

¡LOS REYES MAGOS NO EXISTEN!

Efraín Hugo RICHARD¹

SUMARIO:

I - LOS EMPRENDIMIENTOS. II – LA CAUSA FINAL EN EL NEGOCIO CONSTITUTIVO DE SOCIEDAD. III – LA DESNATURALIZACIÓN EN EL PROCESO CONCURSAL. IV - LOS REYES MAGOS. V - SISTEMA SOCIETARIO DE CRISIS. VI – NORMAS IMPERATIVAS DEL DERECHO SOCIETARIO. VII– ¿ES HOMOLOGABLE UN ACUERDO EN ABUSO DE DERECHO O FRAUDE A LA LEY SOCIETARIA? VIII - LA INTEGRACIÓN SISTÉMICA. IX - VIABILIDAD DE LA SOCIEDAD. X - LA RESPONSABILIDAD DE ADMINISTRADORES Y SOCIOS. XI - EL CRITERIO CUANTITATIVO Y EL SUSTANCIALISTA. XII – CONCLUYENDO Y RESUMIENDO.

I - LOS EMPRENDIMIENTOS.

La similitud de la legislación societaria, y parcialmente la concursal de Argentina y Uruguay, además de la cordial insistencia del jurista oriental Camilo MARTÍNEZ BLANCO para que expresemos nuestras particulares opiniones, nos llevan a discurrir sobre el sistema societario y las crisis de sociedades.

En los emprendimientos tenemos fundadas esperanzas en su resultado positivo, sea por nuestra capacidad o por un aventurado destino sostenido por la comunidad que nos rodea.

Cuando constituímos una sociedad, por decisión unilateral o por acuerdo de los constituyentes, solemos trazar un simplificado plan de negocios, eufóricos por la aventura que vamos a emprender para repartir las utilidades que genere el negocio.

II – LA CAUSA FINAL EN EL NEGOCIO CONSTITUTIVO DE SOCIEDAD.

Pero olvidamos un elemento caracterizante, causal, de la libertad para generar personas jurídicas societarias: “soportar las pérdidas”, lo que subrayan tanto la legislación uruguaya como la argentina. Es un elemento esencial tipificante, asegurado por normas imperativas de la ley, que hemos caracterizado en artículo “CONFIGURACIÓN DE UN *DERECHO SOCIETARIO DE CRISIS*” para *Estudios de Derecho Concursal Uruguayo*².

Sostenemos que la causa fin del negocio de constitución de una sociedad lo era el advenimiento de una persona jurídica para desarrollar actividad independiente. Se especifica, sin contradecir ello y conforme los arts. 1° de las legislaciones argentina y uruguaya “la característica específica del contrato plurilateral de sociedad que lo distingue netamente de los demás esquemas jurídicos, es la participación en las ganancias y en las pérdidas. Esta nota constituye la causal del contrato de sociedad o sea *la función económico-social* del negocio reconocida por el derecho... La participación en las ganancias y en las pérdidas es la función objetiva que tiene el *negocio jurídico*

¹ Profesor Emérito de la Universidad Nacional de Córdoba, República Argentina.

² Libro V Coordinador Camilo Martínez Blanco, Universidad de Montevideo Facultad de Derecho, Montevideo 2018, págs. 21 a 50

sociedad, y que el derecho estatuye y reconoce como tal”³. Subrayamos la contundencia de esos artículos primero: “soportar las pérdidas”, no es siquiera “participar” en las pérdidas”.

Se enfatiza “...es preciso comenzar por recordar que correr el riesgo en común constituye, en el plano jurídico, la *causa-fin* de la sociedad.... El socio no puede ser liberado del riesgo, ni ser investido del derecho a apropiarse de todo el beneficio... interés común derivado del riesgo y de la vocación a soportar las pérdidas y a participar de las utilidades, fundamento de la igual calidad de derechos, forma parte de la causa fin de la sociedad”.⁴

III – LA DESNATURALIZACIÓN EN EL PROCESO CONCURSAL.

Pero a través del proceso concursal se ha generado la costumbre *contra legem* de que las pérdidas las soportan los acreedores, particularmente los proveedores y los trabajadores, pues los financieros han tenido a bien cubrirse con garantías de terceros.

En un acuerdo mayoritario, de los pocos que han conseguido verificar tempestivamente, se impone a la real mayoría quitas y esperas despojatorias que atentan no sólo contra el sistema societario sino con el constitucional de resguardo del derecho de propiedad. Puede verse la falta de universalidad en la concurrencia de acreedores, prevista originariamente en Argentina por el art. 21 de la ley 24522, en su modificación por Ley 26086 del año 2006⁵; además en el injustificado cuestionamiento a la verificación de títulos de crédito basado en la incorrecta aplicación de los plenarios Traslinie y Difry. Con habilidad se lograba –y logra- que sólo unos pocos estén en condiciones de considerar las confiscatorias propuestas de la sociedad deudora, en la que aparecía el tufillo de insostenibles cesiones de crédito, hoy acotadas por el fallo en el caso Mandalunis de febrero de 2014, con el impecable voto de Julia Villanueva.

Esta actitud omisiva de quienes crearon a la sociedad o son sus titulares actuales, unida a la de los administradores designados por ellos, termina desembocando en un concurso donde se pretende –y se obtiene-, vaya a saber por qué medios que sean los acreedores los que solucionen la cuestión por medio de esperas y quitas. 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 cómo manejarse en ese tipo de contingencias, o incluso por carecer de asesoramiento legal o, simplemente, por fastidio o hastío por un sistema legal que desde la perspectiva popular sólo pareciera proteger a los deudores y desamparar a los acreedores. En fin, cualquiera sea la razón de esta realidad, lo cierto es que estos acreedores “genuinos” –mayormente proveedores, trabajadores y/o genéricamente, acreedores comerciales- deben presenciar como el concursado y sus asesores letrados diseñan estrategias que les posibilitan a estos últimos “manejar” las mayorías concursales para imponerles a aquéllos propuestas abusivas, cuando no irrisorias, para dilatar su pago, o diluir o licuar directamente sus créditos hasta límites inconcebibles. ¿Puede seriamente creerse, entonces, que esos desprotegidos acreedores estarán en condiciones de evaluar si la falta de actividad actual y/o potencial del concursado constituye o no un óbice para el éxito de la solución preventiva, cuando además de carecer por completo de todo tipo de información acerca de la actividad comercial del deudor, se procura por todos los medios que aquéllos no participen del procedimiento concursal (si es que se enteran de su existencia) y son frecuentemente excluidos de la “voluntad” del colegio de acreedores mediante la interposición de acreedores ficticios o ya “desinteresados” deliberadamente para que brinden su connivente complacencia a las estrategias del deudor, situación que se agrava si se tiene en cuenta que ni siquiera este último está obligado por la ley a decir qué se propone hacer con su empresa y de dónde piensa sacar los fondos con los que les va a pagar? Sinceramente creo que no... se tiene la más absoluta**

³ COLOMBRES, Gervasio R. *Curso de Derecho Societario, Parte General*, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires 1972, pág. 56.

