

EL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL Y SU VINCULACIÓN A LA “CRISIS” DE SOCIEDADES: ABUSO DE DERECHO Y FRAUDE A LA LEY, PREVENCIÓN DEL DAÑO

Efraín Hugo RICHARD

...no cedas aunque el frío queme, aunque el miedo muerda...

Publicado en *El Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, efectos en materia Societaria y Concursal –Obra homenaje al Dr. Bautista Kuyumdjian, AAVV, Ediciones D&D, Instituto Argentino de Derecho Comercial, Dirección Martín Arecha, Vicedirectora Laura L. Fillippi, Buenos Aires 2015, pág. 15.*

1.EL RECONOCIMIENTO. 2. LA CONSERVACION DE LA EMPRESA. **I - PANORAMA GENERAL.** 1.CRISIS. INSOLVENCIA. 2. ACCIONES (¿U OMISIONES?). PLANIFICAR. 3. RESPONSABILIDAD. 4. PRINCIPIOS DE DERECHO. EMPEZANDO A MIRAR EL CODIGO CIVIL Y COMERCIAL. **II - UNA VISIÓN METODOLÓGICA A PARTIR DEL CODIGO CIVIL Y COMERCIAL.** **III - NORMAS IMPERATIVAS EN DERECHO SOCIETARIO (Y DE ORDEN PÚBLICO).** 1. NORMA IMPERATIVA. 2.IMPERATIVIDAD EN DERECHO SOCIETARIO. 3.EL CRITERIO DE LA CORTE. 4. CAPITALIZACIÓN. 5. PERDIDA DEL CAPITAL Y RESPONSABILIDAD. **IV - LA FUNCIÓN DE GARANTÍA DEL CAPITAL SOCIAL.** 1. PATRIMONIO Y CAPITAL SOCIAL. 2. CAPITALIZACIÓN DE PASIVO SOCIAL. 3. REINTEGRO DEL CAPITAL SOCIAL. SU OBLIGATORIEDAD. **V - SOBRE LA INTEGRACIÓN DE NORMAS. DESJUDICIALIZACIÓN DE LA CRISIS Y PRECONCURSALIDAD SOCIETARIA.** **VI - ABUSO DE DERECHO Y FRAUDE A LA LEY SOCIETARIA EN CONCURSOS SOCIETARIOS.** 1. CRISIS DE SOCIEDAD. 2. ABUSO DE DERECHO Y/O FRAUDE A LA LEY SOCIETARIA. 3. RESPONSABILIDAD POR OMISIÓN. 4.DOCUMENTACIÓN CONTABLE, CONCURSO Y LEGISLACION SOCIETARIA. 5. FACILITACIÓN DE LA CAPITALIZACIÓN. 6. EXCEPCIONALIDAD DEL CONCURSO DE SOCIEDADES. 7. LA TESIS. RESPONSABILIDAD SOCIAL EMPRESARIA. **VIII - LA JUDICATURA Y EL DAÑO POR CRISIS SOCIETARIA.** 1. LA ACTUACIÓN JUDICIAL DEBE DESCARTAR LA ILEGALIDAD. 2. EL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL REFUERZA E IMPONE EVITAR DAÑAR. **IX - EL VIEJO CORAZÓN DEL DERECHO COMERCIAL.**

1. EL RECONOCIMIENTO.

Asumimos el imperativo moral de rendir un homenaje a uno de los juristas que, con sencillez y sensibilidad de los grandes hombres, supo enrolarse en los que iniciaron las reuniones grupales, el interés institucional en los temas empresariales. Nos referimos al distinguido colega Bautista Kuyumdjian, ex presidente del INSTITUTO ARGENTINO DE DERECHO COMERCIAL, que auspicia estas publicaciones anuales. Un maduro y equilibrado jurista que tanto hizo no sólo por el Instituto, sino manteniendo en Jornadas periódicas la llama votiva de la vocación por la especialidad. Estamos apenas atrás de franja temporal de quién nuevamente merece todo nuestro reconocimiento, por eso le dedicamos estas encendidas líneas, quizá en la idea que son las últimas enseñanzas que nuestra generación puede brindar ante la desesperanza en el sistema jurídico. Un símbolo de la esperanza en el derecho como herramienta de cambio es este arraigado inmigrante armenio, nacido en 1920 y arraigado por sus padres a la República Argentina desde el año 1923.

Hemos vivido con la ideología de que a través del derecho pueden generarse revoluciones sociales, incruentas, democráticas, sin afectar las instituciones, pero sí afectando a la comunidad, comprometiendo el aseguramiento de un contrato social, perfeccionando la convivencia, evitando la marginación y las ilicitudes, tratando de eliminar el daño prevenible y, sobre todo, actuando de buena fe, como siempre lo hizo Bautista.

2. LA CONSERVACIÓN DE LA EMPRESA.

Es una preocupación consante en un tiempo de responsabilidad social empresaria pensar en la salud de la empresa no sólo desde el punto de vista de su rentabilidad sino en la conservación de los puestos de trabajo, cuando no en su incremento con justa remuneración.

La cuestión va más allá de una mera cuestión metodológica, es casi ontológica porque la dotación patrimonial hace al nacimiento y funcionalidad de la persona jurídica societaria.

Esa cuestión se ha planteado siempre, y así debería seguirse desarrollando, desde la vida, o sea desde la legislación que organiza la empresa, específicamente la ley de sociedades en cada país. Sin embargo convivimos con una nueva exteriorización, ya de vieja data, de la cada vez más extendida costumbre de entablar combates al borde los sepulcros en vez de debatir las grandes cuestiones de las que depende el futuro.

Se recurre a la ley de concursos para afrontar las crisis, y se lo hace tardíamente y haciendo recaer los daños en terceros. Daniel Truffat ha escrito¹ “Con respeto a la propuesta concordataria propiamente dicha, extraigo –como consecuencia de lo antedicho- tres consecuencias básicas, en tanto y en cuanto se pretenda preservar la moralidad de tal medio de superación de la cesación de pagos: La necesidad de que la solución preventiva a obtener importe aquella que la doctrina argentina –tomando una frase feliz de la ley de emergencia 25.561- denomina: “*el esfuerzo compartido*”. Es literalmente inmoral que la solución concordataria devuelva al empresario (en general en sociedades de capital, a los accionistas de la concursada) una empresa revitalizada y que todo el daño emergente de la cesación de pagos recaiga en exclusiva en los acreedores del sujeto así salvado. Esa posibilidad importaría consagrar el enriquecimiento incausado en favor de los antedichos”.

No somos Dios, sólo simples mortales que no podemos atrapar, ni en continua reforma de leyes en torno a crisis, los fenómenos que la realidad nos presenta. Por eso nos debemos limitar a observar algunas características de esos fenómenos, siempre polifacéticos, y tratar de sentar algunos principios, basados fundamentalmente en la buena fe y el sentido común.

Nos planteamos tres cuestiones²: distinguir crisis de insolvencia, que acciones adoptar frente a ella y responsabilidades por daño.

Una apreciación general, previa, alejada de normas, vinculándola a aquellos principios receptados uniformemente permitirá despejar, algunos aspectos

I - PANORAMA GENERAL.

Doctrinariamente se aconseja actuar tempranamente ante la mera avizoración de la crisis para evitar afectar la viabilidad de la empresa organizada societariamente, buscando las soluciones normativas a través de la legislación concursal, a cuyos procesos hoy derivan incluso ante la pérdida del capital social, alterando su función de garantía.

Se asumen tardíamente las crisis, en realidad recién frente a la insolvencia.

Se diluye la idea de que las crisis de sociedades debe ser enfrentada tempranamente por sus administradores, particularmente ante la pérdida del capital social siguiendo normas imperativas uniformes en el derecho comparado para proteger a terceros y al mercado.

Esas uniformes normas imponen acciones frente a pérdidas parciales del capital social, considerando causal de disolución las pérdidas porcentuales calificadas o su totalidad, conforme esa función de garantía, imponiendo el reintegro o la capitalización para evitar la liquidación.

La falta de esas acciones, ante el daño de acreedores genera responsabilidad del órgano de administración, cuando no del de fiscalización y de los integrantes del órgano de gobierno que

¹“La abusividad de la propuesta y la moralización de los concursos en lo atinente –preisamente- a la oferta del deudor”, en Segundo Congreso Iberoamericano de Derecho Concursal, Mérida, Estado de Yucatán, México.

²Primera exposición en el primer panel convocado para tratar la temática de este título en Benevento, Italia, en ocasión del Congresso Internazionale di Benevento, 13, 14 y 15, de encuentro de Jueces y Profesionales sobre Derecho Concursal, organizado por Francesco Monteleone y Stefania Pacchi.

hubieren facilitado los incumplimientos y, particularmente, cuando se intentaran beneficiar de ese incumplimiento de esas normas imperativas, particularmente referidas a esa función de garantía.

Lleva a meditar que también califican como dañosas y reparables las quitas que se pudieren imponer a acreedores contra su voluntad.

1. CRISIS. INSOLVENCIA.

El centro de atención es la conservación de la empresa³ y, en cuanto organizada como sociedad, con visión societaria preconcursal⁴.

La necesidad de cada Nación de que se conserven las empresas para mantener el empleo y el desarrollo, aparece vinculada a la prevención y tratamiento temprano de las crisis de sociedades, evitando las liquidaciones salvo inviabilidad, lo que hoy recepta el art. 100 de la reformada Ley General de Sociedades que regirá desde el 1° de agosto de 2015.

La noción de crisis se vincula en forma genérica a la viabilidad de la empresa. Puede ser de carácter estructural, imposibilidad de competencia en el mercado globalizado o en el nacional por políticas públicas, o situaciones ambientales que imponen una reorganización empresaria o decisiones del Estado.

Puede ser una crisis jurídica, como el bloqueo de decisiones, que impone soluciones preventivas, incluso judiciales (art. 161 del nuevo Código Civil y Comercial que regirá desde el 1° de agosto del corriente año.

En derecho concursal se refieren a crisis financieras, económicas y patrimoniales.

Las cuestiones que caracteriza al derecho de la crisis del siglo XXI⁵ es el *timing problem*⁶, la anticipación para solucionarlo. Aparece como batalla perdida en procesos concursales que en gran número y en todos los continentes terminan en liquidaciones.⁷

Si se trata de una crisis financiera es clara la necesidad de una reestructuración del pasivo. En muchos casos se trata de activos corrientes inferiores a pasivos corrientes, y una mera espera es suficiente, quizá con rebaja de intereses.

Una crisis económica, más general, puede imponer no sólo esa reestructuración sino la disponibilidad de más efectivo.

Una crisis patrimonial configura un estado más crítico.

¿De qué crisis estamos hablando?⁸ Las menores pueden ser atendidas por un plan privado o judicialmente –conforme la legislación concursal–.

³Tema que nos preocupó antes del año 1981, publicando “La conservación de la Empresa” en Anales de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba tomo XXV pág. 107 y ss., al recibir el Premio Academia.

⁴Ntos. “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; “Las soluciones negociadas como respuesta a la insolvencia empresarial. Visión desde el derecho argentino: la preconcursalidad societaria”, en libro colectivo de Editorial Aranzadi, España, Director José Antonio García Cruces, pág. 33 y ss.; “La función de garantía del capital social frente a la agenda concursal –estudio comparativo–”, en *Libro homenaje al profesor Emilio Beltrán*, edición del Instituto Iberoamericano de Derecho Concursal, Cartagena de Indias, Colombia, octubre 2014, pág. 279.

⁵Búsqueda que ya estaba presente en Francia a través de la ley 84/148, dando carta de ciudadanía al “Derecho preconcursal”, que se ha visto profundizada en la reforma del año 2005, pero que no parece haber obtenido los resultados buscados.

⁶ Vid. Jackson, “The logic and limits of Bankruptcy law”, Cambridge (Harvard University Press, 1986), Bernard books, 2001, citado por PULGAR EZQUERRA, Juana *PRECONCURSALIDAD y ACUERDOS DE REFINANCIACIÓN. Adaptado a la ley 38/2011 del 10 de octubre, de reforma de la Ley Concursal*, Ed. LA LEY, Madrid julio 2012, pág. 40. Puede verse también nro. *Perspectiva del Derecho de la Insolvencia*, Ed. Academia Nacional de Derecho y Cs. Sociales de Córdoba, Córdoba 2010, pág. 31 y ss., cuya versión electrónica está disponible y puede solicitársenos a richardefrainhugo@gmail.com

⁷Angelo Bonsignori en disertación en Facultad de Derecho de la UBA –Argentina–, en el 60 aniversario del Instituto Argentino de Derecho Comercial en 1999.

⁸BELTRÁN SÁNCHEZ, Emilio M. *El nuevo derecho concursal español* en *Doctrina Societaria y Concursal* Noviembre 2003, tomo XVII pág. 1127 y ss., esp. 1136: “Uno de los más graves problemas del derecho concursal es el denominado *problema temporal*: el

Usamos las palabras *cesación de pagos*, *insolvencia*, confusamente, imponiendo definir las. Los primeros estadios se los suele llamar de *insolvencia financiera*, reservando *insolvencia* a secas o *insolvencia patrimonial* para referirse a la pérdida del capital social.⁹

La pérdida del capital social implica la pérdida de la garantía para terceros¹⁰.

Si se trata de un problema meramente terminológico, debemos convenir que las dos situaciones patrimonialmente distinguibles en las sociedades son: 1. El patrimonio activo inferior al patrimonio pasivo, o sea patrimonio neto neutro o negativo que exterioriza la pérdida del capital y reservas, y 2. El activo corriente inferior al pasivo corriente, que exterioriza una imposibilidad transitoria de pago con medios normales. A lo primero cataloguémoslo convencionalmente como “insolvencia” y a lo segundo como “cesación de pagos”.

Esa pérdida del capital social de más de un porcentaje o de su totalidad, según la legislación, opera como causal cuando ha sido aprobado un balance del que resulte esa constatación. La preparación del balance impone a los administradores de la situación, que deberían llevar a conocimiento y resolución de los socios coetáneamente a la aprobación del balance. Vivante entiende a la pérdida del capital social como una causal de disolución que opera de pleno derecho¹¹.

2. ACCIONES (¿U OMISIONES?). PLANIFICAR.

Se trata de avizorar que decisiones o acciones debe tomar la sociedad. Hace a la diligencia del órgano de administración ante los primeros síntomas, incluso actuando con confidencialidad.

Las crisis e inclusive la insolvencia siempre son reversibles a través de los remedios societarios internos si la empresa es viable, llevando a preguntarse si puede presentarse en concurso judicial o extrajudicial una sociedad en la que administradores o socios no han intentado los remedios para superar la crisis.¹²

concurso se abre, con frecuencia, cuando el patrimonio del deudor no sólo es insuficiente...disminuyen considerablemente las expectativas de conservación de las empresas en crisis”. CÁMARA, Héctor *El concurso preventivo y la quiebra* Ed. Depalma, Bs. Aires 1990, vol III B. p.676, manifiesta la interrelación entre las dificultades financieras y económicas “evitando siempre que el desencadenante del procedimiento sea demasiado tardío”.

⁹Trasciende de MARTÍNEZ BLANCO, Camilo *Manual de Derecho Concursal*, 2ª edición revisada., actualizada y ampliada, Ed. Fundacion de Cultura Universitaria, Montevideo 2012, pág. 150 y ss., y de PULGAR EZQUERRA, Juana *Derecho concursal. Estudio sistemático de la Ley 22(2003 y de la ley 8/2003 para la reforma concursal*, García Villaverde, Rafael; Alonso Ureba, Alberto; Pulgar Ezquerra, Juana. Dilex SL, Madrid 2003, que en el derecho concursal, siempre ha sido de sus temas más controversiales el presupuesto objetivo habilitante - y lo había sido la *cesación de pagos* que equiparó su noción a la del incumplimiento de obligaciones (Vivante, Bolaffio), evolucionando con la doctrina italiana para sostener que no debía declararse en falencia al sujeto que simplemente había incumplido. Son las teorías intermedias las que sostiene que no hay cesación de pago sin incumplimiento, pero no siempre los incumplimientos importan cesación de pagos. El presupuesto objetivo de la apertura concursal debería retrotraerse a los prolegómenos o estadios anteriores del estado de cesación de pagos, etapa a la cual se llamó “estado de crisis”, “estado de preinsolvencia”, “estado de dificultades económicas o financieras de carácter general”, dejando fuera del concurso las situaciones coyunturales de iliquidez”. Si los problemas transitorios de liquidez trascienden de la tesorería de la empresa, es señal de un agotamiento del crédito por lo que las dificultades son graves, importando el llamado desequilibrio aritmético o déficit expresado en términos de pasivo mayor que activo pues en ese caso el cotejo se hace entre activo y pasivo en términos nominales, sin atender a la disponibilidad regular de los medios de pago que integran el primero ni a la exigibilidad corriente del segundo. Basta entonces que el patrimonio del deudor sea materialmente insuficiente para satisfacer la garantía común de los acreedores. Hay cesación de pagos cuando el activo es superior al pasivo, pero aquel está integrado por bienes de lenta y difícil posibilidad de realización, al paso que éste concentra los compromisos de pagos en el corto plazo. Así se introduce la “insolvencia negocial” (PRATS MARQUINA, Marta *“Insolvencia y crisis económico: Su reflejo en el derecho concursal”* R.G.D. Madrid, 1998) -o cesación de paagos- entendiendo por ella la incapacidad de generar recursos, diferenciándola de la “insolvencia patrimonial”, ya transitoria (activo superior al pasivo a una fecha determinada), ya definitiva (activo inferior al pasivo exigible).

