

PLANIFICACION Y RESPONSABILIDAD
DE ESO NO SE HABLA (sobre el derecho societario de crisis)¹¹²
María Fernanda COCCO - Efraín Hugo RICHARD

1- Sobre lo que no se habla

Deseamos traer a análisis un tema del que “no se habla”

Nos referimos a la legalidad de las propuestas de quita en los concursos de sociedades, que la práctica acepta sin cuestionamiento alguno, pese a que hemos referido a ello –como las costumbres *contraderecho* en los procesos concursales de sociedades.¹¹³

Intentemos repensar la cuestión: se comienza a aceptar que la ley concursal no es una isla - particularmente en el concurso de sociedades-, pese al enfrentamiento de una fuerte corriente que se aferra al sistema procesal de la ley concursal, y de una corriente minoritaria, pero sustancialista surgida muy especialmente después de la vigencia del Código Civil y Comercial de la Nación –en adelante CCCN-.

La doctrina mundial ha comenzado a referirse a la integración del derecho concursal con el societario. La comunidad de objetivos entre ambas ramas del ordenamiento mercantil hace necesaria una coordinación y armonización normativa -que impone ahora el art. 2 CCCN¹¹⁴, de modo que su objetivo común pueda ser logrado en forma segura y eficiente; derecho concursal y derecho societario no son dos compartimentos estancos¹¹⁵. Ambas disciplinas deben perseguir, desde una concepción integral del sistema jurídico, esa mentada armonización, conforme señalan

112 En prensa RDCO.

113 RICHARD, Efraín Hugo – VEIGA, Juan Carlos “EL CONTRADERECHO: LAS NORMAS IMPERATIVAS DEL DERECHO SOCIETARIO” 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. Y después “EL ABUSO Y EL FRAUDE EN LA HOMOLOGACION DE ACUERDOS CONCURSALES PROPUESTOS POR SOCIEDADES COMERCIALES CON QUITAS” Publicado en *Pensar en Derecho*, Nro. 5 Año 3, pág. 257, Buenos Aires, Febrero 2015. Ed. Eudeba, Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires.

114 Libro colectivo *Comentarios al Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación 2012* –en el que colaboráramos- dirigido por Julio César Rivera y Coordinado por Graciela Medina, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires septiembre 2012, donde sobre este aspecto lucen dos capítulos el I “La constitucionalización del código como constitución a la Constitución como fuente del derecho privado. Síntesis de una evolución” a cargo del Director, donde pone el acento en el Código Civil (ahora también Comercial) como centro del sistema jurídico, pág.1 y ss., y el LXXI “Constitucionalización del derecho Privado. Algunos aspectos constitucionales del Proyecto de Reforma y Unificación del Código Civil y Comercial de la Nación” de Marcela I. Basterra, pág. 1383 y ss..

115 RICHARD, Efraín Hugo *Perspectiva del Derecho de la Insolvencia*, Ed. Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales, Córdoba Rep. Argentina 2012. Comunicación al VIIIº CONGRESO ARGENTINO DE DERECHO CONCURSAL y VIº CONGRESO IBEROAMERICANO DE LA INSOLVENCIA Tucumán (R.A.) septiembre de 2012, “LA NECESARIA INTEGRACIÓN DEL SISTEMA CONCURSAL CON EL SOCIETARIO ANTE LA CRISIS DE SOCIEDADES”, tomo II pág. 815; “LA ENSEÑANZA Y LA INVESTIGACIÓN DEL DERECHO SOCIETARIO DE CRISIS” en *Anuario XV (2013-2014)* del Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba, pág. 351, editado en Córdoba diciembre 2015.

Olivera Amato¹¹⁶, Olivera García¹¹⁷, Karsten Schmidt¹¹⁸, Alessandro Nigro¹¹⁹ y, desde los '90, los españoles. Elegimos recordar, señalando que la legislación societaria opera “como un instrumento pre concursal”¹²⁰, “tiene una función *pre concursal* o *para concursal*, considerando algún otro considerarla como *anticoncursal*”¹²¹, considerando el sistema de prevención de crisis, no siempre con coordinación y armonización normativa entre las legislaciones societaria y concursal, que no son dos compartimentos estancos. Emilio Beltrán¹²² postulaba –antes de la reforma del sistema societario español “...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 pre concursal previsto legalmente debería ser suficiente para impedir que la sociedad llegase a ser insolvente.

