

Voces: SOCIEDADES COMERCIALES - CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN - ESTADO DE CESACIÓN DE PAGOS - PRINCIPIO DE CONSERVACIÓN DE LA EMPRESA - CAPITAL SOCIAL Y PATRIMONIO - ABUSO DE DERECHO - ORDEN PÚBLICO - PROPUESTA DE ACUERDO PREVENTIVO - RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES, GERENTES O DIRECTORES - OBRAR DILIGENTE - EMPRESA - DERECHO COMPARADO

Título: Código Civil y Comercial, «crisis» de sociedades y ruptura de la buena fe

Autor: Richard, Efraín H.

Fecha: 16-feb-2016

Cita: MJ-DOC-7565-AR | MJD7565

Producto: COR,SOC

Sumario: *I. Introducción. II. Crisis. Insolvencia. III. Acciones (¿u omisiones?). Planificar. IV. Responsabilidad. V. Principios de derecho. Empezando a mirar el Código Civil y Comercial. VI. Normas imperativas en derecho societario (y de orden público). VII. Criterio de la Corte. VIII. Pérdida del capital y responsabilidad. IX. Patrimonio y capital social. X. Capitalización de pasivo social. XI. Reintegro del capital social. Su obligatoriedad. XII. La integración de normas. Desjudicialización de la crisis y preconcursalidad societaria. XIII. Crisis de sociedades. Abuso de derecho y fraude a la ley societaria en concursos societarios. XIV. Responsabilidad por omisión. XV. La judicatura y el daño por crisis societaria. XVI. El Código Civil y Comercial refuerza e impone evitar dañar.*

Por Efraín H. Richard (*)

I. INTRODUCCIÓN

La «conservación de la empresa» es una preocupación constante en un tiempo de responsabilidad social empresarial. Es pensar en la salud de la empresa no solo desde el punto de vista de su rentabilidad, sino en la conservación de los puestos de trabajo, cuando no en su incremento con justa remuneración. La cuestión va más allá de una mera cuestión metodológica, es casi ontológica porque la dotación patrimonial hace al nacimiento y funcionalidad de la persona jurídica societaria, y también a su crisis.

Se recurre a la Ley de Concursos para afrontar las crisis, y se lo hace tardíamente y haciendo recaer los daños en terceros. Daniel Truffat ha escrito lo siguiente: «Con respeto a la propuesta concordataria propiamente dicha, extraigo -como consecuencia de lo antedicho- tres

consecuencias básicas, en tanto y en cuanto se pretenda preservar la moralidad de tal medio de superación de la cesación de pagos: La necesidad de que la solución preventiva a obtener importe aquella que la doctrina argentina -tomando una frase feliz de la Ley de Emergencia 25.561- denomina: "el esfuerzo compartido". Es literalmente inmoral que la solución concordataria devuelva al empresario (en general en sociedades de capital, a los accionistas de la concursada) una empresa revitalizada y que todo el daño emergente de la cesación de pagos recaiga "en exclusiva" en los acreedores del sujeto así salvado. Esa posibilidad importaría consagrar el enriquecimiento incausado en favor de los antedichos» (1).

Nos planteamos tres cuestiones (2): distinguir crisis de insolvencia, qué acciones adoptar frente a ella y responsabilidades por daño.

Por doctrina, se aconseja actuar tempranamente ante la mera avizoración de la crisis para evitar afectar la viabilidad de la empresa organizada societariamente, buscando las soluciones normativas a través de la legislación concursal, a cuyos procesos hoy derivan incluso ante la pérdida del capital social, alterando su función de garantía. Se asumen tardíamente las crisis; en realidad, recién frente a la insolvencia.

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

II. CRISIS. INSOLVENCIA

El centro de atención es la conservación de la empresa (3) y, en cuanto organizada como sociedad, con visión societaria preconcursal (4).

El derecho concursal se refiere a crisis financieras, económicas y patrimoniales.

Las cuestiones que caracterizan al derecho de la crisis del siglo XXI (5) es el «timing problem» (6), la anticipación para solucionarlo. Aparece como batalla perdida en procesos concursales que, en gran número y en todos los continentes, terminan en liquidaciones (7).

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

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

Una crisis patrimonial configura un estado más crítico.

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

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

La pérdida del capital social implica la pérdida de la garantía para terceros (10).

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

Esa pérdida del capital social de más de un porcentaje o de su totalidad, según la legislación, opera como causal cuando ha sido aprobado un balance del que resulte esa constatación. La preparación del balance impone a los administradores de la situación, que deberían llevar a conocimiento y resolución de los socios coetáneamente a la aprobación del balance. Vivante entiende a la pérdida del capital social como una causal de disolución que opera de pleno derecho (11).

III. ACCIONES (¿U OMISIONES?). PLANIFICAR

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

Los administradores deberán determinar -por lo menos anualmente (12)- si la sociedad es patrimonialmente apta para el cumplimiento del objeto social, particularmente frente a la pérdida del capital social. Lo deben someter a consideración de los socios para prevenir su insolvencia e impedir la transferencia de los daños a los acreedores. Si los administradores continúan la operación de una sociedad, con pérdida del capital social y el patrimonio no es apto, ello se advertirá rápidamente en la no satisfacción de las obligaciones sociales.

Por la llamada «función de garantía» del capital social, que impone uniformes reglas imperativas (13) del derecho societario comparado, corresponde el reintegro o capitalización, a los socios o por terceros. O sea que los órganos de las sociedades deben adoptar acciones y decisiones.

Ante la crisis, deberán efectivizarse medidas intrasocietarias de capitalización o acuerdos privados, con grandes acreedores, preferentemente financieros, buscando esperas o la conversión de deudas en capital, actuando con un plan interno y confidencial, hasta que el órgano de administración tenga que presentar la Memoria o informe del Balance a considerar por el órgano de gobierno. Son los acuerdos amistosos que pretenden asumir la denominada «preinsolvencia», dentro de la autonomía de la voluntad, en virtud de que reducen los costos directos, indirectos y reputacionales (14) que la insolvencia produce. Es la obligación de dar solución al conflicto de la insolvencia intrasocietariamente (15).

Ante la función de garantía del capital social, se impone un plan de los administradores para asegurar la actividad societaria (16), «adhiriendo al enfoque societarista de la prevención de la crisis económica de la empresa, no caben dudas [de] que la Ley de Sociedades provee y prevé mecanismos suficientes para conjurarla exitosamente» (17). Es la preconcursalidad societaria (18).

Ese plan permitirá a los socios analizar la conveniencia de reintegrar o aumentar el capital social. A su vez, la posibilidad de invitar a terceros a integrarse a la sociedad por el buen

negocio que resulta el adecuado cumplimiento de su objeto y la rentabilidad esperada, lo que puede permitir atender o reorganizar el pasivo exigible, incluso capitalizándolo voluntariamente, y en ciertos casos, traspasar la sociedad a los acreedores, o su control. El accionista que, pudiendo hacerlo, legítimamente decida no recapitalizar la empresa insolvente, debe pasar la propiedad de esta a los acreedores (19). Si el valor patrimonial de la sociedad no permite satisfacer su pasivo, los accionistas pierden interés en la gestión, y los acreedores en cambio pasan a tener interés fundamental en la prosecución exitosa de la actividad (20).

Los acreedores de una sociedad en crisis deberían tener el mismo tratamiento, derechos y tutelas que tienen los accionistas de una sociedad solvente, pero se encuentran en la misma situación de inversores sin derecho (21). Se plantea como objetivo lógico, la integración de los acreedores o la transferencia del control de la empresa en crisis, de los accionistas que carecen ya de incentivo y de los administradores que responden a ellos, a los acreedores que ven comprometido en ello su capital de riesgo (22).

La continuación de la actividad sin el reintegro obligatorio o la capitalización -incluso por los acreedores suspendiendo el derecho de suscripción preferente- impone, si se llega a perder el 100% del capital social, el concursamiento de la sociedad por insolvencia, el que debe efectivizarse dentro de plazos predeterminados (Alemania, España (23), Italia, Uruguay).

IV. RESPONSABILIDAD

Sobre ello, se apunta lo siguiente: «Frecuentemente se señala por la doctrina que esta responsabilidad legal de los administradores en el caso de pérdidas cualificadas tiene una función preconcursal o paraconcursal, considerando algún otro considerarla como anticoncursal. Se piensa que, para evitar que la sociedad llegue al estado de insolvencia, el legislador ha establecido un mecanismo preventivo consistente en obligar a la sociedad a disolverse o adoptar medidas sustitutorias de saneamiento financiero cuando se produzcan pérdidas graves sin llegar a la insolvencia, amenazando con graves sanciones a los administradores si esto no se produce» (24).

Si se genera daño, o sea no se satisface el pasivo, nacen acciones de responsabilidad contra el órgano de administración, y posiblemente contra el órgano de fiscalización y contra socios de control que no hayan adoptado aquellas medidas (25).

V. PRINCIPIOS DE DERECHO. EMPEZANDO A MIRAR EL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL

Reza el art. 12 del Código Civil y Comercial (CCivCom) lo siguiente: «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» (26).

Sin pérdida del capital social -insolvencia-, puede haber cesación de pagos por un activo inmovilizado no corriente y un pasivo menor pero corriente. En tal supuesto, la propuesta en el concurso de esa sociedad no debería proponer más que una espera, pues una quita sería innecesaria y abusiva, cuando no un fraude a la ley societaria.

La representación del beneficio para socios y del perjuicio a acreedores es clarísima en la

modalidad de la propuesta de quita -matizada con esperas-, además de no haber adoptado «ab initio» -y con bajo costo de mediación- la capitalización del pasivo prevista imperativamente por las leyes societarias.

En caso de cesación de pagos de una sociedad, proponer quitas implica un real abuso de derecho de los socios -guiados por los administradores- y, ante la insolvencia, un fraude a la ley societaria frente a la obligación incumplida de reintegrar o aceptar la capitalización de la sociedad, incluso aceptando la participación de terceros acreedores, por acuerdos privados de bajo coste (27), invitando a acreedores a compartir el riesgo (28), y también conlleva un enriquecimiento de los socios u accionistas obligados con desmedro del patrimonio de los acreedores.

