

ENSEÑANZA DEL DERECHO SOCIETARIO DE CRISIS

Efraín Hugo RICHARD

La enseñanza centrada en las normas de las leyes de sociedades y de concursos, dificulta una visión sistémico constructivista sobre las crisis de sociedades. La ley de sociedades contiene adecuadas normas imperativas para limitar esas crisis.

Publicado en Doctrina Societaria y Concursal, Ed. Errepar, Buenos Aires, n° 364 Marzo 2018, pág. 165 y ss..

I - INTRODUCCIÓN.

Venimos ensayando **sobre nuestra preocupación de la enseñanza del derecho societario y del derecho concursal en torno a la crisis de las personas jurídicas societarias**. Nos preocupa la enseñanza excesivamente concentrada, donde se pierde de vista el sistema.

Pero también nos preocupa el limitado número de investigaciones –y de investigadores- que bucean sobre este sistema y la integración de las leyes de sociedades y concursos. Y concretamente su reflejo práctico: continuas reformas en la legislación concursal –o requerimientos de reforma- sin advertir que la base de la organización societaria contenida en las leyes específicas prevé soluciones a la crisis. Luego de ello constatar que las leyes concursales no son adecuadas para afrontar, en la mayoría de los casos, las crisis de sociedades que terminan mal, o sea destruyendo a la empresa que se pretende conculcar.

Existe autonomía de la voluntad para crear sociedades con personalidad jurídica, para desarrollar un objeto social y para que los socios se distribuyan las ganancias o “soporten las pérdidas”, como bien señala la Ley General de Sociedades –LGS-. Esta es la base de la autonomía para la creación: no generar daños. Sin embargo a través de concursos preventivos y vaya a saber por que medios, las pérdidas las soportan los acreedores a través de quitas, inclusive generando utilidades al disminuir el pasivo de la sociedad. Un absurdo lógico, un fraude al sistema de la ley de sociedades.¹ La imperdible presentación del Director en un Tratado² constituye una

¹ Sobre este aspecto vienen a cuento las expresivas y sinceras manifestaciones *obiter dictum* del camarista Dr. Alfredo A. Kölliker Frers “la realidad cotidiana de nuestros tribunales demuestra que los ‘verdaderos acreedores permanecen ajenos, en general, al trámite de los concursos, ya sea por desconocer siquiera su existencia, por falta de información o por ignorancia sobre como manejarse en ese tipo de contingencias, o incluso por carecer de asesoramiento legal o, simplemente, por fastidio o hastío por un sistema legal que desde la perspectiva popular sólo pareciera proteger a los deudores y desamparar a los acreedores. En fin, cualquiera sea la razón de esta realidad, lo cierto es que estos acreedores “genuinos” –mayormente proveedores, trabajadores y/o genéricamente, acreedores comerciales- deben presenciar como el concursado y sus asesores letrados diseñan estrategias que les posibilitan a estos últimos “manejar” las mayorías concursales para imponerles a aquéllos propuestas abusivas, cuando no irrisorias, para dilatar su pago, o diluir o licuar directamente sus créditos hasta límites inconcebibles. ¿Puede seriamente creerse, entonces, que esos desprotegidos acreedores estarán en condiciones de evaluar si la falta de actividad actual y/o potencial del concursado constituye o no un óbice para el éxito de la solución preventiva, cuando además de carecer por completo de todo tipo de información acerca de la actividad comercial del deudor, se procura por todos los medios que aquéllos no participen del procedimiento concursal (si es que se enteran de su existencia) y son frecuentemente excluidos de la “voluntad” del colegio de acreedores mediante la interposición de acreedores ficticios o ya “desinteresados” deliberadamente para que brinden su conivente complacencia a las estrategias del deudor, situación que se agrava si se tiene en cuenta que ni siquiera este último está obligado por la ley a decir qué se propone hacer con su empresa y de dónde piensa sacar los fondos con los que les va a pagar? Sinceramente creo que no... se tiene la más absoluta certeza desde la perspectiva de juez que el único objeto del deudor es “bicicletear” a los acreedores y/o ganar tiempo para asegurarse un espacio temporal durante el cual poder diluir su responsabilidad patrimonial y garantizar la inmunidad de los responsables de la falencia”. Como compartimos este diagnóstico, tan brutal¹, es que dirigimos nuestros razonamientos a dar una inteligencia constructivista al sistema concursal actual, particularmente en relación a la actividad empresarial organizada como sociedad, integrándolo a la legislación específica de la actual Ley General de Sociedades –LGS-

autopsia de la legislación concursal: "...todos conocemos lo grave que significó para una comunidad con un nivel de moral colectiva tan bajo como el que ya existía en ese momento en nuestro País, la castración de las acciones de responsabilidad... autores tan serios como Bergel o Maffia hablaron del *réquiem* de estas acciones para beneplácito de los *pillos*. No menos grave fue el mantener *intocada* la normativa referida a la extensión de la quiebra, dejándose librados a síndicos y damnificados a tener que enfrentar a *picaros aggiornados* que utilizan mecanismos de máxima sofisticación para estafar ... ampliando aún más la situación de significativa impunidad que se otorgó a los comerciantes y empresarios inescrupulosos *carta blanca* para delinquir...nadie ignora que su empleo generalmente se ha venido dando desde entonces siempre en situaciones sospechadas de fraude en las que el *cramdista*...por lo común terminaba siendo un allegado al cuasi-fallido *pillo*, que desembarcaba como tal –tras fracasar como concursado –a través de una sociedad *off shore* o de un amigo de turno, cuando no del *testaferro* de estilo...corresponde evaluar qué actitud asumió nuestra veleidosa *comunidad jurídica* frente a aquella crisis, y como acompañó las situaciones posteriores, ante institutos tan bochornosos como el APE...y harto peligrosos... nuevamente recorro a Cámara: *El principio de conservación de la empresa no constituye una patente de corso para la gestión empresarial*... los APE fueron utilizados para convalidar verdaderos despojos...”.

Las quitas pueden constituir un despojo cuando afectan el derecho de propiedad o sean cuando son despojatorias del derecho de los acreedores beneficiando indirectamente a los socios.³

Nos referiremos así al tratamiento de la crisis de empresas organizadas societariamente. Es hoy un tema de interés mundial conservar empleos y empresas viables, por el efecto en las comunidades donde están asentadas y la generación de riqueza indirecta. La caída de esas organizaciones ha motivado numerosas reformas a la legislación concursal particularmente alentando la generación de cooperativas de trabajo con los empleados de las sociedades en liquidación, más con apoyos normativos que reales.

Obviamente nos referiremos a la específica situación en la República Argentina, pero con una visión generalista a partir del derecho en que profesamos y de la información recabada en Congresos internacionales.

La enseñanza de las materias Derecho Concursal –concursos preventivos y quiebras- y Sociedades -Relaciones de Organización y contratos asociativos-- no genera interacción entre las mismas para afrontar las crisis societarias. En la primer materia se trata en forma semejante –con pocas aclaraciones- el concurso de una persona humana que de una persona jurídica.

Las diferencias son notables. Lo que es aceptable en el concurso preventivo y en la quiebra del patrimonio de una persona humana, es inaceptable en similares situaciones para una sociedad, concretamente por violar normas imperativas contenidas en la misma, particularmente la función de garantía del capital social.

Planificar, analizando la crisis y las medidas para superarla es el mínimo a requerir de la conducta de un buen hombre de negocios, que actúa con deslealtad si continúa operando contagiando la insolvencia.

² LEY DE CONCURSOS Y QUIEBRA COMENTADA, AAVV, Ernesto E. MARTORELL Director, Ed. La Ley, Buenos Aires, mayo 2012, 5 tomos (págs. 1016, 936, 846, 1129 y 1463 respectivamente).

³ PALAZZO, José Luis – RICHARD, Efraín Hugo “VISION BÁSICA CONSTITUCIONAL DE PROPUESTA ÍRRITA DE QUITA Y ESPERA”, en libros del “VI Congreso Nacional de Derecho Concursal y IV Congreso Iberoamericano de la Insolvencia”, Rosario 2006, Tomo I pág. 715.

De ninguna forma pretendemos que el administrador asuma el riesgo del mercado o del error en la planificación⁴, sino que tome conciencia que de una actitud omisiva o desleal puede resultar responsabilidad. De allí el adecuado léxico de esas normas derogadas, en torno al juicio posterior de “irrazonabilidad” al tiempo de concebirlo del plan de saneamiento.

Lo importante es bucear en el sistema jurídico, sin dogmatismo, tratando que el mismo satisfaga las necesidades generales de la convivencia, y en el caso del concurso de eliminar el antivalue que permite su aplicación: el estado de cesación de pagos o la crisis si –como pensamos- se debe actuar anticipatoriamente para evitar daños irreparables a la empresa y su contagio al mercado (el “timing problem” o tempestividad en la presentación).

II – MOTIVACIONES PEDAGÓGICAS.

Hemos alertado sobre nuestra preocupación de la enseñanza del derecho societario y del derecho concursal en torno a la crisis de las personas jurídicas societarias. Nos preocupa la enseñanza excesivamente concentrada y especializada, donde se pierde de vista el sistema.

Desde el año 1982 comenzamos a preocuparnos sobre el tema de la unificación, las Academias Nacionales de Derecho a poco llamaron a dialogar sobre ello bajo el lema “Lo conveniente y lo posible”, desarrollándose en esa misma década la primera recodificación vetada por el Poder Ejecutivo, incluso después de Congresos y reuniones jurídicas. Lo siguieron dos importantes proyectos en la década del 90 y ahora se acaba de concretar en un Código Civil y Comercial –CCC- que imponiendo una interpretación integral y sistemática en su Título Preliminar, conserva las leyes de concursos y sociedades –esta con algunos ajustes-.

Sostuvimos, junto a la mayoría de la doctrina, que cualquier unificación debía iniciarse en el análisis doctrinal, académico, seguir por lo pedagógico y culminar con reconocimiento normativo.

Así se gestó en nuestra Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba, donde a fin del siglo pasado se aprobó una reforma del Plan de Estudios eliminando las terminologías “Derecho Civil” y “Derecho Comercial”, para adoptar la genérica de “Derechos Privados”, con contenidos similares, pero manteniendo la nomenclatura clásica para Derecho Concursal y Títulos Valores.

Desde la Revista “Ensayos de Derecho Empresario” que codirijimos, alentada desde el Departamento de Coordinación Docente de Derecho Comercial de esa Facultad, y del Instituto de la Empresa de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, cuyas direcciones nos han confiado, sentimos la obligación de abordar esa visión integradora, que no advertimos en la temática específica.

