

EN TORNO A CRISIS SOCIETARIAS Y RESPONSABILIDAD

CORPORATE CRISES AND RESPONSIBILITY

Efraín Hugo Richard¹

Resumen: La legislación societaria de 1972 contiene adecuada regulación del buen funcionamiento de esas relaciones de organización personificadas que contiene alertas tempranas y normas imperativas para asegurar conductas que eviten que la persona jurídica dañe y pueda reorganizarse de ser viable.

Palabras clave: crisis societaria – infrapatrimonialización – responsabilidad administradores

Abstract: The corporate legislation of 1972 contains adequate regulation regarding the proper functioning of those personified organizational relationships that contains early warnings and mandatory regulations to ensure conduct that prevents the legal entity from producing damage and can reorganize itself, if possible.

Keywords: corporate crisis; undercapitalization; administrator’s responsibility

Ante la convocatoria del CIJS de nuestra Facultad, que publicita mis ensayos, me veo tentado de incursionar sobre crisis societaria, alentado por la distinguida tesis con la que se acaba de Doctorar en nuestra Facultad la Fiscal General de Cámaras Comerciales de la Capital Federal la Prof. Gabriela Fernanda BOQUIN, alterando la tendencia habitual de la doctrina concursalista argentina mayoritaria que, ante la crisis de sociedades, la traslada a los patrimonios de los acreedores.

Esa tesis fluye sobre la convergencia de normas de la Ley General de Sociedades –LGS, Ley de Concursos y Quiebras 24522 –LCQ- y el Código Civil y Comercial –CCC-.

1. Ni es la primera vez que incursiono sobre el tema², pero la tesis de Boquin nos supera y por eso alentamos su lectura en el próximo libro que ha prometido la autora, cuyo prólogo me ha solicitado.

Inicio recordando la temática “SOBRE LA CONSERVACIÓN DE LA EMPRESA (en torno a aspectos patrimoniales)³, también “Empresa y Economía (La Unidad de Negocio,

Artículo recibido el 17/8/2023 – aprobado para su publicación el 21/11/2023.-

¹ Profesor Emérito de la Universidad Nacional de Córdoba.

² RICHARD, Efraín Hugo “CRISIS SOCIETARIAS Y RESPONSABILIDAD DE ADMINISTRADORES Y SOCIOS DE CONTROL”, publicado en Revista Electrónica Deonomi, año 2023, publicación del Departamento dirigido por Osvaldo Chomer, Facultad de Derecho de la UBA. p. 252.

³ Este artículo se publicó en el II tomo página 1397 en *Derecho Económico Empresarial – Estudios en Homenaje al Dr. Héctor Alegría*, Coordinado por Diana Farhi y Marcelo Gebhardt, Ed. La Ley, Buenos Aires 2011, bajo el título equívoco de “Responsabilidad de socios por pérdida del capital social. Sobre la conservación de la empresa (en torno a aspectos patrimoniales)”, introduciendo además de la referencia a Responsabilidad de socios por pérdida del capital social, un “Introito” que se correspondía a una ponencia con este último título presentada por el Autor a las Jornadas en Homenaje al Profesor Héctor Alegría, que se debatió en el mismo. Ese error material de unir dos trabajos puede haber generado (o generar) alguna perplejidad al lector y determinó –con la conformidad de los Coordinadores y del Autor- en su republicación en el tercer tomo de *Derecho Económico Empresarial*, con su título y contenido original.

la Empresa, la Planificación y su Persistencia”⁴, y ahora nuevamente deslizo algunas apostillas referidas al aspecto patrimonial, para evitar crisis económicas, financieras o patrimoniales, en las que acoplo mis anteriores referencias a los ¿ABUSOS EN EL PROCESO CONCURSAL?⁵, desde una visión integrada por la legislación general, societaria y concursal para afrontar abusos de derecho advertidos en la práctica y que hacen a la conservación de la empresa. Así la falta de tempestividad en asumir la crisis, al omitir disposiciones imperativas de la ley societaria o en presentación oportuna en concurso, en la falta de integración de la propuesta de acuerdo, incompleta, que debería rechazarse o integrarse, unida a la tendencia de intentar que se verifiquen la menor cantidad de créditos, y el gravísimo abuso: la cesión de créditos y derechos en el concurso y el *jus votandi*, con el *forum shopping*, y la no presentación de documentación contable ni libros, por diversas razones. Cerramos ese espectro con referencias a la propuesta predatoria, que es algo más que una propuesta abusiva, por su confiscatoriedad y por implicar las quitas y esperas un empobrecimiento de los acreedores y enriquecimiento de los socios, ajeno al esfuerzo compartido. Después la promulgación del Código Civil y Comercial, algunos fallos ratifican mi original posición y ahora la tesis de Boquin los sistematiza magistralmente.

Dejo así abierta la expectativa sobre una temática fundamental para el desarrollo de la Republica.

2. La empresa se ha convertido en eje de elucubraciones, en muchos casos teñidas de ideología. He tratado de centrar una visión exclusivamente jurídica⁶.

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”⁷.

⁴ En libro colectivo citado en nota anterior, Buenos Aires 2010, tomo II pág. 824 a 926.

⁵ Disertación del día viernes 22 de agosto de 2008 en el Curso de Derecho Concursal Profundizado en Homenaje al Prof. Dr. Héctor Alegría, organizado por la Universidad Nacional del Litoral, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, bajo la Dirección del Prof. Dr. Ricardo S. Prono, publicado en La Ley del 24 de diciembre de 2008, pág. 1 y ss., respetando el estilo coloquial. Referencias doctrinarias y bibliográficas podrán encontrarse en nro. libro *Insolvencia societaria*, Editorial Lexis Nexis, Buenos Aires 2007 y en trabajos posteriores incorporados a la página electrónica de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba www.acaderc.org.ar. Agradeceremos opiniones o comentarios: ehrichard@arnet.com.ar.

⁶ En *Ensayos de Derecho Empresario*, Ed. Advocatus, publicación de FESPRESA para la 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 n° 2, pág. 41; “La conservación de la empresa por asunción de la crisis en la organización societaria”, n° 3, pág. 192; “Notas en torno a la conservación de la empresa: ¿principio concursal o del derecho societario” n° 4, pág. 56;

⁷ ALEGRIA, Héctor, “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.

En esos ensayos destaque las divergencias, pues el mentor de la tesis mayoritaria, Héctor Alegría, particularmente en La Ley, intitulado “*Diálogo de economía y derecho y convergencias culturales y sociales en la insolvencia*”⁸, en el último capítulo (X) al referirse a los administradores de las sociedades en crisis (“El rol de los administradores ante la situación de insolvencia”), tiene a bien hacer una condescendiente referencia a algunos de mis trabajos en ese aspecto: “*Un autor local que está trabajando el tema (Richard) dice: cuando se presenta la cesación de pagos o la insolvencia, el administrador tiene que variar su norte y ceñirse a una administración correcta de la empresa, a los pasos legales, administrativos o económicos financieros para la solución de la crisis, y si no lo hace responde ante los acreedores. No sólo a los accionistas que lo han nombrado sino también y fundamentalmente ante los acreedores*”, referencia que sin ser textual representa mi posición ante el evidente apartamiento de esas conductas que resulta del informe de los síndicos en concursos preventivos.

Mantengo esa, la misma preocupación, por eso nuestro afán ha sido y es recordar el camino sencillo y de bajo costo que evita toda responsabilidad imputable a administradores societarios, e inclusive a socios de control.