Esa prevención resulta de entender que las normas imperativas de las leyes especiales que las regulan (a las sociedades) traen soluciones del mismo carácter -normalmente opciones imperativas como la contenida en nuestro art. 96 de la Ley General de Sociedades –en adelante LGS- para evitar la cesación de pagos o la insolvencia. Aunque nunca es descartable el concurso, incluso de la sociedad en liquidación.

Coherente con ello la Comisión presidida por Jeep Winter¹²³ consideró este tema desde el riesgo: en la persona humana, lo asumen los acreedores, pero en la persona jurídica, lo asumen los socios -incluso en la unipersonalidad se separa a los acreedores-.

Conservar la empresa y los puestos de trabajo no es conservar la sociedad o la posición de los socios en ésta. Puede implicar pasar por un proceso de capitalización o de reorganización.

Como en las legislaciones en general, en muchas conferencias escuchamos hablar sólo del deudor, sin distinguir si es persona humana o jurídica.

Y en orden a la propuesta de quita, junto con otro abundante catálogo de posibilidades - contenidas en el art. 43 de la ley 24522 –en adelante LCQ-, hace similar referencia al deudor, alguna

116 OLIVERA AMATO, Juan M. Herramientas societarias para la solución y prevención de las crisis empresariales en Situaciones de crisis en las sociedades comerciales” AAVV directores José Miguel Embid Irujo, Daniel Roque Vitolo, Ed. Ad Hoc, Bs. Aires 2010, pág.31 y ss., esp.35.

117 OLIVERA GARCIA, Ricardo “Reintegro del Capital Social – Capital Repayment” en Revista de Derecho Comercial” Ed. La Ley Uruguay, Quinta Época, año I, n° 1, Enero-Marzo 2016, pág. 3.

118 SCHMIDT, Karsten “El Derecho Societario y la intromisión del Derecho Concursal. El caso alemán” en: RDCO 297, 09/08/2019, 987.

119 NIGRO, Alessandro “Il «diritto societario della crisi»: una nuova frontiera?”, disertación en el Congreso Iberoamericano de Derecho Concursal, Punta del Este octubre 2017, “Le società per azioni nelle procedure concursuali”, in Trattato delle società per azioni, diretto da G.E. Colombo e G.B. Portale, 9ª, Torino 1993, 209 ss.

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

121 DÍEZ ECHEGARAY, J. Deberes y Responsabilidad de los Administradores de Sociedades de Capital, 2006, Thomson-Aranzadi 2ª ed., Navarra. p. 387.

122 BELTRAN SANCHEZ, E. “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.

123 Ese informe es el resultado del trabajo realizado por el “Grupo de Alto Nivel de Expertos en Derecho de Sociedades”, presidido por Jaap Winter, con el doble objetivo de iniciar una discusión sobre la necesidad de la modernización del Derecho de Sociedades y elaborar una serie de recomendaciones destinadas a crear un nuevo marco regulador de las sociedades cotizadas.

específicamente para persona humana como “la constitución de sociedad con sus acreedores” - también argumentaremos para determinar que la quita es un fraude a la ley societaria-; y, a su vez, hay tipos de propuestas propias de las sociedades como “reorganización de la sociedad deudora, emisión de obligaciones negociables o debentures, emisión de bonos convertibles en acciones, capitalización de créditos -inclusive de acreedores laborales- en acciones o en un programa de propiedad participada”.

Justificamos la posición que sostenemos. Lo hacemos por dos vías.

2- Vía societaria

Una vía es la naturaleza del negocio societario, donde se tipifica esta persona jurídica en el art. 1 LGS diciendo “Que habrá sociedad... cuando... personas... en forma organizada... se obligan a realizar aportes para aplicarlos a la producción o intercambio de bienes o servicios -incluso a mera administración (art. 30)- participando de los beneficios y soportando las pérdidas”.

En forma organizada hace a el cómo debería administrarse una sociedad; y a la cuestión de cuáles son las obligaciones de los administradores y socios. En este punto consideramos que la ciencia de la administración puede aportar y mucho¹²⁴.

Podemos decir que la administración es la “... coordinación de todos los recursos a través de los procesos de planear, organizar, dirigir y controlar, para alcanzar objetivos establecidos ...”¹²⁵ o el “... proceso de consecución de objetivos organizacionales mediante la combinación del trabajo con personas, y de las personas, con otros recursos organizacionales ...”¹²⁶.

Existe una notable diferencia entre la conceptualización de la administración o gestión social que realiza el derecho societario. Para este último, la gestión social tiene tres actores: 1- la asamblea, 2- el órgano de administración y 3- la sindicatura; y constituyen, para la teoría de la administración, el mismo nivel organizacional.

