

EL ABUSO EN EL DERECHO SOCIETARIO Y EN EL PROCESO CONCURSAL

Efraín Hugo RICHARD (Córdoba, Rep. Argentina)¹

Publicado en Derecho societario, concursal y del consumo. Panamericano. AAVV, Directores Gabriela Boquin – Alvaro Hernández Aguilar, pág. 430. Editorial Jurídica Continental, San José de Costa Rica, octubre 2017.

SINTEISIS:

Frente a una crisis económico patrimonial de sociedades, los administradores y socios suelen eludir la funcionalidad societaria, omitiendo la confección de balances, ante resultados que indican que el patrimonio es insuficiente para afrontar la actividad económica o, peor aún, que los activos no satisfacen el pasivo, no capitalizan ni liquidan la sociedad –minimizando el posible daño a los acreedores y empleados-, incluso demorando una presentación en concurso tendiente a reorganizar la situación.

Esta actitud omisiva de quienes crearon a la sociedad o son sus titulares actuales, unida a la de los administradores designados por ellos, termina desembocando en un concurso donde se pretende –y se obtiene-, vaya a saber por que medios que sean los acreedores los que solucionen la cuestión por medio de esperas y quitas.²

A estas cuestiones dedicamos este ensayo para generar un debate.

¹ Profesor Emérito de la Universidad Nacional de Córdoba, República Argentina y Director del Departamento de Derecho Comercial de su Facultad de Derecho, Miembro de Número de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba y Director de su Instituto de la Empresa. Director de varias Revistas, publicista. www.acaderc.org.ar

² Sobre este aspecto vienen a cuento las expresivas y sinceras manifestaciones *obiter dictum* del camarista Dr. Alfredo A. Kölliker Frers “la realidad cotidiana de nuestros tribunales demuestra que los ‘verdaderos acreedores permanecen ajenos, en general, al trámite de los concursos, ya sea por desconocer siquiera su existencia, por falta de información o por ignorancia sobre como manejarse en ese tipo de contingencias, o incluso por carecer de asesoramiento legal o, simplemente, por fastidio o hastío por un sistema legal que desde la perspectiva popular sólo pareciera proteger a los deudores y desamparar a los acreedores. En fin, cualquiera sea la razón de esta realidad, lo cierto es que estos acreedores “genuinos” –mayormente proveedores, trabajadores y/o genéricamente, acreedores comerciales- deben presenciar como el concursado y sus asesores letrados diseñan estrategias que les posibilitan a estos últimos “manejar” las mayorías concursales para imponerles a aquéllos propuestas abusivas, cuando no irrisorias, para dilatar su pago, o diluir o licuar directamente sus créditos hasta límites inconcebibles. ¿Puede seriamente creerse, entonces, que esos desprotegidos acreedores estarán en condiciones de evaluar si la falta de actividad actual y/o potencial del concursado constituye o no un óbice para el éxito de la solución preventiva, cuando además de carecer por completo de todo tipo de información acerca de la actividad comercial del deudor, se procura por todos los medios que aquéllos no participen del procedimiento concursal (si es que se enteran de su existencia) y son frecuentemente excluidos de la “voluntad” del colegio de acreedores mediante la interposición de acreedores ficticios o ya “desinteresados” deliberadamente para que brinden su connivente complacencia a las estrategias del deudor, situación que se agrava si se tiene en cuenta que ni siquiera este último está obligado por la ley a decir qué se propone hacer con su empresa y de dónde piensa sacar los fondos con los que les va a pagar? Sinceramente creo que no... se tiene la más absoluta certeza desde la perspectiva de juez que el único objeto del deudor es “bicicletear” a los acreedores y/o ganar tiempo para asegurarse un espacio temporal durante el cual poder diluir su responsabilidad patrimonial y garantizar la inmunidad de los responsables de la falencia”. Como compartimos este diagnóstico, tan brutal², es que dirigimos nuestros razonamientos a dar una inteligencia constructivista al sistema concursal actual, particularmente en relación a la actividad empresarial organizada como sociedad, integrándolo a la legislación específica de la actual Ley General de Sociedades –LGS-

Ante ciertas situaciones generadas a través de sociedades en perjuicio de sus acreedores, ligado en muchos casos a prácticas concursales, nos parece interesante debatir sobre una teoría general de la funcionalidad de la actividad empresaria a través de relaciones de organización personificadas a través de la constitución de sociedades.³ Intentamos reflexionar para encontrar en esa funcionalidad, en las normas de la ley específica que regulan estas personas jurídicas, una suerte de teoría general, particularmente ante la crisis económico-patrimoniales de las mismas, un equilibrio entre la legislación societaria y concursal, integrando los intereses generales que concurren: públicos de mantenimiento de la empresa, de los socios, de la comunidad donde esta asentada la actividad o influye, de trabajadores y sus puestos de trabajo, incluso desde el punto de vista sindical, de los proveedores, de los acreedores profesionales y la de todos los acreedores.

