

CRISIS SOCIETARIAS: VISIONES ENCONTRADAS: LA SOCIETARIA Y LA CONCURSAL

CORPORATION CRISES: OPPOSING VIEWS: THAT OF THE CORPORATION AND THAT OF INSOLVENCY

Efraín H. Richard ()*

Resumen: Las crisis económico-patrimoniales de las sociedades tienen dos soluciones: a) la externa de alto costo de mediación, de carácter concursal si existe cesación de pagos, y b) la interna o solución societaria de bajo costo de transacción, a la que cede la primera, si se ha constatado la pérdida del capital social.

Palabras clave: Sociedades - Insolvencia - Cesación de pagos - Pérdida de capital.

Abstract: The corporations' patrimonial-economic crises have two solutions: a) the external one of high mediation cost as a result of bankruptcy due to default, and b) the internal one or corporate solutions of low transaction cost to which the former concedes if loss of social capital/share has been demonstrated.

Key words: Corporation - Insolvency - Bankruptcy - Loss of capital.

Sumario: I. Introducción. — II. Prioridades conforme la Corte. — III. La reorganización societaria. — IV. Infracapitalización: pérdida del capital y cesación de pagos (dos aspectos diferenciables que se entrecruzan). — V. ¡El capitalismo donatario! — VI. Colofón.

I. Introducción (1).

1. Un tema que separa posiciones doctrinales lo es el de crisis económico-patrimoniales de las sociedades, para su abordaje por la reorganización societaria o concursal.

(*) Profesor Emérito de la Universidad Nacional de Córdoba. Director del Departamento de Derecho Comercial y de la Navegación en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba. Doctor en Ciencias Jurídicas y Sociales por la Universidad Nacional del Litoral. Profesor *Honoris Causa* por las Universidades Nacional de Tucumán, Católica de Salta y del Norte Santo Tomás de Aquino de Tucumán. Miembro de Número de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba y Director de su Instituto de la Empresa. Categoría de Docente-Investigador del Consejo Nacional de Educación "I". (E-mail: ehrrichard@arnet.com.ar).

(1) Pueden verse nuestros trabajos sobre aspectos de la insolvencia societaria en la página electrónica de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba www.acaderc.org.ar, y particularmente "Perspectiva del Derecho de la Insolvencia," Ed. Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Córdoba 2010.

Entendemos que ello importa una contradicción en el uso de la técnica organizativa societaria de la empresa y, por eso, nos permitimos plantear nuestra visión, controversial según adjudicaciones positivas o negativas (2), imponiendo justificar la posición.

Conforme al resumen que anticipa el contenido de este ensayo, se justifica el concurso de una sociedad comercial sólo en caso de estar en cesación de pagos -también frente a una crisis-, siempre y cuando no haya perdido el capital social. En este caso la solución imperativa pasa por las normas societarias, extrajudiciales.

2. Se nos ha sugerido distinguir entre cesación de pagos e insolvencia (3), pese a la equivalencia que la doctrina jurídica mantiene. Se señala que no son conceptos idénticos porque la insolvencia se manifiesta en el patrimonio, con el que no puede hacerse frente al pasivo y el remedio en principio es liquidativo.

La cesación de pagos es un problema financiero y económico. Este problema se manifiesta por la falta de capital de trabajo. Esa crisis se puede revertir o agravar según la empresa sea viable o no, es decir de acuerdo a sus resultados. La teoría amplia sobre la cesación de pagos “es a la que adhiere nuestra legislación concursal. En ella se considera la cesación de pagos como un estado del patrimonio que no es capaz de afrontar sus obligaciones en forma generalizada y permanente que se manifiesta a través de diversos hechos reveladores, entre ellos el incumplimiento, la venta a precio vil, el cierre del establecimiento, o cualquier otro acto que demuestre o revele la incapacidad del deudor para hacer frente a sus obligaciones en forma generalizada y permanente en donde el incumplimiento es uno de los hechos reveladores, pero no es necesario que exista para que exista la cesación de pagos. Sin embargo, Rouillon, en su libro Régimen de Concursos y Quiebras expresa que con la modificación introducida por la ley 24.522 en el artículo 80 no podría haber declaración de quiebra a solicitud de acreedor sin incumplimiento, pues sólo habilita a pedir la quiebra al acreedor cuyo crédito sea exigible. De tal suerte, en la quiebra necesaria, “el presupuesto objetivo de su declaración exige la existencia del incumplimiento de la acreencia del solicitante, con lo cual no podría haber declaración de quiebra a solicitud de acreedor sin incumplimiento, retrotrayéndonos así a la denominada por Fernández, teoría intermedia del estado de cesación de pagos. En las restantes posibilidades de apertura concursal preventiva y falencial sigue prevaleciendo la teoría amplia, dado que no es menester acreditar la existencia de incumplimientos, pues el estado de cesación de pagos puede demostrarse por medio de cualquiera de los mencionados hechos reveladores” (4).

(2) RUBIN, Miguel E., “La infracapitalización `argentinizada`: la utopía de la responsabilidad y del capitalismo de reposición”, en *Revista de Derecho Comercial del Consumidor y de la Empresa*, Ed. La Ley, Buenos Aires, año II - nº 3 - junio 2011, pág. 129 y ss.

(3) MENA, Celina María, “Cesación de pagos e insolvencia” en libro colectivo *Homenaje al Dr. Osvaldo J. Maffia*, Cap. II pág. 217, Ed. Lerner, Córdoba, 2008, Instituto Argentino de Derecho Comercial y Fundación para la Investigación del Derecho Concursal y la empresa en crisis Pablo Van Nieuwenhoven. Coordinadores E. Daniel Truffat - Marcelo Barreiro - Carlos Roberto Antoni Piossek - Ramón Vicente Nicastro.

(4) ROUILLON, Adolfo A. N., *Régimen de Concursos y Quiebras Ley 24.522*, Ed. Astrea, 2002, p. 48.

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

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

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

Esta disyuntiva será el punto de análisis. Y ello no deberá terminar con la simple opinión sobre cuál es el mejor camino para enfrentar la crisis, sino los efectos de la elección de una determinada solución.

II. Prioridades conforme la Corte (5)

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

Esa resolución de la Corte apunta a aventar la falta de transparencia en que suelen transcurrir los procesos de aprobación de la propuesta de acuerdo -normalmente no integrada y por tanto improponible (6)- para la obtención de las mayorías necesarias para aprobar acuerdos que hemos calificado como predatorios y confiscatorios (7), pues se alejan del esfuerzo compartido.

(5) Nto. “¿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, pp. 3 a 78.

(6) Nto. “Integración de la propuesta de acuerdo en concurso societario (en torno a reciente fallo señoero)”, en *Jurisprudencia anotada de RDCO* n° 234, enero-febrero 2009, Ed. Abeledo Perrot, p. 79.

(7) Nto. “Las liquidaciones societaria, la concursal y el argumento del resultado de esta última para homologar una propuesta abusiva”, en *Zeus Córdoba*, n° 353, Año VIII, 18 de agosto de 2009, tomo 15, p. 169, Doctrina, y en Editorial Zeus, 10 de agosto de 2009, año XXXVI, Revista n° 15, tomo 110, p. 785. Doctrina.

A través del voto de la mayoría presenta, en torno a la propuesta de acuerdo abusiva, una concordancia con el precedente “Arcángel Maggio S.A.”(8).

No ingresaremos en esta oportunidad en los aspectos centrales del fallo en torno a la arbitrariedad, la obstaculización del voto, la afectación del derecho al debido proceso, lo predatorio de la propuesta y la afectación del derecho de propiedad o a la sustracción de uno de los principales activos a través de no ejercer una suscripción preferente sobre una controlada, que resultan expresados en el voto mayoritario y muy desarrollados en la ampliación de la Dra. Highton, que podemos resumir en la transcripción de dos líneas: se afectaba “al debido proceso y al ejercicio abusivo del derecho con grave afectación de la propiedad” (9).