124 El órgano de administración de las sociedades tiene, para el derecho societario, dos aspectos: a) el objetivo o normativo y b) el subjetivo o personal. Cuando nos referimos a la responsabilidad de la administración siempre es respecto de ese aspecto subjetivo o personal.

En la ciencia de la administración no se efectúa esta distinción entre órgano de administración y administradores. Se distingue, sin embargo, y sólo a los fines de su remoción, a aquellas personas que son administradores e integran el órgano societario de aquellas otras personas que son administradores, pero no integran el mencionado órgano. Esta distinción surge de los diversos niveles gerenciales que conforman una organización o empresa.

Para ampliar sobre este tema, véase: COCCO, María Fernanda LA RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES SOCIETARIOS. UNA MIRADA DESDE LA TEORÍA ADMINISTRATIVA - Ensayos de Derecho Empresario Volumen VIII – FESPRESA – 2013. EL INFORME DE GESTIÓN DE LOS ADMINISTRADORES SOCIETARIOS. UNA APROXIMACIÓN A SU CONTENIDO - ESTUDIOS DE DERECHO EMPRESARIO – UNC – 2013 - <https://revistas.unc.edu.ar/index.php/esdeem/article/view/4934/5999> RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES Y SU VINCULACIÓN CON EL PLAN DE NEGOCIOS - IX Congreso Argentino De Derecho Concursal y VII Congreso Iberoamericano De La Insolvencia – Advocatus – 2015. LA VIABILIDAD ECONÓMICA Y SOCIAL. EL PLAN DE NEGOCIOS, EL INFORME DE GESTIÓN Y LA MEMORIA - XIII Congreso Argentino de Derecho Societario y IX Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa – Mendoza – 2016.

125 CHIAVENATO, Idalberto ADMINISTRACION EN LOS NUEVOS TIEMPOS – Ed. Mac Graw Hill – Colombia – 2002 – pág. 7.

126 CHIAVENATO, Idalberto op. cit. pág. 7. En cuanto a la figura del administrador nos dice que es la persona “... responsable del desempeño de una o más personas de la organización ... que obtiene resultados a través de la organización y de las personas que trabajan en ella ... que planea, organiza, dirige personas, gestiona y controla recursos materiales, financieros, informáticos y tecnología para conseguir determinados objetivos ...”. Actividades estas que “... atañen no sólo al alto ejecutivo sino también al supervisor de primera línea ... se aplican al administrador en cualquier nivel de la organización ...”.

El proceso administrativo es estudiado por la teoría de la administración identificando cuatro componentes: 1- planeación, 2- organización, 3- dirección y 4- control. Funciones que son permanentes y continuas¹²⁷.

Todas estas funciones del proceso administrativo recaen, en la teoría de la administración, en cabeza de los administradores y bajo su responsabilidad.

En cambio, para el derecho societario, aparentemente, y considerando los actores que conforman la gestión social, no siempre recaerían en el órgano de administración. Siendo más explicativos, y siempre en principio, dejando a salvo excepciones, la planeación estaría adjudicada a la órbita de la asamblea; la organización y dirección, al órgano de administración; y el control a cargo de la sindicatura.

Siguiendo la lógica impuesta desde la teoría de la administración, lo expuesto en el párrafo precedente constituiría una falacia, debido a que la sociedad, como organización, tiene un nivel institucional integrado por la asamblea, el órgano de administración y la sindicatura que debería planear, organizar, dirigir y controlar estratégicamente.

No tenemos en la actual LGS ni en el CCCN regulada la constitución, funcionamiento, atribuciones, etc. de los demás niveles organizacionales de administración; la única posibilidad de normatización de estos aspectos queda librado a la autonomía de la voluntad de los socios fundadores, que, en pleno ejercicio de esa autonomía de la voluntad -valga la redundancia-, decidan organizar y reglamentar estos otros niveles de administración en el estatuto social; o posteriormente, lo hagan en una modificación del contrato social -pero ya con las reglas de funcionamiento de la asamblea y sujetos al régimen de mayorías-.

Nos posicionamos en la necesidad de un “informe de gestión” atado al plan de empresa como punto de partida. Informe de gestión destinado a brindar todas las explicaciones necesarias para los socios que conforman esa sociedad –a modo de rendición de cuentas– y todas las futuras líneas de acción a adoptarse –a modo de planificación estratégica–. Este informe de gestión, por su flexibilidad de contenido (por no tratarse de un estado contable) y su sencillez de presentación, permite ser adaptado a las particularidades de cada una de las sociedades; particularidades dadas por la vigencia del principio de autonomía de la voluntad en la conformación de la estructura societaria adoptada en el momento constitutivo de la sociedad. Éste informe de gestión no forma parte de los estados contables que deben confeccionar las sociedades, sino que los complementa brindando integración e integralidad a la información volcada en todos ellos.