¹⁰NISSEN, Ricardo Augusto: *LA PÉRDIDA DEL CAPITAL SOCIAL COMO CAUSAL DE DISOLUCIÓN DE LAS SOCIEDADES COMERCIALES*. Ed. Ad-Hoc, Bs.As. 2002 pág. 47 y 48.

¹¹ VIVANTE, César *Tratado de Derecho Mercantil*, versión española de la quinta edición italiana corregida, aumentada y reimpressa, Ed. Reus, Madrid 1932. Volumen II “Las sociedades mercantiles”, pág. 483/5.

¹²Por ejemplo, la legislación colombiana, imponiendo normas societarias preventivas dispone en art. 10° del sistema de crisis, que la solicitud de reorganización debe presentarse con la acreditación de “No haberse vencido el plazo establecido en la ley para enervar las causales de disolución, sin haber adoptado las medidas tendientes a subsanarla”. El rol del capital sociales recogido en el “Derecho

Los administradores deberán determinar –por lo menos anualmente¹³- si la sociedad es patrimonialmente apta para el cumplimiento del objeto social, particularmente frente a la pérdida del capital social. Lo deben someter a consideración de los socios para prevenir su insolvencia e impedir la transferencia de los daños a los acreedores. Si los administradores continúan la operación de una sociedad, con pérdida del capital social y el patrimonio no es apto, ello se advertirá rápidamente en la no satisfacción de las obligaciones sociales.

Por la llamada función de garantía del capital social, que impone desde uniformes reglas imperativas¹⁴ del derecho societario comparado, corresponde el reintegro o capitalización, a los socios o por terceros. O sea que los órganos de las sociedades deben adoptar acciones y decisiones.

Ante la crisis deberán efectivizarse medidas intrasocietarias de capitalización o acuerdos privados, con grandes acreedores, preferentemente financieros, buscando esperas o la conversión de deudas en capital, actuando con un plan interno y confidencial, hasta que el órgano de administración tenga que presentar la Memoria o informe del Balance a considerar por el órgano de gobierno. Son los acuerdos amistosos que pretenden asumir la denominada “preinsolvencia”, dentro de la autonomía de la voluntad, en virtud de que reducen los costos directos, indirectos y reputacionales¹⁵ que la insolvencia produce. Es la obligación de dar solución al conflicto de la insolvencia intrasocietariamente¹⁶.

Ante la función de garantía del capital social se impone un plan de los administradores para asegurar la actividad societaria¹⁷, “adhiriendo al enfoque societarista de la prevención de la crisis económica de la empresa, no caben dudas que la ley de sociedades provee y prevé mecanismos suficientes para conjurarla exitosamente”¹⁸. Es la preconcursalidad societaria.¹⁹

Concursal Peruano” en 1999: la entidad de las pérdidas (mayor al tercio del capital social integrado) impide el concursamiento preventivo, y “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”.DASSO, Ariel Angel *Derecho Concursal Comparado*, Ed. Lexis.En Alemania se caracteriza como “Responsabilidad por retraso de insolvencia”.

¹³Las legislaciones societarias que no exigen expresar la cifra del capital social estatutariamente imponen que anualmente –al presentar balance- los administradores señalen cual es el capital que debe tener la sociedad para afrontar el inmediato año.

¹⁴Todo lo referido a causales de disolución y la liquidación, la falta de patrimonio positivo 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. La función de garantía del capital social es de orden público y las normas que lo tutelan en resguardo de terceros y del mercado son imperativas.

¹⁵PULGAR EZQUERRA, Juana, *Preconcursalidad...* citada, pág. 44, 45 y siguientes.

¹⁶BELTRAN 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): 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...”.

¹⁷Ntos. “Integración de propuesta de acuerdo (en concurso preventivo de sociedad)” en *Doctrina Societaria y Concursal*, Noviembre 2008, pág. 1081; “¿Abusos en el proceso concursal?” en *La Ley* 24 de diciembre de 2008; “Integración de la propuesta de acuerdo en concurso societario (en torno a reciente fallo señero)” en *Jurisprudencia anotada de RDCO* n° 234, Enero Febrero 2009, Ed. AbeledoPerrot, pag. 79; “El capital social y la responsabilidad limitada” en *Estudios Jurídicos* publicación de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica de Uruguay, n° 3 – 2007-, República Oriental del Uruguay, págs. 163/202; *Insolvencia societaria*, Ed. LexisNexis, Buenos Aires 2007.

¹⁸CARLINO, Bernardo “Genética del plan de negocios (más sobre la contribución de E.H.Richard)” en AbeledoPerrot, Newsletter 20 de marzo de 2009, sección Doctrina, repetido el 23 de marzo.

¹⁹“En un sentido muy amplio, formarían parte del Derecho “preconcursal” todas aquellas normas e instituciones no concursales que tienen por presupuesto de hecho la situación anterior a la crisis empresarial y por fin específico la prevención de la misma – FERNANDEZ DEL POZO, Luis *Posibilidad y contenido de un derecho preconcursal (Auditoría y prevención de la crisis empresarial [art. 209.1.b) LSA]*, Ed. Marcial Pons, Madrid 2001, esp. pág. 50 y ss. - ...En general, toda la normativa sobre aplicación de resultados está dirigida a garantizar la aplicación de la ‘regla de oro’ de patrimonio superior a capital social Es un lugar común de nuestra doctrina que la disciplina de la ‘pérdida grave del capital social’ –disolución por pérdidas- tiene en nuestro Derecho de sociedades y, en verdad, en el Derecho comparado de sociedades de la Unión Europea, una finalidad ‘preconcursal’; preventiva de la insolvencia de la sociedad-. BELTRÁN SANCHEZ, E. *La disolución de la sociedad anónima*, 2ª. Ed., Madrid Civitas 1997 p. 147 y ss.- Por eso he

Ese plan permitirá a los socios analizar la conveniencia de reintegrar o aumentar el capital social. A su vez la posibilidad de invitar a terceros a integrarse a la sociedad por el buen negocio que resulta el adecuado cumplimiento de su objeto y la rentabilidad esperada, lo que puede permitir atender o reorganizar el pasivo exigible, incluso capitalizándolo voluntariamente, y en ciertos casos traspasar la sociedad a los acreedores, o su control. El accionista que pudiendo hacerlo, legítimamente decida no recapitalizar la empresa insolvente debe pasar la propiedad de la misma a los acreedores²⁰. Si 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.²¹

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 derecho²². Se plantea como objetivo lógico, la integración de los acreedores o 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, a los acreedores que ven comprometido en ello su capital de riesgo²³.

El panorama sobre los sistemas de preconcursalidad en el derecho argentino y comparado, basados en estos criterios es semejante.²⁴

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 social al concursamiento de la sociedad por insolvencia, la que debe efectivizarse dentro de plazos predeterminados (Alemania, España²⁵, Italia, Uruguay).

Parece entonces que el sistema previsto por la ley societaria fracasa por omisiones, y el sistema concursal se nutre en esas omisiones.

3. RESPONSABILIDAD.

Un hipergarantismo trata de no advertir las maniobras artificiosas, aquello que Provinciali²⁶ señaló como “ció que segna el confine tra fisiología e patología nella vita del patrimonio”. De los informes técnicos en los concursos resulta que la insolvencia se produjo muchos años ha, que el patrimonio arrastraba una situación terminal dentro de la funcionalidad de la sociedad, y que los administradores no planificaron una salida, ocultaron la situación y perjudicaron a terceros con los que contrataron.

Justamente sobre ello se apunta que “Frecuentemente se señala por la doctrina que esta responsabilidad legal de los administradores en el caso de pérdidas cualificadas tiene una función

dicho que la regla de oro de la ‘correspondencia del capital social y del patrimonio’ tiene una saludable eficacia preventiva con un mínimo coste.

²⁰STANGHELLINI, Lorenzo *Proprietà e controllo dell'impresa in crisi* en “Rivista delle Società” settembre-ottobre 2004 pág.1041, específicamente pág. 1072.

²¹MIOLA, 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: Existen sistemas que en situaciones semejantes autorizan a los administradores a emitir acciones sin autorización de los socios. Pueden generarse pactos de compra o venta obligatorios.. .

²²STANGHELLINI *Proprietà*...cit. específicamente pág. 1079.

²³STANGHELLINI *Proprietà*... cit. específicamente pág. 1055

²⁴Nto. “NOTAS EN TORNO A LA PRECONCURSALIDAD SOCIETARIA: UN ESTUDIO COMPARADO”, Publicado en *Revista de Derecho concursal y Paraconcursal*, Editorial La Ley., RPC 20/2014, Reseña Legislativa española y comparada. Madrid 2014, págs.. 423 a 446. KARSTEN SCHMIDT, “Responsabilidad de los socios y administradores” en *Derecho Comercial y de los Negocios, Sociedades – Concursos* Ed. Eudeba, Bs. Aires 2007, t. I pág. 395 y ss., esp. pág. 402

²⁵Ese debilitamiento de la ley societaria se acentúa en España con el Real Decreto 11/2014 del 5 de septiembre de 2014, que facilita el tráfico de créditos y las quitas, que nos hace pensar en las abusivas prácticas en la República Argentina contra las que la jurisprudencia esta reaccionando.

²⁶PROVINCIALI, Renzo *Trattato di diritto fallimentare* I p. 324 nota 80.

preconcurso o *paraconcurso*, considerando algún otro considerarla como *anticoncurso*. 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”²⁷.

Mauricio Yadarola en 1925²⁸ planteaba “la primera pregunta que surge cuando se establece una cláusula legal con carácter de imperativa, es ésta: ¿cuál es la sanción para el caso de incumplimiento?”. Y a ese interrogante señalamos que es la responsabilidad de quienes incumplen dichas normas, incluso frente al acuerdo concursal homologado.

La causal de disolución por pérdida del capital social dispara la responsabilidad de administradores –y quizá de socios- de continuar el giro y no poder luego satisfacer el pasivo –pese a que la particular legislación no contenga plazos para iniciar la liquidación-. La libertad para decidir la continuación del giro, sin capitalizar la sociedad, en la esperanza de un plan de negocios exitoso, no libera a administradores societarios de asumir el pasivo insoluto o la satisfacción de las obligaciones contraídas.²⁹

Es la *insolvencia* –como pérdida del capital social-, por el daño del impago o incumplimiento, la que dispara las acciones de responsabilidad, no siendo obligatoria –aunque si natural- la existencia de un proceso liquidativo –societario o concursal- que determine la pérdida (daño), aunque la mera “desaparición” de la sociedad, *rectius*: de su patrimonio ejecutable, generará la legitimación activa y pasiva. El concursamiento no cubrirá las responsabilidades asumidas pues se evidencia que la sociedad ha continuado su giro. Sólo el dolo de administradores podría ignorar la causal de disolución y luego invocar la pérdida total para presentarse en concurso intempestivamente.³⁰

Si se genera daño, o sea no se satisface el pasivo, nacen acciones de responsabilidad contra el órgano de administración, y posiblemente contra el órgano de fiscalización y contra socios de control que no hayan adoptado aquellas medidas.³¹

4. PRINCIPIOS DE DERECHO. EMPEZANDO A MIRAR EL CODIGO CIVIL Y COMERCIAL.

“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”³².

²⁷ DÍEZ ECHEGARAY, José Luis *Deberes y Responsabilidad de los Administradores de Sociedades de Capital*, 2006, Ed. Thomson-Aranzadi 2ª edición, Navarra, p. 387. ESTEBAN VELASCO, G. “Algunas reflexiones sobre la responsabilidad de los administradores frente a los socios y terceros: acción individual y acción por no promoción o remoción de la disolución, RdS núm 5, 1995 p. 70.

²⁸ YADAROLA, Mauricio en *Homenaje a Yadarola* Edición de la Universidad Nacional de Córdoba, 1963, tomo I pág. 335 y ss. *Proyecto de Ley de quiebras* con indicación “Publicado en la Revista de la Universidad Nacional de Córdoba, año 1925”.

²⁹FOURCADE, Antonio “Sociedades comerciales. Parte especial”, Ed. Advocatus, Córdoba 2001, pág. 114. La sociedad podría continuar operando pese a la pérdida del capital social, porque puede apreciar revertirla con las operaciones en curso, lo que deberá expresarse en la primer Memoria, dejando en claro el riesgo de responsabilidad de administradores y socios.

³⁰ PUGA VIAL, Juan Esteban *Derecho concursal. El juicio de quiebra* tomo 3ª ed. actualizada, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile 1999, pág. 42 y ss. expresa: “la cesación de pagos autoprovocada por el deudor, sea con malicia o negligencia, merece sanción penal y no así el incumplimiento de una obligación. ...pueden incidir negativamente, con mayor o menor fuerza, en el funcionamiento macroeconómico, poniendo en jaque así al sistema crediticio en particular, considerando el fenómeno que hemos denominado de la concatenación de patrimonios lo que en concreto puede significar un sinnúmero de quiebras o insolvencia en cadena; y al mercado en general, pues de algún modo el quebrado producirá una distorsión de este mecanismo de circulación de la riqueza”.

³¹BONELLI, Franco *La responsabilità degli amministratori di società per azioni*, Ed. Giuffrè, n° 135 de los Quaderni di Giurisprudenza Commerciali, Se afronta el supuesto de la continuación de la gestión social después de la pérdida del capital social, con la responsabilidad de los administradores. Si no existen normas claras que impidan la continuación de la actividad social en crisis aumentando la posibilidad de fracaso ante una perspectiva incierta, la tutela de acreedores impone responsabilidad de los administradores: MIOLA, ob. cit. pág. 1310.

³²Artículo 12 del Título Preliminar del Código Civil y Comercial se refiere al “Orden público” y al “Fraude a la ley”, con previsiones sobre abuso de derecho y fraude a la ley.

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 más que una espera, pues una quita sería innecesaria y abusiva, cuando no un fraude a la ley societaria.

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

En caso de cesación de pagos de una sociedad proponer quitas implica un real abuso de derecho de los socios –guiados por los administradores- y ante la insolvencia un fraude a la ley societaria frente a la obligación incumplida de reintegrar o aceptar la capitalización de la sociedad, incluso aceptando la participación de terceros acreedores en el mismo, por acuerdos privados de bajo coste³³, invitando a acreedores a compartir el riesgo³⁴, y también conllevan un enriquecimiento de los socios u accionistas obligados con desmedro del patrimonio de los acreedores.

¿Por qué eludir las imperativas normas societarias en torno a la pérdida del capital social?

II – UNA VISIÓN METODOLÓGICA A PARTIR DEL CODIGO CIVIL Y COMERCIAL.

Para afrontar el tema de la crisis de sociedades es excelente el análisis que realiza indirectamente Alejandro Ignacio Fiorenza³⁵: “La sociedad siempre debe liquidarse *in bonis*. La ley 24522 menciona a los sujetos de los concursos preventivos en la enumeración del artículo 2º, a la que debe agregarse un tipo que son las sociedades en liquidación, conforme artículo quinto (5º) de la misma normativa. Quiere decir que el liquidador de una sociedad está legitimado para hacer todo el procedimiento liquidatorio de los artículos 102 y siguientes de la Ley de Sociedades Comerciales, balances periódicos, etc., y terminar con la inscripción definitiva de extinción social (artículos 111 y 112, LSC) en la medida que le alcancen los bienes para honrar las obligaciones. Todos sabemos que una liquidación societaria se hace de muchas formas, una, dejándola morir. – El capital social tiene la función de garantía. Pero nuestro régimen societario establece, con relación a la sociedad, que el nivel de pérdida del capital se tiene que recuperar mediante el reintegro de los aportes que hacen los socios. Por eso, entonces, es una causal de disolución de la sociedad la pérdida de capital social (art. 94, inciso 5º ley 199550). Como afirma el Dr. Efraín Hugo Richard (con razón), son normas imperativas, indisponibles para los socios según recta interpretación del artículo 99 de la Ley de Sociedades Comerciales, y los liquidadores son responsables solidaria e ilimitadamente de todas las obligaciones que contraigan en tanto y en cuanto no estén enderezadas a la liquidación”.