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

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

Sin duda la posibilidad de las soluciones negociadas extrajudicialmente, y fundamentalmente a los recursos societarios para afrontar la crisis que imperativamente norma la ley societaria específica. Lo sostenemos desde hace muchos años, por lo que el concurso aparece -cuando no se ha intentando previamente aquél- como abusivo (10), y enrarecido por la posibilidad de un negocio como señala un calificado autor (11). No debe olvidarse

(8) BOQUIN, Gabriela; NISSEN, Ricardo Augusto, “Un ejemplar fallo en materia de transparencia de los procesos concursales”, en *El Cronista Comercial* del 21 de octubre de 2009.

(9) Como parangón de los comentarios a la Resolución 125/2008, que impuso retenciones a la exportación de soja, sosteniéndose como límite de lo no confiscatorio el tercio, pese a ser una cuestión de derecho público, no advertimos la razón por la que no se aplica la misma jurisprudencia citada a impedir la confiscación de los créditos de los acreedores que no votaron, que lo hicieron negativamente o que no pudieron votar por el trámite a que estaban sometidos. Sobre el punto puede verse en los libros del “VI Congreso Nacional de Derecho Concursal y IV Congreso Iberoamericano de la Insolvencia”, Santa Fe, 2006, Tema: CONCURSOS CON PROPUESTAS ÍRRITAS: “Visión básica constitucional de propuesta irrita de quita y espera”, PALAZZO, José Luis y nosotros Tomo I, p. 715, bajo el Sub tema: Constitucionalidad de la propuesta.

(10) *Nto. Insolvencia societaria*, Ed. Lexis Nexis, Buenos Aires 2007, y nuestra comunicación al V Congreso Iberoamericano de Derecho Concursal, Montepulciano, Italia, septiembre 2009: “La crisis de la organización societaria” y los precedentes allí indicados, pueden verse en la referida página electrónica www.acaderc.org.ar.

(11) TRUFFAT, E. Daniel, “El derecho concursal en los tiempos de la *gran contracción*” (comunicación al Congreso citado en la nota anterior), apuntando: “Hace años que con la colaboración de queridos amigos, venimos señalando que -al menos en el derecho argentino “soplan nuevos vientos”. Y, de modo muy notable, ello ocurre en el ámbito societario y concursal (...). Este escenario novedoso (...) nos impone: *pensar el derecho*. Pensar en clave colectiva en pos de articular solución (...). 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

que una quita implica un empobrecimiento de los acreedores -como señala la Corte- y un enriquecimiento para el patrimonio social, y por ende de los accionistas - particularmente los de control-.

El derecho societario contiene un verdadero sistema preconcursal y resulta paradójico que en los concursos de sociedades -en los que el informe general del síndico suele dar cuenta que llevan varios años operando en cesación de pagos, no se advierta que los administradores han gestado un plan para afrontar la crisis y sometido a los socios para eliminar causales de disolución -pérdida del capital social y/o imposibilidad sobreviniente de cumplimiento del objeto social-(12).

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

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

Resaltando la cuestión y transfiriendo decididamente el sistema de preconcursalidad a la legislación societaria, se ha sostenido que “Después de todo lo que se ha indicado, parece razonable pensar que la quiebra de una sociedad anónima -o limitada o comanditaria por acciones- debería convertirse en una institución residual, ya que el sistema preconcursal previsto legalmente debería ser suficiente para impedir que la sociedad llegase a ser insolvente ...”(13).

-dado que la imposibilidad de cumplimiento de un sujeto cualesquiera, bien puede desencadenar en *catarata* otras imposibilidades y así al infinito (...) Librado a las solas fuerzas del mercado, la impotencia patrimonial de un cierto sujeto irrogaría, una guerra de todos contra todos, la eventual satisfacción del más fuerte, la absoluta falta de atención de los derechos de los más débiles y la directa desaparición del baldado (...). Pero además, y el tema toma otro cariz en vía preventiva, cuando se está frente a un sujeto recuperable (...), cuando está en juego la preservación de fuentes de trabajo (...). Este (o sus propietarios) no podrán, o -al menos- no deberán, “hacer negocio” de tal contribución colectiva, pero sí recibirán de tal esfuerzo común la provisión de condiciones mínimas para superar el mal momento (o, al menos, lo recibirá la empresa, si la solución consistiera entre otras medidas en el cambio de titulares). Un concurso rehabilitatorio que no contemple un “sacrificio compartido” sería un abuso”.

(12) Nto. “El plan de empresa (o como asumir crisis tempestiva y extrajudicialmente)” en libro colectivo *Homenaje al Dr. Osvaldo J. Maffia* Capítulo II p. 217, Ed. Lerner Córdoba 2008, Instituto Argentino de Derecho Comercial y Fundación para la Investigación del Derecho Concursal y la empresa en crisis Pablo Van Nieuwenhoven. Coordinadores E. Daniel Truffat - Marcelo Barreiro - Carlos Roberto Antoni Piossek - Ramón Vicente Nicastro.

(13) BELTRAN SANCHEZ, Emilio, “La responsabilidad por las deudas sociales de administradores de sociedades anónimas y limitadas incursas en causa de disolución”, en BOLAS ALFONSO, Juan (director) *La responsabilidad de los administradores de sociedades de capital*, Consejo General del Poder Judicial, Consejo General del Notariado, Madrid, 2000, p. 133 y siguientes, especialmente p. 154 parágrafo “5. Responsabilidad de los administradores por las deudas sociales e insolvencia de la sociedad”.

La meditación que fluye es que -ante la afirmación de la Corte-, la sociedad que se concursara sin intentar los remedios societarios de bajo coste -asegurando la continuidad de la empresa y del empleo, aunque pueden comprometer parcialmente la titularidad de las participaciones sociales-, si intentara la homologación de un acuerdo de quita y espera se debería encontrar con una tacha inicial, metódica, de abusividad.

Es que como bien señala Dasso en ilustradísimo libro (14) “el sistema jurídico más completo y lógico no es perfectamente inteligible hasta que se estudia en relación con otros sistemas legales... la persecución de la eficiencia se ha centrado en el resguardo de la empresa, motor de la economía capitalista instaurada en el mundo, y el nuevo objetivo, focalizado en el diagnóstico temprano de sus dificultades en forma de intervenir antes que la crisis sea patología irreversible ... La ley francesa del 23/07/67 introdujo una novedad digna de ser comentada: la separación entre el hombre y la empresa... de que se trata de un derecho de las empresas en dificultades, bastante diverso del derecho concursal clásico... (en el) convencimiento de que la función social de la empresa reside en un difícil equilibrio entre lo público y lo privado o, mejor dicho, entre lo social y lo privado”.

La afirmación de la Corte impondrá nuevos análisis en torno a la preconcursalidad prevista en el derecho societario, con normas sobre reorganización, capitalización, funcionalidad y liquidación, evitando afectar al mercado y a terceros. La actuación de administradores y socios de control a tenor de las normas societarias les pone a resguardo de cualquier intento de hacerlos responsables, lo que no acaece en el caso de no usar la vía preconcursal y recurrir en forma abusiva a la vía concursal.

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

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

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

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

Es que -como señalamos precedentemente- las soluciones preventivas, tempranas -anticipándose a la cesación de pagos- no deben esperarse del Acuerdo Preventivo Extrajudicial

(14) DASSO, Ariel Ángel, *Derecho Concursal Comparado*, tomo 1, Ed. Legis, Buenos Aires 2009, 804 pp.