Encontramos las disposiciones del art. 59 y del art. 274 LGS que estipulan el deber de obrar con la diligencia y lealtad de un buen hombre de negocios y su responsabilidad por el mal desempeño de su cargo, así como por la violación de la ley, el estatuto o el reglamento y por cualquier otro daño producido por dolo, abuso de facultades o culpa grave, respectivamente. Esto implica la posibilidad de demandar al administrador por los daños y perjuicios ocasionados a la sociedad y/o a los socios.

La combinación de las disposiciones de estos dos artículos constituye la regla básica de la responsabilidad de los administradores. Tiene su fundamento en la cobertura de los daños que se inflijan a la sociedad, los socios y los terceros por el mal desempeño del cargo; estipulando una pauta objetiva de atribución de responsabilidad: obrar con la lealtad y diligencia de un “buen hombre de negocios”.

127 Seguimos en este punto a CHIAVENATO, Idalberto op. cit. pág. 16 y ss..

La pauta objetiva fijada para la responsabilidad de los administradores societarios es la de “actuar con la lealtad y diligencia de un buen hombre de negocios”.

La teoría de la administración nos permite dotar de “contenido”, tangible y concreto, a las obligaciones de los administradores societarios.

La “lealtad de un buen hombre de negocios” tiene por contenido: a) el guardar reserva de las negociaciones y secreto de demás información comercial relevante que maneja la sociedad; b) hacer prevalecer el interés social por sobre cualquier otro interés; c) abstenerse de procurar cualquier beneficio personal a cargo de la sociedad; y d) abstenerse de participar por cuenta propia o de terceros en actividades en competencia con la sociedad.

La “diligencia de un buen hombre de negocios” tiene por contenido: a) definir la misión y visión societaria; b) marcar la estrategia y generar las tácticas de negocios de la empresa (plan de empresa); c) establecer las políticas empresariales; d) brindar pautas directivas para el nivel operacional; e) implementar el proceso administrativo societario en sus cuatro etapas: 1- planeación, 2- organización, 3- dirección y 4- control; f) elaborar y confeccionar los estados contables; y g) rendir cuentas a través del informe de gestión.

El “informe de gestión” tiene como contenido mínimo: a) el detalle de los objetivos fijados y efectivamente alcanzados en el ejercicio; b) definir los objetivos a alcanzar en el próximo ejercicio; c) detallar el impacto de las políticas empresariales en el desenvolvimiento del plan de empresa; d) informar sobre el efectivo cumplimiento de las normas aplicables a la actividad de la empresa; e) calificar el comportamiento ético de los directivos con el personal de la empresa; f) verificar el respeto de los derechos y deberes de los trabajadores de la empresa; g) informar si se ha contribuido al bienestar de la sociedad a través de la implementación de algún política empresarial; y h) detallar la aplicación y administración de los recursos financieros de la sociedad de acuerdo a las pautas que se hayan fijado.

El soportar las pérdidas hace a la naturaleza del vínculo societario. ¿Podría inscribirse un estatuto que agregara “salvo que la sociedad se concurse y por mayoría se imponga que las soportarán los acreedores, incluso que, si de la quita se registrara utilidad, previo pago del impuesto a las ganancias se podría distribuir? Imaginamos que se le negaría inscripción por fraude a la ley societaria.

¿Y por qué se homologa una propuesta semejante? El art. 52 ap. 4 LCQ reza que en ningún caso se homologará un acuerdo con abuso de derecho o fraude a la ley. Ante las quitas confiscatorias y esperas incomprensibles no hemos visto ninguna resolución homologatoria en concurso de sociedades que afronte el fraude a la ley societaria generada por la quita impuesta por ocasional mayoría -se ha roto la universalidad por la modificación del art. 21 LCQ y las prácticas procesales-. Y para determinar la abusividad se limitan a requerir al síndico opinión sobre la real quita a asumir junto a la espera, y en su caso suelen aplicar la tercera vía para supuestamente equilibrar derechos, en vez de lisa y llanamente recurrir al procedimiento típico para sociedades del art. 48 y concordantes LCQ.

