

LA FUNCIÓN DE GARANTÍA DEL CAPITAL SOCIAL FRENTE A LA AGENDA CONCURSAL –ESTUDIO COMPARATIVO–

ENSAYAMOS SOBRE LA FUNCIÓN DE GARANTÍA DEL CAPITAL SOCIAL Y SU VINCULACIÓN A LA CRISIS, APRECIANDO LA NATURALEZA DE SUS NORMAS Y LA INTERACCIÓN DEL DERECHO CONCURSAL SIGUIENDO LAS ENSEÑANZAS DE EMILIO BELTRÁN, CON VISION COMPARATISTA.

Efraín Hugo RICHARD

La felicidad no es un destino, es la actitud con que se viaja por la vida...

Publicado en *Libro homenaje al profesor Emilio Beltrán*, edición del Instituto Iberoamericano de Derecho Concursal, Cartagena de Indias, Colombia, octubre 2014, pág. 279.

INDICE INTRODUCCION. – EL HOMENAJE Y LA METODOLOGÍA. 1. Preconcuralidad. 2. Causal de disolución. Pérdida del capital social. Insolvencia. 3. Normas Imperativas. 4. Deberes de los administradores. II – LAS NORMAS IMPERATIVAS Y LA FUNCIÓN DE GARANTÍA DEL CAPITAL. 1. Insolvencia, cesación de pagos y pérdida del capital social. 2. Dos líneas de trabajo. 3. La imperatividad de las normas del derecho societario, 4. Nuestra Corte Suprema. 5. Responsabilidad. 6. La preconcuralidad. 7. Capital. Función de garantía. 8. Reintegro. 9. Capitalización de pasivo. III – UNA PRESENTACIÓN COMPARATISTA. LAS PREVISIONES DE LA LEGISLACIÓN SOCIETARIA PARA AFRONTAR CRISIS. LA UNIFORMIDAD DE SOLUCIONES PREVENTIVAS DE LA INSOLVENCIA EN EL DERECHO SOCIETARIO. IV - PARA EL DEBATE Y OPINIÓN SOBRE LA EMPRESA INVIABLE.

INTRODUCCIÓN. La agenda concursal tiene un contenido elástico, pero últimamente advertimos que reclama la desjudicialización de la crisis, su asunción temprana para superarla y que no se constituya en crónica e insalvable por la necesidad del salvataje de la empresa particularmente de los puestos de trabajo que genera, ante la crisis social generalizada, sin importar el cambio de titulares o propietarios. Incluso en supuestos que la empresa es socialmente útil pero económicamente inviable, casi una misión imposible por lo que, informa la doctrina concursalista, es necesario cambios legislativos continuos, como se advierte en legislación concursal mundial.

Este es el panorama y la hipótesis de trabajo es mirar la legislación societaria.

I - EL HOMENAJE Y LA METODOLOGIA.

La importante convocatoria del Instituto Iberoamericano de Derecho Concursal para honrar la memoria de su ex Vicepresidente Académico Prof. Dr. Emilio F. Beltrán Sanchez, nos obligó a pensar que contribución podríamos formalizar, pero inmediatamente se dispuso toda duda recordando sus enseñanzas sobre la preconcuralidad. Conforme nuestra posición decidimos proyectar la función de garantía del capital en las sociedades como prevención de sus crisis. Este es un reconocimiento a su pensamiento, que impone seguir pensando...

No puede hablarse al mismo tiempo de la crisis del patrimonio de una persona humana que el de una sociedad. Por ello nos referimos a un “Derecho concursal societario” o “Derecho de la crisis societaria”¹. La prevención esta en el derecho societario, cuyas normas imperativas deben tener prioridad en el análisis. Recordando algo aparentemente olvidado por jurisprudencia y doctrina nacional, 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

¹ Ntos. *Insolvencia societaria*, Ed. Lexis Nexis Buenos Aires 2007, y *Perspectiva del Derecho de la Insolvencia*, Ed. Academia Nacional de Derecho y Cs. Sociales de Córdoba, Córdoba 2010.

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 tutela del crédito, a la anticipación de las crisis y a evitar su profundización y propagación”². Por el límite impuesto presentaremos sintéticamente la temática.

Nuestro homenajeado apuntaba con claridad la solución desde el punto de vista societario, al comentar la legislación española del año 1991, en visión señera y que marca los ejes de este ensayo. La solución con matices especiales no es muy diferente en los países nucleados en el Instituto Iberoamericano de Derecho Concursal, y este trabajo intenta no sólo aportar un punto de vista sino también a requerir las contribuciones de los distinguidos Miembros para completar y perfeccionar las referencias de derecho de varios países. Repasemos esa metodología:

1.Preconcursalidad. Respecto a la pérdida del capital social y las normas específicas de la legislación del medio técnico organizativo, Emilio Beltrán³ postulaba “...parece razonable pensar que la quiebra de una sociedad anónima –o limitada o comanditaria por acciones- debería convertirse en una institución residual, ya que el sistema preconcursal previsto legalmente debería ser suficiente para impedir que la sociedad llegase a ser insolvente...”.

Se sostiene que el derecho societario y el derecho falimentar se influyen recíprocamente, bajo las reglas del *corporate goverment*, 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 saneamiento⁴.

2.Causal de disolución. Pérdida del capital social. Insolvencia. Seguía Emilio Beltrán: “La regulación legal de la disolución de la sociedad anónima comienza por una enumeración de las circunstancias por las que “se disolverá” (art. 260 LSA)...En primer lugar, para impedir que una sociedad de capital pueda funcionar cuando la única garantía de los acreedores sociales, constituida por la correspondencia entre capital y patrimonio, se vea seriamente comprometida: si el patrimonio social no alcanza, al menos, la mitad de la cifra del capital social, la sociedad debe desaparecer o poner fin a tal situación (art. 260.1.4º LSA)”.

Equipara el desbalance contable a la insolvencia, que es un “mecanismo de anticipación exclusivamente societario”. Las pérdidas cualificadas acaecen cuando dejen “reducido el patrimonio a una cantidad inferior a la mitad del capital social, a no ser que éste se aumente o se reduzca en la medida suficiente”, imponiendo a los administradores el deber de convocar a junta general en el plazo de dos meses desde la concurrencia de la causa de disolución, para que sean los socios los que decidan si continúan con la actividad empresarial eliminando la causal o si optan por disolver la sociedad, debiendo en caso contrario los administradores solicitar la disolución judicial o el concurso si hubiere causales para ello.

3.Normas imperativas. “En segundo lugar –tras la Ley de Reforma y Adaptación- la técnica de la disolución se utiliza también para reprimir la infracción de determinadas normas imperativas consideradas como esenciales para la existencia de la sociedad: la sociedad debe extinguirse si contraviene la norma que prevé la existencia de un capital social mínimo... la disolución adquiere un

² 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.

³ BELTRAN SANCHEZ, Emilio “La responsabilidad por las deudas sociales de administradores de sociedades anónimas y limitadas incursas en causa de disolución” en libro colectivo *La responsabilidad de los administradores de sociedades de capital* director Juan Bolás Alfonso, Consejo General del Notariado, Madrid 2000 pág. 154.

⁴ 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 57º, noviembre-diciembre 2012 fas. 6º, pág. 1353.

perfil *sancionador*. Esas consideraciones explican el *carácter imperativo* de las normas sobre disolución...”⁵.

4. *Deberes de los administradores*. Enfatizó Beltrán⁶: “Los deberes legales se entienden cumplidos también cuando los administradores soliciten la declaración judicial del concurso de acreedores, si bien el sistema legal es muy confuso”.

De las enseñanzas de Beltrán resulta la metodología de este ensayo, conforme va de seguido.

II – LAS NORMAS IMPERATIVAS Y LA FUNCIÓN DE GARANTÍA DEL CAPITAL.

Pese a lo expresado, existe un olvido doctrinal y jurisprudencial en la aplicación de normas imperativas de la legislación societaria en concurso preventivo de sociedades.

Las leyes de sociedades tienen un sistema imperativo para evitar la insolvencia de esas personas jurídicas, esto es la pérdida del capital social como causal de disolución.

1. *Insolvencia, cesación de pagos y pérdida del capital social*. En relación a las sociedades, debe distinguirse entre insolvencia –insolvencia patrimonial- o falta de patrimonio activo para atender el patrimonio pasivo, de la cesación de pagos –insolvencia financiera⁷- que se genera por un activo corriente menos al pasivo corriente, sin que exista la anterior situación de insolvencia o sea patrimonio neto negativo o neutro. Ello al margen de la terminología que se use en la legislación concursal para justificar la apertura de un proceso de convocación de los acreedores, que difiere en cada país, aunque todos tratan de igual manera la pérdida del capital social como causal disolutoria.

Convengamos que son dos situaciones patrimonialmente distinguibles en las sociedades.

2. *Dos líneas de trabajo*. La problemática se enfrenta en dos líneas⁸. Una absolutamente especialista, que excluye otras normativas para aplicar sólo la ley concursal, y otra basada en la preeminencia de normas societarias para atender los problemas de su insolvencia.