Nos referimos concretamente al tratamiento de la crisis de empresas organizadas societariamente. Es hoy un tema de interés nacional conservar empleos y empresas viables, por el efecto en las comunidades donde están asentadas y la generación de riqueza indirecta. La caída de esas organizaciones ha motivado numerosas reformas a la legislación

⁴ Es el parámetro que fijaban los arts. 125-1 y 125-2 incorporados en el año 1983 a la ley de concursos 19.551 entonces vigente, disponiendo que la razonabilidad de un plan debía juzgarse en relación a la fecha en que había sido formulado, descartando así los avatares del mercado, de la política o de la globalización.

concurstal, particularmente alentando la generación de cooperativas de trabajo con los empleados de las sociedades en liquidación, más con apoyos normativos que reales.

La enseñanza de las materias referidas no genera interacción entre las mismas para afrontar las crisis societarias. En la primer materia se trata en forma semejante –con pocas aclaraciones- el concurso de una persona humana que de una persona jurídica.

A nuestro entender las diferencias son notables. Lo que es aceptable en el concurso preventivo y en la quiebra del patrimonio de una persona humana, es inaceptable en similares situaciones para una sociedad, concretamente por violar normas imperativas contenidas en la misma, particularmente la función de garantía del capital social.

Sobre esto versa este ensayo, sin duda incompleto, alentado por advertir similar visión en las reformas vigentes desde el 1° de agosto de 2015, tanto del Código Civil y Comercial de nuestra República Argentina (en adelante CCC) y de su Ley General de Sociedades (en adelante LGS).

III – LA VISIÓN INTEGRADORA.

Planificar, analizando la crisis y las medidas para superarla es el mínimo a requerir de la conducta de un buen hombre de negocios, administrador de sociedades, que actúa con deslealtad si continúa operando contagiando la insolvencia, que genera la pérdida del apital social art. 94.5 LGS⁵. No es otro el parámetro de los art. 96⁶ y 99 LGS⁷, con normas similares en el derecho comparado⁸.

Conlleva a traer a cuento el tema del PLAN DE EMPRESA con cuya consideración rendimos homenaje a Pedro J. Frías⁹, un constante requirente para la sociedad política y empresaria de administradores estratégicos. Volvimos sobre ello¹⁰, y recalamos la cuestión que Alberti¹¹ señala “El exigir a los insolventes una concisa exposición de su programa de modificación de la situación empresaria precedente al concursamiento, mediante un plan de aquello por poner en práctica para corregir la pérdida que ha causado los incumplimientos de los pagos, saneará el concurso preventivo de su actual empleo como artificio procedimental destinado simplemente a diferir una fatal liquidación.”.

El art. 66 LGS manda cumplir a los administradores con la obligación de "informar en la memoria sobre el estado de la sociedad". La Memoria importa una

⁵ “Art. 94. *Disolución: causas.* La sociedad se disuelve:... 5. Por pérdida del capital social”. O sea del total del decapital estatutario. En las Sociedades por acciones ante la pérdida del 50% debe reducirse, pero no se impone como causal de disolución.

⁶ “Art. 96. *Pérdida del capitall.* En el caso de pérdida del capital social, la disolución no se produce si los socios acuearden su reintegro total o parcial del mismo o su aumento”.

⁷ “Art. 99. *Administradores: facultades y deberes.* Los administradores, con posterioridad ... o la declaración de haberse comoprobado alguna de las causales de disolución, sólo pueden atender los asuntos urgentes y deben adoptar las medidas necesarias para iniciar la liquidación. – *Responsabilidad.* Cualquiere operaci´(on ajena a esos fines los hace responsables ilimitada y solidariamente respecto a los terceros y los socios, sin perjuicio de la responsabilidad de éstos.”.

⁸ RICHARD, Efraín Hugo “NOTAS EN TORNO A LA PRECONCURSALIDAD SOCIETARIA”, en *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, Editorial La Ley, RPC 20/2014, Reseña Legislativa española y comparada. Madrid 2014, págs.. 423 a 446.

⁹ En *Estudios en honor de Pedro J. Frías*, editado por la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, 1994, nto. trabajo en el tomo III p´. 1187 “El plan de empresa, Ética y responsabilidad del empresario”.

¹⁰ RICHARD, Efraín Hugo “Salvataje de la empresa: ¿Una postulación sin respuesta en la ley concursal?” con Francisco Junyent Bas y Orlando Manuel Muiño, en RDCO año 30 1997 pág-525 y ss., ya citado.

¹¹ ALBERTI, Marcelo Edgardo “Una contribución de Efraín Hugo Richard al derecho concursal: el plan de empresa como recaudo del concurso preventivo” en *DERECHOS PATRIMONIALES Estudios en Homenaje al Profesor Emérito Dr. Efraín Hugo Richard*, Ed. Ad Hoc, Buenos Aires 2001, tomo II pág. 949.

obligación de los administradores para que "los accionistas de informen adecuadamente no sólo de lo acaecido sino también de lo proyectado por la administración de la sociedad; mediante el uso de esa información, el socio se debe encontrar en condiciones de determinar la congruencia de lo actuado y lo proyectado para la consecución del objeto social, y determinar la posibilidad de acciones de responsabilidad o de impugnación (art. 251 LGS), permitiendo después juzgar si lo actuado fue en cumplimiento de lo comprometido en la memoria, ya que en virtud del principio de veracidad de ella, el apartamiento del camino comprometido permitirá una mejor apreciación sobre el ejercicio de acciones de responsabilidad por mal desempeño del cargo"¹².

La omisión de la Memoria implica una violación de la ley en su art. 234 inc.1º LGS¹³, por cuanto comporta una falta de integración de la documentación contable obligatoria, explícitamente mencionada en la norma, por lo que "ni la votación unánime aprobando el resto de la documentación, puede purgar el vicio, resultado impugnabile desde la convocatoria a la reunión de socios... no pudiendo descomponerse en partes cumplidas e incumplidas, ni es facultad de los administradores el ejercicio de tales opciones, pues se trata de un complejo informativo necesariamente integrado"¹⁴.

“¿Para qué perder tiempo si no hay viabilidad económica? El diagnóstico previo fue la savia 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 acarrear 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?”¹⁵.

De ninguna forma pretendemos que esos administradores asuman el riesgo del mercado o del error en la planificación¹⁶, sino que tome conciencia que de una actitud omisiva o desleal puede resultar responsabilidad.

Jamás deben preocuparse los administradores que actúan con lealtad y la diligencia de un buen hombre de negocios, ni aún ante la cesación de pagos o insolvencia de la sociedad, y menos frente a una mera crisis económico o financiera. No se espera de ellos que tengan necesariamente que superar ese estado patrimonial o financiero, sino meramente que lo afronten, en primer lugar frente a los socios –conforme la legislación societaria- y agotada ella –incluso la negociación privada con los acreedores- por la vía concursal que, a través de la concurrencia obligatoria intenta la unificación de acciones de intereses.

¹² MUIÑO, Orlando Manuel – RICHARD, Efraín Hugo *Derecho Societario*, pág. 274, Editorial Astrea, Buenos Aires 1997, donde remitimos a nto. “El buen hombre de negocios y el plan de empresa” en *Doctrina Societaria y Concursal Errepar*, abril 93 t. V p. 337 y ss..

¹³ “Art. 234. *Asamblea ordinaria*. Corresponde a la asamblea ordinaria considerar y resolver los siguientes asuntos: 1.

Balance general, estado de resultados, distribución de ganancias, memoria e informe del síndico y toda otra medida relativa a la gestión de la sociedad que le compete resolver conforme a la ley y el estatuto o que sometan a su decisión el directorio, el consejo de vigilancia o los síndicos;...”

¹⁴ 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*, pág. 31.

¹⁵ PALMERO, Juan Carlos “Nuevo enfoque para empresas en crisis. Modificaciones destacables en relación a la ley 19.551. Apreciación metodológica inicial. Como entender el nuevo régimen concursal” en *Nueva legislación concursal y la participación del profesional en Ciencias Económicas. Jornadas de actualización*”, Ed. Advocatus Córdoba noviembre 1995, pág. 17.

¹⁶ Es el parámetro que fijaban los arts. 125-1 y 125-2 incorporados en el año 1983 a la ley de concursos 19.551 entonces vigente, disponiendo que la razonabilidad de un plan debía juzgarse en relación a la fecha en que había sido formulado, descartando así los avatares del mercado, de la política o de la globalización.

Lo importante es bucear en el sistema jurídico, sin dogmatismo, tratando que el mismo satisfaga las necesidades generales de la convivencia, y en el caso del concurso de eliminar el antivalor que permite su aplicación: el estado de cesación de pagos o la crisis si –como pensamos- se debe actuar anticipatoriamente para evitar daños irreparables a la empresa y su contagio al mercado (el “timing problem” o tempestividad en las soluciones).

1. En este punto, para una visión integradora es conveniente al margen de las palabras o locuciones “cesación de pagos” e “insolvencia” distinguir imposibilidades de pago en tiempo con la pérdida del capital social¹⁷.

En momentos en que en el derecho comparado se aboga por la intervención temprana en las crisis para evitar la destrucción de bienes y la generación de daños, en el derecho argentino aparece como un límite para el concurso de sociedades su estado de cesación de pagos, y no un estado patrimonial más grave.

Es más, se acepta la presentación en concurso de sociedades que ni siquiera se encuentren en cesación de pagos, en el concurso por agrupamiento o por garantías otorgadas, pues en ambos casos se avizora una situación de crisis, quizá inminente.

En orden a la crisis de las sociedades apuntamos que la legislación societaria – que no ha sufrido las modificaciones generadas en la concursal- contiene previsiones imperativas para asumir la crisis tempestivamente y a bajo coste, sin generar daños.

No puede pretenderse que el derecho concursal resuelva las crisis societarias al margen de las previsiones de la ley específica para afrontarlas.

El aspecto terminológico con el que se denominan las crisis societarias puede generar ciertas dudas¹⁸ sobre a que nos estamos refiriendo.

El interés en esta temática es generar una concordancia entre el derecho societario y el derecho concursal.

La tensión aumenta –y los problemas se suscitan- cuando el valor patrimonial de la sociedad no permite satisfacer su pasivo¹⁹, los accionistas pierden interés en la gestión, y los acreedores en cambio pasan a tener interés fundamental en la prosecución exitosa de la actividad. Los acreedores de una empresa en crisis se encuentran en la misma situación de inversores sin derecho, que no tuvieron en cuenta cuando contrataron sin la información de esa situación o antes que se produjera esa situación.