Advertimos que, al hacer la propuesta de quita, los órganos de gobierno, administración y fiscalización de la sociedad deben registrar un pasivo del 35% de ello como impuesto a las ganancias. El mismo puede diferirse a pagar hasta en cuatro años para absorber pérdidas posteriores, pero en muchos casos se paga de inmediato, se homologa y queda firme la resolución para disponer, por la ganancia así generada, la inmediata distribución quizás de jugosísimo y millonario dividendo -como se ha dado-.

Todo lo mencionado precedentemente acontece sin siquiera contar con informes de gestión que den cuenta de esas situaciones y decisiones.

Frente a ello, el enjundioso Daniel Truffat -con parte de la doctrina clásica- ha intentado morigerar la interpretación de la legislación societaria sosteniendo la legalidad del “esfuerzo compartido”. En el Congreso Internacional de Mérida 2006 escribió¹²⁸ respondiendo a las preocupaciones que generábamos... “Con respecto a la propuesta concordataria ... en tanto y en cuanto se pretenda preservar la moralidad de tal medio de superación de la cesación de pagos: La necesidad de que la solución preventiva a obtener importe aquella que la doctrina argentina ...denomina: “*el esfuerzo compartido*”. Es literalmente inmoral que la solución concordataria devuelva al empresario (en general en sociedades de capital, a los accionistas de la concursada) una empresa revitalizada y que todo el daño emergente de la cesación de pagos recaiga en exclusiva en los acreedores del sujeto así salvado. Esa posibilidad importaría consagrar el enriquecimiento incausado en favor de los antedichos”. **Y de este enriquecimiento no cabe duda¹²⁹ y así se lo considera impositivamente una ganancia.**

Hay múltiples formas de generar propuestas que no puedan ser calificadas de abusivas o en fraude a la ley, particularmente las de capitalización directa o indirecta, que aseguren la superación del estado de crisis, pero no tenemos tiempo de abordarlas.

3- Vía sistémica

Aquí podríamos concluir con la argumentación, pero toda duda fue despejada por el CCCN, con la integración sistemática que genera el mismo, y, específicamente, para las personas jurídicas su art. 150 que determina el orden de aplicación de normas; fijando en primer lugar las normas imperativas de la ley especial -en el caso LGS-, o en su defecto las normas imperativas del CCCN, con preeminencia sobre la autonomía de la voluntad regulatoria del estatuto y en tercer lugar las leyes especiales, entre las que ubicamos a la LCQ.

En forma alguna podrían los socios eludir su responsabilidad sobre el riesgo del negocio y la soportación de las pérdidas; por lo que el déficit patrimonial, así sea en la liquidación concursal privada, impone revisar por las normas específicas de la LGS, LCQ o de la teoría general de la responsabilidad, y la posibilidad de promover acciones de responsabilidad. Entre ellas las de la llamada inoponibilidad de la personalidad jurídica.

Entre las normas imperativas debemos recordar las que se refieren a causales de disolución que exteriorizan insolvencia financiera (o cesación de pagos, art. 94.4 LGS, o insolvencia patrimonial (pérdida total del capital social art. 94.5 LGS hoy suspendida), no imponiendo a los administradores plazo para actuar, ofreciendo opciones imperativas de capitalización -art. 96 LGS- o liquidar, pero alterando el régimen de responsabilidad previsto en el art. 99 LGS en caso de generarse daños, de

128 TRUFFAT, Daniel “La abusividad de la propuesta y la moralización de los concursos en lo atinente –preisamente- a la oferta del deudor”, en Segundo Congreso Iberoamericano de Derecho Concursal, Mérida, Estado de Yucatán, México.

129 RICHARD, Efraín Hugo ¡LOS REYES MAGOS NO EXISTEN! Publicado en Estudios de derecho concursal uruguayo, tomo VI, pág. 13, Cátedra de Derecho Concursal, Coordinador Camilo MARTÍNEZ BLANCO, Ed. Universidad de Montevideo, Facultad de Derecho, Montevideo 2019, donde el Coordinador ha tenido a bien en su Presentación expresar “En esta oportunidad, arrancamos el número VI de estos Estudios con un enjundioso trabajo de Efraín Hugo RICHARD que discurre más allá de la boutade del título (¡Los Reyes Magos no existen!) por los caminos a los que esta eminencia concursal nos tiene acostumbrados: la crisis de los sistemas de prevención de la insolvencia. Constatado que ni los Reyes Magos, ni Papá Noel existen, con acierto afirma que la salida a la crisis de los emprendimientos “no puede ser empobrecer a los acreedores y enriquecer a los socios que no adoptaron las medidas correctivas”. Y por esos caminos discurre tan importante como ameno trabajo.

