

Un enfoque sistémico sobre modos de afrontar crisis societarias[1]

José D. Botteri (h)
y Diego Coste

1. Introducción [\[arriba\]](#)

Este trabajo propone el análisis el cómo un empresario colectivo (una sociedad comercial) debe enfrentar una situación que amenace su supervivencia, cuales son los medios jurídicos que dispone para ello y cómo deberían operarse. El tema es vasto y general, y en el momento actual merece considerarse desde una perspectiva amplia, pues no pueden extraerse para aquel conclusiones válidas analizando sólo problemas particulares.

2. Sociedades y empresas [\[arriba\]](#)

Comenzamos por reafirmar que sociedades comerciales y empresas del mismo tipo, no son conceptos que puedan emplearse como sinónimos aunque se relacionen estrechamente[2]. En efecto, participamos de la doctrina jurídica que concibe la existencia de sociedades sin empresa[3] y empresas sin sociedades cuyo titular sea una persona física, así como también concebimos la posible existencia de una sociedad de objeto plural preciso y determinado con actividades empresarias diferenciadas o bien de una única empresa cuyos bienes tangibles o derechos, pertenezcan a varias sociedades, como sucede en el caso de los grupos de sociedades[4].

La posición asumida conduce a diferenciar situaciones de crisis que inciden directamente en la supervivencia de las sociedades comerciales, como las que se derivan de complicaciones del devenir propio de la organización empresarial, cuando ésta existe como actividad societaria y afecta a su titular.

3. Sociedades comerciales y empresas como sistemas. Características generales [\[arriba\]](#)

Si intentamos considerar a las empresas y a las sociedades desde una perspectiva amplia que permita un análisis completo y realista de este tipo de organizaciones, debemos partir de considerar que tanto empresas como sociedades son objetos complejos, pues poseen cada uno más de un elemento.

Desde este enfoque empresas y sociedades son sistemas: en su análisis puede distinguirse una composición (el conjunto de elementos que lo integran, al menos más de uno, por ejemplo los socios y sus aportes en el caso de sociedades y los trabajadores, directivos y el capital aportado, en el caso de las empresas), un entorno (el conjunto de cosas que interactúan sobre los elementos, en el caso de las empresas, por ejemplo, el mercado; en el caso de las sociedades la propia empresa), una estructura (la colección de las relaciones que vinculan los elementos entre sí y con el entorno, por ejemplo los derechos y deberes sociales contenidos en el contrato constitutivo en el caso de las sociedades, o el organigrama de jerarquías de mandos en la empresa) y mecanismos (la colección de procesos que generan transformaciones en el sistema, por ejemplo las asambleas y las reuniones de Directorio, en el caso de sociedades anónimas o los procesos de fabricación y distribución de productos en el caso de las empresas)[5].

Tanto las sociedades como las empresas son sistemas sociales humanos, pues involucran a varias personas que actúan directa o indirectamente sobre otros elementos del sistema y cooperan entre sí en algunos aspectos en tanto que compiten en otros compartiendo el mismo entorno. Que el sistema sea humano, no excluye que el sistema esté integrado también por otros elementos como las cosas, bienes o derechos que aporten sus integrantes. Se trata de sistemas artificiales, pues están formados y son mantenidos de acuerdo con políticas, planes y reglas explícitos (contratos y actos sociales en el caso de sociedades) y no en base a la libre reproducción como sucede en el caso de una familia, o la espontaneidad, como acontece con la amistad.

El concepto de sociedad comercial es esencialmente jurídico, pues está definido por una ley de esa naturaleza que establece qué sistemas sociales ingresan en esa categoría (Art. 1ero., Ley N° 19.550 -LS-) y se refiere a un modo de organización[6] conforme a una tipología legal que contiene en cada especie particularidades respecto del capital, el rol de sus aportantes (los socios, con sus derechos y obligaciones), su administración y control, a través de una serie de mecanismos que en algunos casos pretenden conformarse como órganos, y determinar las responsabilidades y los derechos de los participantes entre sí y frente a terceros. Las normas de organización de las sociedades comerciales son jurídicas y emergen de la ley, del contrato y de los acuerdos celebrados en su consecuencia. La propia existencia de las sociedades comerciales y su devenir posterior está determinada por actos y hechos jurídicos, en los términos de los arts. 896 y 944 del Cód. Civ. -CC-.

El concepto de empresa es primordialmente económico, aunque esté contenido en normas (como la del art. 5to Ley N° 20.744 -LCT-) y se entiende como una determinada actividad sistemática destinada a producir o intercambiar bienes y/o servicios, a través del trabajo ajeno pero bajo criterios de organización sujetos a la dirección de un empresario individual o colectivo quien provee el capital[7]. El concepto de empresa en esta época se vincula estrechamente con la idea de actividad económica[8], en el sentido de un específico modo[9] de producir bienes o servicios: la empresa no es un sujeto de derechos, ni es un objeto, ya que persona, ni "cosa[10]"; sino que es un modo de hacer[11] que desarrolla el empresario, persona que puede ser tanto individual, como colectiva; poseyendo en este último caso la alternativa de limitar su responsabilidad de acuerdo al tipo societario elegido.

