

# PROPUESTAS EN CONCURSO DE SOCIEDAD Y EL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL

Efraín Hugo RICHARD

En **CRISIS Y DERECHO**, libros de X CONGRESO ARGENTINO DE DERECHO CONCURSAL y VII CONGRESO IBEROAMERICANO DE LA INSOLVENCIA, Ed. FESPRESA, Fundación para el Estudio de la Empresa, Córdoba, agosto 2015, tomo III “El Sistema Concursal: El Acuerdo Judicial”, pág. 39.

*El “acuerdo judicial” implica primero una propuesta legal de la sociedad concursada, luego la conformidad de acreedores legitimados que configuren una mayoría y por último el estricto análisis judicial homologatorio que debe descartar toda “propuesta” en abuso de derecho y fraude a la ley, lo que en esta comunicación trataremos de objetivar.*

*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.*

*En concurso de sociedades la judicatura no podrá omitir el posible abuso o fraude a la ley societaria en el análisis previsto por el art. 52.4 ley 24.522 –en adelante LCQ-, que implican una objetivización de ese juicio que hoy sólo se somete a criterios subjetivos fluctuantes.*

-----

## I – INTRODUCCIÓN. GRADO DE LA CRISIS. SOLUCIONES SOCIETARIAS Y CONCURSALES.

Existe un divorcio doctrinal y jurisprudencial en la aplicación de normas imperativas de la ley societaria argentina (LSA) en el concurso preventivo o acuerdos preventivos extrajudiciales de sociedades, que ahora se magnificará frente a la vigencia del Código Civil y Comercial (CCC) y de la Ley General de Sociedades (LGS), conforme lo hemos puesto de manifiesto en otra comunicación sobre el carácter imperativo de ciertas normas societarias.

Hemos analizado en otras comunicaciones<sup>1</sup> que el concurso judicial debería limitarse a atender estadios iniciales de la crisis –como es en muchas legislaciones-,

---

<sup>1</sup> Conforme el rosario de comunicaciones que presentamos en estos Congresos “EL PRESUPUESTO OBJETIVO EN CONCURSO DE SOCIEDADES: LA CESACIÓN DE PAGOS”, “PRECONCURSALIDAD SOCIETARIA: ¿EXISTE?”, “NORMAS IMPERATIVAS DEL DERECHO SOCIETARIO PARA PREVENIR DAÑOS (art.96 LGS)”;

encuadradas en la cesación de pagos, pero excluyendo el caso de pérdida del capital social que tiene claras soluciones en arts. 94.5, 96 y 99 LGS, de carácter imperativo.

En relación a sociedades, debe distinguirse entre la falta de patrimonio activo para atender el patrimonio pasivo, o sea que constituya una causal de disolución como lo es la pérdida del capital social, de la cesación de pagos que se genera por un activo corriente menor al pasivo corriente, o situaciones financieras semejantes, sin que exista la pérdida del capital social.

La ley de concursos atiende la cesación de pagos de las sociedades, a través de los medios preventivos –concurso preventivo, quiebra convertida en concurso o acuerdo preventivo extrajudicial- que frenan las acciones individuales y permiten la reorganización de la sociedad, en este caso. Incluso se trata de atender la crisis en sus momentos iniciales.

Esta es la base normativa de la atención de la crisis de las sociedades que, en casos, puede tener aplicaciones ambiguas pero que, en ningún caso, pueden llegar al abuso de derecho, o peor aún configura un fraude a la ley.<sup>2</sup>

Si el patrimonio de la sociedad sólo está en cesación de pagos o situación semejante, 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, pues en tal caso la LGS impone a los socios el reintegro de ese capital o la capitalización de la sociedad. En ambos casos la judicatura no debería homologar tal abuso o fraude generado por administradores y socios, para beneficiarse éstos perjudicando a los acreedores, recordando normas imperativas de la ley societaria.

Marcando aspectos negativos del patrimonio social, la pérdida del capital social – llamémosla insolvencia- y la cesación de pagos son dos situaciones diferenciables que se entrecruzan. Incluso se diferencia<sup>3</sup>, con buen criterio, la *insolvencia negocial* entendiendo por ella la incapacidad de generar recursos, diferenciándola de *insolvencia patrimonial*, transitoria o definitiva (activo inferior al pasivo).

Debe tenerse en cuenta que la pérdida del capital social no necesariamente implica la incapacidad de funcionar del ente, ya que si se lleva a cabo una adecuada administración financiera, es posible mantener su capacidad operativa sin que se vean afectadas las posibilidades de cumplir con el objeto social. Es decir que no necesariamente se ve afectada la función de productividad del capital social, pero la continuidad de la actividad como si nada ocurriera encubriría la pérdida del capital social y la posibilidad concreta de dañar.