los que solidariza a los administradores y a los socios “en su caso”. Esta expresión ha generado dudas sobre a qué socios alcanzaría, lo que hoy es integrado por la referida expresión del art. 150 CCCN al indicar, por el defecto, a las normas imperativas del CCC, localizando al final del art. 167 CCCN “En caso de infracción responden ilimitada y solidariamente sus administradores y aquellos miembros - socios- que, conociendo o debiendo conocer la situación y contando con el poder de decisión necesario para ponerle fin, omiten adoptar las medidas necesarias al efecto”. El art. 54 LGS, en su integridad, coadyuva con esa interpretación, que es coincidente con la jurisprudencia que les responsabiliza por la infrapatrimonialización originaria o sobrevenida.

No pueden los socios soslayar esa situación tipificante del negocio que libremente asumieron, y proponer una quita en el concurso de la sociedad. Esa conducta se enrola en maniobras que deberían ser calificadas como fraude a la ley conforme al art. 12 CCCN.

Ante la práctica ilegal de homologar acuerdos con quita en concurso de sociedades, no dudamos en pensar en la posibilidad de que el acreedor perjudicado pueda promover una acción individual de responsabilidad por vía extraconcursal, pues el o los demandados no están concursados. Por otra parte, será muy fácil probar el daño, la conducta u omisión, su antijuridicidad y el nexo causal con las constancias de concurso.

Con estas afirmaciones estamos cuestionando la supuesta responsabilidad limitada de los socios en las sociedades con responsabilidad limitada, apuntado que la imputabilidad generada lo es por la situación que ostentaba el socio y el grupo mayoritario. Se mantendrá ese paradigma para el mero inversor.

El adecuado ensamble entre la ley societaria, que apenas esbozamos, no sólo refiere al contenido de la propuesta en el concurso de sociedades, sino a lo imperioso de acreditar la viabilidad de la actividad -art. 100 LGS-, la determinación del órgano que debe formular la propuesta y la necesidad de presentar un plan de negocios -que es soslayado por la sociedad concursada y por la judicatura-, que siempre existe y está consagrado por la sistemática de diversas normas de la ley concursal y de la ley societaria.

El artículo 100 de la LGS instauro el concepto de viabilidad económica y social de la actividad societaria-empresaria. Implica reconocer que la sociedad se concibe como “empresario” y la consiguiente “profesionalización” de la actividad.

El Plan de Negocios¹³⁰ es entendido como el conjunto de múltiples factores tenidos en cuenta para concebir y poner en marcha un proyecto empresario. Este plan se plasma en dos documentos: a) en el contrato constitutivo de sociedad en lo que refiere a la especial estructura y organización de las funciones societarias; y b) en la planificación estratégica de la organización empresaria.

Al inicio de la actividad societaria-empresaria es el punto de referencia y comparación para la elaboración del Informe de Gestión.

En cuanto a su contenido, podemos indicar dos grandes componentes: a) el componente económico-financiero y b) el componente social.

Respecto del componente económico-financiero, el contenido del Plan de Negocios aspira a explicitar la ingeniería financiera diseñada para la consecución del objeto social. En este sentido, cobran relevancia, y siempre a modo enunciativo, los ítems siguientes: 1) el producto o servicio, 2) el valor de ese producto o servicio desde la óptica del destinatario, 3) los requerimientos financieros

130 FOURCADE, Antonio MANUAL DE SOCIEDADES COMERCIALES – Ed. Advocatus – Córdoba 2011 pág. 21.

para su colocación en el mercado, 4) el recupero de la inversión, 5) las condiciones imperantes en el mercado y la situación particular de los competidores, 6) las posibles alianzas comerciales, 7) el cronograma de implementación y ejecución.

Respecto del componente social, el contenido del Plan de Negocios aspira a explicitar la visión y misión y los valores sustentados y adoptados por la sociedad para la consecución del objeto social. En este sentido, cobran relevancia, y siempre a modo enunciativo, los ítems siguientes: 1) los integrantes del equipo de gestión y de trabajo, 2) los logros alcanzados, 3) la estrategia de marketing y ventas, 4) la política de gestión del capital humano, 5) la política salarial, 6) la estructura organizacional, 7) la política ambiental, 8) el impacto de la sociedad como generadora de empleo en la comunidad en la que se inserta, 9) el cronograma de implementación y ejecución.

