



ACADEMIA NACIONAL DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES DE CÓRDOBA

“EL DERECHO SOCIETARIO DE CRISIS. RELACIONES ENTRE EL DERECHO CONCURSAL Y EL SOCIETARIO”.

(Versión de la exposición oral de Efraín Hugo RICHARD sobre el tema en el panel “Relaciones del derecho concursal con otras disciplinas” junto a Angel Luis MOIA y Osvaldo Chomer, en las Jornadas Preparatoria del Congreso de Bahía Blanca en la Universidad Nacional del Litoral, 14, 15 y 16 de Abril de 2021, María Eugenia Basualdo. 20 minutos de grabación el primer día desde las 18 horas en el panel de cierre.

Gracias Maria Eugenia, y también a María Cristina De Cesaris y Daniel Alonso Directores de estas Jornadas, que me traen a la Universidad de origen en 1955 y en 1967 cuando me doctoré y me entregó el título Ricardo Prono, cuya disertación y conclusiones comparto en que se llega tarde al proceso concursal, y ello es, en cuanto a sociedades, porque no se usan los recursos de la Ley General de Sociedades, que es a lo que me dedicaré en estos pocos minutos. Advierto que la palabra sociedad no se pronunció en ninguna de las 4 anteriores exposiciones, empresa, empresario, conjunto económico, y por Barreiro “ley de sociedades” para referirse a las reuniones virtuales de órganos. ¿Curioso no?

Trabajaré en un escenario práctico para reflejar el sistema jurídico de las sociedades en concurso, partiendo del vínculo de las legislaciones y sus objetivos: básicamente la conservación de la empresa, no necesariamente de la sociedad ni de sus socios, o el grado de su participación, para generar dudas, interrogantes y ponencias... Conservación inmediata por la ley societaria y mediata por la ley concursal, como sostuvimos con Quintana Ferreyra hace medio siglo.

Fijado el objetivo, el método debe ser eficiente, y en el caso devolver la viabilidad de la actividad, eliminando la cesación de pagos o la crisis cualquiera sea el estado.

Si bien puede haber diferencias funcionales conforme su tipo, centraré mis referencias al tipo más complejo o sea S.A., que permite incluir las SAS y la relatividad de la limitación de responsabilidad ante acciones u omisiones dañosas.

1. Una sociedad puede concursarse desde que se constituyó y aún en liquidación.

Su funcionalidad, prevista en la ley –de sociedades, cooperativas, etc.- o en su estatuto no se altera. El concurso le exigirá cumplir con los requerimientos de presentación para obtener el

escudo protector de no agresión y devolución de su funcionalidad, cuenta corriente, servicios, etc. –conforme la primera recomendación del IIDC-, receptor trámites de pronto pago, informes pedidos por juez o sindicatura o comité de control. Intervenir en la verificación, gestar un comité y presentar la propuesta.

2.La propuesta debe devenir de la voluntad del órgano de gobierno, pues los socios pueden ser despojados en caso de fracaso por el método fijado en el art. 48 LCQ o ver afectada su derecho a la cuota de liquidación en caso de quiebra. Eventualmente podría forjarse en la asamblea de ratificación y delegarse... No se trata de una mera resolución de administración, y cubre además la posibilidad de que el órgano de administración esté intervenido.

3.La quiebra no afecta la permanencia de los órganos societarios, que pueden disponer recursos, avenimientos, la promoción de acciones de responsabilidad o la recuperación conforme prevé el art. 100 LGS en su nueva formulación acreditando la viabilidad, y también la participación en procesos art. 48 LCQ. Pero podría coadyuvar a la liquidación recomendando o iniciando acciones de integración que no se autorizaran al Síndico, cuestionando la fecha de cesación de pagos, controlando las autorizaciones para promover acciones...

4.Me pregunto, generando dudas ¿Que norma de conexión existe para interpretar aspectos de ambas legislaciones? Parecería ser el art. 150 CCC la ley especial –LGS, cooperativas, de economía mixta, asociaciones, .etc. y “en su defecto” –destaco la locución” las normas imperativas del CCC.

5.¿Que normas imperativas hay en la LGS? El art. 1º sin duda que tipifica el negocio. La Comisión presidida por Jopp Winter señalaba congruentemente que ante la crisis de Personas Humanas el riesgo era de los acreedores, pero en el caso de sociedades era de los socios.