Los bienes o los servicios pueden producirse de modo artesanal o empresarialmente. La empresa es un modo de producir bienes, que involucra un sistema de trabajo dentro de la economía capitalista. La noción de empresa, no puede sino ser modal y descriptiva de una actividad económica[12], de un modo de hacer con una finalidad determinada[13]. Las normas que determinan la organización empresarial no son jurídicas, sino que están contenidas en principios económicos, contables o técnicos. La interacción entre ese tipo de normas y el derecho, genera una transdisciplina que se denomina Derecho Empresarial, en donde el derecho societario es una de sus materias pero no la única. Las empresas son sistemas sociales cuya naturaleza se determina económicamente por el sistema general de asignación de precios[14].

Tanto las sociedades comerciales como las empresas son sistemas sociales dinámicos, pues constituyen cada uno un sistema real y concreto sujeto a variaciones, tanto propias como de sus elementos, que pueden envejecer, morir, incapacitarse o deteriorarse, como las cosas que integran su patrimonio o su actividad. Las sociedades, como las cosas, las personas y las empresas, están sometidas a un estado de flujo permanente, porque están sujetas a muchos cambios (la muerte o retiro de un socio, fusiones, causales de disolución, etc.)[15]. En el caso de las sociedades lo demuestra el sólo hecho de no admitirse la eternidad, pues todas las sociedades tienen una fecha de extinción determinada en el propio contrato, conf. art. 11 inc. 5to.L.S..

4. Los socios en las sociedades comerciales. Cooperación y competencia [\[arriba\]](#)

Todos los sistemas sociales están ligados por una causa o factor cohesivo que es la cooperación[16]. Sus miembros se unen para realizar algo que no pueden o no quieren realizar individualmente. Por ejemplo, pueden unirse en el caso de sociedades, para mitigar riesgos (limitar su responsabilidad, por ejemplo), pero ello no es sino una forma de cooperación para obtener algo. Aún el aportante de 0,0001% del capital de una sociedad anónima coopera con quien tiene el 99,9999% restante, incluso cuando no aportó realmente nada desde el punto de vista estrictamente material. No hay duda que coopera, como lo haría incluso un cómplice voluntario de un hecho delictivo con el delincuente, con todas sus responsabilidades. Las sociedades, a veces se olvida, se constituyen para convivir.

Un sistema social surge si su existencia contribuye a satisfacer algunas de las necesidades o deseos de algunos de los miembros, y se desintegra, espontáneamente o por diseño, si ya no beneficia más a sus miembros o si sus conflictos son más intensos que sus lazos comunes. En nuestro Derecho y en otros, la reducción de este sistema a un solo elemento, lo haría desaparecer por el transcurso de escasos tres meses, conf art. 94 inc. 8vo., L.S..

El factor cohesivo “cooperación” parece simple, pero su análisis es complicado[17]. La raíz de la cooperación puede ser económica (alguno dirá “necesitamos plata y por eso te asociamos”, o “quiero limitar mi responsabilidad y te necesito”), pero también puede ser biológica (como en las sociedades de familia, que incorporan a socios por razones de parentesco), o política (otros dirán: “conviene a éste tenerlo de socio porque tiene contactos”), y también puede ser cultural (dirán: “es bueno tenerlo de socio porque es ingeniero y sabe del asunto”).

Esos factores de cooperación tienen sus matices y también sus intensidades. Por ejemplo la cooperación sostenida por lazos biológicos siempre es más fuerte y a veces esa cohesión asfixia, como sucede con los socios jóvenes en las sociedades de familia, cuando la única razón de la cooperación es el lazo filial. Parece de menor grado la cohesión económica, porque por ejemplo la posibilidad de otro negocio mejor quizás haga a uno de los socios desprenderse de sus acciones incluso a un precio de pérdida, pero puede también ser débil el factor de cohesión político (un cambio de gobierno convierte en poco participativo a un socio, sino es directamente un problema el que integre una sociedad determinada), como también puede suceder que los conocimientos y habilidades de un socio específico queden obsoletas y la cooperación sea de baja intensidad desde el punto de vista cultural.

Lo ideal es que los factores que inciden en la cooperación entre los socios, tengan algo de los cuatro analizados, pero que ninguno sea determinante: una relación que sea de afecto familiar puede estrechar lazos, que todos los socios tengan dinero o bienes significativos para aportar siempre será útil, que respeten las facultades culturales e intelectuales de cada uno y se capaciten sin duda será trascendente y que además tengan habilidades de administración para relacionarse con el poder, no hay duda que será siempre ventajoso.

Todos los miembros de un sistema social cooperan unos con otros en ciertos aspectos y compiten en otros. Como se ha dicho ningún sistema social surgiría sin cooperación. Pero una vez instalada, los componentes competirán por los recursos escasos (puestos en el Directorio, más dividendos, mayores honorarios, etc.) sean éstos internos o externos. Para que un sistema social se mantenga estable, es menester que la cooperación sea más intensa que la competencia interna.

La eficiencia de todo sistema social mejora con la competencia, a condición que no se permita a ésta deshacer los vínculos que mantienen unido al sistema. Todos los sistemas sociales se estancan o declinan si sus miembros dejan de competir o de cooperar.