⁴ MANÓVIL, Rafael M. “Conflictos y grupos de sociedades”, en AAVV *Tratado de los Conflictos Societarios*, Director Diego A. J. Duprat, Ed. Abeledo Perrot, tomo III, pag. 2642 esp. 2651/2/3. Buenos Aires 2013.

⁵ COSTA, Héctor L. “La importancia de la verificación crediticia” en *Doctrina Societaria y Concursal*, Ed. Errepar, Noviembre 2018, Buenos Aires, pág. 1071.

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 brutal, es que dirigimos nuestros razonamientos a dar una inteligencia constructivista al sistema concursal actual, particularmente en relación a la actividad empresaria organizada como sociedad, integrándolo a la legislación específica de la actual Ley General de Sociedades –en adelante LGS-.

Aparece así la cobertura de las pérdidas como un regalo de Papa Noel o de los Reyes Magos, tan regalo que es gravado como ganancia por los entes tributarios. Y tenemos para nosotros que esos personajes de la imaginaria no existen.

Recordamos el caso del Acuerdo Preventivo Extrajudicial de un poderoso medio de comunicación que bajo el prestigio del grupo que integraba emitió obligaciones negociables en dólares estadounidenses y que en el año 2002 declaró su cesación de pagos logrando con pocos votos una importantísima quita y espera. A los pocos meses realizó un balance y de esa quita resultó un estado patrimonial que determinaba una multimillonaria ganancia, pagándose de inmediato el impuesto respectivo, distribuyéndose entre sus socios ese inesperado –o cuidadosamente gestionado- lucro, que fue usado aparentemente para adquirir otro medio de comunicación formando un importante centro generador de nuevas utilidades, gracias al regalo impuesto a los acreedores.

La imperdible presentación del Director en un Tratado⁶ constituye una 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 *pícaros 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 cómo acompañó las situaciones posteriores, ante institutos tan bochornosos como el APE...y harto peligrosos... nuevamente recurro 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...*”.

IV - LOS REYES MAGOS

La libertad en la creación de las sociedades es equilibrada con la responsabilidad de administradores y socios si se genera daño. Los Reyes Magos no existen, son los familiares y allegados los que hacen los regalos... Y esto es lo mismo que impone la ley societaria, la ley específica que regula estas personas jurídicas –arg. art. 150 Código Civil y Comercial Argentino, en adelante CCC-, congruente con los artículos pertinentes de las leyes de sociedades que postulan que las pérdidas las soportan los socios.

Concretamente los administradores y socios de una sociedad en insolvencia⁷ al presentarse en concurso soslayan las normas imperativas de la ley societaria y con aparentes mayorías trasladan las pérdidas a los acreedores, no asumiéndolas conforme las mandas legales, trasladándolas sin siquiera ofrecer compartir riesgos mediante una capitalización.

⁶ 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).

⁷ Como hemos desarrollado en otras oportunidades y siguiendo a Camilo Martínez Blanco, apuntamos a la insolvencia no sólo en su sentido financiero sino particularmente en su versión patrimonial, que significa patrimonio neto negativo y constituye una causal de disolución.

V - SISTEMA SOCIETARIO DE CRISIS.

Claro que esto se vincula a la existencia de un plan de negocios o de reestructuración para afrontar la crisis, que se plantea como adecuado de *lege ferenda* pero no exigido por la ley actual, criterio que consideramos incorrecto⁸. Lo único reorganizable es la empresa viable, o que puede viabilizarse. Si el plan no se presenta y se intenta que los acreedores cubran las faltas patrimoniales con quitas y esperas confiscatorias, se está actuando con abuso de derecho y fraude a la ley societaria.⁹

Parece fundamental la reflexión conclusiva que el riesgo de insolvencia es de los acreedores en el caso de crisis de persona humana y es de los socios en el caso de crisis de persona jurídica. Ello tal como lo indican los artículos primero de las leyes de sociedades argentina y uruguaya: “soportar las pérdidas” es a cargo de los socios, y normas imperativas posteriores y congruentes se enderezan a ello, como lo venimos sosteniendo.

No abogamos porque se dicten nuevas normas, como se pretende para el ámbito de la persona humana –quizá innecesariamente-, sino en abordar sistemáticamente las normas imperativas que atienden a la crisis de sociedades en el ámbito de su ley específica, la ley de sociedades, en cuanto de carácter imperativo e indisponibles, compatibilizando las normas concursales.

Centro del sistema de las relaciones de organización es el límite de la autonomía de la voluntad y, particularmente respecto al sistema societario, generado por las normas imperativas que resguardan el debido uso de la técnica de organización personificada, particularmente en resguardo de terceros. Los primeros artículos de cualquier ley de sociedades suelen fijar un criterio para caracterizar esta relación jurídica de organización, en interés mutuo, que es para los socios “realizar aportes para aplicarlos a la producción o intercambio de bienes o servicios participando de los beneficios y soportando las pérdidas”¹⁰. O sea generando un nuevo patrimonio como prenda común de los acreedores, regulan para que no pueden generar daño si se adoptan las soluciones previstas imperativamente¹¹, que en su caso –como principio- las pérdidas no deben ser trasladadas a terceros.

Evitar el daño, soportando las pérdidas los socios, se encuentra también inserto “en el principio de integridad del capital y en las funciones que a éste se asignan. En efecto, si la defensa del interés de los acreedores descansa en la función de retención patrimonial que tiene asignada la cifra del capital social, parece razonable que en una situación en la que el patrimonio ha descendido”¹² en forma tal que corre peligro la satisfacción del pasivo sean los administradores sociales y los socios los que deban adoptar las medidas tendientes a cumplir las normas imperativas de las legislaciones societarias que aseguran la responsabilidad patrimonial o función de garantía del capital social.

VI – NORMAS IMPERATIVAS DEL DERECHO SOCIETARIO.

¿Por que las normas imperativas del derecho societario no pueden ser dejadas de lado? El art. 150 CCC en su inc. a expresa que las personas jurídicas se reglan: “Por las normas imperativas de la

⁸ Sobre esto puede verse la investigación internacional que dirigimos con la jurista uruguaya Alicia Ferrer Montenegro y presentamos en noviembre de 2018 en el Congreso del IIDC de Málaga y editamos en *Estudios de Derecho Empresario*, revista electrónica en el Portal de la Universidad Nacional de Córdoba.

⁹ Sobre lo que abundamos en ese Congreso de Málaga en el panel con el jurista portorriqueño Gerardo Carlo Altieri “Dos visiones sobre las facultades judiciales para homologar un acuerdo”. Nos basamos en el art. 52 ap. IV de la ley concursal argentina, y una versión completa ha sido remitida para su publicación.

¹⁰ La transcripción encomillada corresponde al art. 1 de la Ley General de Sociedades de la República Argentina.

¹¹ Nto. “NORMAS IMPERATIVAS DEL DERECHO SOCIETARIO PARA PREVENIR DAÑOS”, en *Los aspectos empresariales en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación*, Ed. Fidas, Buenos Aires 2015, página 79.

