

“¿PODREMOS ATENUAR CRISIS EMPRESARIALES INSTALADAS?”

por Richard, Efraín Hugo

I. EL PANORAMA.

El inteligentísimo amigo Prof. Osvaldo Chomer me ha invitado a seguir platicando en la Revista electrónica de su eficiente dirección, y decidí hacerlo sobre el tema que me convocó el año pasado, la prevención de la crisis.

En estos días somos espectadores de la crisis que vive VICENTIN S.A., después de transitar 5 años de concurso preventivo, cuando se presentó sin balances de sus dos últimos ejercicios, debiendo ser intervenida y presionada correctamente por el Tribunal de Primera Instancia de Reconquista para hacerlo. Luego de muchas peripecias presentó una opinable propuesta con sus acreedores que fue rechazada en primera instancia abriendo el procedimiento previsto en el art. 48 LCQ. Luego la Cámara homologó el acuerdo, cuya resolución anuló el Superior Tribunal Provincial decidiendo remitirlo a la Cámara de Rafaela donde aún no ha llegado. Últimamente los diarios nos informaron de la decisión del Directorio, después de una asamblea general inocua, de cerrar la actividad ante la imposibilidad de pagar salarios. Dieron cuenta después de frenéticas reuniones de todos los interesados citados por el Juez de Reconquista que, pese al bloqueo procesal en que se encuentra, acaba de anunciar que se reabren dos líneas de producción y que se pagarán los salarios en pocos días. Destaco ante el quietismo que suele imperar por parte de accionistas y sus representantes, para que el problema o las pérdidas las asuman los socios, la hiperactividad de un Juez preocupado por el impacto social que se estaba generando. El 22 de abril, cuando este ensayo estaba entregado, el Juez Fabián Lorenzini dispuso la intervención del Directorio, aseguró la prestación de servicios y dio instrucciones precisas para intentar mantener la viabilidad de alguna de las actividades de la concursada.

Por otro lado, cuatro dueños y el contador de una desarrollista han sido apresados y el Fiscal ha habilitado un sistema de denuncias electrónicas



DECONOMI

pues los damnificados (supuestos estafados?) serían más de un millar repartidos en un ámbito geográfico amplio. Este caso me lleva a pensar en la universalidad del tratamiento y si la mejor vía es la penal o la concursal, componiendo un tema que puede ser para un próximo ensayo.

Por eso el título de esta apostilla “ATENUAR CRISIS” que hace a las alertas tempranas a evitar la cesación de pagos, que se publicita para ocultar verdaderas infrapatrimonializaciones o inviabilidad de la sociedad. A mi avanzada edad no puedo alejar mi desaliento por la falta de aplicación de normas como los arts. 19, 94, 96 y 99 de la ley general de sociedades. Recientemente el Superior Tribunal de la Provincia de Córdoba debió intervenir en dos ocasiones y en la segunda dictar fallo, ante un caso entre dos hermanos donde ante el quebranto social reclamara al otro a cargo de la administración por el daño sufrido, ante lo cual el juez de primera instancia en extensísimo fallo le negó el uso de la acción indirecta, lo que ratificó la Cámara y fue casado por el Superior, quién ante la insistencia de la Cámara dictó sentencia aceptando la acción por daño indirecto basado en que solo eran dos los socios: el art. 99 LGS no fue mencionado siquiera en ninguna instancia –caso Ocampo vs. Ocampo”. Por eso actúo hoy como ese senador romano que iniciaba todas sus intervenciones con la arenga “Delenda est Cartago”, y de allí las repeticiones que se advertirán.

¡Son los tiempos de la Justicia!

Por eso debo referirme primero a la connotación del capital social que se ligan a aspectos aparentemente fundamentales de las sociedades. Desde la generación de un patrimonio autogestante, a la potencialidad de desarrollar la actividad u objeto social, constituir un elemento referencial para distribuir utilidades, y determinar la viabilidad de la sociedad manteniendo un patrimonio neto positivo, engarzado en las causales de disolución, su remediación y las responsabilidades no tipológicas que pueden generarse.

Aspectos vinculados al desempeño de los administradores sociales, tanto en sus rendiciones de cuentas como en evitar el daño y su responsabilidad, dentro de la “business judgement rule”.

II. ALGO SOBRE EL CAPITAL SOCIAL.



DECONOMI

Ante las realidades que advertimos en concursos societarios, se impone pensar centralmente en torno a su viabilidad, sin perjuicio de referir las funciones o LA FUTILIDAD ACTUAL DEL CAPITAL SOCIAL, pues la posible utilidad de esa noción ha quedado fulminada hace ya muchos años por la inflación que desmorona la utilidad de esa tradicional mención. Es el patrimonio integrado por aportes de diversa índole y otros medios de financiación o de generación de recursos lo que interesa.

Vinculado a ello y en orden a la función de garantía donde se desenvuelve la noción de infracapitalización material para asumir ese fenómeno, inclusive hasta la fecha, prefiero referirme desde el nuevo siglo a esa noción, como más representativa del fenómeno que afecta la viabilidad empresarial.

Pero el tema ligado a causales de disolución de las sociedades, que impone su remediación o liquidación, toma especial tono al comparar con la legislación concursal que exige la cesación de pagos, o sea meramente la insuficiencia de activos corrientes, aunque su balance sea deficitario. Una sociedad que este practicando un sistema piramidal de recepción de pedidos o fondos, ante la petición de quiebra podrá consignar el importe reclamado y requerir costas, aunque a poco que se analice el balance se advertiría el fraude y el uso espúreo. Serán las aleras tempranas.

III. EL PATRIMONIO FUNDACIONAL.

Apuntando al capital, rescato que corresponde a la autonomía de la voluntad la determinación del capital operativo, pero son normas imperativas las que determinan el capital mínimo y resguardan la función de garantía del capital estatutario, constituyendo causal de disolución su pérdida e imponiendo la disolución salvo capitalización, para resguardar el interés de los terceros acreedores y su patrimonio¹¹⁸. Pasa a ser un tema de responsabilidad operativa.

¹¹⁸ “EL CONTRADERECHO: LAS NORMAS IMPERATIVAS DEL DERECHO SOCIETARIO”, con Juan Carlos VEIGA en El Derecho Societario y la Empresa en el Tercer Milenio, XII CONGRESO ARGENTINO DE DERECHO SOCIETARIO, VIII CONGRESO IBEROAMERICANO DE DERECHO SOCIETARIO Y DE LA EMPRESA, 25 al 27 de septiembre de 2013, Ed. Universidad Argentina de la Empresa y Cámara de Sociedades Anónimas, tomo I pág. 161.



DECONOMI

Los primeros artículos de cualquier ley de sociedades suelen fijar un criterio para caracterizar esta relación jurídica de organización, en interés mutuo, que es para los socios “realizar aportes para aplicarlos a la producción o intercambio de bienes o servicios participando de los beneficios y soportando las pérdidas”¹¹⁹. O sea generando un nuevo patrimonio como prenda común de los acreedores, regulan para que no pueden generar daño si se adoptan las soluciones previstas imperativamente¹²⁰, que en su caso –como principio- las pérdidas no deben ser trasladadas a terceros (absolute priority rule).

Evitar el daño, soportando las pérdidas los socios, se encuentra también inserto “en el principio de integridad del capital y en las funciones que a éste se asignan. En efecto, si la defensa del interés de los acreedores descansa en la función de retención patrimonial que tiene asignada la cifra del capital social, parece razonable que en una situación en la que el patrimonio ha descendido”¹²¹ en forma tal que corre peligro la satisfacción del pasivo deben adoptarse medidas que aseguren la viabilidad de la sociedad y la satisfacción del pasivo.

IV. ALERTA TEMPRANA.

Esa “pérdida” debe ser real, aunque es reconocida por una determinación contable aprobada por el órgano de gobierno de la sociedad, en primer lugar como una alerta temprana para revisar la viabilidad social con el patrimonio que dispone. Pero esa pérdida matemática puede no ser real y obliga a revisar la viabilidad empresarial con el patrimonio y flujo de fondos disponible o previsible. Según la versión más conservadora la misma se produce cuando el patrimonio neto acusa pérdidas de tal envergadura que éstas igualan o superan a todos los importes positivos del patrimonio neto (capital, ajuste de capital, reservas, durante la vida social, de la existencia en la caja de la sociedad). O sea

¹¹⁹ La transcripción encomillada corresponde al art. 1 de la Ley General de Sociedades de la República Argentina.

¹²⁰ RICHARD, Efraín Hugo “NORMAS IMPERATIVAS DEL DERECHO SOCIETARIO PARA PREVENIR DAÑOS”, en *Los aspectos empresariales en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación*, Ed. Fidas, Buenos Aires 2015, página 79.

¹²¹ GARCIA CRUCES, José Antonio *Derecho de Sociedades Mercantiles*, Ed. Tirant Lo Blanch, , Valencia 2016, pág. 479. En el caso de España por debajo de la mitad del capital social –o de un tercio según el tipo-, en Argentina del 100%, pudiendo verse el estudio de derecho comparado RDCO N ° 277, Marzo/abril 2016, pág. 399 investigación “*La Causal de la Disolución de la Sociedad por pérdida del Capital Social y la Convergencia en este aspecto con la Legislación Concursal y Societaria*”.



DECONOMI

el activo de la sociedad no está en condiciones de satisfacer el pasivo. Para las sociedades de capital ínfimo, por el tipo (one dollar corporation) o por el plan de negocios previsto, se “deberá ponderar la capacidad patrimonial de la sociedad y eventualmente su potencialidad para generar flujos de caja positivos” en orden a descartar si en tales casos “el capital social pueda cumplir una función de garantía”¹²². Creo que es una forma realista de ver esa función de garantía en el capital social, que en realidad se concreta en su patrimonio.

V. EL CAPITAL COMO REQUISITO FUNDACIONAL.

En los hechos, el capital social sólo tiene entidad en el momento de la constitución de la sociedad. En ese preciso instante, se verifica una relación que no se repetirá, salvo por azar, y es que el activo será matemáticamente igual al capital social, y el capital social será matemáticamente igual al patrimonio neto. A partir del inicio de las actividades económicas del ente, el capital continuará inalterable, y los cambios que se producen en el activo y el pasivo, no se reflejarán en él, sino en otras cuentas del patrimonio neto. Es decir, a diferencia del capital que es una cifra estática e inalterable, que está blindada jurídicamente para dificultar tanto su aumento, como su reducción, lo dinámico son las otras cuentas del patrimonio neto. En particular, la cuenta donde se reflejan los resultados (pérdidas o ganancias) del ejercicio y las acumuladas. Así, el capital social pierde su densidad ontológica, y se convierte en una cifra que aritméticamente tiene existencia, pero no refleja nada. Lo que verdaderamente refleja la situación de la empresa, es el patrimonio neto en pleno. Es decir, la diferencia resultante entre activo y pasivo. Tampoco se reflejará en el capital estático la inflación...

En caso en el que el patrimonio neto sea menor que el capital, ya comenzó la pérdida del capital social, una alerta temprana. La pérdida total se produce cuando las pérdidas o quebrantos acumulados (cifras negativas del patrimonio neto), igualan o superan a la suma de todas las cifras positivas del patrimonio neto (capital social, ajuste del capital, aportes irrevocables y

¹²² ORQUERA, Juan Pablo – RASPALL, Miguel Ángel (Directores) *El Capital Social*, Ed. Astrea Bs. Aires 2022 pág. p. 25, y el reanálisis de pág. 51.



DECONOMI

reservas). También ello se refleja, porque al ser el patrimonio neto igual a cero, o negativo, el pasivo será igual o mayor que el activo. Esta representación matemática implica cuando menos una “alerta temprana” y dispara cuando menos una posibilidad de generar responsabilidad.

VI. PATRIMONIO SUFICIENTE.

“En la sociedad anónima, esencialmente capitalista, no parece prudente esperar a que el capital se pierda totalmente para que las pérdidas operen como causa de disolución, pues entonces los acreedores no tendrían ninguna seguridad o garantía para el percibo de sus créditos. De ahí que nuestra ley (art. 260.1.4ª) declare causa de disolución el hecho de que se produzcan pérdidas que dejen reducido el patrimonio a una cantidad inferior al capital social, a no ser que ése se aumente o se reduca en la medida suficiente. Desde esta perspectiva, esa norma opera como un instrumento preconcursal destinado a evitar la insolvencia de las sociedades anónimas y su eventual declaración de quiebra”, se identificaba para España¹²³, en paralelo a nuestro derecho. Por eso constituye alerta temprana imponiendo a administradores y socios revisar la viabilidad, para evitar asumir responsabilidad.