En el ámbito de las sociedades comerciales los socios pueden competir de acuerdo con las reglas legales para ocupar cargos en la Administración, por una mayor o menor distribución de utilidades, por aprobar o no los estados contables presentados por los administradores, o para que la sociedad haga o no algo (se fusione, escinda, etc.) que involucre sus intereses; sin embargo dicha competencia no puede jamás exceder o eliminar la cooperación entre los socios, pues de otro modo la sociedad ingresa en crisis que amenaza su supervivencia.

El Derecho (el normativo o el judicial) debe custodiar que el ámbito de competencia entre los socios no destruya la cooperación y por ende, la sociedad, por el principio que inspira entre otros, los arts. 218 inc. 3 del Código de Comercio y el art. 100, L.S, que es el de conservación de la sociedad, los negocios y de la empresa, como actividad socialmente útil, cuando es económicamente sustentable. .

5. Los socios y sus aportes. Diferentes situaciones [\[arriba\]](#)

Para formar parte de una sociedad comercial como sistema, los socios deben realizar aportes económicos o adquirir los títulos de quienes lo hubieran hecho con anterioridad. Tanto sea una sociedad colectiva, como en una anónima, ello resulta ser así. Esas aportaciones se consideran bienes materiales susceptibles de apreciación económica y constituirán un conjunto que en su faz inicial comportará el capital social, que puede ser variado a través de ciertos mecanismos, básicamente resoluciones asamblearias que dispondrán la necesidad de su incremento o de su reducción. Una de las funciones propias del capital social es la de fijar la posición del socio frente a las sociedad[18].

El volumen de las aportaciones y su relación con los aportes totales determina ciertas calidades o propiedades emergentes de cada elemento “socio” del sistema en cuestión. Por ejemplo si aporta el 60% es controlante absoluto de la sociedad, si es un socio al 0.03% por ciento, su condición varía, a una minoría poco significativa y relevante.

Las sociedades comerciales como sistemas incluso pueden ser vistas de acuerdo a las calidades de sus componentes, pues las condiciones de los mismos son relevantes para el sistema total. Las sociedades al 50% de dos socios tienen una condición, las sociedades de miles donde cada uno aportó muy poco tienen otra, del mismo modo en que se distinta una sociedad controlada al 99%, que en otra donde el capital está repartido equitativamente en cinco o más partes.

En cada uno de estos sistemas de acuerdo a las calidades de sus componentes será diferente tanto la cooperación, como las posibilidades de competencia. Nuestro derecho ha sido remiso a elaborar soluciones diferenciadas para resolver los problemas que existen en cada una de este tipo de subespecies, que no son tipos sociales, sino derivaciones de la composición del sistema. Una primera pauta de análisis consiste en prevenir que las crisis internas societarias no pueden tener idénticas soluciones en cada uno de estos casos, porque la composición de cada sistema es diversa y se precisarán en consecuencia soluciones particulares diseñadas para cada especie.

6. Las situaciones de crisis en sociedades y en empresas [\[arriba\]](#)

Hay hechos económicos que generan crisis empresarias, por ejemplo el incremento de insumos, la devaluación del tipo de cambio, los conflictos laborales o sindicales, la pérdida de clientes; así como también hay hechos jurídicos que involucran crisis societarias: el disenso en una sociedad de socios al 50% cada uno, el divorcio de una sociedad anónima integrada por esposos y sus hijos, la muerte de un socio mayoritario y el ingreso o no de sus herederos a la sociedad, etc. Como dijimos tanto las empresas como las sociedades están sujetas a un estado de flujo permanente, al desgaste y al paso del tiempo, pero los hechos y circunstancias que determinan crisis son diversos en uno y otro caso, aunque tengan relaciones estrechas conforme sostuvimos al inicio de este trabajo.

6.1. Crisis societarias:

Como dijimos no es razonable suponer que las sociedades son “entes ideales” ajenos a los acontecimientos que pueden influir en cualquier sistema social y que como sistemas sociales que son, carezcan de valores sociales, más allá del “buen hombre de negocios” del art. 58 L.S. o del “interés social”, como estándares fijos, inmutables y autodefinidos, pues funcionan como cartabón ideal. Todos los sistemas sociales contienen propiedades emergentes derivadas de la unión que determinan las necesidades propias del sistema en cada etapa de la vida social y que no son susceptibles de apropiación por los elementos que componen el sistema, a riesgo de destruir el sistema.

Por ejemplo, en determinado momento la necesidad de dinero para una sociedad puede convertir al crédito en un valor social importante, pero también la necesidad de nuevos negocios o la innovación en los existentes en otro momento puede provocar que el talento de directores, gerentes o empleados sea un valor. Se trata en todos los casos de necesidades y de valores objetivos, porque son inalcanzables o inapreciables individualmente por los elementos subjetivos que componen el sistema social “sociedad comercial”.

Consideramos en este punto que eliminar de los contratos de sociedad toda causa y toda referencia valorativa en su desarrollo, implica un olvido de la inclusión de la Ley de Sociedades al Código de Comercio y de su específico modo de interpretación de contratos y actos mercantiles (Cod. Comercio Título. Preliminar, la remisión al Cód. Civ. del art. 207 mismo Cód. y arts. 217 a 219 del mismo Código)[19].