Conforme al criterio legislativo preparado en los artículos 125-1 y 125-2 de la ley 15551, luego eliminados en la reforma de 1995, los administradores debían formular un plan para afrontar la crisis. No se trata que tuvieran que solucionar la crisis, sino básicamente como buenos hombres de negocios llamar a los socios y mostrarles algún camino de salida, desde la reorganización, pasando por la capitalización por los mismos socios, terceros o de acreedores, expresamente prevista en la ley societaria y concursal, o la liquidación al existir como causal de disolución la imposibilidad sobreviniente de cumplimiento del objeto social. Desde múltiples ángulos encaramos tal sistemática.

3. Jamás deben preocuparse los administradores que actúan con lealtad y la diligencia de un buen hombre de negocios, ni aún ante la cesación de pagos o insolvencia de la sociedad, y menos frente a una mera crisis económico o financiera. No se espera de ellos que tengan necesariamente que superar ese estado patrimonial o financiero, sino meramente que lo afronten, en primer lugar frente a los socios –legislación societaria- y agotada ella –incluso la negociación privada con los acreedores- la concursal que, a través de la concurrencia obligatoria intenta la unificación de acciones de intereses –como también refleja Alegría con su extraordinaria versación e integral visión de jurista comprometido.

Apunto la responsabilidad de los directores. ¿Cuáles son los deberes del administrador si la sociedad es patrimonialmente inepta para el cumplimiento del objeto social? Deberá someter la situación orgánicamente a consideración de los socios. La sociedad es un sujeto de derecho –persona jurídica- que el sistema jurídico entrega (como técnica de organización) para que los fundadores de una empresa puedan generar un centro de imputación autogestante⁹ y con responsabilidad limitada. Esa funcionalidad es el bien

⁸ Diario La Ley del 9 de mayo de 2007 pág. 1 a 10.

⁹ Centros de imputación no autogestantes lo constituyen los patrimonios destinados a un específico negocio incorporado en Italia (BIANCA, Mirzia *La reforma italiana al régimen de sociedades comerciales* LL 20 junio 2005), y que se encuentran regulados en la mal llamada sociedad accidental o en participación en el art. 361 de la ley de sociedades argentina. Lo recordó Alegría en la obra colectiva coordinada por Ana Piaggi citada en pág. 1, y lo hemos hecho nosotros con Jorge Fernando FUSHIMI EN Libros del X Congreso Argentino de Derecho Societario y VI Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la

jurídico tutelado por el sistema societario, que otorga a la autonomía de la voluntad la capacidad jurígena de concebir personas jurídicas. Así aparece fundamental la tutela de la propia sociedad. A su vez se ha venido gestando la tutela de los acreedores no profesionales a través de la información, perfilando claramente lo que son las obligaciones de los administradores¹⁰.

Los problemas concursales -o de crisis de empresa- no deberían solucionarse siempre dentro de la legislación concursal, y la problemática de la reparación de los acreedores debe ser afrontada integrando el análisis con las normas sobre responsabilidad general contenidas en el Código Civil y Comercial y las específicas de la ley societaria¹¹, como forma de afrontar la crisis en forma privada y extrajudicialmente, atendiendo las posiciones doctrinarias más modernas, considerando a su vez los menores costes de transacción y reglas de equidad básicas en la asunción de las crisis societarias.

Si se concursa una sociedad será advertible si administradores y socios han protegido o no a la empresa, pues sin duda la situación se agravó, y lo que hubiera podido afrontarse con una mera y corta espera -como era normal en décadas anteriores-, se plantea en una donación del pasivo a favor del patrimonio de la sociedad, o sea en beneficio directo de los socios que usaron peligrosamente de la técnica societaria.

Ello evidencia que los administradores y socios no usaron de los recursos impuestos por la ley societaria sino que tampoco presentaron tempestivamente en concurso a la sociedad administrada, y que generaron daño a los acreedores.

El interés a tutelar está vinculado a una axiología de la empresa y del sistema jurídico societario y particularmente el concursal como solución residual, sobre lo que me he expedido¹². El valor es restituir a la empresa -o la sociedad- su viabilidad funcional.

El valor (principios, estándares, bienes, objetivos, reglas con exigencia de justicia, equidad) a proteger a través del sistema jurídico de crisis económico-financiera no es el patrimonio por su valor de reparto (o adjudicación) sino evitar la disociación del mismo en cuanto conjunto de bienes organizados para el cumplimiento de un objeto -causa del negocio de organización-.

“El principio de conservación de la empresa como razón de orden social y en especial en lo atinente al mantenimiento de las fuentes de trabajo y de riqueza, constituye un

Empresa, tomo 1 “Negocios en participación gestados por sociedad anónima como forma de financiamiento de negocios específicos” pág. 481.

¹⁰ SPOLIDORO, Marco Saverio “Il capital sociale”, en *Il Diritto delle società per azioni: Problema, Esperienze, Progetti*” collana della Rivista delle Società, Ed. Giuffrè 1993 pág. 99.

¹¹ Los acreedores débiles nacidos con posterioridad a la fecha en que la sociedad continuó operando en cesación de pagos, legitimados por la contratación dolosa de los administradores, podrán iniciar una acción individual de responsabilidad contra los mismos, en los términos previstos por la ley societaria. Las acciones de responsabilidad, como la de imputabilidad aditiva (muchas veces denominada como de inoponibilidad de la personalidad jurídica), no requieren --como las acciones revocatorias concursales o de extensión de la quiebra- de un presupuesto de insolvencia o de declaración de quiebra para ampliar la legitimación pasiva o autorizar la promoción de acciones especiales. La limitación de responsabilidad de los administradores está basada en el supuesto de un comportamiento leal.

¹² *Perspectiva del Derecho de la Insolvencia*, Ed. Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Córdoba 2010, particularmente el capítulo “AXIOLOGIA DEL DERECHO CONCURSAL”, donde se reproduce la Comunicación al II Congreso Colombiano de Derecho Concursal, organizado por Capítulo Colombiano del Instituto Iberoamericano de Derecho Concursal (Valle de Leyva, Colombia, Agosto 2008), y “Ensayo sobre la axiología del derecho concursal” en *RDCO* pág. 313 a 380 n° 235, Marzo/abril 2009

presupuesto insoslayable en una interpretación finalista de la ley. Dicho de otro modo, sin actividad o –cuanto menos- potencial efectivo y evidente para el giro, no habría empresa que tutelar, ni fuente de trabajo que conservar”. Esta frase es de Lidia Vaiser, ex Presidente del Instituto Iberoamericano de Derecho Concursal con sede en México y actual Presidente del Capítulo Argentino y Miembro del Comité Académico.

Esta referencia a la empresa acota también la reflexión en torno a concursos de sociedades que desenvuelven un objeto social como empresa, sumado a concursos de organizaciones con actividades que se entienda conveniente conservar (entidades deportivas, sociales y/o comunicacionales), con clara distinción de otro grupo de concursos de consumidores donde el principal objetivo es liberar un patrimonio ínfimo de las consecuencias de un endeudamiento inapropiado.

4. Centrar la atención en la crisis del patrimonio social.

El empresario social afronta en su actividad un riesgo típico e inmanente, sujeto a la eventualidad de errores de gestión o de eventos externos más o menos previsibles comprometiendo el pleno y correcto desenvolvimiento del programa empresario adoptado y el alcance de los resultados esperados. Cuando el riesgo acaece, y no se pone pronto remedio, es inevitable que la actividad vaya hacia su propia declinación. Y justamente el derecho concursal se ocupa de la empresa en crisis y el presupuesto de activación de los procedimientos concursales se basa en la incapacidad, actual o en algunos casos sólo potencial, del empresario de asumir regularmente las obligaciones contraídas¹³. Se trata, como titulan esos autores, una crisis de la organización.

En estado de insolvencia o cesación de pagos, apuntan Araya y Olivera García, cualquiera sea el origen que afecta la funcionalidad patrimonial de la sociedad, no deberían continuar su actividad o deberían afrontar soluciones si patrimonialmente no resisten un “insolvency test” (equity insolvency test, balance sheet-based test, bankruptcy test)¹⁴.