Afirmando esa última posición en el Instituto Iberoamericano de Derecho Concursal, dirigimos todas nuestras participaciones en sus Congresos Internacionales y Nacionales⁹ y que ahora venimos en profundizar iluminados por las ideas de Emilio Beltrán. Nada nuevo, pero si necesario de recordar.

En la perspectiva del derecho societario, el fenómeno de la reorganización puede ser afrontado con operaciones referidas al aumento de capital, participaciones u opciones para superar la crisis. A diferencia de la constitución de la sociedad, la fase de la reorganización afecta no sólo a los suscriptores del capital sino a una pluralidad de sujetos extraños a la sociedad, pudiendo llegar a quedar en sus manos las decisiones sociales¹⁰, como lo son los proveedores y los trabajadores.

Sobre esos aspectos discurrimos en lo que llamamos la preconcursalidad societaria o la solución negociada extrajudicial. Es que “La problemática gira hoy en torno a encontrar los mecanismos que permitan ...reestructuración de medios productivos y de deuda en el menor tiempo, con el menor costo y el menor perjuicio para el patrimonio, lógicamente dentro de un sistema justo y

⁵ BELTRÁN, Emilio “La disolución de la sociedad anónima” en *Estudios de Derecho Mercantil*, Ed. Civitas, Madrid 1991, págs. 138/9.

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

⁷ PRATS MARQUINA, Marta “Preconcursalidad societaria” en *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, Ed. La Ley, España, RGP 20/2013. .

⁸ BARACAT, Edgar J. “EL DESVANECIMIENTO DE LOS PROCEDIMIENTOS ORTODOXOS PARA ABORDAR LA INSOLVENCIA DE LAS PERSONAS FÍSICAS Y EMPRESAS.- ¿UN GIRO DEFINITIVO HACIA EL PRIVATISMO?”, en *Revista de Derecho Comercial y de la Empresa*, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2ª quincena diciembre 2011, refiere dos escuelas la concursalista y la constructivista.

⁹ Iniciamos con la “Reforma concursal: ¿De ideas o de normas?”, siguiendo con “La empresa, su crisis y su conservación (meditaciones desde una visión nacional)”, “Bien jurídico tutelado por el sistema concursal. Prevención de la crisis”, para adentrarnos con “LA PLANIFICACION PRECONCURSAL (asumiendo crisis tempestiva y extrajudicialmente), ajustándonos a “La crisis de la organización societaria”, que incorporamos todos a nuestro libro *PERSPECTIVA DEL DERECHO DE LA INSOLVENCIA*, que sintetizamos al año siguiente en el VI Congreso en “Perspectiva del Derecho de la Insolvencia”, siguiendo con “La eficiencia para afrontar la insolvencia societaria” y cerrar en el año 2012 con “Insolvencia societaria ¿capitalismo donatario o de reposición”, con nuestras pinceladas en el VI Congreso Colombiano de Derecho Concursal, Cartagena 23 a 25 de agosto de 2012, sobre “Administradores societarios y responsabilidad frente a la insolvencia”, en el libro electrónica al inolvidable Jesús Sanguino Sanchez con “Bases sustanciales para la conservación de la empresa”, en Cali “Hacia la desjudicialización de las crisis: la conservación de la empresa”, en el II Congreso Colombiano de Derecho Concursal, Valle de Leyva, Colombia, agosto de 2008 “AXIOLOGÍA DEL DERECHO CONCURSAL”, en una visión integradora del Derecho Concursal con el Societario en el abordaje de la *Insolvencia Societaria*.

¹⁰ GUERRERA, Fabrizio, MALTONI, Marco “Concordati giuziziali e operazioni societarie di riorganizzazione” en *Rivista delle società* anno 53, 2008 p. 22/3, STANGUPELLINI, Lorenzo “Creditori forti e governo della crisi d’impresa”, *Fallimento* 2006, 145 ss..

equilibrado...el muestreo estadístico de la Banca de Italia demuestra que más de un tercio del crédito sujeto a fenómenos de insolvencia encuentran solución mediante procedimientos extrajudiciales”¹¹.

3. *La imperatividad de las normas del derecho societario*, sostenida por Beltrán, como aspecto liminar de la integración, resulta indubitable¹².

El proyecto de reformas del Código Civil y Comercial en Argentina tornaría innecesario distinguir entre orden público y normas imperativas en cuanto a la inderogabilidad de estas últimas por conductas de los administradores o socios. Lo determina el artículo 12 del Título Preliminar que refiere al “Orden público” y al “Fraude a la ley”, disponiendo: “Las convenciones particulares no pueden dejar sin efecto las leyes en cuya observancia esté interesado el orden público. El acto respecto del cual se invoque el amparo de un texto legal, que persiga un resultado sustancialmente análogo al prohibido por una norma imperativa, se considera otorgado en fraude a la ley. En ese caso, el acto debe someterse a la norma imperativa que se trata de eludir”. Distingue orden público de normas imperativas: respecto al primero para impedir pueda dejarse de lado, y respecto a ambos supuestos para sancionar el fraude a la ley. En el mismo sentido el actual art. 21 CC argentino del Título Preliminar¹³.

Cuando se compromete la continuidad del giro empresario –objeto de la sociedad- aparece un orden público social: la conservación de la empresa por el efecto social y económico en la región, y la conservación del empleo. No hacerlo significaría afectar el orden público.

En derecho se considera norma imperativa a aquella norma jurídica que posee un contenido del que los sujetos jurídicos no pueden prescindir, de manera que la regulación normativa que se haga de la materia tendrá completa validez independientemente de la voluntad del individuo.

El concepto de norma imperativa se contraponen al de norma dispositiva, pues en este último supuesto, la norma y su contenido están supeditadas al principio de autonomía de la voluntad, y su aplicación está limitada a los supuestos en los que los sujetos no regulen sus relaciones en sentido distinto al dictado por la norma dispositiva.

La autonomía de la voluntad para generar entes personificados, reconoce límites. En el caso para prevenir perjudicar a terceros y a la propia sociedad, se generan normas sobre la subsistencia de las sociedades cuando aparece lo que la ley determina causales de disolución, que imponen su subsanación o la liquidación de la sociedad. Se resguarda el cumplimiento de esas normas imperativas imponiendo responsabilidad a administradores y socios, en su caso.

Una técnica de resguardo es el capital social, a través de la llamada función de garantía del capital social.

Se afirma¹⁴ “La ley 19.550 posee normas de tipo imperativas y normas de tipo dispositivas. Dentro de las primeras coexisten las normas que tutelan intereses patrimoniales y aquellas que protegen un llamado: orden público. A éstas últimas podemos catalogarlas como: normas imperativas (de orden público). Atento el interés jurídico tutelado, las normas de orden público no pueden ser derogadas por contrato. Hasta aquí llega la autonomía de las partes. - Siendo esto así, la cuestión de fondo es saber qué normas de la ley de sociedades son imperativas y cuáles de orden público. Esta distinción es vital para comprender el marco contractual (art. 21 del C. Civil). (...) Dentro de las normas imperativas (de orden público) se encuentran las referidas a la tipicidad societaria y las que hacen a la organización de la persona jurídica. Dentro de esta categoría de normas podríamos afirmar que todos aquellos elementos configuradores del tipo quedan fuera de la autonomía contractual no pudiendo ser derogadas. Ejemplo lo encontramos en algunos institutos societarios: 1) el capital social, 2) la representación del capital en acciones o cuotas, 3) la asamblea como órgano de gobierno, 4) el directorio como órgano de administración, 5) el régimen de limitación de responsabilidad; 6) la liquidación de la sociedad por pérdida total del patrimonio; 7) el régimen de reorganización

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

¹² VEIGA, Juan Carlos – RICHARD, Efraín Hugo “El contra derecho: 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.

¹³ 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.

¹⁴ VAN THIENEN, Pablo Augusto (Director y colaboradores) “Orden público societario...¿estás ahí? En *Lax & Finance*, Working Paper n° 20, 2008.

societaria vía fusión, escisión o transformación; 8) el régimen de disolución y liquidación; entre otros dispositivos. Nadie puede negar que el capital social constituya un elemento esencial del tipo pues hace al patrimonio neto mínimo de retención que el sistema jurídico exige como atributo de la personalidad y del régimen de limitación de responsabilidad... Ellos son de orden público. No importa la escuela donde nos enrolemos (BORDA o LLAMBIAS) el intento por derogarlos dará lugar a la nulidad absoluta. Nos animamos a decir que este tipo de normas son imperativas (de orden público) y que su violación da lugar a una nulidad”.

Lo referido a causales de disolución, liquidación, como la falta de capital social son normas imperativas, de orden público, irrenunciables e inderogables. A salvo la autonomía de la voluntad de remover la causal reintegrando el capital social en el caso.