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

El Título Preliminar del Código Civil y Comercial ajusta aun más la certeza de la tesis (29). Sustituye a los que inician los anteriores Código Civil y Código de Comercio. Los fundamentos del Anteproyecto justifican un título preliminar: «III. Título Preliminar 1. Razones de la existencia de un Título Preliminar. Una primera cuestión a decidir es la necesidad de incluir un Título Preliminar en el Código. Su aceptación se ha basado en una tradición histórica y en el presupuesto de que el Código Civil es el centro del ordenamiento jurídico referido al derecho privado y, por lo tanto, allí deben consignarse las reglas generales de todo el sistema». Para concluir así: «Por esta razón, el anteproyecto contiene un Título Preliminar que, sin tener pretensiones de ordenar de modo cerrado todo el sistema, incluye los contenidos referidos», o sea, aplicables a todo el derecho privado.

¿Qué casos rige este Código? Esta normativa, ¿es también aplicable a situaciones regidas por leyes especiales como la Ley de Sociedades y Concursos? No tenemos duda de ello (30), justamente por la expresión «las leyes que resulten aplicables» y en consonancia «con la Constitución Nacional», y las consideraciones o fundamentos del Anteproyecto, «centro del ordenamiento jurídico».

El adjetivo «imperativo» es fijado como «deber o exigencia inexcusable».

Tanto los principios como los valores jurídicos no deberían corresponder a una ideología, sino a una construcción doctrinal y jurisprudencial del sistema jurídico, y se sintetizan en «buena fe», definida por la Real Academia como «rectitud, honradez, criterio de conducta al que ha de adoptarse el comportamiento honesto de los sujetos de derecho. En las relaciones bilaterales, comportamiento adecuado a las expectativas de la otra parte» y como contravalor la «mala fe» es definida como «doblez, alevosía. Malicia o temeridad con que se hace algo o se posee o detenta alguna cosa». Proceder «de buena fe», con verdad y sinceridad»; mientras que «de mala fe» es comportarse con malicia o engaño. Ello se refiere en el Cap. 3, que versa sobre «Del ejercicio de los derechos», con el art.9, titulado «Principio de buena fe», otro de los «principios jurídicos», normando así: «Los derechos deben ser ejercidos de buena fe».

Correlativamente y dentro de la teoría de la bipolaridad de los principios y valores, el art. 10, titulado «Abuso del derecho», descalifica a este como contravalor de la siguiente manera: «El ejercicio regular de un derecho propio o el cumplimiento de una obligación legal no puede constituir como ilícito ningún acto. La ley no ampara el ejercicio abusivo de los derechos. Se considera tal el que contraría los fines del ordenamiento jurídico o el que excede los límites impuestos por la buena fe, la moral y las buenas costumbres. El juez debe ordenar lo

necesario para evitar los efectos del ejercicio abusivo o de la situación jurídica abusiva y, si correspondiere, procurar la reposición al estado de hecho anterior y fijar una indemnización».

La siguiente expresión: «Se considera tal el que contraría los fines del ordenamiento jurídico o el que excede los límites impuestos por la buena fe, la moral y las buenas costumbres» cuestiona a todos los contravalores -en esa teoría de la bipolaridad-, apuntando a los que afectan «los fines del ordenamiento jurídico», y recoge «la buena fe, la moral y las buenas costumbres», como límites o determinantes de los principios y valores jurídicamente protegidos, e impone la visión bipolar de esos valores y principios. Pues existiendo duda sobre el valor positivo, muchas veces se dilucidará la cuestión al posar la atención en el contravalor negativo.

Por otra parte, impone al juez conductas oportunas y efectivas «para evitar los efectos del ejercicio abusivo o de la situación jurídica abusiva», para inmediatamente determinar las medidas preventivas, llamadas «autosatisfactivas» disponiendo «la reposición al estado de hecho anterior» y calificamos esa acción preventiva en la imposición de fijar una indemnización. Esta es una verdadera revolución contra la justicia lenta que ha motivado tantas reflexiones, y que los jueces concursales deberán tener bien presente al homologar acuerdos en concursos de sociedades donde se propongan quitas. El abuso de derecho aparece como un antivallor.

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

El art. 12 se refiere al «Orden público» y al «Fraude a la ley». Dispone en tal sentido lo siguiente: «Las convenciones particulares no pueden dejar sin efecto las leyes en cuya observancia esté interesado el orden público. El acto respecto del cual se invoque el amparo de un texto legal, que persiga un resultado sustancialmente análogo al prohibido por una norma imperativa, se considera otorgado en fraude a la ley. En ese caso, el acto debe someterse a la norma imperativa que se trata de eludir».

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

En esta apreciación tan sintética, se podrá advertir que el Título Preliminar del Código Civil y Comercial aparece con novedades que, pese a ser tradicionales, alumbrarán las conductas por seguir y facilitarán la labor de los jueces frente al conflicto, y particularmente aplicables a la sociedad en crisis, evitando el fraude a la ley. Adolfo Rouillon (31) expresa lo siguiente: «Genéricamente, ella se refiere a cualquier acto o actividad enderezados a soslayar, contradecir o de cualquier modo burlar disposiciones imperativas».

La homologación judicial de un acuerdo concursal de una sociedad, abusivo o en fraude a ley societaria -como el de quita- no puede alcanzarse aceptarse por ello, conforme a la expresa prevención del art. 52, inc. 4, de la LCQ, pero se omite regularmente todo análisis

constitucional por su confiscatoriedad, o de la norma de la ley societaria que deja en evidencia que la quita es cuanto menos abusiva, cuando no en fraude al art. 96 de la LSA, norma imperativa que impone a los socios el reintegro del capital o la capitalización de la sociedad, que en el concurso trata de derivarse a los acreedores, generándoles un daño, violando así el art. 12 del CCivCom.

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, sean ellos mismos o terceros, incluso por la capitalización de pasivo (arts. 96 y 197 de la LS); de no resultar responsabilidad de administradores, y quizá de socios (32), 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, apdo.4, de la LCQ?

No tenemos duda de 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 de pasivos que hoy se aconseja en las reformas en la legislación de crisis, como la reciente en España, particularmente refiriéndose a acreedores profesionales, pero por qué no incluir a los proveedores que ven vinculado su futuro con la sociedad proveída en crisis, compartiendo así un proyecto productivo en común.

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

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

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

En la conclusión del Congreso Iberoamericano de Derecho Concursal organizado por el Instituto Iberoamericano de Derecho Concursal (Sede en México) y el VI desarrollado en Rosario (República Argentina) (33), en la sesión de clausura, quedaron marcadas dos posiciones: una que no distingue entre el empresario individual y la sociedad en dificultades, y otra que abrazamos que, coincidiendo con aquella en cuanto al empresario individual, sostiene que las crisis societarias deben afrontarse primariamente a través de las previsiones imperativas de la ley que rige esa organización.

Para las sociedades, está impuesta por el art. 150, inc. a, del CCivCom, quedando las leyes especiales como el derecho concursal en el apdo.c de la misma norma.

En derecho, se considera norma imperativa a aquella norma jurídica que posee un contenido del que los sujetos jurídicos no pueden prescindir, de manera que la regulación normativa que se haga de la materia tendrá completa validez independientemente de la voluntad del individuo.

El concepto de norma imperativa se contraponen al de norma dispositiva, pues en este último supuesto, la norma y su contenido están supeditadas al principio de autonomía de la voluntad, y su aplicación está limitada a los supuestos en los que los sujetos no regulen sus relaciones en sentido distinto al dictado por la norma dispositiva.

Concuerda con esta posición Pablo Augusto Van Thienen -y colaboradores-, máximo defensor de la autonomía de la voluntad en materia societaria expresando lo siguiente:

«La Ley 19.550 posee normas de tipo imperativas y normas de tipo dispositivas. Dentro de las primeras, coexisten las normas que tutelan intereses patrimoniales y aquellas que protegen un llamado: orden público. A estas últimas podemos catalogarlas como: normas imperativas (de orden público). Atento el interés jurídico tutelado, las normas de orden público no pueden ser derogadas por contrato. Hasta aquí llega la autonomía de las partes. Siendo esto así, la cuestión de fondo es saber qué normas de la Ley de Sociedades son imperativas y cuáles de orden público. Esta distinción es vital para comprender el marco contractual (art. 21 del Código Civil). Detectado el orden público, parece que la idea de derechos inderogables se hace añicos. II. Orden público societario... ¿estás ahí? Todavía, no lo hemos encontrado» (34).

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

En tal sentido, sigue Van Thienen y sus colaboradores: «Dentro de las normas imperativas (de orden público) se encuentran las referidas a la tipicidad societaria y las que hacen a la organización de la persona jurídica. Dentro de esta categoría de normas podríamos afirmar que todos aquellos elementos configuradores del tipo quedan fuera de la autonomía contractual no pudiendo ser derogadas. Ejemplo lo encontramos en algunos institutos societarios: 1. el capital social, 2. la representación del capital en acciones o cuotas, 3. la asamblea como órgano de gobierno, 4. el directorio como órgano de administración, 5. el régimen de limitación de responsabilidad; 6. la liquidación de la sociedad por pérdida total del patrimonio; 7. el régimen de reorganización societaria vía fusión, escisión o transformación; 8) el régimen de disolución y liquidación; entre otros dispositivos. Nadie puede negar que el capital social constituya un elemento esencial del tipo, pues hace al patrimonio neto mínimo de retención que el sistema jurídico exige como atributo de la personalidad y del régimen de limitación de responsabilidad... Ellos son de orden público. No importa la escuela donde nos enrolamos (Borda o Llambías), el intento por derogarlos dará lugar a la nulidad absoluta. "Nos animamos a decir que este tipo de normas son imperativas (de orden público) y que su violación da lugar a una nulidad"» (el entrecomillado interno nos corresponden).