VII. ATISBANDO RESPONSABILIDAD.

Si el capital social es la contrapartida de la limitación de la responsabilidad del socio, limitación que es considerada un privilegio que excepciona el principio de derecho común de unidad del patrimonio, dicho privilegio exige que los socios aporten fondos suficientes para su cometido, pues sin un capital social adecuado el excepcional beneficio de la «responsabilidad limitada» carece de fundamento¹²⁴. Mejor debería referirme a un patrimonio social suficiente.

¹²³ URÍA, R.; MENÉNDEZ, A. y GARCÍA de ENTERRÍA, J. –“La sociedad anónima: disolución” Cap. 4, pág. 1001 en CURSO DE DERECHO MERCANTIL.

¹²⁴ C. Civ. y C. Santa Fe, Sala 2ª. 27/4/06. Bocca S.A. Con comentario de los Dres. Di Chiazza y Van Thiene en “La infracapitalización originaria y una sentencia digna de no ser imitada”, donde sostienen que “*En consecuencia, para la Sala II de la Cámara de Apelaciones Santafesina sentenciante en Bocca S.A. el capital debe adecuarse con el objeto social porque: (I) es innegable que el objeto social se cumple con el capital social y (II) al no observarse dicha*



DECONOMI

Una vez que se generaliza la responsabilidad limitada para todas las sociedades, la cifra de capital sirve, fundamentalmente, a la protección de los acreedores. En contrapartida por la irresponsabilidad por las deudas sociales, los accionistas han de “ofrecer” a los acreedores sociales un patrimonio específico que pueda ser atacado por éstos para cobrar sus créditos (función de garantía del capital social).¹²⁵ Y mantenerlo en análisis prospectivo como requiere la Memoria.

VIII. BLINDAJE.

El patrimonio, para algunos el capital¹²⁶, es el principio de la función de productividad y debería fijarse en orden a un plan de negocios, pues será el punto básico para la responsabilidad de sus miembros coherente con el art. 143 CCC: “Personalidad diferenciada. *La persona jurídica tiene una personalidad distinta de la de sus miembros. Los miembros no responden por las obligaciones de la persona jurídica, excepto en los supuestos que expresamente se prevén en este Título y lo que disponga la ley especial.*” Especial diligencia que descarta la posibilidad de culpa leve, obligación de administradores

Ese art. 143 protege a los acreedores individuales de los socios, ante la personificación no publicitada de la sociedad, prevista para la sociedad simple en los Arts. 21 y ss. LGS. Si bien se pone el énfasis en la separación de los patrimonios entre la persona jurídica y de las otras personas físicas o jurídicas que la generan, donde se hace prolija la regulación normativa -en todas las legislaciones- es para asegurar el ingreso de los aportes al patrimonio de la sociedad y en resguardar los derechos de los terceros que se han vinculado a la realidad funcional empresaria, o sea al nuevo centro de imputación diferenciada, incluso en referencia a la sociedad en formación¹²⁷, o aún a la irregular. No es

adecuación el objeto sería de cumplimiento imposible (art. 94, inc. 4), ergo, la sociedad nacería con una pseudo causal de disolución congénita.”

¹²⁵ ALFARO ÁGUILA-REAL trabajo citado.

¹²⁶ ORQUERA, Juan Pablo – RASPALL, Miguel Ángel (Directores) *El Capital Social*, Ed. Astrea Bs. Aires 2022 pág. 3.

¹²⁷ El tema se encuentra superado dentro del derecho argentino, particularmente después de la reforma del año 1983. Cfr. Nto. “Patrimonio y capital social” pág. 103 y ss. -especialmente a pág.106- en el libro Derecho y principios societarios, publicación de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba, año 1982. Incluso la Corte Suprema de Buenos Aires le ha reconocido efectos anteriores a la propia constitución de la sociedad en formación: Nto. “Sociedad en gestación: su calificación jurídica”, en Abeledo Perrot, Buenos Aires Noviembre 2008, n° 11 p. 1243, jurisprudencia anotada.



DECONOMI

otra cosa que el principio de la división patrimonial, que resguarda a su vez la posibilidad de que la persona jurídica así creada pueda generar nuevas personas jurídicas. Es el fenómeno de las asociaciones de segundo grado, que impone al legislador ciertas regulaciones (arts. 31 y ss. LGS).

La gestación de la división patrimonial impone ciertos atributos como la individualización con denominación y domicilio, para determinar la ley aplicable y la jurisdicción donde puede reclamar o ser reclamada en derecho¹²⁸.

Ante la eventual insuficiencia del capital social, que hace a un tema de infrapatrimonialización, que es una zona gris¹²⁹, se abre una línea roja, las “red flags” que funcionan incluso en la “one dollar corporation”, ahora la sociedad de un Euro en España, con responsabilidad hasta 3.000 E si estuviera infrapatrimonializada, pues cuando el balance como declaración unilateral de verdad es aprobado por la asamblea indicando que el patrimonio neto es neutro o negativo significa que se ha perdido ese dólar o euro, que era una barrera. Y en muchas legislaciones la línea roja se traza con la pérdida de sólo parte del capital social, en la argentina recién el 100%, pero sería suficiente si se aplicara. Pero en procesos concursales de eso no se habla, particularmente al homologar acuerdos. Si llega el expediente a un despacho judicial para homologar en esos supuestos una propuesta de quita, no debería hacerlo por las normas del CCC y de la propia LCQA en su art. 52 ap. 4. No declarará la quiebra por aplicación del art. 48 LCQA o podrá imponer la tercera vía que será la del art. 96 LGS.¹³⁰

O sea que un juez, incluso el que entienda en el concurso de una sociedad ante un acuerdo con quita, de oficio o ante el planteo del Síndico o de un acreedor, podría cuestionar por abusiva la propuesta de acuerdo protegiendo a los acreedores que no adhirieron—por trasladar el riesgo a los acreedores— y, obviamente no homologar el acuerdo que implicara un fraude a la ley societaria, particularmente en cuanto a las normas de garantía del capital social. Sea por

¹²⁸ URÍA, Rodrigo *Derecho Mercantil* Madrid 1958 p. 99.

¹²⁹ Se usa y hemos usado “infrapatrimonialización material”, tanto en la jurisprudencia como en la doctrina, en forma imprecisa, ver: JUNYENT BAS, Francisco A. “La infracapitalización societaria. Responsabilidad de administradores y socios”, en LA LEY 13/05/2009, 13/05/2009, 1 - LA LEY2009-C, 1045. Se impone precisar que la infrapatrimonialización material no siempre importa la pérdida del capital social, que vinculamos a la inexistencia de patrimonio exteriorizado y no meramente insuficiente. La terminología esta ligada a la “función de productividad”, pero me concentro en la “función de garantía del capital social”.

¹³⁰ Nto. “EL ABUSO EN LA TERCERA VIA EN CONCURSOS DE SOCIEDADES”, en Revista de la Facultad, Vol. I, n° 1, Nueva Serie II (2014), Facultad de Derecho y Ciencias Sociales (UNC), pág. 1.



DECONOMI

abuso, sino se perdió el capital social, o por fraude si esa pérdida existió y los socios no la atendieron en la forma prevista imperativamente por la norma específica.

IX. PLAN DE VIABILIDAD.

El plan de negocios que hoy no se requiere en la presentación en concurso de una sociedad ni en su obligatoria integración de la propuesta, exigiéndoselo en cambio al Síndico o a la cooperativa de trabajo que intenta continuar el giro, será ahora indispensable conforme la previsión del art. 100 LGS.

Sin duda la capitalización de deudas, incluso laborales –art- 43 LCQ y 179.2 LGS, en el caso que se asegure la continuidad de la empresa, su viabilidad, el mantenimiento del empleo, podrá entregar experiencias interesantes sobre el “accionariado obrero” y una visión del “capitalismo emprendedor”. A su vez, esta visión sobre la función de garantía del capital social y la responsabilidad de administradores, síndicos y algunos socios –que han desconocido las normas imperativas o han sido mal asesorados- entreabre nuevas perspectivas para los trabajadores en caso de concurso o quiebra de una sociedad –arg. Arts.150 y 167 CCC y 99 LGS-. He divagado sobre el capital social, el mismo no se registra entre los elementos configurativos de una sociedad –art. 1º LGS-, que lo son los aportes –de diversa índole- que generan el nuevo patrimonio y dan viabilidad a la sociedad. Y ello es palpable en la disposición de la sección IV art. 23 LGS que dispone “...BIENES REGISTRABLES. Para adquirir bienes registrables la sociedad debe acreditar el Registro su existencia y las facultades de su representante por un acto de reconocimiento de todos quienes afirmar ser sus socios. Este acto debe ser instrumentado en escritura pública o instrumento privado con firma autenticada por escribano. El bien se inscribirá a nombre de la sociedad, debiéndose indicar la proporción en que participan los socios en la sociedad”.

X. UN ANTECEDENTE DE LA FUTILIDAD DEL CAPITAL SOCIAL.



DECONOMI

A su vez fue recogido en un Anteproyecto de Ley General de Sociedades del Ministerio de Justicia del año 1992, con la participación de Sergio Le Pera, Horacio Fargosi, Miguel Araya, varios más y quién esto escribe, con la Secretaria de Coordinación de María Celia Marsili y San Millán, actualizando la ley del 72 e incorporando un nuevo tipo la Sociedad por Acciones Simplificada donde estaba prohibido expresar el capital, con la idea que administradores y socios debían analizar anualmente el patrimonio de retención para determinar la distribución de dividendos asegurando la viabilidad empresarial de la sociedad.

En 2012 convocado junto a Rafael Manóvil y Horacio Roitman introducimos la unipersonalidad casi sin límites para asegurar el desenvolvimiento de cada emprendimiento que incluso pudiera tener el único socio en forma independiente, y la factura de la Sección IV con el referido texto, que fue aceptado no así el criterio sobre la unipersonalidad, que se restringió casi hasta imposibilitarla, pese a que se mantuvo la Exposición de Motivos que habíamos pergeñado.

XI. GENERACION DE PERSONA JURIDICA Y DOTACION PATRIMONIO.

No tenemos dudas que el tradicional tema del capital social debe entenderse como dotación patrimonial constituyente para generar la persona jurídica sociedad, pero en su funcionalismo debe atenderse al patrimonio, conforme a técnicas contables modernas, para cada año revisar el plan de viabilidad empresarial y evitar daños.

Es que ante la infrapatrimonialización, si genera daños, “es posible responsabilizar a sus socios y controlantes por las obligaciones insatisfechas de la sociedad”¹³¹. El tema está también vinculado a la capacidad de generación de recursos determinado por el plan, pues muchas veces un limitadísimo patrimonio genera recursos suficientes para atender el pasivo contraído.

Apunto que la documentación contable se vincula con la declaración impositiva para determinar utilidades imponibles, y esa constatación matemática,

¹³¹ ORQUERA - RASPALL El capital social, Ed. Asrea, Buenos Aires 2022, pág. 53. Que retoman decididamente a pág. 397.



como advertiremos también para configurar la causal de disolución por pérdida tiene una avizoración matemática, que para que se generen los efectos de la causal debe ser corroborada en una consideración sobre la viabilidad sustancial, lo que marca la reciente modificación de esta causal en Colombia.

XII. LA PRECONCURSALIDAD.

Y así estamos, la preservación de la capacidad operativa de la sociedad está vinculada directamente a la conservación de la empresa, evitando la insolvencia de ese patrimonio como dañoso para el mercado, pues lo que interesa a la postre es la “solvencia patrimonial” mínima en cualquier régimen, que en los países que lo han adoptado no sólo no ha sido modificado sino que se ha reforzado.

La noción de capital social tiene varias facetas para el análisis, su función operativa y su función de garantía, además de otras funciones como determinar las participaciones. Sobre ello las opciones son claras: o si bien se sustituye el concepto tradicional de capital, vinculado a los aportes, por un concepto de capital físico o material, cifra abstracta que establece el límite de los recursos patrimoniales necesarios y no distribuibles para preservar la capacidad operativa de la sociedad; o bien se abandona a efectos prácticos este concepto, sustituyéndolo por otro que asegure la fijación de este límite a la distribución como dividendo de los recursos patrimoniales, cumpliendo la necesaria función de equilibrio entre los intereses de socios y acreedores, y de los socios entre sí¹³².