(APE) sino de la aplicación de las propias normas societarias, al enfrentarse las causales de disolución y liquidación por pérdida del capital social o la imposibilidad sobreviniente de cumplimiento del objeto social. Las mismas deben afrontarse por los administradores, con la correspondiente planificación y/o reorganización, sometida a consideración de los socios, que pasa básicamente por la reintegración del capital social, su aumento a través de la suscripción preferente de los mismos, o convocando a terceros e incluso a través de la prevista capitalización del pasivo, como forma de asumir el riesgo compartido.

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

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

No puede ignorarse la posibilidad de soluciones negociadas extrajudicialmente, fundamentalmente los recursos societarios para afrontar la crisis, desjudicializando esa prevención en el sistema preconcursal societario. Las hemos practicado profesionalmente con gran éxito y beneficio para todos los implicados, con soluciones de múltiple naturaleza, que no necesariamente implican la inserción de terceros en la propiedad de las participaciones sociales.

Resulta paradójico que en los concursos de sociedades -en los que el informe general del síndico suele dar cuenta que llevan varios años operando en cesación de pagos, no se advierta que los administradores han gestado un plan para afrontar la crisis y sometido a los socios para eliminar causales de disolución -pérdida del capital social y/o imposibilidad sobreviniente de cumplimiento del objeto social-, que lleven lisa y llanamente a reintegrar o aumentar el capital social por los propios socios si no quieren perder posición, o incorporando a terceros o a través de la capitalización del pasivo contemplada expresamente en el artículo 197.2 Ley de sociedades n° 19.550 (en adelante LS).

Ante la conveniencia de afrontar las crisis en su inicio, antes que se instale en la empresa y propague al mercado la cesación de pagos, y de ser posible haciéndolo con los menores costos de transacción, extrajudicialmente y causando el menor daño a los intereses vinculados, la doctrina ha sido conteste, y el derecho comparado viene dando soluciones diversas, que ante las crisis los remedios deben aplicarse en la forma más rápida posible, evitando la profundización de esa crisis y su contagio, y la importancia capital de la prevención (15). Desde ese aspecto señalamos desde hace

(15) Ya en 1925: YADAROLA, Mauricio, “Proyecto de ley de quiebras” en *Revista de la Universidad Nacional de Córdoba*, año 1925, y reproducido en *Homenaje a Yadarola*, Córdoba 1963, Editorial

tiempo que las legislaciones mundiales otorgan soluciones a las crisis económico-financieras de las sociedades a través de ese propio medio técnico de la organización empresaria (16).

“La terapéutica debe adoptarse oportunamente, a imagen de las personas físicas que padecen alguna dolencia, en su oportunidad, y no tardíamente; es decir, cuando detectan los primeros síntomas de dificultades, y no al tiempo de la insolvencia (...). Los legisladores de diversos países apoyan dicha tesis, aunque no siempre con éxito (...). Un viejo adagio reza ‘más vale prevenir que curar’” (17).

5. Se trata, a la postre de situaciones de desequilibrio que ponen en peligro la supervivencia de una organización (18), de una sociedad. Desequilibrios transitorios que pueden llegar a la permanencia del estado patrimonial. Nos permitimos apuntar que esos estados de “cesación de pagos” siempre son reversibles si no se agotaron los remedios societarios internos, llevando a preguntarse si puede presentarse en concurso judicial o extrajudicial una sociedad dentro de la cual los administradores o los socios no han intentado esos remedios para superar la crisis.

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

(16) Nuestro: “Insolvencia societaria”, Editorial Lexis Nexis, Buenos Aires 2007 y los antecedentes en el mismo relacionados.

(17) CÁMARA, Héctor, *El concurso preventivo y la quiebra*, Buenos Aires, 1982, Editorial. Depalma, tomo III, p. 1429.

(18) CICHERO, Liliana, “Las crisis empresariales y el acuerdo preventivo extrajudicial homologado” en *La Ley Suplemento Actualidad*, 15/03/2001, 1.

Lo “dirimente (19) 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”. Claro que lo ideal es hacerlo a través de la funcionalidad societaria, sin presentación en concurso.

Franco Bonelli (20) afronta el supuesto de la continuación de la gestión social después de la pérdida del capital social, con la responsabilidad de los administradores.

Resulta sorprendente que sociedades requieren los remedios concursales sin que se advierta que han intentado los remedios societarios. En la doctrina italiana se determina que la capitalización de la sociedad en crisis -sea la reconstitución del capital o la capitalización- o ante su insolvencia, requiere una decisión del órgano de gobierno, partiendo de la situación patrimonial determinada al tiempo de presentación en concurso preventivo conforme un balance extraordinario (21).

La doctrina italiana reitera que la reforma de la legislación concursal ha omitido una regulación orgánica de la crisis y de la insolvencia de la sociedad, perpetuando una laguna de la legislación concursal hace tiempo criticada por la doctrina(22). El futuro impone a la doctrina tratar de organizar a los acreedores de una sociedad ante el desorden de la actividad de sus administradores.

En la perspectiva del derecho societario, el fenómeno de la reorganización puede ser encuadrado en la estructura normativa de la sociedad de capitales, con operaciones referidas al aumento de capital, participaciones u opciones para superar la crisis. A diferencia de la constitución de la sociedad, la fase de la reorganización afecta no sólo a los sucriptores del capital sino a una pluralidad de sujetos extraños a la sociedad, pudiendo

(19) 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 Concorsal*, octubre 2005, tomo XVII p. 1205 y ss.

(20) En *La responsabilità degli amministratori di società per azioni*, Editorial Giuffré, n° 135 de los *Quaderini di Giurisprudenza Commerciali*.

(21) “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 (Conforme. COLOMBO, G.E., “Bilancio d’esercizio e consolidato”, en *Trattato delle società per azioni*, diretto da G.E. COLOMBO y G.B. PORTALE, 7ª edición, Torino 1994, página 28 y siguientes.; CARATTOZZOLO, M., *I bilanci straordinari*, Milano, 1996, páginas 579 y siguientes; AFAMENI, P., *Perdita del capitale bilancio straordinari*, Milano 2004, páginas 23, 97 y siguientes. “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, prevedibilmente più profittevole, del patrimonio sociale...”: GUERRERA, FABRIZIO, MALTONI, MARCO, “Concordati giuziali e operazioni societarie di riorganizzazione” en *Rivista delle società* anno 53, 2008 p. 18 y ss., especialmente pp. 62/3.

(22) NIGRO, A., “Le società per azioni nelle procedure concursali, en *Trattato delle società per azioni*, diretto da G.E. Colombo e G.B. Portale, 9ª edición, Torino 1993, p. 209 y ss.

llegar a quedar en sus manos las decisiones sociales (23). Se trata de usar de la *eficiencia* de los administradores societarios, ante la relativa eficiencia de todo sistema concursal cuando la crisis ya esta entronizada y los incumplimientos se han generalizado, potenciando los daños al mercado.

Se enfatiza (24) “(...) pasar a ser un agente insolvente no es más que una decisión”. Decisión que muchas veces se adopta en la constitución misma de una sociedad, o traspasando los riesgos a otros agentes -p.ej. obligacionistas- y luego manteniendo conductas para maximizar las ganancias haciendo soportar el riesgo de la insolvencia a los acreedores, “...entendemos que el agente en cuestión decidirá ser insolvente cuando ello le sea más beneficioso que no serlo”, tal situación se advierte en las sociedades cuando no adoptan los administradores y los socios si son llamados a hacerlo, las medidas societarias para paliar la crisis, que las hay y muy buenas.

III. La reorganización societaria

Esta reorganización se centra en el insuficiente patrimonio de la sociedad, fácilmente solucionable por la capitalización -por los socios o terceros-, conforme al plan que presenten los administradores para la subsistencia de la organización societaria. Pero ello puede pasar por otras formas múltiples de reorganización de la empresa y de la estructura jurídica.