Las crisis societarias internas y que son producto de fallas en la cooperación o en competencia interna que ha violado las normas legales o contractuales, son particularmente difíciles de superar: la pelea de dos hermanos que tienen una sociedad al 50% cada uno, el ya mencionado divorcio de esposos socios (ahora hay que incluir los problemas del matrimonio de personas del mismo sexo), el ingreso de herederos del socio mayoritario a la sociedad, hay muchas circunstancias no previstas en la Ley de Sociedades o en los Contratos y estatutos de las sociedades, que precisan de soluciones particulares y que el derecho vigente (el normativo y el judicial) no ha sido eficiente en su resolución[20].

Pensemos en estos supuestos en la conexión entre sociedad/empresa: Es probable por ejemplo que un hecho genere una causal de divorcio de un matrimonio que integra una sociedad anónima y parece lógico que esa situación pueda repercutir en una empresa administrada por dicha sociedad, hasta ese momento, de manera pacífica y sensata. Imaginemos que el tercero al matrimonio sea un empleado/a de la sociedad. Es probable también, que con idéntica sensatez el episodio se supere para la vida empresarial, pero que la sociedad y el matrimonio, sean irrecuperables; o que se desintegren empresa, sociedad y matrimonio, como sucede en muchos casos.

Volviendo a la eficiencia en la resolución de esta clase de conflictos, echemos una mirada a la cantidad de expedientes judiciales en que culminan conflictos de esa índole, la escasez de normas de procedimiento para llevar adelante esa clase particular de conflictos, la existencia de jurisprudencia dispersa y contradictoria. Frente al incumplimiento de deberes básicos de cooperación entre los socios integrantes del sistema, el poder judicial ha sido inerte para remediar el problema y nuestro derecho no ha encontrado medios sustitutivos para colocar en manos de los jueces las facultades necesarias para resolver estas situaciones que terminan con la disolución de las sociedades, la desintegración de empresas o con la transmisión de derechos a precio vil o excesivo[21]. Cuando el precio de la transmisión es razonable, normalmente es producto de los costos presentes o futuros del conflicto (honorarios, intervenciones judiciales, etc.) que obligaron a las partes a buscar una solución de equilibrio como resultado de la ineficiencia del proceso, con independencia de las razones jurídicas que sostenían una u otra posición. .

El repaso de la praxis en esta clase de conflictos revela que en la mayoría de los casos ha habido imprevisión contractual de las situaciones de posible confrontación y que en la mayoría de los casos no ha habido consideración por parte de los operadores de las necesidades y valores sociales que se encontraban en juego en la cooperación en cada etapa de la vida social; producto de la adscripción a la idea de concebir a las sociedades como algo muy diferente de los socios que las integran, vaciando de contenido (cooperación, necesidades, valores e intereses) a este tipo de sistemas y sus subespecies (sociedades al 50%, sociedades familiares, sociedades de profesionales etc.).

6.1.1. Modos de afrontar crisis societarias.

Descrito el enfoque y los problemas, sintéticamente propondremos dentro de la línea trazada, los modos que consideramos relevantes desde el punto de vista jurídico, para afrontar este tipo de situaciones:

a) La prevención contractual.

La práctica del estatuto tipo y la doctrina que reputó a las sociedades como algo tan diferente a sus elementos que hizo de ese ente personificado un contrato sin causa y sin vinculación estrecha con sus elementos con pérdida de toda condición analítica, ha impedido establecer condiciones particulares para prevenir en los contratos posibles conflictos derivados de la condición de sus elementos, como ya hemos dicho las subespecies particulares derivadas de distintas situaciones de control societario.

En la actualidad nuevas tendencias acerca del denominado protocolo de sociedades de familia[22], elaboran y concientizan a los operadores sobre modelos de cláusulas y de instrumentos que permiten prevenir muchas de las contingencias del estado de flujo en que se encuentran todas las sociedades comerciales, generando nuevas perspectivas para resolver este tipo de cuestiones. En las problemáticas de las sociedades de familia puede verse claramente que la sociedad puede ser familiar y la empresa, profesional y conformar dos sistemas sociales ligados, pero diferentes en cuanto precisan de pautas de actuación profesional distintas.

También muchas de las resoluciones de la IGJ en los últimos años[23] y de los Tribunales Superiores y Cámaras de Apelación, se han encaminado a dotar de causa y contenido a los contratos y actos societarios relevantes, lo cual obliga a los operadores a ajustar sus prácticas a criterios más realistas en cuanto a las posibilidades que ofrece el derecho argentino.

Consideramos que esas tendencias conducirán a generar prácticas razonables de prevención contractual de crisis y de resolución de conflictos, en cuanto se sostienen en principios adecuados para afrontar razonablemente las situaciones internas de crisis, cualquiera sea la intención y el interés de los operadores. Los ejemplos son demostrativos: la necesidad de ajustar las memorias de estados contables a prácticas razonables en cuanto a reservas e información razonable a los accionistas; la necesidad de demostrar causas razonables que justifiquen aumentos de capital; el rechazo de estrategias de reducción a cero y aumento simultáneo de capital denominadas “operaciones acordeón” o variantes de apalancamiento en la adquisición de paquetes de control de sociedades, la posibilidad de existencia de vicios que aparejan la nulidad absoluta, y otras tantas cuestiones obligan necesariamente a los especialistas y operadores a prevenir contractualmente en la actuación societaria la posibilidad de crisis internas y mayores conflictos.

b) Las dificultades en la praxis judicial. Algunas reflexiones particulares.