Esos administradores, ante una dificultad financiera o económica general, o el estado de cesación de pagos, tienen la obligación interna de convocar a los socios y proveer las medidas necesarias y, ante su imposibilidad, afrontarla externamente, sea con la liquidación o la convocatoria de la sociedad.

Afrontar las causales de disolución, importa una verdadera preconcursalidad privada, prevista en la legislación societaria, particularmente en el contenido de la Memoria –art. 66 LGS- que luego ampliaré.

¹³ ABRIATTI, N.; CALVOSA, L.; FERRI jr, G.; GIANNELLI, G.; GUERRERA, F.; GUIZZI, G.; MOTTI, C.; NOTARI, M.; PACCIELLO, A.; PISCITELLO, P.; REGOLI, D.; RESCIO, G.A.; ROSAPEPE, R.; ROSSI, R.; STELLA RICHTER JR, M. y TOFFOLETTO A. *Diritto Fallimentare*, Ed. Giuffrè, 2008, págs. 3/4..

¹⁴ ARAYA, Miguel C. “Responsabilidad de los administradores de la Sociedad Anónima” en *DERECHOS PATRIMONIALES Estudios en homenaje al Profesor emérito Dr. Efraín Hugo Richard*, Editorial Ad Hoc, Buenos Aires 2001, bajo la dirección de Laura Filippi y María Laura Juárez, página 639 tomo II, especialmente pág. 647.; OLIVERA GARCÍA, Ricardo “Estudios de Derecho Societario” Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe 2005, los capítulos en torno al capital social, particularmente el XI *La crisis del concepto de capital social*. Pág. 247 y ss..

La empresa que no es autosustentable no es empresa¹⁵. Apunto roles de sujetos. Ahora paso a lo estructural.

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 derecho¹⁶, que no tuvieron en cuenta cuanto contrataron sin información de esa situación o antes que se produjera. Los deberes del administrador societario aumentan en tales casos frente a los acreedores y terceros. Y ante la existencia de una causal de disolución, anticipo se imponen las opciones imperativas del art. 99 LGS.

En el derecho argentino se ha potenciado que las situaciones sean irreversibles, pese a facilitar herramientas al administrador societario¹⁷, generándose la idea de que los administradores societarios pueden continuar ininterrumpidamente la actividad de la sociedad pese a estar en insolvencia, sin planificación coherente, tratando de obtener más créditos o reciclar el existente, con la misma modalidad que los administradores públicos argentinos afrontaron la deuda externa en la década pasada. “Se encuentra vinculada esa finalidad de absolver el estado de cesación de pagos el interés general de impedir que prosigan actividades en cesación de pagos, aumentando geoméricamente los perjuicios y los riesgos en la colectividad en que actúa”.¹⁸

Adviértase los sistemas que en situaciones semejantes permiten a los administradores emitir acciones sin autorización de los socios¹⁹. La tutela de los acreedores ante la continuidad de la empresa en cesación de pagos, aumentando la posibilidad de pérdidas ante una prospectiva incierta, la tutela de acreedores impone pensar en la responsabilidad de los administradores²⁰, afirmándose la utilidad que revisten en general “los remedios tempestivos e idóneos a la primera señal de crisis”²¹. Responsabilidad siempre de base subjetiva, por accionar culposo o doloso generando daño.

¹⁵ 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.

¹⁶ STANGHELLINI, Lorenzo *Proprietà e controllo del'impresa in crisi* Rivista delle Società 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 capitale 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.

¹⁷ Sobre acuerdos extrajudiciales: ALEGRÍA, Héctor *Acuerdo preventivo extrajudicial (Caracterización, problemas y acuerdos privados)* en Revista de Derecho Privado y Comunitario 2002-3 Concursos 1 p. 145; JUNYENT VÉLEZ, Francisco *El acuerdo preventivo extrajudicial: ley 25.589*, en la misma Revista p. 189.

¹⁸ Lo sostenía ya hace 42 años al recibir el Premio Academia en mi ensayo “La conservación de la empresa” el 21 de mayo de 1981 en Tomo XXV de Anales de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, pág. 107 y ss, especialmente pág. 115.

¹⁹ MIOLA, Massimo “Il sistema del capitale sociale e le prospettive di riforma nel diritto europeo delle società di capitali” en *Rivista delle Società*, 2005-50-1199, fasc. 6. pág. 1310

²⁰ MIOLA ob. cit. pág. 1310. Como acción extraconcursal.

²¹ MIOLA ob. cit. pág. 1309.

Al no existir normas claras que impidan la continuación de la empresa en crisis –en nuestro país la imposibilidad sobreviniente de cumplimiento del objeto social– aumentando la posibilidad de fracaso ante una prospectiva incierta, la tutela de los acreedores resulta de imputar responsabilidad de los administradores sociales, por no haber actuado debidamente, generando daño por su específica acción u omisión²².

Me apoyo en la “*absolute equity rule*”²³ –recordada por Lorente²⁴–, para sostener la necesidad de aplicar el art. 197 2º LSA, sobre capitalización del pasivo si es que los socios no quieren capitalizar, antes de pensar en presentarse en concurso. Y que las propuestas son abusivas, incluso inconstitucionales²⁵ si junto a las quitas y esperas no hay una capitalización de la diferencia, pues en caso contrario hay un despojo a los acreedores en beneficio de los socios. Una propuesta de quita y espera sin esa contrapartida en la participación en el capital, o alguna forma de negocio participativo, es inconstitucional por violar el derecho de propiedad (art. 17 C.N.)²⁶. Se trata del *equity swap* que debe mediar en toda transacción.

Con Ángel Rojo mantuve muchas conversaciones sobre el punto antes de la formulación de los proyectos españoles, lo que me llevó en el año 1995 a generar un ante proyecto novedoso en torno a la responsabilidad de administradores societarios por no haber afrontado la crisis y desde la óptica del derecho de daños²⁷, y lo volvimos a hacer el año pasado en Roma.

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 concursal 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

²² MIOLA ob. y pag. cit. pág. 1310.

²³ En las Segundas Jornadas Interdisciplinarias Concursales del Centro, Córdoba 2005 que compartimos con Truffat, en las Jornadas Italoargentinas de Derecho, Córdoba 2005 y luego en Barranquilla.

²⁴ En Doctrina Societaria y Concursal, Octubre 2005, tomo XVII, pág. 1205.

²⁵ Comunicación al Primer Congreso Hispanoamericano de Derecho Concursal, Barranquilla, octubre 2005, *Reforma concursal: ¿de ideas o de normas?* en el CD editado por el Congreso, y “Hacia la desjudicialización de las crisis: LA CONSERVACIÓN DE LA EMPRESA” comunicación en la Jornada Internacional de Derecho Concursal, Cali –COLOMBIA- Martes 18 de octubre de 2005, Facultad de Humanidades y Ciencias Sociales, Carrera de Derecho de la Pontificia Universidad Javeriana, y Cámara de Comercio de Cali, o ambos en la página electrónica de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba www.acaderc.org.ar, y antes “Propuesta abusiva” para elDial.com en agosto de 2005 y también en esa página electrónica de la Academia www.acaderc.org.ar.

