... una tónica uniforme que exterioriza disconformidad frente a la insatisfacción de los sistemas destinados a regular las crisis empresarias, y en suma, el fracaso de la legislación, lo que constituye una causa determinante de sucesivas reformas en búsqueda irrenunciable de la estrella polar de una solución imposible”<sup>87</sup>, es que ante la crisis económico-patrimonial-financiera de las sociedades, la misma debe ser asumida desde las normas imperativas del derecho societario para evitar responsabilidad. 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. El derecho societario iberoamericano es suficientemente uniforme para admitir (e imponer) estas conductas.

#### IV – EFECTOS DE LA POSICIÓN. LA CRISIS ¿CESACIÓN DE PAGOS E INSOLVENCIA? INTELIGENCIA SOCIETARIA Y CONCURSAL.

La preconcursalidad prevista por la ley societaria argentina –no extraña al sistema del derecho comparado<sup>88</sup>–, encuentra su ratificación y congruencia en el presupuesto objetivo de calificación de la crisis que autoriza la apertura del juicio universal de concurso preventivo: cesación de pagos. La sociedad sólo puede requerir esa apertura en caso de “**cesación de pagos**” (**insolvencia negocial**), pero no en **insolvencia (insolvencia patrimonial definitiva)** resuelta en la ley societaria por la capitalización o la liquidación (quiebra en su caso).

1. *Soluciones oportunas y presupuestos.* “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

<sup>85</sup> *Ancora due sentenze della Suprema Corte tedesca in materia di abuso della responsabilità limitata e “Existenzvernichtungshaftung”* en Notizie “Rivista delle Società” luglio-agosto 2005 pág. 942.

<sup>86</sup> QUINTANA FERREYRA, FRANCISCO y nosotros “La conservación de la empresa...” cit. en RDCO año 1978 Pág.1373; y nto. “La conservación de la Empresa” en *Anales de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba* tomo XXV Pág.107 y ss.

<sup>87</sup> DASSO, Ariel Ángel *Tendencias actuales del derecho concursal*, Editorial Ad Hoc, Bs. As. 1999, p.49.

<sup>88</sup> “Preconcursalidad societaria” *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, Editorial La Ley, España, RCP 20/2013. +cit.

apoyan dicha tesis, aunque no siempre con éxito... Un viejo adagio reza “más vale prevenir que curar”<sup>89</sup>.

El aspecto terminológico con el que se denominan las crisis societarias puede generar ciertas dudas, para una concordancia entre el derecho societario y el derecho concursal. Una sociedad puede estar operando con el capital estatutario previsto y no obstante ello estar en cesación de pagos.

a. La legislación concursal argentina usa la terminología “cesación de pagos” como presupuesto objetivo de la apertura de un concurso.

Las crisis tienen grados. De 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, con patrimonio neto neutro o negativo.

b. ¿Cuáles 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).

El presupuesto objetivo de la apertura del concurso es la cesación de pagos en el derecho argentino, en cambio la insolvencia o pérdida del capital social, conforme el criterio de Beltrán, está atendida en la legislación societaria (arts. 94.5, 96 y 99 LSA).

El punto está directamente vinculado con la función de garantía del capital social.

c. Camilo Martínez Blanco<sup>90</sup> acota el tema: “En el derecho concursal, siempre ha sido de sus temas más controversiales el presupuesto objetivo habilitante para la puesta en funcionamiento del concurso, y así lo reafirma la profesora española Juana Pulgar Esquerro<sup>91</sup> en su profundo análisis del tema que nos ocupa... la mayoría de los autores españoles, admiten el “desbalance” o sobreendeudamiento como un “*desequilibrio patrimonial –pasivo superior al activo–* .... pues en ese caso el cotejo se hace entre activo y pasivo en términos nominales, sin atender a la disponibilidad regular de los medios de pago que integran el primero ni a la exigibilidad corriente del segundo. Basta entonces que el patrimonio del deudor sea materialmente insuficiente para satisfacer el garantía común de los acreedores... puede haber insolvencia, incluso cuando el activo es considerablemente superior al pasivo (con terminología laxa, apuntamos), pero aquel está integrado por bienes de lenta y difícil posibilidad de realización, al paso que éste concentra los compromisos de pagos en el corto plazo.... De ahí la importancia de introducir el tema de la “*insolvencia negocial*”. La profesora española Marta Prats Marquina<sup>92</sup> habla con muy buen criterio de la “*insolvencia negocial*” entendiéndola por ella la incapacidad de generar recursos, diferenciándola de la “*insolvencia patrimonial*”, ya transitoria (activo superior al pasivo a una fecha determinada), ya definitiva (activo inferior al pasivo exigible)...”.