Los conflictos societarios y las crisis que estos generan han generado últimamente una preocupación particular por parte de los autores[24], pero no una modificación legislativa que optimice la resolución de los conflictos y haga eficientes o mejore los repartos que impone la aplicación al caso concreto de las normas jurídicas que regulan las sociedades comerciales. En términos generales se advierte que los Códigos de Procedimiento de nuestro país han ignorado la problemática de esta clase particular de conflictos, aún cuando tengan previstos procedimientos especiales para el ejercicio de acciones menos comunes que la materia societaria. La praxis judicial, con sus vaivenes, pretende suplir como puede este tipo de ausencias.

Urge resolver las siguientes cuestiones, en cada jurisdicción, pues el trámite particular de un tipo de proceso que versa sobre hechos históricos (como todo pleito), pero que proyecta consecuencias directas sobre un negocios presentes, no encaja tan cómodamente con las normas del proceso sumario -Prov. de Buenos Aires- u ordinario -Capital Federal-, diseñadas para resolver problemas de daños y perjuicios o de cobro de sumas de dinero entre personas extrañas donde se cumple el requisito de alteridad, pues no tienen más en común que un episodio pretérito.

En particular la legislación procesal ha establecido procedimientos específicos cuando no se cumple con ese requisito (por ejemplo en materia familiar o laboral). Parece evidente que debería suceder lo mismo en materia societaria, pues los elementos del sistema se encuentran ligados por vínculos que impiden suponer alteridad. Aún en el caso de sociedades anónimas, rigen por ejemplo los deberes básicos de los arts. 54 primera parte y 248 LS.

Se precisan soluciones particulares para resolver -entre otras- las siguientes cuestiones:

- 1) Caducidad de acciones y sus consecuencias (Art. 251 L.S. en la impugnación por nulidad de resoluciones asamblearias y sus consecuencias sobre los actos del proceso admitidos, por ejemplo la ampliación de demandas, etc.).
- 2) Cuestiones en torno a la acumulación de acciones y de procesos (Art. 253 L.S., suspensión del juicio hasta que se encuentre vencido el plazo de caducidad, obligación del Directorio de denunciar otros expedientes con fin a la acumulación de procesos, el problema de impugnación de resoluciones asamblearias en asambleas sucesivas).
- 3) Medidas cautelares específicas (Intervención de sociedades, y suspensión preventiva de la ejecución de decisiones asamblearias, arts. 113 y 252 de la L.S.). Pueden incorporarse otras: la designación judicial de un auditor sobre estados contables, como una variante diferente de

intervención, o la designación judicial de una sindicatura independiente, cuando existe previsión de ese tipo.

4) Potestades diferenciadas para los jueces en las sentencias judiciales para prevenir conflictos futuros, estableciendo modos sustitutivos o compulsivos en materia de incumplimiento a deberes de cooperación. El hecho que esta clase de juicios termine siendo un costo para la sociedad, trasladable en su proporción al propio socio impugnante, no respeta principios elementales en derecho procesal, como el de la derrota en materia de costas (Art. 68 C.P.C).

La legislación italiana en la materia (Dec. Leg. Nro. 5/2003 y la reforma al Código de Procedimientos del 14 mayo de 2005), han consagrado un proceso ágil, con varios traslados y memorias anteriores a la apertura a prueba por medio de comunicaciones por correo electrónico, que permiten contar con el material necesario para depurar los puntos de controversia y las cuestiones de prueba relevantes, que consideramos interesante como antecedente para nuestro Derecho[25].

6.2. Crisis empresarias:

Una sociedad puede funcionar normalmente, existir cooperación entre sus elementos y sobre ello una razonable competencia interna y externa, e ingresar en crisis que afecte su supervivencia, con motivo en la actividad empresarial por la concreción de los riesgos que entrañe dicha actividad (las hipótesis de la LS, art. 94 inc. 4to. -imposibilidad de consecución del objeto-, 5to. -pérdida del capital social- y 6to. -quiebra-).

La empresa es un sistema social cuya complejidad precisa de un análisis particular para poder establecer dónde está la falla y buscar soluciones: si en la composición de los elementos de la empresa (empleados, directivos, gerentes, sociedad), si en la estructura (el conjunto de relaciones entre los elementos -endógena- o entre éstos y el entorno -exógena-), si los mecanismos de la empresa (los procesos que transforman los bienes y los servicios), o si el entorno es el que ha variado (la competencia externa nos ha quitado mercado y ventas, por ejemplo). La manera de afrontar las crisis de empresas comienza por un análisis necesariamente sistémico e interdisciplinario.