El Título Preliminar del Código Civil y Comercial, ajusta aún más la certeza de la tesis³⁶. Sustituye a los que inician los actuales Código Civil y Código de Comercio. Los fundamentos del Anteproyecto justifican un título preliminar: “III) Título Preliminar 1. Razones de la existencia de un Título Preliminar. Una primera cuestión a decidir es la necesidad de incluir un Título Preliminar en el código. Su aceptación se ha basado en una tradición histórica y en el presupuesto de que el código civil es el centro del ordenamiento jurídico referido al derecho privado y, por lo tanto, allí deben consignarse las reglas generales de todo el sistema.”. Para concluir “Por esta razón, el anteproyecto

³³La quita, al entrañar una ganancia en la sociedad al disminuir su pasivo, tiene costos impositivos, además de no liberar a deudores solidarios y fiadores. La capitalización de pasivo tiene efecto impositivo neutro y libera a esos codeudores.

³⁴FIMMANO, Francesco “L’ allocazione inefficiente dell’ impresa in crisi mediante la trasformazione e i creditori in soci”, en Revista delle società, 2010, páginas 57 y siguientes.

³⁵ “El fideicomiso ante la insolvencia patrimonial y su liquidación en la ley 24441, ¿es la mejor alternativa?” Segunda parte, en Semanario Jurídico, Fallos y Doctrinas, 6 de marzo de 2014, año XXXV, n° 1945, doctrina pág. 305, especialmente pág. 310.

³⁶Nto. “SOBRE EL TÍTULO PRELIMINAR DEL PROYECTO DE CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL”, texto de la conferencia de apertura en el “Primer Congreso Nacional de análisis y debate sobre el Proyecto del Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación en homenaje a Efraín Hugo Richard” – Mar del Plata 4/6 de noviembre de 2012-, con notas, publicado en El Derecho, diario del 5 de abril de 2013, Buenos Aires.

contiene un Título Preliminar que, sin tener pretensiones de ordenar de modo cerrado todo el sistema, incluye los contenidos referidos”, o sea aplicables a todo el derecho privado.

¿Qué casos rige este Código? ¿Esta normativa es también aplicable a situaciones regidas por leyes especiales como la ley de sociedades y concursos? No tenemos duda de ello³⁷, justamente por la expresión “las leyes que resulten aplicables” y en consonancia “con la Constitución Nacional”, y las consideraciones o fundamentos del Anteproyecto a que hemos hecho referencia de ser “centro del ordenamiento jurídico”.

El art. 1 in fine del texto en curso dispone “Los usos, prácticas y costumbres son vinculantes cuando las leyes o los interesados se refieren a ellos o en situaciones no regladas legalmente, siempre que no sean contrarios a derechos”. Esta referencia impone ciertas meditaciones. Ana C. Alonso y Gustavo Cultraro³⁸ afirman que el Proyecto –hoy Código Civil y Comercial-... “prohíbe la costumbre contra leggem”. Creemos que similar interpretación cabe en la actualidad, salvo que la ley no prevea sanción o la exigibilidad de sus prescripciones. Pese a ello constatamos que se acepta la “costumbre contra leggem” al considerar legales propuestas concursales no integradas debidamente con la designación del comité de control, optando el juez por designar a tal fin al Síndico –también aceptando la omisión del régimen de administración hasta el cumplimiento del acuerdo³⁹-, en vez de aplicar el procedimiento del art. 48 LCQ o dictar directamente la quiebra por falta de propuesta. Es hoy *contra leggem* la aceptación de que cesionarios tardíos de créditos puedan adherir a abusivas propuestas de quitas y esperas en concursos o APEs, pues contradicen las normas de los arts. 1191 CC vigente y siguientes, que los contratos valen entre las partes pero no pueden ser usados para perjudicar a terceros⁴⁰. Hoy resultará sin duda una conducta abusiva, o sea viola el principio de buena fe.

El ARTÍCULO 2º sobre “Interpretación”, impone que “La ley debe ser interpretada teniendo en cuenta sus palabras, sus finalidades, las leyes análogas, las disposiciones que surgen de los tratados sobre derechos humanos, los principios y los valores jurídicos, de modo coherente con todo el ordenamiento”.

Tener en cuenta palabras y las finalidades de la ley, importa señalar que las palabras de la ley excluyen la intención de los legisladores que las redactaron. Y las finalidades se corresponden al engarce constitucional de las normas, a la congruencia con el sistema en general –leyes análogas- y a principios de justicia y equidad. Y las palabras muchas veces no tienen significado preciso sino se las

³⁷ La respuesta surge indubitable de los fundamentos que copiamos: “Desde otra perspectiva, es necesario que los operadores jurídicos tengan guías para decidir en un sistema de fuentes complejo, en el que, frecuentemente, debe recurrirse a un diálogo de fuentes, y a la utilización no sólo de reglas, sino también de principios y valores. - En el sistema jurídico argentino vigente no hay un dispositivo que fije reglas generales respecto de las fuentes ni en relación a la interpretación de éstas. La regulación completa de las fuentes es un tema que hoy se analiza en el derecho constitucional, porque tiene la amplitud necesaria para comprender desde los tratados internacionales hasta la reglamentación administrativa. En el derecho privado, en cambio, se pueden regular las fuentes desde el punto de vista de la decisión del juez, estableciendo, como se dijo, reglas para la decisión judicial. - De modo que, en este plano, la respuesta es positiva y así lo propone el Anteproyecto. Si se introducen reglas respecto de las fuentes y la interpretación, se debe valorar su coordinación con otros microsistemas. Ello es así porque, sea cual fuere el grado de centralidad que se le reconozca al código, una norma de este tipo tiene un efecto expansivo indudable. La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha sostenido: “...la regla de interpretación prevista en el artículo 16 (del Código Civil) excede los límites del derecho privado, puesto que los trasciende y se proyecta como un principio general vigente en todo el orden jurídico interno” (Fallos, 312:957). - Por esta razón, cabe distinguir entre el derecho como sistema y la ley, que es una fuente, principal, pero no única. En este sentido, es muy útil mencionar las fuentes del derecho, y fijar algunas reglas mínimas de interpretación, porque se promueve la seguridad jurídica y la apertura del sistema a soluciones más justas que derivan de la armonización de reglas, principios y valores. Con referencia a la ley, el anteproyecto establece normas respecto de su obligatoriedad con relación al espacio y al tiempo y sus efectos en el campo del derecho internacional privado. - Tradicionalmente, el título preliminar ha sido considerado solamente para estos fines, es decir, la definición de fuentes y reglas de interpretación.

³⁸ En ponencia presentada al Congreso referido en nota precedente.,

³⁹Nto. “INTEGRACIÓN DE LA PROPUESTA DE ACUERDO EN CONCURSO SOCIETARIO” en Jurisprudencia anotada de RDCO n° 234, Enero Febrero 2009, Ed. AbeledoPerrot, pag. 79.

⁴⁰Nto. “EL EFECTO DE LOS CONTRATOS RESPECTO DE TERCEROS Y LA CESIÓN DE CRÉDITOS EN CONCURSOS”, en libro colectivo “LiberAmicorum. En homenaje al Prof. Dr. Luis Moisset de Espanés”, Córdoba, noviembre 2010, 2 tomos Ed. Advocatus, en tomo I pag. 515 a 552.

ubica en su contexto⁴¹. Y en el caso en análisis no hay duda del alcance de los preceptos de los arts. 94.5, 96 y 99 de la ley de sociedades comerciales argentina (LSA).

¿Cuáles son “los principios y los valores jurídicos”? Principios y valores se plantean como dos categorías diferenciables. Este es un tema fundamental y debería ser un aspecto central del análisis doctrinal.

“Valor”, que en su referencia con la Filosofía se señala “10. Cualidad que poseen algunas realidades, consideradas bienes, por lo cual son estimables. Los valores tienen polaridad en cuanto son positivos y negativos, y jerarquía en cuanto son superiores o inferiores”⁴².

Sin duda aparece así nuestra ley civil-comercial enrolarse en la teoría “objetivista”, o sea que los valores no dependen de las preferencias individuales⁴³, y suponemos que sin perjuicio de aceptar también la bipolaridad de los valores, nos estaríamos enrolando en una teoría normativa de los valores “jurídicos”.

Hablamos de “valores jurídicos”. Y a los de justicia y equidad, hemos visto agregar a Aída Kemelmajer de Carlucci los de fraternidad, solidaridad y responsabilidad. Y subsumimos en procedimientos concursales normas y valores, es inaceptable que el incumplimiento de normas imperativas de la legislación societaria pueda devenir en ser autorizado por una resolución judicial homologatoria de quitas.

En cuanto a “principios” recurrimos al Diccionario de la Real Academia: “5. Cada una de las primeras proposiciones o verdades fundamentales por donde se empiezan a estudiar las ciencias o las artes... 8. Norma o idea fundamental que rige el pensamiento o la ciencia”, y después desenvuelve varios principios, particularmente el “principio de derecho” como “Norma no legal supletoria de ella y constituida por doctrina o aforismos que gozan de general y constante aceptación de jurisconsultos y tribunales”.

Y como calificativo al adjetivo “imperativo” fijado como “Deber o exigencia inexcusable”.

Tanto los principios como los valores jurídicos no deberían corresponder a una ideología sino a una construcción doctrinal y jurisprudencial del sistema jurídico, y se sintetizan en “buena fe”, definida por la Real Academia como “rectitud, honradez, criterio de conducta al que ha de adoptarse el comportamiento honesto de los sujetos de derecho. En las relaciones bilaterales, comportamiento adecuado a las expectativas de la otra parte” y como contra valor la “mala fe” es definida como “dobleza, alevosía. Malicia o temeridad con que se hace algo o se posee o detenta alguna cosa. “De buena fe” con verdad y sinceridad”, “de mala fe” “con malicia o engaño”.

Ello se refiere en el CAPÍTULO 3 que versa sobre “Del ejercicio de los derechos”, con el ARTÍCULO 9º, titulado “Principio de buena fe”, otro de los “principios jurídicos”, normando “Los derechos deben ser ejercidos de buena fe”.

Correlativamente y dentro de la teoría de la bipolaridad de los principios y valores, el ARTÍCULO 10º, titulado “Abuso del derecho”, descalifica el mismo como contra valor de la siguiente manera “El ejercicio regular de un derecho propio o el cumplimiento de una obligación legal no puede constituir como ilícito ningún acto. La ley no ampara el ejercicio abusivo de los derechos. Se considera tal el que contraría los fines del ordenamiento jurídico o el que excede los límites impuestos por la buena fe, la moral y las buenas costumbres. El juez debe ordenar lo necesario para evitar los efectos del ejercicio abusivo o de la situación jurídica abusiva y, si correspondiere, procurar la reposición al estado de hecho anterior y fijar una indemnización”.

La expresión “Se considera tal el que contraría los fines del ordenamiento jurídico o el que excede los límites impuestos por la buena fe, la moral y las buenas costumbres”, cuestiona todos los contra valores –en esa teoría de la bipolaridad-, apuntando a los que afectan “los fines del

⁴¹ Sobre estos aspectos puede verse a MAFFIA, Osvaldo J. “Asunciones no explicitadas” en JA 2012-IV-fascículo 2, 10 de octubre de 2012 pág. 2, y la bibliografía allí citada sobre “El lenguaje común”.

⁴² FERRATER MORA, José *Diccionario de Filosofía*, Alianza Editorial, Madrid 1979 tomo III.

⁴³ FERRATER MORA ob. cit. tomo 4 pág. 3375.

ordenamiento jurídico”, y recoge “la buena fe, la moral y las buenas costumbres”, como límites o determinantes de los principios y valores jurídicamente protegidos –conforme el art. 2º del Proyecto, e impone la visión bipolar de esos valores y principios. Pues existiendo duda sobre el valor positivo, muchas veces se dilucidará la cuestión al posar la atención en el contravalor negativo.

Por otra parte, impone al Juez conductas oportunas y efectivas “para evitar los efectos del ejercicio abusivo o de la situación jurídica abusiva”, para inmediatamente prever las medidas preventivas llamadas autosatisfactivas disponiendo “la reposición al estado de hecho anterior” y calificamos esa acción preventiva en la imposición de fijar una indemnización.

Esta es una verdadera revolución contra la justicia lenta que ha motivado tantas reflexiones, y que los jueces concursales deberán tener bien presente al homologar acuerdos en concursos de sociedades donde se propongan quitas.

El abuso de derecho aparece como un anti valor.

En este aspecto debemos señalar que la obligatoriedad de someterse a las leyes es continuamente soslayada en los concursos de sociedades, aceptando el incumplimiento de las normas imperativas de la ley societaria –y también la concursal- con la aceptación de quitas que también resultan inconstitucionales. Todo so pretexto de la “conservación de la empresa”.

Reforzamos: “El concepto de abuso, como acción y efecto de abusar, es usar mal, excesiva, injusta, impropia o indebidamente de algo o de alguien (Real Academia Española “Diccionario de la Lengua Española”, 2.002). El Art.1.071 del C.Civil, luego de recordar que el ejercicio regular de un derecho propio o el cumplimiento de una obligación legal no puede constituir como ilícito ningún acto, agrega “*La Ley no ampara el ejercicio abusivo de los derechos. Se considerará tal al que contraríe los fines que aquélla tuvo en mira al reconocerlo o al que exceda los límites impuestos por la buena fe, la moral y las buenas costumbres*”. Como lo reafirma Lidia VAISER⁴⁴, el Art.1.071 del C.Civil resulta, a no dudarlo, una norma fundamental en la restricción del abuso y un soporte monumental en el plano de todo conflicto jurídico, cualquiera fuere la esfera normativa que aborda en su núcleo central. A ello debe agregarse el contenido del art. 953 del C.Civil que sanciona con nulidad absoluta (art. 1044 C.C.) a este tipo de actos.

El ARTÍCULO 12 se refiere al “Orden público” y al “Fraude a la ley”. Dispone en tal sentido “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”.

Como convención particular puede considerarse el acuerdo concursal, más frágil aún que un acuerdo o contrato por cuanto está fundado en una mayoría relativa de los acreedores, tratándose de imponer una solución ilegal y perjudicial a muchos otros acreedores, y en beneficio directo de los socios de la concursada, que se enriquecen a través de un abuso de derecho o fraude a la ley como el que estamos considerando.

Se verá que se distingue orden público de normas imperativas. Respecto al primero para impedir puedan dejarse de lado, y respecto a ambos supuestos para sancionar el fraude a la ley. En el mismo sentido el actual art. 21 CC del Título Preliminar.

El orden público es el “conjunto de principios eminentes a los cuales se vincula la digna subsistencia de una organización social establecida” que no pueden ser alterados por la voluntad de los individuos⁴⁵.

⁴⁴ “El Abuso de Derecho en los Procesos Concursales” JA 2.003-IV-1.328.

⁴⁵ Art. 21 C.C., LLAMBIAS, J.J. *Tratado de derecho civil- Parte General*, t. I, nros. 184, 195 y 197, págs. 158, 163 y 197, ed. 1973). Nto. “SOBRE NULIDAD DE RESOLUCIÓN ASAMBLEARIA”, en *Derecho Societario y Concursal – Tendencias jurisprudenciales*, Ed. Legis, Buenos Aires 2012. Correspondiendo a la publicación para el Décimo Seminario Anual sobre actualización, análisis crítico de jurisprudencia, doctrina y estrategias Societarias, y Duodécimo Seminario Anual sobre Actualización, análisis crítico de jurisprudencia, doctrina y estrategias concursales, p. 141.

“¿Cuál es entonces el contenido efectivo del orden público? ¿Es conceptualmente autónomo de las normas imperativas y de las buenas costumbres, o no? Normalmente el legislador utiliza la elipsis “contrario(a)s al orden público y a las buenas costumbres”, y porque estas últimas se colocan en el terreno meta jurídico de la moral parece casi lógico atribuirle al orden público un ámbito más bien normativo”⁴⁶.

