

ANTE LAS CRISIS SOCIETARIAS CONSULTEMOS LA LEY ESPECIFICA (respondiendo a un par de críticas)

Efraín Hugo RICHARD

“-Cariño, buscaremos un país donde no haya secretos y todo se desarrolle a la luz del sol ... Nada está oculto, se sabe quién pertenece al cártel de la droga, quién dirige las bandas ... Son países sin misterios, todo sucede a la luz del día, ... gobierno y crimen organizado coinciden con el dictamen constitucional, los bancos viven del lavado de dinero sucio ...Podríamos encontrar trabajo en algún diario ... Bien pensado, es una buena y honrada actividad: cuentas mentiras pero todos lo saben y se divierten ...”

Humberto ECCO Número Cero (Ed. Lumen, Bs. As. 2015, pág. 215)

MOTIVACIÓN

Un joven distinguido jurista español ha propuesto indirectamente una polémica con su artículo “LA EXTENSIÓN DE LA CONSERVACIÓN DE LA EMPRESA EN EL DERECHO DE SOCIEDADES. Dos críticas a Richard”, que en este número de la Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones precede a mi respuesta, por sugerencia de la Redacción.¹

Las críticas que asume genera una problemática inicial: el colega entrecruza el derecho societario y el concursal en la crisis de las sociedades, sin atender que la legislación societaria contiene normas imperativas, generando un límite a la crisis patrimonial que desencadena responsabilidades, mientras el derecho concursal debería ser anticipatorio de esa crisis, usándose indebidamente con abuso de derecho y fraude a la ley. El enfoque metodológico diverso puede dificultar el análisis².

La verdad es que sería ya un éxito que mi pública posición disidente en torno al tratamiento, doctrinario y judicial, a la crisis de sociedades, mereciera sólo dos críticas. Pero esto viene bien para aclarar.

1. MI POSICIÓN DOCTRINARIA. Esta nueva polémica me permite reiterar mi posición, acentuada claramente en la reforma del Código Civil y Comercial y Ley General de Sociedades, como he desarrollado en esta Revista: “CRISIS ECONÓMICO-PATRIMONIALES DE LAS PERSONAS JURÍDICAS (especialmente societarias) Y EL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL³”.

Conforme al título “La extensión de la conservación de la empresa en el derecho de sociedades. Dos críticas a Richard”, que al decir de su autor- “no pretende ser agresivo ni confrontar, sino establecer un diálogo con su teoría societaria de la conservación”, se impone aclarar mi posición, que quedaría inconclusa a partir de la óptica concursalista del jurista

¹ El joven pero maduro jurista español Juan Luis Moreno Fontela, realizando una investigación sobre derecho concursal en nuestro país, tuvo a bien consultarme sobre aspectos del trabajo que llevaba a cabo, que título “Consulta: doctrina argentina sobre principios concursales”, haciéndome llegar algunas opiniones de autores de habla inglesa. Le asistí, enviándole la versión electrónica del libro *Perspectiva del Derecho de la Insolvencia* y la referencia a otros artículos en la página electrónica de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba www.acaderc.org.ar, donde el lector podrá encontrar mi opinión sobre los temas que ahora vuelvo a tratar en este ensayo. Ese libro, que Moreno cita constantemente, editado en 2010 es un resumen de mi actuación desde 2005 como Vicepresidente Académico del Instituto Iberoamericano de Derecho Concursal, Sede México, con mis comunicaciones en ese foro. Posteriormente me hizo llegar su ensayo “LA EXTENSIÓN DE LA CONSERVACIÓN DE LA EMPRESA EN EL DERECHO DE SOCIEDADES. *Dos críticas a Richard*”, preocupado de que me pudiera molestar, descartándolo y recomendando su publicación en RDCO. La Redacción también se preocupó por el título, por considerarlo inusual, y ante mi instancia se preocupó de que constara en el mismo número, con pocos días para hacerlo de lo que puede resultar alguna improlijidad, en la idea que en el disenso se construye el derecho. Así lo venimos haciendo con Daniel Truffat, actual digno Presidente de ese Instituto, con quién mantengo continuas respetuosas discrepancias ante sus cuidadas invitaciones al debate que han ahondado nuestra amistad y respeto.

² Lo que me motiva a tratar los temas más que las transcripciones.

³ En *Derecho Comercial y de las obligaciones (Revista de Doctrina, Jurisprudencia, Legislación y Práctica)*, n° 212 mayo/junio 2015, Edición especial Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires 2015, pág. 613 y ss..

Moreno Fontela. Se me hace el honor de reconocer esa línea doctrinal sistémica casi como una escuela al decir de Edgar Baracat y también de Marcelo Barreiro, y es reconocida institucionalmente en el seno del Instituto Iberoamericano de Derecho Concursal –sede México-. Incluso sostengo la necesidad de reenfocar la enseñanza en las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas del derecho societario de crisis y del derecho concursal de las personas jurídicas.⁴

Moreno tiene a bien calificar mi prosa de elegante. No creo que mis presentaciones sean elegantes, son crudas, elegante es siempre la magnífica exposición de Ariel A. Dasso –que no distingue entre el concurso de una persona humana de una persona jurídica societaria-, pero recibo alborozado las apreciaciones del colega español, pues dentro de la posición concursalista –que sin duda asume- es de avanzada, al reconocer aunque sea limitadamente al derecho societario, alguna vez dije “Esta lloviendo, se acabó la sequía!”⁵ cuando dos distinguidos colegas afrontaron la responsabilidad de administradores ante la insolvencia, y ahora lo hago al introducir un concursalista comentarios sobre la legislación societaria, de la que normalmente no se habla.

2.LO CUESTIONADO. El amable crítico inicia el ensayo con el “Resumen” donde expresa “Este artículo cuestiona dos aspectos de la postura societarista de la conservación de la empresa insolvente sostenida por Richard en Argentina. El primero es que el ámbito de la conservación de la empresa como parte del derecho societario es mucho más restringido que el ámbito de la conservación de la empresa considerada como un principio del derecho concursal, dado que el derecho societario no tiene en cuenta la situación de escasez patrimonial que justifica el régimen concursal. El segundo es que la capitalización de pasivos como solución preventiva o como complemento a las quitas en el concurso no puede generalizarse como solución de la insolvencia porque puede generar una incorrecta falsa apariencia de solvencia.”

Dos observaciones reales con metodología confusa, pues para conservar la empresa debe quedar en claro a cargo de quién esta su mantenimiento, si debe o no haber plan de negocios para determinar su economicidad y sobrevivencia y las soluciones a la “escasez patrimonial”, si las mismas deben ser privadas –de los propietarios- o a cargo de quién, y si es indispensable siempre recurrir al juicio concursal y excluir responsabilidad en caso de homologación del acuerdo. Y bien sabemos que salvo la solución preventiva –que debería ser privada en el caso de sociedades, con correcta anticipación que referiré al tratar el presupuesto objetivo-, la conservación de la empresa en la quiebra es casi un mito –que desvela a los concursalistas generando continuas reformas todas ineficientes por falla sistemática- y un normal engaño suponer que los trabajadores se harán cargo de lo que los “eficientes” administradores dejaron devastar.

Por otra parte debe quedar en claro que pretendo que no haya acciones de responsabilidad contra administradores ni socios, salvo que, a sabiendas, incumplan las obligaciones que la ley societaria pone a su cargo, esto motivo la respuesta a la crítica de un gran amigo y eximio jurista⁶.

⁴ RICHARD, Efraín Hugo “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.

⁵ ¡ESTA LLOVIENDO ¡SE ACABO LA SEQUÍA! (En torno la insolvencia societaria: el esfuerzo compartido entre socios y acreedores, y la responsabilidad de administradores), Publicado en *Doctrina Societaria y Concursal*, Ed. Errepar, Buenos Aires diciembre 2005, n° 217, tomo XVII pág. 1532.