La pérdida del capital social implica la pérdida de la garantía para terceros e impone la liquidación<sup>4</sup>, salvo capitalización.

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

---

“LA CAPITALIZACIÓN SOCIETARIA COMO PRECONCURSALIDAD” y “Propuestas en concurso de sociedad y el Código Civil y Comercial”.

<sup>2</sup> Nto. “PROPUESTA O ACUERDO EN CONCURSO DE SOCIEDAD CON FRAUDE A LA LEY”, en *Los aspectos empresariales en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación*, Ed. Fidas, Buenos Aires 2015, página 459.

<sup>3</sup> PRATS MARQUINA, Marta “Insolvencia y crisis económica: Su reflejo en el derecho concursal” R.G.D. Madrid, 1998.

<sup>4</sup> NISSEN, 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.

Se trata ni más ni menos de la función de garantía del capital social adecuadamente resguardada en la legislación mundial<sup>5</sup>.

## II – FUNCIÓN PROFESIONAL PREVENTIVA.

Los profesionales de las ciencias económicas y jurídicas debemos explicar a administradores y socios la función de garantía del capital social y sus obligaciones de, ante su pérdida, de capitalizar o liquidar. Y si no desean capitalizar pero quieren continuar, de la conveniencia de incorporar a acreedores, capitalizando el pasivo. Ello debe estar contextualizado con informarles que de no pueden incurrir en responsabilidades por el pasivo insoluto.

Correlativamente, ante la crisis de las sociedades, pueden alentar a los acreedores sociales a compartir el riesgo aceptando capitalizar sus obligaciones, frente a la viabilidad de aquellas.

Para ello deberán también asistir a todos estos actores en el desenvolvimiento de la empresa en crisis, en la formulación de planes de factibilidad, reorganización y eventuales resultados.

De no ser la empresa viable, la liquidación es el camino adecuado y si se quiere conservar socialmente puestos de trabajo, la mirada debe ser puesta en los poderes públicos, siempre con un plan para determinar la posibilidad de exenciones, subsidios o incentivos fiscales o crediticios.

Desde hace muchos años sostenemos que la conservación de la empresa se tutela en nuestro país en forma inmediata por la legislación societaria y en forma mediata por la legislación concursal<sup>6</sup>.

La preconcursalidad es hoy abordada por especialistas, como forma de paliar la ineficiencia de la legislación concursal, con métodos más inmediatos y de menores costes económicos y sociales<sup>7</sup>. Pero esos especialistas en el derecho concursal suelen no abordar la preconcursalidad prevista en las legislaciones societarias, que tienen soluciones uniformes en el derecho comparado<sup>8</sup>.

La constatación de la pérdida del capital social constituye una causal de disolución (art. 94.5 LGS) impone iniciar un proceso de capitalización o, en su defecto, de liquidación, pues constituye una causal de disolución al constatarse en el balance esa situación, o antes<sup>9</sup>.

Se trata de las causales de inmediato conocimiento -que suelen referirse como que actúan de pleno derecho, *ipso jure* u *ope legis*, generando la responsabilidad prevista por el art.99 LGA para administradores y socios de no optarse por las soluciones que la misma ley ofrece en el art. 96 para no iniciar la liquidación de la sociedad: “En caso de pérdida del

---

<sup>5</sup> Nto. “NOTAS EN TORNO A LA PRECONCURSALIDAD SOCIETARIA: UN ESTUDIO COMPARADO”, en Revista de Derecho concursal y Paraconcursal, Editorial La Ley,. RPC 20/2014, Reseña Legislativa española y comparada. Madrid 2014, págs.. 423 a 446.

<sup>6</sup> “La conservación de la empresa en las leyes de sociedades 19.550 y de concursos 19.551”, con Francisco Quintana Ferreyra, en *SUMMA SOCIETARIA* Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires 2012, tomo II pág. 1947.

<sup>7</sup> PULGAR EZQUERRA, Juana *Preconcursalidad y acuerdos de refinanciación. Adaptado a la ley 38/2011 de 10 de octubre, de reforma de la ley concursal*, Ed. La Ley grupo Wolters Kluwer, Madrid julio 2012.

<sup>8</sup> Nto. “NOTAS EN TORNO A LA PRECONCURSALIDAD SOCIETARIA: UN ESTUDIO COMPARADO”, en Revista de Derecho concursal y Paraconcursal, Editorial La Ley,. RPC 20/2014, Reseña Legislativa española y comparada. Madrid 2014, págs.. 423 a 446.

<sup>9</sup> FUSHIMI, Jorge Fernando – RICHARD, Efraín Hugo “EL BALANCE ANUAL DE LAS SOCIEDADES. CONSTATAACIONES Y EFECTOS” en prensa.

capital social, la disolución no se produce si los socios acuerdan su reintegro total o parcial del mismo o su aumento”.