¹² GARCIA CRUCES, José Antonio *Derecho de Sociedades Mercantiles*, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia 2016, pág. 479. En el caso de España por debajo de la mitad del capital social –o de un tercio según el tipo-, en Argentina del 100%, pudiendo verse el estudio de derecho comparado RDCO N° 277, Marzo/abril 2016, pág. 399 investigación “*La Causal de la Disolución de la Sociedad por pérdida del Capital Social y la Convergencia en este aspecto con la Legislación Concursal y Societaria*”. Una apreciación comparatistas entre las legislaciones: colombiana, peruana, uruguaya, argentina y española” Esteban Carbonell O’Brien (Perú), Israel Creimer (Uruguay), German Monroy Alarcón (Colombia) y Efraín Hugo Richard (Argentina) Codirectores; y José Pajares y Jesús Quijano Gonzales (España), Claudia Celmira Quintero y Romeo Pedroza Garcés (Colombia), Teresita Rodríguez Mascardi y Alicia Ferrer (Uruguay).

ley especial, o **en su defecto**, de este Código”. El art. 99 LGS señala la responsabilidad solidaria de administradores sin perjuicio de la responsabilidad de los socios. Y todo lo referente al capital social, causales de disolución y responsabilidades por daño ante incumplimiento son indisponibles¹³.

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

La acción de conservar la empresa debe estar a cargo de alguien y en el derecho societario lo es a cargo de los administradores, que deben transmitir los problemas y posibles soluciones a los socios, y estos resolver¹⁴, constituyendo *el plan de negocios*.¹⁵

Reiteramos, si una sociedad no obtiene capital de sus propios socios o de terceros, es porque no existe un plan que determine la viabilidad y la rentabilidad de la empresa. Los administradores societarios deben hacer una evaluación y un plan anualmente. Si el balance anual acusa la pérdida tienen obligación de exponerlo a los socios, con algún plan si pretenden continuar la gestión. A su vez deben presentar junto al balance una Memoria sobre la prospectiva del año venidero, que importaría anticipar la asunción de una crisis si existiere un sobreendeudamiento, anticipándose a la instalación de la crisis, revisar el patrimonio activo y pasivo ordinario corriente para el año inmediato, sin perjuicio de mantener el patrimonio activo suficiente para satisfacer el pasivo, o sea mantener patrimonio positivo, sin pérdida del capital social. La crisis societaria suele llevar al proceso concursal que tiene especiales notas en el caso del concurso de una sociedad.¹⁶

Al generalizarse la responsabilidad limitada para todas las sociedades, la cifra de capital sirve, fundamentalmente, a la protección de los acreedores. En contrapartida por la irresponsabilidad por las deudas sociales, los accionistas han de “ofrecer” a los acreedores sociales un patrimonio específico que pueda ser atacado por éstos para cobrar sus créditos (función de garantía del capital social)...¹⁷

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

Se asegura “La normativa societaria ha tenido, desde siempre, la preocupación de la defensa y protección del crédito y, por esta vía, de la prevención de las crisis empresariales. Con herramientas y procedimientos diferentes ha ido convergiendo con una legislación concursal cada vez más preocupada por la prevención de las crisis empresariales y en la solución de éstas con el menor daño posible a las estructuras productivas. Esta comunidad de objetivos entre ambas ramas del ordenamiento mercantil hacen necesaria una coordinación y armonización normativa, de modo que su objetivo común pueda ser logrado en forma segura y eficiente, derecho concursal y derecho societario no son dos compartimentos estancos. Ambas disciplinas deben perseguir, desde una concepción integral del sistema jurídico, una armonización de sus sistemas normativos en orden a la tutela del crédito, a la anticipación de las crisis y a evitar su profundización y propagación”¹⁸.

“El Derecho Concursal protege a los acreedores imponiendo la obligación de solicitar el concurso cuando la sociedad no puede hacer frente a sus obligaciones definiendo con mucha mayor

¹³ Nto. “EL LABERINTO DE LA PÉRDIDA DEL CAPITAL SOCIAL Y SU REMEDIACIÓN” en pág. 111 del n° 7 de ESTUDIOS DE DERECHO EMPRESARIO, julio e 2016, en portal de la Universidad Nacional de Córdoba.

¹⁴ Nto. “Los administradores societarios y la insolvencia” en SUMMA SOCIETARIA, Ed. Abeledo Perrot, Bs. Aires 2012, t. I p. 1449.

¹⁵ CARLINO, Bernardo “PLAN DE NEGOCIOS: LA HORA SEÑALADA”, en *Doctrina Societaria y Concursal*, Ed. Errepar, Buenos Aires, Febrero 2019.(I. Marco legal. II. Encuadre doctrinario. III. Ejemplo simple. IV. El plan de negocios en la ley 24.522)

¹⁶ Nto. “Crisis societaria: integración del sistema concursal con el societario” RDCO 266-243 sección doctrina.

¹⁷ ALFARO ÁGUILA-REAL Jesús “Concurso culpable y responsabilidad por el déficit concursal”, Jun 1, 2015 | [Derecho Mercantil](#), en Almacén de Derecho: La [STS de 21 de mayo de 2015](#).

¹⁸ 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.

precisión el riesgo de que continúen actuando en el tráfico empresas insolventes (v., [art. 5 LC](#)); subordina los créditos de las personas especialmente relacionadas con el deudor para desincentivar las “resurrecciones” artificiales de empresas insolventes a base de créditos concedidos por los socios ([art. 92.5 LC](#)) y declara la responsabilidad de los administradores y socios de control por el déficit concursal en caso de concurso culpable ([art. 164 LSC](#)), además de los efectos protectores de las acciones revocatorias. La amenaza de ver relegados los créditos otorgados por los socios de control; la eventualidad de tener que responder del pasivo no satisfecho en el procedimiento concursal si se retrasa la declaración de concurso o se ha distraído el patrimonio social en perjuicio de los acreedores, constituyen mecanismos mucho más ajustados a las circunstancias de cada caso”¹⁹

Los socios deben evitar dañar, eventualmente capitalizando la sociedad.

VII- ¿ES HOMOLOGABLE UN ACUERDO EN ABUSO DE DERECHO O FRAUDE A LA LEY SOCIETARIA?

El análisis doctrinal y jurisprudencial sobre la imposición al juez que en ningún caso homologue un acuerdo con abuso de derecho o fraude a la ley²⁰ se limita -en caso de quitas y esperas- a sus aspectos cuantitativos en la práctica judicial, que pueden configurar un abuso de derecho, omitiendo cualquier consideración en torno al fraude a la ley²¹.

Pero la doctrina más reciente continua con la tendencia evaluativa de la propuesta de quita y espera como legítima formalmente, pero vinculada a su análisis cuantitativo, sin siquiera vincularlo a un problema constitucional de confiscatoriedad, o sea atentando contra el derecho de propiedad.²²

La quita figura en el listado de las soluciones concursales²³, pero no en forma imperativa sino potestativa, y como varias otras propuestas que corresponden al concurso de personas humanas como la “constitución de sociedad con los acreedores”, varias son también potestativas para sociedades. Si no hay déficit patrimonial una quita sería abusiva, pues la sociedad solo necesitaría espera. Pero si hay déficit patrimonial –evidenciado en un balance con patrimonio neto negativo- son los socios los que deben reintegrar o capitalizar la sociedad por sí o acercando a terceros, compartiendo la propiedad. La quita devendría en un enriquecimiento para ellos violando normas imperativas de la ley societaria.