1. Punto central del sistema de las relaciones de organización es el límite de la autonomía de la voluntad y, particularmente respecto al sistema societario, generado por las normas imperativas que resguardan el debido uso de la técnica de organización personificada, particularmente en resguardo de terceros. Los primeros artículos de cualquier ley de sociedades suelen fijar un criterio para caracterizar esta relación jurídica de organización, en interés mutuo, que es para los socios “realizar aportes para aplicarlos a la producción o intercambio de bienes o servicios participando de los beneficios y soportando las pérdidas”⁴. O sea generando un nuevo patrimonio como prenda común de los acreedores, regulan para que no pueden generar daño si se adoptan las soluciones previstas imperativamente⁵, que en su caso –como principio- las pérdidas no deben ser trasladadas a terceros.

2. Es parte de esa construcción la determinación del capital operativo, pero son normas imperativas las que determinan el capital mínimo y resguardan la función de garantía del capital estatutario, constituyendo causal de disolución su pérdida e imponiendo la disolución salvo capitalización, para resguardar el interés de los terceros acreedores y su patrimonio.⁶

Debe inferirse de estos principios otra serie de consecuencias ante la decisión uni-pluripersonal, constitutiva limitada sólo por la no generación de daño. Los límites aparecen como moldeadores de la responsabilidad en las sociedades respecto de terceros, cualquiera sea el régimen de limitación de la misma que surja del tipo adoptado o de las precisiones estatutarias.⁷ Evitar el daño, soportando las pérdidas los socios, se encuentra también inserto “en el principio de integridad del capital y en las funciones que a éste se asignan. En efecto, si la defensa del interés de los acreedores descansa en la función de retención patrimonial que tiene asignada la cifra del capital social, parece razonable que en

³ RICHARD, Efraín Hugo *RELACIONES DE ORGANIZACIÓN – SISTEMA DE DERECHO SOCIETARIO*, Ed. Academia Nacional de Derecho y Cs. Sociales de Córdoba, Córdoba 2007.

⁴ La transcripción encomillada corresponde al art. 1 de la Ley General de Sociedades de la República Argentina.

⁵ RICHARD, Efraín Hugo “NORMAS IMPERATIVAS DEL DERECHO SOCIETARIO PARA PREVENIR DAÑOS”, en *Los aspectos empresariales en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación*, Ed. Fidas, Buenos Aires 2015, página 79.

⁶ Todos los ordenamientos europeos, por efecto de la 2ª Directiva, incluyen una regulación imperativa del capital social orientada a proteger a los acreedores sociales frente a las consecuencias de la responsabilidad limitada de los socios.

⁷ RICHARD, Efraín Hugo “La responsabilidad de socios en las sociedades simple y en las con responsabilidad limitada” en *Derecho Comercial y de las obligaciones*, Ed. Abeledo Perrot, n° 280, septiembre/octubre 2016, Bs.As. 2ª quincena de noviembre, en Sección I Congreso Internacional de Derecho Comercial, pág. 539.

una situación en la que el patrimonio ha descendido”⁸ poniendo en peligro la satisfacción del pasivo se adopte una solución.

3. Como anticipo de esa situación patrimonial que genera una causal de disolución, aparece otra dentro de las legislaciones societarias, cual es la imposibilidad sobreviniente de cumplir el objeto social, que es convergente con la idea de la conservación de la empresa, que debe ser viable. Esto importa también una protección de todos los intereses involucrados. El concurso oportuno no es extraño a esto.

4. Preocupa es la práctica generalizada en los concursos de sociedades –señalada en la apertura-, frente a esos principios, de imponer quitas trasladando las pérdidas y el daño a los acreedores, o no acreditando la viabilidad de la continuidad de la gestión, cuando otras deben ser las políticas de buena fe para asegurar la conservación y los intereses convergentes. El primer principio para evitar generar daño y las consiguientes acciones de responsabilidad a quienes lo hubieren causado, directa o indirectamente es asegurar la viabilidad del negocio, presentando las cuentas anuales con su Memoria⁹. Dentro de las obligaciones de los administradores está analizar la prospectiva inmediata de la actividad social: anticiparse a la instalación de la crisis, revisar el patrimonio activo y pasivo ordinario corriente para el año inmediato, sin perjuicio de mantener el patrimonio activo suficiente para satisfacer el pasivo, o sea mantener patrimonio positivo, sin pérdida del capital social. Y la crisis societaria suele acercar el régimen concursal que, a nuestro entender con especiales notas cuando es el concurso de una sociedad.¹⁰

5. En el derecho concursal se postula tempestividad para asumir la crisis, tratando que sociedades que las padecen no permanezcan en ese estado perturbando al mercado, alterando reglas de libre competencia, incumpliendo obligaciones y contagiando la crisis.