<sup>89</sup> CÁMARA, Héctor “El concurso preventivo y la quiebra” Buenos Aires 1982, Ed. Depalma, t.III p. 1429.

<sup>90</sup> *Manual de Derecho Concursal*, 2ª edición revisada, actualizada y ampliada, Ed. Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo 2012, pág. 150 y ss..

<sup>91</sup> *Derecho concursal. Estudio sistemático de la Ley 22(2003 y de la ley 8/2003 para la reforma concursal*, García Villaverde, Rafael; Alonso Ureba, Alberto; Pulgar Esquerro, Juana. Dilex SL, Madrid 2003.

<sup>92</sup> “*Insolvencia y crisis económico: Su reflejo en el derecho concursal*” R.G.D. Madrid, 1998.

d. Recurrimos a los especialistas en las ciencias Económicas: la Prof. Celina Mena<sup>93</sup>, con una visión contable-económica, señala en relación a “cesación de pagos” e “insolvencia” que: *“En definitiva la jurisprudencia y la doctrina no advierten una diferencia entre ambos conceptos y los usan indistintamente, sin embargo a nuestro entender, existe una diferencia importante adquiriendo un grado mayor de gravedad la insolvencia. El estado de cesación de pagos se refiere a la incapacidad de pagar en tiempo y forma y la insolvencia cuando además del estado de cesación de pagos, no hay patrimonio neto...”*. Obviamente el último aspecto describe una causal de disolución: pérdida del capital social<sup>94</sup>.

e. Casadio Martínez, con doble perspectiva profesional, refiere a esa cuestión: *“postulando que no cabe confundir cesación de pagos con insolvencia. Aquella constituye el fundamento para la declaración de quiebra pero no necesariamente implica que el deudor sea insolvente, entendiéndose por tal un pasivo superior al activo...”*<sup>95</sup>. Marcando aspectos negativos del patrimonio social, la pérdida del capital social – insolvencia-, y la cesación de pagos son dos situaciones diferenciables que se entrecruzan.

f. También el valor contable podría ser superior al de efectiva realización de los bienes. Lo cierto es que, al margen de las disposiciones de la ley concursal, la pérdida contable del capital social dispara en la legislación societaria una causal de disolución que impone capitalizar o liquidar, so pena de responsabilidades por el eventual pasivo insoluto.

Convengamos que las dos situaciones patrimonialmente distinguibles son en las sociedades: 1. El patrimonio activo inferior al patrimonio pasivo, o sea patrimonio neto neutro o negativo que exterioriza la pérdida del capital y reservas, y 2. El activo corriente inferior al pasivo corriente, que exterioriza una imposibilidad transitoria de pago con medios normales. A lo primero lo catalogaremos como “insolvencia” (insolvencia patrimonial) y a lo segundo como “cesación de pagos” (insolvencia negocial).

Sin pérdida del capital social –insolvencia-, puede haber cesación de pagos por un activo inmovilizado no corriente y un pasivo menor pero corriente. En tal supuesto la propuesta 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. Es de inmediata constatación, de la cual no resulta inmediatamente la liquidación, pero si la responsabilidad de administradores y posiblemente de socios.

## 2. El acuerdo concursal condicionado por cesación de pagos e insolvencia.

Las concepciones dogmáticas carecen de interés si no tienen efectos prácticos. A ello nos referimos con Juan Carlos Veiga<sup>96</sup>.

<sup>93</sup> MENA, Celina María “Cesación de pagos vs. Insolvencia”, en libro colectivo “Homenaje al Dr. Osvaldo J. Maffia”, Ed. Lerner Córdoba 2008, Instituto Argentino de Derecho Comercial y Fundación para la Investigación del Derecho Concursal y la empresa en crisis Pablo Van Nieuwenhoven. Coordinadores E. Daniel Truffat – Marcelo Barreiro – Carlos Roberto Antoni Piossek – Ramón Vicente Nicastro

<sup>94</sup> Nto. “La empresa: su organización y crisis” en RDCO n° 253 marzo-abril 2012 p.407.

<sup>95</sup> CASADIO MARTINEZ, Claudio Alfredo *Informes del síndico concursal*, Ed. Astrea, Buenos Aires 2011, págs.. 170 y ss., correspondiendo la jurisprudencia citada corresponde a CNCom, Sala B 24.3.81 LL 1981-C-615.

