

**INSOLVENCIA SOCIETARIA. LA INTEGRAL APLICACIÓN DE LAS  
NORMAS SOBRE SOCIEDADES DEBE PERMITIR PREVENIR LA  
INSOLVENCIA DE LAS MISMAS O LA TRANSFERENCIA DE LOS  
DAÑOS A LOS ACREEDORES.**

*Ricardo Augusto Nissen  
Efrain Hugo Richard*

Existe una cierta tendencia a aplicar las normas jurídicas formalmente, en su materialidad y no en sus objetivos o funcionalidad. Esto también se advierte en la pérdida de un sentido global del derecho, no integrando adecuadamente sus normas.

Ello se advierte con toda claridad en materia de insolvencia societaria, donde se encuentra una fractura en la aplicación integral de las normas de derecho societario, y del derecho privado económico en general, frente a situaciones concursales en particular.

Correlativamente, ello provoca un aparente fracaso de las normas concursales al no resolver –con la eficacia pretendida– las cuestiones de la insolvencia. La problemática se manifiesta en grandes concursos, donde siempre se encuentra como sujeto a sociedades, cuando no a un grupo de ellas.

A nuestro entender, ello ocurre por otorgarse una preeminencia formal a las normas concursales, que son meramente ordenadoras de la concurrencia, sobre la aplicación de las normas societarias que tienen en sí mismas, o en su congruencia con el sistema normativo general, respuestas preventivas.

1. Un punto central de preocupación es la presentación temporánea en concurso preventivo ante el estado de cesación de pagos para prevenir y estar en mejores condiciones de corregir la situación económica que da lugar al inicio del desastre en expansión.

Los loables fines de dar soluciones lo más inmediatas posibles ante la dificultad económica de un deudor, asegurar la concurrencia de todos los acreedores a un proceso único y agilizar los trámites es advertible en el proyecto de sistema concursal uruguayo, incluso con medidas inéditas, e inexistentes en la legislación concursal argentina que ha desactivado las sanciones en tal sentido.

El problema debe ser la anticipación con la que se intente afrontar la crisis, conforme el bien a tutelar. La experiencia permite determinar que los concursos se abren tarde, que normalmente ya se ha destruido mucha riqueza, que la concursada agotó sus medios normales, e incluso los extraordinarios, para subsistir en una dificultad económica o financiera generalizada. Y se advierte también que afectó a terceros, a través de la fuerza expansiva destructora de los incumplimientos, que a su vez generan incumplimientos en cadena en empresas que hoy trabajan siempre ajustadas y con vencimientos “calzados”.

Formalmente podría sostenerse que esa situación sólo es advertible cuando se practica el balance anual. Pero eso es una falacia: el administrador moderno tiene información actualizada de la situación de la empresa y una obligación de programar hacia el futuro, no de esperar los resultados estáticos del pasado.

Se trata de tomar conciencia e insistir que la empresa está normalmente organizada como sociedad y dentro de la regulación de estos centros imputativos debe encontrarse la solución, no en el sistema concursal que implica una simplificación de procedimientos.

2. Las dificultades esenciales en torno a los magros resultados prácticos que arrojan los procedimientos concursales, resultan de la falta de sanción a la no presentación temporánea de los deudores. La culpabilidad parece insuficiente, y ese trámite ha sido removido en el sistema nacional, pero no tenemos duda que una situación concursal implica una infracapitalización, que si ha sido advertida configura indudablemente una situación de dolo civil que autorizaría una acción individual de responsabilidad por los acreedores sociales posteriores a esa situación contra los administradores que siguieron operando en estado de cesación de pagos.

3. La cuestión debe ser resuelta en forma práctica y sencilla, advirtiendo que los mayores daños resultan no de la presentación del deudor persona individual sino de la insolvencia societaria.

En tales supuestos, pero sin desechar apreciaciones en torno a administradores de la persona individual, debe aceptarse el ejercicio específico de acciones de responsabilidad, individuales o sociales, contra miembros de órganos societarios, administradores y/o terceros.

Por otra parte, la cuestión debe ir unida a la convicción, sin duda doctrinaria, que las acciones de responsabilidad, individuales o sociales pueden ejercerse no sólo en la quiebra sino en el concurso, y que no serían atraídas por éste al no dirigirse contra el sujeto del concurso sino contra administradores o controlantes.