Sobre este punto pueden verse recientes elucubraciones en “La ineficiencia de la quita como financiación de la empresa concursada. Algunas propuestas. Análisis del caso empresario *Yagisawa Shouten Co.*”²⁴.

No tenemos duda que el juez o autoridad concursal debe asumir con criterio sustancialista el análisis de la legalidad de las quitas en los procesos concursales de sociedades. Aunque sea para

¹⁹ ALFARO AGUILA-REAL, Jesús “Concurso culpable y responsabilidad por el déficit concursal”, Jun 1, 2015 | [Derecho Mercantil](#), en Almacén de Derecho: La STS de 21 de mayo de 2015 decide sobre un concurso declarado culpable y la consiguiente responsabilidad de los administradores por el déficit concursal. El Supremo confirma la sentencia de la Audiencia que había considerado el concurso culpable por dos causas: ocultar gravámenes que pesaban sobre el único inmueble propiedad de la sociedad concursada y el retraso en la solicitud de concurso (dos años)... *De tal forma que el agravamiento de la insolvencia, como consecuencia del retraso en la solicitud, constituye uno de los elementos objetivos y subjetivos de esta causa de calificación culpable, en realidad el más preponderante, con arreglo al cuál podía articularse la justificación de la responsabilidad por déficit del art. 172.3 LC (en su redacción original, aplicable al caso).*

²⁰ Previsto en el art. 52.4 LCQ argentina.

²¹ Nto. “LA SENTENCIA DEL ART. 52.4 LCQ: ABUSO DE DERECHO Y FRAUDE A LA LEY” en pág. 741 en Cuestiones actuales y controvertidas de derecho societario, concursal y del consumidor, Ed. Fundación Investigación y Desarrollo de las Ciencias Jurídicas, Bs. As. Abril 2017.

²² PALAZZO, José Luis – RICHARD, Efraín Hugo “VISION BÁSICA CONSTITUCIONAL DE PROPUESTA ÍRRITA DE QUITA Y ESPERA” en libros del “VI Congreso Nacional de Derecho Concursal y IV Congreso Iberoamericano de la Insolvencia”, Rosario 2006, T. I pág. 715.

²³ En el art. 43 LCQ argentina. Ver nto. “FACHADAS EMPRESARIAS y PREOCUPANTE MENSAJE JURISPRUDENCIAL: ¿vale todo para homologar una propuesta?” en La Ley 15 de abril de 2009 y “LAS LIQUIDACIONES SOCIETARIA, LA CONCURSAL Y EL ARGUMENTO DEL RESULTADO DE ESTA ÚLTIMA PARA HOMOLOGAR UNA PROPUESTA ABUSIVA”, en Zeus Córdoba, n° 353, Año VIII, 18 de agosto de 2009, t.15 pág. 169, Doctrina, y en Editorial Zeus, 10 agosto 2009, año XXXVI, Revista n° 15, tomo 110, pág. 785. Doctrina.

²⁴ De FUSHIMI, Jorge Fernando – RICHARD, Efraín Hugo en Doctrina Societaria y Concursal, Ed. Errepar, Buenos Aires Diciembre 2018, pág. 1143.

rechazar nuestra posición y señalar la legalidad de la propuesta de quita y espera por una sociedad, incluso inviable, y el consiguiente acuerdo.

Las consideraciones aportadas descartan la aplicación a las sociedades la aceptación de propuestas confiscatorias bajo el argumento que en la liquidación percibirían menos (*the best interest of creditors* aceptable para deudores individuales), pues las normas imperativas societarias descartan tal situación, eventualmente a través de acciones de responsabilidad.

La preocupación sobre el financiamiento de la empresa en crisis *-fresh money-* a que atienden normas de “preconcurso”, es sustentable pero falsa. Como ex funcionario bancario –y ahora en la práctica profesional- sea con posterioridad a la homologación de un acuerdo legal, como en casos de soluciones por reorganización societaria, jamás se niega apoyo a la sociedad que presenta un equilibrado plan de negocios y exhibe documentación contable aceptable, particularmente cuando vincula el aporte económico –al estilo de lo autorizado por la reforma societaria italiana- a negocios o préstamos participativos.²⁵

“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 (art. 260.1.4^a) 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 ése se aumenta 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”²⁶.

Hay una explicitación sobre ello en “Dos visiones sobre: la discrecionalidad del juez y la necesidad de imponerle límites. Sobre la discrecionalidad del juez en la homologación de acuerdos”.²⁷

La reiterada tesis es que la ley 24522 que regula los concursos y quiebras en la República Argentina, dispone en torno a la homologación por el juez del acuerdo logrado en el art. 54 apartado 4 y final en su redacción actual: “En ningún caso el juez homologará una propuesta abusiva o en fraude a la ley”. Resulta así que se ha limitado la discrecionalidad judicial, imponiendo que las propuestas que formule la sociedad deudora no sean abusivas ni en fraude a la ley. Parece fundamental determinar a que ley refiere la norma. Y a esto dedicamos nuestra visión en los concursos de sociedades integrando el sistema jurídico.

La ley argentina del 95 aparentemente coartó las facultades del juez para no homologar un acuerdo logrado con mayoría de los créditos verificados y declarados admisibles, con muchos de ellos cedidos a terceros posteriormente a su verificación. Los jueces reaccionaron y reclamaron la facultad jurisdiccional de velar por la legalidad de las propuestas y los acuerdos. La ley se reformó y determinó en su apartado 4 y final: “En ningún caso el juez homologaría una propuesta abusiva o en fraude a la ley”. Obviamente comprende al acuerdo con esa propuesta, conforme al art. 17 de la ley 25589, reformando el 15.5.2002 la ley 24522 del año 1995.

La doctrina concursalista y la judicial se detuvo en la abusividad de la propuesta desde su economicidad cuando a la quita –sin límites precisos- se sumaba la espera en un país con alta inflación, generándose diversas formas de posibilidades para mejorar la propuesta ya votada –tercera vía-, llegando a imponer el *quantum* condicionando la homologación a la aceptación de la deudora.

²⁵ Nto. “SOBRE EL NEGOCIO DE CUENTAS EN PARTICIPACIÓN (association commercial en participation)” en “Bicentenario del Código de Comercio Francés”, AAVV coordinadores Alfredo Morles Hernández – Irene de Valera, Edición Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Serie Eventos n° 25, Caracas, Venezuela 2008, pág. 1081.

²⁶ URÍA, R.; MENÉNDEZ, A. y GARCÍA de ENTERRÍA, J. –“La sociedad anónima: disolución” Cap. 4, pág. 1001 en *CURSO DE DERECHO MERCANTIL* citado..

²⁷ Panel en el Congreso Iberoamericano de Derecho Societario, Málaga noviembre 2018, entre Carlo Altieri y E.H. Richard, con las expresiones de este último en publicación electrónica.

A las quitas sin límites –incluso más allá que lo constitucional permitiría-, se sumaba que el criterio no distinguía entre concurso de persona humana y de persona jurídica sociedad.