¹⁷ RICHARD, Efraín Hugo “EL PRESUPUESTO OBJETIVO EN CONCURSO DE SOCIEDADES: LA CESACIÓN DE PAGOS” en *CRISIS Y DERECHO*, libros de X CONGRESO ARGENTINO DE DERECHO CONCURSAL y VII CONGRESO IBEROAMERICANO DE LA INSOLVENCIA, Ed. FESPRESA, Fundación para el Estudio de la Empresa, Córdoba, agosto 2015, tomo I Las vías de Prevención y Saneamiento de la Crisis Empresarial. Presupuesto objetivo. pág. 28 y ss..

¹⁸ DASSO, Ariel Ángel *Derecho Concursal Comparado*, Ed. Legis, Buenos Aires 2009/2010, por ejemplo en Tomo II, Capítulo X “Comentarios a la Ley de Concursos Mexicana”, señala que el presupuesto material es el “incumplimiento generalizado en el pago de sus obligaciones y tiene que estar referido a dos o más acreedores distintos... con una antigüedad no inferior a 30 días y representen el 35% de todo el pasivo... que los activos del comerciante no alcancen a cubrir, por lo menos, el 80% de las obligaciones vencidas a esa fecha”. Casi todas las legislaciones concursales determinan cierto parámetro objetivo para autorizar la aplicación de la legislación de crisis. La de nuestra República Argentina es la más permisiva pues permite la presentación en concurso preventivo invocando la “cesación de pagos”, suerte de “Abrete Sésamo” del cuento de Alí Baba y los 40 ladrones.

¹⁹ ESCRIBANO GÁMIR, Rosario C. *La protección de los acreedores sociales* Editorial Aranzadi, Navarra 1998, Monografía de Revista de Sociedades nº 10, pág. 44 y ss..

2. Es importante distinguir el mero desequilibrio en medios de pago de la insolvencia patrimonial para satisfacer el pasivo. Desde hace muchos años Mauricio Yadarola y Fernández igualaron los conceptos de cesación de pagos e insolvencia. Pero concordamos con la especialista en Sindicatura Concursal, Prof. Celina Mena²⁰, con visión contable-económica, señala que “cesación de pagos” e “insolvencia” “no es lo mismo porque la insolvencia se manifiesta en el patrimonio, es este el que no puede hacer frente al pasivo y el remedio en principio es liquidativo. La cesación de pagos es un problema financiero y económico. Este problema se manifiesta por la falta de capital de trabajo. Esto se puede revertir o agravar según la empresa sea viable o no, es decir de acuerdo a sus resultados. Apunta que la teoría concursal amplia considera la cesación de pagos como un estado del patrimonio que no es capaz de afrontar sus obligaciones en forma generalizada y permanente que se manifiesta a través de diversos hechos reveladores, entre ellos el incumplimiento, la venta a precio vil, el cierre del establecimiento, etc. y cualquier otro medio que revele la *incapacidad del deudor para hacer frente a sus obligaciones en forma generalizada y permanente* en donde el incumplimiento es uno de los hechos reveladores, pero no es necesario que exista para que se esté en cesación de pagos: *“En definitiva la jurisprudencia y la doctrina no advierten una diferencia entre ambos conceptos y los usan indistintamente, sin embargo a nuestro entender, existe una diferencia importante adquiriendo un grado mayor de gravedad la insolvencia. El estado de cesación de pagos se refiere a la incapacidad de pagar en tiempo y forma y la insolvencia cuando además del estado de cesación de pagos, no hay patrimonio neto...”*. Obviamente el último aspecto destacado por la distinguida profesional describe la causal de disolución: pérdida del capital social²¹. Y este es el centro de la cuestión o del disenso.

Marcando aspectos negativos del patrimonio social, la pérdida del capital social –que personalmente identificamos con insolvencia- y la cesación de pagos son dos situaciones diferenciables que se entrecruzan.

3. Camilo Martínez Blanco²² acota el tema: *“En el derecho concursal, siempre ha sido de sus temas más controversiales el presupuesto objetivo habilitante para la puesta en funcionamiento del concurso, y así lo reafirma la profesora española Juana Pulgar Esquerra²³ en su profundo análisis del tema que nos ocupa. – Por lo pronto en nuestro derecho mercantil, más precisamente en materia de quiebras siempre había sido la “cesación de pagos” su presupuesto objetivo, concepto tomado del Código francés de 1807, que equiparó su noción a la del incumplimiento de obligaciones.... Históricamente, el primer significado de “cesación de pagos” fue el que emerge de su propio sentido literal: cesar de pagar es igual a incumplir, por lo que cual cesación de*

²⁰ MENA, Celina María “CESACION DE PAGOS VS. INSOLVENCIA”, en libro colectivo “Homenaje al Dr. Osvaldo J. Maffia”, Ed. Lerner Córdoba 2008, Instituto Argentino de Derecho Comercial y Fundación para la Investigación del Derecho Concursal y la empresa en crisis Pablo Van Nieuwenhoven. Coordinadores E. Daniel Truffat – Marcelo Barreiro – Carlos Roberto Antoni Piossek – Ramón Vicente Nicastro. En igual sentido CASADIO MARTINEZ, Claudio Alfredo *Informes del síndico concursal*, Ed. Astrea, Buenos Aires 2011, págs.. 170 y ss., correspondiendo la jurisprudencia citada corresponde a CNCom, Sala B 24.3.81 LL 1981-C-615.

²¹ RICHARD, Efraín Hugo “La empresa: su organización y crisis” en RDCCO n° 253 marzo-abril 2012 p.407.

²² *Manual de Derecho Concursal*, 2ª edición revisada, a actualizada y ampliada, Ed. Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo 2012, pág. 150 y ss..

²³ *Derecho concursal. Estudio sistemático de la Ley 22(2003 y de la ley 8/2003 para la reforma concursal*, García Villaverde, Rafael; Alonso Ureba, Alberto; Pulgar Esquerra, Juana. Dilex SL, Madrid 2003.

pagos e incumplimiento eran términos que no se diferenciaban desde el punto de vista de su significación jurídica en orden a provocar la falencia. – Esas denominadas teorías materialistas sustentadas por los clásicos (Vivante, Bolaffio) identificaban cesación de pagos con incumplimiento. (...) se fue evolucionado hacia estudios más avanzados. – Primero, comenzó la doctrina italiana a sostener que no debía declararse en falencia al sujeto que simplemente había incumplido (...). Son las teorías intermedias las que sostiene que no hay cesación de pago sin incumplimiento, pero no siempre los incumplimientos importan cesación de pagos.(...) el presupuesto objetivo de la apertura concursal debería retrotraerse a los prolegómenos o estadios anteriores del estado de cesación de pagos, etapa a la cual se llamó “estado de crisis”, “estado de preinsolvencia”, “estado de dificultades económicas o financieras de carácter general”.(...) De ahí que el estado de insolvencia, condición para la apertura concursal se puede definir en lenguaje técnico, como la impotencia para satisfacer, con medios regulares (disponibilidades normales o activos corrientes), las obligaciones inmediatamente exigibles (pasivo exigible o pasivo corriente)... la mayoría de los autores españoles, admiten el “desbalance” o sobreendeudamiento como un desequilibrio patrimonial –pasivo superior al activo- que puede verse solventado a través de la financiación externa, evitando así el concurso, dado que se viabilizan los pagos.(...) Por ello abogan por “un concepto de insolvencia de fondo o patrimonial, abandonando o dejando fuera del concurso las situaciones coyunturales de iliquidez”(...) reiteramos que para nosotros es importante el “desbalance” como síntoma, aun cuando para otras legislaciones (la española sobre todo) no alcanza. Pero además si los problemas transitorios de liquidez trascienden de la tesorería de la empresa, es señal de un agotamiento del crédito (carece de líneas de financiación para transitar el escollo) por lo que las dificultades son graves... importa mucho 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 el garantía común de los acreedores... puede haber insolvencia, incluso cuando el activo es considerablemente superior al pasivo, pero aquel está integrado por bienes de lenta y difícil posibilidad de realización, al paso que éste concentra los compromisos de pagos en el corto plazo.(...). De ahí la importancia de introducir el tema de la “insolvencia negocial”. La profesora española Marta Prats Marquina²⁴ habla con muy buen criterio de la “insolvencia negocial” 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)(...)Resulta interesante la aportación que realiza Prats Marquina,(...) ya que es un dato esencial a tener en cuenta cuando de analizar capacidades empresariales se trata”.

4.Nos apoyamos en el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española para comparar las referencias y usar una terminología concursal-societaria de compatibilización: Insolvencia: “Falta de solvencia, incapacidad de pagar una deuda. Insolvente que no tiene con qué pagar”. Solvencia en ese Diccionario es “Acción y

²⁴ “Insolvencia y crisis económico: Su reflejo en el derecho concursal” R.G.D. Madrid, 1998.

efecto de solver o resolver. Carencia de deudas. Capacidad de satisfacerlas. Cualidad de solvente”. “Solvente” “Desempeñado de deudas. Capaz de satisfacerlas. Que merece crédito. Capaz de cumplir una obligación... y más en especial, capaz de cumplirlas cuidadosa y celosamente”.

Parecería que se envuelven dos conceptos el de no tener medios para pagar una deuda, aunque se priorizaría la imposibilidad patrimonial de satisfacerlas todas.

También el valor contable podría ser superior al de efectiva realización de los bienes. Lo cierto es que, al margen de las disposiciones de la ley concursal, la pérdida contable del capital social dispara en las legislaciones societarias argentina y uruguaya una causal de disolución que impone capitalizar o liquidar, so pena de responsabilidades por el eventual pasivo insoluto.

5.¿De qué crisis de sociedades estamos hablando? Al margen del significado económico-jurídico de cesación de pagos, amenaza de insolvencia o insolvencia, para afrontar las crisis de las sociedades es necesario apuntar a aquella función de garantía del capital social, como protección a terceros que –a la postre- son los convocados en juicios concursales para paliar la crisis de la sociedad deudora común, y cuya pérdida impone adoptar medidas...

Por eso, en este ensayo dejaremos de lado cualquier disquisición terminológica, pese a distinguir cesación de pagos de insolvencia, equiparando esta con pérdida del capital social, lo que eventualmente haremos en su uso, explicitándolo al sólo efecto informativo –no necesariamente como conclusión dogmática-²⁵.

Debe tenerse en cuenta que la pérdida del capital social no necesariamente implica la incapacidad de funcionar del ente, ya que si se lleva a cabo una adecuada administración financiera, es posible mantener su capacidad operativa sin que se vean afectadas las posibilidades de cumplir con el objeto social. Es decir que no necesariamente se ve afectada la función de productividad del capital social, concepto éste en crisis desde hace un tiempo atrás.