²⁶ “ASUNCION DE LA CRISIS DE SOCIEDADES COMERCIALES A TRAVÉS DEL DERECHO ESPECÍFICO (LA CONSERVACION DE LA EMPRESA ES UNA CUESTIÓN PRIVADA, SOCIETARIA)” en libro colectivo de tres tomos *VI Congreso Nacional de Derecho Concursal y IV Congreso Iberoamericano de la Insolvencia*, Santa Fe 2006, Tomo II pág. 329-

²⁷ En *DE LA INSOLVENCIA, In Memoriam de Héctor Cámara y Francisco Quintana Ferreyra*, Editorial Advocatus, Córdoba 2000, comunicaciones al II Congreso Iberoamericano de la Insolvencia, “En torno a responsabilidad y concurso. Un “embrión” de proyecto” Tomo III pág. 313. y “Daños causados por la insolvencia: Acciones individuales de responsabilidad contra administradores de sociedades” Tomo III pág. 549. 8º. Ausencia de sede y responsabilidad de administradores (II). Tomo III pág. 579. 9º. “Pretensiones patrimoniales y contratos comprendidos en art. 20 ley 24.452, Competencia de árbitro frente al concurso” Tomo IV pág. 243.

que podrán invocar esos acreedores, que -en otros casos- puede ser bastante dificultosa, como se señala en la doctrina de los Estados Unidos de Norteamérica²⁸.

No es del caso aquí tratar las acciones individuales de responsabilidad que puedan promover acreedores sociales contra los administradores por no haber respetado las previsiones de la ley societaria, particularmente las del art. 99 LGS, que no son concursales ni atraíbles por un concurso ni afectadas por la homologación de un acuerdo de quita y espera²⁹.

Como bien señala Dasso en importantísimo libro³⁰: *“el sistema jurídico más completo y lógico no es perfectamente inteligible hasta que se estudia en relación con otros sistemas legales... la persecución de la eficiencia se ha centrado en el resguardo de la empresa, motor de la economía capitalista instaurada en el mundo, y el nuevo objetivo, focalizado en el diagnóstico temprano de sus dificultades en forma de intervenir antes que la crisis sea patología irreversible ... La Ley Francesa del 23/07/67 introdujo una novedad digna de ser comentada: la separación entre el hombre y la empresa... de que se trata de un derecho de las empresas en dificultades, bastante diverso del derecho concursal clásico... (en el) convencimiento de que la función social de la empresa reside en un difícil equilibrio entre lo público y lo privado o, mejor dicho, entre lo social y lo privado”*.

Con este tema, que no sólo comprende la conservación (o la tardía reactivación de la empresa), la planificación (prevista en aquella reforma a la ley 19551 pergeñada por Héctor Alegría) y la prudente labor de los administradores sobre el patrimonio de la sociedad, para evitar responsabilidad (correcta preocupación constante de nuestro homenajead), mantengo hoy el diálogo que siempre tenemos abierto en nuestra vocación común de perfeccionar las normas y su interpretación en beneficio de la seguridad de nuestras comunidades.

5. Retome la cuestión en el reciente Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa, realizado en Córdoba por la Academia y la Universidad, ocasión en la que Héctor nos acompañó por zoom.

Lo hice presentando el ensayo “LA RESPONSABILIDAD DE ADMINISTRADORES SOCIETARIOS SE CALIFICA EN CASO DE CRISIS”³¹, 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

²⁸ Entienden los autores norteamericanos sobre la incerteza sobre la 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”.

²⁹ La CNCom en el caso “Chmea, Isaac c/ Chmea, Alberto y otros s/ Ordinario, con fecha 14 de octubre de 2010, decidió que no era competente el juez del concurso de la sociedad a cuyo administrador se le promovió una acción individual de responsabilidad, por no estar el legitimado pasivo en concurso. Cfme. nto. “Ensayo en torno a buena fe e insolvencia societaria”, capítulo XLIX tomo I pág. 811 en libro colectivo *Tratado de la Buena Fe en el Derecho*, Coordinador Marcos M. Córdoba, Editorial La Ley, 2 tomos, 2ª Buenos Aires 2005.

³⁰ DASSO, Ariel A. *Derecho Concursal Comparado*, tomos 1 y 2, Ed. Legis, Buenos Aires 2009/2010, del que puede verse nuestra rescensión en RDCO 240-175, Enero/Febrero 2010 y RDCO 244-567 (B), Ed. Abeledo Perrot Buenos Aires 2010.

³¹ 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.

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 LGS-.

Hace más de 20 años me refiero al derecho societario de crisis. “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 la de los socios, en situación de crisis empresarial, que se mueven en el terreno fronterizo entre el derecho de sociedades y el derecho concursal”³². Por eso Emilio BELTRÁN SANCHEZ, a quién siempre citamos, consideraba al derecho societario como preconcursal, incluso anti concursal porque contenía normas precisas para la crisis.

6. Apunto que en torno a deberes de los administradores el CCC dispone “SECCION 3ª. Persona jurídica privada...Parágrafo 2º Funcionamiento. ARTICULO 158. Gobierno, Administración y fiscalización. El estatuto debe contener normas sobre el gobierno, la administración y representación y, si la ley la exige, sobre la fiscalización interna de la persona jurídica (...). ARTICULO 159. Deber de lealtad y diligencia. Interés contrario. Los administradores de la persona jurídica deben obrar con lealtad y diligencia. – No pueden perseguir ni favorecer intereses contrarios a los de la persona jurídica. Si en determinada operación los tuvieron por sí o por interpósita persona, deben hacerlo saber a los demás miembros del órgano de administración o en su caso al órgano de gobierno y abstenerse de cualquier intervención relacionada con dicha operación. – Les corresponde implementar sistemas y medios preventivos que reduzcan el riesgo de conflictos de intereses en sus relaciones con la persona jurídica. ARTÍCULO 160. Responsabilidad de los administradores. Los administradores responden en forma ilimitada y solidaria frente a la persona jurídica, sus miembros y terceros, por los daños causados por su culpa en el ejercicio o con ocasión de sus funciones, por acción u omisión.

Estamos frente a normas imperativas para la organización y legitimación de la persona jurídica.³³ Los artículos precedentes encuentran su fuente en normas de representación orgánica de la legislación societaria -arts. 58 y 59 LGS- y, en orden a la responsabilidad de la persona jurídica privada, fija un criterio general para poder exigir a los administradores la satisfacción de los perjuicios generados, a favor de la persona jurídica, sus miembros e inclusive frente a terceros por los daños causados culposa o dolosamente

³² VELASCO, Esteban Gaudencio prólogo del libro de 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 y 30.

³³ RICHARD, Efraín Hugo “NORMAS IMPERATIVAS DE LA LEGISLACIÓN SOCIETARIA – TIPCIDAD DE PRIMER GRADO–“en *XV CONGRESO ARGENTINO DE DERECHO SOCIETARIO Y XI IBEROAMERICANO DE DERECHO SOCIETARIO Y DE LA EMPRESA*. Tomo I. ISBN 978-987-48857-3-9, pág. 321-330; RICHARD, Efraín Hugo “Sobre normas imperativas y las relaciones de organización personificadas” en *El derecho privado en el siglo XXI (agenda presente y futura) homenaje a la Prof. Dra. Noemí L. Nicolau*, Ed. La Ley, Buenos Aires 2022, tomo I pág. 541.

en el ejercicio o con ocasión de sus funciones, por acciones u omisiones del deber de lealtad y de la diligencia con que debe ejercitar sus funciones ante la falta de voluntad propia al tratarse de una persona jurídica.

Recuerdo que el art. 59 LGS dispone: “DILIGENCIA DEL ADMINISTRADOR. RESPONSABILIDAD. Los administradores y los representantes de la sociedad deben obrar con lealtad y con la diligencia de un buen hombre de negocios. Los que faltaran a sus obligaciones son responsables, ilimitada y solidariamente, por los daños y perjuicios que resultaren de su acción u omisión”. Sin individualizar a los legitimados para reclamar, que deberán acreditar el daño y la relación causal.

La doctrina atiende normalmente a desarrollar los temas de responsabilidad de administradores conforme a la tipicidad de segundo grado de la sociedad en cuestión. Pero esa responsabilidad es normalmente en relación a la sociedad y a los socios. Nos interesa particularmente la responsabilidad frente a terceros, que es difícil que se genere mientras la sociedad tenga patrimonio conforme al referido 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 los que disponga la ley especial”. Y esto nos vincula a los arts. 150, 167, 242 CCC y 56 LGS.