Coincidiendo con Olivera García sobre que el orden público societario consiste en una máxima de inderogabilidad que sustrae de la autonomía de la voluntad ciertas cuestiones (35). Otro uruguayo, Alejandro Miller, enfatiza catalogando ciertas normas societarias -como las de responsabilidad- de «preceptivas, consideradas de orden público y por ende inmodificables. No hay previsiones legales que admitan la inclusión en el estatuto de modificaciones por lo que

ello no sería posible, la terminología legal es imperativa, y ello es indicativo de la existencia de normas de orden público» (36).

VII. CRITERIO DE LA CORTE

Ratifican esas apreciaciones, y la integración de normas concursales con las societarias que venimos postulado, el fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina (CSJN) del 20 de octubre de 2009 (37), mediante el cual formula un «obiter dictum» sobre el punto, al acoger planteos de arbitrariedad contra la sentencia homologatoria en el concurso de «Sociedad Comercial del Plata S. A. y otros s/ concurso preventivo». El «obiter dictum» es expresado contundentemente en un párrafo del voto mayoritario con iluminada calificación: «El proceso concursal, como última ratio preventiva que procura remediar el estado de cesación de pagos, atendiendo coetáneamente la protección de la empresa y la satisfacción del derecho de los acreedores».

El calificar así al concurso como «última ratio preventiva» reconoce la existencia de otros remedios para afrontar la crisis. Atiende sin duda a los recursos societarios que registra imperativamente la ley específica, confirmando nuestra tesis, por lo que el propio concurso aparece -cuando no se ha intentado previamente aquel- como abusivo (38).

Y ya en el caso la proposición de quitas, por parte de administradores con la ratificación del órgano de gobierno, implica un real abuso de derecho frente a su obligación incumplida de reintegrar o aceptar la capitalización de la sociedad (39).

VIII. PÉRDIDA DEL CAPITAL Y RESPONSABILIDAD

Franco Bonelli (40) afronta el supuesto de la continuación de la gestión social después de la pérdida del capital social, con la responsabilidad de los administradores.

Nos hemos referido ya, introductoriamente, a este problema. Lo hicimos primero en «Eficiencia concursal y crisis societaria» (41) y luego en «El art. 99 Ley 19.550 y causales de disolución de sociedades (De cómo evitar responsabilidad ante la insolvencia societaria)» (42). Posteriormente apuntamos a «Conflictos generados por la insolvencia de sociedades y soluciones societarias a sus crisis económico-financieras-patrimoniales (arts. 94, inc. 5, y arts. 96 y 99 de la Ley de Sociedades Comerciales)» (43). Ahora estamos ahondando en esa línea sobre el abuso y el fraude a la ley que se configura en la homologación de acuerdos en el concurso de sociedades que contengan quitas.

Pese a que la doctrina nacional, de manera reiterada ha tratado sobre la crisis del concepto del capital social (44), de manera unánime se acepta que el capital social cumple al menos tres funciones: a. Función de productividad; b. Función de garantía; c. Función de determinación de los derechos del socio. No es objeto tratar aquí sobre la validez -o no- del capital social tal como lo tenemos legislado, pero podemos afirmar que los cuestionamientos pueden ser subsanados a través del uso de herramientas de técnica jurídica y contable (45).

Apuntamos en este enfoque a las previsiones en torno al rol del capital social, no en su rol funcional para asegurar el normal cumplimiento del objeto que genera la causal de disolución prevista en el art. 94, inc. 4, de la LGS, que podría dar lugar a juicios diversos, en torno a su razonabilidad y la actuación de los administradores, sino al rol del capital en su función de garantía, o sea a la causal de disolución de pérdida del capital social, prevista en el art. 94, inc.

5, de la LGS (46), cuya relevante función de garantía destacamos.

«En la sociedad anónima, esencialmente capitalista, no parece prudente esperar a que el capital se pierda totalmente para que las pérdidas operen como causa de disolución, pues entonces los acreedores no tendrían ninguna seguridad o garantía para el percibo de sus créditos. De ahí que nuestra ley (el entonces art.260.1.4.^a de la Ley de sociedades por acciones española) declare causa de disolución el hecho de que se produzcan pérdidas "que dejen reducido el patrimonio a una cantidad inferior al capital social, a no ser que ese se aumente o se reduzca en la medida suficiente". Desde esta perspectiva, esta norma opera como un instrumento preconcursal destinado a evitar la insolvencia de las sociedades anónimas y su eventual declaración de quiebra» (47).

IX. PATRIMONIO Y CAPITAL SOCIAL

No es igual hablar de capital social que de patrimonio de la sociedad (48). El primero se presenta como una realidad bifronte, la estrictamente jurídica, como el conjunto de aporte de los socios y jurídico-contable, como cifra fija e invariable expresada en el pasivo. El patrimonio corresponde a la sociedad, respecto a la cual el capital solo expresa el patrimonio en el momento constitutivo, pues en adelante los balances determinan la existencia de l patrimonio, resguardado a terceros, constituyendo el capital luego la cifra de retención en el patrimonio para determinar el reparto de ganancias o dividendos, en garantía de los acreedores sociales. Cuando acaece una causal de disolución, se abre la etapa de liquidación que presupone la liquidación del patrimonio social para satisfacer las obligaciones de la misma y, de existir remanente, atribuirlo a los socios. Y se prevé hacerlo «in bonis».

La cifra estatutaria que fija el capital sirve de garantía inmutable para esos terceros, imponiendo mantener el contravalor patrimonial de dicha cifra siempre por encima de aquel y durante toda la vida de la sociedad (49). El capital social se presenta como una cifra permanente en la contabilidad de la sociedad que indica a aquellos con qué cifra responderá el ente respecto de estos, por las deudas asumidas por la sociedad.Ello incluso en la «one dollar corporation».

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

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

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

b. La causal de disolución puede enervarse -el art. 96 de la LSA / LGS fija las condiciones (50)-. Advertida la situación de crisis, insoslayable por un administrador societario -buen hombre de negocios-, debe actuar con diligencia para paliarla -planificando (51)-, llevando la cuestión a conocimiento y decisión de los socios, quienes deben afrontar la cuestión por los diversos medios que prevé la legislación societaria de todos los países: reintegración o aumento del capital social, reorganización societaria o del negocio, capitalización del pasivo o disolución de la persona jurídica. Este es el verdadero sistema de prevención de la insolvencia en el caso de sociedades.

No existe plazo para remover la causal (art. 96 de la LGS), por reintegro o capitalización, o iniciar la liquidación, pero la responsabilidad nace en forma inmediata (art. 99 de la 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 el problema, aunque hubiera demora, pues ningún daño se ha generado manteniéndose la garantía de los acreedores.

Si esa recomposición no se decide, y si 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 registrarse- la pérdida del capital social. Ello se deberá presumir si hay acreedores insatisfechos, incluso los que resultan afectados por quitas (52) y esperas en un proceso concursal (53). Quizá así se entienda la repetida «desaparición» de libros y documentación contable en estos procesos.

La conservación de la empresa estructurada societariamente es un problema de los administradores y de los socios (54). Es una cuestión de derecho privado.

«¿Para qué perder tiempo si no hay viabilidad económica? El diagnóstico previo fue la sabia vivificante del sistema procesal francés que le permitió decir que los procesos llevaban a la solución de los concursos. La separación del hombre de la empresa, sin que la empresa tuviera que acarrearse los errores y las inconductas de sus dirigentes. Si había inconducta de los dirigentes y la empresa era viable, ¿por qué liquidar una empresa por la inconducta de los directivos?» (55).

X. CAPITALIZACIÓN DE PASIVO SOCIAL

Ante la negativa o imposibilidad de los accionistas -probablemente por un plan poco convincente- y no deseando liquidar la sociedad, se abre la solución de invitar a terceros a capitalizar o la del art. 197 de la LGS (56) capitalizando el pasivo, y en ciertos casos traspasando la sociedad a los acreedores, o su control.

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

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

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

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

El aumento de capital dirigido originariamente a socios o terceros podría imponer una prima de

emisión destinada a satisfacer los derechos de los socios originarios en cuanto al valor del negocio; conforme al plan que se explicita para lograr tales aportaciones.

El aumento en la etapa de liquidación es una práctica no usual, pero legítima, así se resolvió judicialmente ante la negativa de la Inspección General de Justicia de la Nación de autorizarla e inscribirla (57). Aparece totalmente congruente la actitud de los accionistas como de la judicatura, en un aspecto pocas veces asumido y tratado, que sostenemos como preconcursal (58), y sobre las normas imperativas de la Ley de Sociedades para paliar las crisis societarias: «. el ente conserva su personalidad jurídica a los efectos de la liquidación hasta la extensión del pasivo social (...) y la liquidación es así la realización de todos los actos necesarios para que queden totalmente extinguidos no solo esas relaciones jurídicas entre la sociedad y los terceros, sino entre aquella y los socios...» (59).

XI. REINTEGRO DEL CAPITAL SOCIAL. SU OBLIGATORIEDAD

Si bien no discute la obligación de capitalizar o liquidar la sociedad, Fushimi (60) sostiene que el reintegro del capital no puede ser obligatorio para los accionistas. No es esta la posición mayoritaria de la doctrina, que sostiene que es obligatoria y que aquel socio que no desee realizar el reintegro puede ejercer el derecho de receso, con lo cual parecieran estar consagrando la fórmula que hemos llamado «reintegre o receda». Los que sostienen que el reintegro es obligatorio se fundan en las disposiciones del art. 233 de la LSC / LGS, que establece que las disposiciones de la Asamblea son obligatorias.

Consideramos que este análisis de Fushimi encuentra contradicción en que es impuesto por la ley. Nuestra posición es compartida (61). Se sostiene (62) que «una vez aprobado el reintegro del capital por la asamblea extraordinaria, la resolución adoptada de conformidad con la ley y el estatuto, será obligatoria para todos los accionistas, salvo los recedentes, y deberá ser cumplida por el directorio (art. 233, última parte de la LSC)., quien establece que: "Para el socio que no recedió el reintegro de capital se impone como obligación pues así lo ordena el art. 133 (sic) in fine de la LSC: 'Las decisiones sociales adoptadas conforme a la ley y el estatuto son obligatorias para todos los accionistas, salvo lo dispuesto en el art. 245, y deben ser cumplidas por el directorio'».