1. La situación de cesación de pagos -o pérdida del capital social- de una sociedad impone conductas especiales en lo interno de esa organización técnica -incluso al advertirse la magnitud de la crisis-, y su omisión genera efectos en torno a la responsabilidad de sus administradores y eventualmente de sus socios. Es importante determinar que no siempre las terminologías son inequívocas e idénticas en el derecho comparado al referirse a lo que se entiende por crisis, zona de insolvencia, cesación de pagos o insolvencia -precedentemente hemos fijado nuestra posición-. Una falta de precisión en la conexidad de las normas del derecho societario y el concursal, pueden haber permitido que se pensara sólo en soluciones del derecho concursal cuando una sociedad se encuentra en cesación de pagos, sin perjuicio de imponerse -a veces- la obligatoriedad de convocatoria a asamblea en lo interno. Correlativamente suelen no tratarse a fondo las soluciones societarias a la crisis, de característica privada y extrajudicial, de “bajo coste”, para la propia sociedad y para la comunidad. Nuestra posición ha sido siempre la de rescatar que en el derecho societario existen adecuadas soluciones para enfrentar preventivamente la crisis, incluso con soluciones ante la cesación de pagos o insolvencia. Las soluciones concursales o preconcursales serían adecuadas recién cuando aquellas fallaren. El punto supone una visión particular de los intereses en juego, y de la obligato-

(23) GUERRERA - MALTONI, obra citada “*Concordati giuiziali e operazioni societarie di riorganizzazione*” pp. 22/3; STANGHELLINI, Lorenzo, *Creditori forti e governo della crisi d'impresa*, Fallimento, 2006, p. 145 y ss.

(24) 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, pp. 10 y ss.

riedad de ciertos actos societarios como necesarios para evitar responsabilidades. Esos actos estarán vinculados a la planificación: constitutiva de los socios, a la patrimonialización o financiamiento para asegurar el cumplimiento del objeto social; y posteriores obligaciones funcionales de los administradores, y cuya omisión implica apartarse de deberes de información y control.

2. Sin duda la solución intrasocietaria de la crisis tiene menores costes para la propia sociedad y para el Estado al generar un proceso privado, desjudicializado casi sin costes de transacción, que en muchos casos no es usado porque los socios avizoran que pueden perder poder, o que pueden obtener ventajas impensadas a través de la vía concursal. Es paradójico.

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

IV. Infracapitalización: pérdida del capital y cesación de pagos (dos aspectos diferenciables que se entrecruzan)

Volvemos sobre lo afirmado precedentemente. Afinamos la terminología, con la inestimable ayuda de criterios económico-contables, en precisar la insolvencia como una forma de la pérdida del capital social, distinguiendo así de la cesación de pagos que puede generarse pese a no haberse perdido el capital social y la sociedad ser solvente para satisfacer el pasivo en una liquidación ordenada.

Referirse a infracapitalización -originaria o funcional, formal o material, etc.-, desencadenaría un debate inacabable.

Nos queremos referir a dos situaciones concretas: la pérdida del capital social como causal de disolución y a la cesación de pagos que autoriza la presentación en concurso. Dos situaciones muchas veces combinadas, pero que permiten un análisis diverso.

La ley concursal de Perú combina las situaciones, impidiendo la presentación en concurso cuando se ha producido una pérdida social de más del 50%.

1. 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 (aunque a nuestro entender causa efectos desde que se prepara un balance que denota tal situación patrimonial, o cuando se evita formalizar el balance para que no se traduzca la causal de disolución advertida en los trabajos indiciales.

Las normas societarias previenen en ese aspecto de conservación de la empresa, pues ante la pérdida del capital social se impone la capitalización -por diversos medios- o la liquidación. Al producirse esa pérdida el patrimonio activo igual al pasivo, o sea que los acreedores sociales están resguardados. También protegida la empresa por la causal disolutoria de imposibilidad sobreviniente (por condición del patrimonio) de satisfacer el objeto social. La aplicación de las normas de reintegración de capital social, o su au-

mento, son ignoradas o denostadas que apunta el éxito de la presentación en concurso a lograr quitas y esperas desmesuradas. Esta es la supuesta reorganización concursal de la sociedad.

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

2. Distingamos a su vez entre cesación de pagos y pérdida del capital social. Una sociedad puede actuar con solvencia por disponer de crédito ilimitado y tener una productividad rápida que genera un constante y renovado flujo de caja y haber perdido el capital social. En efecto, 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. Y además, en caso de posterior cesación de pagos, la responsabilidad previstas en el artículo 99 LS.

Si no hubiere pérdida del capital social, pero sí cesación de pagos por un activo inmovilizado no corriente y un pasivo menor pero corriente, la propuesta de acuerdo en el concurso de esa sociedad no debería proponer nada más que una espera, pues una quita sería innecesaria y abusiva.

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

Las crisis empresarias-societarias siempre se han producido, y las dificultades financieras, económicas o la cesación de pagos o la insolvencia de las sociedades se corresponden al riesgo operativo.

La doctrina ha sido conteste, y el derecho comparado viene dando soluciones diversas, que ante las crisis los remedios deben aplicarse en la forma más rápida posible, evitando la profundización de esa crisis y su contagio (25).

Esa corriente ha generado respuestas normativas que autorizan la apertura de trámites concursales, extrajurisdiccionales o judiciales, tempestivos a la aparición de la crisis o ante meros síntomas. Y también legitimando para esa apertura no sólo a la sociedad deudora, sino a otros legitimados -internos o externos a la misma-.

Esta visión es conforme *al bien jurídico tutelado por la legislación concursal* (26). El presupuesto objetivo de la aplicación del sistema concursal es la cesación de pagos o su

(25) Ver nota 16.

(26) Nuestro "Bien jurídico tutelado por la legislación concursal" en *Revista de la Universidad Nacional de Córdoba* años 79/80 página 262.

inminencia -dificultades financieras o económicas generales para el acuerdo preventivo extrajudicial-, resultado ello el antivaleor. Ese antivaleor autoriza la aplicación de un régimen normativo de excepción que, sin derogar los otros regímenes, impone un sistema de relaciones de organización, de justicia distributiva, en un único procedimiento de concurrencia universal y participación múltiple.

La conservación de la empresa es argumento fundamental para la homologación de un acuerdo, pero que suele no tenerse en cuenta por los propios administradores societarios al no asumir las conductas que le marca la ley societaria para paliar la crisis y asegurar la conservación de la empresa, conductas que hoy se encuentran remarcadas por las teorías y códigos éticos devenidos de la “responsabilidad social empresaria” o “responsabilidad social corporativa”.

La cuestión debe ser afrontada conforme la legislación societaria específica, y solucionarse con los menores costes de transacción, en forma extrajudicial y minimizando el daño.

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

Advertida la situación de crisis, imposible de soslayar por un administrador societario -buen hombre de negocios-, debe con diligencia actuar para paliarla -planificando (27)-, llevando la cuestión a conocimiento y decisión de los socios (28), quienes deben afrontar la cuestión por los diversos medios que prevé la legislación societaria de todos los países: reintegración o aumento del capital social, reorganización societaria o del negocio, capitalización del pasivo (29) o disolución de la persona jurídica. Este es el verdadero sistema de prevención de la insolvencia en el caso de sociedades. No sólo de solución a la insolvencia, sino aún de resolver la cesación de pagos.

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

Tender a ultranza a mantener a la empresa, si no se tiene en claro su viabilidad y el bien jurídico protegido, puede ser sinónimo de proteger al empresario incapaz o frau-

(27) Nuestros *Insolvencia societaria*” citado. El plan de empresa (o como asumir crisis tempestiva y extrajudicialmente) citado.