Son imperativas las normas tendientes a evitar daños, como las causales de disolución en protección de terceros arts. 94.4. 94.5, -ESTA SUSPENDIDA LA CAUSAL DE PÉRDIDA DEL CAPITAL SOCIAL, TENGO FUNDADAS OPINIONES ENCONTRADAS-, PERO LA IMPOSIBILIDAD SOBREVINIENTE DE CUMPLIMIENTO DEL OBJETO SOCIAL ES OMNICOMPRESIVA DE CUALQUIER SITUACIÓN PATRIMONIAL, TODAS TIENEN soluciones en las opciones imperativas del art. 96 y si hubiera daño el art. 99 los pone a cargo administradores y “de los socios en su caso”, y para señalarlos, recurramos a la locución del art. 150 CCC “en su defecto” integrando con el art. 167 in fine...”EN caso de infracción responde ilimitada y solidariamente sus administradores y aquellos miembros que conociendo o debiendo conocer la situación y contando con el poder de decisión necesario para ponerle fin, omiten adoptar las medidas necesarias al efecto”. O sea a los que obran antijurídicamente, por acción u omisión, el grupo de control, no el mero accionista.

6. La quita es incompatible con esas normas imperativas, enriquece a los socios viola el Art. 1° LGS. El elenco del art. 43 LCQ es **MERAMENTE ENUNCIATIVO**: para la **PERSONA HUMANA** constitución de sociedad con sus acreedores, quitas ... para las PJ reorganización de la sociedad, emisión de obligaciones negociables o debentures, emisión de bonos convertibles en acciones, capitalización de créditos ... La quita individual es posible, pero por mayoría imponérsela es incompatible... tengo ejemplos de ese negocio, que el penalista Palacio Laje llama plan de insolvencia... Esto tiene que ser analizado conforme el art. 52.4 LCQ, ¿es una facultad incondicionada del juez o debe sólo ejercerla cuando hay impugnaciones?

Claro que la propuesta podría otorgar, junto a las modalidades legales, una opción voluntaria para no capitalizar de quita o de espera confiscatoria por la inflación. Le dejaría la opción a cada acreedor, pero no se la podría imponer por mayorías sabe sólo Dios como logradas.

En ese juicio de homologación, ¿Que es abusividad, 10 CCC y que es fraude a la ley...12 CCC. Las resoluciones de homologación suelen referir la abusividad, pero nunca el fraude a la ley societaria. Y deberá tenerse en cuenta la buena fe negocial...

7. Y la previsión de daño o de mitigación de los arts. 1709 y ss. CCC. es posible en el concurso o quiebra?

8. ¿La homologación evita acciones de responsabilidad contra administradores y socios? Elimina la antijuridicidad? Si la respuesta es afirmativa, como señala doctrina que responsabilidad para el Juez, y más si se condiciona su libertad de homologar o no a que existan impugnaciones.

El dolo no es excusable, y es opinable sostener que la antijuridicidad de lo actuado por administradores y socios desaparece con la homologación... apunto al fallo de la Corte en "Provincia de Chubut c/ Yacimientos Carboníferos Fiscales" de 2002¹ donde sostuvo que los socios de la demandada para justificar un "leveragge buy out" en su exclusivo beneficio "no estaban habilitados para deliberar y decidir cuestiones que atentasen contra el interés y orden públicos y las buenas costumbres (art. 21 cit.), o bien que fueran prohibidos por las leyes (art. 953 cit.). "Lo que es inmoral, lo que es contrario al orden social, lo que se reputa inexistente por falta de formas substanciales, no puede subsanarse por el transcurso del tiempo. El acto será siempre inmoral, contrario al orden público o carente de las formas indispensables a su existencia, cualquiera sea el número de años que hayan pasado desde su celebración. El tiempo es impotente para transformar lo inmoral en moral, lo ilícito en lícito, lo informal en formal, y

¹ Corte Suprema de Justicia de la Nación (CS) con fecha: 07/12/2001, caratulado Provincia del Chubut c. Centrales Térmicas Patagónicas S.A. Publicado en: LA LEY2002-E, 863 - Colección de Análisis Jurisprudencial Elems. de Derecho Administrativo - Julio Rodolfo Comadira, 597 Cita Online: AR/JUR/25/2001.

siempre el acto conservará el vicio original' (fallo cit. considerando II, págs. 278, último párrafo y 279), criterio éste que reiteró en Fallos: 314:1048, considerando 6°.