El orden público societario consiste en una máxima de inderogabilidad que sustrae de la autonomía de la voluntad ciertas cuestiones⁴⁷. La Corte⁴⁸ con tal comprensión ha sostenido que, es evidente que los socios de la demandada no estaban habilitados para deliberar y decidir cuestiones que atentasen contra el interés y orden públicos y las buenas costumbres (art. 21 cit.), o bien que fueran prohibidos por las leyes (art. 953 cit.). "Lo que es inmoral, lo que es contrario al orden social, lo que se reputa inexistente por falta de formas substanciales, no puede subsanarse por el transcurso del tiempo. El acto será siempre inmoral, contrario al orden público o carente de las formas indispensables a su existencia, cualquiera sea el número de años que hayan pasado desde su celebración. El tiempo es impotente para transformar lo inmoral en moral, lo ilícito en lícito, lo informal en formal, y siempre el acto conservará el vicio original" (fallo cit. considerando II, págs. 278, último párrafo y 279), criterio éste que reiteró en Fallos: 314:1048, considerando 6°.

En esta apreciación tan sintética se podrá apreciar que el Título Preliminar del Código Civil y Comercial aparece con novedades que, pese a ser tradicionales, alumbrarán las conductas a seguir y facilitarán la labor de los jueces frente al conflicto, y particularmente aplicables a la sociedad en crisis, evitando el fraude a la Ley, Adolfo ROUILLON⁴⁹ expresa: “*Genéricamente, ella se refiere a cualquier acto o actividad enderezados a soslayar, contradecir o de cualquier modo burlar disposiciones imperativas*”.

La homologación judicial de un acuerdo concursal de una sociedad, abusivo o en fraude a ley Societaria no puede alcanzarse por ello, además de la expresa prevención del art. 52 4) LCQ, pero se omite regularmente todo análisis constitucional por su confiscatoriedad, o de esa ley societaria que deja en evidencia que la quita es cuanto menos abusiva, cuando no en fraude al art. 96 LSA.

La apreciación lógica es simple: si la sociedad tiene un mero problema de cesación de pagos, un activo corriente inferior al pasivo corriente, una espera –corta o muy larga- solucionará el problema. Si tiene patrimonio neto positivo no se advierte la necesidad de una quita.

Si la sociedad tiene un patrimonio neto neutro o negativo se ha producido una causal de disolución que impone su liquidación salvo que los socios decidan reintegrar el capital social o capitalizar, sea ellos mismos o terceros, incluso por la capitalización de pasivo (arts. 96 y 197 LS). De no resulta responsabilidad de administradores, y quizá de socios⁵⁰, si el pasivo no resultara satisfecho. Intentar una quita en el concurso, cuya presentación es ratificada por los socios, implica un fraude a la ley societaria intentando que los acreedores asuman las obligaciones que tienen los socios, y los enriquezcan.

¿Esto no es impeditivo de la homologación a tenor del art. 52 ap. 4 LCVQ?

⁴⁶ CERTAD M., Gastón “Derecho societario y normas de orden público” en Revista de Ciencias Jurídicas n° 117 (63-86) , septiembre-diciembre 2008.

⁴⁷ OLIVERA GARCIA, RICARDO, “*Estudios de derecho societario*”, Rubinzal, Buenos Aires, 2005, ps. 92/93.

⁴⁸ Corte Suprema de Justicia de la Nación (CS) con fecha: 07/12/2001, caratulado Provincia del Chubut c. Centrales Térmicas Patagónicas S.A. Publicado en: LA LEY 2002-E, 863 - Colección de Análisis Jurisprudencial Elems. de Derecho Administrativo - Julio Rodolfo Comadira, 597 Cita Online: AR/JUR/25/2001.

⁴⁹ *Régimen de Concursos y Quiebras* Ed. ASTREA, 15° Ed., Buenos Aires, pág.155.

⁵⁰ Nto. “EL ART. 99 LEY 19.550 Y CAUSALES DE DISOLUCIÓN DE SOCIEDADES (De cómo evitar responsabilidad ante la insolvencia societaria)”, en Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones (RDCO) 2013-A- pág. 663, año 46, Ed. AbeledoPerrot, Buenos Aires 2013.

No tenemos duda que un juez deberá afrontar esta lógica y descartarla expresamente si decide homologar un acuerdo de quita en el concurso de una sociedad.

La solución es la capitalización e pasivos que hoy se aconseja en las reformas en la legislación de crisis, como la del año pasado en España, particularmente refiriéndose a acreedores profesionales, pero porque no incluir a los proveedores que ven vinculado su futuro con la sociedad proveída en crisis, compartiendo así un proyecto productivo en común.

Otro camino para evitar la declaración de quiebra sería imponer como “tercera vía” a la sociedad concursada atender la cuestión por la vía de aplicación de normas imperativas de la ley societaria ante la presencia de causales de disolución que debieron enfrentar, según el caso.

La capitalización del pasivo puede sugerirse como equilibrio con las quitas, introduciendo cláusulas de compra forzosa de las acciones entregadas con la quita prevista, decidida por el acreedor ahora accionista, o por decisión de los socios pagando por las acciones el cien por ciento de la acreencia dentro de un periodo determinado¹.

III – NORMAS IMPERATIVAS EN DERECHO SOCIETARIO (Y DE ORDEN PÚBLICO).

En la conclusión del Congreso Iberoamericano de Derecho Concursal organizado por el Instituto Iberoamericano de Derecho Concursal (Sede en México), el VI desarrollado en Rosario (República Argentina)⁵¹, en la sesión de clausura quedaron marcadas dos posiciones: una que no distingue entre el empresario individual y la sociedad en dificultades, y otra que abrazamos que, coincidiendo con aquella en cuanto al empresario individual, sostiene que las crisis societarias deben afrontarse primariamente a través de las previsiones imperativas de la ley que rige esa organización.

1. NORMA IMPERATIVA.

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.

Cabe agregar que la mayor parte de las normas de los distintos ordenamientos jurídicos tienen carácter imperativo, aunque existe un mayor margen para la autonomía de la voluntad en el derecho privado.

La norma es un precepto jurídico, que –cuando es imperativa- implica un “deber o exigencia inexcusables” –del Diccionario de la Real Academia-.

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 ese tiempo de 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, para evitar el daño.

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

2. IMPERATIVIDAD EN DERECHO SOCIETARIO.

⁵¹ 23/25 de septiembre de 2010, haciéndolo en homenaje a los Profesores Ariel Angel Dasso y al suscripto, disertando sobre “Perspectiva del Derecho de la Insolvencia” como cierre del Congreso.

Concuerda con esta posición Pablo Augusto VAN THIENEN –y colaboradores-⁵², máximo defensor de la autonomía de la voluntad en materia societaria expresando “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). Detectado el orden público parece que la idea de derechos inderogables se hace añicos. – II - Orden público societario... ¿estás ahí? Todavía, no lo hemos encontrado”.

En realidad este autor sostiene que no hay derechos patrimoniales individuales inderogables por razón de orden público si todos están de acuerdo en dejarlos de lado. Lo que es obvio. Pero veremos que se acepta la existencia de un orden público societario, con normas inderogables.

En tal sentido sigue Van Thienen y sus colaboradores: “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 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” (los subrayados nos corresponden).

Coincidiendo con Olivera García sobre que el orden público societario consiste en una máxima de inderogabilidad que sustrae de la autonomía de la voluntad ciertas cuestiones⁵³. Otro uruguayo, Alejandro Miller enfatiza catalogando ciertas normas societarias –como las de responsabilidad- de “preceptivas, consideradas de orden público y por ende inmodificables. No hay previsiones legales que admitan la inclusión en el estatuto de modificaciones por lo que ello no sería posible, la terminología legal es imperativa y ello es indicativo de la existencia de normas de orden público⁵⁴.

3.EL CRITERIO DE LA CORTE.

Ratifican esas apreciaciones, y la integración de normas concursales con las societarias que venimos postulado, el fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina (CS) del 20 de

⁵² VAN THIENEN, Pablo Augusto (Director y colaboradores) “Orden público societario...¿estás ahí? En Lax&Finance, WorkingPaper n” 20, 2008.

⁵³ OLIVERA GARCIA, Ricardo, *Estudios de derecho societario*, Rubinzal–Culzoni Editores, Santa Fe, 2005, ps. 92/93.

⁵⁴ MILLER ARTOLA, Alejandro *Ley de sociedades. Análisis exegético*, tomo II pág. 203, FCU, Montevideo 1993.

octubre de 2009⁵⁵, mediante el cual formula un *obiterdictum* sobre el punto, al acoger planteos de arbitrariedad contra la sentencia homologatoria en el concurso de “Sociedad Comercial del Plata S.A. y otros s/ concurso preventivo” El *obiterdictum* es expresado contundentemente en un 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”.

El calificar así al concurso como “última ratio preventiva” reconoce la existencia de otros remedios para afrontar la crisis. Atiende sin duda a los recursos societarios que registra imperativamente la ley específica, confirmando nuestra tesis, por lo que el propio concurso aparece – cuando no se ha intentado previamente aquél- como abusivo⁵⁶.

Y ya en el caso la proposición de quitas, por parte de administradores con la ratificación del órgano de gobierno, implica un real abuso de derecho frente a su obligación incumplida de reintegrar o aceptar la capitalización de la sociedad⁵⁷.

4. CAPITALIZACIÓN.

El aumento de capital de la sociedad, cuando patrimonialmente no es necesario, puede constituir un acto de mala fe y de abuso de derecho contra socios que no pueden ejercer su derecho de suscripción preferente. Y, en cambio, 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 quitas. Es un negocio para enriquecer a los socios, y así lo entienden las normas impositivas que las califican como ganancia para la sociedad.

Es abusiva –configurando fraude a la ley- toda actuación que intente imponer un acuerdo que viola las normas sobre derecho de propiedad de la Constitución Nacional, que a su vez es abusivo y en fraude a normas imperativas del derecho societario, como lo son los arts. 94.5, 96 y 99 LGS, justificándose la quita sólo en el caso de pérdida del capital social y siendo abusiva si no existe tal pérdida, y en fraude a la ley que impone que son los socios los que tienen que reintegrar el capital social o capitalizar la sociedad si no quieren liquidarla.

Si se tachan las convenciones abusivas o en fraude a la ley, en los casos que estamos analizando es mayor la gravedad institucional pues a través del acuerdo concursal se intenta perjudicar a terceros acreedores a través de la violación del art. 96 LSA –que se mantiene en la Ley General de Sociedades-, y enriquecerse los promotores de ese acto ilícito, nulo conforme la calificación de Van Thienen.

Y que los socios y administradores continúen el giro social habiendo perdido el capital social, sin reintegrarlo e incumpliendo así con una norma imperativa de la ley, intentando cubrir su personal obligación con quitas impuestas a los acreedores implica un claro fraude a la ley societaria.

Es que la liquidación o la capitalización constituyen previsiones imperativas para las sociedades, ante la autonomía de la voluntad para organizarlas convencionalmente, todas aquellas que

⁵⁵ “¿REORGANIZACION 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, Bs.Aires 2010, págs. 3 a 78.

⁵⁶ 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*.

⁵⁷ FIMMANO, Francesco, “L’ allocazioneefficientedell’ impresa in crisi mediante la trasformazioneideicreditori in soci”, en Revista dellesocietà, 2010, páginas 57 y siguientes.

resguardan que no se constituyan en un instrumento dañoso, imponiendo subsanaciones o liquidación. Y aquí cobra protagonismo todo lo referido a la función de garantía del capital social.

Lo “dirimente es poner la cuestión en manos de los socios. Estos tal vez decidan la capitalización de la empresa o admitan su fusión por absorción con otro ente más saludable”⁵⁸. Claro que lo ideal es hacerlo a través de la funcionalidad societaria, sin presentación en concurso.

5. PERDIDA DEL CAPITAL Y RESPONSABILIDAD.

Franco Bonelli⁵⁹ afronta el supuesto de la continuación de la gestión social después de la pérdida del capital social, con la responsabilidad de los administradores.

La falta de aplicación de las normas imperativas de la ley societaria ante situaciones concursales nos hace pensar en una suerte de CONTRADERECHO⁶⁰.

Tan aplicable e imperativa es la causal de disolución por pérdida del capital social, que ante la devaluación del año 2002 en la República Argentina se suspendió por casi cuatro años esa causal, no así la de imposibilidad sobreviniente de cumplimiento del objeto social. Ello al reconocer una causa exógena generadora de alteraciones patrimoniales; pero aún en el caso la empresa debía ser viable para no configurar la causal de imposibilidad sobreviniente de cumplimiento del objeto social.

IV – LA FUNCIÓN DE GARANTÍA DEL CAPITAL SOCIAL.

No tenemos dudas que las normas que protegen la función de garantía del capital social –hoy algo olvidado frente a la función de operatividad- tienen carácter imperativo

El capital social es un requisito esencial constitutivo, generando la base del reconocimiento de la personalidad jurídica: el patrimonio social. Y esa garantía no se desluce ni aún en la “one dollar corporation”.

Nos hemos referido ya, introductoriamente, a este problema. Lo hicimos primero en “EFICIENCIA CONCURSAL Y CRISIS SOCIETARIA”⁶¹ y luego en EL ART. 99 LEY 19.550 Y CAUSALES DE DISOLUCIÓN DE SOCIEDADES (De cómo evitar responsabilidad ante la insolvencia societaria)⁶². Posteriormente apuntamos a “CONFLICTOS GENERADOS POR LA INSOLVENCIA DE SOCIEDADES Y SOLUCIONES SOCIETARIAS A SUS CRISIS ECONÓMICO-FINANCIERAS-PATRIMONIALES (arts. 94.5, 96 y 99 Ley de Sociedades Comerciales)”⁶³. Ahora estamos ahondando en esa línea sobre el abuso y el fraude a la ley que se configura en la homologación de acuerdos en el concurso de sociedades que contengan quitas.

Pese a que la doctrina nacional, de manera reiterada ha tratado sobre la crisis del concepto del capital social⁶⁴, de manera unánime se acepta que el capital social cumple al menos tres funciones: a)

⁵⁸ BARREIRO, Marcelo G. – TRUFFAT, E. Daniel “Responsabilidad de administradores y representantes en la ley de quiebras: el deber fiduciario de la ley de sociedades, ¿se traslada a los acreedores” en *Doctrina Societaria y Concursal*, octubre 2005, tomo XVII p. 1205.

⁵⁹ En *La responsabilità degli amministratori di società per azioni*, Ed. Giuffrè, n° 135 de los Quaderni di Giurisprudenza Commerciale,

⁶⁰ VEIGA, Juan Carlos y nosotros “EL CONTRADERECHO: LAS NORMAS IMPERATIVAS DEL DERECHO SOCIETARIO” en *El Derecho Societario y la Empresa en el Tercer Milenio*, XII CONGRESO ARGENTINO DE DERECHO SOCIETARIO, VIII CONGRESO IBEROAMERICANO DE DERECHO SOCIETARIO Y DE LA EMPRESA, 25 al 27 de septiembre de 2013, Ed. Universidad Argentina de la Empresa y Cámara de Sociedades Anónimas, tomo I pág. 161.

⁶¹ En RDCO, sección doctrina n° 255, julio agosto 2012, pág. 61.

⁶² Publicado en *Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones (RDCO)* 2013-A- pág. 663, año 46, Ed. AbeledoPerrot, Buenos Aires 2013.

⁶³ En *Tratado de los Conflictos Societarios* –Director Diego Duprat– Ed. AbeledoPerrot, Buenos Aires 2013, tomo III pág. 2793.

⁶⁴ Entre otros: LE PERA, Sergio: “Sobre la futilidad de la noción de capital social” LL, T.1986-b, Pág. 972; ARAYA, Miguel C. “El Capital Social” DPyC – Sociedades, Ed. RubinzalCulzoni, Sta. Fe 2003, Pág. 213; ARAYA, Miguel C. “Capital y patrimonio” JA-1996, t. IV. Pág. 676; FOURCADE, Antonio Daniel, en “El patrimonio neto en las sociedades comerciales” Ed. Osmar D. Buyatti, Buenos Aires 1998; RAMÍREZ BOSCO, Lucas: en “Responsabilidad por infracapitalización societaria”, Ed. Hammurabi Bs. As. 2004 NISSEN, Ricardo en el prólogo a la obra de Ramírez Bosco citada; LE PERA, Sergio en prólogo a la obra “Régimen de Utilidades en las Sociedades Anónimas” de la autora CHINDEMI, Marcela H., Ed. Ad-Hoc, Bs. As. 2004. VERLY, Hernán: “Apuntes para una revisión del concepto de capital social” LL-1997-A, Pág. 756; LISDERO, Alfredo R. “Una posible solución al problema de la

Función de productividad; b) Función de garantía; c) Función de determinación de los derechos del socio. No es objeto tratar aquí sobre la validez –o no– del capital social tal como lo tenemos legislado, pero podemos afirmar que los cuestionamientos pueden ser subsanados a través del uso de herramientas de técnica jurídica y contable⁶⁵.