Sostenemos la integración del sistema societario con el concursal para afrontar las crisis¹¹.

Emilio Beltrán¹² calificó la solución como preconcursal, 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 –sustancialmente ello no ha cambiado pese a las posibilidades de concursarlas-. La solución, con matices, no es muy diferente en nuestro país y en el derecho comparado.

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

6. La acción de conservar la empresa debe estar a cargo de alguien y en el derecho societario lo es a cargo de los administradores, que deben transmitir los problemas y posibles soluciones a los socios, y

⁸ GARCIA CRUCES, J.A. *Derecho de Sociedades Mercantiles*, Ed. Tirant Lo Blanch, , Valencia 2016, pág. 479. En el caso de España por debajo de la mitad del capital social –o de un tercio según el tipo-, en Argentina del 100%, pudiendo verse el estudio de derecho comparado en *Estudios de Derecho Empresario*, AAVV "Crisis de Sociedades y la legislación societaria", en Volumen Especial N°10: "Revista informática del Instituto Iberoamericano del Derecho Concursal, revista electrónica en el portal de la Universidad Nacional de Córdoba <https://revistas.unc.edu.ar/index.php/esdeem/issue/view/1407>

⁹ FUSHIMI, Jorge Fernando – RICHARD, Efraín Hugo “EL BALANCE ANUAL DE LAS SOCIEDADES. CONSTATAACIONES Y EFECTOS”, en “ASPECTOS CONTABLES, IMPOSITIVOS Y PREVISIONALES EN LAS SOCIEDADES Y LOS CONCURSOS”, Obra colectiva, Director Martín Arecha, Págs. 101 a 123 Publicación del Instituto Argentino de Derecho Comercial. Editorial Legis Argentina SA, Buenos Aires, Abril de 2013.

¹⁰ RICHARD, Efraín Hugo “Crisis societaria: integración del sistema concursal con el societario” RDCO 266-243 sección doctrina.

¹¹ RICHARD, Efraín Hugo *Perspectiva del Derecho de la Insolvencia*, Ed. Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales, Córdoba Rep. Argentina 2012.. Comunicación al VIII° CONGRESO ARGENTINO DE DERECHO CONCURSAL y VI° CONGRESO IBEROAMERICANO DE LA INSOLVENCIA Tucumán (R.A.) septiembre de 2012, “LA NECESARIA INTEGRACIÓN DEL SISTEMA CONCURSAL CON EL SOCIETARIO ANTE LA CRISIS DE SOCIEDADES”, tomo II pág. 815; “LA ENSEÑANZA Y LA INVESTIGACIÓN DEL DERECHO SOCIETARIO DE CRISIS” en *Anuario XV (2013-2014)* del Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba, pág. 351, editado en Córdoba diciembre 2015.

¹² BELTRÁN 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..

estos resolver¹³, constituyendo *el plan de negocios*. El argentino Alberti con la profundidad de su escarpelo subrayó que “el concurso preventivo se desenvolverá incurablemente como una dialéctica solamente procedimental, destinada a cerrarse documentalmente cuando los acreedores acuerden con el insolventes vías de solución que continúan siendo principalmente, casi exclusivamente, un aplazamiento de la exigibilidad de los pagos, o una reducción de los montos a pagar... Bastaría para promover una modificación de ese desarrollo ritual de lo actualmente llamado retóricamente *solución concordataria* ... que el concursado ha de exponer un *plan* de su futura actividad económica...”.