Estas ideas, no controvertidas en doctrina, se vinculan a que la presentación tardía por parte de los administradores sociales sin duda habrá causado daño, que los obliga con responsabilidad extrasocietaria frente a los acreedores, como hemos anticipado.

Entendemos que estas conclusiones generarían una presentación temporánea al detectarse el estado de cesación de pagos por parte de los administradores societarios, unida a conductas de planificación de la actividad que no los hicieran pasibles de responsabilidades por no haber cumplido u omitido sus deberes de lealtad y obligaciones de “buen hombre de negocios”.

El análisis del punto lleva a poner énfasis en las soluciones doctrinarias, jurisprudenciales y legislativas que excluyen la limitación de responsabilidad en las sociedades, eventualmente respecto a sus administradores, cuando existe un abuso del medio técnico aunque sólo sea por sobreendeudamiento, que resulta de la falta de planificación.

4. Los administradores societarios tienen la obligación de planificar la actividad social para la consecución del objeto.

Cuando se advierten dificultades económicas o financieras en el desenvolvimiento de la actividad social, los administradores tienen la obligación de recurrir a las previsiones de la ley societaria y convocar a los socios, como se verá en el capítulo siguiente.

Quien no demuestra capacidad para superar sus propias dificultades, realizando un adecuado diagnóstico y proponiendo a sus socios, acreedores y/o financistas un plan razonable y congruente para su análisis, no puede ser merecedor de ninguna de las tutelas que el derecho y la economía aconsejan para estas situaciones. No corresponderá sino extirpar lo más rápido posible de la comunidad a quién con su actuación como administrador genera incumplimientos que, como un tumor canceroso, tiende a afectar la totalidad del cuerpo social.

Una demorada presentación concursal implica responsabilidad.

Eventualmente, de los propios términos de la presentación –aunque no fuere tardía– del informe general del síndico o de otros elementos puede determinarse el incumplimiento de los deberes como administrador y autorizar la promoción de acciones de responsabilidad individual por parte de los acreedores.

El ejercicio de esas acciones puede ser consecuencia no de la mera demora en pagar, sino de los perjuicios que les genere a los acreedores la quita o espera que se les imponga en propuestas de acuerdo, aunque la misma fuera votada favorablemente.

El derecho de los acreedores también se perfila cuando el acuerdo es incumplido y ello resulta de la falta de un plan de reordenamiento o de la falacia o irrazonabilidad de ese plan que justificó el voto favorable de los acreedores.

Los precedentes son supuestos de ejercicio de acciones individuales de responsabilidad contra los administradores sociales, basados en el incumplimiento genérico de los presupuestos de conducta de los mismos impuestos por el artículo 59 LS. o por genéricos factores de atribución.

5. La falta de una expresa norma en la ley de sociedades que exija la adecuación del capital social con el objeto de la sociedad o con el nivel de gastos de la compañía, como parece ser la actual tendencia en el derecho español, ha llevado a que las sociedades anónimas y de responsabilidad limitada, en nuestro medio, luzcan un capital social irrisorio que no permite cumplir la trascendente función de garantía que este requisito esencial de todo contrato de sociedad está llamado a desempeñar.

El excepcional beneficio de la limitación de responsabilidad, que quiebra el sistema patrimonial general previsto por nuestro ordenamiento civil que, como es sabido, consagra la universalidad del patrimonio del deudor como prenda común de los acreedores, sólo cobra sentido cuando la sociedad se encuentra suficientemente capitalizada, esto es, cuando su capital social está adecuado con el verdadero giro comercial de la empresa, pues como bien sostuvo hace muchos años Ripert, el capital social es la contrapartida necesaria del beneficio de la limitación de la responsabilidad.

Ello impone la necesidad de que los directores de las sociedades anónimas, que por lo general integran el grupo de control de la compañía, están obligados a convocar a los accionistas para aumentar el capital social con efectivos desembolsos dinerarios cuando la sociedad se encuentra infracapitalizada. La omisión del cumplimiento de esta obligación, que es propia del obrar diligente que le impone el artículo 59 de la ley 19550 justifica la responsabilidad ilimitada y solidaria de estos por los daños y perjuicios causados a la sociedad y a los terceros, pues a nadie puede caber dudas que la omisión de recurrir a la financiación interna de la compañía, cuando ello es necesario, constituye un supuesto de culpa grave previsto por los artículos 513 del Código Civil y 274 de la ley 19550.

