

| | |
|---------------|---|
| TÍTULO: | DONATARIOS A PALOS (ALGO SOBRE QUITAS Y CONCURSO DE SOCIEDADES) |
| AUTOR/ES: | Richard, Efraín H.; Fushimi, Jorge F. |
| PUBLICACIÓN: | Doctrina Societaria y Concursal ERREPAR (DSCE) |
| TOMO/BOLETÍN: | XXXIII |
| PÁGINA: | - |
| MES: | Octubre |
| AÑO: | 2021 |
| OTROS DATOS: | - |

**EFRAÍN H. RICHARD
JORGE F. FUSHIMI**

DONATARIOS A PALOS (ALGO SOBRE QUITAS Y CONCURSO DE SOCIEDADES)

I - INTRODUCCIÓN

La quita en el concurso de sociedades no solo es ilegal -por ser contraria a normas imperativas de la LGS- sino que es incongruente desde el punto de vista económico, salvo que se proponga, como una opción, la capitalización en favor de los acreedores que no han aceptado la quita en forma expresa.

Los derechos creditorios son derechos patrimoniales y, por ello, esencialmente disponibles. Congruentemente, nada impide que un acreedor racional e informado pueda -voluntariamente- conceder la quita. El problema es el acreedor que es arrastrado por la decisión de los acreedores mayoritarios. A ese acreedor, no siempre minoritario por la pérdida de universalidad con la reforma del art. 21 de la ley 24522 -LCQ-, se le impone una decisión que afecta su integridad patrimonial, llevándolo a asumir las pérdidas que, por las normas imperativas de la LGS, deben asumir los socios. Esta apreciación es por conjugar las normas imperativas del derecho societario, que pueden llegar a alcanzar a socios de control, que si trata "el caso en que el deudor sea una persona jurídica, el enjuiciamiento de las condiciones ha de referirse a la actuación de los administradores"⁽¹⁾ y de los socios, señalamos, haciendo referencia a que el riesgo, en el caso de ser un deudor una persona humana, es de los acreedores, pero de ser una sociedad persona jurídica es de los socios, conforme al informe del "Grupo de Alto Nivel de Expertos en Derecho de Sociedades", presidido por Jaap Winter.

II - CESACIÓN DE PAGO Y QUITA. INCONGRUENCIA

Para presentarse en concurso, la sociedad debe estar en "cesación de pagos", incluso sin incumplimiento, a fin de obtener una protección que solo otorga la apertura⁽²⁾. Pero luego se proponen, ritualmente, quitas y esperas desmesuradas, incongruentes con la situación patrimonial financiera que ostentaba. Si solo detectaban cesación de pagos, solo necesitaba espera, y quizá nada por la demora del concurso. La quita es cuando menos abusiva por innecesaria. Recuérdese que la cesación de pagos implica activo corriente insuficiente para atender el pasivo corriente, contando con activo suficiente, quizá inmovilizado. Hemos dicho que la quita es una ganancia de naturaleza extraordinaria, incluso gravada por el impuesto a las ganancias, aunque tal vez pueda compensarse con eventuales quebrantos anteriores (que pueden existir, o no, ya que -reiteramos- la cesación de pagos es un fenómeno financiero).

Si la cesación de pagos se traduce contablemente en la pérdida del capital de trabajo, es decir que el pasivo corriente es mayor que el activo corriente, entonces, estamos ante una situación de insolvencia, se la llame infracapitalización o infrapatrimonialización, y la salida está prevista en el art. 96 de la ley general de sociedades -LGS- con sus opciones imperativas, sin plazo para adoptarlas pero que generan la responsabilidad prevista en el art. 99 de la LGS, ya que se trata de recuperar la liquidez perdida posiblemente por malas políticas de inversiones y de adquisición de activos fijos, o de recuperar la posibilidad de satisfacer las acreencias. A su vez, se generan una suerte de quitas sutiles que implican recalcular u omitir intereses, pero conviniendo que tales "quitas" se producen en la etapa verifcatoria, al decidir el juez sobre la procedencia de los créditos, y no como propuesta concursal.

En estas hipótesis, imponer una quita a los acreedores -en especial, quienes no están de acuerdo con ella- implica que el deudor obtenga una ganancia extraordinaria, sin haber sufrido ninguna pérdida previa, que podría ser aceptable si el deudor es una persona humana, pero no en el caso del concurso de una persona jurídica. Es todo ganancia para la sociedad deudora y por ende de los socios. En otros términos: los problemas financieros requieren soluciones financieras, los problemas económicos requieren soluciones económicas y patrimoniales.