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

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

dulento, como lo señalaba R. Franceschelli (30). La responsabilidad social de la empresa, como concepto ético debe restablecerse y no puede sustituirse por un criterio pragmático de respaldo al empresario incapaz de autoprogramación.

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

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

La continuidad de la actuación de la sociedad sin afrontar la eliminación de las causales de disolución, genera la responsabilidad de administradores, que “puede serle extensiva a los socios si lo consintieron o beneficiaron con ello”(31).

Conforme a ello, 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 (32) como forma de materializar la “idea de empresa”, generando un límite de imputación a la persona jurídica por la actuación de sus socios o representantes (artículo 58 LS), y determinando causales de disolución (artículo 94 LS) (33). Así lo sostiene Araya (34).

(30) ‘L’aprendistas stregone, l’elisir di lunga vita e l’impresa immortale”, en *Giurisprudenza Commerciale*, 1982, I, p. 575 y ss.

(31) ROITMAN, Horacio y colaboradores. *Ley de sociedades comerciales. Anotada y Comentada*, Editorial La Ley, Buenos Aires 2006, tomo II p. 491.

(32) 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.

(33) Nuestro “Conservación de la empresa”, mayo de 1981, en *Anales* de la Academia Nacional de Derecho de Córdoba, tomo 25 p. 107 y ss.

(34) ARAYA, Miguel, “La función preconcursal de la pérdida del capital social”, en *Ensayos de Derecho Empresario* Número 3, Director: E.H. Richard, p. 247 y ss., FESPRESA, Córdoba, 2007.

Normalmente la insolvencia se equipara a una infracapitalización material, no formal, pero el problema es siempre patrimonial (35).

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

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

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

Seguir contratando con terceros en ese estado significa violar el deber de lealtad. Lo que implica actuar con dolo (artículo 931 Código Civil Argentino -en adelante CC-).

Desde la organización societaria esas crisis se vinculan casi indisolublemente a causales de disolución para abrir la etapa de liquidación, que recogen las diversas legislaciones específicas.

4. Hay que poner en claro qué se quiere proteger, si a la empresa en general, la seguridad jurídica, a los administradores o únicamente a la empresa en problemas.

Se trata, a la postre de situaciones de desequilibrio que ponen en peligro la supervivencia de una organización (36), de una sociedad. Desequilibrios quizá transitorios que pueden llegar a la permanencia del estado patrimonial.

Héctor Alegría (37) al referirse a los administradores de las sociedades en crisis, tiene a bien hacer una condescendiente referencia a algunos de nuestros trabajos en ese aspecto: “Un autor local que está trabajando el tema (Richard) dice: cuando se presenta la cesación de pagos o la insolvencia, el administrador tiene que variar su norte y ceñirse a una administración correcta de la empresa, a los pasos legales, administrativos o económicos financieros para la *solución de la crisis*, y si no lo hace responde ante los acreedores. No sólo a los accionistas que lo han nombrado sino también y fundamentalmente ante los acreedores”.

(35) PORTALE, Giuseppe B. y COSTA, Concetto, “Capitale sociale e società per azioni sottocapitalizzate: le nuove tendenze nei paesi europei”, p. 133 y siguientes.

(36) CICHERO, Liliana, *Las crisis empresariales y el acuerdo preventivo extrajudicial homologado* citado.

(37) En “Diálogo de economía y derecho y convergencias culturales y sociales en la insolvencia” en La Ley, 2007-C, 900.

Ello (sin ser textual) representa nuestra posición ante el evidente apartamiento de esas conductas que resultan de informes generales en concursos preventivos que apuntan cesaciones de pago asentadas hace varios años, sin que se adopte ninguna previsión antes de convocar a los socios a ratificar la presentación en concurso; o que resulta de los libros societarios si es que no se han incendiado o sustraído por terceros-. Esa forma de administrar debe serlo desde la constitución de la sociedad.

Sigue Alegría “ante una crisis el administrador debe tomar decisiones, a veces imaginativas y otras desafiantes. Si ese administrador está sujeto a rigores extremos, algunos juzgados sólo *ex post* o sobre presupuestos meramente formales, es altamente factible que limite su accionar, con perjuicio de la empresa y de su recupero. También esa rigurosidad puede incidir en la selección de nuevos administradores de una empresa en crisis, pues cabe que se restrinja o desaparezca la posibilidad de incorporar personas capaces, o bien que quienes acepten circunscriban su actividad y no sean eficaces para la solución”.

Hemos tranquilizado al distinguido amigo. En forma alguna pretendemos que el administrador asuma el riesgo del mercado o del error en la planificación, sino que tome conciencia que de una actitud omisiva o desleal puede resultar responsabilidad, si se aparta de ese interés social, o si no adopta las medidas tendientes a su cumplimiento, frustrándolo indirectamente(38). Concretamente debe poner la cuestión en manos de los socios, presentándoles algún plan para afrontar la crisis. Es el mismo criterio previsto por Alegría en el año 1983 (39) al pergeñar las soluciones regladas en los hoy derogados arts. 125.1/125.2 de la ley 19.551, que sometían la validez de los actos a la razonabilidad de un plan, juzgado recién al fracasar pero con la óptica de ser descartable a la fecha de su presentación.

5. Pero ¿a cargo de quien está la conservación de la empresa? Descartada la liquidación societaria o por quiebra, debe enfrentarse el problema, o sea el antivalor: la incapacidad patrimonial generada por múltiples problemas que genera la insolvencia causal de disolución por imposibilidad sobreviniente, para asegurar la conservación de la empresa.

(38) La preocupación es similar a reparos que nos formalizan los Dasso en nuestras fraternales discusiones en giras por congresos internacionales, al mismo tiempo que nos alientan a proseguir nuestro análisis sistémico, separándonos de discusiones sobre aspectos formales, meramente doctrinarios o procedimentales. Las mismas no son diferentes a las que motivaron la primer polémica con Truffat, acompañado de Barreiro, en “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*, Editorial Errepar, Octubre 2005, tomo XVII página 1205 -ya citado-, que contestamos adhiriendo y tranquilizándolos en “Está lloviendo. ¿Se acabó la sequía!”, en *Doctrina Societaria y Concursal*, Editorial. Errepar, Buenos Aires diciembre 2005, n° 217, tomo XVII página 1532.

(39) Una fórmula eficaz que evitaba su análisis inmediato, pero que abría la posibilidad de atacar actos, y sin duda generar responsabilidad, ante su insensatez, generada por la Comisión integrada por Alberti, Alegría, Farina, Quintana Ferreyra y Obeid.

La conservación de la empresa estructurada societariamente es un problema de los administradores y de los socios (40). Es una cuestión de derecho privado. Obviamente que tal reorganización podría ser asumida directamente por la sociedad o, posteriormente -con mayores costes- en una propuesta de acuerdo preventivo extrajudicial o judicial (41).

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 (42) como forma de materializar la *idea de empresa*.

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

Conservar la empresa no es lo mismo que reactivarla. Aquél es un aspecto societario interno. Un objetivo central debe ser *conservarla*, evitar que caiga en crisis. La crisis es un disvalor, que puede generar daños y si hay daños pueden existir responsables. Reactivar la empresa en crisis aparece un imperativo del derecho concursal. Al no haber podido conservar la empresa eficiente, al no haber podido superar la crisis por los medios normales al alcance de toda organización, debe intentarse la reactivación que aparece como un imperativo de la legislación concursal. Y diferencia entre conservación y reactivación parece justificar la apertura de procedimientos de crisis ante la mera avizoración de la crisis, conservando así la empresa y no meramente reactivándola, aunque también distinguiendo la cesación de pagos de la causal de disolución pérdida del capital social.