Si una sociedad no obtiene capital de sus propios socios o de terceros, es porque no existe un plan que determine la viabilidad y la rentabilidad de la empresa. Los administradores societarios deben hacer una evaluación y un plan anualmente. Si el balance anual acusa la pérdida tienen obligación de exponerlo a los socios, con algún plan si pretenden continuar la gestión, y a su vez deben presentar junto al balance una Memoria sobre la prospectiva del año venidero, que importaría anticipar la asunción de una crisis si existiere un sobreendeudamiento. La legislación societaria de Chile impone que anualmente los administradores señalen cual es el capital que debe tener la sociedad para afrontar las actividades del inmediato año. “En la tradición del Derecho alemán, la protección de los acreedores ostenta una posición paritaria junto a la protección del interés social. Como los acreedores permanecen fuera de la organización social en contraposición a los accionistas y tienen menos posibilidades de influir para proteger sus propios intereses, un Derecho como el alemán que pretende cohesionar dentro del Derecho de sociedades una serie de intereses plurales y a menudo divergentes, favorece una y otra vez a los acreedores... El capital es, pues, un patrimonio que se “añade” al patrimonio social mediante la técnica contable de incluir la cifra de capital social como primera partida del pasivo. Los accionistas han de asegurarse de que en el patrimonio social hay en todo momento activos de valor contable suficiente para cubrir la totalidad de las deudas más la cifra de capital...es la de prevención de la insolvencia”.¹⁴ “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”¹⁵, y –eventualmente- la capitalización del pasivo¹⁶. Una vez que se generaliza la responsabilidad limitada para todas las sociedades, la cifra de capital sirve, fundamentalmente, a la protección de los acreedores. En contrapartida por la irresponsabilidad por las deudas sociales, los accionistas han de “ofrecer” a los acreedores sociales un patrimonio específico que pueda ser atacado por éstos para cobrar sus créditos (función de garantía del capital social)...¹⁷

Las soluciones normativas-doctrinarias a la capitalización son múltiples, permitiendo a los administradores emitir acciones sin autorización de los socios, con o sin prima, con derecho de rescate, generando preferencias patrimoniales que limiten sus derechos políticos, ubicándolas en una clase, y otras soluciones con las que se afrontan crisis extrajudicialmente y con gran confidencialidad. Incluso la liquidación privada, a bajo coste, importa una suerte de concurso de hecho, que no impide la petición de quiebra por algún acreedor que, sin duda verá por ese medio menguado su derecho en el concurso, pues de haber responsabilidades podría ejercerlas individualmente. Liquidación que puede encararse con continuidad de la empresa, conforme un plan, para tratar de enajenarla privadamente. Las cláusulas o convenios de preferencia para la recompra de acciones son de validez indiscutida en el derecho comparado. La entrega a la par de obligaciones negociables convertibles puede ser una solución compatible.

¹³ RICHARD, Efraín Hugo “Los administradores societarios y la insolvencia” en SUMMA SOCIETARIA, Ed. Abeledo Perrot, Bs. Aires 2012, t. I p. 1449.

¹⁴ ALFARO ÁGUILA-REAL “La doctrina del capital social: el Derecho de Sociedades como mecanismo de protección de los acreedores”, en página electrónica Almacén de Derecho.

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

¹⁶ FIMMANO, Francesco, “L’ allocazione efficiente dell’ impresa in crisi mediante la trasformazione dei creditori in soci”, en Revista delle società, 2010, páginas 57 y siguientes.

¹⁷ ALFARO ÁGUILA-REAL trabajo citado.

La capitalización del pasivo tiene efectos tributarios neutros y libera a fiadores y deudores solidarios, y parece ser el lineamiento que se aconseja en los “acuerdos privados” –*company voluntary arrangement*- con los acreedores financieros, que de ser la empresa viable rápidamente colocarán sus participaciones en el mercado. La quita implica un menoscabo de los acreedores, con tributación por ganancias por la sociedad, aunque se establezcan especiales moratorias.

Bastará advertir que no se adoptaron soluciones societarias, que no se afrontó la crisis oportunamente, que sólo se exige un sacrificio a los acreedores, para que la propuesta no pueda sea homologada, por abusiva¹⁸ u en fraude a la ley al haberse omitido soluciones societarias.¹⁹

7. Si se compromete la continuidad del giro empresarial –objeto de la sociedad- aparece un orden público social: la conservación de la empresa por el efecto social y económico en la región, y del empleo, y el derecho constitucional de propiedad de los acreedores y a trabajar de sus empleados.

Recordando algo olvidado por jurisprudencia y doctrina nacional, se dice “La normativa societaria ha tenido, desde siempre, la preocupación de la defensa y protección del crédito y, por esta vía, de la prevención de las crisis empresariales. Con herramientas y procedimientos diferentes ha ido convergiendo con una legislación concursal cada vez más preocupada por la prevención de las crisis empresariales y en la solución de éstas con el menor daño posible a las estructuras productivas. Esta comunidad de objetivos entre ambas ramas del ordenamiento mercantil hacen necesaria una coordinación y armonización normativa, de modo que su objetivo común pueda ser logrado en forma segura y eficiente, derecho concursal y derecho societario no son dos compartimentos estancos. Ambas disciplinas deben perseguir, desde una concepción integral del sistema jurídico, una armonización de sus sistemas normativos en orden a la tutela del crédito, a la anticipación de las crisis y a evitar su profundización y propagación”²⁰.