III - INFRAPATRIMONIALIZACIÓN

La quita estaría justificada (patrimonialmente, mas no sustancial ni legalmente) solo para superar la infrapatrimonialización, pero eso tiene remedios precisos por normas imperativas de la ley societaria para evitar se infrinjan daños a terceros, que no son la quita impuesta por una mayoría formal⁽³⁾. La misma implicaría un fraude a las normas imperativas de la LGS, conforme los arts. 150 y 12 del CCyCo., pues de existir infrapatrimonialización debió ser afrontada por los administradores convocando a los socios conforme a las normas imperativas de la ley societaria so pena de incurrir en una responsabilidad subsidiaria (arts. 96 y 99, LGS⁽⁴⁾).

Marcando aspectos negativos del patrimonio social, la pérdida del capital social -infrapatrimonialización o insolvencia- y la cesación de pagos son dos situaciones diferenciables que se entrecruzan. Incluso se diferencia⁽⁵⁾, con buen criterio, la insolvencia negocial entendiendo por ella la incapacidad de generar recursos, de la insolvencia patrimonial, transitoria o definitiva (activo inferior al pasivo).

Nos hemos referido, en muchas oportunidades, a que en el concurso de sociedades la quita configura un fraude a la ley societaria⁽⁶⁾. En el balance de la sociedad concursada, tan pronto firme la homologación de la propuesta de acuerdo preventivo con quita y espera, el pasivo se contrae y el saldo quirografario de corriente pasa a ser no corriente, pero no habiendo disminuido el activo, se genera un incremento en el patrimonio neto que se encuadra como una ganancia extraordinaria, que sin duda valoriza el patrimonio de los socios, y en casos permitió su distribución, previo pago inmediato del impuesto a las ganancias. En paralelo, se genera un quebranto en los patrimonios de los acreedores afectados por la quita. En este contexto esta solución concursal es un excelente negocio financiero para la sociedad sin importar si existió o no mala fe, y si responde a un planificado proceso para que terceros absuelvan la crisis de su patrimonio en vez de los socios conforme previsiones legales.

En muchos casos, la pretensión de imponer quitas a los acreedores va unida a un incumplimiento de los administradores -y socios- a aquellas previsiones imperativas de la LGS y del CCyCo., en cuanto a la presentación de la contabilidad, necesaria para la formulación de la propuesta, impeditivos de la homologación de un acuerdo -lo acabamos de ver en el caso Vicentin SA-. Es la falta de contabilidad o al menos la falta de presentación de libros, documentación y registraciones contables incluyendo balances y demás estados contables, que hemos tratado conjuntamente⁽⁷⁾. La cuestión no es menor, por cuanto se plantea una situación que Gebhardt⁽⁸⁾ denomina "asimetría informativa". El acreedor debe dar su conformidad sin disponer de información ni elemento alguno que le permita hacerlo con fundamento en racionalidad.

Una digresión

Este planteo nace como un concepto de estricta equidad y lógica integracionista del derecho societario con el concursal. En las sociedades de personas, los socios están obligados a soportar los quebrantos y, consecuentemente, el peso de la apertura de procesos concursales. En el caso de las sociedades con socios con responsabilidad limitada, este beneficio limitativo se concede sujeto a la condición de la debida integración del capital suscripto, pues de lo contrario no resulta responsabilidad de los socios de control, por lo menos. Pero no basta con que el capital social sea "positivo" solo al momento del acto constitutivo, sino que por las normas imperativas societarias con las que venimos machacando hace años, también están obligados a mantener el capital social de esta manera, permitiendo la viabilidad de la actividad desarrollada por la sociedad y que no se produzcan daños a terceros. Cuando se produce la insolvencia o infrapatrimonialización (evidenciada por la pérdida del capital), la ley les impone la obligación de reconstituirlo sea por vía del aumento de capital, sea por vía del reintegro. Y esta responsabilidad equilibra que se mantenga el beneficio legal de la limitación de la responsabilidad: no se trata de un derecho natural e inalienable de los socios de ciertas formas societarias, sino de un beneficio concedido a los socios que no incurrir en acciones u omisiones que pueden generar daño. Cuando estos fallan a su obligación imperativa de mantener el capital en números positivos, no pueden pretender que el proceso concursal traslade tal responsabilidad a los acreedores a los que se les impone la quita (hablamos de aquellos acreedores que no votan a favor de la propuesta reductora de sus créditos).

Claro está que -reafirmamos- no todos los socios serán responsables. El socio inverso puede dormir tranquilo. No así los que componen el grupo de control con el alcance que proporciona, integrando el art. 99 de la LGS a través del art. 150 del CCyCo., el art. 167 in fine del CCyCo.