9.¿Durante el concurso pueden promoverse acciones de responsabilidad contra administradores y socios? Parecería que si, aunque no es costumbre. No son sujetos concursados y pueden iniciarse las acciones previstas en la LGS o dentro de la teoría general de la responsabilidad previstas en el CCC si se generó daño. En esa funcionalidad podría removerse al Directorio con acciones de responsabilidad y contra los socios o controlantes conforme el art. 54 LGS en sus dos primeros párrafos, el segundo sobre leveragge buy out, y el tercero de inoponibilidad. También, según el caso, lograrse la intervención judicial, que también podría ser dispuesta por el juez del concurso.

10.Hay tanteo o negociación en la formulación de la propuesta? Se negocia? Es lícito? Para asegurar la existencia del Comité de Control, como integrante de la propuesta, resulta obvio que deberá mostrar sus proyectos o plan, y la congruente propuesta, y negociar con ellos su razonabilidad presunta.

11.Emilio Beltrán ha sostenido que le legislación societaria es preconcursal o paraconcursal, incluso anticoncursal... Con esto último disintimos pues son compatibles las leyes bien interpretadas, es anti las interpretaciones procesalistas concursales.

Pero si la ley societaria trae remedios...**QUE PUEDEN EVITAR EL CONCURSO Y BAJAR COSTOS DE TRANSACCIÓN**, la Memoria y el año en curso... las causales de disolución, que no implican necesariamente liquidación sino que agravan la responsabilidad, los remedios de capitalización del art. 96 LGS reintegro y capitalización –plan-, incluso evitando el derecho de suscripción preferente en el caso de acreedores art.197.2 LGS, y las múltiples herramientas financieras que hacen compatible la obligación de los socios de soportar las pérdidas, pero las atenúan con la participación de los acreedores, la previsión del art. 1531 CCC, obligaciones negociables con opción... lease back, etc. etc.

12.En definitiva ponemos en tela de juicio a ciertas prácticas, hoy aún muy usuales, que significan el aplastamiento de los derechos de los acreedores y zafar la obligación de los socios, incluso enriqueciéndolos aunque deban pagar el 35% de ganancias, la hemos llamado con Juan Carlos Veiga el Contraderecho, o sea las prácticas contra leggem del procesalismo concursalista. Por eso quedan afirmaciones controversiales y preguntas... para ponencias.

Claro que hay que destacar que el bien jurídico protegido es la conservación de la empresa, no necesariamente de la sociedad ni de las participaciones de los socios.

Y cierro con una pregunta ¿Será aplicable el art. 19 LGS sobre actividad ilícita? Responsabilidad solidaria de todos los administradores y de los socios que no prueben su buena fe, y en caso de cuota de liquidación su transferencia de dominio. Menudo tema...

Después de la exposición del Prof. Osvaldo Chomer, solicité hacer un comentario:

Coincido con las opiniones de Osvaldo Chomer, con quién he tenido el honor de compartir varios paneles sobre temática semejante. Y apunto que en la clasificación que hizo de normas concursales que exigen acciones a las sociedades no hay normas que violen normas imperativas de la ley societaria, y particularmente en el canje de deuda o aumento de capital coincide en que puede asemejarse a la llamada “operación acordeón”. Quiero apuntar que Jorge Fushimi –que cuestiona la obligación de reintegrar- sostiene que la misma es sólo realizable a través de la operación acordeón. Personalmente, al igual que Dasso, entiendo que la reintegración resuelta es una obligación de los socios, excluyendo al que no lo haga. Con los recuerdos que hizo Chomer de Dasso y Karsten Schmidt en torno a la integración de los derechos societario y concursal, apunto que a Dasso lo conocí en los 65 y conversamos sobre receso y por tanto de reintegro, y sobre eso es lo único en que coincidimos con el querido amigo con el que dialogamos continuamente, pues él exalta el carácter prioritario de la ley concursal. No así Karsten Schmidt a quién conocí en La Cumbre en el 2000, en el segundo Congreso Iberoamericano de Derecho de la Insolvencia. Schmidt recuerda que en Alemania²: “La obligación de convocar a los socios en una situación de crisis, en general también juega un papel en la práctica empresaria. Según la ley la Asamblea General o Asamblea de Socios deberá ser convocada si “lo requiere el bien de la sociedad (art. 121 de la Ley de SA, art. 49 inc. 2 de la Ley de SRL), especialmente si se hubiera consumido el 50% del capital social (art. 92 inc. 1 de la Ley de S.A., art. 49 inc. 3 de la Ley de SRL). Estas obligaciones son de gran importancia en las crisis de las sociedades, porque se trata de posibilidades de saneamiento”. Antes y en orden a la lealtad y diligencia si incumplen “la diligencia de un Gerente ordenado y consciente y provocan un perjuicio a la sociedad”, pero se enseña que ello es interpretado conforme la “Business Judgment Rule”: “No existe una violación de deberes, si el Director en una decisión empresaria pudo suponer sin negligencia grave, que actuó en base a una información razonable para el bien de la sociedad”. Obviamente ante la constatación en el balance de la pérdida del capital social la acción en Alemania como en el derecho comparado se corresponde a lo que dispongan las normas societarias imperativamente: normalmente recapitalización o liquidación so pena de responsabilidad ex post. Es lo que el autor que citamos señala como “Responsabilidad por retraso de