Con el transcurso del tiempo, esa planificación estratégica va sufriendo los cambios o adaptaciones necesarios derivados del entorno en el cual se inserta la sociedad. Estas modificaciones sólo son posibles si se mantiene la viabilidad económica y social de la actividad societaria-empresaria; por ello es que sostenemos que debe mantenerse durante toda la vigencia de la sociedad y que debe surgir de un análisis técnico-profesional del estado de situación de la sociedad.

En cuanto al contenido del Informe de Gestión, sostenemos que debe incorporarse un nuevo punto expresamente al confeccionarlos: “la valoración técnico-profesional sobre la viabilidad económica y social de la actividad societaria-empresaria. Un dato adicional a incluir en la Memoria y en el Informe de Gestión, es la suficiencia, en cantidad y liquidez, del patrimonio social para la continuidad de la actividad societaria desarrollada para la consecución del objeto social. En caso que de dicha valoración surja la inviabilidad económica y social, se indicarán los mecanismos societarios de saneamiento de la crisis financiera, o las soluciones concursales que se estimen más adecuadas; adicionalmente, se identificarán las acciones de responsabilidad societarias que pudieren ser incoadas”.

A la vez, esto impactará sobre el contenido del Informe General del Síndico, tanto en lo que hace al análisis de las causas del desequilibrio económico del deudor cuanto en lo que hace a la existencia de responsabilidad patrimonial de los socios.

La ausencia de una planificación estratégica y la ausencia de informe respecto de la viabilidad económica y social de la actividad societaria-empresaria es causal de responsabilidad de los administradores societarios por aplicación de los artículos 59 y 274 de la LGS. También lo es el no indicar los mecanismos societarios de saneamiento de la crisis financiera ni las acciones de responsabilidad que pudieren incoarse.

Por su parte el artículo 54 establece la responsabilidad de los socios por el daño ocurrido a la sociedad por dolo o culpa, constituyendo a sus autores en la obligación solidaria de indemnizar sin que puedan alegar compensación con el lucro que su actuación haya proporcionado en otros negocios.

La aprobación de la gestión de los administradores cuando no se mantiene la vigencia de la viabilidad económica y social de la actividad societaria-empresaria es causal de responsabilidad de los socios por aplicación del artículo 54.

Toda actuación societaria implica la obligación de rendir cuentas a las partes interesadas, cuando vinculamos este principio con la viabilidad económica y social, impuesta por el artículo 100 de la Ley General de Sociedades, vemos que los “interesados” no sólo son los tradicionales, es decir, los socios, los inversores; esa rendición de cuentas también se debe hacer frente a los trabajadores de

la sociedad, a los proveedores, a los clientes, a la comunidad en la que se inserta la sociedad. En este sentido, se introducen aquellas cuestiones que hacen al Plan de Negocios como parámetro de comparación inicial y el Informe de Gestión como expositivo del grado de su implementación y ejecución en el tiempo.

Tal como sostienen Server Izquierdo y Villalonga Grañana¹³¹, “se avanza paulatinamente en la adopción de normas legales que exigen la inclusión de indicadores sociales en la información que se requiere a las corporaciones” para así pasar de un sistema voluntarista a un sistema reglamentario.

La planificación estratégica de la sociedad debe incluir como mínimo: a) plan de inversiones, b) plan de endeudamiento, c) plan de aprovisionamiento, d) plan de posicionamiento en el mercado, e) plan de recursos humanos, f) plan de gestión de riesgos y contingencias, g) plan de impacto ambiental, h) plan de gestión de la calidad de los productos, i) plan de evaluación de satisfacción de los clientes, j) plan de investigación y desarrollo, k) plan de vinculación con la comunidad, l), plan de control de gestión y m) plan de difusión y transparencia.

Las políticas generales empresariales se desprenderán de la planificación estratégica, sin embargo, deben tenerse en cuenta los siguientes aspectos: a) mecanismo de toma de decisiones, b) diseño de administración y gobierno corporativo, c) participación de las partes interesadas, d) implementación de los niveles organizacionales, e) mecanismo de solución de conflictos de interés, f) indicadores de comportamiento, seguimiento y evaluación, h) mecanismo de control interno y externo, i) auditorías especiales y j) publicidad de la información empresarial y de gestión.

El informe de gestión periódico tiene que dar cuenta de: a) el detalle de los objetivos fijados y efectivamente alcanzados en el ejercicio; b) definir o reprogramar los objetivos a alcanzar en el próximo ejercicio; c) detallar el impacto de las políticas empresariales en el desenvolvimiento de la planificación estratégica; d) informar sobre el efectivo cumplimiento de las normas aplicables a la actividad de la empresa; e) calificar el comportamiento ético de los directivos con el personal de la empresa; f) verificar el respeto de los derechos y deberes de los trabajadores de la empresa; g) informar si se ha contribuido a la vinculación con la comunidad a través de la implementación de alguna política empresarial; h) detallar la aplicación y administración de los recursos financieros de la sociedad de acuerdo a las pautas que se hayan fijado; e i) detallar la información que se difunde y la que no, dando cuenta de las razones de la decisión.