Procesos necesarios a contar de los propios actos de los órganos de la sociedad: la presentación del proyecto de balance por los administradores y la aprobación del mismo por los socios, del que resulta como declaración de certeza y de verdad esa pérdida del capital social.

La causal por pérdida del capital social hace a la función de garantía del mismo, y la referida a la imposibilidad sobreviniente de cumplimiento del objeto social por causas patrimoniales hace a la función de operatividad del patrimonio social, aunque en muchos casos se advertirá su convergencia. Pero esa última causal es de constatación más dificultosa.

Vivante entiende a la pérdida del capital social como una causal de disolución que opera de pleno derecho<sup>10</sup>. Aún en la causal de vencimiento del término la sociedad podría seguir operando –otro tema es la responsabilidad si ello generara daño-. Es valiosa la clasificación entre causales imperativas y voluntarias, y en relación a las primeras las de inmediata constatación o que deben ser declaradas. Todo en vista a la sanción: la responsabilidad.

No hay duda que la pérdida del capital social cuando se formaliza o debió formalizar el balance con tal revelación aparece como de inmediata constatación e impone la decisión de los socios.

No existe plazo para remover la causal (art. 96 LGS), por reintegro o capitalización, o iniciar la liquidación<sup>11</sup>, 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 quitas<sup>12</sup> y esperas en un proceso concursal<sup>13</sup>. Quizá así se entienda la repetida “desaparición” de libros y documentación contable en estos procesos, que resultará ahora actuada por la disposición del art. 325 CCC que dispone que “...Los libros y registros del art. 322 deben permanecer en el domicilio de su titular”, en el caso en el domicilio social.

---

<sup>10</sup> VIVANTE, César *Tratado de Derecho Mercantil*, versión española de la quinta edición italiana corregida, aumentada y reimpresa, Ed. Reus, Madrid 1932. Volumen II “Las sociedades mercantiles”, pág. 483/5.

<sup>11</sup> El inicio de la liquidación no importa el cese de la actividad, que podría llevar a consecuencias funestas para acreedores y socios, no satisfaciendo a todos pese a un aparente activo superior al pasivo, al generarse un incremento exponencial de este último por indemnizaciones por despido, rupturas de contratos, etc..

<sup>12</sup> La 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.

<sup>13</sup> Nto. “Los administradores societarios y la insolvencia” en *SUMMA SOCIETARIA*, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires 2012, tomo I pág. 1449.

### III - ABUSO Y FRAUDE EN PROPUESTAS DE QUITA EN CONCURSO DE SOCIEDADES.

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 socios<sup>14</sup>, 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 LCQ?

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 (presumimos las previstas en las normas imperativas de la legislación societaria arts. 96 y 100 LGS).

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, 99<sup>1</sup> y 100 LGS, que aseguran la capitalización o la liquidación de la sociedad. Esas previsiones imperativas no podrán ser soslayadas por la homologación de un acuerdo o la imposición de condiciones como “tercera via” 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 corrientes<sup>1</sup>.

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.

1.El fallo “Baugruppe S.R.L. s/ quiebra, dictado por la Cámara Nacional del Comercio, Sala F. de la Cámara Nacional Comercial de la Capital Federal tiene de interés

---

<sup>14</sup> 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 (RDCCO) 2013-A-pág. 663, año 46, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires 2013.

que se había obtenido mayoría ante una propuesta de capitalización del pasivo para acreedores quirografarios y similar para los laborales pero con una quita del 20%.

Tanto la primera como la segunda instancia negaron esa homologación por abusiva, atento a que la sociedad estaba inactiva –en una suerte de causal de disolución prevista por el art. 94.4. LS-, sin empleados, destinada únicamente a cobrar créditos insatisfechos y que dos de los acreedores eran sociedades anónimas que no podrían pasar a ser socias de una SRL en virtud de lo previsto por el art. 30 LS –ahora modificado por LGS-.

Lo interesante del fallo es que casi insólitamente en la jurisprudencia concursal homologatoria se incorporan para fundar el rechazo normas del derecho societario.

A su vez lo que no se dice: que homologar hubiera significado liberar a obligados solidarios y encubrir la responsabilidad de administradores y quizá de socios.

2. La interpretación que hemos sostenido antes de la reforma, se afirma 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 y potencia 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 fraude a la ley. En ese caso, el acto debe someterse a la norma imperativa que se trata de eludir”, y en el supuesto en análisis la del art. 96 LGS transfiriendo la obligación imperativa de los socios a los acreedores –incluso a los que no han prestado conformidad-.

Súmese a ello las disposiciones en torno a la “Responsabilidad civil y la función preventiva disuasiva”, prevista en los arts. 1710 y subsiguientes que hemos referido en otra comunicación. Así 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).