Apuntamos en este enfoque a las previsiones en torno al rol del capital social, no en su rol funcional para asegurar el normal cumplimiento del objeto que genera la causal de disolución prevista en el art. 94 inc. 4° LGS, que podría dar lugar a juicios diversos, en torno a su razonabilidad y la actuación de los administradores, sino al rol del capital en su función de garantía, o sea a la causal de disolución de pérdida del capital social, prevista en el art. 94 inc. 5° LGS⁶⁶, cuya relevante función de garantía destacamos. Estos dos artículos se mantienen con idéntica numeración en la que será desde el 1° de agosto de 2015 la Ley General de Sociedades.

“En la sociedad anónima, esencialmente capitalista, no parece prudente esperar a que el capital se pierda totalmente para que las pérdidas operen como causa de disolución, pues entonces los acreedores no tendrían ninguna seguridad o garantía para el percibo de sus créditos. De ahí que nuestra ley (el entonces art. 260.1.4ª de la ley de sociedades por acciones española) declare causa de disolución el hecho de que se produzcan pérdidas *que dejen reducido el patrimonio a una cantidad inferior al capital social, a no ser que ése se aumente o se reduzca en la medida suficiente*.. Desde esta perspectiva, esta norma opera como un instrumento preconcursal destinado a evitar la insolvencia de las sociedades anónimas y su eventual declaración de quiebra ”⁶⁷.

1. PATRIMONIO Y CAPITAL SOCIAL.

No es igual hablar de capital social que de patrimonio de la sociedad⁶⁸. El primero se presenta como una realidad bifronte, la estrictamente jurídica, como el conjunto de aporte de los socios y jurídica - contable, como cifra fija e invariable expresada en el pasivo. El patrimonio corresponde a la sociedad, respecto a la cual el capital sólo expresa el patrimonio en el momento constitutivo, pues en adelante los balances determinan la existencia del patrimonio, resguardado a terceros, constituyendo el capital luego la cifra de retención en el patrimonio para determinar el reparto de ganancias o dividendos, en garantía de los acreedores sociales. Cuando acaece una causal de disolución, se abre la etapa de liquidación que presupone la liquidación del patrimonio social para satisfacer las obligaciones de la misma y, de existir remanente, atribuirlo a los socios. Y se prevé hacerlo *in bonis*.

La cifra estatutaria que fija el capital sirve de garantía inmutable para esos terceros, imponiendo mantener el contravalor patrimonial de dicha cifra siempre por encima de aquel y durante

infracapitalización societaria” ED t.191, pág. 804; GALIMBERTI, María Blanca: “El capital social en una era de grandes cambios” DSEyCERrepar, T.IX, 1998; BOLLINI SHAW, Carlos (h): “Capital y patrimonio en las sociedades anónimas. El principio de la intangibilidad del capital social” ED-1976, T.65, Pág. 813; REINOSO, José L. “Capital social: mínimo legal y suficiente para el cumplimiento del objeto social” JA-1997. t.IV, Pág. 731; JURADO, María A. “El Capital Social y la Realidad Económica actual”, en la obra colectiva: “CUESTIONES DE DERECHO SOCIETARIO. EN HOMENAJE A HORACIO P. FARGOSI”, VÍTOLO, Daniel R. Director. Ed. Ad-Hoc. Bs. As. 2004, pág. 333; RICHARD, Efraín Hugo: “Sobre el Capital Social”, en “Jornadas Nacionales de Derecho Societario en Homenaje al Profesor Enrique M. Butty, Buenos Aires, 2007, pág. 107 y en www.acaderec.org.ar.

⁶⁵FUSHIMI, Jorge Fernando en XVII JORNADAS NACIONALES DE INSTITUTOS DE DERECHO COMERCIAL, “SOBRE EL REINTEGRO DEL CAPITAL EN LAS SOCIEDADES ANÓNIMAS”, en TEMA: FORMAS DE AFRONTAR LA CRISIS SOCIETARIA; ARAYA, Miguel C. “Repensar la noción de capital social” (tomo II pág. 279 II Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa, Mar del Plata 1995); PORTALE, Giuseppe B. – COSTA, Concetto “Capitale Sociale e Società per azionisottocapitalizzate. Le nuovetendenzeneipaesiuropei” en obra *Ildiritto dellesocietà per azioni: problemi, esperiene, progetti* a cargo de Pietro Abbadesa y Angel Rojo, Milán Giuffrèeditore 1993, pág.59 y ss.; SPOLIDORO, Marco Saverio “Ilcapitalesociale” en la misma obra general citada precedentemente.

⁶⁶ “Art. 94. *Disolución: causas*. La sociedad se disuelve: ... 5. Por pérdida del capital social...”.

⁶⁷ URÍA, R.; MENÉNDEZ, A. y GARCÍA de ENTERRÍA, J. –“La sociedad anónima: disolución” Cap. 4, pág. 1001 en *CURSO DE DERECHO MERCANTIL* citado..

⁶⁸ La confusión entre estos dos instrumentos de la vida de la empresa, formal uno, material el otro, puede dar lugar a muchos equívocos peligrosos en la interpretación de la ley; aquél es una entidad jurídica y de cómputo... esta, una realidad concreta, esencialmente mudable, que posee el carácter de una universalidad de derecho indefinida, perteneciente al ser social. SUSSINI, Miguel J *El dividendo en las sociedades anónimas*, Bs.As. 1951 pag. 65 y ss

toda la vida de la sociedad⁶⁹. El capital social se presenta como una cifra permanente en la contabilidad de la sociedad que indica a aquellos con que cifra responderá el ente respecto de estos, por las deudas asumidas por la sociedad. Ello incluso en la “one dollar corporation”.

Actuar como si nada hubiere ocurrido al constatar la pérdida del capital social, cruzando una raya roja, genera responsabilidad de haber perjudicados.

Avancemos para determinar las normas imperativas preventivas de las crisis en la sociedades, conciliando terminología –como lo hicimos inicialmente- sobre insolvencia, cesación de pagos, pérdida del capital social, crisis.

¿Qué ante la pérdida del capital social de una sociedad? Esa pérdida, en nuestro país, debe alcanzar el 100% de la cifra estatutaria. La primera cuestión que se formula es ¿cuándo se acredita la pérdida del capital social? Al margen de la posibilidad de cuestionamientos por socios o terceros, ello produce efectos responsabilizatorios cuando los administradores preparan y presentan la documentación contable a consideración de la asamblea, resultando de la misma un patrimonio neto neutro o negativo –en la República Argentina, pues en muchos países ello se anticipa con la pérdida de sólo un porcentaje del capital social⁷⁰-, y cristaliza con la aprobación del balance por la Asamblea (o el órgano de gobierno), como una declaración unilateral de verdad, un acto propio de la sociedad que excluye toda otra consideración.

Fourcade⁷¹ apuntaba que la sociedad puede continuar operando pese a la pérdida del capital social, porque puede apreciar revertirla con las operaciones en curso. Ello además de deber expresarse en la primer Memoria –conforme el tipo social- deja en claro el riesgo de responsabilidad de administradores y socios por las nuevas operaciones conforme el art. 99 LSA –LGS, usaremos ambas siglas donde no existen modificaciones-, si luego ello no se revierte y se producen incumplimientos.

Esta causal la catalogamos como aquellas que producen su efecto *ope legis*, de pleno derecho, *ipso jure*. Como ya apuntamos, Vivante entiende a la pérdida del capital social como una causal de disolución que opera de pleno derecho⁷².

Sea que se sostenga que no se produce la disolución al constatarse en el balance la pérdida del capital, o se acepte tal criterio, ocurren dos efectos:

a. La liquidación no se inicia de oficio, sea porque los socios la consideren reversible o transitoria, sea que difieran la toma de decisión a una futura asamblea. Pero siempre con el efecto de la responsabilidad.

b. La causal de disolución puede enervarse –el art. 96 LSA/LGS fija las condiciones⁷³-. Advertida la situación de crisis, insoslayable por un administrador societario –buen hombre de negocios-, debe con diligencia actuar para paliarla –planificando⁷⁴-, llevando la cuestión a conocimiento y decisión de los socios, quiénes deben afrontar la cuestión por los diversos medios que prevé la legislación societaria de todos los países: reintegración o aumento del capital social, reorganización societaria o del negocio, capitalización del pasivo o disolución de la persona jurídica. Este es el verdadero sistema de prevención de la insolvencia en el caso de sociedades.

⁶⁹ Siguiendo a Butty, el capital constituye una garantía específica hacia los terceros, suplementaria y distinta del patrimonio, entendido como prenda común de los acreedores. Aquellos tendrán la certeza durante la vida social, de la existencia en la caja de la sociedad, del contravalor efectivo de la cifra capital.

⁷⁰ La ley 16060 de sociedades de Uruguay, en su Art. 159.6 prescribe que haber perdido tres cuartas partes del capital integrado es causal de disolución, el art. 160 permite el reintegro para evitar la liquidación, y el art. 164 los hace responsables solidariamente a los administradores en caso de continuación del giro –sin perjuicio de la responsabilidad de los socios –art. 39-.

⁷¹ FOURCADE, Antonio *Sociedades comerciales. Parte especial*, Ed. Advocatus, Córdoba 2001, pág. 114.

⁷² VIVANTE, César *Tratado de Derecho Mercantil*, versión española de la quinta edición italiana corregida, aumentada y reimpressa, Ed. Reus, Madrid 1932. Volumen II “Las sociedades mercantiles”, pág. 483/5.

⁷³ “Art. 96. *Pérdida del capital social*. En el caso de pérdida del capital social, la disolución no se produce si los socios acuerdan su reintegro total o parcial del mismo o su aumento”.

⁷⁴ Ntos. *Insolvencia societaria*, Ed. LexisNexis, Buenos Aires 2007; “El plan de empresa (o como asumir crisis tempestiva y extrajudicialmente)” en libro colectivo *Homenaje al Dr. Osvaldo J. Maffia* Cap. II pág. 217, Ed. Lerner Córdoba 2008, Instituto Argentino de Derecho Comercial y Fundación para la Investigación del Derecho Concursal y la empresa en crisis Pablo Van Nieuwenhoven. Coordinadores E. Daniel Truffat – Marcelo Barreiro – Carlos Roberto AntoniPiossek – Ramón Vicente Nicastro.

No existe plazo para remover la causal (art. 96 LGS), por reintegro o capitalización, o iniciar la liquidación, pero la responsabilidad nace en forma inmediata (art. 99 LGS), y la obligación de resarcir está ligada a la existencia de daño.

Si hay “recomposición” del capital social o su reintegración o aumento desaparece todo problema, aunque hubiere demora, pues ningún daño se ha generado manteniéndose la garantía de los acreedores.

Si esa 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 o si aprobaron un balance donde se registró –o debió registrar– la pérdida del capital social. Ello se deberá presumir si hay acreedores insatisfechos, incluso los que resultan afectados por quitas⁷⁵ y esperas en un proceso concursal⁷⁶. Quizá así se entienda la repetida “desaparición” de libros y documentación contable en estos procesos.

La conservación de la empresa estructurada societariamente es un problema de los administradores y de los socios⁷⁷. Es una cuestión de derecho privado.

“¿Para qué perder tiempo si no hay viabilidad económica? El diagnóstico previo fue la sabia vivificante del sistema procesal francés que le permitió decir que los procesos llevaban a la solución de los concursos. – La separación del hombre de la empresa, sin que la empresa tuviera que acarrearse los errores y las inconductas de sus dirigentes. Si había inconducta de los dirigentes y la empresa era viable, ¿por qué liquidar una empresa por la inconducta de los directivos?”⁷⁸.

2. CAPITALIZACIÓN DE PASIVO SOCIAL.

Ante la negativa o imposibilidad de los accionistas –probablemente por un plan poco convincente– y no deseando liquidar la sociedad, se abre la solución de invitar a terceros a capitalizar o la del art. 197 LSA/LGS⁷⁹ capitalizando el pasivo, y en ciertos casos traspasar la sociedad a los acreedores, o su control.

La capitalización del pasivo trae un beneficio inmediato a los accionistas, directores o terceros que hayan garantizado una obligación capitalizada, pues se liberarán de esa obligación de garantía.

De no reintegrar el capital los socios o asumiendo el aumento de capital por ellos y/o terceros, para que el balance restituya la cifra del capital social, debe tenerse por operada la causal de disolución y asumir la liquidación con el menor costo posible, para que los acreedores perciban sus acreencias.

¿Si no se reintegra como capitalizar la sociedad para evitar la liquidación?

Debe aumentarse el capital social en monto suficiente para cubrir el pasivo y no quedar nuevamente en supuestos de reducción obligatoria del capital social previstos en el art. 206 LSA. Por eso es más factible la capitalización de pasivo.

⁷⁵La quita es una propuesta esencialmente poco equitativa desde el momento que implica una transferencia de riqueza del acreedor al deudor, a título gratuito - RICHARD, Efraín Hugo: “¿Capitalismo de reposición vs. Capitalismo donatario?” en *Doctrina Societaria y Concursal* ERREPAR (DSCE) Tomo XXIII Pág.:933 Setiembre 2011, y el consecuente enriquecimiento del segundo a costas del empobrecimiento del primero.

⁷⁶Nto. “Los administradores societarios y la insolvencia” en *SUMMA SOCIETARIA*, Ed. AbeledoPerrot, Buenos Aires 2012, tomo I pág. 1449.

⁷⁷Nto. “La conservación de la Empresa” en *Anales de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba* tomo XXV pág. 107 y ss. correspondiendo a nuestra comunicación en ocasión de recibir el Premio Academia en el año 1981; “Los administradores societarios y la insolvencia” RDCO n° 203 pág. 553 y ss..

⁷⁸ PALMERO, Juan Carlos “Nuevo enfoque para empresas en crisis. Modificaciones destacables en relación a la ley 19.551. Apreciación metodológica inicial. Como entender el nuevo régimen concursal” en *Nueva legislación concursal y la participación del profesional en Ciencias Económicas. Jornadas de actualización*, Ed. Advocatus Córdoba noviembre 1995, pág. 17.

⁷⁹ “Art. 197. *Limitación del derecho de preferencia. Condiciones.* La asamblea extraordinaria, con las mayorías del último párrafo del artículo 244, uederesolver en casos particulares y excepcionales, cuando el interés de la sociedad lo exija, la limitación del derecho de preferencia en la suscripción de nuevas acciones, bajo las condiciones siguientes: 1° Que su consideración se incluya en el orden del día; 2. Que se trata de acciones ...que se den en pago de obligaciones preexistentes”.

El aumento de capital dirigido originariamente a socios o terceros podría imponer una prima de emisión destinada a satisfacer los derechos de los socios originarios en cuanto al valor del negocio –conforme al plan que se explicita para lograr tales aportaciones–.

El aumento en la etapa de liquidación es una práctica no usual, pero legítima, así se resolvió judicialmente ante la negativa de la Inspección General de Justicia de la Nación de autorizarla e inscribirla⁸⁰. Aparece totalmente congruente la actitud de los accionistas como de la judicatura, en un aspecto pocas veces asumido y tratado, que sostenemos como preconcursal⁸¹, y sobre las normas imperativas de la ley de sociedades para paliar las crisis societarias: “el ente conserva su personalidad jurídica a los efectos de la liquidación hasta la extensión del pasivo social... y la liquidación es así la realización de todos los actos necesarios para que queden totalmente extinguidos no sólo esas relaciones jurídicas entre la sociedad y los terceros, sino entre aquélla y los socios...”⁸².

3. REINTEGRO DEL CAPITAL SOCIAL. SU OBLIGATORIEDAD.

Si bien no discute la obligación de capitalizar o liquidar la sociedad, Fushimi⁸³ sostiene que el reintegro del capital no puede ser obligatorio para los accionistas. No es esta la posición mayoritaria de la doctrina, que sostiene que es obligatoria y que aquel socio que no desee realizar el reintegro puede ejercer el derecho de receso, con lo cual parecieran estar consagrando la fórmula que hemos llamado “*reintegre o receda*”. Los que sostienen que el reintegro es obligatorio se fundan en las disposiciones del art. 233 LSC/LGS, que establece que las disposiciones de la Asamblea son obligatorias.