Para que la conservación de la empresa represente un verdadero principio debe tenerse presente el complejo de *intereses* que concurren en su mantenimiento, que no son ya los mismos que generaron su advenimiento -limitados a la decisión empresaria que

(40) “La conservación de la Empresa” citada 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* n° 203 páginas 553 y siguientes, entre otros que pueden verse en la página electrónica de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba www.acader.org.ar. MICELLI, María 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*, citado, tomo II, p. 631 y ss.

(41) Recordamos en vigencia de la ley 11.687 el concurso preventivo de Francisco Porchietto S.A., en la Ciudad de Córdoba, patrocinando por un distinguido jurista, donde se propuso esa solución, la que fue aprobada, y, con posterioridad, ante la liquidación adoptada por la Asamblea de accionistas, una buena realización de bienes llevó al pago del 70%.

(42) Obras citadas en nota 33.

generó el aporte patrimonial para su fundación-. Se trata de los *intereses diversamente vinculados* a través de la conservación de la empresa: de los trabajadores, los proveedores, los clientes, la comunidad nacional, el mercado en su conjunto y el estado. Es que “Los intereses mencionados gradúan, en mayor o menor medida, según el caso el giro y el contenido de las modernas legislaciones concursales” (43).

Conservación como principio axiológico o normativo resulta un imperativo impersonal. Es fundamental atribuir una *acción*, la que por tanto debe ser *conservar* la empresa. Luego atribuir el deber, obligación o función. Esa atribución recae indubitablemente en el legitimado para operar ese patrimonio, su propietario o su administrador. O sea que el titular de la propiedad o administración de los bienes, no sólo tiene derecho sobre los mismos, sino que tiene deberes en función de los intereses en juego y de la axiología generada. Debe conservar la empresa. Así como existe autonomía de la voluntad para generar patrimonios auto o heterogestantes, fijando la causa de esa gestación en el cumplimiento de un objeto u empresa, aportando los bienes para asegurar la eficiencia del nuevo centro de imputación, esos gestantes o las personas a quienes delegaron la conducción y administración “deben” conservar la empresa.

Apuntamos roles de sujetos. Pasemos a lo estructural.

6. Lo estructural es el patrimonio social. Existe libertad en nuestro país para determinar el capital de las sociedades con responsabilidad limitada de sus socios, y el mínimo de una de ellas -sociedad por acciones- es tan exiguo que apenas supera los E. 2000.

La organización de la empresa a través de las sociedades genera, en el uso de ese maravilloso instrumento, dos tensiones: la limitación de responsabilidad de los socios (junto a la no asunción de responsabilidad de los administradores) y el riesgo de los terceros acreedores ante su eventual incapacidad patrimonial (44). Las respuestas normativas a esa tensión se intentan a través de la consistencia patrimonial de las sociedades, generada por una dotación constitutiva, normalmente bajo la noción de capital social, su intangibilidad, y la información de la documentación contable.

Eje de la cuestión es que constituyentes y administradores deberán determinar si la sociedad es patrimonialmente apta para cumplir el objeto social al inicio, anualmente o ante una causal de disolución. Y a su vez lo deberán someter a la consideración de los socios o accionistas.

La integral aplicación de las normas sobre la patrimonialización de las sociedades, como de otras del sistema jurídico, debe permitir prevenir su insolvencia e impedir

(43) ALEGRIA, “Diálogo de economía y derecho y convergencias culturales y sociales en la insolvencia”, citado.

(44) Nuestros “Sobre el capital social”, en libro colectivo *Jornadas Nacionales de Derecho Societario en Homenaje al Profesor Enrique M. Butti*, Buenos Aires, 2007, página 107: “Patrimonio social y objeto posible” comunicación a las *XV Jornadas de Institutos de Derecho Comercial de la República Argentina: Conflictos Societarios: Impugnación de actos societarios* (San Nicolás, 17 y 18 de octubre de 2008), Libro del Congreso página 5.

la transferencia de los daños a los acreedores (45). Si los administradores continúan la operación de una sociedad, y el patrimonio no es apto para el cumplimiento del objeto (empresa), ello se advertirá rápidamente en la no satisfacción de las obligaciones sociales. Y en tal supuesto los administradores probablemente asumirán responsabilidad por los principios generales.

Se trata de introducir formalmente -o funcionalmente como obligación de los administradores- lo que todos los auditores usan, y sin duda informan a los administradores sociales aunque nada de ello aparezca en la Memoria de ejercicio que acompaña al balance anual: el *solvency test*.

La tensión aumenta cuando el patrimonio de la sociedad no permite satisfacer su pasivo. Aquí volvemos al tema del interés a tutelar: 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 (46), que no tuvieron en cuenta cuanto contrataron sin la información de esa situación o antes que se produjera esa situación. Los deberes del administrador societario aumentan en esta situación frente a los acreedores y terceros. Y la conducta es imperativa si se determina en el balance la pérdida del capital social.

Yadarola refería respecto al capital a: “Contralor preventivo y represivo que asegure el derecho de las minorías, evite la explotación de empleados y obreros -colaboradores en la obra común- y aleje los perjuicios que para la economía nacional representa siempre el desplazamiento de las economías particulares” (47).

Estamos de acuerdo con el control preventivo si entendemos que la responsabilidad es excesivamente tardía en atención a la ineficiencia del sistema judicial. Esto impondría un inmediato análisis gubernamental para resolver la cuestión, tan negativa para la seguridad jurídica, motor de los sistemas de inversión de capitales. No parece adecuado que una sociedad actúe en insolvencia, contrariando lo dispuesto como causal de disolución por el artículo 94 inciso 4) LS, a sabiendas de no poder cumplir sus obligaciones o sea contratando con dolo (conforme ya vinculamos al artículo 931 CC).

(45) Ntos. Insolvencia societaria y responsabilidad página. 380 y ss. en JA, libro en Conmemoración de su 80^a Aniversario, 1918-1998; y en *Las relaciones de organización y el sistema jurídico del derecho privado*, Córdoba 2000, edición Academia de Córdoba, Capítulo XI Insolvencia societaria y responsabilidad, p. 481 y ss.

(46) STANGHELLINI, Lorenzo, “Proprietà e controllo dell’impresa in crisi” en *Rivista delle Società* anno 49^o 2004 settembre-ottobre fascicolo 5^o, Editorial Giuffrè Milano, página 1079. Los socios minoritarios, ajenos al grupo de control y dirección de la sociedad están casi en la situación de inversores, hasta pudiendo constituir una clase de socios, pero siempre tienen derecho a una información sobre el estado de la sociedad y una preferencia ante el aumento del capital, directamente vinculado a su derecho al resultado social; sobre este punto puede verse SPOLIDORO, “Il capital sociale”, pág. 59 y especialmente página 67 citado, en “Il Diritto delle società per azioni: Problema, Esperienze, Progetti” en *Rivista delle Società*, Ed. Giuffrè 1993.

(47) YADAROLA, Mauricio. “Sociedades Comerciales” tomo II de *Homenaje a Yadarola*, página 349, especialmente, página 353, reproduciendo el prólogo a edición argentina de la obra de Roberto Goldschmidt, *Problemas jurídicos de la sociedad anónima*.

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 (48).

En soluciones como la chilena, se impone determinar anualmente el capital social como dotación patrimonial no distribuible como utilidad. En efecto se establece “que el capital social se modifica de pleno derecho cada vez que la junta ordinaria de accionistas apruebe el balance del ejercicio (artículo 10 inciso 2), Ley 18.046), lo que demuestra la voluntad de la ley de equiparar en este tipo social el capital social con el capital en sentido económico o patrimonio; la norma que dispone que los dividendos se pagarán exclusivamente de las utilidades líquidas del ejercicio o de las retenidas, prevenientes de balances aprobados por la junta y que ordena aplicar tales utilidades en primer término a absorber las pérdidas acumuladas si las hubiere (artículo 78 Ley 18.046), lo que impide la descapitalización de la sociedad” (49). No debe entenderse distinta hoy la solución en el sistema societario argentino. Esto es lo que justifica los resultados no asignados (50).