Sin embargo, la pérdida del capital social implica la pérdida de la garantía para terceros²⁶, y al mismo tiempo, si considerásemos el capital real, advertiríamos

²⁵ Se trata, sin duda, de “las expresiones jurídicas que los juristas usan a diario sin reflexionar demasiado sobre ello”... sin “dar cuenta en la realidad el equivalente semántico”... “En definitiva: El derecho se encuentra íntimamente relacionado con esencias de un mundo trascendente o bien tiene que ver con convenciones sociales... el lenguaje común u ordinario que la gente que usa a diario para llevar a cabo sus diversas prácticas de socialización, difiere diametralmente de aquella jerga que utilizan los juristas para comunicarse. Surge entonces el interrogante: ¿si utilizan discursos diferentes y de muy difícil flexibilidad, como pueden referirse a un mismo objeto?... Se nos hace fácil advertir entonces una clara diferencia entre el conocimiento ordinario que maneja a diario el común de la gente y el lenguaje de los juristas... Hacer uso del lenguaje normativo jurídico presupone una compleja práctica social de instituciones creadoras e instituciones aplicadoras del derecho que comparten en forma concomitante, por lo común, funcionarios legales y ciudadanos, quienes la viven como un plexo normativo y autoritario de patrones públicos de comportamientos que evidencian mediante juicios lingüísticos tales como “es correcto”, “es incorrecto... Esta compleja práctica social que desde ya es cultural y normativa, constituye el *test de criterio de validez* de todo aquello que predicamos como “jurídico” o “jurídicamente”; de allí emana todo el *sentido* por el lado del derecho, es decir, la *significación jurídica*...”-HART, H.L.A. “Definición y teoría de la ciencia del derecho” en *Derecho y moral. Contribución a su análisis*, trad. Gerardo L. Carrió, Buenos Aires, Depalma; RAMÍREZ, Jorge Alejandro “Esencialismo vs. Convencionalismo. El planteo superador de Hart”, pág. 99 del *Encuentro Nacional de profesores de “Introducción al Derecho y Teoría General del Derecho”*, Vaquerías 2009 – Córdoba, edición de ponencias-

²⁶ NISSEN, Ricardo Augusto: “LA PÉRDIDA DEL CAPITAL SOCIAL COMO CAUSAL DE DISOLUCIÓN DE LAS SOCIEDADES COMERCIALES”. Ed. Ad-Hoc, Bs.As. 2002 pág. 47 y 48.

que en los hechos éste está por debajo del mínimo requerido como requisito tipificante o como requisito de constitución.

6. Ponemos así en el centro de la escena la causal de disolución de las sociedades “de pérdida total o parcial del capital social”, que se constata en el balance o cuentas anuales, y que impone en todo el derecho comparado la liquidación de la sociedad o la reintegración del capital social, eventualmente la rápida presentación en concurso (España).

Un estudio comparativo de las incidencias de la pérdida del capital social para paliar la crisis de las sociedades ya en un momento casi terminal, y la congruencia de su análisis en las leyes de concursos y quiebras, lo hemos presentado cinco países en el reciente “I eCongreso Internacional de Derecho de la Insolvencia”.²⁷

La pérdida del capital social supone acciones cuya omisión genera responsabilidad por el daño (art. 99 LGS) referido, solidaria para administradores y para los socios “en su caso”, tipificándose esta situación en la última parte del art. 167 CCC: “y aquellos miembros que, conociendo o debiendo conocer la situación y contando con el poder de decisión necesario para ponerle fin, omite adoptar las medidas necesarias al efecto”. No se trata de una sanción, pues la omisión debe generar daño o sea estamos dentro de la teoría general de la responsabilidad civil de base subjetiva.

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

¿Qué ante la pérdida del capital social de una sociedad? En nuestro país debe alcanzar el 100% de la cifra estatutaria. La primera cuestión que se formula es cuando se acredita la pérdida del capital social. Al margen de la posibilidad de cuestionamientos por socios o terceros, ello produce efectos responsabilizatorios cuando los administradores preparan y presentan la documentación contable a consideración de la asamblea, resultando de la misma un patrimonio neto neutro o negativo –en la República Argentina, pues en muchos países ello se anticipa con la pérdida de sólo un porcentaje del capital social²⁸-, y cristaliza con la aprobación del balance por la Asamblea, como una declaración unilateral de verdad, un acto propio de la sociedad que excluye toda otra consideración.

²⁷ La ponencia original puede verse en la página electrónica de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba www.acaderc.org.ar, pero lo hemos ampliado en la conferencia formalizada en el seno de ese Congreso y será motivo de un libro electrónico a presentar en el Congreso Iberoamericano de Derecho a Concursal a realizarse en San Juan de Puerto Rico en octubre de 2016.

²⁸ La ley 16060 de sociedades de Uruguay, en su Art. 159.6 prescribe que haber perdido tres cuartas partes del capital integrado es causal de disolución, el art. 160 permite el reintegro para evitar la liquidación, y el art. 164 los hace responsables solidariamente a los administradores en caso de continuación del giro –sin perjuicio de la responsabilidad de los socios –art. 39-.

Esta causal la catalogamos como aquellas que producen su efecto *ope legis*, de pleno derecho, *ipso jure*. Vivante entiende a la pérdida del capital social como una causal de disolución que opera de pleno derecho.²⁹

La causal de disolución puede enervarse –el art. 96 LGS fija las condiciones en tal sentido, y la remediación no tiene plazo si no se generan daños, asegurando la viabilidad de la sociedad conforme el nuevo texto del art. 100 LGS³⁰.

7. Respecto a la pérdida del capital social y las normas específicas de la legislación del medio técnico organizativo, la doctrina española en 1991, conforme la ley entonces vigente- calificó la solución como pre concursal³¹, sosteniendo que para evitar que la sociedad llegue al estado de insolvencia, el legislador ha establecido un mecanismo preventivo consistente en obligar a la sociedad a disolverse o adoptar medidas sustitutorias de saneamiento financiero cuando se produzcan pérdidas graves, amenazando con graves sanciones a los administradores si esto no se produce –sustancialmente ello no ha cambiado pese a las posibilidades de concursarlas-. La solución con matices especiales no es muy diferente en nuestros países.

Advertida la situación de crisis, imposible de soslayar por un administrador societario –buen hombre de negocios-, debe con diligencia actuar para paliarla –planificando³²-, 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.

Básicamente consideramos que una empresa debería estar organizada como sociedad persona jurídica, incluso los emprendimientos de una persona humana. Esto es conveniente para permitir múltiples divisiones de su único patrimonio –pues la división patrimonial personificada beneficia a los acreedores prudentes-, favoreciendo la eventual recuperación de las empresas viables frente a la crisis de alguna de ellas, utilizando los sistemas anticrisis de las legislaciones societarias y concursal. En ese sentido las conclusiones adoptadas en la 45ª Sesión de Trabajo de UNICITRAL de 2.014³³, en la que se acordó (1) “*El objetivo de la presente Recomendación es garantizar que las empresas*

²⁹ VIVANTE, César *Tratado de Derecho Mercantil*, versión española de la quinta edición italiana corregida, aumentada y reimpresa, Ed. Reus, Madrid 1932. Volumen II “Las sociedades mercantiles”, pág. 483/5.

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

Artículo 100.- Remoción de causales de disolución. Las causales de disolución podrán ser removidas mediante 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.”

³¹ BELTRÁN, Emilio M. “La disolución de la sociedad anónima” en *Estudios de Derecho Mercantil*, Ed. Civitas, Madrid 1991, págs. 138/9.

³² RICHARD, Efraín Hugo *Insolvencia societaria*, Ed. Lexis Nexis, Buenos Aires 2007; “El plan de empresa (o como asumir crisis tempestiva y extrajudicialmente)” en libro colectivo *Homenaje al Dr. Osvaldo J. Maffia* Cap. II pág. 217, Ed. Lerner Córdoba 2008, Instituto Argentino de Derecho Comercial y Fundación para la Investigación del Derecho Concursal y la empresa en crisis Pablo Van Nieuwenhoven. Coordinadores E. Daniel Truffat – Marcelo Barreiro – Carlos Roberto Antoni Piossek – Ramón Vicente Nicastro.

³³ United Nations Commission on International Trade Law, Grupo 5, Derecho de la Insolvencia, celebrada en Nueva York los días 21 a 25 de Abril.

viables con dificultades financieras, cualquiera que sea su ubicación en la Unión, tengan acceso a unos marcos nacionales de insolvencia que les permitan reestructurarse en una fase temprana con el fin de prevenir la insolvencia... también se propone ofrecer una segunda oportunidad a los empresarios honrados incurridos en procesos de insolvencia en toda la Unión.

IV – CONSERVACIÓN DE LA EMPRESA.

La conservación de la empresa estructurada societariamente es un problema de los administradores y de los socios³⁴. Es una cuestión de derecho privado. Obviamente que tal reorganización podría ser asumida directamente por la sociedad o, posteriormente –con mayores costes- en una propuesta de acuerdo preventivo extrajudicial o judicial³⁵, eventualmente a cargo de terceros o de los trabajadores.

Se justifica el principio de conservación de la empresa a través del método indirecto de conservar la sociedad, removiendo la causal de disolución a fin que pueda seguir cumpliendo el objeto, forma de darse la empresa. El derecho societario brinda adecuadas tutelas para que la sociedad pueda cumplir su objeto, elemento contractual en cuya efectivización convergen y se subsumen los intereses individuales de los socios y que sirve para objetivar el mal llamado interés de la sociedad³⁶ como forma de materializar la "idea de empresa".

En momentos que legislación y posiciones, nacionales y extranjeras, marcan la tendencia a desjudicializar o privatizar el sistema del derecho concursal, o mejor dicho de prevención, parece adecuado reiterar nuestra posición con la aplicación de principios y normas del derecho societario, sin costes de transacción. Véase la problemática de las actuales reformas que apuntan al “acuerdo privado”, homologado o no, sobre lo que nos hemos pronunciado³⁷.

Claro que para ello debe afrontarse la cuestión de la crisis de las sociedades en forma sistémica y constructivista³⁸, conforme dispone el Título Preliminar del CCC.

V - SOLUCIONES SOCIETARIAS.

Ahondemos. En el caso de sociedades, sus administradores y socios deben adoptar las medidas que la ley societaria impone ante la pérdida del capital social reintegrar o

³⁴ RICHARD, Efraín Hugo. “La conservación de la Empresa” en Anales de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba tomo XXV pág. 107 y ss. correspondiendo a nuestra comunicación en ocasión de recibir el Premio Academia en el año 1981; “Los administradores societarios y la insolvencia” RDCO n° 203 pág. 553 y ss., entre otros que pueden verse en la página electrónica de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba www.acaderc.org.ar. MICELLI, Maria I. “Los nuevos concordatos irrisorios. El delicado equilibrio entre la conservación de la empresa y la protección adecuada del crédito” en *Derecho Concursal Argentino e Iberoamericano*, t. II pág. 631.