Frente a viejos criterios, que todos los miembros del Instituto Iberoamericano de Derecho Concursal –sede México, en adelante IIDC- conocen, hemos intentado de fijar principios de cierta universalidad –como se trató en el Congreso de Málaga en comunicaciones para nuestro país dentro de investigaciones internacionales que promovidas con Alicia Ferrer Montenegro e integrados en la generada por Ana Belén Campuzano y Juan José Rodríguez Maceda, se ha referido y logrado algunos apoyos a las críticas sobre las costumbres *contra legem* de la práctica concursal, recogiendo la idea del esfuerzo compartido de capitalización por los socios para compatibilizar las quitas a los acreedores –Truffat, Carlino y Botteri-. Correlativamente se gestó el nuevo Código Civil y Comercial vigente desde el 1° de agosto de 2015, cuyos alcances aún se están interpretando, particularmente en su incidencia en los concursos de sociedades.

Este nuevo Código en su título preliminar impuso la integridad del sistema jurídico - art. 2-, la buena fe –art. 9-, la corrección al abuso de derecho –art. 10- y la reconducción de efectos ante el fraude a la ley –art.12-, para luego imponer en el art. 150 CCC la preminencia e inmodificabilidad de las normas imperativas de la ley específica de cada persona jurídica y en su defecto las del Código, que en nuestro caso se integran, bajo un principio de libertad bajo responsabilidad para evitar daño, para lo cual se permite promover acciones para prevenirlo o atenuarlo –art. 1710-.

En las normas imperativas o indisponibles de la Ley General de Sociedades se reconocen las que previenen efectos nocivos para terceros, donde lucen las causales de disolución, particularmente las de los 94.4 imposibilidad financiera o patrimonial de cumplir el objeto o actividad, y la del art. 94.5 existencia de patrimonio neto negativo. A su vez constatadas esas causales, que en el 99% de los concursos se exteriorizan, el nuevo art. 100 impone la decisión del órgano de gobierno de remover la causal y acreditar razonablemente la viabilidad económica y social de la actividad.

Correlativamente vemos como se esta gestando un derecho societario de crisis, reclamado por Nigro, y con informaciones de Daniele Vattermoli, sobre la congruencia entre la actuación de los socios y la crisis de las sociedades, tema que venimos sosteniendo desde la fundación del IIDC .

Ese criterio aritmético de abusividad nunca fue contrastado con el criterio econométrico del perjuicio a acreedores frente a quita y espera, con el enriquecimiento indirecto o directo a los socios, que no resistiría ningún test de abusividad. Al margen el costo para la sociedad de pagar impuesto a las ganancias, aunque en forma diferida. Pero el tema es más grave frente al fraude a la ley societaria.

Algun autor italiano ha señalado que no puede tratarse a los acreedores como socios sin derechos, haciéndoles soportar las pérdidas sin ningún derecho de futuro en caso de éxito de la sociedad viabilizada.

En las homologaciones judiciales se hacen escuetas referencias al abuso, pero ninguna referencia al fraude a la ley, cuyo tratamiento se soslaya aunque se mencione. Y en el derecho argentino, con una visión sistémica el fraude a la ley en caso de quitas en los concursos de sociedades implica una ilicitud frente a la ley societaria –concretamente fraude a esta ley-.

Lo explicamos. La ley concursal no es una isla y a las sociedades, conforme el art. 150 del nuevo Código Civil y Comercial se deben aplicar en primer lugar las normas imperativas de la ley específica que las regula y las del Código Civil y Comercial, y recién luego las de la ley especial o sea en el caso la concusal.

Frente a la existencia de causales de disolución de carácter patrimonial, que como normas de protección a terceros son imperativas y que no requieren ser declaradas pero que los administradores deberían poner en conocimiento de los socios, sin plazo deben optar imperativamente por reintegrar el capital o patrimonio social –conforme al art. 1° LGS-, capitalizar los socios por si, por terceros o

convirtiendo los acreedores el pasivo en aporte de capital, de no resolver liquidar la sociedad, conforme las opciones imperativas del art. 96 LGS. Desde aquella existencia o constatación asumiendo responsabilidad por los daños que pudieran generar, al depender de su diligencia evitar daños, ante la inexistencia de plazo para la remediación.

Obviamente la sociedad puede presentarse en concurso, aún en liquidación, pero sería un fraude a la ley societaria, a sus normas imperativas, que los socios intenten que la pérdida fuera asumida por los acreedores por las quitas o reducciones a sus declarados legítimos créditos.

En suma, el juez debe resolver con sensatez, conforme a esa prohibición de la ley, que se enmarca en libertad bajo responsabilidad: Art. 1 Ley general de sociedades “las pérdidas están a cargo de los socios”, o normas de sociedades con una opción imperativa sin plazo de al haber perdido el patrimonio capitalizar o liquidar –ar. 96 LGS- y art. 99 responsabilidad solidaria de administraciones y socios en su caso, que conforme el art. 167 CCC son los que conociendo o debiendo conocer omitieron sus deberes, en una palabra el grupo de control, no el mero accionista. Claro que, insisto los jueces ignoran esa modificación del Código Civil y Comercial del año 2015 y se limitan a un control de abusividad aritmético midiendo solo la pérdida de los acreedores, y ni siquiera la ganancia de los socios. Del fraude a la ley societaria, al desconocimiento de sus normas imperativas ni una palabra, salvo el atisbo de la Corte que he indicado.

Para esta explicitación se nos ocurrió una pequeña disquisición inspirada en un reciente artículo²⁸ que introduce en la interpretación o análisis de la norma, una suerte de teoría de la verdad, pues el método intenta la universalización del fenómeno interpretativo desde lo concreto.

El autor de ese artículo, aceptando distintas doctrinas de interpretación y atendiendo a un problema que enfrenta a alguna de las mismas apunta a “cual es –adelantando conceptos de la hermenéutica de Gadamer- la distancia en el tiempo existente entre los textos normativos y la actualidad del intérprete...”. Y luego explicita la interpretación originalista vs. Interpretación progresiva o evolutiva, enmarcando doctrinalmente, sin quererlo, el problema que hoy tenemos entre manos con la abusividad y fraude de las propuestas.

VIII - LA INTEGRACIÓN SISTÉMICA.

Ahora la impone el CCC, la unidad del derecho, el derecho especial de las personas jurídicas, las normas imperativas, el rol de garantía del patrimonio social –seudo capital social-, y las demás normas integradoras que tienden a prevenir cuando no a eliminar la crisis de las sociedades.

Son imperativas aquellas que ordenan sin facultar una conducta diversa, aludidas en el adagio latino *Ius publicum privatorum pactis mutari nequit*, a las que Del Vecchio llama taxativas, en latín *normae cogenti o ius cogens*: mandan o imperan independientemente de la voluntad de las partes de manera que no es lícito derogarlas, ni absoluta, ni relativamente en vistas al fin determinado que las partes se propongan alcanzar; porque la obtención de éste fin está cabalmente disciplinada en la norma misma²⁹. No es la voluntad de las partes la que constituye el derecho aplicable sino la voluntad de la ley coincidente o no con aquélla de las partes. El fin de la norma es de interés público y se identifica con su contenido.