Si se logran detectar los problemas que amenazan la supervivencia de la empresa, puede comenzar a buscarse soluciones trazando un plan que respete el principio de análisis sistémico. Por ejemplo, un solo aumento de capital que los socios se obliguen a concretar o la concesión de un crédito, jamás solucionará la crisis en la medida en que no se realicen otros cambios en los componentes del sistema, sus relaciones con el entorno o en los mecanismos de toma de decisiones o de producción o venta de bienes y servicios. Las herramientas jurídicas que se empleen que realicen ese tipo de cambios, pueden ser sin exclusiones tanto societarias (la remoción de Directores, el financiamiento interno por aumentos de capital o similares), como contractuales (un cambio en los métodos de comercialización), o concursales (la búsqueda de sacrificios de los acreedores).

En cualquiera de los tres supuestos, el éxito del rescate de la empresa en crisis nunca se debe a un solo elemento del sistema y los procesos de cambio se encuentran concatenados:

Ejemplo1: El cambio de políticas laborales del Directorio, influyó positivamente en la producción de los empleados, lo cual implicó una mejora en las ventas que permitió lograr un mayor crédito con proveedores, el cual fue utilizado para mejorar los mecanismos de producción obsoletos que hacían que la competencia nos desplazara del mercado de productos, por ofrecer mejores precios.

Ejemplo 2: El aumento de capital dispuesto por la asamblea e integrado por los socios, generó un mayor nivel de confianza de parte de los bancos y mejor crédito, el que sumado con los fondos derivados del aumento, permitió el cambio de todo el circuito de comercialización, lo que reportó mejores ventas y mayores ingresos.

Ejemplo 3: El Concurso preventivo de la sociedad, generó cierta conciencia colectiva por parte de los acreedores quienes expuestos a la posible quiebra, decidieron otorgar esperas de largo plazo, lo cual redundó en un desahogo financiero que permitió transformar la estructura de todo el pasivo corriente, que permitió generar ahorros que se volcaron a la contratación de personal más calificado con un know how diferente, lo cual redundó en una mejora en la producción y ventas que determinó la salida de la empresa de su estado de cesación de pagos y permitió recuperar su rentabilidad.

En mercados regulados (por ejemplo el mercado de dinero, pero también sucede en el mercado de capitales), la autoridad de contralor (en el caso el BCRA, conf. su Carta Orgánica Ley N° 24.144) tiene la posibilidad de adoptar medidas para evitar que la posible crisis de una entidad financiera (regulada conforme la Ley N° 21.526), adquiera efecto sistémico o que una vez instalada quede acotada y no se propague. Esto sólo puede lograrse porque BCRA tiene en su poder coordinar todos los elementos vinculados a la crisis de una entidad financiera en particular y tiene la posibilidad de conocimiento directo de los factores que pudieron influir en la misma, a través de planes de regularización y saneamiento e información colectada al momento de solicitar adelantos o redescuentos, con más los mecanismos para llevar a cabo los cambios necesarios sobre la actividad de la empresa, incluyendo suspensiones parciales, en un mercado cuyo bien principal es fungible y consumible (separación de activos y pasivos posterior al financiamiento extraordinario otorgado, conforme arts. 17. inc. c) Ley N° 24.144 y 35 bis Ley N° 21.526).

En mercados no regulados, no existe una autoridad de contralor que pueda prevenir situaciones de crisis, la que una vez instalada recibe tratamiento mediante las instituciones propias de la Ley N° 24.522, donde el juez o el síndico concursal, carecen de la posibilidad de conocer todos los factores que determinaron la crisis o conociéndolos están alejados de toda posibilidad de injerencia en el análisis de la falla o en el plan destinado a superar el problema, tanto se presente la cuestión bajo formato de un procedimiento concursal preventivo, como un acuerdo preventivo extrajudicial.

Otros agentes que tendrían la posibilidad de aportar información útil o soluciones, se encuentran alejados del problema o sin posibilidad de injerencia jurídica cierta (por ejemplo, sindicatos, cámaras empresarias, a veces el propio Estado), aún cuando puedan padecer en forma presente (los trabajadores y sindicatos) o futura (otras empresas integrantes de la Cámara) el mismo problema.. La información que circula sobre la cuestión es únicamente la aportada por el deudor o por algunos acreedores, lo cual impide concebir a terceros, soluciones mejores que las propuestas por el deudor. El salvataje o cramdown del art. 48 Ley N° 24.522 -LC-, ha operado más eficazmente como temor y posibilidad, que como realidad y ejecución.

El mejor rol de los jueces y de los abogados en estos casos consiste en lograr la mayor coordinación de acciones conforme las reglas de actuación para lograr la eficacia del plan que ejecutará la sociedad involucrada, pero que quedará reservada a su exclusivo dominio y conocimiento. Tanto nuestro derecho societario[26] y como el concursal[27] han sido refractarios a involucrar a los jueces en cuestiones derivadas de planificación empresarial, por considerar que ésta estaba exenta de la posibilidad de juzgamiento o de opinión por parte de la judicatura.

La ausencia de un sector intermedio entre el Estado y las empresas, que pueda proporcionar prevención o soluciones a las crisis y apoyar planes de recuperación debe ser motivo de preocupación, porque parece absolutamente evidente que ninguna empresa se salva sola de la crisis, cuando ésta se ha instalado. ¿Como lograr Cámaras empresarias representativas que se involucren en esta clase de cuestiones, cuando esas mismas organizaciones fijaron costos -por ejemplo- incrementos salariales que afectaron la rentabilidad de la actividad en un entorno determinado? ¿Como lograr que sindicatos o federaciones de trabajadores se involucren eficazmente en soluciones a las crisis empresarias?