⁶ RICHARD, Efraín Hugo “SOBRE LA CONSERVACIÓN DE LA EMPRESA (en torno a aspectos patrimoniales) publicado en el II tomo página 1397 en *Derecho Económico Empresarial – Estudios en Homenaje al Dr. Héctor Alegría*, Coordinado por Diana Farhi y

Las dos observaciones de Moreno son correctas, pero pueden distraer sino se integran con mi real pensamiento: la conservación de la empresa es más amplia en el derecho concursal en cuanto la atiende incluso en la quiebra, mi prédica es que el derecho societario tiene previsiones preconcursales que, al decir de Creimer, evitarían los trámites judiciales preventivos. Es la que siguió la principal doctrina española hasta la reforma de su ley societaria.⁷

Por otra parte es cierto que la concepción de la conservación de la empresa es más amplia en la legislación concursal, pues atiende los supuestos en que los socios no emplean las previsiones societarias, permitiendo la propuesta heterónoma –art. 48 LCQ, que he tratado en *Perspectiva del Derecho de la Insolvencia* citado- de terceros, de los trabajadores, y las múltiples forma de hacerlo en la liquidación en la quiebra. En cambio la conservación de la empresa en la sociedad esta ligada a la funcionalidad natural, a la autonomía de la voluntad para crear personas jurídicas sin dañar, a la conservación de la titularidad de las participaciones por los socios o por los que ellos inviten a la capitalización de la misma –art. 96 LGS-. Y la congruencia entre ambas leyes esta ligada al llamado “timing problem”.

En cuanto la capitalización no puede solucionar la empresa inviable, que ni siquiera es empresa en mi concepción. Claro que mantengo mi crítica a las quitas homologadas en los concursos de sociedades –que tampoco evitan la posterior liquidación por inviabilidad-, y juristas como Truffat y Carlino hablan ya del “esfuerzo compartido”, o sea que las quitas a los acreedores –hoy claramente un fraude a la ley- deberían compatibilizarse con capitalización por parte de los socios, lo que puede verse en “AMANECE QUE NO ES POCO (Sobre crisis societarias)”⁸. Y obviamente la capitalización esta vinculada a la existencia de un plan de negocios que permita la viabilidad económica y social de la misma –art. 100 LGS-⁹

Aquí podría concluir, pero como esas correctas críticas de Moreno pueden entenderse fuera de carril, se imponen algunas precisiones, en cuanto se deslucen las previsiones societarias, se malentiende la legislación concursal, se generan límites imprecisos sobre la situación de crisis y se tiende a justificar el traspaso del riesgo –y del daño- a los acreedores. Esos aspectos, más que las dos críticas, imponen las siguientes apostillas.

3. ADENTRÁNDONOS. Sigue el distinguido colega: “Introducción. La insolvencia de empresas organizadas como sociedades con limitación de la responsabilidad de sus socios se aborda por ciertos autores como un problema predominantemente societario que puede ser atendido en la mayoría de las ocasiones desde el derecho de sociedades. Esta postura se ha sostenido por la escuela comercialista de la Universidad Nacional de Córdoba y, en especial, por Efraín Hugo Richard. En numerosos trabajos publicados a lo largo de las últimas décadas,

Marcelo Gebhardt, Ed. La Ley, Buenos Aires 2011, bajo el título equívoco de “Responsabilidad de socios por pérdida del capital social. Sobre la conservación de la empresa (en torno a aspectos patrimoniales)”, introduciendo además de la referencia a Responsabilidad de socios por pérdida del capital social, un “Introito” que se correspondía a una ponencia con este último título presentada por el Autor a las Jornadas en Homenaje al Profesor Héctor Alegría, que se debatió en el mismo. Ese error material de unir dos trabajos puede haber generado (o generar) alguna perplejidad al lector y se republicó en el tercer tomo de *Derecho Económico Empresarial*.

⁷ España ha impuesto a los administradores societarios que de no lograr la capitalización o la liquidación, deban presentar la sociedad en concurso dentro de los 60 días de constatada la pérdida del capital social.

⁸ Publicado en la *Revista de Sociedades y Concursos* de la Fundación para el Estudio e Investigación de las Ciencias Jurídicas, que dirigen Ricardo Nissen y Gabriela Boquin, número 2 año 2015, ahora editada por Ediciones DyD, diciembre 2015.

⁹ 2.21.- Sustitúyese el artículo 100 de la ley 19.550, T.O. 1984, por el siguiente: Artículo 100.- 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.

Richard ha elaborado una elegante teoría de las relaciones entre la normativa societaria y la normativa sobre la crisis financiera de la empresa¹⁰. Su postura no parte de un postulado teórico, sino de una situación determinada de la práctica negocial argentina: muchas sociedades anónimas y de responsabilidad limitada operan en el tráfico en un estado de solvencia y capitalización insuficientes que les impide atender en tiempo y forma a sus obligaciones patrimoniales exigibles y que genera desprotección de los acreedores dado el deterioro del patrimonio que garantiza sus créditos. Ante tal situación, los administradores no suelen acudir preventivamente a medidas societarias de recapitalización sino que ignoran la situación y únicamente solicitan la apertura de procedimiento judicial de insolvencia cuando la situación patrimonial es crítica y se cesa en los pagos de manera general. En ocasiones esta situación se resuelve en el procedimiento de insolvencia mediante aprobación de acuerdos preventivos con grandes quitas y esperas para los acreedores que les trasladan las consecuencias de la quiebra. Richard critica duramente esta situación, plantea la posibilidad de exigir responsabilidad a los administradores por el retraso en la solicitud de apertura de procedimiento y por los perjuicios patrimoniales causados a terceros y, además, resalta la necesidad de que antes de acudir a la vía concursal los administradores impulsen la ejecución de aumentos de capital, en particular mediante capitalización de deudas. La capitalización de deudas, según sugiere el autor, también sería una medida adecuada para compensar a los acreedores por las quitas y esperas pactadas en el concurso preventivo, concediéndoles a cambio participación en el capital social. Estas críticas y propuestas se sustentan en la afirmación de que el principio de conservación de la empresa es un principio perteneciente al derecho societario, cuyo correcto entendimiento y adecuada aplicación sería suficiente para resolver la mayoría de las crisis financieras empresariales.” Y este último párrafo es el que funda su crítica, que agrava con su apreciación de que “La capitalización extraconcursal de pasivos puede generar una situación de falsa solvencia que postergue el reconocimiento de la situación de cesación de pagos sin aportar mayor liquidez. La capitalización concursal concederá al acreedor una participación cuyo valor real será muy reducido y escasamente compensatorio en sociedades cuyo patrimonio tenga valor cero o negativo.”

4. CAPITALIZACIÓN Empecemos por su crítica a la capitalización. Los administradores y socios de una sociedad tienen autonomía de la voluntad para determinar su objeto y la dotación patrimonial. Algunos autores niegan esto último sosteniendo que debe exigirse un capital suficiente, lo que hace a la función de productividad del capital social. Personalmente ello no me interesa, aunque puede tener trascendencia. Lo fundamental es la función de garantía del capital social: cuando se aprueba un balance que señala la pérdida del capital social se impone la aplicación de normas imperativas¹¹ de la legislación societaria comparada¹²: liquidación o capitalización, y en el caso de continuar la gestión responsabilidad por daño si algún acreedor resultara perjudicado, conforme prevé expresamente el art. 99 LGS, pero resultante también de la aplicación de la teoría general de la responsabilidad de base subjetiva, o sea por culpa o dolo, hoy calificada por el art. 164 CCC in fine.

¹⁰ Destacan la recopilación de ponencias editada bajo el título *Perspectiva del Derecho de la Insolvencia* (Córdoba, Argentina: Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, 2010), y el artículo “Crisis Societarias: Visiones Encontradas: La Societaria y La Concursal” *Revista de La Facultad de Derecho - Universidad Nacional de Córdoba* 2, no. 2 (2011), en el que el autor resume con claridad su postura y que, por ello, citaré abundantemente.

¹¹ “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.

¹² RICHARD, Efraín Hugo “NOTAS EN TORNO A LA PRECONCURSALIDAD SOCIETARIA: UN ESTUDIO COMPARADO” en *Revista de Derecho concursal y Paraconcursal*, Ed. La Ley. RPC 20/2014, Reseña Legislativa española y comparada. Madrid 2014, pág. 423.