IV - FRAUDE Y HOMOLOGACIÓN

¿Cómo se materializa el fraude a la LGS que impide al juez homologar el acuerdo conforme el art. 52.4 de la LCQ?

¿Por qué decimos que la quita concursal en las sociedades comerciales implica un fraude a la ley societaria? El problema de la expresión "fraude" es que, cuando la empleamos en nuestras exposiciones, es entendida en un sentido diferente al que normalmente tiene y que es pertinente dejarlo en claro. Estamos empleando la expresión "fraude" en lo que sería una segunda acepción dada por la Real Academia Española⁽⁹⁾, es decir, "*acto tendiente a eludir una disposición legal en perjuicio del Estado o de terceros*". O sea, la previsión normativa contenida en el art. 12 del CCyCo. a que hemos hecho referencia. En otros términos, no estamos hablando de la maniobra defraudatoria que tiene a la estafa como figura genérica y predominante (aunque no sea el único delito que requiere de fraude), ni de la sustracción de los bienes del activo de un deudor para perjudicar a sus acreedores. La consecuencia jurídica del fraude como estrategia de encuadrar un determinado acto jurídico en una normativa inadecuada para evadir la aplicación de las consecuencias jurídicas tiene como consecuencia la aplicación de la ley que se pretendió eludir, en lugar de los beneficios del encuadramiento inadecuado. Ejemplos de lo que explicamos son: el artículo 124 de la LGS y el artículo 2 de la ley de procedimiento tributario 11683 (y sus modificatorias). En la tesis que sostenemos, el deudor societario que cayó en cesación de pagos, para eludir la responsabilidad de mantener la funcionalidad del patrimonio neto (y el capital social) y capitalizar en consecuencia, se refugia en la ley concursal para lograr trasladar el costo de la ineficiencia e inconsistencia patrimonial a los acreedores. Es decir, externaliza el costo de su mal manejo económico-financiero.

Insistimos, la tradicional e ilegal quita concursal es una ganancia extraordinaria, que implica una reducción súbita del pasivo sin ninguna contrapartida en el activo. Conforme a esa naturaleza, la ley de impuesto a las ganancias establece que toda ganancia obtenida por las empresas (cualquiera sea su forma de organización, incluyendo las unipersonales) está gravada por el impuesto a las ganancias.⁽¹⁰⁾

Conscientes de esa ilicitud, enfrentamos la cuestión con el miembro correspondiente de la academia, Prof. Dr. Juan Carlos Veiga⁽¹¹⁾, cuestionando las costumbres *contra legem* en los procesos concursales, y lo hacíamos antes del advenimiento del CCyCo. y particularmente ahora con su art. 150 que fija la primacía de normas. Sin nuestros argumentos⁽¹²⁾ pero en la misma línea de libertad sin dañar, en el caso "Interindumentaria SRL" del 4/2/2020, con el voto de Pablo Heredia, la Cámara Nacional en lo Comercial remarcó la infrapatrimonialización como factor de imputación del daño, el déficit liquidatorio, a los socios de control en el incidente respectivo en la quiebra.

El embate desintegrador se hace desde el derecho de crisis, el concursal, para tratar de transferir el riesgo societario a los acreedores, olvidando que los socios "soportarán las pérdidas" -art. 1, LGS-.

Una parte de la doctrina nacional sostiene que la legislación concursal es una legislación de naturaleza excepcional, que al decretarse su aplicación a una crisis específica, todas las demás normas jurídicas de carácter privado ceden⁽¹³⁾. Es decir que, una vez desencadenada la cesación de pagos, las normas del derecho privado, aun cuando se tratasen de normas imperativas de carácter público, devienen en inaplicables por imperio de la concursalidad. Esa posición es anterior a la vigencia del CCyCo., cuyo art. 150 despeja la cuestión. Desde otro punto de vista, una posición un tanto diferente⁽¹⁴⁾, Dasso entiende que no corresponde "levantar" la limitación de la responsabilidad, que -en su opinión, es la regla- sino que "la sanción de responsabilidad ilimitada operaría solo en casos que la doctrina conceptúa como escandalosos, manifiestos, violatorios de los acreedores extracontractuales o aun de los contractuales, solo en hipótesis en que un bloqueo de información justifique su ignorancia, en supuestos de magnitud tal que les impida evaluar los costes de transacción y en su caso adoptar conductas conducentes, en resguardo de sus créditos". A partir de allí, concluye en que la solución concursal es "una forma, la más específica, de reactivación de la sociedad, evitando o subvirtiendo su extinción liquidativa". Estamos de acuerdo con eso en cuanto a la conservación de la empresa viable, pero de ninguna manera podemos aceptar que los socios se enriquezcan a través de formalismos no aceptados por la ley. A su vez, la posición no deja en claro qué ocurre con aquellos casos que tilda de "marginales", y que son escandalosos, manifiestos y violatorios de los acreedores extracontractuales y aún contractuales. Y sin duda la infrapatrimonialización es un supuesto violatorio.