8. Muchos autores sostienen que una sociedad infrapatrimonializada genera responsabilidad. Razón tienen, pero ello debe centrarse más que en poco capital, en operar con patrimonio negativo, pues en tal caso se supone que existe daño para los acreedores que no verán satisfechos sus créditos. Es lo que se nombra como causal de disolución por pérdida total o parcial del capital social.

Esto supone distinguir entre cesación de pagos, que es la falta de patrimonio activo corriente para satisfacer el patrimonio pasivo corriente de la persona jurídica societaria, de la situación en que se ha perdido la totalidad del capital social, y hay insolvencia patrimonial y no meramente financiera. La pérdida parcial del capital social, que en muchas legislaciones societarias ya genera una causal de disolución, es una forma de avizoramiento de la crisis, ante lo cual esa legislación especial impone conducta de administradores y socios.

A su vez la legislación especial dispone ante ello opciones imperativas: reintegrar, capitalizar la sociedad por diversos medios o liquidar, bajo la sanción de generar responsabilidad por el daño que se pudiera generar, tanto a administradores como a socios que actuaran en la continuidad de la gestión sin generar remediación.

Es opción la apertura de concurso en términos perentorios. En tales casos, modificando la tipicidad del contrato, se suele imponer por cierta mayoría de acreedores, inclusive generada por razones procesales, una quita de los créditos, con costo impositivo para la sociedad por su enriquecimiento e indirectamente por el enriquecimiento de los socios al disminuir exponencialmente el patrimonio pasivo, llegando a generar una ganancia ficticia.

¹⁸ RICHARD, Efraín Hugo “Crisis de sociedades: Acuerdos concursales abusivos vs. Solución privada” en SUMMA CONCURSAL, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires 2012, tomo II pág. 1945.

¹⁹ Así el fallo de la CNCom, Sala F, de fecha 13 de Mayo de 2014, en autos “Victor Carballude SRL sobre quiebra, Incidente de inoponibilidad de la personalidad jurídica”, donde se responsabiliza en la quiebra de una sociedad de responsabilidad limitada a los socios por aplicación del art. 54 ter de la ley de sociedades comerciales.

²⁰ OLIVERA AMATO, Juan M. “Herramientas societarias para la solución y prevención de las crisis empresariales” en *Situaciones de crisis en las sociedades comerciales* AAVV directores José Miguel Embid Irujo, Daniel Roque Vitolo, Ed. Ad Hoc, Buenos Aires 2010, pág.31 y ss., esp.35.

9. “El Derecho Concursal protege a los acreedores imponiendo la obligación de solicitar el concurso cuando la sociedad no puede hacer frente a sus obligaciones definiendo con mucha mayor precisión el riesgo de que continúen actuando en el tráfico empresas insolventes (v., [art. 5 LC](#)); subordina los créditos de las personas especialmente relacionadas con el deudor para desincentivar las “resurrecciones” artificiales de empresas insolventes a base de créditos concedidos por los socios ([art. 92.5 LC](#)) y declara la responsabilidad de los administradores y socios de control por el déficit concursal en caso de concurso culpable ([art. 164 LSC](#)), además de los efectos protectores de las acciones revocatorias. La amenaza de ver relegados los créditos otorgados por los socios de control; la eventualidad de tener que responder del pasivo no satisfecho en el procedimiento concursal si se retrasa la declaración de concurso o se ha distraído el patrimonio social en perjuicio de los acreedores, constituyen mecanismos mucho más ajustados a las circunstancias de cada caso”²¹

Esa referencia a la subordinación de los créditos de los socios al no capitalizar la sociedad ha sido proveída en la jurisprudencia argentina en la Sentencia del Tercer Juzgado de Procesos Colnursales 1ª. Circunscripción Judicial del Poder Judicial de Mendoza, , en la causa “KLP Emprendimientos S.A. s/ Megaconcurso”, del 22 de Abril de 2016 del Juez de Mendoza Pablo Gonzalez Masanes, y en la sentencia recaída en la causa "Diaz y Quirini SA s/ concurso preventivo s/ incidente de revisión (promovido por Quirini Augusto)" de la CNCOM – SALA C del 31/05/2012.

Se advierte una corriente evolutiva, integradora entre la legislación concursal y la societaria frente a la crisis de sociedades, y justamente formulada en juicios de concursos de sociedades. Si la recomposición no se decide y continúa operando la sociedad la cuestión de la responsabilidad se retrotrae a la fecha en que se acredite que administradores y socios conocieron o debieron conocer la situación si, como debemos presumir, hay acreedores insatisfechos²².