<sup>96</sup> “Nueva visión en torno a la homologación de acuerdos con quitas en concursos de sociedades. El abuso y el fraude” en VIIIº Congreso Argentino de Derecho Concursal y VIº Congreso Iberoamericano de

En caso de cesación de pagos, e incluso de insolvencia de una sociedad, el derecho de proponer quitas implica un real abuso de derecho de los socios –guiados por los administradores- frente a la obligación incumplida de reintegrar o aceptar la capitalización de la sociedad, y si sólo hay cesación de pagos no es necesaria una quita sino una espera.

Bastará advertir que no se adoptaron soluciones societarias, que no se afrontó la crisis oportunamente, que sólo se exige un sacrificio a los acreedores, para que la propuesta no pueda sea homologada, por abusiva<sup>97</sup> y en fraude a la ley al haberse omitido las soluciones societarias.

Reforzando el Ccapitulo 3 del Título Preliminar del Proyecto de unificación del Código Civil y Comercial –con media sanción legislativa- que versa sobre “Del ejercicio de los derechos”, donde aparece el Artículo 9º, titulado “Principio de buena fe”, otro de los “principios jurídicos”, normando **“Los derechos deben ser ejercidos de buena fe”**<sup>98</sup>.

a. La homologación de un acuerdo de quitas no implica la inexistencia de abuso ni asegura la extinción de todo tipo de responsabilidad si se contravienen los principios y normas de la ley societaria.

b. Los acreedores podrían promover acciones individuales de responsabilidad contra administradores y socios que correspondiere, en juzgado diferente al del concurso de la sociedad, pues el demandado no ha estado concursado y no lo beneficia la novación<sup>99</sup>.

El concurso no nova las obligaciones por daños generados en la contratación o en la administración de la sociedad.

Sólo la quiebra prevé cierta uniformidad en las acciones de responsabilidad, sin derogar las que puedan generarse de otros ordenamientos.

## V -LA CUESTIÓN EN UN FALLO DE LA CORTE ARGENTINA.

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.

Se confirma así que la legislación societaria tiene normas y recursos que permiten reencauzar las crisis patrimoniales. Son fundamentales las previsiones en

---

la Insolvencia, Tucumán (R.A.) septiembre de 2012. *Por un mejor Derecho Concursal*, Tomo 1 pág. 367, y nto. “La empresa, su crisis y su conservación (meditaciones desde una visión nacional)” en *SUMMA CONCURSAL*, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires 2012, tomo I pág. 543

<sup>97</sup> Nto. “Crisis de sociedades: Acuerdos concursales abusivos vs. Solución privada” en *SUMMA CONCURSAL*, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires 2012, tomo II pág. 1945.

<sup>98</sup> “Ensayo en torno a buena fe e insolvencia societaria” en el Libro colectivo 2ª edición del *Tratado de la Buena Fe en el Derecho*, Coordinador Marcos M. Córdoba, Editorial La Ley, 2 tomos Buenos Aires 2005, , constituyendo el capítulo XLIX del tomo I a pág. 811.

<sup>99</sup> “Sobre la novación por acuerdos concursales (y algo sobre responsabilidad de administradores)” en *Doctrina Societaria y Concursal*, Ed. Errepar, nº 282, Buenos Aires mayo 2011, año XXIV, tomo XXIII, pág. 445.



torno a cómo 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.

## VI – INTRODUCIENDO AL DEBATE

Todo final es el principio de algo en derecho. En el caso estimular el debate para mejorar la convivencia, preservar el mercado y la contratación leal, evitando abusos y los daños directos y colaterales de las crisis en las sociedades.

El recurrir a los remedios concursales, pese a su alto coste, sin intentar previamente las soluciones societarias, parece un despropósito, sólo justificable cuando se agotaron negativamente aquellas. Incluso carece de sentido si se arriba a una capitalización del pasivo como propuesta de acuerdo concursal, cuando ello se logra fácilmente conforme la legislación societaria. Y si se intenta una quita y espera, sin haber intentando por la vía societaria la capitalización, ello aparecerá como un abuso de derecho, pues implica un enriquecimiento para la sociedad –y obviamente para los socios- con el correlativo empobrecimiento de los acreedores.