4. *Nuestra Corte Suprema*. Ratificando esas conclusiones y la integración de normas concursales con las societarias, el fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina del 20 de octubre de 2009, formula un *obiter dictum* sobre el punto, al acoger planteos de arbitrariedad contra la sentencia homologatoria en “Sociedad Comercial del Plata S.A. y otros s/ concurso preventivo”, expresando contundentemente en párrafo del voto mayoritario con iluminada calificación: “El proceso concursal, como última ratio preventiva que procura remediar el estado de cesación de pagos, atendiendo coetáneamente la protección de la empresa y la satisfacción del derecho de los acreedores”.

Se confirma así que la legislación societaria tiene normas y recursos que permiten reencauzar las crisis patrimoniales¹⁵.

Si el aumento de capital es patrimonialmente necesario para la viabilidad económica del cumplimiento del objeto social, y particularmente si se ha perdido el capital social, el no sanear la situación, el no aumento de ese capital comporta un acto de mala fe y de abuso de derecho en perjuicio de acreedores y del mercado, al soslayar la obligación de los socios de reintegrar el capital social o propiciar su aumento, que es calificado cuando en una presentación en concurso intentan imponer el reequilibrio patrimonial a los acreedores afectando sus patrimonios con quitas¹⁶.

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 ley¹⁷.

5. *Responsabilidad*. Franco Bonelli¹⁸ afronta el supuesto de la continuación de la gestión social después de la pérdida del capital social, con la responsabilidad de los administradores.

De no existir normas claras que impidan la continuación de la empresa en crisis aumentando la posibilidad de fracaso ante una prospectiva incierta, la tutela de acreedores impone la responsabilidad de los administradores¹⁹.

Hemos cuestionado la calificación de las causales de disolución en las que operan de pleno derecho, *ipso jure* u *ope legis*, dentro de las que se señala el vencimiento del término. No parece una clasificación adecuada y así lo sostenemos²⁰. Aún en la causal de vencimiento del término la sociedad podría seguir operando –otro tema es la responsabilidad si ello genera daño–. Es valiosa la clasificación entre causales imperativas y voluntarias, y en relación a las primeras las de inmediata constatación y las que deben ser declaradas. Todo en vista a la sanción: la responsabilidad.

Si la recomposición no se decide y continúa operando la sociedad la cuestión de la responsabilidad se retrotrae a la fecha en que se acredite que administradores y socios conocieron o debieron conocer la situación si, como debemos presumir, hay acreedores insatisfechos o que resultan afectados por quitas y esperas en un proceso concursal. La responsabilidad del art. 99 LSA es de plena aplicación ante el daño a acreedores insolutos.

¹⁵ FUSHIMI, Jorge Fernando – RICHARD, Efraín Hugo “LA QUITA EN CONCURSOS DE SOCIEDADES Y SU TRATAMIENTO FISCAL (y algunos aspectos periféricos)” t. 1 p. 635 de los libros de los Congresos VIIIº CONGRESO ARGENTINO DE DERECHO CONCURSAL VIº CONGRESO IBEROAMERICANO DE LA INSOLVENCIA, Tucumán (R.A.) septiembre de 2012, *POR UN MEJOR DERECHO CONCURSAL*.

¹⁶ 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.

¹⁷ Pueden verse otros trabajos en página electrónica de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba www.acaderc.org.ar

¹⁸ En *La responsabilità degli amministratori di società per azioni*, Ed. Giuffrè, n° 135 de los Quaderini di Giurisprudenza Commerciali,

¹⁹ MIOLA, Massimo *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, noviembre-diciembre 2005, fascículo 6º p. 1199, especialmente pág. 1310.

²⁰ RICHARD, E.H. - MUIÑO O.M. *Derecho Societario*, 2ª edición ampliada y actualizada, Ed. Astrea, Bs. As. 2007, pág. 365 y ss..

Los efectos de la aprobación de un balance no se agotan con su aprobación y el balance implica una proyección sobre el futuro. Particularmente por aspectos que suelen minimizarse al referirse a la función de garantía del capital social²¹, 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 la existencia de una causal de disolución por pérdida del capital social o cuando menos de una pérdida parcial que impone su reducción, sin aparecer punto posterior del orden del día para adoptar las soluciones que imperativamente impone la ley societaria.

Karten Schmidt²² 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 (...). 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 concurso²³ (...) 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...”. Es evidente que 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”²⁴.

Frecuentemente se señala por la doctrina “que esta responsabilidad legal de los administradores en el caso de pérdidas cualificadas tiene una función *preconcursoal* o *paraconcursoal*, considerando algún otro considerarla como *anticoncursoal*. Se piensa que “para evitar que la sociedad llegue al estado de insolvencia, el legislador ha establecido un mecanismo preventivo consistente en obligar a la sociedad a disolverse o adoptar medidas sustitutorias de saneamiento financiero cuando se produzcan pérdidas graves sin llegar a la insolvencia, amenazando con graves sanciones a los administradores si esto no se produce”²⁵.

6. *La preconcursoalidad*. Las previsiones imperativas de la ley societaria son “preconcursoales”. Para Argentina²⁶ rigen los arts. 94 inc. 5º, 96 y 99 LSA. La “preconcursoalidad” aparece así activada, evitando el concurso y la responsabilidad de los administradores.

Tenemos un régimen más liberal que el español, recién se genera la causal de disolución cuando el balance indica la pérdida de la totalidad del capital social (art. 94 inc. 5 LSA, imponiendo el reintegro o la capitalización si se quiere evitar la liquidación, art. 96 LSA y la responsabilidad solidaria de administradores y socios en su caso –art. 99 LSA²⁷, no previendo la eventualidad del concurso, ni plazo alguno para la realización de la reunión de socios, naciendo la responsabilidad inmediatamente de constatada la causal.

Se remarca²⁸ el carácter preconcursoal de las normas del derecho societario sobre pérdida del capital social “que es un concepto jurídico/contable y la ley impone que los administradores disuelvan; ... El derecho de sociedades no es ajeno a la crisis económica de la empresa. El régimen de pérdida de capital social... y la exigencia de adoptar medidas alternativas ante esa pérdida... revelan esa preocupación del legislador societario, al imponer deberes a los administradores y accionistas, como prevención a la crisis de insolvencia.

²¹ DASSO *Tratado del Derecho de Separación o Receso del Socio y del Accionista*, Ed. Legis, Bs. Aires 2012, pág. 193 y ss..

²² “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..

²³ “El derecho empresario y el derecho concursal” en *De la Insolvencia Segundo Congreso Iberoamericano* AAVV directores Junyent Bas-Rodríguez Pardina-Richard, Ed. Advocatus, Córdoba, República Argentina, 2000, tomo III pag. 751 y ss..

²⁴ 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. Civiltas, Madrid 1999, tomo I, especialmente “Las pérdidas graves” págs.. 1009.

²⁵ DíEZ ECHEGARAY, José Luis *Deberes y Responsabilidad de los Administradores de Sociedades de Capital*, 2006, Ed. Thomson-Aranzadi 2ª edición, Navarra, p. 387-

²⁶ Nto. “Disolución por pérdida del capital social y concurso”, en *Anales de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba*, Año Académico 2010, pág. 37. Ed. Academia, Córdoba 2011.

²⁷ Nto. “El art. 99, ley 19.550, y causales de disolución de sociedades (de cómo evitar la responsabilidad ante la insolvencia societaria)” en *Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones*, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires 2013, 260-265 sección doctrina.

²⁸ ARAYA, Miguel C. “La función preconcursoal del régimen de pérdida del capital social” en *VI Congreso Argentino de Derecho Concursal IV Congreso Iberoamericano sobre la Insolvencia*, Rosario 27/29 septiembre 2006, Rosario 2006/8, t. II págs.. 25/32, y luego el debate en t. IV pág. 286.

La reorganización societaria hace pensar en administradores diligentes²⁹ que, ante la crisis, formulan un plan y lo someten a consideración de los socios para superarla.

Se trata de situaciones de desequilibrio que ponen en peligro la supervivencia de una organización³⁰, de una sociedad. 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 derecho³¹.

7. *Capital. Función de garantía.* En relación a la insolvencia lo que adquiere relevancia es la función de garantía del capital social. “La doctrina clásica ha venido sosteniendo consistentemente que el capital social cumple una función de garantía hacia los terceros que se vincula con la sociedad, garantía que cobra particular importancia en aquellos tipos sociales en los cuales los socios no son responsables por las obligaciones contraídas por la sociedad...se verifique un esfuerzo legislativo orientado a que el valor del patrimonio represente, al menos, el equivalente a la cifra capital no sólo en el momento inicial, constitutivo de la sociedad, sino también durante la vida social. ...La verdadera garantía de la sociedad por sus obligaciones hacia terceros viene dada por su patrimonio neto”³². En cualquier caso y legislación existe un parámetro: el pasivo no puede superar el activo.

El objetivo es “...impedir que una sociedad de capital pueda funcionar cuando la única garantía de los acreedores sociales, constituida por la correspondencia entre capital y patrimonio, se vea seriamente comprometida: si el patrimonio social no alcanza, al menos, la mitad de la cifra del capital social, la sociedad debe desaparecer o poner fin a tal situación (art. 260.1.4° LSA)”. Algunas diferencias interpretativas entre la ley de sociedades anónimas y de responsabilidad limitada que comenta agudamente Beltrán han sido ahora superadas en la ley publicada el 3 de julio de 2010.