XIII. EQUILIBRIO DE LEGISLACIONES.

Adviértase que estamos en el punto de equilibrio entre la legislación societaria y la concursal.¹³³ La empresa viable es la única que merece

¹³² En la doctrina alemana Thöl ya distinguida en tres conceptos diversos: el patrimonio social o patrimonio neto, concepto dinámico representado por la diferencia entre los activos y pasivos sociales; el capital social, suma ideal definida en la línea de las concepciones nominalistas; y el *grundvermögen*, fracción del patrimonio social que marca el límite de la capacidad de la sociedad para distribuir recursos patrimoniales como dividendo (*Das Handelsrecht*, Leipzig, 1879, pág. 525).

¹³³ RICHARD, Efraín Hugo “El equilibrio en la legislación societaria y concursal a: la preconcursalidad extrajudicial” en *25 años de la ley de sociedades comerciales. Necesidad de su reforma. Homenaje al Profesor Dr. Siegbert Rippe*, AAVV dirección Eva Holtz y Rosa Piziomek, edición Facultad de Ciencias Económicas y de Administración Universidad de la República, Montevideo 2014, página 415, y “Las CRISIS ECONÓMICAS DE LAS SOCIEDADES Y SU ABORDO POR LA LEGISLACIÓN SOCIETARIA Y CONCURSAL URUGUAYA” en *Ley de Sociedades*



conservarse, sea por disposiciones concursales, pre concursales o extra concursales¹³⁴.

Ciertas políticas pueden implicar mantener a la empresa no viable. En muchos casos ello es sinónimo de protección al empresario incapaz o fraudulento, como lo señalaba Franceschelli¹³⁵, evitando maniobras artificiosas, aquello que Provinciali¹³⁶ señaló como *“ció que segna el confine tra fisiología e patologia nella vita del patrimonio”*. Los empresarios protagonizan *“una exigencia cada vez más extensa y apremiante(...) de condiciones de favor, de inmunidad respecto del derecho común, reclamados como incentivos a la actividad productiva”*¹³⁷.

En torno al interés sobre la conservación de la empresa, debo apuntar que 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 recurso concursal o pre concursal, 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 afirma¹³⁸ *“... 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 al administrador de la empresa viable de ser

Comerciales – Estudios a los 25 años de su vigencia, Ed. La Ley Uruguay, Cap. VI SOCIEDAD Y ECONOMÍA, pág. 1117, Montevideo 2015, República Oriental del Uruguay.

¹³⁴ Francisco QUINTANA FERREYRA – Efraín Hugo RICHARD *LA CONSERVACION DE LA EMPRESA EN LAS LEYES DE SOCIEDADES Y DE CONCURSOS*, RDCO año 1978 Pág.1373; *LA CONSERVACION DE LA EMPRESA*, Anales de la Academia Nacional de Derecho de Córdoba tomo XXV Pág.107 y ss. .

¹³⁵ *L'apprendista stregone, l'elisir di lunga vita e l'impresa immortale* en Giur. Comm. 1982 I p. 575 y ss.

¹³⁶ Renzo PROVINCIALI *Trattato di diritto fallimentare* I p. 324 nota 80.

¹³⁷ Francesco GALGANO *Las instituciones de la economía capitalista* Ed. Ariel, Barcelona 1990, pág. 79, en traducción de Carmen Alborch Batalles y M. Broseta Pont.

¹³⁸ Ariel Angel DASSO *Derecho Concursal Comparado*, tomo 1, Ed. Legis, Buenos Aires 2009, pág. 804.



necesario. En ciertos casos de inviabilidad el problema deja de ser de derecho privado, incluso del concursal, para pasar a ser un problema de derecho público.

XIV. METODOLOGÍA: LA INTEGRACIÓN DEL DERECHO.

Debemos convenir que la aplicación del derecho concursal no sustituye el resto del sistema jurídico, salvo impedir la agresión inmediata al patrimonio concursado.

No hay duda de la imperatividad de las normas societarias en caso de pérdida del capital social y de los efectos que se producen.

El artículo 12 del Código Civil y Comercial se refiere al “Orden público” y al “Fraude a la ley”: *“Las convenciones particulares no pueden dejar sin efecto las leyes en cuya observancia esté interesado el orden público. El acto respecto del cual se invoque el amparo de un texto legal, que persiga un resultado sustancialmente análogo al prohibido por una norma imperativa, se considera otorgado en fraude a la ley. En ese caso, el acto debe someterse a la norma imperativa que se trata de eludir”.*

Se verá que se distingue orden público de normas imperativas. Respecto al primero para impedir puedan dejarse de lado, y respecto a ambos supuestos para sancionar el fraude a la ley. Vaya este introito para señalar que las normas societarias a las que referimos, en los dos países, tienen carácter imperativo cuanto menos. Como conclusión: las normas imperativas de la ley societaria –al margen de si constituyen o no reglas de orden público–, son inderogables, y su apartamiento constituye un fraude a la ley.

XV. LA EFICIENCIA.

Asegurar la funcionalidad de la actividad societaria es un objetivo de su legislación específica, a través de la regulación del capital social, tendiente a asegurar la organización, la funcionalidad y la liquidación de las sociedades sin afectar a terceros, un verdadero orden público societario. La autonomía de la voluntad para organizar actividades constituyendo sociedades personas



DECONOMI

jurídicas tiene el límite de normas que aseguran una base patrimonial para no dañar a terceros.

Estamos frente a la idea de las relaciones de organización¹³⁹, y compartida por Rippe: *“La organización es la que permite conjugar la aplicación del capital con el esfuerzo del trabajo y mediante su apropiada coordinación, planear las actividades, dirigirlas, ejecutarlas, supervisarlas y avaluarlas, en el marco de un proceso dinámico, constante y circular de alimentación y retroalimentación orientado a la eficiencia en la utilización de los medios y recursos, de eficacia en la obtención de los resultados y de coherencia entre los medios y recursos y los fines. Y es la capacidad de adaptación y flexibilidad de la organización, la que le permite ajustarse a las posibilidades y circunstancias de la empresa en concreto”*¹⁴⁰.

Rescato la función básica del capital, cual es la faceta operativa – aunque hoy desleída y reemplazada con otros instrumentos financieros-, o sea la de mantener la funcionalidad de la sociedad, generando responsabilidad a administradores y socios la insuficiencia del mismo en cuanto afecte a terceros, pero ello no importa menoscabar la función de garantía, particularmente en el caso de crisis y más aún en el concurso de sociedades.

La noción de capital social es de política legislativa, y de moderna doctrina la idea de "patrimonio suficiente" para afrontar las operaciones sociales. Esto impone la idea de un plan de los administradores para asegurar la actividad societaria. En materia concursal, en la jurisprudencia y doctrina argentina, se suele aceptar que la deudora no tenga ni presente ningún plan para superar la crisis¹⁴¹, ni en la obligación de actuar tempestivamente al aparecer una dificultad o crisis, ni que se haya dotado adecuadamente el patrimonio de la sociedad genéticamente¹⁴² ni intentado hacerlo cuando se publicitó inexorablemente su insuficiencia, ni haber hecho algún intento de los previstos en la ley de

¹³⁹ Nto. *Las relaciones de organización y el sistema jurídico del derecho privado*, Córdoba 2000, ed. de la Academia de Córdoba, Capítulo XI Insolvencia societaria y responsabilidad, pág. 481 y ss.

¹⁴⁰ RIPPE “La función de la empresa...” cit. pág. 74.

¹⁴¹ Ntos. “Integración de propuesta de acuerdo (en concurso preventivo de sociedad)” en *Doctrina Societaria y Concursal*, Noviembre 2008, pág. 1081; “¿Abusos en el proceso concursal?” en *La Ley* 24 de diciembre de 2008; “Integración de la propuesta de acuerdo en concurso societario (en torno a reciente fallo señero)” en *Jurisprudencia anotada de RDCO* n° 234, Enero Febrero 2009, Ed. Abeledo Perrot, pag. 79.

¹⁴² Nto. “El capital social y la responsabilidad limitada” en *Estudios Jurídicos* publicación de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica de Uruguay, n° 3 – 2007-, República Oriental del Uruguay, págs. 163/202.



organización societaria para asumir concretamente la dificultad¹⁴³, y peor aún la pérdida del capital social.

Se niega la realidad, todo emprendedor tiene un plan, y lo reprochable es que lo oculte, quizá para que no se adviertan actos censurables o ilegales para que la crisis, la insolvencia, la asuman acreedores, transformando el problema en un gran negocio para los socios o accionistas¹⁴⁴.

Un plan de negocios –de viabilidad del negocio- permitirá analizar a los socios¹⁴⁵ la conveniencia de reintegrar o aumentar el capital social. A su vez la posibilidad de invitar a terceros a integrarse a la sociedad por el buen negocio que resulta el adecuado cumplimiento de su objeto, la rentabilidad esperada, lo que puede permitir atender o reorganizar el pasivo exigible.

Los administradores deben poner la cuestión a decisión de los socios¹⁴⁶. Ante la negativa o imposibilidad de los accionistas y no deseando liquidar la sociedad, se abre la solución de invitar a terceros a capitalizar, y en ciertos casos traspasar la sociedad a los acreedores, o su control. Existen sistemas que en situaciones semejantes autorizan a los administradores a emitir acciones sin autorización de los socios¹⁴⁷. La limitación de responsabilidad de los administradores, y de los socios queda sujeta en el derecho nacional y comparado al correctivo del *superamento della personalità giurídica*, levantamiento del velo, *piercing the corporate veil*¹⁴⁸, o sea al uso funcional de la sociedad como persona jurídica. Al mismo fin debería llegarse a través de

¹⁴³ Nto. *Insolvencia societaria*, Ed. Lexis Nexis, Buenos Aires 2007.

¹⁴⁴ Así puede verse el caso del Acuerdo Preventivo Extrajudicial de Multicanal S.A., donde inmediatamente de homologado el APE referido sólo a las obligaciones negociables, el balance de la sociedad dio un resultado positivo de más de Mil ochocientos millones de pesos (seiscientos millones de dólares) que se repartieron inmediatamente entre los socios, y que no provenía del resultado ordinario de la explotación ordinaria. Por otra parte toda quita o espera a los acreedores beneficia directamente a los socios. En similar sentido Carlos PALACIO LAJE *Delitos de vaciamiento de empresa*, Editorial Marcos Lerner, Córdoba 2002.

¹⁴⁵ Y también a los terceros, acreedores o no. Se nos dirá que se los trata de hacer socios “a palos”, pero peor es quitarle los créditos a palos para patrimonializar a la sociedad. La información leal, un plan de negocios coherente, hace atractiva una propuesta en beneficio de la conservación de la empresa y no del enriquecimiento de los socios. Si parecería necesario, al margen de las obligaciones de los socios conforme la ley societaria, quitas importantes –por ejemplo 30%-, se podría invitar a los acreedores a capitalizar sus acreencias con un pacto de recompra pagando el 100% de la capitalización dentro de un plazo prudencial, y a su vez un compromiso de adquisición pagando el 70% si el acreedor ahora socio decidiera tal cosa después de un tiempo de espera (por supuesto en ambos casos a cargo del grupo de control al tiempo del concurso). De no, los acreedores serían tratados como socios sin derechos, imponiéndoles las contribuciones que deben hacer los socios con derechos.

¹⁴⁶ Alejandro MILLER *Sociedades anónimas - Directorio - Síndico*, AMF, Montevideo, 2005, pág. 119 y ss..

¹⁴⁷ Massimo MIOLA *Il sistema del capitale sociale e le prospettive di riforma nel diritto europeo delle società di capitali* en Rivista delle Società, anno 50, 2005, Editor A. Giuffrè – Milano, novembredicembre 2005, fascicolo 6° p. 1199..

¹⁴⁸ MIOLA, Massimo “Il sistema del capitale sociale e le prospettive di riforma nel diritto europeo delle società di capitali”, *Rivista delle Società*, 2005-50-1199, fasc. 6, específicamente pag. 1311 refiriéndose a los Estados Unidos.



principios de atribución de responsabilidad con base subjetiva. Si el obrar culposo o doloso genera daño, el mismo debe ser indemnizado por quién, uso de la técnica societaria para generar el perjuicio. La sociedad debe estar adecuadamente dotada patrimonialmente para el cumplimiento del objeto. Una sociedad infrapatrimonializada genéticamente autorizaría la llamada “inoponibilidad de la personalidad jurídica”, a criterio de la CSJN en el referido caso Palomeque¹⁴⁹.