³⁵ Recordamos en vigencia de la ley 11.687 el concurso preventivo de Francisco Porchetto S.A., en la Ciudad de Córdoba, patrocinando por un distinguido jurista, donde se propuso esa solución, la que fue aprobada, y, con posterioridad, ante la liquidación adoptada por la Asamblea de accionistas, una buena realización de bienes llevó al pago del 70%.

³⁶ ETCHEVERRY, Raúl Aníbal *Empresa y objeto social*, en RDCO año 15 p. 781 y ss.; COLOMBRES, Gervasio *Curso de Derecho Societario*, Buenos Aires, 1972, p. 116.

³⁷ RICHARD, Efraín Hugo “ACUERDO PRIVADO: UN MECANISMO APTO PARA EL GRAN ENDEUDAMIENTO”, Versión de la exposición en el IX Congreso Iberoamericano de Derecho Concursal, Cartagena de Indias, Colombia, 4 de octubre de 2014.

³⁸ RICHARD, Efraín Hugo *Perspectiva del Derecho de la Insolvencia*, Ed. Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Córdoba 2012, libro que también puede consultarse en versión electrónica en www.acaderc.org.ar

aumentar el capital por aporte de los socios, capitalizando el pasivo³⁹ o de terceros, o constatada contablemente la causal de disolución liquidando el patrimonio social. Incluso la liquidación puede concluir en la imposibilidad de satisfacer la totalidad de las deudas sin generar un proceso concursal ante la correcta la liquidación e inexistencia de acciones de recomposición, bajando costos eficientemente.

Adviértase los sistemas que en situaciones semejantes permiten a los administradores emitir acciones sin autorización de los socios⁴⁰.

1. Se incentiva de este modo la capitalización de la sociedad. Por los socios, por terceros, o de deuda como mecanismo de reestructuración y saneamiento empresarial. En este último supuesto, sobre todo respecto de acreedores titulares de pasivo financiero, intentándose así mismo, mediante reformas legales actualmente en curso en España "minimizar" el impacto contable que para las entidades financieras podría conllevar, en sus cuentas de resultados, la opción por la capitalización de deudas, que le permita una movilización de obligaciones en mora en el mercado de capitales, incluso inducido por normas bancarias sobre inmovilizaciones y provisiones.

La capitalización de deuda no es una operación extraña a los sistemas concursales. La novedad radica en que se fomente su utilización en el marco de acuerdos de refinanciación teniendo en cuenta quiénes son los principales acreedores (bancos e intermediarios financieros), para defender sus intereses y facilitar así la consecución de un acuerdo de refinanciación que permita la continuidad de la actividad del deudor con los beneficios que este hecho lleva aparejado, tanto para el propio deudor, como sus acreedores y trabajadores.

La abusiva quita –empobrece a los acreedores y enriquece a los socios con costo tributario y no liberación de garantes- puede equilibrarse elevando el valor nominal de las acciones o participaciones previamente emitidas, cuando los destinatarios son socios acreedores. En todo caso, se emitan nuevas acciones o participaciones, o se eleve su valor nominal, el contravalor del aumento consiste en la compensación de créditos que ostentan los acreedores, sean o no socios, frente a la sociedad. Esto puede vincularse a disponer una prima de emisión, no distribuible pero que incrementa el valor de transferencia de las acciones. Obviamente los *take overs* serán posibles para recuperar el control societario.

Se trata de operaciones pensadas para el saneamiento financiero de la sociedad⁴¹, por la que ésta aumenta su patrimonio neto, ya que disminuye el pasivo inmediatamente exigible pasando a ser pasivo no exigible (capital), y puede disponer así de recursos que de otro modo tendría que destinar a pagar a los acreedores⁴², quienes, por su parte, pierden tal condición y se convierten en socios de la sociedad deudora, en la intención de obtener así una mayor satisfacción crediticia que si acudiesen a las soluciones concursales. Así, si se consigue salir de la situación de crisis, los acreedores que pasen a ser socios pueden

³⁹ Situación expresamente prevista en la ley de sociedades art. 197.2 LGS, que soluciona integralmente la cesación de pagos de una empresa viable en la que los administradores informen fundadamente esa posibilidad a los acreedores.

⁴⁰ MIOLA, Massimo "Il sistema del capitale sociale e le prospettive di riforma nel diritto europeo delle società di capitali" en *Rivista delle Società*, 2005-50-1199, fasc. 6. pág. 1310

⁴¹ SÁENZ GARCÍA DE ALBIZU, J. C., "Artículo 156. Aumento por compensación de créditos", en *Comentario al régimen legal de las sociedades mercantiles*, URÍA, R., MENÉNDEZ, A., OLIVENCIA, M. (dirs.), Thomson Civitas, Madrid, 2006, t. VII, vol. 2º, pág. 197.

⁴² Vid. al respecto, MAMBRILLA RIVERA, V., "El aumento del capital por compensación de créditos", en *Derecho de Sociedades Anónimas*, ALONSO UREBA, A., DUQUE DOMÍNGUEZ, J., ESTEBAN VELASCO, G., y otros (coords.), Civitas, Madrid, 1994, t. III, vol. 1.º, pág. 365.

rentabilizar su inversión, vía dividendos, o bien a través de la posterior venta de las acciones o participaciones⁴³.

2.El acuerdo de aumento de capital mediante compensación de créditos exige el consentimiento de los titulares de los créditos frente a la sociedad, así como el consentimiento de los socios otorgado mediante acuerdo adoptado en junta general con las mayorías legalmente exigidas.

Como consecuencia de normas genéricas del derecho comparado⁴⁴, resguardando la función de garantía del capital social, si socios bloquearan la capitalización no disponiendo la liquidación de la sociedad para que no siguiera dañando, los socios que contribuyeron a la formación de la mayoría necesaria para el rechazo del acuerdo podría responder del pasivo (deudas) no satisfecho a los acreedores.

Ante la negativa o imposibilidad de los accionistas y no deseando liquidar la sociedad, se abre la solución prevista del art. 197.2 LGS⁴⁵ de capitalizar el pasivo, o sea en ciertos casos traspasar la sociedad a los acreedores, o su control, o simplemente de darles participación –con un sinnúmero de alternativas que pueden implicar reconocimiento de prima o posibilidad de rescate-. Esta es también una previsión del art. 42 LCQ’.

Este tipo de capitalización si bien no genera fondos elimina en forma inmediata ese pasivo del balance y lo transfiere al activo, desapareciendo la causal de disolución de pérdida del capital social (arts. 94.5 y 96 LGS referidos). A su vez, al eliminar el pasivo corriente modifica la estructura patrimonial permitiendo que todo el flujo de caja se dirija al cumplimiento del objeto social, removiendo así la segunda causal de disolución que normalmente se presenta, la prevista en el art. 94.4. LGS⁴⁶ de imposibilidad sobreviniente de cumplimiento del objeto social por causas patrimoniales⁴⁷.

3.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. Esa fórmula que no está gravada por impuestos a las ganancias⁴⁸, que en cambio se aplica sobre quitas y esperas concursales, al entender claramente que el empobrecimiento de los acreedores importa una ganancia para los socios de la deudora.

⁴³ HERNÁNDEZ SAINZ, E., “La capitalización de deuda como instrumento preconcursal preventivo o paliativo de la insolvencia y los acuerdos de refinanciación”, en *Los acuerdos de refinanciación y de reestructuración de la empresa en crisis*, GARCÍA-CRUCES, J.A. (dir.), Bosch, Barcelona, 2013, pág. 330.

⁴⁴ RICHARD, Efraín Hugo “NOTAS EN TORNO A LA PRECONCURSALIDAD SOCIETARIA: UN ESTUDIO COMPARADO”, en *Revista de Derecho concursal y Paraconcursal*, Editorial La Ley., RPC 20/2014, Reseña Legislativa española y comparada. Madrid 2014, págs.. 423 a 446.

⁴⁵ “Art. 197. Limitación al 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 o suspensión 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 trate de acciones a integrar con aportes en especie o que se den en pago de obligaciones preexistentes.”

⁴⁶ “Art. 94. Disolución: causas. La sociedad se disuelve: ... 4. Por consecución del objeto para el cual se formó, o por la imposibilidad sobreviniente de lograrlo;...”.

⁴⁷ HAGGI, Graciela y RICHARD, Efraín Hugo “La supuesta supresión de la pérdida de capital social como causal de disolución” en libro colectivo *La actuación societaria* Director con Daniel R. Vitolo, Ad Hoc, Buenos Aires 2005 dirigido con Daniel R. Vitolo, Ad Hoc, Buenos Aires 2005, pág. 229.

⁴⁸ NISSMAN, Raúl en múltiples conferencias y trabajos difundidos por Ricardo Ruiz Vega.

Con el ingreso de capital se satisfarán las obligaciones sociales que motivarían un concurso y cesaría la situación de crisis, por lo que se habrá sobreesido la situación patrimonial con un bajo coste de transacción.

Como señaló la jurisprudencia⁴⁹ “la suficiente capitalización de la sociedad al momento de su constitución y posteriormente, durante todo el desarrollo de la actividad empresarial es la mejor manera de evitar la insolvencia de la sociedad, atento que ésta cuenta con mecanismos para obtener la financiación interna”, y –eventualmente- la capitalización del pasivo.

VI – PRECONCURSALIDAD.

Con esta visión se construye un sistema de preconcursalidad desde el derecho societario, lo que nos llevó en el año 1995 a generar un ante proyecto de ley concursal novedoso, simple y disuasivo, en torno a la responsabilidad de administradores societarios por no haber afrontado la crisis y desde la óptica del derecho de daños⁵⁰. La preconcursalidad ha sido materia de nuestra preocupación⁵¹ donde advertimos claramente el problema que ahora enfocamos con otras aristas.

1. Se ha sostenido que la legislación societaria es preconcursal, paraconcursal o anticoncursal, cuya normativa opera en el derecho comparado “como un instrumento preconcursal”⁵², “tiene una función *preconcursal* o *paraconcursal*, considerando algún otro considerarla como *anticoncursal*”⁵³, y ante los estudios que tratan de rescatar esas normas, desde lo concursal se ha avanzado en las recientes reformas española de la ley de sociedades y la italiana⁵⁴, en una compatibilización que no estamos en condiciones de juzgar. La doctrina italiana reiteraba que la reforma de la legislación concursal omitió una regulación orgánica de la crisis y de la insolvencia de la sociedad, perpetuando una laguna de la legislación concursal hace tiempo criticada por la doctrina⁵⁵.