Por eso se sostiene que la responsabilidad de administradores, particularmente frente a terceros se agrava frente a la insolvencia. “*Las distintas jurisdicciones estadounidenses admiten, de manera generalizada, dos métodos para la determinación de la insolvencia, el balance sheet insolvency test y el equitable insolvency test. Tradicionalmente, el balance sheet test define la insolvencia como la situación financiera del deudor en la que sus obligaciones (taking into account its contingent and perspective liabilities) son superiores a los activos que posee para hacer frente a los mismos. Este es el método que utiliza el Bankruptcy Code, que establece que la insolvencia es la condición financiera en la que la suma de las deudas es mayor que el valor de los activos, “at a fair valuation”. A pesar de la importancia de esta norma, el Bankruptcy Code no determina lo que se considera una valoración justa de activos, por lo que ha sido la Jurisprudencia la que ha definido los criterios que se han de emplear para realizar dicha valoración; los más relevantes, el criterio de empresa en funcionamiento (going concern basis) o de empresa en liquidación (liquidation basis). Uno de los principales inconvenientes que presenta esta definición de la insolvencia es, precisamente, la falta de seguridad jurídica con la que se enfrentan los administrados societarios a la hora de seleccionar qué criterios han de aplicar para avaluar la situación patrimonial mientras no se inicia el procedimiento concursal*”.³⁴ El tema está íntimamente ligado a la obligación de llevar contabilidad al día.

8. Normalmente se trata de afrontar crisis, cesación de pagos e insolvencia para determinar la existencia del presupuesto objetivo de algún procedimiento de concurrencia de acreedores de un deudor, persona humana o jurídica, pero a nosotros nos interesa el concepto como determinante de conductas de los administradores societarios, de los que puede derivar expresa responsabilidad. Así en nuestro derecho, más precisamente en materia concursal siempre había sido la “cesación de pagos” su presupuesto objetivo, concepto tomado del Código francés de 1807, que equiparó su noción a la del

³⁴ RECAMAN GRAÑA ob. cit. *Los Deberes y la Responsabilidad ...s* págs. 54 y ss., y nota 44.

incumplimiento de obligaciones. Históricamente, el primer significado de “cesación de pagos” fue el que emerge de su propio sentido literal: cesar de pagar es igual a incumplir, por lo que cual cesación de pagos e incumplimiento eran términos que no se diferenciaban desde el punto de vista de su significación jurídica en orden a provocar la falencia. Esas teorías materialistas clásicas identificaban cesación de pagos con incumplimiento, evolucionado hacia estudios más avanzados, primero sosteniendo que no debía declararse en falencia al sujeto que simplemente había incumplido, porque no siempre los incumplimientos importan cesación de pagos. Pensándose que debía anticiparse con el “estado de crisis”, “estado de preinsolvencia”, “estado de dificultades económicas o financieras de carácter general”. Por eso el estado de insolvencia, condición para la apertura concursal puede definirse en lenguaje técnico, como la impotencia para satisfacer, con medios regulares (disponibilidades normales o activos corrientes), las obligaciones inmediatamente exigibles (pasivo exigible o pasivo corriente). Autores españoles, admiten el “desbalance” o sobreendeudamiento como un “*desequilibrio patrimonial –pasivo superior al activo- que puede verse solventado a través de la financiación externa, evitando así el concurso, dado que se viabilizan los pagos*”³⁵. Abogan por “*un concepto de insolvencia de fondo o patrimonial, abandonando o dejando fuera del concurso las situaciones coyunturales de iliquidez*”. Reitero que para mí es importante el “desbalance” como síntoma, aun cuando para otras legislaciones (la española sobre todo) no alcanza. Pero además si los problemas transitorios de liquidez trascienden de la tesorería de la empresa, es señal de un agotamiento del crédito (carece de líneas de financiación para transitar el escollo) por lo que las dificultades son graves importa el llamado *desequilibrio aritmético* o déficit expresado en términos de pasivo mayor que activo pues en ese caso el cotejo se hace entre activo y pasivo en términos nominales, sin atender a la disponibilidad regular de los medios de pago que integran el primero ni a la exigibilidad corriente del segundo. Basta entonces que el patrimonio del deudor sea materialmente insuficiente para satisfacer la garantía común de los acreedores ... puede haber insolvencia, incluso cuando el activo es considerablemente superior al pasivo, pero aquel está integrado por bienes de lenta y difícil posibilidad de realización, al paso que éste concentra los compromisos de pagos en el corto plazo.... De ahí la importancia de introducir el tema de la “*insolvencia negocial*”. La profesora española Marta Prats Marquina³⁶ habla con muy buen criterio de la “*insolvencia negocial*” entendiéndola por ella la incapacidad de generar recursos, diferenciándola de la “*insolvencia patrimonial*”, ya transitoria (activo superior al pasivo a una fecha determinada), ya definida (activo inferior al pasivo exigible)(...). Resulta muy interesante la aportación que realiza Prats Marquina, (...) ya que es un dato esencial a tener en cuenta cuando de analizar capacidades empresariales se trata”.

El reciente vigente Código de la Crisis italiano señala “Ai fini del presente codice si intende per: (1) “crisi”: lo stato di difficoltà economico-finanziaria che rende probabile l’insolvenza del debitore, e che per le imprese si manifesta come inadeguatezza dei flussi di cassa prospettici a far fronte regolarmente alle obbligazioni pianificate; (2) “insolvenza”: lo stato del debitore che non è più in grado di soddisfare regolarmente le proprie obbligazioni, e che si manifesta con inadempimenti o altri fatti esteriori; (3) “sovraindebitamento”: lo stato di crisi o di insolvenza del consumatore, del

³⁵ Luis FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA *Comentarios a la ley concursal*. Marcial Pons, Colección Garrigues. Madrid, 2004.

³⁶ Marta PRATS MARQUINA *Insolvencia y crisis económico: Su reflejo en el derecho concursal* R.G.D. Madrid, 1998.

professionista, dell'imprenditore minore e di ogni altro debitore non assoggettabile alla liquidazione giudiziale ai sensi del presente codice;...".³⁷

7. El punto de la responsabilidad de administradores –e inclusive de socios, tema que no tratare en este ensayo³⁸-, se acentúa frente a las 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 prevista en el art. 99 LGS, sobre la que ahora insisto.

La continuidad de la actuación de la sociedad sin afrontar la eliminación de las causales de disolución, genera la responsabilidad de administradores, que “puede serle extensiva a los socios si lo consintieron o beneficiaron con ello”³⁹. Reitero que, respecto a los socios, la norma agrega *sin perjuicio de la responsabilidad de éstos*. La responsabilidad de administradores y de los socios, que consientan la continuidad, se genera por los daños que puedan producirse. Resulta así de la violación de una norma imperativa que, ante su desconocimiento, impone expresamente esa responsabilidad: reza el art. 99 “Los administradores, con posterioridad al vencimiento del plazo de duración de la sociedad o al acuerdo de disolución o a la declaración de haberse comprobado alguna de las causales de disolución, sólo pueden atender los asuntos urgentes y deben adoptar las medidas necesarias para iniciar la liquidación. – Responsabilidad. Cualquier operación ajena a esos fines los hace responsables ilimitada y solidariamente respecto a los terceros y los socios, sin perjuicio de la responsabilidad de éstos.”

Se ha violado la “alerta temprana” que incluso se impone normativamente en la regulación del contenido de la memoria en el art. 66 LGS, como ya anticipé.

La norma contenida en el art. 99 LGS impone una responsabilidad ilimitada y solidaria a los administradores, que ante la causal de disolución, solo deben atender asuntos urgentes y tendientes a la liquidación o remediación.