1. Se trata de concebir la funcionalidad societaria y la autonomía de la voluntad para pergeñar la personalidad jurídica dentro del sistema correspondiente, que debe ser interpretado coherentemente<sup>100</sup>, componiendo “un conjunto estructurado de elementos que podemos percibir como tal en un momento dado... Las estructuras no son caprichosas, corresponden a interconexiones definidas de subsistemas y elementos entre sí”<sup>101</sup>. No puede aplicarse excluyentemente la normativa concursal a una sociedad sin integrarla con la específica societaria, que en forma alguna excluye la aplicación de normas superiores contenidas en la Constitución Nacional, los tratados, y los Códigos Civil y Comercial.

2. Al observar las normas concursales y evaluarlas, hemos planteado a su vez nuestra visión anticipatoria, de bajo costo de transacción, que permite alejar cualquier acción de responsabilidad contra administradores societarios, a través de los mecanismos de reintegración, integración o aumento del capital social. El “obiter dictum” de la Corte nos alienta en el empeño de encontrar soluciones de menor coste y que no afecten derechos de terceros al afrontar las crisis empresarias.

3. Omitir las vías preconcursales societarias, para intentar las de reactivación en una presentación en concurso permiten avizorar el nacimiento de acciones de responsabilidad. El concurso preventivo, como remedio anticipatorio, esta reservado a la “cesación de pagos” de la sociedad, no a su “insolvencia”.

No es descartable ante la evidencia del uso abusivo de la técnica societaria de organización por los socios de control, acciones de responsabilidad contra los mismos, como la de imputabilidad aditiva (muchas veces denominada como de inoponibilidad de la personalidad jurídica<sup>102</sup>).

<sup>100</sup> GRÜN, Ernesto *Un nuevo enfoque para la teoría general del derecho* en LL 1988 A 789.

<sup>101</sup> GRÜN, Ernesto *Una visión sistémica y cibernética del derecho en el mundo globalizado del Siglo XXI*, Editorial Lexis Nexis Buenos Aires 2006, p. 173.

<sup>102</sup> *Inoponibilidad de la personalidad jurídica: imputabilidad y responsabilidad* en Revista de Derecho Privado y Comunitario, Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe 2009, nº 2008 – 3 pág. 191 a 246.

Como bien señala Dasso<sup>103</sup>, paradójicamente, "... 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 de la empresa viable de ser necesario".

Se podría aceptar la quita frente a un empresario individual, pero muy difícilmente ante el concurso de una sociedad<sup>104</sup>.

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.

Toda la regulación de la preconcursalidad societaria está vinculada a la viabilidad de la empresa. Es una forma de imponer un plan mínimo: reintegrar o capitalizar, por una parte si se entiende que la empresa o el objeto es viable, o liquidar la sociedad en caso contrario. Así se advertirán los congruencias entre las uniformes regulaciones societarias y el derecho concursal ambas en el derecho comparado<sup>105</sup>.

La preconcursalidad societaria, con bajo coste de transacción, asegura la conservación de la empresa. La aplicación de las normas imperativas revisadas constituye una obligación para administradores y socios, y un compromiso ético para los asesores en las ciencias económicas y jurídicas, en pos de la paz social y el desarrollo productivo.

Nuestra tesis es que la crisis debe ser asumida por administradores y socios inicialmente desde la normativa societaria, similar en todos los países, y residualmente por la vía concursal ante la "cesación de pagos"-insolvencia negocial- de su patrimonio, lo que impone actuar tempestivamente, pues ante la "insolvencia" sólo cabe la liquidación de no resolverse su capitalización, conforme la autonomía de la voluntad de sus propietarios. Ante su torpeza, si la empresa socialmente puede ser mantenida, no pueden ser beneficiados, pero hay soluciones y ello impondría intentarlo en otro ensayo.

También esta es una invitación a participar en el próximo IX<sup>o</sup> Congreso Argentino de Derecho Concursal y VII<sup>o</sup> Congreso Iberoamericano de la Insolvencia a realizarse con internación en las Sierras de Córdoba entre los días 6 y 8 de septiembre de 2015, organizado por la Universidad Nacional de Córdoba<sup>106</sup>..

---

<sup>103</sup> DASSO, Ariel A. *Derecho Concursal Comparado*, tomo 1, Ed. Legis, Buenos Aires 2009, pág. 804.

<sup>104</sup> También lo sostuvo el Prof. Dr. Vicente Aznar en las 12as. Jornadas de Sindicatura Concursal (Córdoba, 2012) donde disertó magistralmente sobre "Propuestas abusivas".

<sup>105</sup> "Preconcursalidad societaria" Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal, Editorial La Ley, España, RCP 20/2013.+ Cit.

<sup>106</sup> Con gusto facilitaremos información a través de [dptocomercialunc@gmail.com](mailto:dptocomercialunc@gmail.com)