XVI. LA EMPRESA EFICIENTE.

La insolvencia es un indicio de la situación comprometida que afecta al patrimonio del deudor, independientemente del hecho que no realice los pagos exigibles a los que está obligado.¹⁵⁰ Es la insuficiencia patrimonial por falta de activo. La obligación incumplida puede ser de cualquiera de las clases enunciadas por la ley¹⁵¹, incluye las obligaciones de hacer, de modo que no necesariamente sea una prestación de dinero, en moneda nacional o extranjera. El término describe el estado patrimonial de una determinada empresa que evidencia ciertos riesgos en su administración, aunque tenga probabilidades de lograr resultados positivos en el futuro que permitan su recuperación, ansiada resiliencia. Se trata de encuadrar esa hipótesis dentro del marco económico-financiero adecuado a las circunstancias temporales según las dificultades por las que atraviesa.¹⁵² Es posible que la negativa a pagar obedezca a causas razonables y transitorias, entre otras estar a la espera del otorgamiento de un crédito, de tener pendiente una capitalización del activo, o de estar aguardando inversiones para su giro comercial.

Una nueva concepción se está abriendo camino, más allá de la ruptura del vínculo acreedor-deudor, a raíz del incumplimiento de este último. El

¹⁴⁹ CSJN 3.4.03 en Palomeque, Aldo R. c/ Benemeth S.A. y otro s/ recurso de hecho.

¹⁵⁰ “Cesación de pagos” significa la imposibilidad de hacer frente al pasivo exigible con su activo disponible, art. 631-1 del Código de Comercio francés, texto de la ley 2022-172 del 14 de febrero 2022.

¹⁵¹ SALERNO Marcelo Urbano, en LOPEZ MESA Marcelo y BARREIRA DELFINO Eduardo, “Código Civil y Comercial de la Nación. Comentado. Anotado”, edit. Hammurabi, Buenos Aires, 2020, tomo 6-A, págs. 164 y siguientes.

¹⁵² Véase art. L611-2, texto de la ordenanza 2021-1193, referido a las dificultades para comprometer la continuidad de la explotación.



nudo del problema: intentar el salvataje¹⁵³ de la empresa que está en crisis mediante su reorganización, el saneamiento del pasivo acumulado mediante la reestructura y revisión de la deuda contraída.

En orden a la crisis de las sociedades apunto que la legislación societaria –que no ha sufrido las modificaciones generadas en la concursal contiene previsiones imperativas para asumir la crisis tempestivamente y a bajo coste, sin generar daños.

No puede pretenderse que el derecho concursal resuelva las crisis societarias al margen de las previsiones de la ley específica para afrontarlas.

Respecto a la pérdida del capital social y las normas específicas de la legislación del medio técnico organizativo, la doctrina española en 1991, conforme la ley entonces vigente- calificó la solución como pre concursal¹⁵⁴, sosteniendo que para evitar que la sociedad llegue al estado de insolvencia, el legislador ha establecido un mecanismo preventivo consistente en obligar a la sociedad a disolverse o adoptar medidas sustitutorias de saneamiento financiero cuando se produzcan pérdidas graves, amenazando con graves sanciones a los administradores si esto no se produce –sustancialmente ello no ha cambiado pese a las posibilidades de concursarlas-. La solución con matices especiales no es muy diferente en nuestros países.

Los acreedores de una sociedad en crisis deberían tener el mismo tratamiento, derechos y tutelas que los accionistas de una sociedad solvente, pero se encuentran en la misma situación de inversores sin derecho¹⁵⁵.

XVII. RESPONSABILIDAD: DE ESTO NO SE HABLA.

He puesto el acento que la causal de disolución de pérdida del capital social es la que dispara la responsabilidad de administradores –y quizá de socios- de continuar el giro y no poder luego satisfacer el pasivo –pese a que la

¹⁵³ Galicismo del francés “sauvetage”; véase art. L620-2 del Código de Comercio de Francia que establece un procedimiento de salvataje a pedido de un deudor quien, sin estar en cesación de pagos, justifica dificultades insuperables a fin de poder reorganizar su empresa (texto Ordenanza 2021-1193).

¹⁵⁴ Emilio M. BELTRÁN “La disolución de la sociedad anónima” en *Estudios de Derecho Mercantil*, Ed. Civitas, Madrid 1991, págs. 138/9.

¹⁵⁵ Lorenzo STANGHELLINI *Proprietà e controllo del'impresa in crisis* Rivista delle Societa anno 49° 2004 settembre-ottobre fascicolo 5°, Editorial Giuffrè Milano, pág. 1079.



DECONOMI

particular legislación no contenga plazos para iniciar la liquidación-. La libertad para decidir la continuación del giro, sin capitalizar la sociedad, en la esperanza de un plan de negocios exitoso, no libera a administradores societarios en caso negativo de asumir el pasivo insoluto o la satisfacción de las obligaciones contraídas. Se acota que la sociedad puede continuar operando pese a la pérdida del capital social, porque puede apreciar revertirla con las operaciones en curso¹⁵⁶. Ello además de deber expresarse en la primer Memoria –conforme el tipo social- deja en claro el riesgo de responsabilidad de administradores y socios por las nuevas operaciones. Gaudencio Esteban Velasco¹⁵⁷ indica que “se analiza el supuesto de la responsabilidad de los administradores en la crisis concursal, que ha sido objeto de varias reformas legislativas, que ha desencadenado y sigue desencadenando en nuestra doctrina ríos de tinta y una jurisprudencia vaciante... lo decisivo en la fase actual de nuestro ordenamiento es, a juicio de la autora, llevar a cabo una interpretación modulada del interés social y del deber de diligencia en la crisis empresarial que impliquen la exigencia del pronóstico de la insolvencia. Con esta perspectiva, donde lo relevante es evitar la inacción y que la sociedad permanezca en el trámite de esa situación... en cuanto a la controvertida cuestión de la naturaleza de la responsabilidad concursal, se alinea entre los partidarios de una interpretación indemnizatoria”. La autora de este importante libro, al referirse al pronóstico: “...para el cash Flow test –al poner el foco de atención aplicado a las sociedades, en la capacidad o incapacidad del deudor de hacer frente a sus obligaciones mientras continúa con su actividad empresarial –resulta irrelevante la valoración del activo y del pasivo. En cambio, según el balance sheet teste la importancia reside en si los activos de una compañía son inferiores a sus obligaciones”¹⁵⁸ ... configurándose en la “redacción de documentos contables por parte de los administradores sociales ha sido definida como un indicador de Derecho positivo de la existencia de un deber general de monitorear la situación financiera y patrimonial de la sociedad, que se concreta en la existencia de un deber legal de

¹⁵⁶ Antonio FOURCADE “Sociedades comerciales. Parte especial”, Ed. Advocatus, Córdoba 2001, pág. 114.

¹⁵⁷ RECAMAN GRAÑA, Eva..... prólogo pág. 33.

¹⁵⁸ RECAMÁN GRAÑA, Eva Los deberes y la responsabilidad de los administradores de sociedades de capital en crisis, Thompson Reuters Aranzadi, Pamplona 2016, pág. 55.



prevención o conocimiento tempestivo de la crisis”¹⁵⁹. “...la exoneración de responsabilidad del administrador habrá de fundarse en una ausencia de culpa in eligendo, in vigilando o in instruendo de aquel que le asigna en el desempeño de la función indelegable, vinculada a la demostración del control constante y en primera persona por parte del órgano de la materia propia de la función” –¹⁶⁰. “La business judgement rule” (en la traducción más extendida, regla del juicio empresarial) nace como regla para la protección de la discrecionalidad empresarial, fundamentada en la presunción de que los administradores respetan los deberes fiduciarios que pesan sobre ellos”¹⁶¹

El artículo 99 de la Ley francesa del 13 de julio de 1967 introdujo, en línea con la evolución normativa iniciada en 1883, la *action en comblement du passif*. Y nuestro país regló en una ley de sociedades las previsiones de alertas tempranas y obligaciones inescindibles de los administradores y socios de control que venimos repitiendo desde fines del siglo pasado.

Obviamente que es la “insolvencia patrimonial” –como pérdida del capital social- la que dispara las acciones de responsabilidad, no siendo obligatoria –aunque si natural- la existencia de un proceso liquidativo –societario o concursal- que determine la pérdida (daño), aunque la mera “desaparición” de la sociedad, *rectius*: de su patrimonio ejecutable, generará la legitimación activa y pasiva.

Una sociedad puede estar operando aparentemente con el capital estatutario previsto y no obstante ello estar en insolvencia. No existe un paralelismo entre ambas nociones, ni aún en los sistemas de sociedades sin capital social, cuya dotación patrimonial es analizada anualmente antes de distribuir utilidades –sólo si hay capital operativo suficiente- o de disponer la liquidación u otra solución en caso de capital insuficiente. Los deberes fiduciarios del administrador societario aumentan en esta situación frente a los acreedores y terceros. Ello está mejor delineado en las legislaciones donde no existe capital fijo, por lo que el administrador debe anualmente determinar el capital necesario

¹⁵⁹ RECAMÁN GRAÑA, Eva Los deberes y la responsabilidad de los administradores de sociedades de capital en crisis, Thompson Reuters Aranzadi, Pamplona 2016, pág. 150.

¹⁶⁰ RECAMÁN GRAÑA, Eva Los deberes y la responsabilidad de los administradores de sociedades de capital en crisis, Thompson Reuters Aranzadi, Pamplona 2016 pág. 161; VICENT CHULIA, Las cuentas anuales cit p. 132

¹⁶¹ RECAMÁN GRAÑA, Eva Los deberes y la responsabilidad de los administradores de sociedades de capital en crisis, Thompson Reuters Aranzadi, Pamplona 2016, pág. 173.



DECONOMI

para afrontar la continuidad de la sociedad (*solvency test*), tutelando así a potenciales nuevos acreedores. En legislaciones como la del Código Californiano se impone la imposibilidad de distribuir utilidades, entre otros actos, sino se somete a dos exámenes las cuentas sociales: *Quantitative Liquidity Test* y *Quantitative Solvency Test* ó de un simplificado *Equity Insolvency Test*¹⁶².

La tensión aumenta –y los problemas se suscitan- cuando el valor patrimonial de la sociedad no permite satisfacer su pasivo, los accionistas pierden interés en la gestión, y los acreedores en cambio pasan a tener interés fundamental en la prosecución exitosa de la actividad. Los acreedores de una empresa en crisis se encuentran en la misma situación de inversores sin derecho, que no tuvieron en cuenta cuando contrataron sin la información de esa situación o antes que se produjera esa situación.

Parecería que se envuelven dos conceptos el de no tener medios para pagar una deuda, aunque se priorizaría la imposibilidad patrimonial de satisfacerlas todas.

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

XVIII. COHERENCIA DE LA LEGISLACION SOCIETARIA Y CONCURSAL.

La funcionalidad y la legislación societaria tienen hoy normas y recursos que permiten reencauzar las crisis patrimoniales. Son fundamentales las previsiones en torno a cómo debe procederse cuando se detecten o produzcan causales de disolución, facilitando la remoción de las vinculadas a aspectos patrimoniales, con el aumento o reintegración del capital social,

¹⁶² ESCRIBANO GÁMIR, Rosario C.. *La protección de los acreedores sociales* Editorial Aranzadi, Navarra 1998, Monografía de Revista de Sociedades nº 10, pág. 44 y ss..



solución que debería anticiparse a la apertura de cualquier concurso, es la capitalización del pasivo es la forma societaria de afrontar la crisis.

Anticipe ideas en torno a cesación de pagos e insolvencia. Nos inclinamos por las interpretaciones contables en torno a no perder el sentido de las previsiones societarias en el ámbito concursal no para la apertura del concurso sino para determinar responsabilidades y compatibilidades. Teniendo siempre en claro que se trata de un problema meramente terminológico, debemos convenir que las dos situaciones patrimonialmente distinguibles en las sociedades son: 1. El patrimonio activo inferior al patrimonio pasivo, o sea patrimonio neto neutro o negativo que exterioriza la pérdida del capital y reservas, y 2. El activo corriente inferior al pasivo corriente, que exterioriza una imposibilidad transitoria de pago con medios normales. A lo primero cataloguémoslo a los fines de este ensayo como “insolvencia” y a lo segundo como “cesación de pagos”.