Recordando algo aparentemente olvidado, se ha dicho “La normativa societaria ha tenido, desde siempre, la preocupación de la defensa y protección del crédito y, por esta vía, de la prevención de las crisis empresariales. Con herramientas y procedimientos

⁴⁹ Cám. Trabajo y Minas 4ª Nominación de Santiago del Estero, República Argentina, con fecha 15 de junio de 2005, en la causa “Salazar, Oscar E. c/ Florestal El Milagro SRL”, LLNOA 2005-1446.

⁵⁰ En “DE LA INSOLVENCIA, In Memoriam de Héctor Cámara y Francisco Quintana Ferreyra, Editorial Advocatus, Córdoba 2000, comunicaciones al II Congreso Iberoamericano de la Insolvencia, *En torno a responsabilidad y concurso. Un “embrión” de proyecto.* Tomo III pág. 313. y *Daños causados por la insolvencia: Acciones individuales de responsabilidad contra administradores de sociedades* Tomo III pág. 549. 8º. Ausencia de sede y responsabilidad de administradores (II). Tomo III pág. 579. 9º. Pretensiones patrimoniales y contratos comprendidos en art. 20 ley 24.452, Competencia de árbitro frente al concurso. Tomo IV pág. 243.

⁵¹ RICHARD, Efraín Hugo “Notas en torno a la preconcursalidad societaria” en ANUARIO XIV (2012) pág. 377, del Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba.

⁵² URÍA, R.; MENÉNDEZ, A. y GARCÍA de ENTERRÍA, J.” La sociedad anónima: disolución” Cap. 4, pág. 1001 en *CURSO DE DERECHO MERCANTIL* dirigido por Rodrigo URÍA y Aurelio MENÉNDEZ, Ed. Civiltas, Madrid 1999, tomo I, especialmente “Las pérdidas graves” págs. 1009 a 1013.

⁵³ DÍEZ ECHEGARAY, José Luis *Deberes y Responsabilidad de los Administradores de Sociedades de Capital*, 2006, Ed. Thomson-Aranzadi 2ª edición, Navarra. p. 387.

⁵⁴ STRAMPELLI, Giovanni “Capitale sociale e struttura finanziaria nella società in crisi”, en *Rivista delle Società*, anno 57, 2012, luglio-agosto 2012, fascicolo 4, pág. 605, Ed. Giuffrè Editore, Italia 2012, donde se analiza la disposición contenida en el decreto ley del 22 de junio de 2012, n. 83, donde se impone la reconstrucción del capital social o el concurso de la sociedad, en forma similar a lo previsto en la última reforma española.

⁵⁵ NIGRO, A. “Le società per azioni nelle procedure concursuali”, in *Trattato delle società per azioni*, diretto da G.E. Colombo e G.B. Portale, 9º, Torino 1993, 209 ss.

diferentes ha ido convergiendo con una legislación concursal cada vez más preocupada por la prevención de las crisis empresariales y en la solución de éstas con el menor daño posible a las estructuras productivas. Esta comunidad de objetivos entre ambas ramas del ordenamiento mercantil hacen necesaria una coordinación y armonización normativa, de modo que su objetivo común pueda ser logrado en forma segura y eficiente, derecho concursal y derecho societario no son dos compartimentos estancos. Ambas disciplinas deben perseguir, desde una concepción integral del sistema jurídico, una armonización de sus sistemas normativos en orden a la tutela del crédito, a la anticipación de las crisis y a evitar su profundización y propagación”⁵⁶.

2.El derecho societario y el derecho falimentar se influyen mutuamente, bajo las reglas del *corporate government*, imponiendo ante la pérdida total o parcial del capital social la convocatoria a asamblea, configurando el “leitmotiv” de la “profilaxis de la insolvencia” el asegurar la estabilidad de la empresa, adoptando las medidas de saneamiento⁵⁷.

Omitir las vías preconcursales societarias, para intentar las de reactivación en una presentación en concurso permite avizorar el nacimiento de acciones de responsabilidad.

La tutela de los acreedores ante la continuidad de la empresa en cesación de pagos, aumentando la posibilidad de pérdidas ante una prospectiva incierta, la tutela de acreedores impone pensar en la responsabilidad de los administradores⁵⁸, afirmándose la utilidad que revisten en general “los remedios tempestivos e idóneos a la primera señal de crisis”⁵⁹. Responsabilidad siempre de base subjetiva, por accionar culposo o doloso generando daño.

El informe general del síndico u otros elementos agregados al juicio concursal podrán acreditar el incumplimiento de los deberes societarios del administrador, y fundar la promoción de acciones de responsabilidad individuales por parte de ciertos acreedores. Particularmente aquellos no informados con los que contrataron estando la sociedad en cesación de pagos. Este informe general en el concurso facilita la prueba de los extremos que podrán invocar esos acreedores, que -en otros casos- puede ser bastante difícil, como se señala en la doctrina de los Estados Unidos de Norteamérica⁶⁰.

No es del caso aquí tratar las acciones individuales de responsabilidad que puedan promover acreedores sociales contra los administradores por no haber respetado las previsiones de la ley societaria, particularmente las del art. 99 LGS referido, que no son concursales ni atraíbles por un concurso ni afectadas por la homologación de un acuerdo de quita y espera.

El análisis de estos aspectos vinculados a esa causal son dirimientes para entender el obiter dictum de nuestra Suprema Corte de la Nación Argentina en el caso Comercial del Plata sobre que el recurso concursal es la última alternativa para solucionar la crisis

⁵⁶ OLIVERA AMATO, Juan M. *Herramientas societarias para la solución y prevención de las crisis empresariales en Situaciones de crisis en las sociedades comerciales*” AAVV directores José Miguel Embid Irujo, Daniel Roque Vitolo, Ed. Ad Hoc. Buenos Aires 2010, pág.31 y ss., esp.35.

⁵⁷ SPOLIDORO, M. S. comentando la tesis de Alexandros N. ROKAS *Die Insolvenzprophylaxe als Bestandteil der Corporate Governance im deutschen Aktienrecht*, Baden Baden, Nomos 2012, en Rivista delle Società anno 57°, noviembre-diciembre 2012 fas. 6°, pág. 1353.

⁵⁸ MIOLA ob. cit. pág. 1310. Como acción extraconcursal.

⁵⁹ MIOLA ob. cit. pág. 1309.

⁶⁰ Entienden los autores norteamericanos sobre la incerteza sobre la responsabilidad de administradores y confirmando las obligaciones de alegar y probar a cargo de los actores que hacen extremadamente gravosas estas acciones. RIBSTEIN L. *Another perspective on Citigroup and AIG* en “blogs.law.harvard.edu”.

societaria⁶¹. Este concurso, a la postre, concluyo con capitalización del pasivo que es una propuesta congruente con las opciones imperativas previstas por el art. 96 LGS.

VII - LA REMEDIACIÓN.

Alguno cuestiona que el reintegro de capital en caso de su pérdida⁶² puede ser obligatorio para los accionistas. No es esta la posición mayoritaria de la doctrina, que sostiene que es obligatoria y que aquel socio que no desee realizar el reintegro puede ejercer el derecho de receso, con lo cual parecieran estar consagrando la fórmula que hemos llamado “*reintegre o receda*”. Los que sostienen que el reintegro es obligatorio se fundan en las disposiciones del art. 233 LSC, que establece que las disposiciones de la Asamblea son obligatorias. Los negativistas sostienen que el reintegro es un aporte a monto perdido, o a título gratuito, no parece razonable obligar al accionista o socio a que realice un acto a título gratuito⁶³.

Consideramos que este análisis encuentra contradicción en que es impuesto por la ley. Nuestra posición es compartida⁶⁴.

“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 L.S.C.), quien establece que: “Para el socio que no recedió el reintegro de capital se impone como obligación pues así lo ordena el art. 133 (sic) in fine de la L.S.C.: “Las decisiones sociales adoptadas conforme a la ley y el estatuto son obligatorias para todos los accionistas, salvo lo dispuesto en el art. 245, y deben ser cumplidas por el directorio”⁶⁵.

Dasso⁶⁶ expresa “Constituye cuestión central la determinación de si la decisión asamblearia de reintegro es obligatoria para los accionistas disconformes. ...Si bien el derecho de receso está consagrado a favor de los accionistas ausentes y disconformes –o ausentes- con la decisión de reintegro total o parcial (art. 245 LSC) es patente que el valor de reembolso experimentará en este caso una reducción equivalente a las pérdidas absorbidas, por lo que se extinguirá su participación y con ello la calidad de socio cuando

⁶¹ RICHARD, Efraín Hugo “DESJUDICIALIZACIÓN DE LOS CONCURSOS: UN “OBITER DICTUM” DE LA CORTE”, en Zeus Córdoba n° 376, año VIII, 23 de febrero de 2010, tomo 16, pág. 85/90, y en Editorial Zeus Revista n° 11, tomo 113, Rosario 13 de julio de 2010, pág. 561.

⁶² FUSHIMI, Jorge F. y nosotros, comunicación al VIIIº CONGRESO ARGENTINO DE DERECHO CONCURSAL y VIº CONGRESO IBEROAMERICANO DE LA INSOLVENCIA (Tucumán (R.A.) septiembre de 2012) “LA QUITA EN CONCURSOS DE SOCIEDADES Y SU TRATAMIENTO FISCAL (y algunos aspectos periféricos)”t. 1 p. 635.

⁶³ Sin embargo, si algunos socios o accionistas acceden a reintegrar el capital y otros no, y estos que no acceden al reintegro tampoco ejercen el derecho de receso, se produce una situación de absoluta inequidad: los que no reintegran reciben un beneficio sin causa a costa del sacrificio de quienes sí reintegraron. De hecho, el valor patrimonial proporcional antes del reintegro era igual o menor que cero, y luego, merced al reintegro, el valor pasa a ser positivo. Ese enriquecimiento sin causa es lo que motiva que no podamos descalificar la opción “reintegre o receda”, apunta el mismo Fushimi.

⁶⁴ HAGGI, Graciela A. “El reintegro del capital social” en AAVV dirección Laura Filippi y Maria Laura Juarez *Derechos patrimoniales. Estudios en homenaje del profesor Emérito Dr. Efraín Hugo Richard*, Ed. Ad Hoc, Buenos Aires 2001, pág. 193. NISSEN, Ricardo A. “La pérdida del capital social...” cit. pág. 77/78. Van Thienen, Pablo A. *Pérdida total del capital social: ¿Reintegro, aumento u operación bandoneón* en Revista de las Sociedades y Concursos n1 27 marzo abril 2004, pág. 81; NORTE SABINO, Osvaldo J. *Reintegro del capital social* en Impuestos XLI A p. 495.