La responsabilidad se genera ante concreto daño a terceros, incluso a la sociedad y a socios minoritarios, por el actuar de administradores y de ciertos socios, aún en las personas jurídicas con limitación de responsabilidad por no actuar conforme a normas imperativas de la ley y generar ese daño. El debido contrapeso al control preventivo lo constituyen, decía Mauricio Yadarola, las acciones de responsabilidad contra administradores y socios que arguyeron la viabilidad de mala fe causando daño.²³

Recordamos que la legislación societaria argentina tiene la misma estructura que tenía la española, antes que se agregara la obligación de no liquidar, reintegrar o capitalizar de presentar la sociedad en concurso preventivo en término perentorio. Sobre el estado actual escribió Jesús Alfaro²⁴ “Tras la reforma de 2005 de la Ley de Sociedades de Capital, la responsabilidad de los administradores por las deudas sociales en caso que la sociedad estuviera incurso en causa de disolución y los administradores no procedieran a convocar la Junta para que ésta acordase la disolución o el aumento de capital o a solicitar el concurso, se limita a las deudas sociales contraídas por la sociedad con posterioridad a la aparición de la causa de disolución (art. 367 LSC). – La Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 19 de junio de 2015 es modélica en relación con el análisis de este tipo de cfasos. Los hechos son típicos: el acreedor –un proveedor de la sociedad- demanda a la sociedad

²¹ ALFARO AGUILA-REAL, Jesús “Concurso culpable y responsabilidad por el déficit concursal”, Jun 1, 2015 | [Derecho Mercantil](#), en Almacén de Derecho: La [STS de 21 de mayo de 2015](#) decide sobre un concurso declarado culpable y la consiguiente responsabilidad de los administradores por el déficit concursal. El Supremo confirma la sentencia de la Audiencia que había considerado el concurso culpable por dos causas: ocultar gravámenes que pesaban sobre el único inmueble propiedad de la sociedad concursada y el retraso en la solicitud de concurso (dos años)... *De tal forma que el agravamiento de la insolvencia, como consecuencia del retraso en la solicitud, constituye uno de los elementos objetivos y subjetivos de esta causa de calificación culpable, en realidad el más preponderante, con arreglo al cuál podía articularse la justificación de la responsabilidad por déficit del art. 172.3 LC (en su redacción original, aplicable al caso).*

²² RICHARD, Efraín Hugo. “Remoción de causales disolutorias y responsabilidad de administradores (y socios) de sociedades: la función de garantía del capital social”, en Cuestiones Mercantiles en el Código Civil y Comercial de la Nación”, Ed. Fundación para la Investigación y Desarrollo de las Ciencias Jurídicas, Buenos Aires abril 2016, pág. 279. En el debate de esta comunicación en el III Congreso sobre los Aspectos Empresarios en el Código Civil y Comercial de la Nación, realizado en ese mes en Mar del Plata, cuando insistimos que la responsabilidad se generaba al día siguiente de constatada la insuficiencia patrimonial, se debatió unánimemente que no, que esa responsabilidad se generaba al minuto siguiente –corrección que aceptamos-. Posteriormente lo hicimos en “La causal disolutoria de pérdida del capital social”, en *Doctrina Societaria y Concursal ERREPAR (dsce) tomo/boletín XXVIII*, mayo año 2016.

²³ RICHARD, Efraín Hugo “Responsabilidad de administradores societarios por insolvencia” pág. 504 en “Jornadas italoargentinas de derecho: perspectivas del derecho entre Latinoamérica e Italia” Córdoba Argentina 2004-2005, Ed. Alveroni, Córdoba Agosto 2006.

²⁴ ALFARO, Jesús “Responsabilidad de los administradores por las deudas sociales” 29 de julio de 2015, en Almacén de Derecho del 22 de marzo de 2017.

deudora y a su administrador. La sociedad está disuelta en el momento de presentarse la demanda y el acreedor prueba que las deudas que reclama se generaron después de que la sociedad estuviera en causa de disolución por pérdidas y transcurridos los dos meses a los que se refiere el art. 367 LSC. Sorprendentemente, el Juzgado desestima la demanda contra el administrador. La Audiencia revoca la sentencia, sosteniendo “Que dicha situación tuvo que ser conocida o debió serlo por los administradores incluso antes de la formulación de las cuentas anuales dada la grave situación de deterioro económico de la sociedad. La jurisprudencia entiende que el plazo de dos meses para el cumplimiento del deber de convocar junta para acordar la disolución se computa desde que el administrador tiene conocimiento de la concurrencia de la causa de disolución en términos de normalidad económica y contable, según el principio de exigencia de intencionalidad o negligencia que, ceñido a la conducta de omisión” generan responsabilidad.