Ante falta de disposición normativa existe la posibilidad de enfocar el problema de la infracapitalización desde la óptica de la *responsabilidad de los administradores*. Así se contempla en Francia, con la *action en comblement du passif*, que establece en sede concursal la sanción a la infracapitalización.³³

8. *Reintegro.* La reintegración del capital por parte de los socios consiste en el acto de la realización de nuevos aportes al rubro capital, sin recibir a cambio nuevas acciones. El reintegro del capital no supone una modificación de él, sino el acrecentamiento del patrimonio social tendiente a lograr que el exceso de pasivo aparezca neutralizado por esta vía y se torne coincidente con el monto del capital³⁴. Los socios tienen el deber de reintegrar el capital si este se hubiere perdido y se optare por no liquidar la sociedad. Se trata a toda costa de evitar que la sociedad siga contagiando en el mercado. De no desear reintegrar el capital social, la ley les brinda la posibilidad de recurrir al aumento de ese capital, con la intervención eventual de terceros, incluso a través de la solución normativa del art. 197 LSA de capitalizar el pasivo.

El reintegro de capital no es un aumento formal, pero abre la posibilidad de receso, si bien con resultado neutro³⁵, simplemente liberatorio de la obligación de reintegrar.

9. *Capitalización de pasivo.* La capitalización del pasivo trae un beneficio inmediato a los accionistas³⁶, directores o terceros que hayan garantizado una obligación capitalizada, pues se

²⁹ Nto. “¿Reorganización societaria o concursal ante la crisis? (un “obiter dictum” de la Corte)” en libro colectivo AAVV “Reestructuración y Reorganización Empresarial en las Sociedades y los Concursos”, publicación del Instituto Argentino de Derecho Comercial – 2010, Director Martín Arecha, Vicedirectora Laura L. Filippi, Ed. Legis, Buenos Aires 2010, págs. 3 a 78.

³⁰ CICHERO, Liliana *Las crisis empresariales y el acuerdo preventivo extrajudicial homologado* en La Ley Actualidad, pág. 1 diario 15.3.2001.

³¹ STANGHELLINI, Lorenzo “Proprietà e controllo dell’impresa in crisi” en *Rivista delle Società* anno 49° 2004 settembre-ottobre fascicolo 5°, Editorial Giuffrè Milano, pág. 1079.

³² FERNÁNDEZ, Leonardo F. “El capital social. Introducción. Funciones. Principios. Aumento, reintegro y reducción” en *Tratado de los Conflictos Societarios* cit. tomo I 645 y ss., especialmente págs. 656/8.

³³ Art. 180 de la Ley 85-98 de 25 de enero de 1985 *relative au redressement et à la liquidation judiciaires des entreprises*.

³⁴ DASSO, Ariel A. “Derecho de receso” en *Tratado de los conflictos societarios*, libro colectivo dirección Diego Duprat, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires 2013, tomo II pág. 1355, en particular 1989 y ss..

³⁵ DASSO, Ariel A. *Tratado del Derecho de Separación o Receso del Socio y del Accionista*, cit. pág. 193 y ss..

³⁶ FUSHIMI, Jorge Fernando – RICHARD, Efraín Hugo “La quita en concursos de sociedades y su tratamiento fiscal (y algunos aspectos periféricos)” en *Por un mejor Derecho Concursal*, tomo 1 pág. 635. DASSO, *Derecho Concursal Comparado* Tomo I cit. en la descripción del sistema de Estados Unidos de América, destaca “El primer efecto es la suspensión de las acciones contra el deudor.

liberarán de esa obligación de garantía. Hay sistemas que en situaciones semejantes autorizan a los administradores a emitir acciones sin autorización de los socios³⁷.

La capitalización de deuda podría ser la solución fiscal y socialmente más interesante³⁸. La capitalización de aportes irrevocables afectando el derecho de suscripción preferente de otros accionistas es opinable³⁹.

La transferencia del control de la empresa en crisis, de los accionistas que carecen ya de incentivo y de los administradores que responden a ellos, se plantea como un problema desde la legislación concursal –pero ¿por qué no desde la societaria?-, a los acreedores que ven comprometido en ello su capital de riesgo⁴⁰. En función de ello los acreedores deberían organizarse en categorías, con intereses uniformes, para intervenir en la vida de la sociedad⁴¹.

El accionista que pudiendo hacerlo, legítimamente decida no recapitalizar la empresa insolvente debe pasar la propiedad de la misma a los acreedores⁴². 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.

La capitalización tiene múltiples matices⁴³. Apremiar adecuadamente sus posibilidades depende del plan de negocios que formulen los administradores o los técnicos a que ellos se lo requieran. Se usó en la reorganización estadounidense de GMC –que ahora abre nuevas instancias- y contemporáneamente se registra en la legislación española para soluciones extrajudiciales impulsando a las entidades financieras a capitalizar a sus deudores con sus acreencias.

Señala la jurisprudencia⁴⁴ “la suficiente capitalización de la sociedad al momento de su constitución y posteriormente, durante todo el desarrollo de la actividad empresarial es la mejor manera de evitar la insolvencia de la sociedad, atento que ésta cuenta con mecanismos para obtener la financiación interna”, y –eventualmente- la capitalización del pasivo.

Jorge Daniel Grispo⁴⁵ expresó “Por nuestra parte entendemos que la constitución de sociedad con los acreedores mediante la capitalización del pasivo concursal, es tanto una herramienta sumamente útil para la reestructuración de pasivos, como una forma adecuada de interesar a los acreedores en el futuro de la empresa. Decimos esto pues, más allá de haber implementando este tipo de propuestas innumerables veces en el transcurso de nuestra actuación profesional, estamos convencidos de su utilidad práctica”. Esta es una práctica que hemos desenvuelto en 58 años de ejercicio profesional, con éxito para nuestros asesorados, sea la sociedad en crisis o acreedores en casos, con la aplicación de tres legislaciones diferentes (Leyes 11.719, 19.551 y 24.522).

III – UNA PRESENTACIÓN COMPARATISTA. LAS PREVISIONES DE LA LEGISLACIÓN SOCIETARIA PARA AFRONTAR CRISIS. LA UNIFORMIDAD DE SOLUCIONES PREVENTIVAS DE LA INSOLVENCIA EN EL DERECHO SOCIETARIO⁴⁶.

Existe una disociación en la enseñanza y en la dogmática en el tratamiento de las normas “anti crisis” de la legislación societaria, olvidadas en la práctica para posibilitar con quitas y esperas la transferencia de riqueza de acreedores a socios.

Los empresarios han protagonizado “una exigencia cada vez más extensa y apremiante... de condiciones de favor, de inmunidad respecto del derecho común, reclamados como incentivos a la

³⁷ MIOLA, ob. cit. p. 1199.

³⁸ FUSHIMI – RICHARD “La quita en concursos...” cit..

³⁹ DASSO *Tratado del Derecho de Separación o Receso del Socio y del Accionista*, cit. pág. 324 y concordantes; nro. *Derechos Patrimoniales de los Accionistas* Ed. Lerner, Córdoba 1970 pág. 171 y ss..

⁴⁰ Esta es la idea que desenvuelve en proyección de reforma de la legislación falencial STANGHELLINI art. cit. pág. 1041 y ss. específicamente 1055.

⁴¹ MAZZONI, ALBERTO “L’impresa tra diritto ed economia” en *Rivista delle Società* anno 53º/ 2008 pág. 668, especialmente 666.

⁴² STANGHELLINI ob. cit. espec. pág. 1072.

⁴³ Emitir con prima, o acciones de clase, con preferencias, determinando pactos de rescate, etc.. Las cláusulas con convenios de preferencia para la compra de acciones o cuotas sociales, son de validez indiscutida en el derecho argentino tanto como en el comparado, sea que estén contenidas en el estado o en pactos privados entre accionistas..

⁴⁴ Cám. Trabajo y Minas 4ª Nominación de Santiago del Estero, República Argentina, con fecha 15 de junio de 2005, en la causa “Salazar, Oscar E. c/ Florestal El Milagro SRL”, LLNOA 2005-1446.

⁴⁵ Ponente General en el Congreso Nacional de Derecho Procesal (Córdoba, septiembre 2013, sobre “Efectividad de la sentencia homologatoria del concurso preventivo en relación a los acreedores que no participaron del proceso universal” Págs. 446 y 458 del libro del XXVII Congreso Nacional de Derecho Procesal *Una sentencia cumplida es un derecho escuchado*, Córdoba, 18, 19 y 20 de setiembre de 2013.