7. El problema funcional es la *planificación*.

Esas reflexiones en torno a los intereses convergentes, la zona de riesgo y la capacidad patrimonial de la sociedad, vinculado a los deberes de los administradores, nos lleva a las previsiones que deben adoptar en la funcionalidad de la sociedad: la planificación. El punto está en que los administradores deben pensar, y ¿pensar qué? En cómo funciona la empresa. Esto no es sino que deben pensar cómo se desarrolla la empresa, implicando planificación.

¿Qué deben hacer 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” (*ref 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. Reafirmamos posición en algunos aspectos:

a. 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 ob-

(48) BEBCZUK, Ricardo N., *Información asimétrica en mercados financieros*, Cambridge University Press, Madrid 2000 página 9.

(49) UBILLA GRANDI, Luis, “El capital social en el derecho chileno. Notas sobre sus funciones ¿Una garantía para los acreedores?” en Libro colectivo *Jornadas Nacionales de Derecho Societario en Homenaje al Profesor Enrique M. Butty*, citadas, páginas. 195 y siguientes., especialmente página 205.

(50) Trabajo conjunto con FUSHIMI, Jorge, “Financiamiento con resultados no asignados” en *Compendio Jurídico*, Ed. Erreius-Errepar, n° 40, mayo 2010, Sección Doctrina Comercial, pág. 123 a 149.

jeto social cuando ésta 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 comandataria 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...” (51), solución expresa del derecho español que no debería ser extraña a cualquier sistema.

b. 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.

Este es el panorama sobre el que debemos discurrir.

Agregando algo más sobre lo reflexionado en trabajos que hemos referenciado poco antes, agregamos las importantes acotaciones recientemente expresadas por el Profesor Bernardo Carlino (52): “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 (53), 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 (Cap. I-Sección IX y artículo 294 inciso 5) LS) en caso de integrar la arquitectura contractual... Gracias a la prédica de Richard, 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”

(51) 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, citado, página 154.

(52) 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.

(53) 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* N° 4, Director: E. H. Richard, páginas. 56 y siguientes, FESPRESA, Córdoba, 2008.

En una apreciación preconcursal, con un buen plan sobre viabilidad de empresa, en el encuentro entre empresarios y trabajadores, las soluciones están en la ley societaria (54): “La cuestión se centra sobre el buen hombre de negocios... No existe duda de que para la continuidad de la empresa el síndico “debe informar... sobre la posibilidad ... de continuar con la explotación de la empresa...” Y esta obligación natural de los administradores societarios aparece impuesto por el artículo 181 al juez de la quiebra... Si esa conducta se pretende de los funcionarios judiciales, es exigible una similar para el administrador natural de la empresa. En su presentación la concursada deberá presentar su plan de dirección o de empresa, que en lo interno debe haber presentado a sus socios para superar la cesación de pagos. De una lectura integral del sistema normativo concursal resulta una respuesta afirmativa a esa necesidad de planificación del saneamiento empresarial. Si bien el artículo 11 LC no lo dice expresamente, ello resulta de entender funcionalmente el inciso 2): “Explicitar las causas concretas de su situación patrimonial con expresión de la época en que se produjo la cesación de pagos y de los hechos por los cuales ésta se hubiera materializado”, que sin duda deberán estar acotados por las expresiones del administrador de lo que ha hecho para superarlos y de lo que hará al presentarse al concurso, pues no se asumirá responsabilidad en los términos del artículo 59 LS, y 173 LC n° 22.452. Esa lectura debe integrarse con el artículo 16.2 LC, respecto a créditos de pronto pago “que deberán ser satisfechos prioritariamente con el resultado de la explotación”, y que es ello sino el análisis económico periódico (no anual) que permitirá afrontar esos pagos con disponibilidades. Si hubiere alguna duda, imbricando las normas concursales con las societarias, y se advirtiera un administrador abúlico y que no planifica, a los fines del artículo 16 LC, el juez deberá pedirles informaciones de cómo está manejando la sociedad, y en el caso que “omita las informaciones que el juez o el síndico le requiera, incurra en falsedad en las que produzca... el juez puede separarlo de la administración...” (artículo 17 2º párrafo, LC). (...) No hay duda que el Síndico deberá referirse a esa planificación en su informe general, vinculando los incisos 1) y 5) del artículo 39. A estos fines tiene expresas facultades, conforme al artículo 275, inciso 3): “Requerir al concursado... las explicaciones que estime pertinentes. En caso de negativa o resistencia, puede solicitar al juez la aplicación del artículo 17...” En idéntica línea se ubican los incisos 4) y 6). Esta razonable interpretación se confirma mediante el texto del artículo. 45, cuarto párrafo: “El deudor deberá acompañar, asimismo, como parte integrante de la propuesta, un régimen de administración...” Las interpretaciones de esa referencia deberán formalizarse en forma congruente con los deberes de un administrador, y por tanto en el sentido de cómo desarrollar su administración, cómo dirigir el decurso de las actividades de la empresa. No cabe pensar en que se ha hecho referencia a la firma de negocios, pues deberá referirse a régimen de representación o de imputación o de legitimación. Régimen implica el modo de gobernarse o regirse en una cosa; regir es dirigir, gobernar o mandar, guardar, llevar o conducir una cosa. Administrar gobernar, dirigir o aplicar, reiterando la concepción de “régimen” como planificación de la dirección o gobierno de la empresa, o sea asegurar el cumplimiento del objeto social en caso de tratarse de una sociedad... La falta de ese plan de administración o régimen de administración anexo a la propuesta de acuerdo o propuesta de solucionar el estado de cesación

(54) “Salvataje de la empresa: ¿Una postulación sin respuesta en la ley concursal?”, conjuntamente con Francisco Junyent Bas y Orlando Manuel Muiño, en *RDCO* año 30, 1997, página 527.

de pagos, conforme a la planificación futura de la empresa, impide su homologación, pues se tendrá la propuesta por no presentada... Quien no demuestra capacidad para superar sus propias dificultades, realizando un adecuado diagnóstico y proponiendo a sus socios, acreedores o financistas un plan razonable y congruente para su análisis, no puede ser merecedor de ninguna de las tutelas que el derecho y la economía aconsejan para estas situaciones. No corresponderá sino extirpar lo más rápido posible de la comunidad a quien con su actuación genera incumplimientos que, como un tumor canceroso, tiende a afectar la totalidad del cuerpo social. El juez concursal tiene esos medios a su alcance, sólo si cierra los ojos a la realidad y a una interpretación funcional de la letra de la ley, las cosas seguirán como hasta ahora. El síndico tiene la obligación de ayudarlo en esa tarea. Los problemas concursales -o de crisis de empresa- no pueden solucionarse dentro de la legislación concursal si, al mismo tiempo, no se integra el análisis con las normas de organización de la empresa a través de la sociedad, contenidas en la ley 19.550. Con nuestras personales perspectivas -que hemos reforzado en anteriores y posteriores trabajos- mantenemos aquellas afirmaciones, que hemos tratado de consolidar en la visión de la reforma y de las realidades posteriores.

8. Surge claro que las soluciones societarias pasan por la *capitalización*. Ya advertimos que el planteo puede formalizarse desde la noción del capital social, normalmente vinculado a la limitación de responsabilidad de los socios. Pero lo descartamos en esta situación para calar más en los problemas patrimoniales y funcionales de la sociedad. Obviamente que un adecuado capital social, su reintegración o su aumento son la solución (transitoria o definitiva) del problema. Ahora apuntamos al patrimonio en la funcionalidad de la sociedad, particularmente cuando aparecen las dificultades.

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 (55). En función de ello los acreedores deberían organizarse en categorías, con intereses uniformes, para intervenir en la vida de la sociedad (56).