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

XIX. UNA VISIÓN SISTÉMICA.

De estos problemas presente una visión sistémica en *Insolvencia societaria*¹⁶³ y luego en *Perspectiva del derecho de la insolvencia*¹⁶⁴, en la inteligencia que el sistema societario contiene reglas preconcursales de carácter imperativo. Antes lo habíamos enunciado en un prólogo¹⁶⁵, remarcando: “4. No puede haber duda de responsabilidad societaria, rayana en el delito, cuando los administradores no aplican las normas societarias sobre liquidación en caso de pérdida de capital social”, para después ingresar en los temas de “subcapitalización material aumentando el pasivo sin que razonablemente se

¹⁶³ Ed. Lexis Nexis, Buenos Aires 2007.

¹⁶⁴ Ed. Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Córdoba 2010, en cuya presentación expresamos que “además de rendir cuentas de nuestra gestión –como ex primer Vicepresidente Académico del Instituto Iberoamericano de Derecho Concursal con sede en México-, tratamos de presentar nuestra sistemática constructivista sobre la insolvencia, particularmente, la societaria...”.

¹⁶⁵ De la que fuera la tesis de JUNYENT BAS, Francisco A. *Responsabilidad de los Administradores* Ed. Advcatus Córdoba junio 1996, que tuviéramos el honor de dirigir..



DECONOMI

avizore la posibilidad de su pago... la inexistencia de planificación o de contabilidad para anticipar la detección de dificultades económicas o afrontar la situación de crisis". Debe darse congruencia a la ley de concursos con la ley societaria en orden a acciones de responsabilidad.

Ante el desinterés de los accionistas de nuevos aportes, la capitalización del pasivo no es sólo una forma de salir de la insolvencia, patrimonializando a la sociedad, sino que soluciona aspectos tales como la responsabilidad de deudores solidarios, fiadores, y por daño.

La representación del beneficio para los socios y del perjuicio a los acreedores es clarísima en la modalidad de la propuesta de quita –matizada con esperas prolongadas-, además de no haber adoptado *ab initio* -y con bajo costo de mediación- la capitalización del pasivo prevista en dicha norma.

Si el capital social es la contrapartida de la limitación de la responsabilidad del socio, limitación que es considerada un privilegio que excepciona el principio de derecho común de unidad del patrimonio, dicho privilegio exige que los socios aporten fondos suficientes para su cometido, pues sin un capital social adecuado el excepcional beneficio de la «responsabilidad limitada» carece de fundamento¹⁶⁶.

Se postula que el accionista que pudiendo hacerlo, legítimamente decida no recapitalizar la empresa insolvente debe pasar la propiedad de la misma a los acreedores¹⁶⁷. 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.

Se plantea así, como objetivo lógico, la transferencia del control de la empresa en crisis, de los accionistas que carecen ya de incentivo y de los

¹⁶⁶ C. Civ. y C. Santa Fe, Sala 2ª. 27/4/06. Bocca S.A. Con comentario de los Dres. Di Chiazza y Van Thiene en "La infracapitalización originaria y una sentencia digna de no ser imitada", donde sostienen que "En consecuencia, para la Sala II de la Cámara de Apelaciones Santafesina sentenciante en Bocca S.A. el capital debe adecuarse con el objeto social porque: (I) es innegable que el objeto social se cumple con el capital social y (II) al no observarse dicha adecuación el objeto sería de cumplimiento imposible (art. 94, inc. 4), ergo, la sociedad nacería con una pseudo causal de disolución congénita."

¹⁶⁷ STANGHELLINI, Lonrezo *Proprietà e controllo dell'impresa in crisi* en "Rivista delle Società" settembre-ottobre 2004 pág.1041, específicamente pág. 1072.



administradores que responden a ellos, a los acreedores que ven comprometido en ello su capital de riesgo¹⁶⁸.

XX. LA CONTINUA REVISIÓN DEL TEMA.

Al comparar las vías de abordaje de la “*insolvencia societaria*” conviene preguntarse: ¿debe estarse a las normas societarias que imponen acciones a administradores y socios? O soslayándola, ignorándola ¿puede recurrirse – incluso tardíamente- al proceso concursal para lograr una planificada quita y espera? La primera acción se corresponde a las soluciones societarias, permitiendo enervar la causal de disolución por pérdida del capital social por capitalización que puede tener innumerables matices. La segunda intenta una “*donación*” a través de las soluciones concursales ante la insolvencia societaria, que impone que el problema lo asuman los acreedores. Ello con quitas desmesuradas y esperas, con incidencia impositiva de las quitas, al considerárselas ganancia, observación que desaparecería si –pese a no asumir los socios la recapitalización- en el “*esfuerzo compartido*” se capitalizan los pasivos, operación neutra para la sociedad, pero que modifica profundamente su patrimonio, además de la afectación del derecho de propiedad al imponer quitas no aceptadas individualmente a los acreedores, enriqueciendo a los socios que intentan así sustituir su obligación de reintegro del capital social.

Apunto que los efectos de la aprobación de un balance no se agotan con su aprobación, pues el balance implica una proyección sobre el futuro. Particularmente por aspectos que suelen minimizarse al referirse a la función de garantía del capital social¹⁶⁹, pero imponiendo advertir que de los resultados de ese balance se derivan derechos y responsabilidades –fundamentalmente- cuando del proyecto de balance que se aprueba resulta declarada por la sociedad la existencia de una causal de disolución por pérdida del capital social o cuando menos de una pérdida parcial que impone su reducción, sin aparecer punto posterior del orden del día para adoptar las soluciones que

¹⁶⁸ Esta es la idea que desenvuelve STANGHELLINI, ob. cit. pág. 1041 y ss. específicamente 1055. Esta idea se acerca a la que viene desarrollando en torno a un derecho concursal societario Efraín Hugo Richard, www.acaderc.org.ar.

¹⁶⁹ DASSO *Tratado del Derecho de Separación o Receso del Socio y del Accionista*, cit. pág. 193 y ss..



imperativamente impone la ley societaria¹⁷⁰. Ese balance luego es presentado ante un juez concursal justificando la apertura de un concurso preventivo para que los acreedores soporten la cuestión que debieron soportar los socios con el reintegro del capital si pretenden continuar operando¹⁷¹.

La “preconcuralidad” aparece así activada, evitando el concurso y la responsabilidad de los administradores. En caso de cesación de pagos, e incluso de insolvencia de una sociedad, el derecho de proponer quitas implica un real abuso de derecho de los socios –guiados por los administradores- frente a la obligación incumplida de reintegrar o aceptar la capitalización de la sociedad. Y hemos referido la imperatividad de esas normas en el derecho rioplatense.

Bastará advertir que no se adoptaron soluciones societarias, que no se afrontó la crisis oportunamente, que sólo se exige un sacrificio a los acreedores, para que la propuesta pueda ser cuestionada por abusiva¹⁷² y en fraude a la ley al haberse omitido las soluciones societarias.

El abuso de derecho y el fraude a la ley resulta, en caso de sociedades, por no haberse cumplido con las previsiones del derecho societario, trasladando la cuestión a la decisión de los socios, y si éstos no hubieren intentado superar la pérdida del capital social (conservación de la empresa), con desembolsos propios o invitando a los acreedores a compartir el riesgo¹⁷³, conllevan a intentar un enriquecimiento de los obligados con desmedro del patrimonio de los acreedores.

Al alcanzarse, vaya a saber como, las mayorías para homologar un acuerdo predatorio sólo suele ocuparse el juzgador, o la doctrina tradicional, en señalar que en el caso no es abusiva, sin referencias a la buena fe y mucho menos al fraude a normas imperativas del derecho societario. O la invocación del art. 52.3.IV LCQA de que el dividendo no sea inferior al liquidatorio, con el aforismo “the best interest of creditors”, sin advertir que esa norma es aplicable

¹⁷⁰ Nto. “SOBRE EL TÍTULO PRELIMINAR DEL PROYECTO DE CÓDIGO CIVIL”, en *El Derecho*, Buenos Aires, diario de doctrina y jurisprudencia del 5 de abril de 2013.

¹⁷¹ Nto. “SOBRE EL PATRIMONIO SOCIAL: ¿CAPITALISMO DE REPOSICIÓN O DONATARIO?”, en *Revista del Derecho Comercial del Consumidor y de la Empresa*, Ed. La Ley, Buenos Aires, año II n° 5 Octubre de 2011, pág. 151 y ss.

¹⁷² Nto. “Crisis de sociedades: Acuerdos concursales abusivos vs. Solución privada” en *SUMMA CONCURSAL*, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires 2012, tomo II pág. 1945.

¹⁷³ FIMMANO, Francesco “L’ allocazione efficiente dell’ impresa in crisi mediante la trasformazione dei creditori in soci”, en *Revista delle società*, 2010, páginas 57 y siguientes.



al supuesto de una persona humana, pero no jurídica donde las previsiones imponen responsabilidades de no haber una liquidación satisfactoria.

Si ello no ha ocurrido, el Juez no puede dejar de ver que a través de ese acuerdo se empobrecería a acreedores que no han dado conformidad, y ha enriquecido a los socios, que no realizaron el esfuerzo que les impone la ley societaria, ni afrontaron el esfuerzo compartido que imponen reglas de equidad –y buena fe¹⁷⁴- y de repartos dikelógicos, usando del sistema jurídico y judicial – aparentemente disponible- para enriquecerse. Se altera la absolute priority rule que referimos inicialmente.

Esta es una verdadera revolución y desafío para los jueces, se vincula directamente a la diligencia de atender las alertas tempranas y mantener activado el análisis de viabilidad para no generar daño..¹⁷⁵ Y parte de esto fueron los diálogos con Angel Rojo y Aurelio Gurrea Chale en el reciente Congreso Iberoamericano de la Insolvencia, en L´Sapienza de Roma.

Sin duda debemos construir un DERECHO SOCIETARIO DE CRISIS con CONVERGENCIA DE DOS REGÍMENES. EL 150 CCC define la cuestión dando prioridad a la LGS y en su defecto a las NORMAS IMPERATIVAS del Código Civil y Comercial. Se impone un CAMBIO DE FORMA DE PENSAR, como planteo en el Congreso del IIDC en Punta del Este en 2017 en maestro Alessandro Nigro, con su ensayo *Il «diritto societario della crisi»: una nuova frontiera?*.

¹⁷⁴ Nto. “ENSAYO EN TORNO A BUENA FE E INSOLVENCIA SOCIETARIA” en Libro colectivo 2ª edición del *Tratado de la Buena Fe en el Derecho*, Coordinador Marcos M. Córdoba, Editorial La Ley, 2 tomos Buenos Aires 2005, , constituyendo el capítulo XLIX del tomo I a pág. 811.

¹⁷⁵ Aurelio Gurrea Chalé EL PLAN DE VIABILIDAD EN LOS INSTITUTOS CONCURSALES Y PRECONCURSALES DE LA LEY CONCURSAL ESPAÑOLA Y SU PROYECTADA REFORMA. El Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Concursal, como ya venía haciendo la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, habla de la presentación de un plan de viabilidad por el deudor, solamente en el caso de convenio y cuando se prevea que éste se va a financiar con los recursos que genere la actividad profesional o empresarial del deudor. Sin embargo, en los institutos preconcursales, tanto el acuerdo de refinanciación como el acuerdo extrajudicial de pagos, estos deberán ir acompañados de un plan de viabilidad. El Proyecto de Ley de reforma del texto refundido de la Ley Concursal, presentado por el Gobierno de España en las Cortes para la adaptación a la legislación patria de la Directiva (UE) 2019/1023, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, sobre marcos de reestructuración preventiva, exoneración de deudas e inhabilitaciones, y sobre medidas para aumentar la eficiencia de los procedimientos de reestructuración, insolvencia y exoneración de deudas, y por la que se modifica la Directiva (UE) 2017/1132 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de junio de 2017, sobre determinados aspectos del Derecho de sociedades. Va a cambiar notoriamente, nuestra legislación concursal, fundamentalmente sobre el procedimiento especial para microempresas que recoge el Capítulo III del Título I que regula los efectos de la apertura del procedimiento especial y los institutos preconcursales que son a los que nos vamos a referir, fundamentalmente, en el presente trabajo sobre el plan de viabilidad: los planes de reestructuración.



Los acreedores de una sociedad en crisis deberían tener el mismo tratamiento, derechos y tutelas que los accionistas de una sociedad solvente, pero se encuentran en la misma situación de inversores sin derecho¹⁷⁶.