Internacionalmente se tiende hoy a fomentar la capitalización del pasivo de acreedores profesionales y proveedores para mantener en pie la empresa viable, conforme disponía desde el año 2012 el proyecto de Ley General de Sociedades, hoy ley en su art. 100. La quita impone una carga impositiva a la sociedad, por la transferencia de riqueza de acreedores a la sociedad –y los socios-, no libera a codeudores solidarios, fiadores, avalistas, etc., y la capitalización de pasivo no tiene costo y genera esa liberación pues hay pago íntegro.

Claro que los socios de la sociedad en crisis en vez de trasladar el problema total a los acreedores, y la pérdida, deberán compartir el futuro de la sociedad, conservando la empresa, aunque quizá no el gobierno de la misma. Sobre el punto hemos trabajado con Jorge Fernando Fushimi trazando políticas empresarias que permitirían equilibrar los intereses de acreedores y socios a través de negocios parasocitarios, extraconcursales o concursales.¹³

Para probar que la capitalización no sirve Moreno trae un ejemplo que también he fustigado. El caso fallado por la CNCom., Sala F, en “Baugruppe S.R.L. s/ quiebra” rechazó la homologación de un acuerdo que ofrece la capitalización de créditos ante el dudoso y reducido valor de las participaciones en el capital de la empresa insolvente: “Es que ...no explicitó la deudora cuál es el beneficio que obtendrían los acreedores en adquirir cuotas partes de una sociedad sin actividad alguna, que no genera ganancias, siendo su única actividad el recupero de créditos litigiosos. Así, la propuesta de acuerdo formulada resulta por demás escabrosa al no existir elementos que permitan evaluar la rentabilidad de la empresa, ni siquiera el valor de las cuotas partes ofrecidas”.

¿Mejora normalmente la capitalización la situación del acreedor? Esto es obvio: la capitalización puede ser otra forma de abuso y el fallo que cita Moreno es muy correcto, sería una forma de abuso pues la capitalización libera al fiador y podría sostenerse que también lo hace de las acciones de responsabilidad, obligando a prueba del daño generado por la capitalización misma.

Siguiendo la doctrina argentina Moreno se explaya en que los acreedores no tienen interés en la capitalización, agrego que tampoco quieren quita y espera. Pero el problema fundamental resulta que erróneamente se entiende que ni la ley de concursos ni la de sociedades exige a los administradores la generación de un plan de negocios –insoslayable a mi entender¹⁴, máxime ahora con el art. 100 LGS si se hubiera perdido el capital social-. El problema es justamente la información asimétrica. Si no existe viabilidad de la sociedad, demostrada ante un prudente plan de negocios, ni siquiera los socios solventes tendrán interés de invertir, y a los acreedores es posible que se le imponga la quita y espera ilegal a través de votos logrados espúreamente. Dice Moreno “Richard también muestra su preocupación por los acuerdos preventivos en los que se imponen quitas elevadas a acreedores disidentes mediante juegos de mayorías creadas artificialmente. Por ejemplo, esta situación se produciría con la renuncia de acreedores privilegiados a sus privilegios para poder participar en el voto del acuerdo junto con los quirografarios originales. Acudiendo otra vez a los aspectos que el juez valora para la

¹³ FUSHIMI, Jorge Fernando – RICHARD, Efraín Hugo “EL BALANCE Y LA QUITA EN CONCURSOS DE SOCIEDADES Y SU TRATAMIENTO CONTABLE Y FISCAL (con algunos aspectos periféricos)”, en *ASPECTOS CONTABLES, IMPOSITIVOS Y PREVISIONALES EN LAS SOCIEDADES Y LOS CONCURSOS*, Obra colectiva, Director Martín Arecha, Págs. 153 a 162. Publicación del Instituto Argentino de Derecho Comercial. Editorial Legis Argentina SA, Buenos Aires, Abril 2013. I.S.B.N. N° 978-987-1221-98-1.

¹⁴ RICHARD, Efraín Hugo “El PLAN DE EMPRESA (o como asumir crisis tempestiva y extrajudicialmente)”, publicado 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 Antoni Piossek – Ramón Vicente Nicastro.

homologación, las maniobras para crear mayorías artificiales en perjuicio de ciertos acreedores caerían dentro de los aspectos del acuerdo que el juez analizaría para homologar, en este caso, las reglas de formación de mayorías para la aprobación del convenio y el fraude de ley para evitar la debida aplicación de dichas reglas. Esta cuestión parece menos controvertida en la postura societarista, puesto que el propio Richard reconoce que la manipulación de mayorías vulnera las pautas del art 52.4 LCQ si se integra con el art. 961 CC¹⁵". Y justamente en este caso algo hemos logrado, como resulta en el caso Mandalunis, con el voto ampliado de la Camarista Julia Villanueva en fallo del 14 de febrero de 2014.¹⁶

Moreno refiere este supuesto como un criterio subjetivo por fraude a la ley, conforme el art. 52.4 LCQ que impiden al juez homologar, cuando en realidad debe simplemente excluir ese voto, conforme aplicación de normas del derecho civil sobre la relatividad de los efectos de los contratos, que no pueden afectar a terceros. Mi último artículo en RDCO, ya citado, refuta estas posiciones, y brevitatis causa al mismo me remito¹⁷.

El fraude a la ley, como el abuso de derecho, que impiden la homologación de quitas y esperas, es hoy un problema objetivo, mejor caracterizado por los arts. 10 y 12 CCC.

Los socios siempre pretenden que el problema lo asuman los acreedores, empobreciéndoles y enriqueciéndose con la quita lograda. La solución válida en el concurso de una persona humana es a todas luces abusiva y en fraude a la ley societaria.¹⁸

5. SOBRE LA CONSERVACIÓN DE LA EMPRESA. Pasemos a la conservación de la empresa: A cargo de quién esta? Transcribe Moreno: "Según el que denominaré principio societario de conservación de la empresa, las obligaciones fiduciarias de los administradores incluyen la obligación de conservar la empresa organizada bajo forma societaria. Esta obligación de conservación se extiende a los socios por los imperativos de la responsabilidad social corporativa y exige atender a consideraciones comunitarias y sociales, puesto que la desaparición de la sociedad generaría consecuencias negativas para la comunidad¹⁹. En palabras de Richard²⁰: Se justifica el principio de conservación de la empresa a través del método indirecto de conservar la sociedad, removiendo la causal de disolución a fin que pueda seguir cumpliendo el objeto, forma de darse la empresa y su conservación, al entender que existen intereses superpuestos al de los socios y de sus acreedores, cual son los empleados, la organización del mercado, la riqueza

¹⁵ *Perspectiva del Derecho de la Insolvencia*, 189.

¹⁶ GRAZIABILE, Dario J. – RICHARD, Efraín Hugo "EFECTO DE LA SENTENCIA DE VERIFICACIÓN EN RELACIÓN A LA CONFORMACIÓN DEL ACUERDO", en *Verificación Concursal de Créditos*, AAVV dirección de Darío J. Graziabile, Ed. Erreius, Buenos Aires, junio 2015, página 162 a 185; en ese fallo se recepta mi posición en el ensayo "EL EFECTO DE LOS CONTRATOS RESPECTO DE TERCEROS Y LA CESIÓN DE CRÉDITOS EN CONCURSOS" en libro colectivo "Liber Amicorum. En homenaje al Prof. Dr. Luis Moisset de Espanés", Córdoba, noviembre 2010, 2 tomos Ed. Advocatus, en tomo I pág. 515 a 552.

¹⁷ "CRISIS ECONÓMICO-PATRIMONIALES DE LAS PERSONAS JURÍDICAS (especialmente societarias) Y EL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL", Publicado en *Derecho Comercial y de las obligaciones (Revista de Doctrina, Jurisprudencia, Legislación y Práctica)*, n° 272 mayo/junio 2015, Edición especial Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires 2015, pág. 613 y ss..

¹⁸ VEIGA, Juan Carlos – RICHARD, Efraín Hugo "EL CONTRADERECHO (EL ABUSO Y EL FRAUDE EN LA HOMOLOGACION DE ACUERDOS CONCURSALES PROPUESTOS POR SOCIEDADES COMERCIALES CON QUITAS)", en *Pensar en Derecho*, Nro. 5 Año 3, pág. 257, Buenos Aires, Febrero 2015. Ed. Eudeba, Facultad de Derecho, UBA.