Dasso (63) expresa lo siguiente: «Constituye cuestión central la determinación de si la decisión asamblearia de reintegro es obligatoria para los accionistas disconformes. (...) Si bien el derecho de receso está consagrado a favor de los accionistas ausentes y disconformes -o ausentes- con la decisión de reintegro total o parcial (art. 245 de la LSC), es patente que el valor de reembolso experimentará en este caso una reducción equivalente a las pérdidas absorbidas, por lo que se extinguirá su participación y, con ello, la calidad de socio cuando las pérdidas insuman todo el capital... Si no ejercitara tal derecho la sociedad puede demandar el cumplimiento de la obligación de reintegrar, previa publicación e inscripción en el Registro Público de Comercio (art. 193 de la LSC). De lo expuesto, se sigue que, en hipótesis de cesión asamblearia de reintegro del capital, el socio que no recede queda expuesto a la persecución social judicial por el pago del reintegro, daños y perjuicios y, en hipótesis -si estuviera previsto en los Estatutos-, a la exclusión de la sociedad. Ahora bien, si opta por el receso subvierte su calidad de socio por la de acreedor, pero su valor de reembolso en el marco de la pérdida total del capital social carecerá de contenido económico».

Apuntamos nuestra coincidencia, salvo en el aspecto de publicación o inscripción, pues a diferencia de la reducción y aumento, que implica modificación estatutaria, el reintegro

conserva las expresiones estatutarias y solo modifica el balance, haciendo innecesarias las inscripciones formales.

El sistema de derecho societario argentino atiende que los constituyentes de una sociedad y sus administradores operarán como buenos hombres de negocio con el patrimonio suficiente, y cuando este no permita sobrevinientemente el cumplimiento del objeto social procederán a su disolución si, al convocar a los socios, estos no pueden o no quieren aumentar la dotación patrimonial, por ellos o por terceros. Se trata de poner la cuestión en la decisión de los socios (64).

El nuevo art. 100 LGS, es un faro orientador no solo en esa ley, sino en el caso de concurso de sociedades.

XII. LA INTEGRACIÓN DE NORMAS. DESJUDICIALIZACIÓN DE LA CRISIS Y PRECONCURSALIDAD SOCIETARIA

Sobre aspectos vinculados a la actuación tempestiva, rápida y eficiente de administradores de sociedades en crisis, el Prof. Dr. Osvaldo J. Maffía (65) ha expresado: «Las razones que invoca Richard son irrefutables, y anotamos que hacen a un tema de notoria actualidad. Al respecto consignamos una referencia ocasional. El régimen concursal italiano, según las importantes reformas introducidas por ley del 9/1/06 y modificación del 12/9/07, dispone que ante la morosidad del empresario insolvente en promover su concurso, los acreedores están facultados para pedir la quiebra proponiendo a la par la fórmula concordataria. Es llamativa la audacia de esa innovación, sobre todo si reparamos en la previsión expresa de que, en caso de insuceso, el tribunal debe pronunciar la quiebra. En recentísima publicación (Alberto di Jorio, en Cottino, Gastone (dir.), Trattato di Diritto Commerciale, t. XI, 2009, pp.8 y 9), se dice que "el nuevo sistema de los procedimientos concursales no deja desarmados a los acreedores frente al riesgo de que el deudor retardara el acceso al concordato. En efecto, si bien sigue estando precluido a los acreedores sustituirse al deudor en pedir el concordato preventivo, la nueva disciplina del concordato falimentario. constituye una oportunidad considerable: frente a la insolvencia del deudor y al retardo en presentar una propuesta de concordato preventivo, los acreedores pueden pedir ellos mismos la quiebra y proponer contemporáneamente un concordato falencial."». El autor agrega que se trata de «una innovación significativa de la reforma, que no encuentra correlato en los modelos extranjeros, aun cuando avanzados, en los que nuestra reforma se inspiró». Prueba elocuente de que, aun suprimida la calificación penal por demorar la presentación, aquella tempestividad en la promoción del concurso ha adquirido reciente y nítida relevancia».

Nuestra concepción sobre la empresa se centra en lo societario, como la forma normal de organización de las empresas de mayor significación económica (66). Por otra parte, la construcción del sistema societario es similar en la totalidad de los países iberoamericanos y la visión, esbozada concretamente desde un derecho nacional, permite su expansión.

Es que aunque el daño sea profundo, cabe la posibilidad de resolverlo a través de técnicas societarias, algunas de las cuales ha marcado continuamente Emilio Beltrán (67). Reorganizaciones societarias a través de escisiones y fusiones privadas, cuando no a través de la reintegración del capital social por los socios o de la capitalización, particularmente por la capitalización del pasivo. El haber sometido a acreedores por obligaciones negociables a quitas y esperas, cuando pudo haberse resuelto por el canje con obligaciones negociables convertibles, aparece como claramente abusivo. Respecto de la pérdida del capital social y las

normas específicas de la legislación del medio técnico organizativo, la doctrina española - inicialmente Emilio Beltrán en 1991- calificó la solución como preconcursal, mientras otros lo hacían de «paraconcursal» o «anticoncursal» (68), sosteniendo que para evitar que la sociedad llegue al estado de insolvencia, el legislador ha establecido un mecanismo preventivo consistente en obligar a la sociedad a disolverse o adoptar medidas sustitutorias de saneamiento financiero cuando se produzcan pérdidas graves, amenazando con graves sanciones a los administradores si esto no se produce. La solución con matices especiales no es muy diferente en nuestro país. Dasso, en su libro «Derecho Concursal Comparado» (69), da múltiples ejemplos autorizados por leyes concursales o de reestructuración para usar métodos societarios.

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

Existe una uniformidad de soluciones preventivas de la insolvencia en el derecho societario. Hemos formalizado una incompleta incursión sobre estos sistemas de preconcursalidad en el derecho argentino y comparado (70).

XIII. CRISIS DE SOCIEDADES. ABUSO DE DERECHO Y FRAUDE A LA LEY SOCIETARIA EN CONCURSOS SOCIETARIOS

En la perspectiva del derecho societario, el fenómeno de la reorganización puede ser encuadrado en la estructura normativa de la sociedad de capitales, con operaciones referidas al aumento de capital, participaciones u opciones para superar la crisis. A diferencia de la constitución de la sociedad, la fase de la reorganización afecta no solo a los suscriptores del capital, sino a una pluralidad de sujetos extraños a la sociedad -sus acreedores-, pudiendo llegar a quedar en sus manos las decisiones sociales (71). Se trata de usar de la «eficiencia» de los administradores societarios, ante la relativa eficiencia de todo sistema concursal cuando la crisis ya está entronizada y los incumplimientos se han generalizado, potenciando los daños al mercado.

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

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

Como ya indicamos, con cita de Stanghellini, los acreedores de una sociedad en crisis deberían tener el mismo tratamiento, derechos y tutelas que los accionistas de una sociedad solvente, pero se encuentran en la misma situación de inversores sin derecho (72).

Son los socios los que deben asumir las soluciones, no los acreedores, conservando la empresa que desarrolla la sociedad que constituyeron, o disolviéndola. Atento a la norma del art. 96 de la LSA / LGD, la causal de disolución puede enervarse. Recuérdese que la sociedad

debe continuar formalizando sus balances y documentación accesoria durante la tramitación del concurso, donde podría detectarse esa pérdida del capital social, y a través del concurso intentan relevarse de esa obligación y de los sistemas de responsabilidad fijados por normas imperativas de la ley societaria en resguardo de terceros.

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

Ello no quiere decir que la sociedad no debería concursarse cuando no ha atendido la causal de disolución, pero debe generarse una expectativa dentro del juicio en torno a la abusividad de la vía elegida. La legislación colombiana prohíbe el procedimiento concursal cuando existe una causal de disolución de la sociedad no eliminada (73) y Perú lo acota a ciertos parámetros de la pérdida del capital social.

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

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

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

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

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

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

Constatada la causal y no tratada ni revertida, los administradores asumen responsabilidad. La

mera presentación de balances anteriores donde conste la pérdida del capital social y haber puesto a consideración de los socios el reintegro o aumento, pretendiendo la solución concursal, genera esa responsabilidad por las operaciones posteriores. Los socios, al ratificarla sin haber asumido previamente las conductas previstas en la Ley de Sociedades, parecería que también han asumido esa responsabilidad.

La norma tiene trascendental importancia, pues de no observarse los estrictos deberes que se imponen a los administradores, estos son sancionados con «responsabilidad ilimitada y solidaria» hacia los socios y los terceros, por todas las obligaciones contraídas en este período (74). Y el precepto añade que esta puede hacerse extensiva también a los socios (75).

En momentos en que legislación y posiciones, nacionales y extranjeras, marcan la tendencia a desjudicializar o privatizar el sistema del derecho concursal, o mejor dicho de prevención, parece adecuado reiterar nuestra posición con la aplicación de principios y normas del derecho societario, sin costes de transacción (76). Siguiendo esas nuevas tendencias, hay que educar a los acreedores, particularmente los no informados, para que asuman la participación e incluso la conducción de la empresa, reemplazando a administradores ineficientes que, no queriendo asumir oportunamente la crisis, contrataron dolosamente con ellos. Principio «rector», sostiene la doctrina, es sustituir la punición por la responsabilidad, la sanción por la reparación del daño, la calificación por la determinación de responsabilidad.

La norma del art. 99 de la LGS en cuanto a la responsabilidad de los socios se encuentra explicitada para todas las personas jurídicas privadas en el art. 167 «in fine» del CCivCom.

Como señaló la jurisprudencia (77), «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 esta cuenta con mecanismos para obtener la financiación interna», y -eventualmente- la capitalización del pasivo.

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

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

Este replanteo lo hemos formulado en «¿Capitalismo de reposición vs. Capitalismo donatario?» (78).