XXI. UN GIRO EN LA CUESTION.

A principios del año pasado, previamente al Congreso Iberoamericano de la Insolvencia que se realizó en Buenos Aires, la Dra. Gabriela Fernanda Boquin sacudió estas doctrinas en su nuevo libro *RESPONSABILIDAD DE ADMINISTRADORES Y SOCIOS POR INFRAPATRIMONIALIZACIÓN*, exponiendo ante el mundo jurídico lo fundamental de la tesis “LA CONVERGENCIA DE LAS ACCIONES DE RESPONSABILIDAD CONTRA ADMINISTRADORES Y SOCIOS ANTE LA INSOLVENCIA FRENTE A TERCEROS”. El mismo deviene de una tesis que defendiera ante un riguroso Tribunal en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Córdoba.

Boquin sorprende al ingresar en un campo que casi es tierra de nadie en la enseñanza del derecho, y con una sistemática posición que conmueve la tranquilidad de la posición mayoritaria y de la tendencia procesal. En algunos spectos habíamos trabajado “LA TEORIA DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL EN LA LEY GENERAL DE SOCIEDADES”¹⁷⁷ con el Profesor Dr. José Fernando Marquez miembro del jurado y Codirector del Instituto de la Empresa de la Academia..

Las acciones de responsabilidad internas son doctrinariamente interesantes en el intento de limitarlas a los daños directos –con la discusión sobre la legalidad de los resultados no asignados-, cuya apreciación intenta trasladarse inapropiadamente a los casos de infrapatrimonialización, adonde llegan administradores y socios de control alentados por jurisprudencia y doctrina complaciente, omitiéndose la referencia y aplicación al art. 99 LGS. Y si la tesis de Boquin era esclarecedora, la ADVERTENCIA PRELIMINAR con la que la

¹⁷⁶ Lorenzo STANGHELLINI *Proprietà e controllo del'impresa in crisi* Rivista delle Societa anno 49° 2004 settembre-ottobre fascicolo 5°, Editorial Giuffrè Milano, pág. 1079.

¹⁷⁷ Ponencia en el libro de los XV Congreso Argentino de Derecho Societario y XI Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa, Córdoba, octubre de 2022, Com. II punto 4 Responsabilidad. Publicación de la Universidad Nacional de Córdoba, que luce en su tomo III pág. 445.



DECONOMI

Autora ilumina su pensamiento signa definitivamente su tesis, que se enrola a mi entender en prevenir la crisis, no sólo con sus referencias a las alertas tempranas, sino al significado disuasorio que tienen las acciones de responsabilidad, y que deberían ser remarcadas por la doctrina y jurisprudencia con tal sentido preventivo, evitando el daño.

Es que frente a pensamientos disruptivos, que son costumbre en los procesos concursales, es advertible que no son fáciles los cambios, reacción que “ha sido bien descrita por Claus Offe (en *The utopia of the zero option*”, publicado en 1987 en *Praxis International*): las sociedades complejas ‘se han vuelto tan rígidas que el mero intento de renovar o pensar normativamente su ‘orden’ –la naturaleza de la coordinación de los procesos que se producen en ellas- está virtualmente obturado en función de su futilidad práctica y, por lo tanto, en su inutilidad esencial’. ... El orden general de las cosas no admite opciones...”¹⁷⁸. Y esto es lo que ocurría en materia de concursos de sociedades... Pero mi utopía me permite entrever que algo está cambiando, y el pensamiento de la Dra. Boquin irrumpe ordenadamente en interpretación novedosa en el campo de la responsabilidad civil en las relaciones de organización personificadas, donde la sociedad ocupa el campo central.

Es claramente advertible que Boquin sienta las bases de un sistema de la responsabilidad civil para las relaciones de organización personificadas, y apunta a la sistemática de esas relaciones, en el campo del derecho privado patrimonial donde la regulación histórica lo ha sido de las relaciones de cambio, y nuestro nuevo Código Civil y Comercial introduce una normativa sistemática de las personas jurídicas, que a mi entender es introductoria de las relaciones de organización personificadas.

Así el art. 319 CCC refiere al valor probatorio de los instrumentos particulares, para su apreciación por el Juez ponderando la congruencia entre lo sucedido y narrado, la precisión y calidad técnica del texto, los usos y prácticas del tráfico, las relaciones precedentes y la confiabilidad de los soportes utilizados y de los procedimientos técnicas que se apliquen. Esa disposición está referida a las relaciones de cambio, pero tiene fundamental importancia para valorar lo

¹⁷⁸ BAUMAN, Sigmunt *Modernidad líquida*. Ed. Fondo de Cultura Económica, impreso en Argentina, segunda reimpresión 2022, p. 11.



DECONOMI

acaecido interna y externamente en las relaciones de organización. Recordemos que aquí nos referimos a las acciones de responsabilidad, pero estas no son sino la forma de destacar como deben conducirse en las relaciones de organización administradores y socios, para asegurar la finalidad causal que llevó a constituir la sociedad para la conservación y operación de una actividad viable, sin dañar a terceros asumiendo el riesgo.

Pienso centralmente en la conservación de la empresa viable, particularmente en la organizada como sociedad por la eficacia de la misma para unir voluntades o separar patrimonios, sin generar daños. Conforme la función preventiva Halperin refiriéndose a la eficacia expresó que “La legislación francesa que responsabiliza al director por el pasivo social, ha sido criticada porque podrá ser eficaz en la pequeña y mediana sociedad, pero no en la gran sociedad, en la que el director generalmente tiene un patrimonio relativo pequeño en proporción a la importancia del pasivo social. La crítica es exacta si se analiza desde el punto de vista del fin reparatorio total, pero tanto la indemnización que se traduce en el empobrecimiento del director como las consecuencias personales (art. 264 L.S.), satisfacen la función preventiva perseguida por la ley”¹⁷⁹.

Ante la crisis económico financiera el concurso judicial no aparece obligatorio en la legislación argentina para las sociedades presentarse en concurso. Es un escudo disponible para los administradores. “Al decir de Abadesa: la remodelación tiende a salvar la empresa, no a aquellos que deben sufrir la responsabilidad y riesgo de la insolvencia”.¹⁸⁰

El punto de la responsabilidad de administradores –e inclusive de socios-, se acentúa frente a esas crisis patrimoniales de la sociedad, o sea en casos en que se produce una imposibilidad sobreviniente de cumplir con el objeto social por cuestiones financieras, económicas o patrimoniales –lo que engloba las causales de disolución de los ap. 4 y 5 del art.94 LGS-, que deberían ser afrontadas conforme las opciones imperativas que fija el art. 96 LGS, que no impone plazo alguno de resolución pero abre la causal de responsabilidad

¹⁷⁹ HALPERIN, Issac *Sociedades Anónimas. Examen crítico del decreto ley 19550*. Ed. Depalma, Bs. Aires 1974, pag. 466 nota 243.

¹⁸⁰ Nto. trabajo de hace 42 años “La conservación de la Empresa”, tomo xxv de Anales de la Academia, año 1986, donde a pág. 118 se reproduce la recepción del Premio Academia con fecha 21 de mayo de 1981.



DECONOMI

prevista en el art. 99 LGS, sobre cuya interpretación giró la novedosa presentación de Boquin..

Desde las finanzas corporativas, se bosqueja que en una sociedad "in bonis" el riesgo empresarial está en cabeza de los socios. Por eso sólo ellos pueden iniciar acciones de responsabilidad contra los administradores sociales. Pero cuando caen en insolvencia (y es necesario distinguir cesación de pagos de insolvencia, eventualmente insolvencia financiera de insolvencia patrimonial), lo que acaece es una transferencia del riesgo empresarial de los socios (que limitarían –lo decimos en potencial- sus pérdidas a lo aportado, conforme al tipo societario) a los acreedores. Ese es el motivo por el cual los acreedores (sea por sí, o a través de la sindicatura) pueden ejercer las acciones de responsabilidad contra los administradores ante la insolvencia del patrimonio. Además, en ese contexto de infrapatrimonización, indirectamente (razonan economistas), la propiedad se transfiere de los accionistas a los acreedores. Es que atendiendo a la responsabilidad de administradores por el déficit concursal¹⁸¹, en razón del incumplimiento de las obligaciones inherentes a sus atribuciones, han colocado a los acreedores y a la sociedad deudora en una compleja situación económica, recordando que el riesgo en el caso de crisis de personas humanas es de los acreedores, pero en el caso de personas jurídicas sociedades es de sus socios conforme conclusiones del “Grupo de Alto Nivel de Expertos en Derecho de Sociedades, presidido por Jaap Winter, con el objetivo de iniciar una discusión sobre la modernización del Derecho de Sociedades y elaborar recomendaciones destinadas a crear un nuevo marco regulador.

Se corresponde ello a lo dispuesto por el art. 99 LGS. La posición se ajusta a través de la posición, muy compartida, que los administradores deben siempre actuar en el interés social, y así se protege a los acreedores, pues los socios en el derecho americano son acreedores subordinados, se habla en interés de los *stakeholders* y no de los *shareholders*, socios.

En panel realizado en la UBA en 2019 –organizado por el incansable Osvado Chomer- recordamos a Karsten Schmidt, quién poco antes decía en ese

¹⁸¹ LÓPEZ RODRÍGUEZ, Carlos E. *Responsabilidad concursal de los administradores societarios. Administración de hecho y déficit concursal. Estudio comparado con la legislación española y argentina*, Ed. La Ley Uruguay, Montevideo 2016.



DECONOMI

recinto las dificultades de la enseñanza del tema en Alemania, sobre que la legislación concursal fuera unitaria para personas humanas y jurídicas, y sobre 270 normas sólo 7 estaban dedicadas a las sociedades, y su predilección a la capitalización, y que las crisis societarias fueran solucionadas en silencio... para concluir textual “*Pero mi lema sigue siendo “Los mejores saneamientos de empresas transcurren libremente, temprano y en silencio”, sería bueno que siguiera siendo así”*. Karsten Schmidt¹⁸²-en ese coloquio- exponía “En la mayoría de los países del mundo muchas de nuestras cuestiones de responsabilidad son tratadas como elementos del Derecho Concursal. En parte eso se basa en la observación correcta, que las cuestiones de responsabilidad entran en vigencia en los casos de insolvencia. La calificación de Derecho Concursal de las reglas de responsabilidad tiene en tanto razones más fenomenológicas que motivos sistemáticos de Derecho. En Alemania, donde prevalecen los pensamientos sistemáticos en el Derecho, la tendencia hasta ahora era la contraria: la mayoría de nuestras cuestiones actuales de responsabilidad son clasificadas como elementos del Derecho Societario –no del Derecho Concursal-, aun si como parte actora comparece un síndico de concurso. En el año 2000, en el Segundo Congreso Iberoamericano¹⁸³ expuse el motivo por el cual en Alemania hasta el momento lo vemos así... En la actualidad todavía considero correcta esta apreciación sistemática del Derecho. Los derechos y obligaciones de los cuales hablamos, por cierto no resultan del procedimiento de insolvencia...”. La doctrina italiana reiteraba que la reforma de la legislación concursal omitió 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 doctrina¹⁸⁴.

De ninguna forma pretendo que administradores asuman el riesgo del mercado o el error de planificación¹⁸⁵, tomando conciencia que de una actitud

¹⁸² SCHMIDT, Karsten “Responsabilidad de los socios y administradores” en *Derecho Comercial y de los Negocios, Sociedades – Concursos AAVV* siendo compiladores Raúl Aníbal Etcheverry, Héctor Osvaldo Chomer y Luis Mariano Genovesi, Ed. Eudeba, Buenos Aires 2007, tomo I pág. 395 y ss., reproduciendo una conferencia del año 2005.

¹⁸³ SCHMIDT, Karsten “El derecho empresario y el derecho concursal” en *De la Insolvencia Segundo Congreso Iberoamericano AAVV* directores Junyent Bas-Rodríguez Pardina-Richard, Ed. Advocatus, Córdoba 2000, tomo III pag. 751 y ss..

¹⁸⁴ NIGRO, A. “Le società per azioni nelle procedure concursali”, in *Trattato delle società per azioni*, diretto da G.E. Colombo e G.B. Portale, 9º, Torino 1993, 209 y ss..