Las crisis económicas generales de nuestro país culminaron, a fines de 2001, con grupos espontáneos de personas armados de cacerolas en señal de protesta, ante la ausencia de sectores intermedios (partidos políticos, etc.) que pudieran canalizar eficazmente los intereses de la sociedad y lograr cambios o proponer reformas, todo lo cual parece ser la culminación final de todo un proceso de desintegración de sistemas sociales como consecuencia de una política económica determinada[28].

Se trata de un gran desafío de nuestro tiempo, que impone toda una obra colectiva, que excede mucho el plan de este trabajo. Una ley particular -una nueva ley concursal, por ejemplo- sin que entre las empresas y el Estado existan sistemas sociales de segundo o tercer grado involucrados en situaciones de crisis individuales, no modificará significativamente la realidad que nos toca vivir cuando una empresa entra en crisis.

[1] Sobre una ponencia de los autores en el 54º Encuentro de Institutos de Derecho Comercial de la Provincia de Buenos Aires, Bahía Blanca, 2011.

[2] En el mismo sentido, Halperín Isaac "El concepto de sociedad en el Anteproyecto de ley de sociedades" RDCO 1969-269; Karsten Schmidt, "Derecho Comercial", Edit. Astrea, Bs. As. 1997, pág. 78, Fargosi, Horacio "Estudios de Derecho Societario", Edit. Abaco, 1978, págs. 17 y ssgtes.; Anaya, Jaime en "Tratado de la Empresa" Tomo I, Edit. Abeledo Perrot, Bs. As. 2009, pág. 63, con cita de Ripert, entre otros. En contra: Vitolo, Daniel R. "Sociedades Comerciales" Edit. Rubinzal Culzoni, Bs. As. - Santa Fe, 2007 pág. 58, quien identifica "la producción o intercambio de bienes o servicios" con "empresa" y menciona que las sociedades deben tener objeto único, con cita a pág. 224, de la Res. IGJ 7/2005; Nissen, Ricardo A. "Ley de Sociedades Comerciales", Edit. Astrea, Bs. As., 3era. edición, 2010, pág. 63, aunque a pág. 255 admite que "...el objeto social podrá comprender actividades plurales y diversas, sin necesidad de conexidad o complementación, siempre que las mismas se describan en forma precisa y determinada".

[3] El mero intercambio de bienes, no genera de por sí una "empresa", así como también las asociaciones civiles cuyo objeto no es empresario, pueden adoptar forma de sociedad comercial, conf. Art. 3ero. Ley 19.550.

[4] Manóvil, Rafael. M. "Grupos de Sociedades", Edit. Abeledo Perrot, Bs. As. 1998, págs. 15 a 60.

[5] Nuestra ponencia en el 51º Encuentro de Institutos de Derecho Comercial de Colegios de Abogados de La Provincia de Buenos Aires - La Plata, 20 y 21 de Mayo de 2010, donde adscribimos una teoría realista y sistémica .en la materia, con apoyo en la filosofía de Mario Bunge y en la sociología de Robert. K. Merton.

[6] Para Malagarriga y Le Pera, esta operación consistía en una tautología, conf. Nissen, Ricardo A. ob cit. en nota 1, pág. 63

[7] Por lo expuesto, no concebimos empresa, sin trabajadores alcanzados o comprendidos conforme Ley de Contrato de Trabajo 20.744, en todas sus hipótesis.

[8] Recogiendo, en parte, la concepción Cód. Suizo de las Obligaciones de 1912, cuyo Art. 52 establecía que era empresa "Toda actividad económica independientemente ejercida con el propósito de obtener una renta regular"

[9] Juan I. Font Galán en la obra de Guillermo J. Jiménez Sanchez (Coord.) "Lecciones de Derecho Mercantil", Edirt. Tecnos, Madrid, 2da. ed., 1993, pág. 67 y ssgtes. .

[10] Karsten Schmidt, ob. cit. en nota 1, pág. 145. No existe el derecho de propiedad sobre la empresa.

[11] Con cita de Ascarelli, puede leerse una definición similar en Richard, Efraim H "Sociedad y Contratos Asociativos" Edit Zavalía, 1987, pág 42. En "Organización asociativa", Edit Zavalía, Bs. As., 1994, se adscribe a una idea más rígida de organización.