V. ¡El capitalismo donatario!

No debe aumentarse la responsabilidad prevista en la ley para socios o administradores si se genera daño, pero hay que advertir que un *capitalismo donatario* (57) - como

(55) Esta es la idea que desenvuelve en proyección de reforma de la legislación falencial STANGHELLINI, Lorenzo, "Proprietà e controllo dell'impresa in crisi" en *Rivista delle Società* anno 49º, 2004, settembre-ottobre fascicolo 5º, Editorial Giuffrè Milano, pág. 1041 y ss. específicamente 1055. Esta idea se acerca a la que venimos desarrollando en torno a un derecho concursal societario, pero aplicando la legislación argentina vigente como veremos.

(56) MAZZONI, Alberto, "L'impresa tra diritto ed economia" en *Rivista delle Società* anno 53º/ 2008 páginas 666 y siguientes.

(57) Nuestro "En torno al capitalismo de reposición y capitalismo donatario", en *ZEUS Córdoba* nº 450, año X, 23 de agosto de 2011, Tomo 19, pág. 197.

contrapunto de la que creó Miguel A. Rubin de *capitalismo de reposición* (58)-, les alentaba a usar antifuncionalmente la sociedad libremente constituida, imponiendo la solución concursal por sobre la societaria.

Ello con la no adopción de las previsiones imperativas de la ley de sociedades, de diligencia e integración patrimonial, con la asunción de mayores obligaciones sin plan alguno aparente (59), y luego presentándose tardíamente en concurso, previa desaparición “no imputable” de la documentación contable que para las sociedades es una obligación y no una carga, tratando de que se verificara la menor cantidad de créditos e “imponiendo” con la participación ilícita de terceros quitas y esperas ajenas a cualquier práctica de mercado, confiscatorias desde el punto de vista constitucional (60).

Tales soluciones concursales importan imponer una donación patrimonial de los acreedores a la sociedad -en beneficio de los socios-, a quienes “nunca” se les planteó por parte de los administradores la necesidad de capitalizar la sociedad por dos causales de disolución: la pérdida del capital social o la imposibilidad sobreviniente de cumplimiento del objeto social (que bien complementa Rubin). Posición que se une a la queja que la AFIP considere que esas quitas son ganancia y sujetas al impuesto correspondiente, aunque diferido.

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

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

VI. Colofón

Como colofón reiteramos: tranquilidad para los administradores de sociedades, y con más razón a los socios con responsabilidad limitada, que mantienen total libertad para organizarse como sociedad y usar los medios económico-financiero-patrimoniales más adecuados a la gestación y funcionalidad del negocio, que no serán nunca responsables por las obligaciones sociales. Los desfases generados por riesgo empresario no les son imputables, salvo cuando omitiendo el cumplimiento de normas imperativas de la ley, por omisión u acción, con culpa o dolo (61), hayan generado daños a terceros.

(58) Trabajo citado en nota 3.

(59) Un penalista considera que ello tipifica un “plan de insolvencia”, con conducta delictual. Se trata de PALACIO LAJE, Carlos, *Vaciamiento de empresas*, Córdoba 2005, Editorial Lerner.

(60) El constitucionalista Catedrático Dr. Antonio María Hernández remarcó en reunión de Academia que la Corte ha impuesto que ello sea declarado de oficio por los jueces.

(61) Sobre la calificación de dolo y extensión de reparación en BOQUIN, Gabriela y nosotros en “Afrontar la crisis oportunamente”, en *El Derecho*, diario del 30 de septiembre de 2009, como nota a fallo. El fallo se transcribe al final. Expresábamos: “Por ende cuando no se han respetado las mínimas condi-

Las diferencias de apreciación en torno a aspectos menores seguirán siendo sopesados por la doctrina y la jurisprudencia -hoy con ojos más abiertos en torno al “capitalismo donatario” como resulta particularmente del *obiter dictum* de la Corte en el caso Comercial del Plata, reconociendo al sistema societario como de preconcursalidad, y sobre lo que hemos abundado.

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

Este ensayo deja abierta la conveniencia de converger sobre una axiología de la empresa, o mejor aún de las relaciones de organización, para atender desde la genética (concepción) hasta la liquidación (muerte), y a través de su funcionalidad (vida) colaborando con la interpretación constructivista en el perfeccionamiento y simplificación del sistema normativo, y en la predictibilidad de las conductas (de jueces y de administradores y partícipes de esas relaciones).

Debe operarse con visión integradora del Derecho Privado, como técnica pero sin perder el sentido axiológico y sociológico que debe tener el sistema jurídico y a la que debe rendirse su aplicación (62).

La capitalización tiene múltiples matices (63). Apreciar adecuadamente sus posibilidades depende del plan de negocios que formulen los administradores o los técnicos a que ellos se lo requieran.

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

(62) Nto. *Insolvencia societaria* citado.

(63) Por ejemplo: emitir con prima, o acciones de clase, con preferencias, determinando pactos de rescate. Las cláusulas o convenios de preferencia para la compra de acciones son de validez indiscutida en el derecho argentino, tanto como en el comparado, sea que estén contenidos en el estatuto o en pactos privados entre accionistas. Conforme MANOVIL, Rafael, *Grupos de sociedades* página 320, Buenos Aires 1998; REGGIARDO, R., “Sobre la transmisión entre vivos de acciones”, ED, 205-844; VANHAECKE, M., *Les Groupes de sociétés*, página 76, número 65, Edición Librairie Generale de Droit et de Jurisprudence, París, 1962.

Los resultados que prometa el plan de negocios permitirán analizar a los socios la conveniencia de reintegrar o aumentar el capital social. A su vez la posibilidad de invitar a terceros a integrarse a la sociedad por el buen negocio que resulta el adecuado cumplimiento de su objeto, la rentabilidad esperada, lo que puede permitir atender o reorganizar el pasivo exigible. Hemos intervenido en negocios donde los nuevos inversores aceptaron capitalizar con prima de emisión los fondos suficientes para satisfacer el pasivo, por la seguridad de las utilidades que se generarían una vez extinguido el mismo.

Adviértase los sistemas que en situaciones semejantes autorizan a los administradores a emitir acciones sin autorización de los socios (64).

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

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 (65), 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” (66). 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.

La tesis sustentada es una invitación a retomar esas ideas, que permitirían salvaguardar la empresa y las actividades productivas, haciendo confiable el crédito y evitando se atesten los tribunales de procedimientos que hubieran podido afrontarse privada y oportunamente.

En una visión congruente con las previsiones de la “Responsabilidad social corporativa” deberíamos disponer estadísticas del éxito de las soluciones societarias para afrontar sus crisis patrimoniales.

Tender a ultranza a mantener a la empresa, si no se tiene en claro su viabilidad y el bien jurídico protegido, puede ser sinónimo de proteger al empresario incapaz o frau-

(64) 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, fascículo 6. página 1310.

(65) GRÜN, Ernesto, “Un nuevo enfoque para la teoría general del derecho” en *La Ley*, 1988-A, 789.

(66) GRÜN, Ernesto, “Una visión sistémica y cibernética del derecho en el mundo globalizado del Siglo XXI”, Editorial Lexis Nexis Buenos Aires 2006, página 173.

dulento, como lo señalaba R. Franceschelli (67). La responsabilidad social de la empresa, como concepto ético debe restablecerse y no puede sustituirse por un criterio pragmático de respaldo al empresario incapaz de autoprogramación.

De esta forma consideramos haber señalado cuándo se justifica un concurso, y el mismo no comporta una práctica abusiva, y en qué casos las crisis de sociedades deben asumirse en forma privada y extrajudicialmente. ♦

(67) “L’aprendistas stregone, l’elisir de lunga viat e l’impresa immortale” citado.