¹⁸⁵ Es el parámetro que fijaban los arts. 125-1 y 125-2 incorporados en el año 1983 a la ley de concursos 19.551 entonces vigente, disponiendo que la razonabilidad de un plan debía juzgarse en relación a la fecha en que había sido formulado, descartando así los avatares del mercado, de la política o de la globalización.



omisiva o desleal puede resultar responsabilidad. No deben preocuparse los administradores que actúan con lealtad y diligencia Pero también me preocupa el limitado número de investigaciones –y de investigadores- que bucean sobre este sistema y la integración de las leyes de sociedades y concursos. Boquin se introdujo claramente en ello –ya hicimos fundamentales referencias en mi ensayo del año pasado en esta Revista electrónica- El reflejo práctico de la tendencia son las continuas reformas a la legislación concursal –o requiriendo reforma- sin advertir que la base de la organización societaria contenida en las leyes específicas prevé soluciones a la crisis. Luego de ello constatar que las leyes concursales no son adecuadas para afrontar, en la mayoría de los casos, las crisis de sociedades que terminan mal, o sea destruyendo a la empresa que se pretende conculcar. Por eso estos pensamientos, particularmente los de Boquin conmocionan y permitirán importantes avances sobre la realidad que vivimos, conteniendo el daño y las acciones de responsabilidad al advertir claramente a asesores económicos y jurídicos lo que deben prevenir.

XXII. LA CRISIS.

Existe autonomía de la voluntad para crear sociedades con personalidad jurídica, para desarrollar un objeto social y para que los socios se distribuyan las ganancias o “soporten las pérdidas”, como bien señala la LGS. Esta es la base de la autonomía para la creación: no generar daños. Sin embargo a través de concursos preventivos y vaya a saber porque medios, las pérdidas las soportan los acreedores a través de quitas, inclusive generando utilidades al disminuir el pasivo de la sociedad. Un absurdo lógico, un fraude al sistema de la ley de sociedades,¹⁸⁶ al aspecto causal señala Boquin.

¹⁸⁶ Vienen a cuento las expresivas y sinceras manifestaciones *obiter dictum* del camarista Dr. Alfredo A. Kölliker Frers “la realidad cotidiana de nuestros tribunales demuestra que los ‘verdaderos acreedores permanecen ajenos, en general, al trámite de los concursos, ya sea por desconocer siquiera su existencia, por falta de información o por ignorancia sobre como manejarse en ese tipo de contingencias, o incluso por carecer de asesoramiento legal o, simplemente, por fastidio o hastío por un sistema legal que desde la perspectiva popular sólo pareciera proteger a los deudores y desamparar a los acreedores. En fin, cualquiera sea la razón de esta realidad, lo cierto es que estos acreedores “genuinos” –mayormente proveedores, trabajadores y/o genéricamente, acreedores comerciales- deben presenciar como el concursado y sus asesores letrados diseñan estrategias que les posibilitan a estos últimos “manejar” las mayorías concursales para imponerles a aquéllos propuestas abusivas, cuando no irrisorias, para dilatar su pago, o diluir o licuar directamente sus créditos hasta límites inconcebibles. ¿Puede seriamente creerse, entonces, que esos desprotegidos acreedores estarán en condiciones de evaluar si la falta de actividad actual y/o potencial del concursado constituye o no un óbice para el éxito de la solución preventiva, cuando además de carecer por completo de todo tipo de información acerca de la actividad comercial del deudor, se procura por todos los medios que aquéllos no participen del



DECONOMI

Es importante distinguir, como lo hace Boquin con maestría, el mero desequilibrio en medios de pago de la insolvencia patrimonial para satisfacer el pasivo. Desde hace muchos años Mauricio Yadarola y Fernández igualaron los conceptos de cesación de pagos e insolvencia. Pero concordé con la especialista en Sindicatura Concursal, Prof. Celina Mena¹⁸⁷, con visión contable-económica, señala que “cesación de pagos” e “insolvencia” “no es lo mismo porque la insolvencia se manifiesta en el patrimonio, es este el que no puede hacer 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. Esto se puede revertir o agravar según la empresa sea viable o no...”. Obviamente el último aspecto destacado describe la causal de disolución: pérdida del capital social¹⁸⁸. Y este es el centro de la cuestión o del disenso. La imprecisa terminología que se expande en soluciones normativas, ha llevado a que autores, como la española Marta Prats Marquina¹⁸⁹ con buen criterio unifiquen en insolvencia, pero distinguido la “insolvencia negocial” entendiendo por ella la incapacidad de generar recursos, de la “insolvencia patrimonial”, ya transitoria (activo superior al pasivo a una fecha determinada), ya definitiva (activo inferior al pasivo exigible).

Para advertir la objetividad de conductas u omisiones para la atribución de responsabilidad por daños, apunto que advertida la situación de crisis, es imposible de soslayar por un administrador societario –buen hombre de negocios-, la diligencia actuar para paliarla –planificando¹⁹⁰-, llevando la cuestión

procedimiento concursal (si es que se enteran de su existencia) y son frecuentemente excluidos de la “voluntad” del colegio de acreedores mediante la interposición de acreedores ficticios o ya “desinteresados” deliberadamente para que brinden su connivente complacencia a las estrategias del deudor, situación que se agrava si se tiene en cuenta que ni siquiera este último está obligado por la ley a decir qué se propone hacer con su empresa y de dónde piensa sacar los fondos con los que les va a pagar? Sinceramente creo que no... se tiene la más absoluta certeza desde la perspectiva de juez que el único objeto del deudor es “bicicletear” a los acreedores y/o ganar tiempo para asegurarse un espacio temporal durante el cual poder diluir su responsabilidad patrimonial y garantizar la inmunidad de los responsables de la falencia”. Como compartimos este diagnóstico, tan brutal¹⁸⁶, es que dirigimos nuestros razonamientos a dar una inteligencia constructivista al sistema concursal actual, particularmente en relación a la actividad empresaria organizada como sociedad, integrándolo a la legislación específica de la actual Ley General de Sociedades –LGS-

¹⁸⁷ MENA, Celina María “CESACION DE PAGOS VS. INSOLVENCIA”, en libro colectivo “Homenaje al Dr. Osvaldo J. Maffia”, Ed. Lerner Córdoba 2008, Instituto Argentino de Derecho Comercial y Fundación para la Investigación del Derecho Concursal y la empresa en crisis Pablo Van Nieuwenhoven. Coordinadores E. Daniel Truffat – Marcelo Barreiro – Carlos Roberto Antoni Piossek – Ramón Vicente Nicastro. En igual sentido CASADIO MARTINEZ, Claudio Alfredo *Informes del síndico concursal*, Ed. Astrea, Buenos Aires 2011, págs. 170 y ss., correspondiendo la jurisprudencia citada corresponde a CNCom, Sala B 24.3.81 LL 1981-C-615.

¹⁸⁸ RICHARD, Efraín Hugo “La empresa: su organización y crisis” en RDCO n° 253 marzo-abril 2012 p.407.

¹⁸⁹ “*Insolvencia y crisis económico: Su reflejo en el derecho concursal*” R.G.D. Madrid, 1998.

¹⁹⁰ RICHARD, Efraín Hugo *Insolvencia societaria*, Ed. Lexis Nexis, Buenos Aires 2007; “El plan de empresa (o como asumir crisis tempestiva y extrajudicialmente)” en libro colectivo *Homenaje al Dr. Osvaldo J. Maffia* Cap. II



DECONOMI

a conocimiento y decisión de los socios, quiénes deben afrontar la cuestión por los diversos medios que prevé la legislación societaria de todos los países: reintegración o aumento del capital social, reorganización societaria o del negocio, capitalización del pasivo o disolución de la persona jurídica. Este es el verdadero sistema de prevención de la insolvencia en el caso de sociedades, incluso la capitalización de deudas.

Aparece acertado afirmar que la legislación societaria es preconcursal, paraconcursal o anticoncursal, cuya normativa opera en el derecho comparado “como un instrumento preconcursal”¹⁹¹, “tiene una función *preconcursal* o *paraconcursal*, considerando algún otro considerarla como *anticoncursal*”¹⁹², y ante los estudios que tratan de rescatar esas normas, desde lo concursal se ha avanzado en las recientes reformas española de la ley de sociedades y la italiana¹⁹³.

Recordando algo aparentemente olvidado, se ha dicho “La normativa societaria ha tenido, desde siempre, la preocupación de la defensa y protección del crédito y, por esta vía, de la prevención de las crisis empresariales. Con herramientas y procedimientos diferentes ha ido convergiendo con una legislación concursal cada vez más preocupada por la prevención de las crisis empresariales y en la solución de éstas con el menor daño posible a las estructuras productivas. Esta comunidad de objetivos entre ambas ramas del ordenamiento mercantil hacen necesaria una coordinación y armonización normativa, de modo que su objetivo común pueda ser logrado en forma segura y eficiente, derecho concursal y derecho societario no son dos compartimentos estancos. Ambas disciplinas deben perseguir, desde una concepción integral del sistema jurídico, una armonización de sus sistemas normativos en orden a la

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, ya citado.

¹⁹¹ URÍA, R.; MENÉNDEZ, A. y GARCÍA de ENTERRÍA, J.” La sociedad anónima: disolución” Cap. 4, pág. 1001 en *CURSO DE DERECHO MERCANTIL* dirigido por Rodrigo URÍA y Aurelio MENÉNDEZ, Ed. Civitas, Madrid 1999, tomo I, especialmente “Las pérdidas graves” págs. 1009 a 1013.

¹⁹² Díez ECHEGARAY, José Luis *Deberes y Responsabilidad de los Administradores de Sociedades de Capital*, 2006, Ed. Thomson-Aranzadi 2ª edición, Navarra. p. 387.

¹⁹³ STRAMPELLI, Giovanni “Capitale sociale e struttura finanziaria nella società in crisis”, en *Rivista delle Società*, anno 57, 2012, luglio-agosto 2012, fascicolo 4, pág. 605, Ed. Giuffrè Editore, Italia 2012, donde se analiza la disposición contenida en el decreto ley del 22 de junio de 2012, n. 83, donde se impone la reconstrucción del capital social o el concurso de la sociedad, en forma similar a lo previsto en la última reforma española.



tutela del crédito, a la anticipación de las crisis y a evitar su profundización y propagación”¹⁹⁴.

El derecho societario y el derecho falimentar se influyen recíprocamente, bajo las reglas del *corporate government*, imponiendo ante la pérdida total o parcial del capital social la convocatoria a asamblea, configurando el “leitmotiv” de la “profilaxis de la insolvencia” el asegurar la estabilidad de la empresa, adoptando las medidas de saneamiento¹⁹⁵.

Omitir las vías preconcursales societarias, para intentar las de reactivación en una presentación en concurso permite avizorar el nacimiento de acciones de responsabilidad.

Las soluciones concursales, extrajudiciales o judiciales, están pensadas para actuar tempranamente frente a la crisis o cesación de pagos, anticipándose a la pérdida del capital social –insolvencia-. Si hay insolvencia son las soluciones societarias las que corresponde aplicar. La espera o la capitalización parecerían soluciones no abusivas ni en fraude a la ley.

Cuidemos los asesores económicos y jurídicos al instrumento maravilloso de la organización empresaria que es la sociedad y evitemos que pueda responsabilizarse a administradores y eventualmente a los socios por su obrar contrario a la ley¹⁹⁶.

XXIII. LA EMPRESA.

La empresa se ha convertido en eje de elucubraciones, en muchos casos teñidas de ideología. Debe centrarse en una visión exclusivamente jurídica¹⁹⁷, como lo hace Boquin.

¹⁹⁴ 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, Buenos Aires 2010, pág.31 y ss., esp.35.

¹⁹⁵ SPOLIDORO, M. S. comentando la tesis de Alexandros N. ROKAS *Die Insolvenzprophylaxe als Bestandteil der Corporate Governance im deutschen Aktienrecht*, Baden Baden, Nomos 2012, en Rivista delle Società anno 57°, noviembre-diciembre 2012 fas. 6°, pág. 1353.

¹⁹⁶ RICHARD, Efraín Hugo “¡MÁS JUSTICIA Y MENOS JUICIOS! CONSERVACIÓN DE LA EMPRESA Y PRECONCURSALIDAD SOCIETARIA-2 Publicado en Revista de Derecho Comercial, del Consumidor y de la Empresa (DCCyE, Editorial La Ley) Año IV, Número 1, Febrero 2013, pág. 3.

¹⁹⁷ En *Ensayos de Derecho Empresario*, Ed. Advocatus, edición de FESPRESA para Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales –Instituto de la Empresa- y Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba –Departamento de Coordinación Docente de Derecho Comercial-, hemos hecho una serie en torno a la “empresa”: “Sobre la empresa” en el n° 1 pág. 55, “EN TORNO A LA CONSERVACION DE LA EMPRESA”, en



DECONOMI

Para que la conservación de la empresa represente un principio debe tenerse presente el complejo de *intereses* que concurren en su mantenimiento – *stakeholders*-, que no son ya los mismos que generaron su advenimiento – limitados a la decisión empresaria que 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”¹⁹⁸.