⁴⁶ Nto. “NOTAS EN TORNO A LA PRECONCURSALIDAD SOCIETARIA: UN ESTUDIO COMPARADO”, en *Revista de Derecho concursal y Paraconcursal*, Editorial La Ley., RPC 20/2014, Reseña Legislativa española y comparada. Madrid 2014, págs. 423 a 446, a pedido de Juana Pulgar Esquerro, que también puede consultarse en página electrónica de Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba www.acaderc.org.ar

actividad productiva”⁴⁷, pero en relación al mercado la visión que mantenemos conlleva un fuerte ahorro en los costos de transacción especialmente en situaciones caracterizadas por la información asimétrica, esto es, cuando una de las partes involucradas en un contrato no dispone de toda la información relevante acerca de las características del otro contratante⁴⁸.

Intentemos una rápida e incompleta incursión sobre estos sistemas de preconcursalidad en el derecho de varios países que esperamos ser nutrida por las contribuciones de los Miembros del Instituto Iberoamericano de Derecho Concursal.

1. En el derecho argentino ante la pérdida del capital social, total, se genera una causal de disolución, eventualmente expresada como declaración de verdad cuando el órgano de gobierno de una sociedad aprueba un balance con patrimonio neto neutro o negativo. La causal de disolución acreditada impone la liquidación, salvo que los socios decidan el reintegro del capital, o la capitalización por ellos o terceros –incluso por capitalización del pasivo (art. 197.2 LSA)- conforme prevé el art. 96 LSA. No eliminada de esa forma la causal corresponde iniciar la liquidación para evitar más daño a la propia sociedad y a los terceros, generándose caso contrario responsabilidad solidaria e ilimitada de los administradores y de socios en su caso, o sea cuando éstos conocen y mantienen el giro societario (art. 99 LSA). Es el derecho más permisivo: requiere una pérdida total.

2. Revisemos las normas uruguayas. Es causal de disolución la pérdida que reduzca al capital a menos del veinticinco por ciento “Lo cual no se produce de pleno derecho, arts. 159 No. 6, sino que puede ser evitada en tanto los socios resuelvan reducir o reintegrar capital, art. 160”⁴⁹.

Ante la pérdida del 50% del capital social se impone en la sociedad por acciones la reducción obligatoria de ese capital, para evitar confusión en los acreedores.

Se remarca que “La presencia en la ley uruguaya del instituto de la infracapitalización como presunción absoluta de culpabilidad del concurso consagra finalmente la necesidad de que los operadores económicos cuenten con recursos suficientes para desarrollar su actividad. La decisión del legislador –que comienza a plasmarse en sentencias- nos parece positiva, en cuanto contribuye a prevenir la insolvencia y el traspaso indebido de riesgos a los acreedores, así como a evitar abusos y mecanismos perversos que debilitan el crédito, el tráfico comercial y la economía en general”⁵⁰, y cuando la pérdida alcanza más de las tres cuartas partes del capital se impone la liquidación de la sociedad, no pudiendo los administradores realizar otras operaciones, asumiendo responsabilidad solidaria frente a acreedores con referencia también a responsabilidad de los socios.

La ley de concursos acepta la insolvencia como presupuesto objetivo, entre otros supuestos del art. 4, en su apartado 1° como la pérdida del capital social cuando exista un pasivo superior al activo comprobado por “normas contables adecuadas”, imponiendo a los administradores la presentación dentro de los 30 días de haberse advertido tal situación por los administradores societarios, previsto por el art. 10: “conocido o debido conocer su estado de insolvencia”. A su vez impone que en el caso de sociedades la propuesta de acuerdo debe estar ratificada por el órgano de gobierno.

La continuación de la actividad sin el reintegro obligatorio, o la capitalización –incluso por los acreedores suspendiendo el derecho de suscripción preferente- impone si se llega a perder el 100% del capital el concursamiento por insolvencia, la que debe efectivizarse dentro de los 30 días (arts. 319, 330 LSU).

Ese concursamiento no cubrirá las responsabilidades asumidas pues se evidencia que la sociedad ha continuado su giro. El art. 83 de la ley societaria uruguaya es similar al art. 59 LSA

⁴⁷ GALGANO, Francesco *Las instituciones de la economía capitalista* Ed. Ariel, Barcelona 1990, pág. 79, en traducción de Carmen Alborch Batalles y M. Broseta Pont.

⁴⁸ BEBCZUK, Ricardo N. “Información asimétrica en mercados financieros”, Cambridge University Press, Madrid, 2000, p. 9 s.

⁴⁹ HOLZ, Eva “La infracapitalización societaria en el derecho y doctrina uruguaya”, pág. 89 y ss. en *Anuario de Derecho Comercial*, Montevideo, 2012.

⁵⁰ CHALAS SANZ, Laura L. “La infracapitalización como presunción de culpabilidad del concurso en la ley uruguaya” en *Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones* n° 253, marzo/abril 2012 pág. 531 y ss. Indicando que el numeral 2 del art. 193 de la ley concursal uruguaya establece la siguiente presunción absoluta: “Cuando durante los dos años anteriores a la fecha de declaración del concurso de acreedores los fondos o los bienes propios del deudor hubieran sido manifiestamente insuficientes o inadecuados para el ejercicio de la actividad o actividades a las que se hubiera dedicado”. Sobre sanciones a socios y administradores por infracapitalización puede verse JUNYENT BAS, Francisco – CHIAVASSA, Eduardo N. “La infracapitalización societaria y las alternativas sancionatorias a socios y administradores en libro de ponencias de las Jornadas Internacionales de Derecho Económico Empresarial en Homenaje al Dr. Héctor Alegría”, Buenos Aires 2011, pág. 30.

sobre los deberes de diligencia y lealtad, aunque no se menciona a los terceros para satisfacerles los daños, pero si debe entenderse que se los resguarda a ellos a través de mantener el capital social y con la norma sobre actividad posterior a perder más del 75% del capital social. Sólo el dolo de los administradores podría ignorar esa causal de disolución y luego invocar la pérdida total para presentarse en concurso intempestivamente. El tema queda resuelto en caso de directores de sociedades por acciones en el art. 391 que determina su responsabilidad frente a terceros, cuyo contenido se fija en el art. 394 en la incapacidad patrimonial de la sociedad para satisfacer a los acreedores, que se vincula sin duda a la previsión de liquidación por pérdida de capital social. A su vez el art. 395 determina la posibilidad, en caso de concurso, que la misma la ejecute el liquidador o los acreedores individualmente.

El art. 160 LSU determina que no se disolverá si los socios reintegran total o parcialmente ese capital. Es probable que el grupo de control que no reintegró el capital y continúe el giro se vea afectado por las previsiones del art. 189 sobre inoponibilidad de la personalidad jurídica.

3. La ley colombiana del 27.12.2006 establece el “Régimen de insolvencia empresarial”, declara que el régimen de insolvencia propicia y protege la buena fe en las relaciones comerciales y patrimoniales, con miras a lograr propósitos de pago y de reactividad empresarial”.

El proceso de reorganización pretende a través de un acuerdo, preservar empresas viables y normalizar sus relaciones comerciales y crediticias.

La visión de las normas societarias como preventivas resulta del art. 10° que impone que la solicitud de reorganización debe acreditar “No haberse vencido el plazo establecido en la ley para enervar las causales de disolución, sin haber adoptado las medidas tendientes a subsanarla”.

El Código de Comercio dispone la disolución de la sociedad -art. 201 inc. C)- por “La pérdida definitiva del cincuenta por ciento (50%) del capital social, salvo que los socios repongan dicho capital o convengan en disminuirlo proporcionalmente”.

Esta legislación prevé el sistema concursal sobre la base de la mera “amenaza de insolvencia”. Pero la ley societaria del año 95 adopta una serie de medidas para proteger el capital desde los arts. 18 y ss., imponiendo desde el art.172 y ss. “información financiera” anual, poniendo en debate de los socios cualquier “amenaza” de crisis.

4. República Dominicana sigue el criterio de Colombia, con redacción diferente. La Ley General de Sociedades Comerciales y Empresas Individuales de Responsabilidad Limitada n° 479 de 2008, norma “Toda sociedad anónima podrá disolverse por las siguientes causas:... Por consecuencia de pérdidas que dejen reducido el patrimonio social a una cantidad inferior de la mitad del capital social suscrito y pagado, a menos que éste se reduzca o aumente en la medida suficiente” –art. 299.. Es el criterio de la 2ª. Directiva de la Unión Europea.

5. El rol del capital social, la importancia de actuar tempestivamente para solucionar la crisis desde el derecho societario, es recogida en el “Derecho Concursal Peruano” en 1999. Explica Dasso en “Derecho Concursal Comparado”: “La entidad de las pérdidas (mayor al tercio del capital social integrado) tiende parejamente, en primer término a evitar el abuso de una presentación que tiene el efecto de paralizar los derechos individuales de los acreedores, cuando la situación económica es considerada a través de la ecuación legal todavía superable y de otro lado, a descartar el uso de la reestructuración como instrumento meramente dilatorio cuando el deterioro económico asumirá tal magnitud que, en el caso de pérdidas mayores al tercio del capital la ley considera insuperable para la recuperación. En el otro extremo, cuando las pérdidas adquieren mayor importancia (superiores al total del capital social integrado), cuya medida se reputa *ex lege* como impeditiva de la recuperación, queda vedada esa vía y al deudor sólo le queda la vía liquidativa. Vale decir que la franja económica de la crisis que habilita al deudor a acogerse al concurso ordinario, conservativo, es el de pérdidas acumuladas no inferiores a la tercera parte del capital social, pero no superiores a su monto total”. Entre ambos límites (un tercio y el total) son los socios los que deben resolver la liquidación o la capitalización.