⁶⁵ NORTE SABINO, Osvaldo J. “Reintegro del Capital Social” - Impuestos XLI – A – Pág. 495, En igual sentido, se expide VAN THIENEN, Pablo A. “Pérdida Total del Capital Social: ¿Reintegro, aumento u operación bandoneón?” en Revista de las Sociedades y Concursos N° 27 Marzo / Abril 2004, pág. 81.

⁶⁶ DASSO, Ariel Ángel *Tratado del Derecho de separación o receso del socio y del accionista (Derecho Argentino y Comparado*, Ed. Legis, Buenos Aires 2012, pág. 301.

las pérdidas insuman todo el capital... Si no ejercitara tal derecho la sociedad puede demandar el cumplimiento de la obligación de reintegrar, previa publicación e inscripción en el Registro Público de Comercio (art. 193 LSC). De lo expuesto se sigue que en hipótesis de cesión asamblearia de reintegro del capital el socio que no recede queda expuesto a la persecución social judicial por el pago del reintegro, daños y perjuicios y, en hipótesis –si estuviera previsto en los Estatutos-, a la exclusión de la sociedad. Ahora bien, si opta por el receso subvierte su calidad de socio por la de acreedor pero su valor de reembolso en el marco de la pérdida total del capital social carecerá de contenido económico”.

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

Correlativamente, es un deber de los administradores comunicar a todos los socios la decisión asamblearia de reintegrar, indicando la modalidad, para que el disidente pueda optar por recesar o reintegrar, o aceptar la posibilidad de la acción judicial. La falta de diligencia del administrador causa perjuicio a la sociedad y al socio requerido que puede quedar imposibilitado substancialmente de optar, aunque se hayan cumplido los recaudos formales de publicidad.

En síntesis: el monto del aumento debe ser como mínimo suficiente para encubrir el pasivo y no quedar nuevamente en supuestos de reducción obligatoria del capital social previstos en el art. 206 LGS⁶⁷.

1. Por eso es más factible la capitalización del pasivo. Y parece hoy en el derecho comparado que la tendencia es inducir a los acreedores profesionales financieros a hacerlo, conforme a un plan de la viabilidad de la sociedad y de su reorganización, que incluso les permitirá colocar luego sus participaciones en el mercado. El negocio de “underwriting” puede vincularse a ello.

Siguiendo nuevas tendencias hay que educar a los acreedores para que colaboren en la conservación de la empresa, 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. Es la solución de la capitalización si la empresa es viable.

Se trata de aumentos que se producen cuando los socios o terceros realizan aportes genuinos a la sociedad⁶⁸. La legislación societaria prevé expresamente la capitalización de pasivos en el art. 197.2 LGS referido, como supuesto claro para este caso; suspendiendo el derecho de suscripción preferente, ante la existencia de obligaciones anteriores. Esta suspensión sólo es inteligible por la urgencia en generar esa capitalización y remover la causal de disolución, pero es incongruente con la postura de socios –aún minoritarios- que ejercieran en el mismo acto el derecho de suscripción preferente y anticiparan el deseo de acrecer –lo que podrían ejercer sin afectar derechos de los demás socios a hacerlo posteriormente- adoptando la posición que hemos dado en llamar la de “suscriptor e integrador provisional”.

⁶⁷ “Art. 206. Reducción obligatoria. La reducción es obligatoria cuando las pérdidas insumen las reservas y el cincuenta por ciento del capital”. Se advertirá que no es causal de disolución, que lo es cuando la pérdida alcanza a las reservas, resultados acumulados y el capital social, o sea que pasa la sociedad a tener patrimonio neutro o peor aún negativo.

⁶⁸ FOURCADE, Antonio “Sociedades comerciales. Parte especial”, Ed. Advocatus, Córdoba 2001, pág. 114. FUSHIMI ob. cit. pág. 430.

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-.

De no tratarse la causal una vez acreditada, continuando el giro normal de los negocios, incluso ratificando una presentación en concurso: ¿surge alguna responsabilidad? No si los administradores gestaron correctamente sus deberes. Quizá la responsabilidad por los daños que se causen sea de los socios que mayoritariamente soslayaron las soluciones imperativas de la ley societaria y, en abuso de derecho, intentan que los acreedores cubran el exceso de pasivo.

La ley da clara respuesta a este supuesto en el art. 99 LGS, como anticipamos. Respecto a los socios, la norma contenida en el art. 99 LGS agrega *sin perjuicio de la responsabilidad de éstos*. La doctrina ha interpretado que la referencia en forma inequívoca está aludiendo al consentimiento de los socios en los actos realizados por los administradores en este período. Ante la pérdida del capital social, si los administradores no asumen el camino previsto, y los socios convocados trasladan el riesgo operativo a los acreedores, asumen responsabilidad. Constatada la causal y no tratada ni revertida, los administradores asumen responsabilidad. La presentación de balances donde conste la pérdida del capital social sin haber puesto a consideración de los socios el reintegro o aumento, les genera responsabilidad. También la pretensión de solución concursal, acompañando balances donde se registre la pérdida, genera esa responsabilidad por las operaciones posteriores.

Los socios al ratificar la presentación en concurso, sin haber asumido previamente las conductas previstas en la ley de sociedades, sin duda han asumido esa responsabilidad, sin perjuicio de las acciones que tengan posteriormente contra los administradores. El alcance de esa responsabilidad de los socios esta ahora perfilada por el art. 164 in fine CCC referido.

2. 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:

La responsabilidad de administradores y de los socios que consientan la continuidad se genera por los daños que puedan producirse.

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.

¿En caso de homologación de acuerdo habiéndose constatado por el Síndico en el informe general la existencia de la causal largo tiempo antes de la presentación declarada en los mismos balances aprobados, se mantiene la responsabilidad del art. 99 LGS?

No parece que el efecto novatorio que genera la homologación de un acuerdo concursal alcance a la responsabilidad de administradores y/o socios⁶⁹. Por tanto, los que hubieren sufrido daño, ante el incumplimiento de la norma que implica culpa o dolo,

⁶⁹ En orden a la responsabilidad por el art. 99 LSA, la jurisprudencia en el caso "Trottar S.A. c/ Peugeot Citroen Argentina S.A. s/ ordinario s/ incidente (de extensión de responsabilidad por las costas)" – CNCOM – 30/06/2010 "...Esta Sala no comparte la decisión del Juez a quo de calificar de "subsidiaria" la responsabilidad derivada del art. 94 inc. 8° de la ley de Sociedades pues la aludida norma sólo la califica de "solidaria e ilimitada". "Ante la inexistencia de la pluralidad requerida por la ley, el socio y administrador debió proceder ajustándose a los estatutos del art. 99 LS. y la expresa omisión de tales pautas, no puede beneficiarlo. Por lo expuesto, y si bien la responsabilidad que aquí se declara coincide con aquella decidida al admitir el primero de los agravios, corresponde declarar también incurso en las responsabilidades derivadas del art. 99 de la ley societaria al director del ente." elDial.com, 12/08/10.

podrán reclamar a administradores y socios intervinientes la reparación del daño efectivamente sufrido. El alcance de la reparación puede alterarse en función del factor de atribución: culpa o dolo.

VIII – ABUSO DE DERECHO Y FRAUDE A LA LEY. EL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL.

Nuestra sorpresa –ante tales normas imperativas reconocidas doctrinaria y legislativamente- es que la insolvencia se asuma con quita, o sea eludiendo los socios su obligación de capitalizar, requieren a los acreedores una quita que los empobrece, enriqueciendo a los socios. Piensen que generada una quita importante el balance podría dar un patrimonio positivo que hasta podría llegar a distribuirse, como descaradamente se ha hecho en casos. Por eso la quita genera una carga tributaria a la sociedad, distribuya o no dividendos. Si en cambio no hay insolvencia sino que del balance resulta un mero pasivo corriente mayor que el activo corriente no hace falta una quita sino una mera espera. La legislación colombiana en acuerdos privados homologados no acepta imponer la quita. La quita patentiza en todos los casos un abuso de derecho cuando no un fraude a las disposiciones imperativas de la legislación societaria sobre la pérdida del capital social.

1. Referirse a la quita impone lógica y análisis económico, atendiendo a la profundidad de la crisis. Si hay pérdida contable del capital social aparece como posible la necesidad de quita para reestablecer la relación patrimonial activo-pasivo, claro que ello ocurre si no se han aplicado las normas societarias sobre causal de disolución en caso de pérdida del capital social y la obligación de los socios de reintegrar o capitalizar, por ellos o terceros. Por eso cuestionamos el argumento de jueces argentinos de homologar acuerdos con quitas en concursos societarios basados en que la liquidación daría un resultado menor (el llamado *the best interest of creditors*, aceptable en concursos de personas humanas e inaceptable frente a las disposiciones de la ley societaria nunca citadas). Este es un sofisma pues los acreedores que no obtuvieran la satisfacción de su crédito en la liquidación de la sociedad, lo podrían hacer a través de las acciones de responsabilidad expresamente previstas⁷⁰, como hemos referido.

La legislación impositiva tiende a determinar como ganancia, y así imponerla aunque difieran su pago, cuando existe quita. Y si el exceso patrimonial es distribuido en forma inmediata, el pago de ganancias también debe ser inmediato.

La homologación de un acuerdo de quitas no implica la inexistencia de abuso ni asegura la extinción de todo tipo de responsabilidad si se contravienen los principios y normas de la ley societaria. Los acreedores podrían promover acciones individuales de responsabilidad contra administradores y socios que correspondiere, en juzgado diferente al del concurso de la sociedad, pues el demandado no ha estado concursado⁷¹ y no lo beneficia la novación⁷².

⁷⁰ RICHARD, Efraín Hugo “El art. 99 , ley 19550, y causales de disolución de sociedades (de cómo evitar la responsabilidad ante la insolvencia societaria)” en RDCO 260-665, sección doctrina, Buenos Aires 2013; “Conflictos societarios e insolvencia” en *Tratado de los Conflictos Societarios* –Director Diego Duprat- Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires 2013, tomo III pág. 2793.