Omitir las vías preconcursales societarias, para intentar las de reactivación en una presentación en concurso permite avizorar el nacimiento de acciones de responsabilidad. El informe general del síndico u otros elementos agregados al juicio concurrencial podrán acreditar el incumplimiento de los deberes societarios del administrador, y fundar la promoción de acciones de responsabilidad individuales por parte de ciertos acreedores. Particularmente aquellos no informados con los que contrataron estando la sociedad en cesación de pagos. Este informe general en el concurso facilita la prueba de los extremos que podrán invocar esos acreedores, que -en otros casos- puede ser bastante dificultosa, como se señala en la doctrina de los Estados Unidos de Norteamérica¹⁹⁹.

Me lo venía planteando en el ensayo “La responsabilidad de administradores societarios se califica en caso de crisis”²⁰⁰, para sostener que la diligencia y lealtad que deben mantener los administradores de una sociedad se acentúa ante situaciones de crisis, particularmente frente a terceros. Por un lado no es agredible el patrimonio de ellos y de socios si la sociedad tiene bienes – arg. Art. 143 CCC- y congruente con ello ante la posibilidad de insolvencia se autoriza la acción de terceros acreedores por el daño que puedan sufrir –art. 99

nº 2, pág. 41; “La conservación de la empresa por asunción de la crisis en la organización societaria”, nº 3, pág. 192; “Notas en torno a la conservación de la empresa: ¿principio concursal o del derecho societario” nº 4, pág. 56;

¹⁹⁸ ALEGRIA, Hector, “Diálogo de economía y derecho y convergencias culturales y sociales en la insolvencia” en La Ley diario del 9 de mayo de 2007 pág. 1 a 10.

¹⁹⁹ Entienden los autores norteamericanos sobre la incerteza de acciones de responsabilidad de administradores y confirmando las obligaciones de alegar y probar a cargo de los actores que hacen extremadamente gravosas estas acciones. RIBSTEIN L. *Another perspective on Citigroup and AIG* en “blogs.law.harvard.edu”.

²⁰⁰ En XV CONGRESO ARGENTINO DE DERECHO SOCIETARIO Y XI IBEROAMERICANO DE DERECHO SOCIETARIO Y DE LA EMPRESA Tomo IV. ISBN 978-987-48857-6-0 pág. 111-120, Córdoba, 2022.



DECONOMI

LGS-. Boquin cala más profundo, y me congratulo de ser superado, esto hace al progreso de las ciencias jurídicas: el diálogo constructivo, la disidencia respetuosa, saber escuchar y ser escuchado. Me deleito leer el libro que ahora precedo en este entusiasta Prólogo..

Es que hace más de 20 años me refiero al derecho societario de crisis, como arando en el mármol, y ahora Boquin ara más profundo, siembra y recoge de manera magistral.. Se apunta "Desde que ... se introdujo, en el ámbito del derecho societario, en el caso de incumplimiento de especiales deberes disolutorios, el supuesto especial de responsabilidad de los administradores por las obligaciones sociales en 1989..., y, después en 2003, con la aprobación de la Ley concursal, la especial responsabilidad concursal por el déficit patrimonial, son ciertamente muy numerosas las contribuciones de la doctrina española sobre los distintos supuestos de responsabilidad relacionados con las situaciones de crisis... Como es sabido el fondo del problema de la regulación de la materia es la búsqueda de adecuados mecanismos de tutela de intereses de los acreedores, en conflicto con los de los socios, en situación de crisis empresarial, que se mueven en el terreno fronterizo entre el derecho de sociedades y el derecho concursal"²⁰¹.

En 2020 Colombia sustituyo la causal de pérdida por la de negocio en marcha al final del ejercicio, entronizada en nuestras legislaciones a través de los requisitos de la Memoria y del insoslayable deber de diligencia de administradores sobre el plan de viabilidad, que no asegura éxito pero si predictibilidad.

Para ese agravamiento de responsabilidad podría sostenerse que el estado de cesación de pagos sólo será observado por los administradores cuando se practique el balance anual. Pero eso es una falsedad, el administrador moderno tiene información inmediata,"on line" -por los medios informáticos disponibles- de la situación de la empresa y pesa sobre ellos una obligación de programar hacia el futuro, no de esperar los resultados estáticos del pasado. La Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 19 de junio de 2015 es modélica en relación con el análisis de este tipo de casos. Los hechos son

²⁰¹ VELASCO, Esteban Gaudencio prólogo en Eva RECAMAN GRAÑA *Los Deberes y la Responsabilidad de los administradores de Sociedades de Capital en Crisis* Ed. Thomson Reuters Aranzadi 1a. Ed. 2016, págs..29 y30.



DECONOMI

típicos: el acreedor –un proveedor de la sociedad- demanda a la sociedad deudora y a su administrador. La sociedad está disuelta en el momento de presentarse la demanda y el acreedor prueba que las deudas que reclama se generaron después de que la sociedad estuviera en causa de disolución por pérdidas...Sorprendentemente, el Juzgado desestima la demanda contra el administrador. La Audiencia revoca la sentencia, sosteniendo “Que dicha situación tuvo que ser conocida o debió serlo por los administradores incluso antes de la formulación de las cuentas anuales dada la grave situación de deterioro económico de la sociedad. La jurisprudencia entiende que el plazo de dos meses para el cumplimiento del deber de convocar junta para acordar la disolución se computa desde que el administrador tiene conocimiento de la concurrencia de la causa de disolución en términos de normalidad económica y contable, según el principio de exigencia de intencionalidad o negligencia que, ceñido a la conducta de omisión” generan responsabilidad. Y la autora demuestra la intensidad de las obligaciones de buen orden para las relaciones de organización societaria.

XXIV. RESPONSABILIDAD POR DAÑO.

La responsabilidad se genera ante concreto daño a terceros, incluso a la sociedad y a socios minoritarios, por el actuar de administradores y de ciertos socios, aún en las personas jurídicas con limitación de responsabilidad por no actuar conforme a normas imperativas de la ley y generar ese daño. El debido contrapeso al control preventivo lo constituyen, decía Mauricio Yadarola, las acciones de responsabilidad contra administradores y socios que arguyeron la viabilidad de mala fe causando daño²⁰².

No sé si se trata de una responsabilidad objetiva, es una violación a la diligencia de los administradores que ante la aparente inviabilidad de la sociedad no convocan a los socios para resolverlo, y con deslealtad posibilitan daños a terceros cuando no a la propia sociedad. Estamos frente a una infrapatrimonialización, y al no actuar incurren en la previsión del art. 1757

²⁰² RICHARD, Efraín Hugo “Responsabilidad de administradores societarios por insolvencia” pág. 504 en “Jornadas italoargentinas de derecho: perspectivas del derecho entre Latinoamérica e Italia” Córdoba Argentina 2004-2005, Ed. Alveroni, Córdoba Agosto 2006.



DECONOMI

CCCA. Si por la inacción de los socios de control continúan con la contratación desleal no podrán soslayar la acción de terceros por los daños que pudieren causar, sin perjuicio de la posible repetición contra los socios de control, cuya responsabilidad es tratada particularmente intensiva por Rosa Otzoa- Errarte Goikoetxea²⁰³ ante la necesidad de adoptar medidas en defensa de los derechos de los acreedores. Y conforme el art. 99 LGS aparece como una responsabilidad ex legge. Dejemos para otro ensayo, aunque si son obligaciones solidarias o concurrentes, lo que bien ha tratado Boquin, particularmente al referir esa norma a administradores y socios, que conforme ensayos anteriores entendemos que son los con poder decisión (arts. 99 LGS y 150 y 167 in fine CCCA).

Como visión premonitoria, ante los vientos de reformas mundiales del sistema de crisis, así como se intenta delinear un procedimiento para consumidores –que debería ser sencillísimo-, y para grandes o pequeñas empresas, señalo que al margen de ello debe aceparse un sistema de crisis de sociedades donde se impone la integración normativa y la preeminencia de las normas imperativas de la persona jurídica. Es un postulado que lentamente se va aceptando por diversos caminos, no siempre el que sustento²⁰⁴, pero desde hoy una reforma no podrá ignorar la posición de Boquin y asumir normativas congruentes con el derecho de las relaciones de organización personificadas, su organización y responsabilidad de todos los actores.

Los abogados solemos soslayar los aspectos contables. Pero los mismos son fundamentales para determinar abusos funcionales o acciones de responsabilidad, de socios o de terceros, y estos aspectos son particularmente desarrollados.

“Se impone utilizar, en la legislación empresaria el método de la empresa o de organización, que trata de analizar en su conjunto una serie de actos o contratos conexos conforme su finalidad según su funcionalidad económica y jurídica, resguardando tanto las modernas técnicas de organización

²⁰³ *La responsabilidad de los Socios por la Infracapitalización de su sociedad* 2ª. Ed. Thomson Reuters, España 2011.

²⁰⁴ VEIGA, Juan Carlos – RICHARD, Efraín Hugo “EL CONTRADERECHO (EL ABUSO Y EL FRAUDE EN LA HOMOLOGACION DE ACUERDOS CONCURSALES PROPUESTOS POR SOCIEDADES COMERCIALES CON QUITAS), en *Pensar en Derecho*, Nro. 5 Año 3, pág. 257, Buenos Aires, Febrero 2015. Ed. Eudeba, Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires.



DECONOMI

de la empresa, como los derechos de terceros”²⁰⁵. La empresa que no es autosustentable no es empresa ²⁰⁶. La tensión aumenta cuando el valor patrimonial de la sociedad no permite satisfacer su pasivo. Aquí retorno 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 derecho²⁰⁷, que no tuvieron en cuenta cuanto contrataron sin información de esa situación o antes que se produjera.

Es importantísimo traer a cuento las expresiones de Halperin, particularmente porque la ley 19550 en 1972 trabajo un importantísimo régimen normativo para las relaciones de organización personificadas, sociedad, que ha pasado desapercibido. Pienso centralmente en la conservación de la empresa viable, particularmente en la organizada como sociedad por la eficacia de la misma para unir voluntades o separar patrimonios, sin generar daños. Conforme la función preventiva Halperin refiriéndose a la eficacia expresó que “La legislación francesa que responsabiliza al director por el pasivo social, ha sido criticada porque podrá ser eficaz en la pequeña y mediana sociedad, pero no en la gran sociedad, en la que el director generalmente tiene un patrimonio relativo pequeño en proporción a la importancia del pasivo social. La crítica es exacta si se analiza desde el punto de vista del fin reparatorio total, pero tanto la indemnización que se traduce en el empobrecimiento del director como las consecuencias personales (art. 264 L.S.), satisfacen la función preventiva perseguida por la ley”²⁰⁸. ¡Nuestra Ley General de Sociedades!

²⁰⁵ Richard, Efraim Hugo Las relaciones de organización y el sistema jurídico del derecho privado Ed. Advocatus... Ob. Cit., pag. 36.

²⁰⁶ Obviamente que una empresa puede integrar su flujo operacional con subsidios, particularmente si explota servicios públicos, lo que es connatural a la apreciación política sobre su rol en el bienestar general y la asignación de fondos operativos al restringir, por ejemplo, su libertad de fijar tarifas.

²⁰⁷ STANGHELLINI, Lorenzo *Proprietà e controllo del'impresa in crisis* Rivista delle Societa anno 49° 2004 settembre-ottobre fascicolo 5°, Editorial Giuffrè Milano, pág. 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 pág. 67 citado, en “Il Diritto delle società per azioni: Problema, Esperienze, Progetti” collana della Rivista delle Società, Ed. Giuffrè 1993.

²⁰⁸ HALPERIN, Issac *Sociedades Anónimas. Examen crítico del decreto ley 19550*. Ed. Depalma, Bs. Aires 1974, pag. 466 nota 243.



DECONOMI

En el momento que enviaba este ensayo por correo electrónico recibí de José Miguel Embid Iruho su interesantísimo ensayo SOBRE EL (NUEVO) DERECHO DE LA INSOLVENCIA Y SU INFLUJO EN EL DERECHO DE SOCIEDADES, con un sumario que apunta a la reforma permanente de “Derecho concursal clásico”, y en eso estamos, aunque sin esperar la reforma, simplemente sistematizando.

Córdoba, U.N.C, 21 de abril de 2025.