10. El análisis doctrinal y jurisprudencial sobre la imposición al juez que en ningún caso homologue un acuerdo con abuso de derecho o fraude a la ley²⁵ se limita -en caso de quitas y esperas- a sus aspectos cuantitativos en la práctica judicial, que pueden configurar un abuso de derecho, omitiendo cualquier consideración en torno al fraude a la ley²⁶.

Este razonamiento implica una misión casi imposible, pues se ha entronizado profesional y judicialmente la licitud de quitas y esperas desmesuradas en los concursos preventivos de sociedades.

La doctrina debe colaborar en la difícil tarea de la magistratura para encontrar el equilibrio de las sociedades en el sistema jurídico, desde su nacimiento como personas jurídicas, hasta sus crisis previstas en las normas del CCC y en la específica Ley General de Sociedades -LGS-, inclusive con reflejos en la legislación concursal²⁷.

Pero la doctrina más reciente continua con la tendencia evaluativa de la propuesta de quita y espera como legítima formalmente, pero vinculada a su análisis cuantitativo, sin siquiera vincularlo a un problema constitucional de confiscatoriedad, o sea atentando contra el derecho de propiedad.²⁸

La quita figura en el listado de las soluciones concursales²⁹, pero no en forma imperativa sino potestativa, y como varias otras propuestas que corresponden al concurso de personas humanas como la “constitución de sociedad con los acreedores”, varias son potestativas para sociedades. Si no hay déficit patrimonial una quita sería abusiva, pues la sociedad solo necesitaría espera. Pero si hay déficit patrimonial -evidenciado en un balance con patrimonio neto negativo- son los socios los que deben reintegrar o capitalizar la sociedad por sí o acercando a terceros, compartiendo la propiedad. La quita devendría en un enriquecimiento para ellos violando normas imperativas de la ley societaria.

Los socios abusarían del derecho si en vez de reintegrar el capital o capitalizar la sociedad la concursaran para que los acreedores asuman la pérdida.³⁰

La conclusión 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

²⁵ Previsto en el art. 52.4 LCQ argentina.

²⁶ RICHARD, Efraín Hugo “LA SENTENCIA DEL ART. 52.4 LCQ: ABUSO DE DERECHO Y FRAUDE A LA LEY” en pág. 741 en Cuestiones actuales y controvertidas de derecho societario, concursal y del consumidor, Ed. Fundación Investigación y Desarrollo de las Ciencias Jurídicas, Bs. As. Abril 2017.

²⁷ RICHARD, Efraín Hugo. “LA FUNCIÓN DE GARANTÍA DEL PATRIMONIO: CONEXIÓN DEL SISTEMA SOCIETARIO CON EL CONCURSAL. CRISIS Y TERMINOLOGÍA” en El Derecho Societario y de la Empresa en el Nuevo Sistema del Derecho Privado. Tomo III, XIII Congreso Argentino de Derecho Societario, IV Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa, Universidad de Mendoza – Universidad Nacional de Cuyo, Ed. Advocatus, Córdoba agosto 2016, pág. 2017; y “EL EQUILIBRIO DE LAS SOLUCIONES SOCIETARIAS PARA EVITAR SU CRISIS Y DAÑAR. INTERPRETACIÓN CONGRUENTE CON LA LEY CONCURSAL” en la misma publicación y tomo pág. 2025.

²⁸ PALAZZO, José Luis – RICHARD, Efraín Hugo “VISION BÁSICA CONSTITUCIONAL DE PROPUESTA ÍRRITA DE QUITA Y ESPERA” en libros del “VI Congreso Nacional de Derecho Concursal y IV Congreso Iberoamericano de la Insolvencia”, Rosario 2006, T. I pág. 715.

²⁹ En el art. 43 LCQ argentina. RICHARD, Efraín Hugo “FACHADAS EMPRESARIAS y PREOCUPANTE MENSAJE JURISPRUDENCIAL: ¿vale todo para homologar una propuesta?” en La Ley 15 de abril de 2009 y “LAS LIQUIDACIONES SOCIETARIA, LA CONCURSAL Y EL ARGUMENTO DEL RESULTADO DE ESTA ÚLTIMA PARA HOMOLOGAR UNA PROPUESTA ABUSIVA”, en Zeus Córdoba, n° 353, Año VIII, 18 de agosto de 2009, t.15 pág. 169, Doctrina, y en Editorial Zeus, 10 agosto 2009, año XXXVI, Revista n° 15, tomo 110, pág. 785. Doctrina.