Como destaca Baracat (79), apuntamos a la preconcursalidad del sistema societario para atender a las crisis y evitar la dispersión del daño. Y ese punto es bien atendido por el régimen societario mundialmente.

«La necesidad de una interpretación integral de nuestro sistema jurídico para actuar las normas se endereza a que la actuación irracional y la inexistencia de una planificación en la conducción genera responsabilidad. Y esa responsabilidad, civil o penal, debe ser asumida» (80).

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

Si los socios rehúyen reintegrar el capital social será porque la empresa no es viable o son incapaces de formalizar un plan de viabilidad -hoy apuntado en el art. 100 de la LGS, además

de en otras múltiples normas-. Si la liquidación se considera disvaliosa, particularmente por la pérdida de empleo o por la función productiva que se cumplía, existe el remedio de los arts. 48 y 48 bis de la LCQ, o el de capitalizaciones impuestas a órganos públicos, pero de ninguna manera puede aceptarse que -por medio de quitas- los ineptos o desinteresados socios se enriquezcan con la propiedad de acreedores.

Se trata de devolver al derecho comercial su «viejo corazón»: la buena fe y la inmediatez en asumir y resolver los problemas, para asegurar la funcionalidad de los negocios y el cumplimiento de los contratos (81). Así se atraen capitales.

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

«Si el patrimonio de la sociedad solo está en cesación de pagos, la quita en la propuesta o en el acuerdo logrado por mayoría implica, cuando menos, un abuso de derecho y un fraude a la ley si se ha perdido el capital social. En ambos casos la judicatura no debería homologar tal abuso o fraude generado por administradores y socios, recordando normas imperativas de la ley societaria. Ese "negocio" suele calificarse en su ilegalidad por la participación de terceros por cesiones o subrogación que contrarían normas sustanciales y, además, procesales, aquí recordando a normas del Código Civil» (82).

XV. LA JUDICATURA Y EL DAÑO POR CRISIS SOCIETARIA

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

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

Reafirmamos que más lógica y aceptable como «tercera vía» -y procesalmente más ejecutivo- sería exhortar a la sociedad concursada a atender la cuestión por la vía de aplicación de normas imperativas de la ley societaria ante la presencia de causales disolutivas que debieron enfrentar, según el caso. No pueden soslayarse las obligaciones que socios y administradores tenían cuando eligieron -ante la pérdida del capital social- incumplir las normas societarias e intentar que los acreedores asumieran las expensas de los socios. Incluso generando un dispendio jurisdiccional y los gastos y daños consiguientes.

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

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

crisis.

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

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

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

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

Lo generan las normas imperativas de la LGS, además de la específica norma del art. 150 del CCivCom. Pero este contiene nuevas normas que acentúan la obligación de actuar sin dañar. Ello en torno a la «Responsabilidad civil y a la función preventiva disuasiva», prevista en los arts. 1710 y ss.

El art.1710 dispone sobre el «Deber de prevención del daño», normando lo siguiente: «Toda persona tiene el deber, en cuanto de ella dependa, de: a. evitar causar un daño no justificado; b. Adoptar, de buena fe y conforme a las circunstancias, las medidas razonables para evitar que se produzca un daño. c. no agravar el daño si ya se produjo». Concordemos esta norma con las previsiones de los arts. 94, inc. 5, 96, 99 y 100 de la LGS.

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

Anticipamos que cualquier interesado podría promoverla, y ello está consagrado por el art. 1712, que así lo expresa: «Legitimación. Están legitimados para reclamar quienes acreditan un interés razonable en la prevención del daño». Se nos ocurren varios ejemplos. Los acreedores, ante un incumplimiento si del balance resultara la pérdida del capital social, inclusive si ello ocurriera abierto un concurso o quiebra; hasta el síndico podría ejercerla; en el caso del socio aparente los acreedores del real titular. Incluso podrían usar también la acción subrogatoria como acción de fondo, pues esta es una medida cautelar. Frente a la inactividad de la sociedad, presente y futura, no puede pensarse en la mera remoción de la causal de disolución, pero sí en la responsabilidad de administradores y, en su caso, de socios (83).

Es importante advertir los efectos de la acción revelados en el art. 1713: «Sentencia. La sentencia que admite la acción preventiva debe disponer a pedido de parte o de oficio, en

forma definitiva o provisoria, obligaciones de dar, hacer o no hacer, según corresponda, debe ponderar los criterios de menor restricción posible y de medio más idóneo 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 los arts. 96 y 100 de la LGS, sin perjuicio de la responsabilidad que ya hubieran asumido (arts. 99 y 100 de la LGS).

Ya algo hemos anticipado, esta interpretación que hemos sostenido antes de la reforma, se agudiza con los principios sostenidos por el Código Civil y Comercial, en su art. 9, que así reza: «Principio de buena fe. Los derechos deben ser ejercidos de buena fe». Y la disposición del art. 10, cuando dice: «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 si no se perdió el capital social o por fraude si esa pérdida existió y los socios no la atendieron en la forma prevista imperativamente por la norma específica.

Corona esta interpretación el art. 12, que expresa lo siguiente: «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». Llevaría a que el Juez impusiera a los socios (a la sociedad) disponer el reintegro del capital social o la capitalización, que en situación concursal podría compatibilizarse con el art. 197 de la LGS de capitalización del pasivo, ello siempre que removida la causal disolutiva de pérdida del capital social, la sociedad fuera viable a tenor de lo dispuesto por el nuevo art. 100 de la LGS: «Remoción de causales de disolución». En él se expresa lo siguiente: «Las causales de disolución podrán ser removidas mediando decisión del órgano de gobierno y eliminación de la causa que le dio origen, si existe viabilidad económica y social de la subsistencia de la actividad de la sociedad. La resolución deberá adoptarse antes de cancelarse la inscripción, sin perjuicio de terceros y de las responsabilidades asumidas."Norma de interpretación". En caso de duda sobre la existencia de una causal de disolución, se estará a favor de la subsistencia de la sociedad».

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

Como si fuera poco, las normas genéricas para las personas jurídicas privadas, cuya referencia anticipamos en el art. 150 del CCivCom, que expresamente señala: «Leyes

aplicables. Las personas jurídicas privadas que se constituyen en la República, se rigen: a. por las normas imperativas de la ley especial o, en su defecto, de este Código» y, recién en el inc. c, se refiere a las leyes especiales y, en tal lugar, a la legislación concursal. Y ya hemos visto la coincidencia de normas frente a la crisis, que se potencian en el art. 168 del CCivCom «La persona jurídica se disuelve por: (...) i. el agotamiento de los bienes destinados a sostenerla».

Hemos querido así refrescar el inmutable «viejo corazón del derecho mercantil», actuando a «verdad sabida y buena fe guardada», del que se alejan tanto las interpretaciones amañadas como la demora en restablecer el equilibrio, que no solo afecta directamente a ciertas personas, sino indirectamente al mercado y a toda la sociedad, alejando por la inseguridad las inversiones productivas. Debemos alentar el capitalismo productivo y la buena fe en el cumplimiento de las obligaciones, tanto en las bilaterales como en las organizacionales; o sea, en la funcionalidad de las sociedades.

(1) «La abusividad de la propuesta y la moralización de los concursos en lo atinente - precisamente- a la oferta del deudor», en Segundo Congreso Iberoamericano de Derecho Concursal, Mérida, Estado de Yucatán, México.

(2) Primera exposición en el primer panel convocado para tratar la temática de este título en Benevento, Italia, en ocasión del «Congresso Internazionale de Benevento» (año 2014), de encuentro de Jueces y Profesionales sobre Derecho Concursal, organizado por Francesco Monteleone y Stefania Pacchi.

(3) Tema que nos preocupó antes del año 1981, publicando «La conservación de la Empresa», en Anales de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, t. XXV, p. 107 y ss., al recibir el Premio Academia.

(4) RICHARD, Efraín H.: «Notas en torno a la preconcursalidad societaria: Un estudio comparado», en Revista de Derecho concursal y Paraconcursal. Madrid, Editorial La Ley. RPC 20/14, Reseña Legislativa española y comparada. 2014, pp. 423 a 446; «Las soluciones negociadas como respuesta a la insolvencia empresarial. Visión desde el derecho argentino: la preconcursalidad societaria», en Libro colectivo, de Editorial Aranzadi, España, Director José Antonio García Cruces, p. 33 y ss. «La función de garantía del capital social frente a la agenda concursal. Estudio comparativo», en Libro homenaje al profesor Emilio Beltrán. Cartagena de Indias, Colombia, Instituto Iberoamericano de Derecho Concursal, octubre 2014, p. 279.

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

(6) Vid. JACKSON: «The logic and limits of Bankruptcy law», Cambridge (Harvard University Press, 1986), Bernard books, 2001, citado por PULGAR EZQUERRA, Juana: Preconcursalidad y Acuerdos de Refinanciación. Adaptado a la Ley 38/11 del 10 de octubre, de reforma de la Ley Concursal. Madrid, La Ley, julio de 2012, p. 40. Puede verse también nuestro libro «Perspectiva del Derecho de la Insolvencia», Ed. Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Córdoba 2010, p. 31 y ss., cuya versión electrónica está disponible y puede solicitársenos a richardefrainhugo@gmail.com .

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

(8) BELTRÁN SÁNCHEZ, Emilio M.: El nuevo derecho concursal español, en *Doctrina Societaria y Concursal*. Noviembre de 2003, t. XVII, p. 1127 y ss., esp. 1136: «Uno de los más graves problemas del derecho concursal es el denominado "problema temporal": el concurso se abre, con frecuencia, cuando el patrimonio del deudor no solo es insuficiente. disminuyen considerablemente las expectativas de conservación de las empresas en crisis». CÁMARA, Héctor: *El concurso preventivo y la quiebra*. Buenos Aires, Depalma, 1990, vol. III B. p. 676, manifiesta la interrelación entre las dificultades financieras y económicas «evitando siempre que el desencadenante del procedimiento sea demasiado tardío».