⁷¹ La CNCom en el caso “Chmea, Isaac c/ Chmea, Alberto y otros s/ Ordinario, con fecha 14 de octubre de 2010, decidió que no era competente el juez del concurso de la sociedad a cuyo administrador se le promovió una acción individual de responsabilidad, por no estar el legitimado pasivo en concurso. Cfme. RICHARD, Efraín Hugo “Ensayo en torno a buena

Y para tratar ello nada mejor que abordar los “Principios Generales” con que se inicia el nuevo Código Civil y Comercial. Así el CAPÍTULO 3 que versa sobre “Del ejercicio de los derechos”, donde aparece en el ARTÍCULO 9º, titulado “Principio de buena fe”, otro de los “principios jurídicos”, normando “Los derechos deben ser ejercidos de buena fe”.

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

La expresión “Se considera tal el que contraría los fines del ordenamiento jurídico o el que excede los límites impuestos por la buena fe, la moral y las buenas costumbres”, cuestiona todos los contra valores –en esa teoría de la bipolaridad-, apuntando a los que afectan “los fines del ordenamiento jurídico”, y recoge “la buena fe, la moral y las buenas costumbres”, como límites o determinantes de los principios y valores jurídicamente protegidos –conforme el art. 2º del Proyecto, e impone la visión bipolar de esos valores y principios. Pues existiendo duda sobre el valor positivo, muchas veces se dilucidará la cuestión al posar la atención en el contravalor negativo.

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

Esta es una verdadera revolución que impondrá que los jueces al considerar la homologación de un acuerdo con quita analicen si no existe abuso de derecho o fraude a la ley, y la quita comporta cuando menos un abuso de derecho –que aparece como un antivalor-, cuando no un fraude a la ley societaria, pues los socios han transferido su obligación de capitalizar a una quita. En vez de aumentar el activo achican el pasivo a cargo de terceros, lo que hasta les permitiría distribuir dividendos luego de un balance que acreditara el enriquecimiento patrimonial.

El aumento de capital de la sociedad, cuando patrimonialmente no es necesario, puede constituir un acto de mala fe y de abuso de derecho contra socios que no pueden ejercer su derecho de suscripción preferente. Y, en cambio, si el aumento de capital es patrimonialmente necesario para la viabilidad económica del cumplimiento del objeto social, y particularmente si se ha perdido el capital social, el no aumento de ese capital importa un acto de mala fe y de abuso de derecho en perjuicio de acreedores y del mercado, al soslayar la obligación de los socios de reintegrar el capital social o propiciar su aumento,

fe e insolvencia societaria”, capítulo XLIX tomo I pág. 811 en libro colectivo *Tratado de la Buena Fe en el Derecho*, Coordinador Marcos M. Córdoba, Editorial La Ley, 2 tomos, 2ª Buenos Aires 2005.

⁷² RICHARD, Efraín Hugo “Sobre la novación por acuerdos concursales (y algo sobre responsabilidad de administradores)” en *Doctrina Societaria y Concursal*, Ed. Errepar, n° 282, Buenos Aires mayo 2011, año XXIV, tomo XXIII, pág. 445.

que es calificado cuando en una presentación en concurso intentan imponer el reequilibrio patrimonial a los acreedores afectando sus patrimonios con quitas.

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

Se verá que se distingue orden público de normas imperativas. Respecto al primero para impedir puedan dejarse de lado, y respecto a ambos supuestos para sancionar el fraude a la ley.

Y esto es congruente con la previsión del art. 52 ap. 4 Ley de concursos y quiebras que impide al juez homologar en ningún caso un acuerdo con abuso de derecho o fraude a la ley. Y la quita implica cuando menos un abuso y normalmente un fraude a la ley societaria en el caso de concurso de sociedades.

IX – Y...¿ EL FUTURO?

Así están las cosas. “Se advierte... una tónica uniforme que exterioriza disconformidad frente a la insatisfacción de los sistemas destinados a regular las crisis empresarias, y en suma, el fracaso de la legislación, lo que constituye una causa determinante de sucesivas reformas en búsqueda irrenunciable de la estrella polar de una solución imposible”⁷³, es que ante la crisis económico-patrimonial-financiera de las sociedades, la misma debe ser asumida desde el derecho societario. Sólo fracasadas las acciones previstas en el mismo, para conservar la empresa podrá afrontarse el camino concursal, con el debido equilibrio entre acreedores y socios. El derecho societario iberoamericano es suficientemente uniforme para admitir (e imponer) estas conductas.

Resaltando la cuestión y transfiriendo decididamente el sistema de preconcursalidad a la legislación societaria, se ha sostenido que “Después de todo lo que se ha indicado, 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.”⁷⁴.

La meditación que fluye es que -ante la afirmación de la Corte en el caso Comercial del Plata S.A.-, la sociedad que se concursara sin intentar los remedios societarios de bajo coste -asegurando la continuidad de la empresa y del empleo, aunque pueden comprometer parcialmente la titularidad de las participaciones sociales-, si intentara la homologación de un acuerdo de quita y espera se debería encontrar con una tacha inicial, metódica, de abusividad.

⁷³ DASSO, Ariel Ángel *Tendencias actuales del derecho concursal*, Editorial Ad Hoc, Bs. As. 1999, p.49.

⁷⁴ BELTRAN SANCHEZ, Emilio “La responsabilidad por las deudas sociales de administradores de sociedades anónimas y limitadas incursas en causa de disolución”, en BOLAS ALFONSO, Juan (dir.) *La responsabilidad de los administradores de sociedades de capital*, Consejo General del Poder Judicial, Consejo General del Notariado, Madrid, 2000, p. 133, especialmente a pág. 154 párrafo “5. Responsabilidad de los administradores por las deudas sociales e insolvencia de la sociedad”.

Como bien señala Dasso en importantísimo libro⁷⁵: “el sistema jurídico más completo y lógico no es perfectamente inteligible hasta que se estudia en relación con otros sistemas legales... la persecución de la eficiencia se ha centrado en el resguardo de la empresa, motor de la economía capitalista instaurada en el mundo, y el nuevo objetivo, focalizado en el diagnóstico temprano de sus dificultades en forma de intervenir antes que la crisis sea patología irreversible ...”.

Las soluciones concursales, extrajudiciales o judiciales, están pensadas para actuar tempranamente frente a la crisis o cesación de pagos, anticipándose a la pérdida del capital social –insolvencia-. Si hay insolvencia son las soluciones societarias las que corresponde aplicar. La espera o la capitalización es la solución concursal no abusiva ni en fraude a la ley. La solución concursal es siempre la capitalización, por socios, terceros o con pasivo.

Para meditar en torno a la causal de disolución “pérdida del capital social” que impone soluciones societarias concretas. No afrontar la crisis oportunamente y exigir un sacrificio a los acreedores, impone que la propuesta no pueda sea homologada, por abusiva⁷⁶ u en fraude a la ley al haberse omitido las previsiones imperativas. En el estado actual no puede un juez considerar una propuesta de quita en el concurso de una sociedad, sin hacer un análisis sobre su abusividad a la luz de las normas imperativas del derecho societario, eventualmente excluyéndolo de las mismas en forma expresa.

Hoy la doctrina concursalista comienza a reaccionar ante nuestra pérdida, exigiendo a los socios de la sociedad concursada el “esfuerzo compartido” que no implica nada más que atemperar el abuso sin hacer desaparecer el fraude.

Cuidemos los asesores económicos y jurídicos al instrumento maravilloso de la organización empresaria que es la sociedad y evitemos que pueda responsabilizarse a administradores y eventualmente a los socios por su obrar contrario a la ley⁷⁷.

La doctrina concursalista intenta por todos los medios “conservar la empresa”, pero omite considerarse las efectivas imperativas normas societarias preconcursales, que alejan responsabilidades.

Pretendemos que estas líneas se enderecen no sólo a la enseñanza del derecho societario y concursal, sino a una colaboración con la esforzada labor de la magistratura, evitando las anomalías que señalan Kolliker Frer y Martorell tan lúcidamente.

X – DESAFIO PARA LA LABOR ACADÉMICA Y LEGISLATIVA.

Con estos pensamientos, que no sólo comprende la conservación (o la tardía reactivación de la empresa), y la prudente labor de los administradores sobre el patrimonio de la sociedad, para evitar responsabilidad (correcta preocupación constante de la doctrina), abrimos nuevamente el diálogo siempre disponible en nuestra vocación común de perfeccionar las normas y su interpretación en beneficio de la seguridad de nuestras comunidades, pero sobre todo requiriendo desde nuestra visión pedagógica la necesidad que en la enseñanza del derecho concursal se remarque las obligaciones de administradores

⁷⁵ DASSO, Ariel A. *Derecho Concursal Comparado*, tomos 1 y 2, Ed. Legis, Buenos Aires 2009/2010, citado, del que puede verse nuestra reseña en RDCO 240-175, Enero/Febrero 2010 y RDCO 244-567 (B), Ed. Abeledo Perrot Buenos Aires 2010.

⁷⁶ RICHARD, Efraín Hugo “Crisis de sociedades: Acuerdos concursales abusivos vs. Solución privada” en *SUMMA CONCURSAL*, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires 2012, tomo II pág. 1945.

⁷⁷ RICHARD, Efraín Hugo ¡MÁS JUSTICIA Y MENOS JUICIOS! CONSERVACIÓN DE LA EMPRESA Y PRECONCURSALIDAD SOCIETARIA Publicado en Revista de Derecho Comercial, del Consumidor y de la Empresa (DCCyE, Editorial La Ley) Año IV, Número 1, Febrero 2013, pág. 3.

y socios, y los supuestos en que pueden configurarse conductas sancionadas por el Título Preliminar del Código Civil y Comercial y por las normas imperativas de la ley general de sociedades, conforme las previsiones de los arts. 2 y 150 CCC. Y, obviamente, que los profesores de Sociedades amplien los contenidos cuando se refieran a la función de garantía del capital social y en particular a los efectos cuando se declara su pérdida al aprobar un balance.

Todo un desafío y una contribución para que los profesores asuman la cuestión en varias asignaturas de los estudios de abogacía o de ciencias económicas; para que los profesionales de las ciencias económicas y de derecho eviten que los administradores y socios asuman responsabilidad, y por último con los señores legisladores y magistrados tengan un nuevo punto de vista para asegurar la conservación de la empresa, en principio a cargo de sus administradores y socios, reservando la intervención del Estado, siempre costosa para toda la comunidad, a casos donde esa actividad privada no sea eficiente, imponiendo su reemplazo o acompañamiento, con los menores daños al mercado y compartiendo los intereses de los que llamamos el “capitalismo productivo”, generando empleo y riqueza en la comunidad donde este instalada, conservando las fuentes de trabajo y de riqueza para la economía nacional.

Y a su vez restablecemos la tipicidad de la relación societaria que es que los socios “soporten las pérdidas”, no los acreedores, salvo que éstos sean tentados por un buen plan de negocios a capitalizar sus acreencias.