El informe de gestión total tiene que dar cuenta del grado de cumplimiento de la planificación estratégica y debe dar cuenta de todos los aspectos incluidos en la misma. Este informe es el que permite aprobar la gestión de los administradores societarios.

En este aspecto, introducimos una variante en la aplicación de la LGS: la aprobación del informe de gestión periódico no implica la aprobación de la gestión del administrador societario. La aprobación de la gestión se obtiene a través de la aprobación del informe de gestión total.

Con la corriente procesalista se ha reducido al acreedor a la situación de un socio sin derechos, al decir de Miola¹³².

131 Ricardo J. Server Izquierdo – Inmaculada Villalonga Grañana LA RESPONSABILIDAD SOCIAL CORPORATIVA (RSC) Y SU GESTIÓN INTEGRADA CIRIEC-España, Revista de Economía Pública, Social y Cooperativa, nº 53, noviembre 2005, pp. 137-161.

132 MIOLA Massimo “Il sistema del capitale sociale e le prospettive di riforma nel diritto europeo delle società di capitali” en Rivista delle Società, 2005-50-1199, fasc. 6. pág. 1310. ob. cit. pág. 1310.

4- Cierre

Cuando cerrábamos estas líneas, el juez Fabio Lorenzini, en el sonado caso Vicentin S.A., decidió ampliar la intervención del órgano de administración, basado en la reticencia a informar sobre el plan de negocios, elemento indispensable para juzgar una eventual propuesta tanto por los acreedores como por el juez para apreciar si la misma no es abusiva o en fraude a la ley –aspectos rozados en esta nota-. El Juez en resolución del 3 de diciembre de 2020, calificó la posición negatoria de información como reactiva y actúa interviniendo al Directorio en una forma muy especial en consonancia a esa falta de transparencia e información sobre el curso anterior y futuro de los negocios, requiriendo la explicitación del plan. Afirmó “en el marco de una dirección empresaria que hasta el momento no ha explicitado la existencia de un plan de negocios que, conforme lo señalado (art. 45 LCQ), podría interpretarse como una exigencia de nuestra ley concursal. ... el modo en que se planificaron (y planifican los negocios) de la concursada, resultan indispensables para ofrecer garantías de la continuidad operativa de la empresa en crisis y permitir que los acreedores cuenten con información suficiente y adecuada para acompañar (o no) cualquier propuesta de acuerdo. - Sin perjuicio de que este Juzgado debe controlar que, dicha eventual propuesta, no sea abusiva o fraudulenta (Art. 52 LCQ).”

No podemos dejar de lado la responsabilidad de administradores y socios para cubrir el déficit concursal –tema abierto en las Jornadas del Consejo Profesional de Ciencias Económicas de Córdoba (3/5 de diciembre de 2020) que explicitara el Prof. Español Jesús Quijano para la legislación comparada y que no es extraña a la legislación argentina, de resulta de los arts. 54, 59 y 99 LGS, y arts. 150 y 167 CCC, que hemos remarcado¹³³, para encerrarse discutiendo las prioridades de los acreedores para apoderarse de los despojos del patrimonio social insuficiente. La integración patrimonial y la responsabilidad de administradores y socios es la vía. Eventualmente la capitalización del pasivo, bien señalada por Francesco Fimmano¹³⁴.

Cerramos satisfechos si hemos generado, aunque sea dudas que obligue al interlocutor a replantearse las cuestiones de las que hoy no se habla...¹³⁵

133 RICHARD, Efraín Hugo “DERECHO SOCIETARIO: AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD Y NORMAS IMPERATIVAS. LAS CRISIS. Y UNA APOSTILLA SOBRE LA LEY DE EMERGENCIA” en La Ley, 20 de Enero de 2020 sin anexo, y en ElDial.Express.com del 3 de febrero de 2020 con anexo.

134 FIMMANO, Francesco “L’allocazione efficiente dell’ impresa in crisi mediante la trasformazione dei creditori in soci”, en Revista delle società año 2010.

135 Esperando que ello despierte inquietudes para presentar comunicaciones el 2/4 de octubre de 2022 en la próxima versión del triannual Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa, que organizamos en Córdoba.