- [12] Galgano, Francesco “Diritto Commerciale - L’Imprenditore”, Edit. Zanichelli, 9na. Ed., 2003, Bologna, pág. 12, quien afirma que el concepto jurídico del empresario, no puede sino corresponderse a la sustancia económica del fenómeno.
- [13] Karsten Schmidt, ob. cit. en nota 1, pág. 66, quien sostiene que el concepto de empresa está determinado teleológicamente.
- [14] Sobre la vinculación entre el sistema de asignación de precios y las causas de nacimiento y desarrollo de las empresas el trabajo -citado una y mil veces- de Coase, Ronald H. “La naturaleza de la Empresa”, *Economica*, 1937.
- [15] Véase la obra de Merton, Robert. K. “Teoría y Estructuras Sociales”, trad. Por Florentino M. Torner, México, Fondo de Cultura Económica, 1992.
- [16] La idea de *affectio societatis* pertenece al pasado de la *societas romana* y de la sociedad civil de la era de la Codificación. Esa idea representa mucho más que la noción de cooperación, pues supone afectos que no parecen encajar en tipos sociales no personalistas, como sucede en la sociedad anónima. Por eso nos parece mejor establecer un factor cohesivo como el propuesto. Sobre al extinción del influjo del derecho romano en el mundo actual puede leerse el trabajo extraordinario del Prof. de la Univ. de Nápoles Aldo Schiavone “IUS. La Invención del derecho en Occidente”, Adriana Hidalgo Editora, Trad. de Germán Prósperi, Bs. As. 2009.
- [17] Más sobre este tipo de cuestiones de enfoque sistémico en las obras de Bunge, Mario: “Buscar la filosofía en las ciencias sociales”, Edit S. XXI, Buenos Aires, 2007, “A la caza de la realidad”, Edit Gedisa, Barcelona, 2007, “Crisis y reconstrucción de la filosofía”, Edit Gedisa, Barcelona, 2002, “La Investigación científica”. Ed. Siglo Veintiuno, Madrid, Año 2000, “La relación entre la sociología y la filosofía”, Edit Edad, Bs. As., 2000, “Cápsulas”, Edit. Gedisa, Barcelona, 2003. “Cien Ideas”, Edit Sudamericana, Bs. As., 2006; “El derecho como técnica de control y reforma”, artículo publicado en *Isonomía*, Nro. 13, Octubre de 2000. Se encuentra completo publicado en internet.; “Las ciencias sociales en discusión”, Edit Sudamericana, Buenos Aires, 1999, Entrevista con Mario Bunge, de Alberto Hidalgo, publicada en “El Basilisco”, Nro. 14 julio de 1982, acerca del Primer Congreso de Teoría y Metodología de las Ciencias, celebrado en Oviedo, España. Se encuentra completa en internet. “La ciencia, su método y su filosofía” Edit. Debolsillo, Buenos Aires, 2005; Bunge, Mario “Sociología de la ciencia” Edit. Sudamericana, Buenos Aires, 1998; “Ética, Ciencia y Técnica” Edit. Sudamericana, Buenos Aires, 1996. “Sistemas Sociales y filosofía” Edit. Sudamericana, Buenos Aires, 1999; “Desigualdad y Globalización - Cinco Conferencias” (Mario Bunge, Alain Touraine, Anthony Giddens, Robert Castel y Octavio Ianni), Edit Manantial, Buenos Aires, 2003; “Filosofía Política”, Edit Gedisa, Barcelona, 2009.
- [18] Nissen, Ricardo A. “Curso de Derecho Societario”, Edit. Ad-Hoc, Bs. As., 2003, pág. 106
- [19] Más sobre el tema en “La interpretación de los contratos mercantiles”, de José David Botteri (h), publ. en La Ley del 22 de julio de 2009, Nro. 137.
- [20] Eficiente en el sentido económico del término, como puede verse en De Pablo, Juan Carlos “200 años de Economía Argentina”, Ediciones B, pág. 121 y ssgtes. con cita de Francis Edgeworth..
- [21] Como puede leerse en “Panorama actual de Derecho Societario” de Ricardo A. Nissen, y otros Edit. Ad Hoc, 2000, págs. 227, en el capítulo que dice “Claves para entender la reticencia de algunos jueces para la concesión de medidas cautelares societarias”
- [22] Los trabajos primordialmente del Dr. Eduardo M. Favier Dubois (h) y otros, en Congresos, Jornadas y cursos.
- [23] Como las relacionadas con cuestiones vinculadas a la pluralidad sustancial de socios (Ej. Res. IGJ 812 “Boca Crece”, entre otras); las vinculadas a sociedades constituidas en el extranjero (Res. IGJ 7/2005 y las que se dictaron en su consecuencia) o con aspectos de la información contable (Res. IGJ 12/2006, entre otras).
- [24] Las obras de Verón Alberto V. “Tratado de Conflictos Societarios”, Edit La Ley Bs. As., 2006; en la misma época la Obra colectiva “La Estructura societaria y sus conflictos”, Edit Ad-Hoc Bs. As. 2006 y los trabajos de Ricardo L. Gulminelli, Ricardo A. Nissen y Daniel R. Vítolo.
- [25] Davis Eros Cutugno y Valerio De Gioia “Il nuevo processo societario”, Edit. Experta, 2da, Ed. Forli, 2006.
- [26] La doctrina de autos “Pereda, Rafael y otro c/ Pampagro SA s/ Ordinario”, CNCom, Sala D (Dres. Cuartero, Arecha y Alberti), del 22/8/89, publ. en L.L. 1989-E-182, repetida en innumerables fallos.
- [27] Las propuestas de acuerdo (Art. 43 LC) y el informe general del síndico (Art. 39 LC), no obligan a describir un plan de superación de la crisis, ni a su evaluación.
- [28] Klein, Naomi “La doctrina del shock - El auge del capitalismo del desastre”, Edit Paidós, 1era. ed. Bs. As., 2010.