² KARSTEN SCHMIDT, RDCO 2020. pág. 402

insolvencia....Si una sociedad de capital está sobreendeudada o entra en cesación de pagos, el Directorio o los Gerentes deberán solicitar la apertura del procedimiento de insolvencia si no lograran un saneamiento dentro de las tres semanas subsiguientes.... Además los acreedores podrán exigir del Directorio o de los Gerentes una indemnización por daños y perjuicios...Las dificultades en el ejercicio del derecho parecían inmensas...Cierta día los síndicos concursales descubrieron normas que habían quedado a oscuras durante 100 años. Según estas disposiciones en el Derecho de Sociedades Anónimas y SRL el Directorio o los Gerentes deberán realizar a la masa cada uno de los pagos que hubiera efectuado en forma culposa después de manifestarse el sobreendeudamiento”. Spolidoro sostiene, comentando una tesis alemana, que 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 saneamiento³.

Obviamente ante la constatación en el balance de la pérdida del capital social la acción en Alemania como en el derecho comparado se corresponde a lo que dispongan las normas societarias imperativamente: normalmente recapitalización o liquidación so pena de responsabilidad ex post.

Ante una pregunta “sobre como se compatibilizan los arts. 54, 59 LGS y 144 CCC con el proceso concursal de una sociedad? Siguiendo el planteo del Dr. MOIA se puede pensar en un diálogo de fuentes. Todo esto por lo que mencionó el art. 150 CCC”, respondí: Sin duda debe generarse ese diálogo de fuentes, que es impuesto en el caso por las prioridades generadas por el art. 150 CCC. El art. 54 LGS en sus párrafos primero y segundo autoriza y prevé acciones por daños causados por los socios, el segundo por leverage buyout, y el 59 LGS contra los administradores, totalmente compatibles de desarrollar en un concurso, o en una quiebra, no hay norma alguna que lo impida, y si bien esto no es común por la forma como se prepara la presentación en concursos –plan de insolvencia al decir del penalista Carlos Palacio Laje- bien puede darse en el caso de que existan dos grupos de accionistas, y el minoritario bien puede exigir la realización de una asamblea para promover acciones de responsabilidad, las que aún en la negativa quedarán expeditas para incoar esas acciones, que también podrán desarrollar terceros. Y la del 144 CCC coincide con el tercer párrafo del art. 54, perfilando una acción de imputabilidad o responsabilidad. Me hace acordar a la opinión de juristas norteamericanos que

³ Expresamos la visión de M.S. Spolidoro comentando la tesis de Alexandros N. ROKAS *Die Insolvenzprophylaxe als Bestandteil der Corporate Governance im deutschen Aktienrecht*, Baden Baden, Nomos 2012, registrada en Rivista delle Società anno 57°, noviembre-diciembre 2012 fas. 6°, pág. 1353.

sostienen que el descarrimiento del velo no es sino una acción de responsabilidad dentro de las relaciones de organización.

Los riesgos de los acreedores los señala la querida Alicia Pereyra, pese a la afirmación de Hopp Winter, y no puedo sino contestarle que lo indicado de ese informa era en cuanto al riesgo final o mayor, porque los acreedores sufren un daño inmediato cuando no se les paga en término, incluso poniéndolos en cesación de pagos por falta de activo corriente. Pero eso no implica que deban soportar las pérdidas, pues a lo más que se les puede pedir es que compartan el esfuerzo capitalizando su acreencia para correr el riesgo común del éxito de la actividad societaria de una sociedad tornada viable y eficiente.

Y en aclaro, por algo que deslizo María Eugenia, que también soy rosarino, nacido en 1933, luego en el 45 partí a Salta, en el 49 a Rafaela –hoy centro de esta Jornada al igual que Santa Fe-, y en el 53 a Córdoba, luego al recibirme en junio de 1955 ejercí la Escribanía junto a un tío en Rosario, para radicarme definitivamente en Córdoba al final de ese año. Una vida de gitano llena de afecto con mi familia, como hijo único...Por eso soy tan malcriado, y todos ustedes me miman, muchas gracias.