¹⁹ "La empresa, su crisis y su conservación (meditaciones desde una visión nacional)", en *Perspectiva del Derecho de la Insolvencia*, 167 (no se corresponde a la versión impresa, y corresponde a la comunicación a un Congreso en el año 2006 cuando en Argentina aún estaba suspendida la causal de disolución por pérdida del capital social, agrego a la transcripción de la nota de Moreno).

²⁰ "Crisis Societarias", 17.

nacional, la comunidad donde está inserta la empresa, etc.”. Efectivamente eso lo sostuve desde hace muchos años con mi maestro y coautor del Proyecto de ley 19551 de Concursos y Quiebras del año 1972 Profesor Emérito Dr. Francisco Quintana Ferreyra, sosteniendo que el objetivo de conservación de la empresa de la ley concursal también se registraba en forma mediata en la ley societaria, en artículo publicado en los años 70.

Mi visión se centra en la eficiencia –al decir de Stefania Pacchi²¹- de las soluciones, en las soluciones privadas, sobre las que no se llevan estadísticas, que permiten que la actividad económica siga fluyendo sin generar daños ni alterar el mercado. No es sino el criterio de nuestra Corte en 2009 en el caso Comercial del Plata.²²

Moreno cae en la imprecisión que todos caemos cuando nos referimos a crisis societaria. Hoy se pretende que el derecho concursal, actúe apenas se avizora la crisis. La terminología infrapatrimonialización, cesación de pagos, insolvencia, suele ser usada confusamente. Al margen de esa terminología²³, la legislación societaria comparada²⁴ impone acciones inmediatas ante la constatación de la pérdida del capital social, constatación contable sobre la que elucubra el distinguido colega, marcando la posibilidad de que la sociedad siga actuando o haya tenido problemas con anterioridad. Y es así, pero existen normas imperativas del derecho societario (art. 150 CCC)²⁵, que no son dispensadas por el derecho concursal (que no es una isla)²⁶.

Sigue Moreno “A la inversa, el deterioro del patrimonio neto es una situación patrimonial contable en la que no inciden el flujo de efectivo ni la capacidad de crédito de la sociedad, puesto que tales conceptos no se incluyen en el patrimonio neto a efectos contables. Por lo tanto, la imputación del resultado del ejercicio con pérdidas en el balance puede manifestar que las pérdidas recurrentes están socavando los fondos de reserva y capital de la sociedad, pero la sociedad puede tener capacidad para satisfacer las deudas si el flujo de caja es adecuado o si cuenta con crédito suficiente. Según esta separación entre efectos para la solvencia y efectos contables para el patrimonio, la capitalización preconcursal de créditos es una medida positiva a efectos patrimoniales contables (puesto que aumenta la cifra de capital social) pero tiene escasos efectos en cuanto a la insolvencia porque no supone ingreso de activos líquidos para la sociedad - pero si la inexibilidad de esos pasivos acoto-”. En realidad es lo que hemos denominado desde el punto de vista contable activo y pasivo ordinario del año, que debe denunciar el balance

²¹ PACCHI, Stefania: Conferencia de apertura: Empresa y crisis: eficiencia de los mecanismos de resolución de la crisis – Stefania Pacchi, Pág. 7, en Volumen Especial Nro. 6 de ESTUDIOS DE DERECHO EMPRESARIO; que -para el IIDC- es SU NÚMERO UNO, en portal de Revistas Electrónicas de la Universidad Nacional de Córdoba.

²² Al que he hecho referencia en el ensayo “Crisis societaria: integración del sistema concursal con el societario” publicado en esta misma revista RDCO 266-243 sección doctrina, y en *Perspectiva del Derecho de la Insolvencia*, cit. pág. 631.

²³ Comunicaciones al X CONGRESO NACIONAL DE DERECHO CONCURSAL – VII CONGRESO IBEROAMERICANO DE LA INSOLVENCIA “Crisis y Derecho”: “El presupuesto objetivo en concurso de sociedades: la cesación de pagos”, tomo I pág. 28, “Preconcursalidad societaria: ¿existe? Tomo I pág. 153, “Normas imperativas del Derecho Societario para prevenir daños (art. 96 LGS)”, tomo I pág. 111, “La capitalización societaria como preconcursalidad” tomo I pág. 150, “Propuestas en concurso de sociedad y el Código Civil y Comercial”, tomo III pág. 39, “Informe General del Síndico y pérdida del capital social de la concursada”, tomo IV pág. 9.

²⁴ RICHARD, Efraín Hugo “Una visión rioplantese sobre las crisis societarias y como abordarlas ¿Un problema del derecho concursal?, en n° 8 de Revista de Derecho *Publición* de la Facultad de Derecho Universidad Católica del Uruguay; y –entre otros ensayos- “El equilibrio en la legislación societaria y concursal uruguaya: la preconcursalidad extrajudicial”, Publicado en *25 años de la ley de sociedades comerciales. Necesidad de su refojma. Homenaje al Profesor Dr. Siegbert Rippe*, AAVV dirección Eva Holtz y Rosa Piziomek, edición Facultad de Ciencias Económicas y de Administración Universidad de la República, Montevideo 2014, página 415.

²⁵ A las sociedades se aplica en primer lugar las reglas imperativas de la ley específica (inc. a art. 150 CCC), pues recién en el inc. c. aparece la posibilidad de aplicar normas de las leyes especiales (la concursal por ejemplo)

²⁶ TRUFFAT, Daniel “EL DERECHO CONCURSAL NO ES UNA ISLA, PERO SÍ ES UN DERECHO ESPECIAL” en *la Revista de Sociedades y Concursos de la Fundación para el Desarrollo e Investigación de las Ciencias Jurídicas*, que dirige Gabriela Boquin, número 2 año 2015 ahora editada por Ediciones DyD, Diciembre 2015.

societario e informar la Memoria anual. He analizado estos aspectos financieros-patrimoniales que tientan a los administradores a continuar la actividad societaria, lo que no les está prohibido, tampoco a los socios, pero si perdido el capital social luego hay impagos deberán satisfacer el daño. Olvida en su análisis contable-financiero mi prédica sobre el plan de empresa, la capitalización debería ser congruente con el plan de reorganización.²⁷

Sigue la crítica “Cuando el patrimonio empresarial se encuentra en estado de insolvencia, no se confía en la suficiencia de los medios de tutela ordinarios para garantizar los derechos de crédito de los acreedores”. Aparece necesario distinguir entre cesación de pagos e insolvencia, atendida por la función de garantía del capital social. Cuando se ha perdido el capital social, legislaciones como la colombiana y uruguaya vedan recurrir al concurso preventivo²⁸, y en las Jornadas de Sindicatura Concursal de Córdoba también se ha sostenido esa posición ante la violación de la ley societaria. Tampoco recurrir a la vía concursal justifica las quitas al violar normas imperativas del derecho societario.

Son los socios los que deben formalizar nuevos aportes, reintegrar y/o aumentar el capital social, liquidar activos, o aceptar la liquidación de la sociedad, liquidación privada que aunque no satisfaga a la totalidad de los acreedores quirografarios puede ser aceptada por su corrección, evitando mayores gastos y no generando la apertura de un proceso de quiebra liquidatorio. Rara vez se advierte un intento de capitalizar el pasivo –que cuando acaece lo es confidencialmente para mantener el crédito-, como autoriza la ley argentina de sociedades, suspendiendo en tal caso el derecho de suscripción preferente, atendiendo a la función de garantía del capital social, y generado el fraude a la ley societaria si se intentaran homologar propuestas de quitas donde se traslada el daño que debían soportar los socios a los acreedores.²⁹

Existe consenso en que las causales de disolución, como la función de garantía del capital social, constituyen normas imperativas no disponibles. Moreno cita un par de veces la causal de disolución por pérdida del capital social (art. 94.5 LGS), pero no lo hace en ningún caso de las normas de remediación o de sanción de los arts. 96 y 99 LGS –esta hoy calificada por el art. 164 in fine CCC-. La remediación no es concursarse, sino liquidarse o capitalizarse. La sanción es la responsabilidad solidaria de administradores y de socios que lo consintieron. Obviamente que si por avatares de los negocios no hay daño a los acreedores, se les paga, no hay responsabilidad como sanción, sino exclusivamente para reparar el daño causado.