6. La ley de concursos mercantiles de México -publicada en Diario Oficial el 12 de mayo de 2000-, determina en su art. 1º que “Es de interés público conservar las empresas y evitar que el incumplimiento generalizado de las obligaciones de pago ponga en riesgo la viabilidad de las mismas y de las demás con las que mantenga una relación de negociación”.

En congruencia, la Ley de Sociedades de los 30, con sus modificaciones, impone como causal de disolución en su art. 229 la pérdida de los 2/3 del capital social -67%?-, haciendo responsables solidariamente a los administradores por la continuidad del giro, con el agravamiento previsto para la Sociedad anónima en art. 158, en la gestión calificada por la información que deben dar conforme al art. 172. Ello se une a normas sobre la protección al capital y su integración en los arts. 19, 20 y otras normas dispersas en la regulación.

7. En Chile el art. 299 de la Ley General de Sociedades dispone que la pérdida de 2/3 del capital social es causal de disolución, imponiéndose un deber de información del órgano de administración a la Superintendencia en caso de cesación de pagos, conforme el art. 101 de la ley 18.046 del año 1981. También deberá el Directorio citar a junta de accionistas para deliberar dentro de los 30 días, informando ampliamente sobre la situación legal, económica y financiera de la sociedad. Se exige que anualmente los administradores señalen cual es el capital que debe tener la sociedad para afrontar las actividades del inmediato año. Esto impide las maniobras de contabilidad creativa propios de las legislaciones de capital fijo, con las que se suele encubrir la pérdida del capital social.

8. En Venezuela⁵¹, la doctrina⁵² ha analizado la división de causales de disolución entre las que operan de pleno derecho y las otras: “tres casos en que la disolución tiene lugar por derecho: por el transcurso del término, por el cumplimiento del objeto (art. 190) y por la pérdida del capital (art. 146)”. El ordinal 5º del artículo 340 del Código de Venezuela establece como causal de disolución de la sociedad la pérdida entera del capital o la parcial a la que se refiere el artículo 264 cuando los socios no resuelven reintegrarlo o limitarlo al existente.

Una primera observación, meramente formal, es que la primera parte de la causal de disolución, “pérdida entera” del capital social, sobraría, toda vez que la pérdida parcial de capital prevista en el artículo 264 es también causa de disolución. Se apunta que la interpretación correcta es que la hipótesis de pérdida total se aplica a todas las sociedades mercantiles y la pérdida parcial del artículo 264 es causal propia de las sociedades anónimas.

9. En Alemania⁵³: “La obligación de convocar a los socios en una situación de crisis (...) juega un papel en la práctica empresarial. La Asamblea General o Asamblea de Socios deberá ser convocada si *lo requiere el bien de la sociedad* (art. 121 de la Ley de SA, art. 49 inc. 2 de la Ley de SRL), especialmente si se hubiera consumido el 50% del capital social (art. 92 inc. 1 de la Ley de S.A., art. 49 inc. 3 de la Ley de SRL). Estas obligaciones son de gran importancia en las crisis de las sociedades, porque se trata de posibilidades de saneamiento”. Antes y en orden a la lealtad y diligencia si incumplen “la diligencia de un Gerente ordenado y consciente y provocan un perjuicio a la sociedad”, interpretado conforme la *Business Judgment Rule*: “No existe una violación de deberes, si el Director en una decisión empresarial pudo suponer sin negligencia grave, que actuó en base a una información razonable para el bien de la sociedad”. Ante la constatación en el balance de la pérdida del capital social la acción en Alemania como en el derecho comparado se corresponde a lo que dispongan las normas societarias imperativamente: normalmente recapitalización o liquidación so pena de responsabilidad ex post. Es lo que el autor que citamos señala como “Responsabilidad por retraso de insolvencia....Si una sociedad de capital está sobre endeudada o entra en cesación de pagos, el Directorio o los Gerentes deberán solicitar la apertura del procedimiento de insolvencia si no logran un saneamiento dentro de las tres semanas subsiguientes.... Además los acreedores

⁵¹ Nto. “LA EMPRESA: SU ORGANIZACIÓN Y CRISIS”, en *Libro Homenaje al Profesor Alfredo Morles Herández* AAVV, tomo III *DERECHO FINANCIERO Y DERECHO CONCURSAL*, Cap. 67, pag. 645, Ed. Universidad Católica Andrés Bello, Caracas 2012.

⁵² MORLES HERNÁNDEZ, Alfredo “La disolución de las sociedades mercantiles” en *El Derecho privado y procesal en Venezuela. Homenaje a Gustavo Planchart Manrique*. Tomo I, págs. 288 y siguientes. Caracas, 2003.

⁵³ SCHMIDT, ob. cit. pág. 402

podrán exigir del Directorio o de los Gerentes una indemnización por daños y perjuicios...Las dificultades en el ejercicio del derecho parecían inmensas(...) **Cierto día los síndicos concursales descubrieron normas que habían quedado a oscuras durante 100 años**⁵⁴. Según estas disposiciones en el Derecho de Sociedades Anónimas y SRL el Directorio o los Gerentes deberán realizar a la masa cada uno de los pagos que hubiera efectuado en forma culposa después de manifestarse el sobreendeudamiento”.

En el Derecho alemán, se dispone la insolvencia como la incapacidad de cubrir el pasivo con el activo. Después de la reforma de la Konkursordnung por la Insolvenzordnung (InsO), Ley de 5 de octubre de 1994, se puede sostener que todo el procedimiento concursal se hace depender de un presupuesto que es la insolvencia sin particular calificación⁵⁵.

10. La legislación española atiende en su ley societaria a las pérdidas societarias cualificadas, que de no ser atendidas conforme las normas imperativas de la ley imponen un régimen especial de responsabilidad concursal a los administradores de derecho o de hecho, y quienes hubieran tenido esa condición dentro de los dos años anteriores a la declaración del concurso, condenándolos a pagar a los acreedores concursales total o parcialmente el importe de sus créditos que no perciban en la liquidación si el concurso se califica como culpable, que se agrega a la acción individual de responsabilidad autorizada por la ley societaria.

Se equipara el desbalance contable a la insolvencia, que es un “mecanismo de anticipación exclusivamente societario”.

Las pérdidas cualificadas acaecen cuando dejen “reducido el patrimonio a una cantidad inferior a la mitad del capital social, a no ser que éste se aumente o se reduzca en la medida suficiente”, imponiendo a los administradores el deber de convocar a junta general en el plazo de dos meses desde la concurrencia de la causa de disolución, para que sean los socios los que decida si continúan con la actividad empresarial eliminando la causal o si optan por disolver la sociedad, debiendo en caso contrario los administradores solicitar la disolución judicial o el concurso si hubiere causales para ello. “Se ha asignado a esta disolución por pérdidas, que encierra su origen en el (art. 241 de la Ley de Sociedades Comerciales francesa), una función anticipadora y preventiva de situaciones de insolvencia, pues el déficit patrimonial que se contempla en el art. 260.1.4. -de la ley societaria española- no es en relación al pasivo exigible, sino el relación al capital nominal, en una situación grave... no parece de nuevo que deba ser el concursal un ámbito empleado prioritariamente para la reorganización empresarial”⁵⁶.

Dasso⁵⁷ señala que “Constituye un extremo sin precedentes en el derecho comparado” la posibilidad de embargo de bienes de los administradores de personas jurídicas, o sea de sociedades, previsto en el art. 48 ter. La ley de sociedades de capital de España en los arts. 225 y 226 determina las funciones y deberes de los esos administradores, y la responsabilidad en el art. 236, previendo acción a terceros y socios contra ellos por daños directos (art. 241), y los indirectos –por daños al patrimonio social- puede promoverlos el tercero acreedor social ante el patrimonio insuficiente de la sociedad si la sociedad y los socios no la promueven. El art. 363 inc. e) impone la disolución por pérdida del capital social que lo reduzca a menos del 50% siempre que no se aumenta o se concurre si es procedente. El art. 367 determina la responsabilidad de administradores por obligaciones posteriores si en dos meses no se soluciona la causal o se presenta en concurso a la sociedad. Y a su vez aquel art. 48 ter de la ley concursal autoriza embargo sobre bienes de los administradores⁵⁸. Nos permitimos apuntar que, en casos de sociedades, si el activo supera al pasivo una quita –que genera una ganancia para la sociedad y obviamente a los socios- sería abusiva. A su vez el incidente de calificación, en principio, no se promoverá si la quita es inferior a un tercio del importe de los créditos o una espera inferior a tres años, salvo caso de posterior incumplimiento (art. 167 1º). Del

⁵⁴ El resaltado es nuestro y se corresponde al “descubrimiento” que proponemos de la legislación societaria sobre crisis.