Sistemas como el *comblement* francés de 1967, que se mantiene pese a su substitución normativa-impone a los administradores o socios de control asumir el pasivo

³⁷ MONTECCHI, Gilberto “Codice della crisi d’impresa e dell’insolvenza: cosa cambia con l’entrata in vigore” en *Fallimento e procedure concorsuali* “Entra definitivamente in vigore il 15 luglio 2022 il Codice della crisi d’impresa e dell’insolvenza. Con gli ultimi interventi normativi il legislatore prevede l’accantonamento del sistema di allerta e rende ancor più centrali le nuove misure idonee e gli assetti che consentono di rilevare tempestivamente la presenza di uno stato di crisi e intervenire ricorrendo al nuovo istituto della composizione negoziata. Con questo sistema diventa ancor più centrale per l’impresa il ruolo di strumenti di programmazione quali il piano industriale e il Budget”.

³⁸ RICHARD, Efraín Hugo – VEIGA, Juan Carlos “EL CONTRADERECHO: LAS NORMAS IMPERATIVAS DEL DERECHO SOCIETARIO” en *El Derecho Societario y la Empresa en el Tercer Milenio, XII CONGRESO ARGENTINO DE DERECHO SOCIETARIO, VIII CONGRESO IBEROAMERICANO DE DERECHO SOCIETARIO Y DE LA EMPRESA*, 25 al 27 de septiembre de 2013, Ed. Universidad Argentina de la Empresa y Cámara de Sociedades Anónimas, tomo I pág. 161: RICHARD, Efraín Hugo “La responsabilidad de administradores y socios con responsabilidad limitada (como conversando con Félix A. Trigo Represas)” en *Estudios sobre obligaciones y responsabilidad civil en homenaje al Académico Félix A. Trigo Represas*”, libro colectivo Ed. La Ley Buenos Aires 2022, pág. 627.

³⁹ ROITMAN, H. y colaboradores *Ley de sociedades comerciales. Anotada y Comentada* Editorial La Ley, Bs. Aires 2006, t. II pág. 491.

ante conductas abusivas, podría establecerse en la liquidación, o como complemento de una interacción entre la acción del art. 54.3 LGS y la ley de concursos. Una apreciación doctrinaria y jurisprudencial en tal sentido actuaría como preventiva o disuasiva. Esa norma fue derogada en 2005 “*que estableció mecanismos de responsabilidad de los administradores sociales de la sociedad en crisis, de responsabilidad por insuficiencia de activo en el Código de Comercio, que “permite al Tribunal, ante el inicio de la liquidación judicial, impondrá todos o a algunos de los administradores, la obligación de soportar, en todo o en parte, la insuficiencia patrimonial... siempre subordinada a que la negligente gestión haya contribuido a la insuficiencia de activos”*”.⁴⁰

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 reparador 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*”⁴¹.

“Al decir de Abadesa: la remodelación tiende a salvar la empresa, no a aquellos que deben sufrir la responsabilidad y riesgo de la insolvencia”.⁴²

8. Anticipo sobre la alerta temprana en la Memoria actual que entraña un plan de viabilidad. Así el Anteproyecto 2019 disponía ARTÍCULO 66.- *Memoria* Los administradores deberán informar en la memoria sobre el estado de la sociedad en las distintas actividades en que haya operado y su juicio sobre la proyección de las operaciones y otros aspectos que se consideren necesarios para ilustrar sobre la situación presente y futura de la sociedad. Del informe debe resultar: 1) Las razones de variaciones significativas operadas en las partidas del activo y del pasivo. 2) Una adecuada explicación sobre los gastos y ganancias extraordinarias y su origen y de los ajustes por ganancias y gastos de ejercicios anteriores, cuando fueren significativos. 3) Las razones por las cuales se propone la constitución de reservas, explicadas clara y circunstanciadamente. 4) Las causas, detalladamente expuestas, por las que se propone el pago de dividendos o la distribución de ganancias en otra forma que en efectivo. 5) La política de dividendos propuesta o auspiciada, con una explicación fundada y detallada de la misma. 6) La política empresarial proyectada y aspectos relevantes de su planificación y financiación, con una estimación prospectiva de las operaciones en curso o a realizar 7) Las relaciones con sociedades directa o indirectamente controlantes, controladas o vinculadas, así como con las controladas por la misma controlante, las variaciones operadas en las respectivas participaciones, sus créditos y deudas recíprocos y el resultado de las operaciones y negocios entre ellas, si fueron en condiciones de mercado y, en caso negativo, sus razones. 8) Las relaciones establecidas por medio de contratos asociativos u otros que fueren de significación relativa, así como el estado y evolución de los negocios respectivos.

⁴⁰ RECAMÁN GRAÑA, ob. cit. pág. 286.

⁴¹ HALPERIN, Issac *Sociedades Anónimas. Examen crítico del decreto ley 19550*. Ed. Depalma, Bs. Aires 1974, pág. 466 nota 243.

⁴² Ver nuestro referido trabajo de hace 42 años ya citado “La conservación de la Empresa”, pág. 118.

En 2020 Colombia sustituyó 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 sí predictibilidad.

En el panel de Viña del Mar, Congreso del IIDC de 2019 se destacó el nuevo artículo 2.086, párrafo 2, del Código Civil italiano - introducido por el Art. 375 del Código de la Crisis (ya en vigor) - bajo el cual: *"El empresario que opera en forma societaria tiene el deber de establecer una estructura organizativa, administrativa y contable adecuada a la naturaleza y al tamaño de la empresa, también por lo que se refiere a la detección tempestiva de la crisis de la empresa y a la pérdida de continuidad de la misma, y de tomar medidas, sin dilación, para que se adopte y ponga en práctica una de las herramientas que ofrece la legislación para la superación de la crisis y para recuperar la continuidad de la actividad"*. Deber reiterado en el artículo 3, apartado 2, del Código de la crisis y la insolvencia, según el cual: *"El empresario colectivo debe adoptar una estructura organizativa adecuada de conformidad con el artículo 2.086 del Código Civil, con el fin de detectar oportunamente el estado de crisis y tomar las iniciativas oportunas"*. Parece ser que el deudor tiene un verdadero *"deber de reestructurarse"*.

Desde 1992, incluso en el primer Iberoamericano de Derecho Societario, se viene desarrollando un pensamiento en torno a la libertad de generación de sociedades, la futilidad del capital social y congruentemente una preocupación sobre la responsabilidad de administradores y socios de control, particularmente al advertirse crisis financiera, económica o patrimonial de la sociedad.

"En tanto la función formulación de cuentas anuales es un deber propio del órgano de administración indelegable, el recurso de facto a la asistencia técnica para el desempeño de las labores preparatorias no puede ser, en sí mismo, causa de exoneración de la responsabilidad por los daños derivados del actuar del Consejo, ... desconociendo la situación de crisis".⁴³ Se califica como "un deber de seguimiento del estado contable, definido de manera genérica, como la obligación de que el empresario se encuentre, de manera constante, por sí o por otros en quien delega dicha función, suficientemente informado del estado financiero empresarial".⁴⁴

Formalmente 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 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

⁴³ RECAMÁN GRAÑA, ob. cit. pág. 161.

⁴⁴ RECAMÁN GRAÑA, ob. cit. pág. 150.

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.

9. El punto son las normas imperativas del derecho societario y Código Civil y Comercial., a las que ya he hecho referencia. Cuando la crisis llega a constituir un problema patrimonial, o sea se constata la existencia de patrimonio neto neutro o negativo existen normas imperativas del derecho societario al aprobarse el balance que así lo declare: la existencia de una causal de disolución (art. 94.5 LGS) que no importa de por sí generar la liquidación, porque puede revertirse a través de las soluciones imperativas del art. 96: la capitalización por los socios, terceros o de pasivos. De no seguir los caminos de la ley se genera responsabilidad de administradores y socios por los daños que generen –arts. 99 LGS ahora calificada la de socios de control por el art. 167 tercer párrafo CCC-, conforme la integración prevista en el art. 150 CCC. Si se pagan las deudas no hay daño, pues no haber procedido a la liquidación ni a la capitalización no genera una sanción, sino la posibilidad de responsabilizar para satisfacer a los dañados.