Este es el centro de la cuestión que no trata Moreno y que, como la mayoría de la doctrina concursalista, se enreda en estados económico-financieros imprecisos.

Sigue Moreno con “EXIGENCIA DE RESPONSABILIDAD A ADMINISTRADORES Y SOCIOS Por último, el tercer pilar de la teoría de la conservación de la empresa como principio societario se refiere a la responsabilidad de administradores y socios por no garantizar la conservación de la

²⁷ En *Perspectiva* cit. pág. 215 la comunicación del año 2008 “La planificación preconcursal (actuando tempestiva y extrajudicialmente”

²⁸ RICHARD, Efraín Hugo “NOTAS EN TORNO A LA PRECONCURSALIDAD SOCIETARIA: UN ESTUDIO COMPARADO” en *Revista de Derecho concursal y Paraconcursal*, Ed.La Ley,. RPC 20/2014, Reseña Legislativa española y comparada. Madrid 2014, pág. 423.

²⁹ RICHARD, Efraín Hugo “Crisis de sociedades, acuerdos concursales y el Código Civil y Comercial en MICROJURIS. Com Fecha: 27-nov-2014 Cita: MJ-DOC-6977-AR | MJD6977 Producto: SOC. Sumario: I. Introducción. II. Los administradores societarios y la conservación de la empresa. III. Crisis, cesación de pagos y concurso de sociedades. IV. El patrimonio social. V. Soluciones societarias. VI. Preconcursalidad. VII. Pérdida del capital social, efectos y responsabilidad. VIII. Abuso de derecho y fraude a la ley. IX. Concluyendo.

empresa y producir daño a terceros... Richard no sugiere ampliar la responsabilidad legal de los socios o administradores ni tampoco excepcionar las limitaciones a la responsabilidad de los socios de capital³⁰, pero reivindica la necesidad de usar los mecanismos existentes y resalta que el derecho privado incluye la posibilidad de exigir responsabilidad a administradores y socios”.

Desenvuelve el colega una inicial crítica sobre la posibilidad de que la sociedad sea disuelta, y nunca hemos cuestionado la autonomía de la voluntad en cuanto no se dañe: “De conformidad con los dos límites señalados, considero que mientras la empresa bajo forma societaria tiene liquidez y permite atender a sus deudores, las obligaciones de conservación nacidas del derecho societario, particularmente las de los administradores, no obligan a los socios a mantener la empresa en funcionamiento”. Y sigue sobre “En cuanto a la obligación de conservación de la empresa y los socios, por último, creo que cuando Richard enuncia la obligación de los socios de reintegrar el capital de la sociedad en situaciones de infracapitalización no separa suficientemente la obligación de conservación de la obligación de actuar de buena fe en el tráfico comercial. A pesar de la propuesta de Richard, es preciso tener en mente que la conservación de la sociedad no altera el régimen de las sociedades comerciales que limitan la responsabilidad de sus socios al importe desembolsado. Es decir, la obligación de conservar la empresa no puede conllevar la obligación de los socios de aportar más capital a la sociedad cada vez que la sociedad se encuentre en dificultades patrimoniales. Si la conservación de la empresa obligara como principio a que los socios realicen nuevas aportaciones, la responsabilidad de los socios no estaría limitada.” Es confusa esa interpretación, la obligación es normativa, y así lo he sostenido, obligando a los socios a capitalizar, pero no he hablado de “infracapitalización” para este supuesto, sino de la causal de disolución por pérdida del capital social sujeta a normas imperativas: 94.5, 96 y 99 LGS, y ahora calificada esta última norma por el art. 164 CCC. O sea es la pérdida del capital social, como función de garantía del capital el que genera la obligación de disolver o capitalizar. La infracapitalización –aún la material- hace a la función de productividad, genera una zona gris diluida de responsabilidad, frente a la zona roja de la pérdida del capital social reconocida en la aprobación de un balance social. Debo señalar que la causal de disolución por pérdida del capital social estuvo suspendida en nuestro país entre los años 2002 y 2007, por eso –en ese entonces- me referí a la causal de disolución del art. 94 inc. 4 LSA de imposibilidad sobreviniente de cumplimiento del objeto social, vinculándola a la infrapatrimonialización material en cuanto impidiera la viabilidad de la “empresa”. Pero la infrapatrimonialización es una zona gris que hace a la función de productividad, frente a la línea roja de la pérdida del capital social, aun aplicable en el caso de la “one dólar corporation”, que autoriza una acción de responsabilidad si constatada la pérdida luego se genera daño (arts. 96 y 99 LGS). Y así es conforme dispone el sistema de la función de garantía del capital social si los socios deciden no liquidar ni capitalizar y causan daño, conforme la previsión de los arts. 99 LGS y 164 CCC referidos, correspondiendo ello con el principio de buena fe (art. 9 CCC) –lo que lleva a Moreno a sostener responsabilidad, incluso a través de la llamada inoponibilidad de la personalidad- y las previsiones de la teoría general de la responsabilidad.³¹

Dice Moreno “La obligación de mantener una capitalización adecuada se fundamenta mejor -creo- en la obligación de actuar de buena fe en las relaciones comerciales con terceros. El art. 54 LS regula la inoponibilidad de la personalidad jurídica y no dispensa la protección de la

³⁰ Ver “Bien jurídico tutelado por el sistema concursal. Prevención de la crisis”, en *Perspectiva del Derecho de la Insolvencia*, 177-214, en especial 187.

³¹ RICHARD, Efraín Hugo “ENSAYO EN TORNO A BUENA FE E INSOLVENCIA SOCIETARIA”, publicado en el Libro colectivo 2ª edición del *Tratado de la Buena Fe en el Derecho*, Coordinador Marcos M. Córdoba, Editorial La Ley, 2 tomos Buenos Aires 2005, , constituyendo el capítulo XLIX del tomo I a pág. 811.

responsabilidad limitada societaria a los socios que hayan empleado la sociedad para desarrollar actividades consideradas en violación de ley, del orden público, de la buena fe o que frustren los derechos de terceros. Cuando los socios desarrollen actividades empresariales siendo conscientes de la insuficiente capitalización de la sociedad, y si de estas actividades se deriva un perjuicio para los acreedores, se producirá una vulneración de la buena fe exigible para operar en el tráfico mercantil. Esta vulneración de la buena fe será la que justificará exigir responsabilidad personal a los socios, no el principio de conservación de la empresa, puesto que los socios, como expuse, no están obligados a conservar la empresa si no lo desean. La exigencia de responsabilidad personal de los socios tampoco podrá sustentarse en la obligación de que los socios destinen más fondos a la empresa para recapitalizarla y continuar con su actividad. La obligación de indemnizar a los acreedores derivará de la inaplicación de la protección que dispensa el derecho de sociedades a los socios que vulneran la buena fe comercial, y la consecuencia será que los socios deberán indemnizar a los acreedores.”, y le asiste razón, si se daña debe repararse, eso también lo hemos sostenido³², pero omite analizar que la obligación resulta del art. 99, por imperio del no cumplimiento del art. 96, ambos LGS, con consecuencias fundamentales en la conservación del negocio –para evitar desgaste terminológico- sea desde el derecho concursal o del societario, impidiendo homologar acuerdos de quitas or fraude a esta última ley si hubiera pérdida del capital social, y abusivas por innecesarias si no existiere esa pérdida. Es un enfoque sistémico, no terminológico.

El recurso de la “inoportunidad” es, sin duda, un aporte valioso, aunque de aplicación más compleja que la previsión del art. 99 LGS, que a su vez permite fácilmente una acción de responsabilidad extraconcursal frente a la homologación del acuerdo de quita y espera, como es tradicional hoy salvo excepcionales supuestos analizados subjetivamente (Arcángel Maggio S.A.). De ahora en más sostenemos que el criterio debe ser objetivo³³.