⁵⁵ SCHMIDT, Karsten. en “El Derecho de Insolvencia alemán entre la crítica y la reforma”. No. 6, *Rivista delle Società*. 1996, p. 494.

⁵⁶ PULGAR EZQUERRA, Juana “ Las pérdidas societarias cualificadas: la responsabilidad de los administradores de sociedades de capital y la solicitud del concurso de acreedores” en *Sociedades Comerciales. Los administradores y los socios. Responsabilidad en Sociedades Anónimas* AAVV directores José M. Embid Irujo – Daniel R. Vitolo, Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe 2005, pág. 29, 38 y 41, en ésta en forma coincidente con la jurisprudencia de nuestra Corte en el caso Comercial del Plata S.A. – concurso.

⁵⁷ *Derecho Concursal Comparado*, cit. tomo III pág. 262.

⁵⁸ El art. 100 de esta ley condiciona la homologación de un acuerdo a que la quita no supere la mitad de cada crédito y la espera no exceda los 4 años.

incidente de calificación puede resultar la responsabilidad de administradores⁵⁹. Se determina el carácter solidario de la responsabilidad con extensión a todas las deudas sociales.⁶⁰

España habría debilitado la respuesta societaria, imponiendo que de no capitalizarse la sociedad, los administradores para no asumir responsabilidad deben presentar en concurso a la sociedad. Ello implica que el esfuerzo por capitalizar a la sociedad se puede trasladar a los acreedores por resoluciones mayoritarias. A nuestro entender –y desde una visión de principios del derecho- ello no descarta que: 1º se pueda atribuir responsabilidad a administradores si contrataron a sabiendas de las dificultades económicas que padecían, el factor de atribución será la culpa y no meramente el incumplimiento de la norma de capitalización, y 2º reconociendo que la quita a los acreedores implica un enriquecimiento de los socios, pueden pensarse en que el concurso es una suerte de abuso de derecho, del que nace la posibilidad de acciones por control abusivo. La cuestión se paliaría, en ambos casos, en la capitalización del pasivo, total o parcial, sea en procedimiento preconcursal o concursal.

Beltrán señala para las sociedades anónimas españolas “Los efectos de la concurrencia de una causa legítima para la disolución se completan con la imposición a los administradores de la responsabilidad solidaria por las obligaciones sociales cuando incumplan la obligación de convocar junta general o de solicitar, en su caso, la disolución judicial (art. 260.2, 4 y 5 LSA). ... el fundamento último del precepto estriba precisamente en la tutela de los acreedores sociales”. El Real Dto. Ley 4/2014, 7 de marzo, favorece la capitalización de deudas como acuerdos, con informes de expertos y mayorías especiales, formulación de OPA, y otras novedades.

11. La jurisprudencia americana no es ajena a ambigüedades⁶¹, sumándose las diferencias terminológicas. En acciones promovidas por accionistas en lo que se suele llamar la “zona de insolvencia” o sea de *red flags*, debe apuntarse que se cita de los tribunales de Delaware aceptan la responsabilidad cuando no existe buena fe, o sea dolo –ni siquiera culpa grave- por violación del deber de lealtad (*duty of loyalty*) y no meramente violación de la diligencia –activa u omisiva- (*duty of care*). No es el supuesto de acreedores vinculados en tiempos de cesación de pagos. La insolvencia dispara la responsabilidad. En general, en derecho societario norteamericano, el directorio de una sociedad solvente sólo tiene una obligación fiduciaria para con sus accionistas a fin de maximizar las ganancias y su valor. El Tribunal Concursal del Distrito Norte de Illinois, dispuso que los directores de las sociedades solventes únicamente deben obligaciones fiduciarias a los accionistas ya que son realmente éstos los dueños de la sociedad y el manejo de los activos societarios se encuentra a cargo de los directores. También el tribunal Judicial de Delaware reconoció la regla general referida a que los directores no tienen obligaciones con los acreedores más allá de los términos contractuales relevantes, no existiendo circunstancias especiales tales como la insolvencia. Una sociedad *solvente* es aquella que cuenta con la capacidad de satisfacer sus obligaciones monetarias contractuales y se presume que los acreedores se encuentran protegidos por los términos de los derechos que emanan de los contratos celebrados con aquélla.

En la doctrina de los Estados Unidos de Norteamérica se cuestiona la teoría del disregard por su imprecisión y se plantea si no es una modalidad de aplicar responsabilidad. La desestimación en sentido estricto implica el desconocimiento del principio de división (separación o escisión) patrimonial entre la sociedad y los socios o los terceros controlantes, pero normalmente es usado en sentido lato, eliminando las limitaciones de responsabilidad de los socios fijados por el tipo societario o de imputabilidad por las formas societarias. En este sentido se usa en el derecho americano la expresión *disregard of the legal entity* o *percing of the corporate veil*⁶². La doctrina sostiene que la teoría del levantamiento del velo es una figura que deja enorme discrecionalidad al juzgador, no percibiéndose como una construcción debidamente delimitada para la justicia y

⁵⁹ BELTRÁN, E. “La disolución de la sociedad anónima”, cit. págs. 34/5 y págs. 138/9.

⁶⁰ Artículo citado en nota anterior, pág. 133.

⁶¹ ANDRELLI, G. “Doveri di controllo degli amministratori e crisi finanziaria: una decisione della Chancery Court del Delaware” en *Rivista delle Società*, anno 54º, 2009, marzo-giugno pág. 579

⁶² Court of Appeal for the Fifth Circuit, el 29 de enero de 1990 sostuvo que el recurso de la personalidad jurídica no puede ser superado para afirmar la responsabilidad de la sociedad controlante en relación a los costos relativos a la bonificación de un área en la que actúa una sociedad totalmente controlada.... A criterio de la corte el superamiento del recurso de la personalidad jurídica debe limitarse a la situación en la que la forma de la sociedad personificada es usada como una función preordenada a un fin fraudulento o al efecto de no incurrir en responsabilidad personal (cfr. “Corporate Veil Cannot be pierced to impose Superfund Liability On Parent”, in *Securities Regulation y Law Reports*, vol. 22, 2 febbraio 1990, p. 158).

seguridad jurídica; llegándose a sostener que no existen elementos esenciales diferenciadores entre la teoría del *disregard* y de la presunción de responsabilidad por la *enterprise theory*.

Con respecto al período de preconcursalidad, o sea de sociedad en estado de cesación de pagos cuyos administradores no abren los procedimientos concursales, la jurisprudencia ha dado un viraje a partir de 1991 sosteniendo la responsabilidad civil de esos administradores frente a los nuevos acreedores⁶³. Se expresa⁶⁴ “... si en la actualidad una compañía se ve metida en líos, los consejeros pueden ser demandados a título personal...”.

12. En el Derecho inglés la definición de insolvencia viene dada por dos razones principales: por un lado, cuando la empresa no puede pagar sus deudas (cash flow) y por otro, el deudor es insolvente si sus obligaciones exceden su activo (según el balance)⁶⁵.

13. En la doctrina italiana se determina que la capitalización de la sociedad en crisis, insolvente requiere una decisión del órgano de gobierno, partiendo de la situación patrimonial determinada al tiempo de presentación en concurso preventivo conforme un balance extraordinario⁶⁶. Se sanciona con responsabilidad a los administradores cuando, ante la existencia de una causal de disolución, han retardado u omitido sus obligaciones perjudicando a los acreedores sociales⁶⁷.

Vivante⁶⁸ calificó a la pérdida del capital social como causal de disolución de pleno derecho.

En la reforma italiana el art. 2497 C.Civile expresamente establece un régimen de acciones de responsabilidad: “*Las sociedades o los entes que, en ejercicio de actividades de dirección y coordinación de sociedades, actúen en el interés empresarial propio o ajeno, en violación de los principios de correcta gestión societaria y empresarial de éstas sociedades, son directamente responsables frente a los socios de éstas por el perjuicio causado a la rentabilidad y al valor de la participación social, y frente a los acreedores sociales por la lesión producida a la integridad del patrimonio de la sociedad. [...] Responde solidariamente quien haya participado en el acto lesivo y, en los límites del beneficio obtenido, quien se haya beneficiado a sabiendas*”. Se advertirá que la noción de “daño” es extendida notablemente y se autorizan acciones derivativas.

IV - PARA EL DEBATE (y opinión sobre la empresa inviable)

Enfrentamos un problema metodológico. No podemos exigir eficiencia al sistema concursal si los administradores de la sociedad en crisis no han satisfecho las previsiones de las normas imperativas que resguardan el uso funcional del medio técnico organizativo. La tesis es que la crisis debe ser asumida por administradores y socios inicialmente desde la normativa societaria, similar en todos los países, que impone capitalizar la sociedad incluso por capitalización del pasivo.

Si una sociedad no obtiene capital de sus propios socios o de terceros, es porque no existe un adecuado plan⁶⁹ que determine la viabilidad y la rentabilidad de la empresa.