Aceptar la continuidad del giro de una sociedad con patrimonio neto negativo, permitiendo que esta dañe a terceros –acreedores anteriores y posteriores a la crisis patrimonial- sin responsabilizar a alguien, esa dar por el suelo con la teoría de la inoponibilidad de la personalidad jurídica, pues la sociedad en tal estado y desde ese momento sería un ente que constituye un recurso para violar la ley o para frustrar derechos de terceros (arts. 54 ter LGS y 144 CCC)⁴⁵. Si la crisis es más grave, que alcanza a la pérdida del capital social, o sea a la existencia de un patrimonio neto negativo, las soluciones deben ser asumidas por los socios en la previsión de las normas indicadas Y dentro de la teoría general de la responsabilidad civil de base subjetiva, eventualmente conforme normas específicas, como el art. 99 LGS.

El cumplimiento del deber de llevanza de la contabilidad, que se impone a los administradores, permite inferir la existencia de un deber de seguimiento del estado contable, definible como la obligación de que el empresario se encuentre suficientemente informado del estado financiero empresarial⁴⁶, de cuya omisión no pueden exonerarse por consultas técnicas de los profesionales por ellos elegidos: *”En tanto la función formulación de cuentas anuales es un deber propio de órgano de administración indelegable, el recurso de facto a la asistencia técnica para el desempeño de las labores preparatorias no puede ser, en sí mismo, causa de exoneración de la responsabilidad por los daños de actuar del Consejo, en nuestra hipótesis, desconociendo la situación de crisis”*.⁴⁷ Lo vemos actualmente en el desarrollo del llamado “caso Vicentin”.

Obviamente que posteriormente a esa situación patrimonial extrema la sociedad podrá concursarse, también en estado de liquidación –que merecería un análisis especial, pero no distinto sistemáticamente-, pero de ese incumplimiento de socios y administradores no

⁴⁵ RICHARD, Efraín Hugo “CRISIS ECONÓMICO-PATRIMONIALES DE LAS PERSONAS JURÍDICAS (especialmente societarias) Y EL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL”, en *Derecho Comercial y de las obligaciones (Revista de Doctrina, Jurisprudencia, Legislación y Práctica)*, n° 212 mayo/junio 2015, Edición especial Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires 2015, pág. 613 y ss.. Antecedentes publicados pueden verse en www.acaderc.org.ar

⁴⁶ RECAMÁN GRAÑA, ob. cit. pág. 160.

⁴⁷ RECAMÁN GRAÑA, ob. cit. pág. 161.

puede resultar una transmisión del daño o del esfuerzo a los acreedores. La conservación de la empresa es un tema, pero no implica beneficiar a administradores y socios, que no podrán escapar a eventuales acciones de responsabilidad extraconcursoales.

10. El deber de prevención del daño, desarrollado en los arts. 1710 CCC, se enrola en esta visión *“La acción preventiva procede cuando una acción u omisión antijurídica hace previsible la producción de un daño, su continuación o agravamiento”* (art. 1711). La cuestión la podemos vincular a la *business judgment 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... presuponiendo juris tantum, que cuando los administradores adoptan decisiones empresariales lo hacen de manera informada, de buena fe y persiguiendo el mejor interés de la sociedad. La presunción actúa –protegiéndose la decisión de toda valoración de procedencia y razonabilidad, y, en consecuencia, al administrador de toda responsabilidad por las consecuencias de la decisión tomada siempre y cuanto la actuación de los gestores pueda considerarse racionalmente adoptada”, y que para España debe referirse a las “decisiones empresariales excesivamente arriesgadas”*.⁴⁸

Si administradores y socios eluden asumir la crisis con las previsiones imperativas de LGS: la alerta temprana de la pérdida matemática del capital social si es ratificada en el análisis que deben formalizar los administradores sobre la aptitud del patrimonio, y la respuesta es negativa: no liquidando ni capitalizando ellos o a través de terceros, sin duda porque el negocio es viable, no se intente perjudicar a la sociedad y a los acreedores a través de la tradicional fórmula de quita y espera –quita que implica un costo impositivo para la sociedad y traslado de riqueza de acreedores en favor de socios-.

En este punto se abre una luz, pues Truffat a través de su defensa del “esfuerzo compartido”, descarta lógicamente la fórmula tradicional de “quita y espera”. ¿Cuál será la fórmula que pasará el cedazo de la homologación conforme art. 52.4 LCQ? Principios básicos de derecho se basan en la buena fe, evitar el daño o la continuidad de las acciones dañosas, en no abusar de derecho ni cometer fraude a la ley.

11. La responsabilidad por el debilitamiento de la garantía de los acreedores, que nosotros agravábamos por la conexión del art. 99 LGS con el 167 in fine CCC, es integrado ese criterio en el propio artículo del ALGS: “Respecto de cualquier operación ajena a esos fines, serán responsables solidariamente frente a los terceros y los socios, sin perjuicio de la responsabilidad de estos últimos cuando la hubieren consentido expresa o tácitamente.” El 167 CCC in fine preceptúa “...responden ilimitada y solidariamente sus administradores y aquellos miembros que, conociendo o debiendo conocer la situación y contando con el poder de decisión necesario para ponerle fin, omiten adoptar las medidas necesarias al efecto”, ante la ambigüedad “de los socios en su caso” del art. 99 LGS, conforme el art. 150 CCC, para satisfacer el déficit patrimonial.

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

⁴⁸ RECAMÁN GRAÑA ob. cit. pág. 173 y ss.

constituyen, decía Mauricio Yadarola, las acciones de responsabilidad contra administradores y socios que arguyeron la viabilidad de mala fe causando daño.⁴⁹

La norma tiene trascendental importancia, pues de no observarse los estrictos deberes que se imponen a los administradores, éstos son sancionados con *responsabilidad ilimitada y solidaria* hacia los socios y los terceros, por todas las obligaciones contraídas en este período⁵⁰. Y el precepto añade que ésta puede hacerse extensiva también a los socios⁵¹. En forma alguna pretendemos que administradores asuman el riesgo del mercado o del error en la planificación⁵², sino que se concientice que de una actitud omisiva o desleal puede resultar responsabilidad. Jamás deben preocuparse los administradores que actúan con lealtad y la diligencia de un buen hombre de negocios, ni aún ante la cesación de pagos o insolvencia de la sociedad, y menos frente a una mera crisis económico o financiera. No se espera de ellos que tengan necesariamente que superar ese estado patrimonial o financiero, sino meramente que lo afronten, en primer lugar frente a los socios –conforme LGS- y agotada ella –incluso la negociación privada con los acreedores- por la vía concursal que, a través de la concurrencia obligatoria intenta la unificación de acciones de intereses.

Es que los administradores deben responder de los daños que causen a la sociedad o a terceros por no actuar “con lealtad y con la diligencia de un buen hombre de negocios”, que es el standard que fija el art. 59 LS⁵³, imponiendo de seguido que “Los que faltaren a sus obligaciones son responsables ilimitada y solidariamente, por los daños y perjuicios que resultare de su acción u omisión”. Subraya Halperin que es “*un criterio objetivo de comportamiento (pero no una responsabilidad objetiva)... la noción de buen hombre de negocios establece una auténtica responsabilidad profesional, ya que implica capacidad técnica, experiencia, conocimientos. Para apreciarla en el caso concreto se tendrá en cuenta: a) la dimensión de la sociedad, b) su objeto, c) las funciones genéricas que incumben como director y las específicas que se le hubieran confiado, d) las circunstancias en que debió actuar (urgencia, acopio de datos, antecedentes e informaciones, etc.) y cómo cumplió su deber de diligencia*”⁵⁴. El pensamiento de Boquin es esclarecedor al respecto de la calificación de objetiva, su verdadera inteligencia.