(9) Trasciende de MARTÍNEZ BLANCO, Camilo: *Manual de Derecho Concursal*, 2.^a ed. revisada, actualizada y ampliada. Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 2012, p. 150 y ss., y de PULGAR EZQUERRA, Juana: *Derecho concursal. Estudio sistemático de la Ley 22/03 y de la Ley 8/03 para la reforma concursal*, García Villaverde, Rafael; Alonso Ureba, Alberto; Pulgar Ezquerro, Juana. Dilex SL, Madrid 2003, que en el derecho concursal, siempre ha sido de sus temas más controversiales el presupuesto objetivo habilitante; y lo había sido la «cesación de pagos» que equiparó su noción a la del incumplimiento de obligaciones (Vivante, Bolaffio), evolucionando con la doctrina italiana para sostener que no debía declararse en falencia al sujeto que simplemente había incumplido. Son las teorías intermedias las que sostienen que no hay cesación de pago sin incumplimiento, pero no siempre los incumplimientos importan cesación de pagos. El presupuesto objetivo de la apertura concursal debería retrotraerse a los prolegómenos o estadios anteriores del estado de cesación de pagos, etapa a la cual se llamó «estado de crisis», «estado de preinsolvencia», «estado de dificultades económicas o financieras de carácter general», dejando fuera del concurso las situaciones coyunturales de iliquidez». Si los problemas transitorios de liquidez trascienden de la tesorería de la empresa, es señal de un agotamiento del crédito por lo que las dificultades son graves, importando el llamado «desequilibrio aritmético» o déficit expresado en términos de pasivo mayor que activo, pues en ese caso el cotejo se hace entre activo y pasivo en términos nominales, sin atender a la disponibilidad regular de los medios de pago que integran el primero ni a la exigibilidad corriente del segundo. Basta entonces que el patrimonio del deudor sea materialmente insuficiente para satisfacer la garantía común de los acreedores. Hay cesación de pagos cuando el activo es superior al pasivo, pero aquel está integrado por bienes de lenta y difícil posibilidad de realización, al paso que este concentra los compromisos de pagos en el corto plazo. Así se introduce la «insolvencia negocial» (PRATS MARQUINA, Marta: «Insolvencia y crisis económica: Su reflejo en el derecho concursal». Madrid, R.G.D., 1998) o cesación de pagos, entendiendo por ella la incapacidad de generar recursos, diferenciándola de la «insolvencia patrimonial», ya transitoria (activo superior al pasivo a una fecha determinada), ya definitiva (activo inferior al pasivo exigible).

(10) NISSEN, Ricardo A.: *La pérdida del capital social como causal de disolución de las sociedades comerciales*. Buenos Aires, Ad-Hoc, 2002, pp. 47 y 48.

(11) VIVANTE, César: *Tratado de Derecho Mercantil*, versión española de la 5.^a ed. italiana corregida, aumentada y reimpressa. Madrid, Reus, 1932, vol. II, «Las sociedades mercantiles», pp.483-485.

(12) Las legislaciones societarias que no exigen expresar la cifra del capital social estatutariamente imponen que anualmente -al presentar balance- los administradores señalen

cuál es el capital que debe tener la sociedad para afrontar el inmediato año.

(13) Todo lo referido a causales de disolución y la liquidación, la falta de patrimonio positivo son normas imperativas, de orden público, irrenunciables e inderogables. A salvo la autonomía de la voluntad de remover la causal reintegrando el capital social en el caso. La función de garantía del capital social es de orden público y las normas que lo tutelan en resguardo de terceros y del mercado son imperativas.

(14) PULGAR EZQUERRA, Juana: Preconcurabilidad... citada, pp. 44, 45 y ss.

(15) BELTRÁN SÁNCHEZ, 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. Madrid, Consejo General del Notariado, 2000 p. 154. Allí postulaba: «... parece razonable pensar que la quiebra de una sociedad anónima -o limitada o comanditaria por acciones- debería convertirse en una institución residual, ya que el sistema preconcursal previsto legalmente debería ser suficiente para impedir que la sociedad llegase a ser insolvente...».

(16) RICHARD, Efraín H.: «Integración de propuesta de acuerdo (en concurso preventivo de sociedad)», en Doctrina Societaria y Concursal. Noviembre 2008, p. 1081; «¿Abusos en el proceso concursal?», en La Ley, 24 de diciembre de 2008; «Integración de la propuesta de acuerdo en concurso societario (en torno a reciente fallo señorero)», en Jurisprudencia anotada de RDCO N.º 234, enero-febrero de 2009, Abeledo Perrot, p. 79; «El capital social y la responsabilidad limitada», en Estudios Jurídicos, publicación de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica de Uruguay, N.º 3, 2007, República Oriental del Uruguay, pp. 163/202; Insolvencia societaria. Buenos Aires, Lexis Nexis, 2007.

(17) CARLINO, Bernardo: «Genética del plan de negocios (más sobre la contribución de E. H. Richard)», en Abeledo Perrot, Newsletter 20 de marzo de 2009, sección Doctrina, repetido el 23 de marzo.

(18) «En un sentido muy amplio, formarán parte del Derecho "preconcursal" todas aquellas normas e instituciones no concursales que tienen por presupuesto de hecho la situación anterior a la crisis empresarial y por fin específico la prevención de la misma». FERNÁNDEZ DEL POZO, Luis: Posibilidad y contenido de un derecho preconcursal (Auditoría y prevención de la crisis empresarial [art. 209.1.b) LSA]. Madrid, Marcial Pons, 2001, esp. p. 50 y ss. (...) «En general, toda la normativa sobre aplicación de resultados está dirigida a garantizar la aplicación de la "regla de oro" de patrimonio superior a capital social... Es un lugar común de nuestra doctrina que la disciplina de la "pérdida grave del capital social" -disolución por pérdidas- tiene en nuestro Derecho de sociedades y, en verdad, en el Derecho comparado de sociedades de la Unión Europea, una finalidad "preconcursal"; preventiva de la insolvencia de la sociedad». BELTRÁN SÁNCHEZ, E.: La disolución de la sociedad anónima, 2.ª ed., Madrid, Civitas, 1997 p. 147 y ss. «Por eso he dicho que la regla de oro de la "correspondencia del capital social y del patrimonio" tiene una saludable eficacia preventiva con un mínimo coste».

(19) STANGHELLINI, Lorenzo: Proprietá e controllo dell'impresa in crisi, en «Rivista delle Societá», septiembre-octubre de 2004 p. 1041, específicamente p. 1072.

(20) MIOLA, Massimo: «Il sistema del capitale sociale e le prospettive di riforma nel diritto

«europeo delle società di capitali», en Rivista delle Società, anno 50, 2005, Editor A. Giuffré-Milano, noviembre-diciembre 2005, fascículo 6.º p. 1199: Existen sistemas que en situaciones semejantes autorizan a los administradores a emitir acciones sin autorización de los socios. Pueden generarse pactos de compra o venta obligatorios.

(21) STANGHELLINI: Proprietá..., op. cit., específicamente p. 1079.

(22) STANGHELLINI Proprietá..., op. cit., específicamente p. 1055.

(23) Ese debilitamiento de la ley societaria se acentúa en España con el Real Decr.11/14 del 5 de septiembre de 2014, que facilita el tráfico de créditos y las quitas, que nos hace pensar en las abusivas prácticas en la República Argentina contra las que la jurisprudencia está reaccionando.

(24) DIEZ ECHEGARAY, José L.: Deberes y Responsabilidad de los Administradores de Sociedades de Capital. Navarra, Thomson-Aranzadi, 2006, 2.ª ed., p. 387. ESTEBAN VELASCO, G.: Algunas reflexiones sobre la responsabilidad de los administradores frente a los socios y terceros: acción individual y acción por no promoción o remoción de la disolución, RdS, núm. 5, 1995, p. 70.

(25) BONELLI, Franco: La responsabilità degli amministratori di società per azioni, Giuffré, N.º 135 de los Quaderni di Giurisprudenza Commerciali. Se afronta el supuesto de la continuación de la gestión social después de la pérdida del capital social, con la responsabilidad de los administradores. Si no existen normas claras que impidan la continuación de la actividad social en crisis aumentando la posibilidad de fracaso ante una prospectiva incierta, la tutela de acreedores impone responsabilidad de los administradores: MIOLA, op. cit., p. 1310.

(26) Art. 12 del Título Preliminar del Código Civil y Comercial, que se refiere al «Orden público» y al «Fraude a la ley», con previsiones sobre abuso de derecho y fraude a la ley.

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

(28) FIMMANO, Francesco: «L' allocazione efficiente dell' impresa in crisi mediante la trasformazione dei creditori in soci, en Rivista delle società, 2010, p.57 y ss.

(29) RICHARD, Efraín H.: «SOBRE EL TÍTULO PRELIMINAR DEL PROYECTO DE CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL», texto de la conferencia de apertura en el «Primer Congreso Nacional de análisis y debate sobre el Proyecto del Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, en homenaje a Efraín Hugo Richard», Mar del Plata, del 4 al 6 de noviembre de 2012, con notas, publicado en El Derecho, Buenos Aires, diario del 5 de abril de 2013.

(30) La respuesta surge indubitable de los fundamentos que copiamos: «Desde otra perspectiva, es necesario que los operadores jurídicos tengan guías para decidir en un sistema de fuentes complejo, en el que, frecuentemente, debe recurrirse a un diálogo de fuentes, y a la utilización "no solo de reglas, sino también de principios y valores". En el sistema jurídico argentino vigente no hay un dispositivo que fije reglas generales respecto de las fuentes ni en relación a la interpretación de estas. La regulación completa de las fuentes es un tema que hoy se analiza en el derecho constitucional, porque tiene la amplitud necesaria para comprender

desde los tratados internacionales hasta la reglamentación administrativa. En el derecho privado, en cambio, "se pueden regular las fuentes desde el punto de vista de la decisión del juez", estableciendo, como se dijo, reglas para la decisión judicial. De modo que, en este plano, la respuesta es positiva y así lo propone el Anteproyecto. Si se introducen reglas respecto de las fuentes y la interpretación, "se debe valorar su coordinación con otros microsistemas". Ello es así porque, sea cual fuere el grado de centralidad que se le reconozca al Código, "una norma de este tipo tiene un efecto expansivo indudable". La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha sostenido: "... la regla de interpretación prevista en el artículo 16 (del Código Civil) excede los límites del derecho privado, puesto que los trasciende y se proyecta como un principio general vigente en todo el orden jurídico interno"» (Fallos, 312:957). Por esta razón, cabe distinguir entre el derecho como sistema y la ley, que es una fuente, principal, pero no única. En este sentido, es muy útil mencionar las fuentes del derecho, y fijar algunas reglas mínimas de interpretación, porque se promueve la seguridad jurídica y «la apertura del sistema a soluciones más justas que derivan de la armonización de reglas, principios y valores». Con referencia a la ley, el anteproyecto establece normas respecto de su obligatoriedad con relación al espacio y al tiempo y sus efectos en el campo del derecho internacional privado. Tradicionalmente, el título preliminar ha sido considerado solamente para estos fines, es decir, la definición de fuentes y reglas de interpretación.