6. APENAS SOBRE CRISIS Y TERMINOLOGÍA. Luego Moreno formula un juicio subjetivo “La segunda crítica que hago en este trabajo a la postura societaria de la conservación se refiere a las medidas que Richard propone propuestas para atajar la insolvencia. Frente a la propuesta generalizadora de los mecanismos societarios de recapitalización, considero que si se examinan en detalle los efectos de tales medidas, su eficacia es menor de lo que Richard sostiene. ... Ante la situación de insolvencia e infracapitalización, el autor afirma que surgen las necesidades de tratar de superar la crisis financiera y evitar que la cesación de pagos se contagie a otros patrimonios³⁴ (...). En su exposición, Richard trata conjuntamente la insolvencia y la infracapitalización. Considero que es necesario separar detalladamente ambas situaciones y diferenciar las consecuencias que la capitalización de deudas tiene en cada una de ellas. Esto se debe a que los mecanismos societarios que resuelven la insuficiencia patrimonial no necesariamente ayudarán a superar la insolvencia y, a la inversa, los mecanismos que doten a la

³² RICHARD, Efraín Hugo “SOBRE EL RECURSO DE DESCORRER VELO PARA IMPUTAR RESPONSABILIDAD ANTE RELACIONES LABORALES”, en FORO de Córdoba, sección Doctrina pág. 63 año XXIV, Agosto 2014, n° 171; “La empresa, su crisis y su conservación (meditaciones desde una visión nacional)”, en *Perspectiva del Derecho de la Insolvencia*, 164–165; y “SOCIEDADES, INCLUSO UNIPERSONALES, Y RESPONSABILIDAD DE ADMINISTRADORES Y SOCIOS”, en Revista de Derecho Laboral El Código Civil y Comercial de la Nación y el Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social – I, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe octubre 2015, tomo I Págs. 319/362.

³³ RICHARD, Efraín Hugo “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; y “El Código Civil y Comercial y su vinculación a la “crisis” de sociedades: abuso de derecho y fraude a la ley, prevención del daño” en El Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, efectos en materia Societaria y Concursal –Obra homenaje al Dr. Bautista Kuyndjián, AAVV, Ediciones D&D, Instituto Argentino de Derecho Comercial, Dirección Martín Arecha, Vicedirectora Laura L. Fillippi, Buenos Aires 2015, pág. 15.

³⁴ Richard, *Perspectiva del Derecho de la Insolvencia*, 371.

empresa de mayor solvencia pueden no incidir o incluso tener un efecto negativo en su capitalización”.

Coincido con el distinguido colega, ese es nuestro mayor esfuerzo. Hasta el año 2006 no podíamos distinguir pues se había eliminado la causal de disolución por pérdida del capital social³⁵ –hasta el año 2007- y se mantenía de la imposibilidad sobreviniente de cumplir el objeto social, vinculada a la infrapatrimonialización material. Pero desde allí he hecho ingentes esfuerzos para lograrlo en múltiples artículos.³⁶ Ya he hecho referencia a los equívocos terminológicos

Existe un juego de palabras entre cesación de pagos, insolvencia, crisis, etc.. Hoy es unánime que deben los administradores anticiparse a la crisis. Con medidas privadas si es necesario, sugiero ver “Amanece que no es poco (sobre crisis societarias)” citado

Resume “Por otra parte, es cierto que el derecho societario proporciona medidas que pueden ser de utilidad en situación de insolvencia. De hecho, la doctrina que estudia el derecho concursal en el ámbito internacional aboga por potenciar las soluciones conservativas extraconcursoales, más económicas, rápidas y menos traumáticas³⁷.

Cierra “Los principios y medidas del derecho societario proporcionan herramientas adecuadas de análisis, nuevas alternativas para exigencia de responsabilidad y mecanismos útiles para salvar la empresa en crisis financiera. Aún así, reconocer la validez del enfoque societarista no conlleva descartar la existencia del principio de conservación concursal ni abandonar los mecanismos concursales para la solución del estado de insolvencia. Además, cada principio de conservación y cada normativa tendrán ámbitos de actuación, a veces separados y a veces coincidentes. Por lo tanto, la propuesta de este artículo es integradora y no excluyente: ambos principios pueden coexistir y la aplicación conjunta de las medidas societarias y concursales dota de mayor versatilidad y eficacia a las propuestas de solución de la insolvencia.” Así es y merece atención su posición, si se integra con el análisis del sistema de las normas imperativas que intentan evitar las crisis societarias.

Ante la función de garantía del capital social la disidencia aparece discursiva, con argumentos dialécticos, pues no hay aparente discrepancia en los efectos: la responsabilidad.

“Según esta separación entre efectos para la solvencia y efectos contables para el patrimonio, la capitalización preconcursal de créditos es una medida positiva a efectos patrimoniales contables (puesto que aumenta la cifra de capital social) pero tiene escasos efectos en cuanto a la insolvencia porque no supone ingreso de activos líquidos para la sociedad -pero si

³⁵ Pueden verse las referencias que el Maestro Prof. Dr. Osvaldo Maffia hace al comentar mi libro *Insolvencia Societaria*, y que me permití incorporar en el libro *Perspectiva* citado pág. 633, reproduciendo la reseña publicada en Jurisprudencia Argentina, 2009-III, diario del 23.9.2009, pág. 93.

³⁶ Es la función de garantía del capital social, nos limitamos a indicar “EN TORNO AL CAPITAL Y LA INSOLVENCIA”, en Revista de Las Sociedades y Concursos, Publicación de Fidas, Ed. Legis, Año 15, 2014, 4 pág. 3, Buenos Aires, diciembre 2014, el ya citado “Crisis societaria: integración del sistema concursal con el societario” RDCO 266-243 sección doctrina, y en “El equilibrio en la legislación societaria y concursal uruguaya: la preconcursalidad extrajudicial”, en *25 años de la ley de sociedades comerciales. Necesidad de su reforma. Homenaje al Profesor Dr. Siegbert Rippe*, AAVV dirección Eva Holtz y Rosa Piziomek, edición Facultad de Ciencias Económicas y de Administración Universidad de la República, Montevideo 2014, página 415, pues la legislación uruguaya llama insolvencia a lo que en Argentina se cataloga como cesación de pagos. Por eso es mejor referirse concretamente a pérdida del capital social, aunque ello sea reconocido como insolvencia.

³⁷ José M^a Garrido, *Out-of-Court Debt Restructuring*, Washington, World Bank Studies (World Bank Group, 2012), <https://openknowledge.worldbank.org/handle/10986/2230>.

la inexibilidad de esos pasivos acoto-”. En realidad es lo que hemos denominado desde el punto de vista contable activo y pasivo ordinario del año, que debe denunciar el balance societario e informar la Memoria anual.

Obviamente Moreno puede encontrar y citar mucha doctrina y jurisprudencia contraria a mi pensamiento, pero no romperá la lógica del mismo conforme al art. 2 CCC imponiendo el análisis sistémico de las normas y no como si la ley concursal fuera una isla. A su vez el apartamiento del sistema, si se genera daños, aún homologado el acuerdo, permitirá el ejercicio de acciones de responsabilidad previstas en los arts. 54 y 99 LGS, en forma individual extraconcursalmente.

Generar un derecho de crisis, que partiendo de la norma de organización societaria permite anticiparse a la insolvencia por las normas imperativas de la ley societaria, autorizando la intervención concursal subsidiaria, conforme el criterio de la Corte en Comercial del Plata, anticipándose a las crisis, incentivando la presentación temporánea previa la adopción de las medidas previstas en la legislación societaria a sus administradores, y ante la deslealtad o negligencia facilitando la promoción de acciones de responsabilidad contra los mismos. Debe sostenerse la responsabilidad de administradores societarios y grupo de control, cuando continúan el giro y toman crédito sin planificar su reembolso, incluso con la mera presentación en concurso frente a los acreedores posteriores a aquellas circunstancias, previsto en la legislación civil y en las previsiones del art. 99 LGSA.

Y así quizá los disensos sean sólo aparentes, o no, pues concusalmente se trata que la crisis sea soportada por los acreedores en beneficio de los socios³⁸. Tentador beneficio, no?