⁴⁹ RICHARD, Efraín Hugo “Responsabilidad de administradores societarios por insolvencia” pág. 504 en *Jornadas italo-argentinas de derecho: perspectivas del derecho entre Latinoamérica e Italia*, Córdoba Argentina 2004-2005, Ed. Alveroni, Córdoba Agosto 2006.

⁵⁰ SCJ Buenos Aires, Rodríguez, Alberto H. c. Mada S.R.L. y/u otros, 16/06/1992, LL, 1992-E, 39 – DJBA 143, 5318 – DJ, 1993-1-866: Vencido el término de duración de una sociedad de responsabilidad limitada sin que se disponga su liquidación, toda actividad ajena a esos fines hace responsable a administradores ilimitada y solidariamente respecto de terceros y los socios sin perjuicio de la responsabilidad de éstos.

⁵¹ CCiv., Com. y Lab. Reconquista, Coheres, Luis A. y otros c. Coplex S. R. L., 18/02/1997. LL Litoral, 1998-1-266: Es inadmisibles la solicitud de embargo formulada por los actores respecto de los socios de la sociedad demandada que ha incurrido en la causal de disolución contemplada en el art. 94, inc. 2º de la ley 19.550 si no han acreditado que la sociedad ha ignorado el trámite liquidatorio o bien que sus administradores han realizado actos en violación a lo prescripto por el art. 99 de la citada normativa, pues aquélla conserva su personalidad aunque acotada a la etapa de liquidación.

⁵² 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.

⁵³ Sobre la inteligencia de la locución puede verse a nuestro recordado HALPERIN, Isaac *Sociedades anónimas. Examen crítico del dto. ley 19550*, editorial Depalma, pág. 451 y nota 293, Buenos Aires 1974.

⁵⁴ HALPERIN ob. cit. en nota anterior pág. 452/3.

Una cuestión a asumir es la caracterización de la obligación como solidaria o concurrente, particularmente por el distinto rol de administradores y socios de control que, a mi entender afronta la tesis de la responsabilidad civil en las relaciones de organización.

12. Descubrí en el Congreso del IIDC de Punta del Este, la tesis de Carlos E. López Rodríguez sobre responsabilidad de administradores por el déficit concursal, que – obviamente- se centra en la Persona jurídica⁵⁵, entresacando “...la responsabilidad por el déficit concursal sirve para obtener la sujeción del patrimonio de los administradores, liquidadores o apoderados generales del deudor que 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 de la que en pocas ocasiones resultan indemnes” (pág. 56). Señala ese autor “En este punto, el legislador español parece haber seguido las orientaciones del Informe Winter, que señala –aunque sólo en relación a las sociedades cotizadas- que si los administradores están en condiciones de prever que la sociedad no pueden continuar pagando sus deudas, deben decidir o bien sanear la sociedad, garantizando el pago a los acreedores o liquidarla, de lo contrario, los administradores deben ser responsabilizados, total o parcialmente, frente a los acreedores, por los créditos impagos”. La cita es el resultado del trabajo realizado por el “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 de las sociedades cotizadas. Es el marco general societario que brindan las normas imperativas sobre causales de disolución no abandonado por el Anteproyecto 2019. La responsabilidad por el déficit concursal constituye otro de los modos de atribuir o distribuir los costes derivados de la insolvencia” p. 63.

La situación de crisis motiva la especial atención doctrinal para imputar de responsabilidad de administradores, incluso con libros sobre ellos como el de Eva Recamán Graña repetidamente citado.

Es responsabilidad no como sanción sino por el daño, dentro de la teoría general de la responsabilidad de base subjetiva. Incluso administradores y socios podrán disponer que la sociedad se concurse, pero no podrán generar una nueva opción de la fijada en la norma imperativa.⁵⁶ Deben optar⁵⁷ pues de no incurrirán en una antijuridicidad, y de existir daño deberán satisfacerlo. Los órganos de la sociedad tienen facultad para acordar con

⁵⁵ 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.

⁵⁶ MUIÑO, Orlando Manuel “EN TORNO A LA INDISPONIBILIDAD DE LA DISOLUCIÓN POR PÉRDIDA DEL CAPITAL SOCIAL”, en *Crisis y Derecho*, Tomo 1 “Las vías de prevención y saneamiento de la crisis empresaria”, pág. 124, Ed. Fespresa, Córdoba 2015; Ricardo OLIVERA GARCÍA en ap. III “El orden público en la ley de sociedades comerciales” de su libro *Estudios de Derecho Societario*, Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe 2005, enfrenta el tema de la imperatividad de las normas societarias en el derecho argentino.

⁵⁷ Opción conforme el Diccionario de la Real Academia es la “Libertad o facultad de elegir. Derecho de elegir entre dos o más cosas, fundado en precepto legal en negocio jurídico”. En el caso no se puede sustituir la decisión por algo no previsto en el propio art. 96 LGS.

acreedores, p.ej. la capitalización –repetimos-, e inclusive concursarse, pero no podrán alterar las opciones imperativas de esa norma.⁵⁸

Estamos frente a omisiones o acciones graves, que resultan de una falta de diligencia calificada no atendiendo a alertas tempranas insoslayables a partir la mínima atención a la contabilidad o de omisiones injustificables de no llevar contabilidad. Incluso al causar daños a terceros hasta debe pensarse en acciones u omisiones dolosas para no dejar huella de la antijuridicidad de sus actos. Es el *wrongful trading* o *duty to avoid insolvent trading* del derecho anglosajón.

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. 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 por Rosa Otzoa- Errarte Goikoetxea⁵⁹

13. 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 aceptarse 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 sustentamos.⁶⁰

Sé 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...*”⁶¹. Esto es lo que ocurría en materia de concursos de sociedades... Pero mi utopía me permite entrever que algo está cambiando.

Y el punto debe preocupar a la enseñanza, pues estos temas marginales de “crisis societarias” son soslayadas en la enseñanza del derecho societario, involucrándolas en las causales de disolución, y en el derecho concursal pues se suele hablar solo de deudor, empresa o empresario, y solo en algunas cuestiones periféricas se hace referencia a las sociedades, que a su vez ocupan el centro de la escena en la crisis empresarial.

⁵⁸ La Corte constitucional colombiana en sentencia T-597 definió de la siguiente manera estos conceptos “Pero en las leyes debe distinguirse con claridad entre aquellas de sus normas que son imperativas para sus destinatarios, es decir las que se imponen sin posibilidad de pacto o decisión en contra pues sus efectos deben producirse con independencia del querer de las personas, de las que tienen un carácter apenas supletorio de la voluntad de los sujetos a quienes se refieren, las cuales operan solamente a falta de decisión particular contraria, y también de las opcionales, esto es, las que permiten a los individuos escoger, según su deseo y conveniencias, entre dos o más posibilidades reguladas por la misma ley en cuanto a los efectos de las opciones consagradas”.

⁵⁹ *La responsabilidad de los Socios por la Infracapitalización de su sociedad* 2ª. Edición Thompson Reuters, España 2011.

⁶⁰ Veiga-Richard “El contraderecho...” citado.

⁶¹ BAUMAN, Sygmunt *Modernidad líquida*. Ed. Fondo de Cultura Económica, impreso en Argentina, segunda reimpresión 2022, p. 11.

Menuda tarea que, presumo, la lectura del libro de Gabriela Fernanda Boquin ayudará a despejar.