Las consecuencias de no tomar en cuenta lo expuesto se advierten actualmente con toda nitidez, ofreciendo un panorama lamentable, donde son los terceros los que soportan las consecuencias de la insolvencia del ente.

6. En definitiva los problemas concursales –o de crisis de empresa– no pueden solucionarse dentro de la legislación concursal si, al mismo tiempo, no se integran el análisis con las normas de organización de la empresa a través de la sociedad, contenidas en la ley 19550.

Obviamente que la responsabilidad surgirá cuando exista daño a los acreedores y el mismo permita legitimar a éstos activamente para reclamar a administradores societarios como legitimados pasivos.

Deberá estarse a la antijuridicidad de la conducta de los administradores, como presupuesto de su responsabilidad con el mismo concepto del derecho civil, en cuanto contradicción entre su conducta con el ordenamiento jurídico, o sea en el daño injusto a reparar, que se plasma específicamente en la norma del artículo 59 de la LS.

La conducta que genera responsabilidad debe ser culposa o dolosa, en cuanto negligencia, imprudencia e impericia. El dolo implica la ejecución del acto a sabiendas y con la intención de dañar, lo que muchas veces es fácilmente advertible en el trámite concursal, por cuanto el administrador societario ha soslayado la aplicación de las previsiones de la legislación societaria, particularmente en cuanto a la insuficiencia del capital social para el cumplimiento del objeto social.

El artículo 59 de la ley societaria establece las directrices de lealtad y diligencia de un buen hombre de negocios, como cartabón abstracto de apreciación de la culpabilidad del administrador societario. El artículo citado, no sólo asume un parámetro abstracto, sino que establece una auténtica responsabilidad profesional que implica capacidad técnica, experiencia y conocimiento. Para apreciarla se tendrán en cuenta las circunstancias concretas del artículo 512 del Código Civil, pero el criterio de comparación será la pauta ideal de la norma societaria. La directriz del artículo 59 constituye un caso característico y particular de culpabilidad. Las obligaciones del administrador constituyen obligaciones de medios, pero calificados por su severidad al responder a un patrón abstracto de conducta. Por ello, en la mayoría de los casos la culpabilidad surgirá, ante la mera infracción normativa, de la naturaleza de las cosas, habrá una imputación legal de culpa.

La determinación del sujeto damnificado, legitimado para accionar por la reparación, surge de identificar a quien ha sufrido el daño o perjuicio y permite la división de las acciones de responsabilidad en social o individual. En la segunda se legitima a los accionistas y terceros individualmente y no depende ningún trámite previo.

7. Una característica fundamental del régimen societario es el carácter solidario de la responsabilidad de los administradores cuando actúan colegiadamente. Esa responsabilidad opera por culpa in vigilando o in comitendo, derivándose de la coactuación del colegio.

8. Tenemos la convicción que estos Congresos, como otras reuniones de especialistas tienen por objeto examinar las cuestiones conflictivas, como así también las respuestas que la ciencia jurídica debe dar a las nuevas cuestiones que conmocionan a la comunidad, partiendo de las normas vigentes y, eventualmente, proponiendo nuevas. Del elevado análisis de posiciones que hoy parecen cuestionables, surgen las líneas de pensamiento que acotan los abusos que hoy aparecen sólo previstos en normas inoperantes.

En ese aspecto nos referimos concretamente al fenómeno de la insolvencia societaria, donde avisados operadores –no siempre administradores ostensibles– trasladan los resultados ruinosos de su formal limitación de responsabilidad a los acreedores. En la aplicación integral de las normas societarias, vinculadas al cabal cumplimiento del rol del buen hombre de negocios, se encontrará la pruden-

te solución para prevenir las crisis, o por lo menos para que no se agraven. No se trata de extender la noción de riesgo empresario a límites impensados, sino que el riesgo advertido y el perjuicio que se genera no se transfiera inadecuadamente a los acreedores.