7. RECUERDO SOBRE EL FRAUDE A LA LEY. El sistema societario, y particularmente con la interpretación que fluye del Código Civil y Comercial, generará que nunca más se podrá homologar un acuerdo en un concurso de sociedades sin analizar y descartar que se haya inferido un abuso de derecho o un fraude a la ley específica societaria. No podrá ya limitarse esa apreciación a un criterio subjetivo de que no se advierte en el proceso concursal evidencia de abuso de derecho o fraude a la ley. Ahora deberá también analizarse objetivamente si la funcionalidad societaria no ha sido usada para perjudicar a los acreedores a través del proceso concursal, eventualmente sin “esfuerzo compartido” como apunta Truffat como piso que rompe las actuales tradiciones, que alienta nuestra mirada, que es más profunda. La norma reformada del art. 52 numeral 4 de la ley 24.522 (LCQ) impone analizar si no hay abuso de derecho y fraude a la ley, y en caso de crisis de sociedades de las normas imperativas de la ley general de sociedades que imponen la patrimonialización de la sociedad a los socios –por sí o invitando a terceros a compartir los derechos sobre el patrimonio social-. El Título Preliminar del Código Civil y Comercial (CCC) es esclarecedor no sólo por la integración del sistema jurídico (art. 2), sino por las precisas referencias a la buena fe, el abuso de derecho y el fraude a la ley (arts. 9, 10 y 12), y a valores, todos temas muy apuntados en los Fundamentos de elevación del Anteproyecto.

Si la judicatura se encuentra en un concurso en un dilema entre homologar una propuesta aceptada con quitas, en indudable fraude a la ley societaria, siempre tendrá la posibilidad de abrir a una segunda oportunidad en interpretación amplia del art. 48 LCQ o imponer a través de

³⁸ O de los garantes o deudores solidarios si se intenta una capitalización en una sociedad inviable, lo que está impedido por el actual art. 100 LGS y por el principio de buena fe del art. 9 CCC.

la llamada “tercera vía”³⁹ la solución del art. 96 LGS, conforme la solución similar que surge de los arts. 383 y concordantes CCC. Es una forma de ver la conservación de la empresa dentro del sistema general.⁴⁰

Una apreciación inicial impone señalar que el “esfuerzo compartido” implica cuanto menos un cuestionamiento frontal a la propuesta –y ulterior acuerdo- de quita –unido a esperas- que hacen que los acreedores sean los únicos a los que se les impone soportar la crisis de las sociedades, sin esfuerzo alguno de los socios y en su exclusivo beneficio al patrimonializar la sociedad. Bernardo Carlino, en reciente ponencia, formula una propuesta en similar sentido⁴¹. Claro que es un aparente “esfuerzo compartido”, porque la capitalización que hacen los socios en su beneficio por la propiedad que tienen del patrimonio social, y la quita de los acreedores también pues disminuye el pasivo social y genera una utilidad para la misma y correlativamente del valor de las participaciones de esos socios.

Lo que queda en disenso es la prelación de normas que hace al “timing problem” o sea a la tempestividad para asumir la crisis.

Se trata de una apreciación sistémica en la integración de esas normas.

Se coincide que ante una crisis, o avizoramiento de la crisis, el órgano de administración debe poner la cuestión a decisión de los socios –órgano de gobierno-.

Cuando la crisis llega a constituir un problema patrimonial, o sea se constata la existencia de patrimonio neto neutro o negativo existen normas imperativas del derecho societario al aprobarse el balance que así lo declare: la existencia de una causal de disolución (art. 94.5 LGS) que no impone de por sí generar la liquidación, porque puede revertirse a través de las soluciones imperativas del art. 96: la capitalización por los socios, terceros o de pasivos (art. 197 LGS) . De no seguir los caminos de la ley se genera responsabilidad de administradores y socios por los daños que generen –arts. 99 LGS ahora calificada la de socios por el art. 164 tercer párrafo CCC-. Si se pagan las deudas no hay daño, pues no haber procedido a la liquidación ni a la capitalización no genera una sanción, sino la posibilidad de responsabilizar para satisfacer a los dañados.

Aceptar la continuidad del giro de una sociedad con patrimonio neto negativo, permitiendo que esta dañe a terceros –acreedores anteriores y posteriores a la crisis patrimonial- sin responsabilizar a alguien, sería dar por el suelo con la teoría de la inoponibilidad de la personalidad jurídica, pues la sociedad en tal estado y desde ese momento sería un ente que constituye un recurso para violar la ley o para frustrar derechos de terceros (arts. 54 ter LGS y 144 CCC), como bien señala Moreno. Yadarola refería respecto al capital: “Contralor preventivo y represivo que asegure el derecho de las minorías, evite la explotación de empleados y obreros –colaboradores en la obra común- y aleje los perjuicios que para la economía nacional representa siempre el dislocamiento de las económicas paeraticulares”⁴²

Entiendo que la integración de la legislación societaria y concursal es inversa a la que se me suele atribuir La crisis debe intentar ser asumida privadamente, internamente por la

³⁹ RICHARD, Efraín Hugo “LA LLAMADA TERCERA VIA EN CONCURSO DE SOCIEDADES: ¿SALVAVIDAS O COBERTURA DE ABUSO DE DERECHO?”, en *Revista de Las Sociedades y Concursos*, Director Ricardo A. Nissen, Ed. Legis Buenos Aires 2014, Año 15 – 2014 – 1 pág. 3.

⁴⁰ RICHARD, Efraín H., Sobre el título preliminar del proyecto de Código Civil y Comercial, *Revista de las Sociedades y Concursos*, Legis-FIDAS, Vol. 2013-3, p. 3 a 20.

⁴¹ CARLINO, Bernardo “El sistema de preconcursalidad societario ante la pérdida del capital social (arts. 96 y 99) y si ello es incompatible con la pretensión de los socios de no capitalizar y que los acreedores hagan quitas a sus créditos para encubrir esa pérdida” en *CRISIS Y DERECHO*, publicación del IX Congreso Argentino de Derecho Concursal y VII Congreso Iberoamericano de la Insolvencia, t. I pág. 121.

⁴² YADAROLA, Mauricio “Sociedades Comerciales”, en tomo II de *Homenaje a Yadarola*, pág. 349, especialmente pág. 353, reproduciendo el Prólogo a la edición argentina de la obra de Roberto Goldschmidt *Problemas Jurídicas de la Sociedad Anónima*.

sociedad para evitar la pérdida de confianza en sus relaciones financieras y comerciales con terceros, tempranamente⁴³. Fracasado el intento, quizá por actitud de acreedores profesionales, debe asumirse la vía concursal, como sostiene hoy unánimemente la doctrina: actuando temprano evitando profundizar la crisis.

Si la crisis es más grave, que alcanza a la pérdida del capital social, o sea a la existencia de un patrimonio neto negativo, las soluciones deben ser asumidas por los socios conforme las normas indicadas. Y con la responsabilidad consiguiente, dentro de la teoría general de la responsabilidad de base subjetiva, eventualmente conforme normas específicas, como la del art. 99 LGS.

Obviamente que posteriormente a esa situación patrimonial extrema la sociedad podrá concursarse, también en estado de liquidación –que merecería un análisis especial, no distinto sistemáticamente-, pero de ese incumplimiento de socios y administradores no puede resultar una transmisión del daño o del esfuerzo a los acreedores. La conservación de la empresa es prioridad –concursal y societaria-, pero no para beneficiar a administradores y socios, que no podrán escapar a eventuales acciones de responsabilidad extraconcursoales, si el acuerdo fuere homologado. Por eso abogados para que privada o concursalmente se intente la capitalización del pasivo si los socios no quieren hacerlo, y la actividad es viable.

La idea es que más vale prevenir que curar, actuando preventivamente, dentro de lo posible en el marco de la negociación privada y ante la intolerancia o imposibilidad en sede judicial. Y por sobre todo con buena fe (art. 9 CCC), como recuerda constantemente Moreno para atribuir responsabilidad, particularmente a través de la norma del art. 54 LGS.

El nuevo Código remarca esta visión, al determinar el orden de aplicación de normas a las personas jurídicas privadas, en su art. 150 CCC que da prioridad a las imperativas de la ley de sociedades y recién en su apartado c. se refiere a las “normas supletorias de las leyes especiales” –que sin duda no pueden alterar a aquellas imperativas-, y la unanimidad de la doctrina que ha trabajado sobre ello acoge que son imperativas las normas sobre causales de disolución y particularmente las que delinean la función de garantía del capital social⁴⁴.

Frente a la pérdida del capital social administradores y socios deben capitalizar o liquidar la sociedad. Es una obligación. En cambio no hay ninguna norma imperativa en la ley 24.522 (LCQ) que les imponga concursarse preventivamente o recurrir a un acuerdo preventivo extrajudicial.