(31) Régimen de Concursos y Quiebras. Buenos Aires, Astrea, 15.a ed., p. 155.

(32) RICHARD, Efraín H.: «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- p. 663, año 46. Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2013.

(33) Del 23 al 25 de septiembre de 2010, haciéndolo en homenaje a los Profesores Ariel Ángel Dasso y a Efraín Hugo Richard disertando sobre «Perspectiva del Derecho de la Insolvencia» como cierre del Congreso.

(34) VAN THIENEN, Pablo A. (dir.) y cols.: «Orden público societario... ¿estás ahí? En Lax & Finance, Working Paper N.º 20, 2008.

(35) OLIVERA GARCÍA, Ricardo: Estudios de derecho societario. Santa Fe, Rubinzal-Culzoni Editores, 2005, pp. 92 y 93.

(36) MILLER ARTOLA, Alejandro: Ley de sociedades. Análisis exegético, t. II, p. 203, FCU, Montevideo 1993.

(37) «¿Reorganización societaria o concursal ante la crisis? (Un "obiter dictum" de la Corte)», en libro colectivo AA.VV.: Reestructuración y Reorganización Empresarial en las Sociedades y los Concursos, publicación del Instituto Argentino de Derecho Comercial, 2010, Martín ARECHA (dir.) y Laura L. FILIPPI (vicedir.a). Buenos Aires, Legis, 2010, pp. 3-78.

(38) FUSHIMI, Jorge F. y RICHARD, Efraín H.: «La quita en concursos de sociedades y su tratamiento fiscal (y algunos aspectos periféricos)», t. 1, p. 635 de los libros de los Congresos: VIII Congreso Argentino de Derecho Concursal; VI Congreso Iberoamericano de la Insolvencia, Tucumán, septiembre de 2012, «Por un mejor derecho concursal».

(39) FIMMANO, Francesco: «L' allocazione efficiente dell'impresa in crisi mediante la trasformazione dei creditori in soci», en Rivista delle società, 2010, p. 57 y ss.

(40) En La responsabilità degli amministratori di società per azioni, Giuffré, N.º 135 de los Quaderni di Giurisprudenza Commerciali.

(41) En RDCO, sección doctrina N.º 255, julio-agosto de 2012, p. 61.

(42) Publicado en Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones (RDCO) 2013-A- p. 663, año 46. Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2013.

(43) En Tratado de los Conflictos Societarios, de Diego DUPRAT (dir.). Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2013, t. III, p. 2793.

(44) Entre otros, los siguientes textos. LE PERA, Sergio: «Sobre la futilidad de la noción de capital social», LL, t. 1986-b, p. 972. ARAYA, Miguel C.: «El Capital Social» DPyC, Sociedades. Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 2003, p. 213. ARAYA, Miguel C.: «Capital y patrimonio» JA-1996, t. IV. p. 676. FOURCADE, Antonio Daniel: en El patrimonio neto en las sociedades comerciales. Buenos Aires, Osmar D. Buyatti, 1998. RAMÍREZ BOSCO, Lucas: en «Responsabilidad por infracapitalización societaria». Buenos Aires, Hammurabi, 2004. NISSEN, Ricardo en el prólogo a la obra de Ramírez Bosco citada. LE PERA, Sergio: en prólogo a la obra «Régimen de Utilidades en las Sociedades Anónimas» de la autora CHINDEMI, Marcela H. Buenos Aires, Ad-Hoc, 2004. VERLY, Hernán: «Apuntes para una revisión del concepto de capital social». LL-1997-A, p. 756. LISDERO, Alfredo R.: «Una posible solución al problema de la infracapitalización societaria», ED t.191, p. 804. GALIMBERTI, María Blanca: «El capital social en una era de grandes cambios» DSEyC Errepar, t. IX, 1998. BOLLINI SHAW, Carlos (h): «Capital y patrimonio en las sociedades anónimas. El principio de la intangibilidad del capital social», ED-1976, t. 65, p. 813. REINOSO, José L.: «Capital social: mínimo legal y suficiente para el cumplimiento del objeto social» JA-1997. t. IV, p. 731. JURADO, María A.: «El Capital Social y la Realidad Económica actual», en la obra colectiva: «Cuestiones de Derecho Societario. En homenaje a HORACIO P. FARGOSI», de VÍTOLO, Daniel R. (dir.). Buenos Aires, Ad-Hoc, 2004, p. 333. RICHARD, Efraín Hugo: «Sobre el Capital Social», en Jornadas Nacionales de Derecho Societario en Homenaje al Profesor Enrique M. Butty. Buenos Aires, 2007, p. 107 y en www.acaderc.org.ar.

(45) FUSHIMI, Jorge F.: en XVII Jornadas Nacionales de Institutos de Derecho Comercial, «Sobre el reintegro del capital en las sociedades anónimas», en Tema: Formas de afrontar la crisis societaria. ARAYA, Miguel C.: Repensar la noción de capital social, t. II, p. 279, II Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa, Mar del Plata, 1995. PORTALE, Giuseppe B. y COSTA, Concetto: «Capitale Sociale e Società per azioni sottocapitalizzate. Le nuove tendenze nei paesi europei» en obra Il diritto delle società per azioni: problemi, esperienze, progetti, a cargo de Pietro ABBADESA y Ángel ROJO. Milán Giuffré Editore, 1993, pp. 59 y ss. SPOLIDORO, Marco Saverio: «Il capitale sociale», op. cit. precedentemente.

(46) «Art. 94. Disolución: causas. La sociedad se disuelve: ... 5. Por pérdida del capital social...».

(47) URÍA, R.; MENÉNDEZ, A., y GARCÍA de ENTERRÍA, J.: «La sociedad anónima: disolución», Cap. 4, p. 1001, en CURSO DE DERECHO MERCANTIL, op. cit.

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

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

(50) Art. 96: «Pérdida del capital social. En el caso de pérdida del capital social, la disolución no se produce si los socios acuerdan su reintegro total o parcial del mismo o su aumento».

(51) RICHARD, Efraín H.: Insolvencia societaria. Buenos Aires, Lexis Nexis, 2007. «El plan de empresa (o cómo asumir crisis tempestiva y extrajudicialmente)», en libro colectivo: Homenaje al Dr. Osvaldo J. Maffía, Cap. II, p. 217. Córdoba, Lerner, 2008, Instituto Argentino de Derecho Comercial y Fundación para la Investigación del Derecho Concursal y la empresa en crisis, de Pablo VAN NIEUWENHOVEN. E. [Daniel TRUFFAT, Marcelo BARREIRO, Carlos Roberto ANTONI PIOSSEK y Ramón Vicente NICASTRO (coords.)].

(52) La quita es una propuesta esencialmente poco equitativa desde el momento en que implica una transferencia de riqueza del acreedor al deudor, a título gratuito. RICHARD, Efraín H.: «¿Capitalismo de reposición vs. Capitalismo donatario?», en Doctrina Societaria y Concursal», Errepar (DSCE), t. XXIII, p. 933, septiembre de 2011, y el consecuente enriquecimiento del segundo a costas del empobrecimiento del primero.

(53) RICHARD, Efraín H.: «Los administradores societarios y la insolvencia» en Summa Societaria. Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2012, t. I, p. 1449.

(54) RICHARD, Efraín H.: «La conservación de la Empresa», en Anales de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, t. XXV, p. 107 y ss., correspondiendo a nuestra comunicación en ocasión de recibir el Premio Academia en el año 1981; «Los administradores societarios y la insolvencia», en RDCO N.º 203, pp.553 y ss.

(55) PALMERO, Juan C.: «Nuevo enfoque para empresas en crisis. Modificaciones destacables en relación con la Ley 19.551. Apreciación metodológica inicial. Cómo entender el nuevo régimen concursal», en Nueva legislación concursal y la participación del profesional en Ciencias Económicas. Jornadas de actualización. Córdoba, Advocatus, noviembre 1995, p. 17.

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

(57) En un fallo, encontramos referencias a este supuesto, a través de la apelación contra la resolución de la IGJ que «declaró irregular e ineficaz a los efectos administrativos lo resuelto como punto 2 del orden del día en las Asambleas Generales Extraordinarias de Accionistas del

9/8/09 y 11/12/10 respectivamente, denegando con ello la inscripción de los aumentos de capital y modificación del estatuto allí resueltas, motivando la sentencia de la CNCom, sala A, del 16 de febrero de 2012 en la causa «Inspección General de Justicia c/ Orígenes AFJP sobre organismos externos», MJJ71692. La Inspección fundó el rechazo en que la sociedad «estaría inmersa en un proceso liquidatorio conforme lo establece el art. 101 y ss. LSC. Agregó que el procedimiento de aumento de capital previsto en los arts. 188 y ss. del ordenamiento societario, conlleva la voluntad social de continuar la actividad que tiene por objeto la sociedad». La Fiscal General propició la revocación de la resolución administrativa y la inscripción de los aumentos de capital oportunamente efectuados por los accionistas de Orígenes AFJP S. A.-en liquidación-. La sociedad apelante refirió «que no existiría norma alguna que obste un aumento de capital en un caso como el de autos, donde la sociedad se encuentra en liquidación y no cuenta con activos suficientes para hacer frente a sus pasivos. La Cámara entendió que «lo cierto es que los accionistas de cualquier sociedad anónima en liquidación tienen derecho a provocar y realizar aumentos de capital de la sociedad destinados a llevar a cabo una liquidación ordenada y sana de la misma, previendo que los activos puedan no ser suficientes para cancelar los pasivos y evitando así una eventual quiebra de la sociedad». Admitiendo el recurso interpuesto.