De esa integración resulta que cuando la sociedad es insolvente y los socios en vez de capitalizarla le prestan dinero, ese crédito sólo puede ser verificado como obligación subordinada, como se ha sentado en las sentencias que hacen referencia a las obligaciones de los socios de dotar el patrimonio de la sociedad; Sentencia del 3er. Juzgado de Procesos Concursales de la 1ª

²⁸ GORDILLO SARAIVIA, Francisco Matías “Interpretación originalista vs. Interpretación evolutiva. Crítica y propuesta a través de la hermenéutica de Gadamer”, en Revista de la facultad, Vol. VII n°1 nueva serie II 2016 pág. 169, Universidad Nacional de Córdoba, Facultad de Derecho, Directora Zlata Drnas de Clément.

²⁹ COLOMBRES, GERVASIO: “Curso de Derecho Societario”, Parte General, ed. Abeledo Perrot, 1972, p. 84, siguiendo a GEORG HENRIK VON WRIGHT, “Norm and action a logical enquiry”, Londres, 1963.

Circunscripción Judicial de Mendoza, en la causa “KLP Emprendimientos S.A. p/ Megaconcurso”, fechada en Mendoza, 22 de Abril de 2016 del Juez de Mendoza Pablo Gonzalez Masanes, y la sentencia recaída en la causa "Diaz y Quirini SA s/ concurso preventivo s/ incidente de revisión (promovido por Quirini Augusto)" de la CNCOM – SALA C del 31/05/2012. Queda así plasmada una corriente evolutiva, integradora entre la legislación concursal y la societaria frente a la crisis de sociedades.

IX - VIABILIDAD DE LA SOCIEDAD.

La empresa viable debe ser conservada como generadora de riqueza y puestos de trabajo. La sociedad es el vehículo jurídico de la actividad empresarial. Esta previsión normativa es aplicable a todos los supuestos, previstos específicamente o que se trate de causales a las que la ley no les otorga tratamiento, incluso a las particulares previstas en los estatutos sociales, si los socios acreditan el cumplimiento de los extremos legales para continuar con la actividad de la empresa.

De allí el requisito de viabilidad. Analizamos³⁰ el art. 100 LGS también modificado por la reforma unificadora, concretamente y efectivizando el principio de Conservación de la Empresa, que era sólo una pauta interpretativa en la vieja ley, pero que ahora se lo ha receptado con carácter firme posibilitando la remoción de la causal disolutoria una vez que esta se ha producido. La reforma ha introducido un cambio significativo al texto del artículo 100, de manera tal de promover la conservación de la empresa y de su actividad cuando existe viabilidad económica y social en la sociedad disuelta, permitiendo la remoción de la o las causales disolutorias acaecidas, desde luego sujetas a ciertos requisitos previstos por la propia ley. Sostenemos que la entrada triunfal específica del principio de conservación de la empresa a la ley, que permite la *subsistencia de la actividad de la sociedad cuando hay viabilidad económica y social* es acertada, por cuanto posibilita subsanar causales de disolución cuando ocurren, dejándolas de lado, priorizando a las sociedades comerciales como fuente de trabajo, instrumentos de concentración de capitales y de concertación de negocios y actividades económicas y comerciales con la importancia que esto trae aparejado para la economía de su zona de actuación. En síntesis, la tendencia de la conservación de la empresa que marcó toda una época del Derecho Concursal³¹ se expande al Derecho Societario.

Su condición de oportunidad es no haber concluido la liquidación y ser decidido por el órgano de gobierno de la sociedad en todo momento, esto es a partir del acaecimiento o la declaración del hecho disolutorio y hasta el momento mismo en que no hubiere operado la inscripción cancelatoria en el registro público, con dos requisitos “*eliminación de la causa que le dio origen*” y además “*si existe viabilidad económica y social de la subsistencia de la actividad de la sociedad*”.

Corresponde la decisión de sus miembros **adoptada por unanimidad o la mayoría requerida por la ley o el estatuto** (solución que resulta del silencio que guarda el art. 100 LGS).³²

No deben necesariamente coincidir temporalmente la remoción de la causal disolutoria y la reactivación o retorno a la actividad social.

No se piense que el Juez debe juzgar sobre el punto. No lo hemos pensado así, como no pensamos que el Juez de Registro tenga que analizar si el capital constitutivo de una sociedad es suficiente o no, como piensa alguna doctrina.

³⁰ El art. 100 LGS. BALDUZZI, Leonardo David “La disolución de la persona jurídica como causal de extinción del contrato de agencia” en *El Derecho Societario y de la Empresa en el Nuevo Sistema del Derecho Privado*. Tomo I Ed. XIII Congreso Argentino de Derecho Societario, IV Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa, Universidad de Mendoza – Universidad Nacional de Cuyo, Editorial Advocatus, Córdoba, agosto 2016, pág. 317.

³¹ ROJO, Ángel en Prólogo de “El INREC en devenir pretérito y actual del Derecho Concursal Comparado”, de BARO, Alejandro y otros. Ed. Inca, Mendoza, República Argentina, p. 17.

³² Artículo 100.- Remoción de causales de disolución. Las causales de disolución podrán ser removidas mediando decisión del órgano de gobierno y eliminación de la causa que le dio origen, si existe viabilidad económica y social de la subsistencia de la actividad de la sociedad. La resolución deberá adoptarse antes de cancelarse la inscripción, sin perjuicio de terceros y de las responsabilidades asumidas. *Norma de interpretación*. En caso de duda sobre la existencia de una causal de disolución, se estará a favor de la subsistencia de la sociedad.

Lo pensamos como Héctor Alegría construyó en el 83 los acuerdos parajudiciales de los arts. 125-1 y 125-2 de la ley de concursos. Una forma de imponer el análisis de la viabilidad económica (la social está vinculada a cuando es necesario el dictamen sobre impacto ambiental) a administradores para los socios, para que la sociedad inviable no vuelva al mercado a generar problemas. Así como en la Memoria los administradores tienen que prever el normal desenvolvimiento el año siguiente. Como opina Ricardo Olivera García una suerte de “insolvency test” (equity insolvency test). En realidad, es un problema interno de la sociedad, que el registrador debe recibir y asegurar su conocimiento y resguardo, bajo la responsabilidad de socios y administradores en caso de perjuicio a terceros.

Requisito que puede ser anterior, coetáneo o posterior a la resolución de los socios de continuar el giro social³³, y frente a lo cual el Juez sólo debe asegurarse del cumplimiento del requisito, que quedará como elemento de convicción si luego se generaran daños en el obrar social. Justamente el art. 100, en su último párrafo³⁴ establece una última condición de admisibilidad: la resolución de reactivación societaria por vía de remoción del hecho disolutorio que hubiera determinado el estado de disolución “*deberá adoptarse sin perjuicio de terceros y de las responsabilidades asumidas*”.

Si la sociedad es viable económicamente deberá satisfacer todas las obligaciones, pero si ello no acaeciere las responsabilidades generadas se mantienen, y de ello hemos hecho referencia en el inicio de este ensayo.

La responsabilidad contraída por administradores y socios subsiste, como regla de buena fe, pues si la sociedad es económicamente viable no hay duda que su patrimonio generará los medios voluntarios o compulsivos para satisfacer las obligaciones contraídas, sin necesidad de ejercitar la responsabilidad subsidiaria de socios o administradores. Si no es viable no es empresa, no hace falta que genere dividendo, pero si debe tener sustentabilidad para no dañar.