Consideramos que este análisis de Fushimi encuentra contradicción en que es impuesto por la ley. Nuestra posición es compartida⁸⁴. Se sostiene⁸⁵ que “*Una vez aprobado el reintegro del capital por la asamblea extraordinaria, la resolución adoptada de conformidad con la ley y el estatuto, será*

⁸⁰ En un fallo encontramos referencias a este supuesto, a través de la apelación contra la resolución de la IGJ que “declaró irregular e ineficaz a los efectos administrativos lo resuelto como punto 2º del orden del día en las Asambleas Generales Extraordinarias de Accionistas del 09.08.09 y 11.12.10 respectivamente, denegando con ello la inscripción de los aumentos de capital y modificación del estatuto allí resueltas, motivando la sentencia de la CNCom, sala A. del 6 de febrero de 2012 en la causa “Inspección General de Justicia c/ Orígenes AFJP sobre organismos externos”. La Inspección fundó el rechazo en que la sociedad “estaría inmersa en un proceso liquidatorio conforme lo establece el art. 101 y ss. LSC. Agregó que el procedimiento de aumento de capital previsto en los arts. 188 y ss. del ordenamiento societario, conlleva la voluntad social de continuar la actividad que tiene por objeto la sociedad”. La Fiscal General propició “la revocación de la resolución administrativa y la inscripción de los aumentos de capital oportunamente efectuados por los accionistas de Orígenes AFJP S.A. –en liquidación-. La sociedad apelante “Refirió que no existiría norma alguna que obste un aumento de capital en un caso como el de autos, donde la sociedad se encuentra en liquidación y no cuenta con activos suficientes para hacer frente a sus pasivos. La Cámara entendió que “lo cierto es que los accionistas de cualquier sociedad anónima en liquidación tienen derecho a provocar y realizar aumentos de capital de la sociedad destinados a llevar a cabo una liquidación ordenada y sana de la misma, previendo que los activos puedan no ser suficientes para cancelar los pasivos y evitando así una eventual quiebra de la sociedad”. Admitiendo el recurso interpuesto.

⁸¹ Ntos. “¿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; y “EN TORNO A LA RESPONSABILIDAD DE ADMINISTRADORES SOCIETARIOS POR PÉRDIDA DEL CAPITAL SOCIAL” en “Foro de Córdoba” año XXI, agosto 2011, n° 148 pág. 57.

⁸² Estas reflexiones corresponden a la CCCyCASanFrancisco, Cba. Del 12 de diciembre 2012 en la causa “Decor Materiales SRL c/ Devoto Auto Club – Ordinario, reinvidicación”, publicado en SEMANARIO JURÍDICO, Fallos y doctrina, ed. Comercio y Justicia, Córdoba, jueves 28 de febrero de 2013, año XXXV pág. 314.

⁸³ FUSHIMI, Jorge F. y nosotros, comunicación al VIIIº CONGRESO ARGENTINO DE DERECHO CONCURSAL y VIº CONGRESO IBEROAMERICANO DE LA INSOLVENCIA (Tucumán (R.A.) septiembre de 2012) “LA QUITA EN CONCURSOS DE SOCIEDADES Y SU TRATAMIENTO FISCAL (y algunos aspectos periféricos)”t. 1 p. 635. Allí también se analiza la naturaleza de la quita, su abusividad y aspectos impositivos.

⁸⁴ HAGGI, Graciela A. “El reintegro del capital social” en AAVV dirección Laura Filippi y Maria Laura Juarez *Derechos patrimoniales. Estudios en homenaje del profesor Emérito Dr. Efraín Hugo Richard*, Ed. Ad Hoc, Buenos Aires 2001, pág. 193. NISSEN, Ricardo A. “La pérdida del capital social...” cit. pág. 77/78. Van Thienen, Pablo A. *Pérdida total del capital social: ¿Reintegro, aumento u operación bandoneón* en Revista de las Sociedades y Concursos n1 27 marzo abril 2004, pág. 81; NORTE SABINO, Osvaldo J. *Reintegro del capital social* en Impuestos XLI A p. 495.

⁸⁵ NORTE SABINO, Osvaldo J. “Reintegro del Capital Social” - Impuestos XLI – A – Pág. 495, En igual sentido, se expide VAN THIENEN, Pablo A. “Pérdida Total del Capital Social: ¿Reintegro, aumento u operación bandoneón?” en Revista de las Sociedades y Concursos N° 27 Marzo / Abril 2004, pág. 81.

obligatoria para todos los accionistas, salvo los recedentes, y deberá ser cumplida por el directorio (art. 233, última parte L.S.C.), quien establece que: “Para el socio que no recedió el reintegro de capital se impone como obligación pues así lo ordena el art. 133 (sic) in fine de la L.S.C.: “Las decisiones sociales adoptadas conforme a la ley y el estatuto son obligatorias para todos los accionistas, salvo lo dispuesto en el art. 245, y deben ser cumplidas por el directorio”.

Dasso⁸⁶ expresa “Constituye cuestión central la determinación de si la decisión asamblearia de reintegro es obligatoria para los accionistas disconformes. ...Si bien el derecho de receso está consagrado a favor de los accionistas ausentes y disconformes –o ausentes- con la decisión de reintegro total o parcial (art. 245 LSC) es patente que el valor de reembolso experimentará en este caso una reducción equivalente a las pérdidas absorbidas, por lo que se extinguirá su participación y con ello la calidad de socio cuando las pérdidas insuman todo el capital... Si no ejercitara tal derecho la sociedad puede demandar el cumplimiento de la obligación de reintegrar, previa publicación e inscripción en el Registro Público de Comercio (art. 193 LSC). De lo expuesto se sigue que en hipótesis de cesión asamblearia de reintegro del capital el socio que no recede queda expuesto a la persecución social judicial por el pago del reintegro, daños y perjuicios y, en hipótesis –si estuviera previsto en los Estatutos-, a la exclusión de la sociedad. Ahora bien, si opta por el receso subvierte su calidad de socio por la de acreedor pero su valor de reembolso en el marco de la pérdida total del capital social carecerá de contenido económico”.

Apuntamos nuestra coincidencia, salvo en el aspecto de publicación o inscripción, pues a diferencia de la reducción y aumento, que implica modificación estatutaria, el reintegro conserva las expresiones estatutarias y sólo modifica el balance, haciendo innecesarias las inscripciones formales.

El sistema de derecho societario argentino atiende que los constituyentes de una sociedad y sus administradores operarán como buenos hombres de negocio con el patrimonio suficiente, y cuando este no permita sobrevinientemente el cumplimiento del objeto social procederán a su disolución si, al convocar a los socios, éstos no pueden o no quieren aumentar la dotación patrimonial, por ellos o por terceros. Se trata de poner la cuestión en la decisión de los socios⁸⁷.

El nuevo art. 100 LGS, a regir desde el 1° de agosto de 2015, es un faro orientador no sólo en esa ley sino en el caso de concurso de sociedades.

V – SOBRE LA INTEGRACIÓN DE NORMAS. DESJUDICIALIZACIÓN DE LA CRISIS Y PRECONCURSALIDAD SOCIETARIA.

Sobre aspectos vinculados a la actuación tempestiva, rápida y eficiente de administradores de sociedades en crisis, el Prof. Dr. Osvaldo J. Maffia⁸⁸ ha expresado: “Las razones que invoca Richard son irrefutables, y anotamos que hacen a un tema de notoria actualidad. Al respecto consignamos una referencia ocasional. El régimen concursal italiano, según las importantes reformas introducidas por ley del 9/1/2006 y modificación del 12/9/2007, dispone que ante la morosidad del empresario insolvente en promover su concurso los acreedores están facultados para pedir la quiebra proponiendo al par la fórmula concordataria. Es llamativa la audacia de esa innovación, sobre todo si reparamos en la previsión expresa de que en caso de insuceso el tribunal debe pronunciar la quiebra. En recentísima publicación (Alberto di Jorio, en Cottino, Gastone [dir.], "Trattato di Diritto Commerciale", t. XI, 2009, ps. 8/9) se dice que "el nuevo sistema de los procedimientos concursales no deja desarmados a

⁸⁶ DASSO, Ariel Ángel *Tratado del Derecho de separación o receso del socio y del accionista (Derecho Argentino y Comparado*, Ed. Legis, Buenos Aires 2012, pág. 301.

⁸⁷ MILLER, Alejandro *Sociedades Anónimas – Directorio – Síndico* pág. 119 y ss., Editorial AMF, Montevideo 2005. Pueden consultarse nuestras opiniones en este y otros aspectos en www.acader.unc.edu.ar

⁸⁸ En comentario a nuestro libro *Insolvencia societaria* (Ed. LexisNexis, Buenos Aires 2007), en J.A 2009-III- diario del 23.9.2009, pág. 93.

los acreedores frente al riesgo de que el deudor retardara el acceso al concordato... En efecto, si bien sigue estando precluido a los acreedores sustituirse al deudor en pedir el concordato preventivo, la nueva disciplina del concordato falimentario... constituye una oportunidad considerable: frente a la insolvencia del deudor y al retardo en presentar una propuesta de concordato preventivo, los acreedores pueden pedir ellos mismos la quiebra y proponer contemporáneamente un concordato falencial...". El autor agrega que se trata de "una innovación significativa de la reforma, que no encuentra correlato en los modelos extranjeros, aun cuando avanzados, en los que nuestra reforma se inspiró". Prueba elocuente de que, aun suprimida la calificación penal por demorar la presentación, aquella tempestividad en la promoción del concurso ha adquirido reciente y nítida relevancia".

Nuestra concepción sobre la empresa se centra en lo societario, como la forma normal de organización de las empresas de mayor significación económica⁸⁹. Por otra parte la construcción del sistema societario es similar en la totalidad de los países iberoamericanos y la visión, esbozada concretamente desde un derecho nacional, permite su expansión.

Es que aunque el daño sea profundo cabe la posibilidad de resolverlo a través de técnicas societarias, algunas de las cuales ha marcado continuamente Emilio Beltrán⁹⁰. Reorganizaciones societarias a través de escisiones y fusiones privadas, cuando no a través de las: reintegración del capital social por los socios o capitalización, particularmente por la capitalización del pasivo. Haber sometido a acreedores por obligaciones negociables a quitas y esperas, cuando pudo haberse resuelto por el canje con obligaciones negociables convertibles, aparece como claramente abusivo.

Respecto a la pérdida del capital social y las normas específicas de la legislación del medio técnico organizativo, la doctrina española –inicialmente Emilio Beltrán en 1991- calificó la solución como preconcursal, mientras otros lo hacían de “paraconcursal” o “anticoncursal”⁹¹, sosteniendo que para evitar que la sociedad llegue al estado de insolvencia, el legislador ha establecido un mecanismo preventivo consistente en obligar a la sociedad a disolverse o adoptar medidas sustitutorias de saneamiento financiero cuando se produzcan pérdidas graves, amenazando con graves sanciones a los administradores si esto no se produce. La solución con matices especiales no es muy diferente en nuestro país. Dasso en su libro *Derecho Concursal Comparado*⁹² da múltiples ejemplos autorizados por leyes concursales o de reestructuración para usar métodos societarios.

Estamos frente a 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. Nuestra tesis es que la crisis debe ser asumida por administradores y socios desde la normativa societaria, similar en todos los países, y nuestra Corte así lo ha marcado.

Existe una uniformidad de soluciones preventivas de la insolvencia en el derecho societario. Hemos formalizado una incompleta incursión sobre estos sistemas de preconcursalidad en el derecho argentino y comparado⁹³.

⁸⁹ QUINTANA FERREYRA, Francisco y nosotros “La conservación de la empresa en las leyes de sociedades 19550 y de concursos 19.551” en RDCO 1978-1376.

⁹⁰ BELTRÁN, Emilio *La disolución de la sociedad anónima*, Estudios de Derecho Mercantil, Ed. Civitas, Madrid 1991, págs. págs. 138/9.

⁹¹ DÍEZ ECHEGARAY, José Luis *Deberes y Responsabilidad de los Administradores de Sociedades de Capital*, 2006, Ed. Thomson-Aranzadi 2ª edición, Navarra. p. 387.

⁹² DASSO, Ariel A. *Derecho Concursal Comparado*, tomos I y II, Ed. Legis, Buenos Aires 2009. Hemos formalizado la reseña de ese libro, extraordinaria aportación del distinguido jurista argentino, para el Anuario de Derecho Societario, España, Número 22 del Anuario, enero de 2011. También en otras publicaciones, y otros comentarios en “Derecho Concursal Comparado” en Zeus Córdoba, n° 445, año X, 19 de julio de 2011, tomo 19 pág. 57; “Derecho Concursal Comparado” Publicado en Editorial Zeus, Revista n° 13 tomo 116, pág. 673; y en “Derecho Concursal Comparado (Sobre la contribución de Ariel Ángel Dasso)” para Via Crisis, Perú.

⁹³ “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.

VI –ABUSO DE DERECHO Y FRAUDE A LA LEY SOCIETARIA EN CONCURSOS SOCIETARIOS.

En la perspectiva del derecho societario, el fenómeno de la reorganización puede ser encuadrado en la estructura normativa de la sociedad de capitales, 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 –sus acreedores-, pudiendo llegar a quedar en sus manos las decisiones sociales⁹⁴. Se trata de usar de la “eficiencia” de los administradores societarios, ante la relativa eficiencia de todo sistema concursal cuando la crisis ya está entronizada y los incumplimientos se han generalizado, potenciando los daños al mercado.

1. CRISIS DE SOCIEDAD.

La extensión del abordaje de la crisis del empresario individual al organizado societariamente implica sustraer a esta última del régimen propio.

Adviértase la sencillez preventiva de las normas que impone el tratamiento de causales de disolución para lograr el equilibrio a bajo costo, como la capitalización del pasivo, donde se eliminan todos los costes de transacción –incluso los impositivos que gravan las quitas- para salir de la crisis y se transforma la situación patrimonial de la sociedad. Aparece así un verdadero proceso preventivo preconcursal en el derecho societario.

Como ya indicamos, con cita de Stanghellini, 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 derecho⁹⁵.

Son los socios los que deben asumir las soluciones, no los acreedores, conservando la empresa que desarrolla la sociedad que constituyeron, o disolviéndola. Atento la norma del art. 96 LSA/<IGD la causal de disolución puede enervarse. Recuérdese que la sociedad debe continuar formalizando sus balances y documentación accesoria durante la tramitación del concurso, donde podría detectarse esa pérdida del capital social, y a través del concurso intentan relevarse de esa obligación y de los sistemas de responsabilidad fijados por normas imperativas de la ley societaria en resguardo de terceros.

En realidad, los administradores societarios deben hacer una evaluación y un plan anualmente. Si el balance anual acusa la pérdida tienen obligación de ponerlo a consideración de los socios, sin duda con algún plan si pretenden continuar la gestión, y a su vez deben presentar junto a ese balance una Memoria sobre la prospectiva del año venidero, que importaría anticipar la asunción de una crisis si existiere un sobreendeudamiento o una situación semejante. Esos balances deben formalizarse también durante la tramitación del concurso y si se constata la pérdida del capital social se dispara la aplicación de las normas imperativas de la ley societaria.

Ello no quiere decir que la sociedad no debería concursarse cuando no ha atendido la causal de disolución, pero debe generarse una expectativa dentro del juicio en torno a la abusividad de la vía elegida. La legislación colombiana prohíbe el procedimiento concursal cuando existe una causal de disolución de la sociedad no eliminada⁹⁶ y Perú lo acota a ciertos parámetros de la pérdida del capital social.

2. ABUSO DE DERECHO Y/O FRAUDE A LA LEY SOCIETARIA.

⁹⁴ GUERRERA, Fabrizio, MALTONI, Marco *Concordatigiuziali e operazionisocietarie di “riorganizzazione”* en “Rivistadellesocietà” año 53, 2008 p. 22/3, D’ALESSANDRO A. *La crisi delle procedure concursali*, pág. 355.

⁹⁵ STANGHELLINI, Lorenzo *Creditoriforti e governodellacrisid’impresa*, Fallimento 2006, 145 ss..

⁹⁶ DASSO, Ariel A. *Derecho Concursal Comparado*, cit. tomos I y II, Ed. Legis, Buenos Aires 2009.

Hay que tomar conciencia que en los concursos preventivos (o APEs) de sociedades, cuando se intenta proponer, aprobar u homologar quitas implican un abuso de derecho o un fraude a la ley.

Abuso de derecho si no se ha perdido el capital social porque bastaría una espera para solucionar el problema.

La quita siempre implica imponer una donación a acreedores –muchos de los cuales no han prestado su voluntad a ello- y un enriquecimiento para los socios que ven incrementando así el patrimonio de la sociedad, además de reordenar su situación financiera (espera).