Si administradores y socios eludieron asumir la crisis con las previsiones imperativas de la ley de sociedades, no liquidando ni capitalizando ellos o a través de terceros, sin duda porque el negocio es viable conforme al plan de negocios que a su vez responde al requerimiento de la nueva norma del art. 100 LGS⁴⁵, no puede intentarse perjudicar a los acreedores a través de la tradicional fórmula de quita y espera –quita que implica un costo impositivo para la sociedad y

⁴³ “...la conveniencia de la presentación temprana, calificando como ‘oportuna’ aquella que se realiza cuando el estado de cesación de pagos todavía no se encuentra consolidado” (prólogo de Ariel Ángel Dasso), “...Desde nuestra óptica, el derecho concursal argentino se muestra como ‘ingenuo e ineficiente’ frente a la actitud de los deudores que prolonga (mediante la presentación en concurso preventivo) el funcionamiento de empresas absolutamente ineficientes, inviables, irrecuperables y, por ende, incapaces de pagar los pasivos concursales, los ue luego de haber obtenido un acuerdo con propuestas irrisorias que ni aun así pueden cumplir...” Palabras Preliminares de Miguel Ángel RASPALL en coautoría con su hija María Laura RASPALL *Derecho concursal de la Empresa*, 2 tomos, Ed. Astrea, Buenos Aires 2014.

⁴⁴ RICHARD, Efraín Hugo “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. Abeledo Perrot, Buenos Aires 2013.

⁴⁵ RICHARD, Efraín Hugo “El plan de empresa. Ética y responsabilidad del empresario” en Libro de Homenaje a Pedro J. Frías, tomo II p. 1188 a 1211; ALBERTI, Marcelo Edgardo “Una contribución de Efraín Hugo Richard al derecho concursal: el plan de empresa como recaudo del concurso preventivo” en *DERECHOS PATRIMONIALES Estudios en Homenaje al Profesor Emérito Dr. Efraín Hugo Richard*, Ed. Ad Hoc, Buenos Aires 2001, tomo II pág. 949. CARLINO, Bernardo P. “GENÉTICA DEL PLAN DE NEGOCIOS (MÁS SOBRE LA CONTRIBUCION DE E. H. RICHARD)”, en Jurisprudencia Argentina, Newsletter del 20 de marzo de 2009.

un traslado de riqueza de acreedores en favor de los socios⁴⁶-. Ante la pérdida del capital social, causal de disolución, la exigencia del plan de negocios u hoja de ruta ha sido instalada normativamente en ese art. 100 LGS al exigir que se acredite la “viabilidad económica” de la sociedad, y consecuentemente la norma del art. 164 in fine CCC, permite interpretar el art. 99 LGS sobre el alcance de la responsabilidad solidaria de los socios, al normar “En caso de infracción responden ilimitada y solidariamente sus administradores y aquellos miembros que, conociendo o debiendo conocer la situación y contando con el poder de decisión necesario para ponerle fin, omiten adoptar las medidas necesarias al efecto”. He sostenido que el plan de negocios integra la propuesta de acuerdo –imperativamente- en el concurso de sociedades en la República Argentina, y hasta en el escrito de presentación en concurso junto al deber de informar las causas de la cesación de pagos, no podrían sus administradores dejar de anticipar las medidas que han adoptado –una el concurso- y las que aplicarán para salir de la crisis.

Si es una obligación por norma imperativa de administradores y socios ante la pérdida del capital social capitalizar o liquidar, recurrir al concurso preventivo –que no es una obligación legal- para incumplir aquella prevención de ley especial, imponiendo la patrimonialización por quita a los acreedores, el Juez advertirá que esta frente a un fraude a la ley (art. 12 CCC).

8. PARA SEGUIR PENSANDO. El tema a seguir debatiendo se centra en: 1. Que en el concurso de sociedades hay que tener en cuenta las normas de la ley específica que las regula. 2. Que no puede trasladarse todo el daño que genera la crisis a los acreedores, imponiendo el esfuerzo compartido de socios junto a los acreedores. 3. Que siempre es posible el concurso de una sociedad. 4. Que frente a homologación de acuerdos violatorios de la ley societaria siempre caben acciones de responsabilidad a promover por los dañados privada y extraconcursumente.

La liquidación de una sociedad nadie la quiere, particularmente si ha generado puestos de trabajo, pero es insoslayable de no ser viable. En reciente Congreso quedó en claro en ese panel la necesidad de actuar tempranamente, y en el último panel, el uruguayo Profesor Emérito Dr. Israel Creimer inicialmente sostuvo que “si se aplicara la tesis Richard pocos concursos se tramitarían y estos llegarían a buen fin, pues los empresarios por diversas razones se presentan en concurso tardíamente”⁴⁷.

Gracias al distinguido colega he transitado por un camino lateral al que suele seguir la doctrina concursalista. Pero ese camino lateral viene siendo ahora muy concurrido, aunque a bajo velocidad. Espero poder seguir dialogando con quienes provocan mi curiosidad en la disidencia respetuosa, particularmente en un tema que hace al desarrollo de un país y a no desalentar el crédito y las inversiones. Es nada menos que la cuestión de la anticipación con la que debe ser asumida una crisis societaria, aún antes de instalarse la cesación de pagos y por supuesto mucho antes de generarse el desbalance patrimonial de la sociedad, unida a la necesidad del plan de negocios u hoja de ruta como función-deber de los administradores societarios, muy

⁴⁶ En artículos con VEIGA, Juan Carlos VIII° CONGRESO ARGENTINO DE DERECHO CONCURSAL - VI° CONGRESO IBEROAMERICANO DE LA INSOLVENCIA (Tucumán (R.A.) septiembre de 2012 “NUEVA VISIÓN EN TORNO A LA HOMOLOGACIÓN DE ACUERDOS CON QUITAS EN CONCURSO DE SOCIEDADES. EL ABUSO Y EL FRAUDE” tomo I pág. 367, y “EL CONTRADERECHO (EL ABUSO Y EL FRAUDE EN LA HOMOLOGACIÓN DE ACUERDOS CONCURSALES PROPUESTOS POR SOCIEDADES COMERCIALES CON QUITAS), en *Pensar en Derecho*, Nro. 5 Año 3, pág. 257, Buenos Aires, Febrero 2015. Ed. Eudeba, Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires, y con FUSHIMI, Jorge Fernando “EL BALANCE Y LA QUITA EN CONCURSOS DE SOCIEDADES Y SU TRATAMIENTO CONTABLE Y FISCAL (con algunos aspectos periféricos)” en *ASPECTOS CONTABLES, IMPOSITIVOS Y PREVISIONALES EN LAS SOCIEDADES Y LOS CONCURSOS*, Obra colectiva, Director Martín Arecha, Págs. 153 a 162. Publicación del Instituto Argentino de Derecho Comercial. Editorial Legis Argentina SA, Bs. Aires, 2013.

⁴⁷ RICHARD, Efraín Hugo “El equilibrio en la legislación societaria y concursal uruguayo: la preconcursalidad extrajudicial”, en *25 años de la ley de sociedades comerciales. Necesidad de su reforma. Homenaje al Profesor Dr. Siegbert Rippe*, AAVV dirección Eva Holtz y Rosa Piziomek, edición Facultad de Ciencias Económicas y de Administración Universidad de la República, Montevideo 2014, página 415.

particularmente al presumir la existencia de una crisis financiera, económica o patrimonial de la persona jurídica.

Reitero lo expresado a pág. 166 de Perspectiva –artículo del año 2006- “Recapitulando: 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. Ello devuelve a lo que sostuve en 1981 en torno a la “Conservación de la empresa”, recordando a Abadesa ‘la remodelación tiende a salvar la empresa, no a aquellos que deben sufrir la responsabilidad y riesgo de la insolvencia’”.

Los acreedores de una sociedad en crisis no pueden ser tratados, al decir de Miola, y también de Stanghellini, como accionistas sin derechos. “Lo dirimente es ponere 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 m´s saludable”.⁴⁸

Seguiré atento a observaciones y sugerencias, agradeciendo al colega Moreno sus respetuosas reflexiones.

⁴⁸ 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, pág. 1205 y ss..