X - LA RESPONSABILIDAD DE ADMINISTRADORES Y SOCIOS.

La responsabilidad por daños es la consecuencia del incumplimiento de normas imperativas, que hace a la compatibilidad de los arts. 99 LGS y 167 in fine CCC.

No hay duda que las normas sobre responsabilidad no son imperativas, pero si lo es la obligación de obrar que tienen administradores y socios, por lo que la responsabilidad derivará de esa violación de normas imperativas de resultar algún daño, conforme la teoría general de la responsabilidad.

La responsabilidad se genera ante daño concreto a terceros, incluso a la sociedad y a socios minoritarios, por el actuar de administradores y de ciertos socios, aún en las personas jurídicas con limitación de responsabilidad por no actuar conforme a normas imperativas de la ley y generar ese daño. De todos modos la responsabilidad frente a terceros es siempre subsidiaria, o sea a falta de patrimonio social para satisfacer la obligación, conforme prevén los arts. 143, 242 y 743 CCC.

No hay duda que el poder de decisión acerca de la viabilidad constituye una decisión empresarial, similar a la que sin duda tomarán en cuenta los socios cuando adopten la opción imperativa que les impone el art. 96 LGS si han aprobado un balance con patrimonio neto negativo-que debe asignarse o reconocerse en quien se encuentre interesado en adoptar correctas decisiones.

³³ MILLER, Alejandro “La reactivación societaria y la exigencia de viabilidad económica y social” en *El Derecho Societario* Publicado en *El Derecho Societario y de la Empresa en el Nuevo Sistema del Derecho Privado*. Tomo I Ed. XIII Congreso Argentino de Derecho Societario, IV Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa, Universidad de Mendoza – Universidad Nacional de Cuyo, Editorial Advocatus, Córdoba, agosto 2016, pág. 371.

³⁴ Artículo 100.- Remoción de causales de disolución. Las causales de disolución podrán ser removidas mediando decisión del órgano de gobierno y eliminación de la causa que le dio origen, si existe viabilidad económica y social de la subsistencia de la actividad de la sociedad. La resolución deberá adoptarse antes de cancelarse la inscripción, sin perjuicio de terceros y de las responsabilidades asumidas. *Norma de interpretación*. En caso de duda sobre la existencia de una causal de disolución, se estará a favor de la subsistencia de la sociedad.

Los jueces y organismos de control carecen de conocimientos y experiencias para tomar una decisión relativa a esa viabilidad. Ese pronóstico compete exclusivamente a la esfera interna de la sociedad sobre cuyo mérito no deben inmiscuirse ni la autoridad de control ni los jueces, salvo para constatar la existencia del plan como de su resguardo por posibles responsabilidades.

El debido contrapeso al control preventivo lo constituyen, al decir de Mauricio Yadarola, las acciones de responsabilidad contra administradores y socios de corroborarse que arguyeron la viabilidad de mala fe causando daño.

En cuanto a esa viabilidad social la vinculamos casi exclusivamente con los supuestos en que otras normas legales requieren dictámenes de viabilidad ambiental o excluyen ciertas actividades en zonas urbanas. O sea al cumplimiento de otras normas preexistentes.

XI - EL CRITERIO CUANTITATIVO Y EL SUSTANCIALISTA.

Con el decurso de este análisis, la propuesta concursal –que únicamente se cuestiona por abusividad frente a la cuantificación de quitas más esperas- debería analizarse desde la abusividad sustancial hasta el fraude a la ley societaria, conforme el estado patrimonial de esta persona jurídica privada.

El tema se perfila así de otra manera si se formalizan propuestas de quita en concurso de sociedades: si no se ha producido la pérdida del capital social habría abuso de derecho pues sólo sería necesaria una espera³⁵; y si se hubiera producido la pérdida del mismo y se intentara violar las normas de la función de garantía del capital social y consistencia del patrimonio social, implicaría un fraude a la ley societaria en sus normas imperativas.

Si hay abuso el juez debería aplicar la norma del art. 10 del Título Preliminar CCC: “... 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”. Es el caso de una sociedad que continúa su operatoria en el mercado contrariando normas imperativas de la ley y transfiriendo el riesgo, normalmente generando daño, intentando obtener quitas en un concurso preventivo para que los socios ni reintegren el capital ni acepten nuevos socios con la capitalización de pasivo.

Si hay fraude, la norma será la del artículo 12 del Título Preliminar del Código Civil y Comercial se refiere al “Orden público” y al “Fraude a la ley”: *“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”*.

Obviamente la disposición del art. 52 inc.4 LCQ le impondrá la indubitable resolución pues “En ningún caso el juez homologará una propuesta abusiva o en fraude a la ley”, y en el caso de concurso de sociedades, se entenderá que la propuesta que contenga quitas es por lo menos abusiva si no se ha perdido el capital social y si se lo ha perdido, es en fraude a normas imperativas de la ley específica. A su vez también pueden ser abusivas o en fraude al derecho de propiedad constitucionalmente protegido por confiscatoriedad³⁶ por quienes no aceptaron las quitas –si se considera el derecho de propiedad de orden público sería irrenunciable a tenor del art. 12 CCC, particularmente por estar destinado a beneficiar a los socios que justamente han soslayado el cumplimiento de una norma imperativa de la ley –art. 96 LGS y 167 CCC-³⁷

No se trata de responsabilizar a nadie, ni administradores ni socios, que para ello tiene que haber daño, tratamos de alertar para que no se genere daño, o se acote ante un evento impensable, conforme las previsiones imperativas de la ley de sociedades en torno a la función de garantía del

³⁵ Eventualmente sin intereses o con un ajuste de intereses.

³⁶ El citado ensayo con PALAZZO, José Luis y nosotros “VISION BÁSICA CONSTITUCIONAL DE PROPUESTA ÍRRITA DE QUITA Y ESPERA” en libros del “VI Congreso Nacional de Derecho Concursal y IV Congreso Iberoamericano de la Insolvencia”, Rosario 2006, T. I pág. 715.

³⁷ Nto. “EL LABERINTO DE LA PÉRDIDA DEL CAPITAL SOCIAL Y SU REMEDIACIÓN” en pág. 111 del n° 7 de ESTUDIOS DE DERECHO EMPRESARIO, julio de 2016, en portal de la Universidad Nacional de Córdoba.

capital social como forma de tutelar su patrimonio y a los terceros que contratan con la misma, y no se sorprenda a la judicatura por medio de abusos en procesos concursales de sociedades.

Pero aunque un juez no entendiera que cada uno de esos aspectos hace ilegítima la homologación, no podrá dejar de analizarlos individual y conjuntamente al revisar tradicionalmente la abusividad de la propuesta.

Bastará advertir que no se adoptaron soluciones societarias, que no se afrontó la crisis oportunamente, que sólo se exige un sacrificio a los acreedores, que para imponer la mayoría aparece un tercero adquirente de un crédito que se “despoja” de su derecho, que no aparece ningún elemento de seriedad –ni antes ni después de la apertura del concurso- para enfrentar la crisis, para que la propuesta no sea homologada. Allí se abrirá –pues estamos ensayando sobre sociedades- el proceso previsto en el art. 48 LCQ.”³⁸

Recuérdese que la Corte en el caso Comercial del Plata inició la atención sobre el régimen societario para anticiparse a la crisis y actuar como medios preconcursales³⁹, incluso la solución final ante idas y vueltas fue la capitalización del pasivo.