Constituye un fraude a la ley, en cambio, si con esa quita se intenta reordenar el patrimonio negativo de la sociedad, incumpliendo administradores y socios la obligación de haber liquidado la sociedad si es que deciden no capitalizarla. Y en el caso no hay capitalización, pues ningún derecho le otorga a los acreedores, violando así lo dispuesto por el art. 52. 4) LCQ, y lo referido en el Título Preliminar del Código en gestación.

3. RESPONSABILIDAD POR OMISIÓN.

La responsabilidad de administradores y de los socios que consientan la continuidad se genera por los daños que puedan producirse resulta así de la violación de una norma imperativa que, ante su desconocimiento, impone expresamente esa responsabilidad.

Reza el art. 99 LGS “Los administradores, con posterioridad al vencimiento del plazo de duración de la sociedad o al acuerdo de disolución o a la declaración de haberse comprobado alguna de las causales de disolución, sólo pueden atender los asuntos urgentes y deben adoptar las medidas necesarias para iniciar la liquidación. – Responsabilidad. Cualquier operación ajena a esos fines los hace responsables ilimitada y solidariamente respecto a los terceros y los socios, sin perjuicio de la responsabilidad de éstos.”

Constatada la causal y no tratada ni revertida, los administradores asumen responsabilidad. La mera presentación de balances anteriores donde conste la pérdida del capital social y haber puesto a consideración de los socios el reintegro o aumento, pretendiendo la solución concursal, genera esa responsabilidad por las operaciones posteriores. Los socios al ratificarla sin haber asumido previamente las conductas previstas en la ley de sociedades parecería que también han asumido esa responsabilidad.

La norma tiene trascendental importancia, pues de no observarse los estrictos deberes que se imponen a los administradores, éstos son sancionados con *responsabilidad ilimitada y solidaria* hacia los socios y los terceros, por todas las obligaciones contraídas en este período⁹⁷. Y el precepto añade que ésta puede hacerse extensiva también a los socios⁹⁸.

En momentos que legislación y posiciones, nacionales y extranjeras, marcan la tendencia a desjudicializar o privatizar el sistema del derecho concursal, o mejor dicho de prevención, parece adecuado reiterar nuestra posición con la aplicación de principios y normas del derecho societario, sin costes de transacción⁹⁹. Siguiendo esas nuevas tendencias hay que educar a los acreedores,

⁹⁷ SCJ Buenos Aires, Rodríguez, Alberto H. c. Mada S.R.L. y/u otros, 16/06/1992, LL, 1992-E, 39 – DJBA 143, 5318 – DJ, 1993-1-866: Vencido el término de duración de una sociedad de responsabilidad limitada sin que se disponga su liquidación, toda actividad ajena a esos fines hace responsable a los administradores ilimitada y solidariamente respecto de los terceros y los socios sin perjuicio de la responsabilidad de éstos.

⁹⁸ CCiv., Com. y Lab. Reconquista, Coheres, Luis A. y otros c. Coteplex S. R. L., 18/02/1997. LL Litoral, 1998-1-266: Es inadmisibile la solicitud de embargo formulada por los actores respecto de los socios de la sociedad demandada que ha incurrido en la causal de disolución contemplada en el art. 94, inc. 2º de la ley 19.550 si no han acreditado que la sociedad ha ignorado el trámite liquidatorio o bien que sus administradores han realizado actos en violación a lo prescripto por el art. 99 de la citada normativa, pues aquella conserva su personalidad aunque acotada a la etapa de liquidación.

particularmente los no informados, para que asuman la participación e incluso la conducción de la empresa, reemplazando a administradores ineficientes que no queriendo asumir oportunamente la crisis contrataron dolosamente con ellos. Principio "rector", sostiene la doctrina, es sustituir la punición por la responsabilidad, la sanción por la reparación del daño, la calificación por la determinación de responsabilidad.

4. DOCUMENTACIÓN CONTABLE, CONCURSO Y LEGISLACION SOCIETARIA.

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

Se enfrenta la insolvencia como un problema desde la legislación concursal –pero ¿por qué no desde la societaria?–, 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, a los acreedores que ven comprometido en ello su capital de riesgo¹⁰⁰. En función de ello los acreedores deberían organizarse en categorías, con intereses uniformes, para intervenir en la vida de la sociedad¹⁰¹.

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 derecho¹⁰², que no tuvieron en cuenta cuanto contrataron sin la información de esa situación o antes que se produjera esa situación. La realidad es bien distinta en nuestro país, los accionistas desinteresados de invertir, apoyados por los administradores por ellos designados, actúan de otra manera: imponer a los acreedores quirografarios asumir la pérdida, enriqueciendo a los socios a través de quitas predatorias que casi hacen desaparecer el pasivo sin incrementar el patrimonio activo directamente.

5. FACILITACIÓN DE LA CAPITALIZACIÓN.

Adviértase los sistemas que en situaciones semejantes permiten a los administradores emitir acciones sin autorización de los socios¹⁰³. La tutela de los acreedores ante la continuidad de la empresa en cesación de pagos, aumentando la posibilidad de pérdidas ante una prospectiva incierta, impone pensar en la responsabilidad de los administradores¹⁰⁴, señalándose la utilidad que revisten en general “los remedios tempestivos e idóneos a la primera señal de crisis”¹⁰⁵..

Con ese ingreso de capital se satisfarán las obligaciones sociales que motivaron el concurso y cesará la situación de crisis, por lo que se habrá sobrepasado la situación concursal con un bajo coste de

⁹⁹Nto. “¿REORGANIZACIÓN SOCIETARIA O CONCURSAL ANTE LA CRISIS? (UN “OBITER DICTUM” DE LA CORTE)”, en un 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.

¹⁰⁰ Esta es la idea que desenvuelve en proyección de reforma de la legislación falencial STANGHELLINI, LORENZO “Proprietà e controllo dell’impresa in crisi”, ya citado, en *Rivista delle Società* año 49° 2004 settembre-ottobre fascicolo 5°, Editorial Giuffrè Milano, pág. 1041 y ss. específicamente 1055. Esta idea se acerca a la que venimos desarrollando en torno a un derecho concursal societario, pero aplicando la legislación argentina vigente como veremos.

¹⁰¹ MAZZONI, ALBERTO “L’impresa e il diritto di economia” en *Rivista delle Società* año 53°/ 2008 pág. 668, esp. 666.

¹⁰² STANGHELLINI ob. cit. pág. 1079.

¹⁰³ MIOLA, MASSIMO “Il sistema del capitale sociale e le prospettive di riforma del diritto europeo delle società di capitali” en *Rivista delle Società*, 2005-50-1199, fasc. 6. pág. 1310

¹⁰⁴ MIOLA ob. cit. pág. 1310.

¹⁰⁵ MIOLA ob. cit. pág. 1309.

transacción, aunque menor hubiere sido si lo hubieran adoptado con una simple asamblea societaria, sin recurrir a la judicialización de la crisis.

Como señaló la jurisprudencia¹⁰⁶ “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.

Con esta visión se construye un sistema de preconcursalidad desde el derecho societario.

Es deber fundamental de los socios capitalizar la empresa si la solución es continuar el giro social. No necesariamente con aportes propios.

Aun cuando desistan de seguir aportando porque no quieren o porque han perdido interés en el proyecto económico de la sociedad-empresa, o no tienen capacidad económica para hacerlo. La solución está previsto en la ley de sociedades: pueden invitar a terceros a suscribir el aumento de capital necesario para la continuación del giro o la capitalización de las deudas, o sea que los acreedores acompañen a los accionistas no sólo en el riesgo sino en el éxito futuro del negocio.

De decidir los socios no capitalizar ejerciendo su derecho de suscripción preferente, ni invitando a terceros o a los acreedores a la integración, deben tener por operada una causal de disolución –normalmente imposibilidad sobreviniente de cumplimiento del objeto social-, y asumir la liquidación con el menor costo posible, para que los acreedores cobren lo más posible.

La capitalización puede tener múltiples matices y soluciones¹⁰⁷, incluso para el reparto de derechos entre viejos y nuevos socios. Apreciar adecuadamente sus posibilidades depende del plan de negocios que formulen los administradores o los técnicos a que ellos se lo requieran.

Los resultados que prometa el plan de negocios permitirán a los socios analizar la conveniencia de reintegrar o aumentar el capital social. A su vez la posibilidad de invitar a terceros a integrarse a la sociedad por el buen negocio que resulta el adecuado cumplimiento de su objeto, la rentabilidad esperada, lo que puede permitir atender o reorganizar el pasivo exigible. Hemos intervenido en negocios donde los nuevos inversores aceptaron capitalizar con prima de emisión los fondos suficientes para satisfacer el pasivo, por la seguridad de las utilidades que se generarían una vez extinguido el mismo.

6. EXCEPCIONALIDAD DEL CONCURSO DE SOCIEDADES.

Si fracasara la tratativa extrajudicial de esa capitalización, o la liquidación privada se considerara inviable, recién aparecería lógica la presentación en concurso, formalizada temporáneamente con ese proceso. Y esa capitalización de los créditos quirografarios puede ser la propuesta superadora para lograr el acuerdo. Reiteramos que quita y espera impuestas en acuerdo concursal importan enriquecimiento para los socios y empobrecimiento para los acreedores.

¹⁰⁶Cám. 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.

¹⁰⁷Por ejemplo: emitir con prima, o acciones de clase, con preferencias, determinandopactos de rescate, etc..LAS CLAUSULAS O 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 ESTEN CONTENIDOS EN EL ESTATUTO O EN PACTOS PRIVADOS ENTRE ACCIONISTAS (Cfme. MANOVIL, Rafael, *GRUPOS DE SOCIEDADES*, pág. 320, Bs. As., 1998; REGGIARDO, R., "SOBRE LA TRANSMISION 'ENTRE VIVOS' DE ACCIONES", ED 205-844; VANHAECKE, M., "LES GROUPES DE SOCIETES", P. 76, N° 65, LIBRAIRIE GENERALE DE DROIT ET DE JURISPRUDENDE, PARIS, 1962; CHAMPAUD, C., "LE POUVOIR DE CONCENTRATION DE LA SOCIETE PAR ACTIONS", PAGES. 51-52, N° 49 Y 50, SIREY, PARIS, 1962; ASCARELLI, T., "SUI LIMITI STATUTARI ALLA CIRCOLAZIONE DELLE PARTICIPACION AZIONARIE", EN SAGGI DI DIRITTO COMMERCIALI, P. 359, ESPEC. P. 391, N° 18, MILANO, A.GIUFFRE, 1955), Y SEA QUE COMPRENDAN A TODOS LOS ACCIONISTAS O SOLO A CIERTA CLASE DE ELLOS, EN CUALQUIER CASO, ES INCUESTIONABLE LA LICITUD DEL CONVENIO (CFR. BROSETA PONT, M., "RESTRICIONES ESTATUTARIAS A LA LIBRE TRANSMISIBILIDAD DE ACCIONES", PAGES. 51 Y 138, MADRID, 1963). In re *RECUPERO ENERGETICO SA C/ CAMUZZI GAS PAMPEANA SA S/ ORDINARIO.vocales* HEREDIA - VASSALLO – DIEUZEIDE de CAMARA COMERCIAL: D., 2007-02-14.

Nos apoyamos en la “absolute equity rule”¹⁰⁸ –recordada por Lorente-, para sostener la necesidad de aplicar el art. 197 2º LSC/LGS, sobre capitalización del pasivo si es que los socios no quieren capitalizar, antes de pensar en presentarse en concurso. Y que las propuestas son abusivas, incluso inconstitucionales¹⁰⁹ si junto a las quitas y esperas no hay una capitalización de la diferencia, pues en caso contrario hay un despojo a los acreedores en beneficio de los socios. Una propuesta de quita y espera sin esa contrapartida en la participación en el capital, o alguna forma de negocio participativo, es inconstitucional por violar el derecho de propiedad (art. 17 Constitución Nacional).

Este replanteo lo hemos formulado en ¿CAPITALISMO DE REPOSICIÓN vs. CAPITALISMO DONATARIO?¹¹⁰.

Estamos enrolados en la libertad tanto en la forma de organización como en la determinando de la dotación patrimonial, pero apuntando que el ejercicio de la libertad se vincula a la responsabilidad por los daños que pudieran generarse.

Como destaca Baracat¹¹¹, apuntamos a la preconcursalidad del sistema societario para atender a las crisis y evitar la dispersión del daño. Y ese punto es bien atendido por el régimen societario mundialmente.

“La necesidad de una interpretación integral de nuestro sistema jurídico para actuar las normas se endereza a que la actuación irracional y la inexistencia de una planificación en la conducción, general responsabilidad. Y esa responsabilidad, civil o penal, debe ser asumida”¹¹².

Y la homologación de un acuerdo abusivo o en fraude a la ley no borra esa responsabilidad.

La conservación de la empresa como expresión significa mantener un patrimonio funcional para el cumplimiento del objeto, lo es a través de la técnica de organización (societaria por medio de la normal y diligente actuación de sus órganos).

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

La capitalización del pasivo es la forma societaria de afrontar la crisis. Un acuerdo expropiatorio –sin indemnización- de quita y espera para ser constitucional debería ir unido a que los acreedores compartieran el patrimonio social, como una forma de compensación.

A la comunidad, al país, a los trabajadores, a la economía en general, es indistinto quiénes sean los titulares del capital social. No puede aceptarse que se enriquezcan quiénes se marginaron del sistema privado societario para solucionar el problema, eventualmente asumiendo tempestivamente un sistema concursal o preconcursal, imponiéndose el esfuerzo compartido en salvaguarda de la empresa,

¹⁰⁸ En las Segundas Jornadas Interdisciplinarias Concursales del Centro, Córdoba 2005 que compartimos con Truffat, en las Jornadas Italoargentinas de Derecho, Córdoba 2005 y luego en Barranquilla, de lo que da cuenta la nota siguiente .

¹⁰⁹ Comunicación al Primer Congreso Hispanoamericano de Derecho Concursal, Barranquilla, octubre 2005, “Reforma concursal: ¿de ideas o de normas?” en el CD editado por el Congreso, y “Hacia la desjudicialización de las crisis: LA CONSERVACIÓN DE LA EMPRESA” comunicación en la Jornada Internacional de Derecho Concursal, Cali –COLOMBIA- Martes 18 de octubre de 2005, Facultad de Humanidades y Ciencias Sociales, Carrera de Derecho de la Pontificia Universidad Javeriana, y Cámara de Comercio de Cali, o ambos en la página electrónica de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba www.acaderc.org.ar, y antes *Propuesta abusiva* para elDial.com en agosto de 2005 y también en esa página electrónica de la Academia y artículos similares en prensa en Zeus, Córdoba y Santa Fe. Todo ello fue posteriormente recogido en el libro “Perspectiva del Derecho de la Insolvencia”, Córdoba (República Argentina, 2010), Ed. Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba.

¹¹⁰ En *Doctrina Societaria y Concursal*, Ed. Errepar, Buenos Aires n° 286 año xxv, tomo XXIII pág. 933 septiembre 2011.

¹¹¹ 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. El Prof. Baracat es Ministro de la Cámara Comercial de Rosario e inveteradamente preside o es ponente general en la Comisión de Derecho Procesal Concursal de los Congresos de Derecho Procesal.

¹¹²Nto. *Insolvencia societaria*, cit. pág. 100.

convergiendo en el capital social todos los interesados –u otorgando otros beneficios participativos-, sin excluir de posibles beneficios futuros a los acreedores.

Si los socios rehuyen reintegrar el capital social será porque la empresa no es viable o son incapaces de formalizar un plan de viabilidad –hoy apuntalado en el art. 100 LGS, además de en otras múltiples normas-. Si la liquidación se considera disvaliosa, particularmente por la pérdida de empleo o por la función productiva que se cumplía, existe el remedio del art. 48 y 48 bis LCQ, o el de capitalizaciones impuestas a órganos públicos, pero de ninguna manera puede aceptarse que por medio de quitas los ineptos o desinteresados socios se enriquezcan con la propiedad de acreedores por medio de quitas.

7. LA TESIS. RESPONSABILIDAD SOCIAL EMPRESARIA.

La tesis sustentada es una invitación a retomar esas ideas, que permitirían salvaguardar la empresa y las actividades productivas, haciendo confiable el crédito y evitando se atesten los tribunales de procedimientos que hubieran podido afrontarse privada y oportunamente.

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

Si los socios no desean capitalizar, acuerdos privados podrían solucionar la crisis extrajudicialmente, y serian inatacables si realmente se solucionara, por lo menos en lo avisorable la situación financiera o patrimonial que aqueja a la empresa.