La preconcursalidad societaria, con bajo coste de transacción, asegura la conservación de la empresa. La aplicación de las normas imperativas revisadas constituye una obligación para

⁶³ VICARI, Andrea “I doveri degli amministratori in caso di insolvenza della società nel diritto statunitense”, en *Rivista delle Società* 1999 p. 1244.

⁶⁴ GIBNEY, Frank “El milagro programado” 2ª. Ed. Sudamericana Planeta, Buenos Aires 1987, p. 13.

⁶⁵ Cfr. Taylors Industrial Flooring Ltd Mh. Industrial Flooring Ltd (1990) BCLC 216. Véase, también BOYLE & BIRDS. *Company Law*, 3 ed., London: Jordans, 1995, p. 570.

⁶⁶ “La ricapitalizzazione della società in crisi o insolvente richiede anzitutto, partendo della domanda di concordato preventivo o della dichiarazione di fallimento, l’elaborazione di un bilancio ordinario infrannuale o straordinario, redatto secondo criteri contabili consoni alle prospettive della ristrutturazione risultanti dal piano collegato alla proposta di concordato (COLOMBO G.E., “Bilancio d’esercizio e consolidato, en *Trattato delle società per azioni*, diretto da G.E. Colombo e G.B. Portale, 7ª, Torino 1994, 28 ss.; CARATOZZOLO, M. *I bilanci straordinari*, Milano, 1996, 579 ss.; AFAMENI, P. *Perdita del capitale bilancio straordinari*, Milano 2004, 23 ss., 97 ss.. Tale “piano” potrà preveder infatti, secondo i casi, la continuazione dell’impresa, la dismissione di latuni cespiti o rami diazienda in funzione del suo risanamento e anche la totale cessazione dell’attività, nell’ottica di una liquidazione volontaria, prevedibilmente più profittevole, del patrimonio sociale...” GUERRERA, Fabrizio, MALTONI, Marco “Concordati giuziali e operazioni societarie di riorganizzazione” en *Rivista delle società* anno 53, 2008 p. 18, especialmente pág. 62/3.

⁶⁷ Se trata de las previsiones de los arts. 2485 y 2486 C.C.. GUIZZI, G. “Responsabilità delig amministratori e insolvenza. Spunti per una comparazione tra esperienza giuridica italiana e spagnola”, en *Riv. Dir. Imp.*, 2005, 250. También puede verse PISCITELLO, Paolo “La responsabilità degli amministratori di società di capitale tra discrezionalità del giudice e business judgement rule”, en *Rivista delle Società*, anno 57º, 2012, noviembre-diciembre 2012 fascicolo 6º pág. 1167 y ss., con la tendencia jurisprudencial de otorgar un equitativo resarcimiento al acreedor perjudicado, sin imponer automáticamente sobre los administradores el pasivo de la sociedad.

⁶⁸ VIVANTE, César *Tratado de Derecho Mercantil*. Versión española de la quinta edición italiana corregida, aumentada y reimpresa. Volumen II, Las Sociedades Mercantiles, pág. 483/5. Editorial Reus, Madrid, 1932.

⁶⁹ Nto. “El PLAN DE EMPRESA (o como asumir crisis tempestiva y extrajudicialmente)”, en libro colectivo *Homenaje al Dr. Osvaldo J. Maffia*, Cap. II pág. 217, Ed. Lerner Córdoba 2008.

administradores y socios, y un compromiso ético para los asesores en las ciencias económicas y jurídicas, en pos de la paz social y el desarrollo productivo.

Algunas consecuencias resultan en el concurso de sociedades si no se hubiera atendido la imperatividad de las normas societarias⁷⁰, incluso la calificación de abuso o fraude a la ley societaria.

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, pudiendo invitarse a los acreedores a compartir el riesgo⁷¹.

En una visión congruente con las previsiones de la “Responsabilidad social corporativa” –y porque no extenderla a una “responsabilidad social pública y privada”.

Se trata de devolver al Derecho Comercial su “viejo corazón”: la buena fe y la inmediatez en asumir y resolver los problemas, para asegurar la funcionalidad de los negocios y el cumplimiento de los contratos⁷². Así se atraen capitales.

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

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

Se trata de concebir la funcionalidad societaria y la autonomía de la voluntad para pergeñar la personalidad jurídica dentro del sistema correspondiente, que debe ser interpretado coherentemente⁷³, componiendo “un conjunto estructurado de elementos que podemos percibir como tal en un momento dado... Las estructuras no son caprichosas, corresponden a interconexiones definidas de subsistemas y elementos entre sí”⁷⁴.

2. Este es nuestro reconocimiento a Emilio F. Beltrán Sanchez, tratando de mantener un pensamiento justo, racional y ponderado, como él lo hacía, en temas tan delicados.

3. Esta es una invitación a integrar datos y participar en el IX° Congreso Argentino de Derecho Concursal y VII° Congreso Iberoamericano de la Insolvencia a realizarse en las Sierras de Córdoba (días 6/ 8 de septiembre de 2015), organizado por la Universidad Nacional de Córdoba⁷⁵. Muchos Miembros nos hicieron el honor de acompañarnos en el Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa con metodología similar en el 2007 en la Ciudad de la Falda.

4. El bien jurídico tutelado por la legislación concursal, que es eliminar la crisis, particularmente en las empresas organizadas societariamente y dadores de empleo, encuentra solución cuando son económicamente viables, muy especialmente si son socialmente útiles, a través de la legislación societaria. Pero la cuestión se complejifica cuando es socialmente útil por ser dadora

⁷⁰ Nto. “La empresa, su crisis y su conservación (meditaciones desde una visión nacional)” en *SUMMA CONCURSAL*, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires 2012, tomo I pág. 543.

⁷¹ 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.

⁷² En *Insolvencia societaria*, cit. pág. 71: “La insolvencia del Estado genera costos adicionales, de previsiones financieras o de pagos a lobistas, cuando no una corrupción transnacional, apoyada por paraísos fiscales que receptan esos fondos pese a las normas sobre lavado de dinero... Dijimos que es tiempo de volver al viejo corazón del derecho comercial, a los usos y costumbres a través de la ética tomando como criterio de ello al significado primitivo, conforme a la distinción aristotélica... Sólo pueden acotar esa proyección una actitud sólida, ética y solidaria, de audacia de los seres humanos basados en los principios de igualdad de oportunidades, justicia y respeto al prójimo, que resuciten el rol del derecho ante el libertinaje económico y el utilitarismo egoísta. Alvin Toffler señalaba que en este cambio la rivalidad no será entre capitalistas y marxistas o ricos y pobres, sino entre rápidos y lentos...”

⁷³ GRÚN, Ernesto *Un nuevo enfoque para la teoría general del derecho* en LL 1988 A 789.

⁷⁴ GRÚN, Ernesto *Una visión sistémica y cibernética del derecho en el mundo globalizado del Siglo XXI*, Ed. Lexis Nexis Buenos Aires 2006, p. 173.

⁷⁵ Con gusto facilitaremos información a través de dptocomercialunc@gmail.com

de empleo, pero no es económicamente viable. Es el problema que queda pendiente, pues su cierre tarde o temprano traerá la pérdida de puestos de trabajo y del *human capital*.

En tales supuestos, muy numerosos en el mundo ante la globalización de ciertas crisis, el análisis debería centrarse en la causa de su inviabilidad y si responde a una política estatal allí habría que poner el acento. No es un problema de derecho concursal. Es el Estado el que debe dar respuestas. El tema deja de ser de derecho privado (societario o concursal), para ser de derecho público. Lo estamos padeciendo en este momento.

El Gobierno de los Estados Unidos de Norteamérica usó compulsivamente de la técnica societaria para solucionar algunos de los problemas de grandes compañías y bancos.

Las crisis sistémicas en el mundo globalizado acaecen normalmente por la falta de capital productivo ante la proliferación de un capitalismo financiero y de paraísos fiscales. Es también una decisión de los poderes públicos acotar la actividad financiera ilícita (de público y notorio en casi todos los países)⁷⁶, y debería asumirse en una decisión conjunta y simultánea de los Gobiernos del G8, aislando a esos paraísos, como sostuviéramos en el cierre del Congreso de México⁷⁷.

Es fundamental tener una visión integral de la cuestión para evitar una tragedia, que es la de agravar el desempleo, la marginación y la pobreza, en vez de centrarnos en políticas nacionales –e internacionales- fomentando el capitalismo productivo y la generación de empleo digno, marginando a administradores y capitalistas especulativos que intentan hacer negocio de la crisis de sus empresas.

⁷⁶ Nto. “SOBRE INSOLVENCIA (ESPECIALMENTE DE LA BANCA OFF SHORE QUE OPERA EN ARGENTINA)” en *Doctrina Societaria y Concursal*, Marzo 2014, año XXVII, tomo XXVI, n° 316 pág. 231.

⁷⁷ Conferencia de cierre en el 8° Congreso Iberoamericano de Derecho Concursal, México DF, 19 de mayo de 2012 “Insolvencia societaria ¿capitalismo donatario o de reposición” y en *Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones* Ed. Abeledo Perrot, Bs. Aires, n°256 p. 599.