(58) RICHARD, Efraín H.: «¿Reorganización societaria o concursal ante la crisis? (Un "obiter dictum" de la Corte)» en libro colectivo de AA. VV. : Reestructuración y Reorganización Empresarial en las Sociedades y los Concursos, publicación del Instituto Argentino de Derecho Comercial, 2010, Martín ARECHA (dir.), Laura L. FILIPPI (vicedir.a), Legis, Buenos Aires, 2010, pp. 3 a 78. «En torno a la responsabilidad de administradores societarios por pérdida del capital social», en Foro de Córdoba, año XXI, agosto 2011, N.º 148 p. 57.

(59) Estas reflexiones corresponden a la CCCyCA San Francisco, Córdoba. Del 12 de diciembre de 2012 en la causa «Decor Materiales S. R. L. c/ Devoto Auto Club - Ordinario, reinvidicación», publicado en Semanario Jurídico, Fallos y doctrina. Córdoba, Comercio y Justicia, jueves 28 de febrero de 2013, año XXXV p. 314.

(60) FUSHIMI, Jorge F., y RICHARD, Efraín H.: Comunicación al VIII Congreso Argentino de Derecho Concursal y VI Congreso Iberoamericano de la Insolvencia (Tucumán, septiembre de 2012); «La quita en concursos de sociedades y su tratamiento fiscal (y algunos aspectos periféricos)» , t. 1 p. 635. Allí también se analiza la naturaleza de la quita, su abusividad y aspectos impositivos.

(61) HAGGI, Graciela A.: «El reintegro del capital social», en AA. VV., Laura FILIPPI y María Laura Juárez (dir.as). Derechos patrimoniales. Estudios en homenaje del profesor emérito Dr. Efraín H. Richard. Buenos Aires, Ad Hoc, 2001, p. 193. NISSEN, Ricardo A.: «La pérdida del capital social...», op. cit., pp. 77 y 78. VAN THIENEN, Pablo A.: «Pérdida total del capital social: ¿Reintegro, aumento u operación bandoneón», en Revista de las Sociedades y Concursos, N.º 1, 27 marzo abril 2004, p. 81. NORTE SABINO, Osvaldo J.: Reintegro del capital social en Impuestos, XLI A, p. 495.

(62) NORTE SABINO, Osvaldo J.: «Reintegro del Capital Social», Impuestos XLI, A, p. 495. En igual sentido, se expide VAN THIENEN, Pablo A.: «Pérdida total del Capital Social: ¿Reintegro, aumento u operación bandoneón?», en Revista de las Sociedades y Concursos N.º 27, marzo-abril de 2004, p. 81.

(63) DASSO, Ariel Á.: Tratado del Derecho de separación o receso del socio y del accionista

(Derecho Argentino y Comparado. Buenos Aires, Legis, 2012, p. 301.

(64) MILLER, Alejandro: Sociedades Anónimas, Directorio, Síndico. p. 119 y ss. Montevideo, AMF, 2005. Pueden consultarse nuestras opiniones en www.acader.unc.edu.ar sobre este y sobre otros aspectos.

(65) En comentario a nuestro libro Insolvencia societaria (Buenos Aires, Lexis Nexis, 2007), en JA 2009-III- diario del 23.9.2009, p. 93.

(66) QUINTANA FERREYRA, Francisco y RICHARD, E. H.: «La conservación de la empresa en las Leyes de Sociedades 19.550 y de Concursos 19.551» en RDCO 1978-1376.

(67) BELTRÁN, Emilio: La disolución de la sociedad anónima. Madrid, Estudios de Derecho Mercantil, Civitas, 1991, pp. 138 y 139.

(68) DIEZ ECHEGARAY, José L.: Deberes y Responsabilidad de los Administradores de Sociedades de Capital. Navarra, Thomson-Aranzadi 2006, 2.^a ed., p. 387.

(69) DASSO, Ariel A.: Derecho Concursal Comparado, t. I y t. II. Buenos Aires, Legis, 2009. Hemos formalizado la reseña de ese libro, extraordinaria aportación del distinguido jurista argentino, para el Anuario de Derecho Societario, España, N.º 22 del Anuario, enero de 2011. También en otras publicaciones, y otros comentarios en «Derecho Concursal Comparado», en Zeus Córdoba, N.º 445, año X, 19 de julio de 2011, t. 19, p. 57; «Derecho Concursal Comparado», publicado en Zeus, Revista N.º 13, t. 116, p. 673; y en «Derecho Concursal Comparado (Sobre la contribución de Ariel Ángel Dasso)» para Vía Crisis, Perú.

(70) «Notas en torno a la preconcursalidad societaria: un estudio comparado», en Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal. RPC 20/14, Reseña Legislativa española y comparada. Madrid, La Ley, 2014, pp. 423 a 446.

(71) GUERRERA, Fabrizio, y MALTONI, Marco: «Concordati giuiziali e operazioni societarie di "riorganizzazione"», en Rivista delle società, anno 53, 2008 pp. 22 y 23, D'ALESSANDRO A.: La crisi delle procedure concursali, p. 355.

(72) STANGHELLINI, Lorenzo: Creditori forti e governo della crisi d'impresa, Fallimento 2006, p. 145 y ss.

(73) DASSO, Ariel A.: Derecho Concursal Comparado, op. cit., t. I y t. II. Buenos Aires, Legis, 2009.

(74) SCBA, «Rodríguez, Alberto H. c/ Mada S. R. L. y/u otros», 16/6/1992, LL, 1992-E, 39, DJBA 143, 5318, DJ, 1993-1-866: Vencido el término de duración de una sociedad de responsabilidad limitada sin que se disponga su liquidación, toda actividad ajena a esos fines hace responsable a los administradores ilimitada y solidariamente respecto de los terceros y los socios sin perjuicio de la responsabilidad de estos.

(75) CCiv., Com. y Lab. Reconquista, «Coheres, Luis A. y otros c/ Coteplex S. R. L.», 18/2/1997. LL Litoral, 1998-1-266: Es inadmisibles la solicitud de embargo formulada por los actores respecto de los socios de la sociedad demandada que ha incurrido en la causal de disolución contemplada en el art. 94, inc. 2, de la Ley 19.550 si no han acreditado que la

sociedad ha ignorado el trámite liquidatorio o bien que sus administradores han realizado actos en violación a lo prescripto por el art.99 de la citada normativa, pues aquella conserva su personalidad aunque acotada a la etapa de liquidación.

(76) RICHARD, Efraín H.: «¿Reorganización societaria o concursal ante la crisis? (Un "obiter dictum" de la Corte)», en libro colectivo de AA. VV.: «Reestructuración y Reorganización Empresarial en las Sociedades y los Concursos», publicación del Instituto Argentino de Derecho Comercial, 2010, de Martín ARECHA (dir.) y Laura L. FILIPPI (vicedir.a). Buenos Aires, Legis, 2010, pp. 3 a 78.

(77) Cám. Trabajo y Minas 4.^a Nominación de Santiago del Estero, 15/6/2005, «Salazar, Oscar E. c/ Forestal El Milagro S. R. L.», MJJ5219.

(78) En Doctrina Societaria y Concursal. Buenos Aires, Errepar, N.º 286 año XXV, t. XXIII, p. 933, septiembre de 2011.

(79) BARACAT, Edgar J.: «El desvanecimiento de los procedimientos ortodoxos para abordar la insolvencia de las personas físicas y empresas. ¿Un giro definitivo hacia el privatismo?», en Revista de Derecho Comercial y de la Empresa. Buenos Aires, La Ley, 2.^a quincena de diciembre de 2011. El Prof. Barcat es Ministro de la Cámara Comercial de Rosario e inveteradamente preside o es ponente general en la Comisión de Derecho Procesal Concursal de los Congresos de Derecho Procesal.

(80) RICHARD, Efraín H.: Insolvencia societaria, op. cit., p. 100.

(81) Hace varios años, trabajamos sobre ello: «Insolvencia societaria», op. cit., p. 71:«La insolvencia del Estado genera costos adicionales, de provisiones financieras o de pagos a lobistas, cuando no una corrupción trasnacional, apoyada por paraísos fiscales que receptan esos fondos pese a las normas sobre lavado de dinero... Dijimos que es tiempo de volver al viejo corazón del derecho comercial, a los usos y costumbres a través de la ética tomando como criterio de ello al significado primitivo, conforme a la distinción aristotélica... Solo pueden acotar esa proyección una actitud sólida, ética y solidaria, de audacia de los seres humanos basados en los principios de igualdad de oportunidades, justicia y respeto al prójimo, que resuciten el rol del derecho ante el libertinaje económico y el utilitarismo egoísta. Alvin Toffler señalaba que, en este cambio, la rivalidad no será entre capitalistas y marxistas o ricos y pobres, sino entre «rápidos y lentos...».

(82) RICHARD, Efraín H.: «Concursos de sociedades. Propuestas de acuerdo con abuso o fraude a la ley», en La Ley, t. 2014-D- diario del miércoles 6 de agosto de 2014, pp. 1-6.

(83) C. Nac. Com., Sala E, 17/8/2006, «Inspección General de Justicia c/ Compañía Norte S. A.», MJJ8428.

(*) Profesor emérito, Universidad Nacional de Córdoba. 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. Doctor en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Nacional del Litoral. Doctor Honoris Causa de universidades Nacional de Tucumán, Santo Tomás de Aquino y Católica de Salta. Miembro de los Tribunales de Arbitraje Permanente de las bolsas de Comercio de Rosario, Santa Fe y Córdoba (expresidente de este). Dirige varias publicaciones. Publicista y polemista.