Claro que esto se vería más claro si se presentara el plan o proyecto que han tenido en cuenta los administradores para actuar. La resistencia a aceptar esa “requisito substancial”, ya tardíamente en el concurso preventivo, lo vinculamos directamente a planes de insolvencia abusivos que se tratan de ocultar en el cumplimiento banal de requisitos formales. Justamente, el análisis de la situación económica de la sociedad en crisis, el plan para sanearla, permitirán determinar la abusividad de la propuesta o del acuerdo. Si hay insolvencia debió aplicarse la normativa societaria, si sólo hay cesación de pagos o crisis una mera espera será congruente, una quita sería abusiva.

Desarrollamos la idea de que “Es fundamental reconstruir el contrato social en el país”, como “escenario para el crecimiento de la economía”, un crecimiento económico sustentable, con seguridad jurídica” y “evitar la sectorización entre ricos y pobres”, imponiéndose “que la sociedad debe exigirle a la clase dirigente que, por lo menos, intente cumplir ese contrato social, formulándolo en políticas legislativas. El derecho y la economía deberían subsumirse a esa política. El derecho no tiene fines en sí mismo; no es una abstracción es para el hombre, como también lo es la economía”¹¹³.

No advertimos vivir con un contrato social compromisorio, conforme al cual todos actúen con diligencia y lealtad.

Esta responsabilidad social va más allá de las normas y de la ley –que a veces tampoco se cumplen afectando nuestra idea del rol del derecho-, implica un compromiso en contribuir activa y voluntariamente en el mejoramiento social, económico y ambiental, en la convivencia. Quizá se lo pueda ver como un nuevo concepto en la administración y gestión de bienes públicos y privados, pero en realidad no es sino resaltar la base de las conductas humanas viviendo en comunidad.

Así como la ley concursal separa al empresario de la empresa, la ley societaria en su proyección de conservación lo es en consecuencia de la protección a la autonomía de la voluntad convergente de los socios, prioritariamente tutelada y a cuyo fin se imponen reglas imperativas de conducta a administradores y socios.

Es importante que la judicatura tenga bien presente estas bases para imputar la reparación de daños, sobre todo las conductas del “capitalismo donatario”, que no asume la acción de conservación de la empresa, intentando transferir los daños a terceros. La insolvencia societaria impone la reintegración o aumento del capital social. La cesación de pagos es un problema menor, con múltiples

¹¹³Nto. “La responsabilidad del Estado (¿responsabilidad social?) en Boletín Agrupación Trejo, primer trimestre 2014, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad Nacional de Córdoba.

soluciones, inclusive concursales, pero en cuyo uso no puede haber abuso en perjuicio de los acreedores.

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 contratos¹¹⁴. Así se atraen capitales.

No pueden homologarse alegremente acuerdos de quitas en concurso de sociedades.

Si el patrimonio de la sociedad sólo está en cesación de pagos, la quita en la propuesta o en el acuerdo logrado por mayoría implica, cuando menos un abuso de derecho y un fraude a la ley si se ha perdido el capital social. En ambos casos la judicatura no debería homologar tal abuso o fraude generado por administradores y socios, recordando normas imperativas de la ley societaria. Ese “negocio” suele calificarse en su ilegalidad por la participación de terceros por cesiones o subrogación que contrarían normas sustanciales y, además, procesales, aquí recordando a normas del Código Civil¹¹⁵.

VIII – LA JUDICATURA Y EL DAÑO POR CRISIS SOCIETARIA.

Es fundamental que los actores en un juicio de concurso de sociedad no ignoren las normas societarias. Ni sus administradores y sus socios, para no asumir responsabilidad, los acreedores para exigir la minimización del daño, los Síndicos por su especialidad para colaborar con la judicatura y la legalidad del proceso, y el juez actuante para asegurar la aplicación integral de la normativa.

1. LA ACTUACIÓN JUDICIAL DEBE DESCARTAR LA ILEGALIDAD.

Los jueces deben tener en claro el rol fundamental de las normas imperativas de la LGS sobre la función de garantía del capital social.

La capitalización del pasivo puede sugerirse como equilibrio con las quitas, introduciendo cláusulas de compra forzosa de las acciones entregadas con la quita prevista, decidida por el acreedor ahora accionista, o por decisión de los socios pagando por las acciones el cien por ciento de la acreencia dentro de un periodo determinado¹.

Es una colaboración con el esforzado trabajo de la judicatura, imponiéndose recordar que ante la insolvencia o sea la pérdida del capital social de las sociedades previenen los arts. 94 inc. 5°, 96 y 99¹ LSC/LGS, que aseguran la capitalización o la liquidación de la sociedad. Esas provisiones imperativas no podrán ser soslayadas por la homologación de un acuerdo o la imposición de condiciones como “tercera vía” que supongan quitas, enriqueciendo así a los socios y perjudicando a los acreedores, cuando el equilibrio se logra como hemos señalado en el párrafo anterior. La cesación de pagos que autoriza el concurso de las sociedades en un mero desequilibrio entre pasivos y activos corrientes¹.

Reafirmamos que más lógica y aceptable como “tercera vía” –y procesalmente más ejecutivo– sería exhortar a la sociedad concursada atender la cuestión por la vía de aplicación de normas imperativas de la ley societaria ante la presencia de causales disolutorias que debieron enfrentar, según el caso. No puede soslayarse las obligaciones que socios y administradores tenían cuando eligieron –ante la pérdida del capital social– incumplir las normas societarias e intentar que los

¹¹⁴ Hace varios años trabajamos sobre ello: *Insolvencia societaria*, cit. pág. 71 “La insolvencia del Estado genera costos adicionales, de provisiones financieras o de pagos a lobistas, cuando no una corrupción transnacional, apoyada por paraísos fiscales que receiptan 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*...”

¹¹⁵Nto. “CONCURSOS DE SOCIEDADES. PROPUESTAS DE ACUERDO CON ABUSO O FRAUDE A LA LEY”, en LA LEY, tomo 2014-D- diario del miércoles 6 de agosto de 2014, págs. 1 a 6.

acreedores asumieran las expensas de los socios. Incluso generando un dispendio jurisdiccional y los gastos y daños consiguientes.

Y, por supuesto, tratar que participen la mayor cantidad posible de acreedores preconcursales, excluyendo por violatorio a normas sustanciales –y además procesales- la intervención de terceros cesionarios o subrogantes que sólo tendrán derechos creditorios pero no para formar mayoría.

Todas meditaciones para seguir construyendo el sistema jurídico, evitando caer en abuso de derecho o fraude a la ley, y particularmente estimulando la actividad preventiva de administradores societarios por procedimientos previstos por la ley societaria como preconcursales

Al mismo tiempo recordando los deberes que para con la comunidad tenemos los profesionales de las ciencias económicas y jurídicas para asesorar, como señalamos inicialmente, a administradores, socios y acreedores de las sociedades en crisis, cuando no a sindicatos y poderes públicos para salvaguardar la empresa y puestos de trabajo posibles.

No puede pretenderse que las crisis económicas patrimoniales de las sociedades sean resueltas por el Derecho Concursal, particularmente por ser prevenidas por normas imperativas de la legislación societaria. Estas actúan como sistema pre concursal, dejando a la legislación concursal como un remedio marginal. La pérdida del capital social es una causal de disolución de la sociedad, que no atendida genera responsabilidad de administradores y condiciona quitas en acuerdos concursales que cabría tachar de abusivas y en fraude a la ley.

Se tiende a omitir la consideración de las normas del sistema societario que sirven para afrontar las crisis de las sociedades en forma privada, y sobre esto debemos meditar y debatir. Lo podremos hacer en el trienal VII° Congreso Iberoamericano de la Insolvencia a realizarse en Villa Giardino, Sierras de Cordoba, Argentina a partir del 7 de septiembre de 2015, organizado por la Universidad Nacional de Córdoba e Instituto de la Empresa¹¹⁶, y a continuación del mismo en el Congreso Iberoamericano de Derecho Concursal del Instituto que preside Stefania Pacchi, integrando una semana de debates.

La reorganización societaria o concursal -no descartamos la necesidad de concursar una sociedad en crisis- debería ser acompañada por acreedores institucionales financieros, asegurando la funcionalidad de la sociedad, el mantenimiento del empleo y su propia inversión, conforme el plan de negocios que hubieran trazado administradores y socios de la sociedad en crisis.

La Recomendación de la Comisión Europea, de 12 de marzo de 2014, sobre "Un nuevo enfoque frente a la insolvencia y el fracaso empresarial" (2014/135/UE), establece la conveniencia de la prevalencia de soluciones contractualistas de carácter preconcursal a las crisis económicas empresariales, que permitan en fase temprana reestructurar empresas viables con dificultades financieras, sobre la base de acuerdos entre el deudor y sus acreedores, sobre todo los financieros, maximizándose el valor de los activos, con mantenimiento de los puestos de trabajo.

El Derecho Concursal debe permitir atender tempranamente las crisis económico-financieras de las sociedades, quedando en claro que la legislación societaria atiende a la función de garantía del capital social, o sea la insolvencia, tratando de acotar daños a terceros.

2.EL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL REFUERZA E IMPONE EVITAR DAÑAR.

En efecto, el Código Civil y Comercial brinda nuevas específicas soluciones para ello.Preventivas unas y otras que a la postre impedirían la homologación de un acuerdo en concurso de sociedad con quitas, como hemos abungado en el curso de este ensayo en forma reiterativa.

Lo generan las normas imperativas de la LGS, además de la específica norma del art. 150 del CCC. Pero el mismo contiene nuevas normas que acentúan la obligación de actuar sin dañar. Ello en torno a la “Responsabilidad civil y la función preventiva disuasiva”, prevista en los arts. 1710 y subsiguientes.

¹¹⁶ Con gusto facilitaremos información a través de dptocomercialunc@gmail.com

El Art. 1710 dispone sobre el “Deber de prevención del daño”, normaando “ Toda persona tiene el deber, en cuanto de ella dependa, de: a) evitar causar un daño no justificado; b) Adoptar, de buena fe y conforme a las circunstancias, las medidas razonables para evitar que se produzca un daño....c) no agravar el daño si ya se produjo”. Concordemos esta norma con las previsiones de los arts. 94.5, 96, 99 y 100 LGS.

Y si los administradores y socios no adoptaran las alternativas que imperativamente marca la LGS, cabría que cualquier interesado pudiera promover la acción prevista por el Art. 1711. “Acción preventiva. La acción preventiva procede cuando una acción u omisión antijurídica hace previsible la producción de un daño, su continuación o agravamiento. No es exigible la concurrencia de ningún factor de atribución”.

Anticipamos que cualquier interesado podría promoverla, y ello esta consagrado por el “Art. 1712 “Legitimación. Están legitimados para reclamar quienes acreditan un interés razonable en la prevención del daño”. Se nos ocurren varios ejemplos. Los acreedores ante un incumplimiento si del balance resultara la pérdida del capital social, inclusive si ello ocurriera abierto un concurso o quiebra; hasta el Síndico podría ejercerla; en el caso del socio aparente los acreedores del real titular. Incluso podrían usar también la acción subrogatoria como acción de fondo, pues esta es una medida cautelar. Frente a la inactividad de la sociedad, presente y futura, no puede pensarse en la mera remoción de la causal de disolución, pero si en la responsabilidad de administradores y en su caso de socios.¹¹⁷

Es importante advertir los efectos de la acción revelados en el Art. 1713: “Sentencia. La sentencia que admite la acción preventiva debe disponer a pedido de parte o de oficio, en forma definitiva o provisoria, obligaciones de dar, hacer o no hacer, según corresponda, debe ponderar los criterios de menor restricción posible y de medio más idoneo para asegurar la eficacia en la obtención de la finalidad”. Sin duda sería la de convocar a los socios a adoptar los criterios previstos en el art. 96/100 LGS, sin perjuicio de la responsabilidad que ya hubieran asumido (arts. 99/100 LGS).

Ya algo hemos anticipado, esta interpretación que hemos sostenido antes de la reforma, se agudiza con los principios sostenidos por el CCC, en su “ARTÍCULO 9º.- Principio de buena fe. Los derechos deben ser ejercidos de buena fe”. Y la disposición del “ARTÍCULO 10.- Abuso del derecho. El ejercicio regular de un derecho propio o el cumplimiento de una obligación legal no puede constituir como ilícito ningún acto. La ley no ampara el ejercicio abusivo de los derechos. Se considera tal el que contraría los fines del ordenamiento jurídico o el que excede los límites impuestos por la buena fe, la moral y las buenas costumbres. El juez debe ordenar lo necesario para evitar los efectos del ejercicio abusivo o de la situación jurídica abusiva y, si correspondiere, procurar la reposición al estado de hecho anterior y fijar una indemnización”.

O sea que un juez, incluso el que entienda en el concurso de una sociedad, de oficio o ante el planteo del Síndico o de un acreedor, podría cuestionar por abusiva la propuesta de acuerdo y, obviamente no homologar el acuerdo que implicara un fraude a la ley societaria, particularmente en cuanto a las normas de garantía del capital social. Sea por abuso sino se perdió el capital social o por fraude si esa pérdida existió y los socios no la atendieron en la forma prevista imperativamente por la norma específica.

Corona esta interpretación el “ARTÍCULO 12.- Orden público. Fraude a la ley. Las convenciones particulares no pueden dejar sin efecto las leyes en cuya observancia está 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

¹¹⁷C.Nac.Com. Sala E 17/08/2006 Inspección General de Justicia v. Compañía Norte S.A., JA 2006-IV-fascículo n. 13, pág. 63.

fraude a la ley. En ese caso, el acto debe someterse a la norma imperativa que se trata de eludir”. Llevaría que el Juez impusiera a los socios (a la sociedad) disponer el reintegro del capital social o la capitalización, que en situación concursal podría compatibilizarse con el art. 197 LGS de capitalización del pasivo, ello siempre que removida la causal disolutoria de pérdida del capital social, la sociedad fuere viable a tenor de lo dispuesto por el nuevo art. 100 LGS: “Remoción de causales de disolución”: “Las causales de disolución podrán ser removidas mediando decisión del órgano de gobierno y eliminación de la causa que le dio origen, si existe viabilidad económica y social de la subsistencia de la actividad de la sociedad. La resolución deberá adoptarse antes de cancelarse la inscripción, sin perjuicio de terceros y de las responsabilidades asumidas. *Norma de interpretación.* En caso de duda sobre la existencia de una causal de disolución, se estará a favor de la subsistencia de la sociedad”.

Como advertirá el lector, se trata de alertar sobre las normas imperativas en torno a la función de garantía del capital social, claramente preconcursales, que tienden a asegurar que el uso del instrumento jurídico de organización maravilloso que es la sociedad cause daños, y ante situaciones de crisis los administradores, acreedores o la judicatura encuentren el camino de equilibrio evitando el abuso de derecho y/o el fraude a la ley. Todo un desafío, pero no se trata nada más, ni nada menos, que respetar la ley y las instituciones.

Como si fuera poco, las normas genéricas para las personas jurídicas privadas, cuya referencia anticipamos en el art. 150 CCC, que expresamente señala “LEYES APLICABLES. Las personas jurídicas privadas que se constituyen en la República, se rigen: a) por las normas imperativas de la ley especial o, en su defecto, de este Código”. Y ya hemos visto la coincidencia de normas frente a la crisis, que se potencian en el art. 168 CCC “La persona jurídica se disuelve por: i) el agotamiento de los bienes destinados a sostenerla”.

IX – EL VIEJO CORAZÓN DEL DERECHO COMERCIAL.

Hemos querido así refrescar el inmutable “viejo corazón del derecho mercantil”, tan caro a nuestro homenajeado, actuando a “verdad sabida y buena fe guardada”, del que se aleja tanto las interpretaciones amañadas como la demora en reestablecer el equilibrio, que no sólo afecta directamente a ciertas personas, sino indirectamente al mercado y a toda la sociedad, alejando por la inseguridad las inversiones productivas. Debemos alentar el capitalismo productivo y la buena fe en el cumplimiento de las obligaciones, tanto en las bilaterales como en las organizacionales –o sea en la funcionalidad de las sociedades-.

Gracias Bautista por tu amistad y tus iniciativas en tu larga y fecunda vida. Se nos ocurre recordar juntos las palabras de Mario Benedetti, algunas que encabezaron este ensayo: ***“No te rindas, por favor no cedas aunque el frío queme, aunque el miedo muerda, aunque el sol se ponga y se calle el viento. Aún hay fuego en tu alma, aún hay vida en tus sueños, porque cada día es un comienzo nuevo, porque ésta es la hora y el mejor momento”.***

Córdoba, 28 de febrero de 2015.