XII – CONCLUYENDO Y RESUMIENDO.

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

Nos esforzamos desde hace muchos años en distinguir la crisis del patrimonio de una persona humana del de una persona jurídica⁴⁰, y seguiremos haciéndolo, nos hace bien el diálogo, sobre todo tan respetuoso en las diversas polémicas que hemos mantenido. Vovemos al artículo sobre hermenéutica en torno a la interpretación originalista vs. interpretación progresiva o evolutiva, que si bien explica que no intenta un “método” ese último párrafo será orientador: “hemos aclarado que no estamos frente a un método de interpretación, sino ante una explicación de las condiciones para acercarnos a una comprensión del objeto en cuestión. Consideramos que la aceptación por parte del intérprete de tales condiciones lo pondrá, sin lugar a dudas, en una mejor posición, de entendimiento, apertura y amplitud de horizonte, que le permitirá *luego* aplicar herramientas o métodos científicos del derecho para lograr la interpretación más adecuada al caso, considerando las expectativas de equidad dominante en la comunidad jurídica”, aunque la cuestión no se corresponda a textos constitucionales –aunque si también- “sancionados en tiempos de considerable antigüedad en relación al presente”. El juez debe afrontar el problema.

Lo sostenido no excluye la preocupación formalizadas sobre la enseñanza del derecho societario y el concursal en torno a la crisis de las sociedades: es nuestra obligación pensar, y enseñar a pensar y no meramente a repetir, como hemos visto ocurre con jurisprudencia y doctrina.⁴¹

Como bien señala Julio Chiappini, aún si la enseñanza mostrara todo el panorama y no sólo la que el docente repite: “El estudiante de derecho o el profesor habitan sobre todo el mundo del

³⁸ Cfme. “Legalidad de la propuesta y del acuerdo en el concurso de sociedades y su homologación” por Dario J. GRAZIABILE – Efraín Hugo RICHARD, en libro AAVV DERECHO CONCURSAL EN EL NUEVO CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL, dirigido por Dario J. Graziabile, pág. 371 a 415 en el Cap. III Modificaciones al régimen obligacional: “VI. Legalidad de la propuesta y del acuerdo en el concurso de sociedades y su homologación”, Ed. Erreius, Buenos Aires 2016.

³⁹ Nto. “¿REORGANIZACIÓN SOCIETARIA O CONCURSAL ANTE LA CRISIS? (UN “OBITER DICTUM” DE LA CORTE)”, en libro colectivo AAVV “Reestructuración y Reorganización Empresarial en las Sociedades y los Concursos”, citado.

⁴⁰ En *Perspectiva del Derecho de la Insolvencia*, edición de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Ed. Advocatus, Córdoba 2010, y algunos trabajos que hemos citado en el decurso de este ensayo.

⁴¹ Nto. “LA ENSEÑANZA Y LA INVESTIGACIÓN DEL DERECHO SOCIETARIO DE CRISIS”, en *Anuario XV (2013-2014)* del Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba, pág. 351, editado en Córdoba diciembre 2015.

derecho pensado: *law in books* (Roscoe Pound). El abogado o el juez habitan más bien el mundo del derecho vivido: *law in act*". Los teóricos moran, en general los más panchos, en el séptimo cielo, que Dante reservó a los contemplativos. Y los que se dedican a los litigios suelen yacer en el séptimo círculo, que Dante reservó a los violentos... el ejercicio profesional en cualquiera de las materias siempre está un poco o mucho sometido al lobby... En la Argentina no hemos institucionalizado los lobbys. No los que se involucran en los procesos legislativos. El problema es que de hecho sobrellevamos lobistas que pasean en los tribunales de justicia. Gestores VIP. Algunos de veras y, otros, claro, vendedores de humo. Bailan la danza de la lluvia. Creo que cuando la litigiosidad en materia comercial sea tribunalicía, en cámaras arbitrales y demás pulularán más los lobistas. Por ejemplo, los que quieren acercarse al síndico en los concursos y quiebras. O al juez de comercio. O los supuestamente enviados por el Poder Ejecutivo o por grandes empresas. Urden en trámites..."⁴².

Parece motivante que la doctrina colabore, y no sólo en Argentina, en la difícil tarea de la magistratura para encontrar el equilibrio de las sociedades en el sistema jurídico, desde su nacimiento como personas jurídicas, hasta sus crisis previstas en las normas del CCC y en la específica LGS, inclusive con algunos reflejos en la legislación concursal⁴³, imponiendo una visión sistémica de las crisis de esas personas jurídicas.

Sólo los niños creen en Papa Noel y los Reyes Magos. Los regalos los realizan sus padres y parientes, no los extraños a la familia. No puede aceptarse dikelógicamente que los acreedores soporten las crisis societarias, enriqueciendo a los socios y quizá a los administradores.

Tenemos que pensar en alentar el capitalismo emprendedor, las sociedades pueden caer en crisis, particularmente por las medidas gubernamentales globalizantes o internas, pero la salida no puede ser empobrecer a los acreedores y enriquecer a los socios que no adoptaron las medidas correctivas. Esa visión aleja las inversiones, encarece las provisiones y el crédito. Otra visión debería ser la aventura compartida.

La empresa es un fenómeno del capitalismo emprendedor que genera un centro de intereses diversos pero confluentes en su mantenimiento: los socios, los trabajadores, los financistas, los proveedores y el contorno todo donde de manifiesta su actividad. El equilibrio de intereses aparece adecuadamente expresado en las leyes de sociedades de ambos países que imponen que las pérdidas las soporten los socios, pero no descartan la capitalización de las obligaciones. Lo que acabamos de relatar no es sino el conflicto de intereses por creer que los Reyes Magos existen a través de una mala praxis en los procesos concursales de sociedades.

⁴² CHIAPPINI, Julio "El Derecho pensado y el Derecho vivido. Por ejemplo, el Derecho Comercial" en *Doctrina Societaria y Concursal*, Ed. Errepar, n° 350, Enero 2017, Buenos Aires, pág. 65 y ss, sugiriendo leerlo sin desperdicio como así también el artículo publicado en la misma Revista en el pasado mes de Diciembre.

⁴³ Nto. "LA FUNCIÓN DE GARANTÍA DEL PATRIMONIO: CONEXIÓN DEL SISTEMA SOCIETARIO CON EL CONCURSAL. CRISIS Y TERMINOLOGÍA" en *El Derecho Societario y de la Empresa en el Nuevo Sistema del Derecho Privado*. Tomo III, XIII Congreso Argentino de Derecho Societario, IV Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa, Universidad de Mendoza – Universidad Nacional de Cuyo, Ed. Advocatus, Córdoba agosto 2016, pág. 2017; y "EL EQUILIBRIO DE LAS SOLUCIONES SOCIETARIAS PARA EVITAR SU CRISIS Y DAÑAR. INTERPRETACIÓN CONGRUENTE CON LA LEY CONCURSAL" en la misma publicación y tomo pág. 2025.