³⁰ RICHARD, Efraín Hugo “Insolvencia societaria en el Proyecto de Código”, en diario La Ley 4/03/2013, pág. 1 y ss..tomo La Ley 2013-B.

capitalizar, sea ellos mismos o terceros, incluso por la capitalización de pasivo. De no resulta responsabilidad de administradores, y quizá de socios³¹, 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.

No tenemos duda que un juez deberá afrontar esta lógica integración de la legislación societaria en concurso de sociedades y descartarla expresamente si decide homologar un acuerdo de quita en el concurso de una sociedad. Lo que podría ser aceptable en el concurso de una persona humana –salvo confiscatoriedad- difícilmente pueda catalogarse como que es un fraude a normas imperativas de la ley societaria.

Parte de la doctrina clásica ha intentado morigerar nuestra interpretación interactiva de la legislación societaria sosteniendo la legalidad del “esfuerzo compartido”. Juristas especializados en concursos, como Truffat³², Botteri³³ y Carlino³⁴, a aceptar que para la quita no configure una ilegalidad debe existir “esfuerzo compartido”, o sea quitas equivalentes a los aportes de los socios. De todas formas esto significa un enriquecimiento ilegal de los socios, con una carga impositiva para la sociedad –Impuesto a las Ganancias- que desaparecería si el porcentaje de quita ingresa como capitalización a la sociedad. Se acepta que “el derecho concursal no es una isla, pero sí es un derecho especial”, lo que permite ubicar el problema dentro de lo previsto por el art. 150 incs. a y c CCC argentino.

La solución es la capitalización de pasivos que hoy se aconseja en las reformas en la legislación de crisis, de acreedores profesionales, pero porque no incluir a los proveedores que han vinculado su futuro con la sociedad proveída en crisis, compartiendo así un proyecto productivo en común.

Si hay fraude: *“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”*.³⁵

No se trata de responsabilizar a nadie, ni administradores ni socios, que para ello tiene que haber daño, tratamos de alertar para no generar daño, o se acote ante un evento impensable, conforme las previsiones imperativas de la ley de sociedades en torno a la función de garantía del capital social como forma de tutelar su patrimonio y a los terceros que contratan con la misma, y no se sorprenda a la judicatura por medio de abusos en procesos concursales de sociedades.

11. Advertimos un interés cada vez mayor en el análisis sistémico, en animarse a zonas extrañas frente a la crisis concursales de sociedades. Llevaría a un equilibrio de derechos, a mejorar costos y asegurar la eficiencia, pero creemos difícil que ciertos cenáculos acepten un cambio de su visión originalista encerrada en las soluciones concursales, en apoyar a la concursada a cualquier efecto, tratando de evitar la quiebra, aún ante la inviabilidad económica que desencadeará nuevas crisis, eventualmente no concursales sino sociales.

Lo que no tenemos duda es que el juez o autoridad concursal debe asumir con criterio sustancialista el análisis de la legalidad de las quitas en los procesos concursales de sociedades. Aunque sea para rechazar nuestra posición y señalar la legalidad de la propuesta de quita y espera por una sociedad, incluso inviable, y el consiguiente acuerdo.

³¹ RICHARD, Efraín Hugo “EL ART. 99 LEY 19.550 Y CAUSALES DE DISOLUCIÓN DE SOCIEDADES (De cómo evitar responsabilidad ante la insolvencia societaria)”, en RDCO 2013-A- pág. 663, año 46, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires 2013.

³² TRUFFAT, Daniel “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.

³³ BOTTERI, José David “Notas sobre las quitas concursales, acuerdos abusivos y la integración entre el nuevo Código Civil y la Ley de Concursos y Quiebras 24.522”, en *Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones* Nro. 278, (Mayo/Junio de 2016).

³⁴ CARLINO, Bernardo “Las quitas a los pasivos deben ser proporcionales o menores a la inyección de fondos de los socios (art. 96 LGS)”, en CRISIS Y DERECHO IV Congreso Argentino de Derecho Concursal – VII Congreso Iberoamericano de Derecho de la Insolvencia, Córdoba, septiembre 2015, Ed. Fespresa, tomo III El sistema concursal, pág. 48.

³⁵ Artículo 12 del Título Preliminar del Código Civil y Comercial argentino, norma universal del derecho privado.

Se trata de dejar en claro principios que eviten conductas impropias de los que eligieron determinadas organizaciones para desarrollar su actividad, con buena fe y evitando dañar, conforme el contexto axiológico y normativo del sistema jurídico: proteger la empresa viable no a los empresarios que no aplicaron las soluciones preventivas de la ley específica e intentan en concursos que el daño lo absorban los acreedores sin contrapartida. La empresa que no es viable no es empresa y la protección de sus trabajadores debe devenir de otras acciones.