No estamos atacando la responsabilidad limitada de las sociedades que cuentan con tal recurso técnico jurídico. Ello constituye la regla. La extensión de la responsabilidad a ilimitada no lo es por cambio de la tipología, sino por atribuir a algunos socios responsabilidad por acción u omisión. La limitación de la responsabilidad se produce si y solo si los socios o accionistas han dado cabal cumplimiento, en tiempo y forma, a la obligación de integrar el capital suscripto, y -además- siempre y cuando su actuación reúna los estándares de buena fe y se dé cabal cumplimiento a las normas contractuales, estatutarias y legales, ya que la actuación que encubra fines extrasocietarios permite aplicar la responsabilidad ilimitada de los socios que infringen daño, no solo por aplicación del art. 54 de la LGS, sino también por otras normas: como la de los socios de sociedades con objeto ilícito (art. 18, LGS); sociedades con objeto lícito y actividad ilícita (art. 19, LGS); sociedades con objeto prohibido (art. 20, LGS); sociedades con socios o administradores que actúan sin tutelar debidamente los intereses de menores, incapaces y personas con capacidad restringida (art. 29, LGS); sociedades con capital formado o aumentado a partir de participaciones recíprocas (art. 32, LGS); sociedades con socios aparentes y prestanombres (art. 35, LGS); SRL y sociedades por acciones donde los socios aporten bienes que no sean determinados y susceptibles de ejecución forzada (art. 39, LGS, a contrario sensu); cuando los socios incumplan con la garantía de evicción (art. 46, LGS, siempre que no opte por cumplir en debida forma); administradores que no obren con lealtad y diligencia (art. 59, LGS); grave incumplimiento de las obligaciones a cargo del socio (art. 91, LGS), solo por hacer una enumeración parcial de situaciones en las que el socio puede responder ilimitadamente, por daño a la sociedad o terceros, o a partir de las normas de la responsabilidad civil, societaria y concursal. A las que debemos sumar la infrapatrimonialización, sancionada por el art. 99 de la LGS a los socios de control -art. 167 *in fine*, conf. art. 150, CCyCo.-.

Por otra parte, el problema que plantean esas posiciones es que dan la sensación de que el mero recurrir al amparo de la ley concursal implica -automáticamente- el derecho a que los socios trasladen el deber de mantener operativa a la sociedad, a través de una correcta dotación patrimonial, a los acreedores, que -a cambio de tal sacrificio- no reciben nada, y -por el contrario- ven degradado su derecho patrimonial.

Porque cuando se produce una crisis financiera (cesación de pagos) o económica-patrimonial (insolvencia), debemos analizar las causas. Si la causa fue la exógena y de caso fortuito o fuerza mayor, resulta evidente que no pueden buscarse responsabilidades, aunque sí soluciones concursales que no resulten dañosas, o que resulten mínimamente dañosas para los acreedores, pero no para trasladarles el riesgo y las pérdidas, que son a cargo de los socios -art. 1, LGS, tipificante de esa organización-. Pero, en los demás casos, debemos preguntarnos siempre: ¿dónde está el dinero adeudado? Porque ese pasivo insoluto, proviene de préstamos de dinero que ingresaron al activo; mercaderías que no fueron pagadas; servicios prestados y no saldados. Obviamente, la hipótesis está descartando la existencia de pasivos involuntarios, cuya incidencia se encuentra en la zona próxima al caso fortuito.

V - LA CAPITALIZACIÓN

Si se opta directamente por facilitar el concurso como escudo protector, las soluciones no son en favor de los socios ni de la sociedad, sino de la empresa. La quita cambia la naturaleza de la relación societaria: las pérdidas son a cargo de los socios, pero pueden compartirlas en el futuro haciéndolos socios. Y esa capitalización es expresamente prevista como opción imperativa en el art. 96 de la LGS y desarrollada en su art. 197.2 de la LGS y receptada en el art. 43 de la LCQ. De no resultar responsabilidad de administradores y quizás de socios⁽¹⁵⁾, si el pasivo no resultara satisfecho. Intentar una quita en el concurso, cuya presentación es ratificada por los socios, implica un fraude a la ley societaria intentando que los acreedores asuman las obligaciones que tienen los socios, y los enriquezcan. Una transferencia indebida del riesgo y de las pérdidas.

La capitalización del pasivo no genera carga impositiva para la sociedad, como en caso de quita. Aumenta el patrimonio neto por incremento del capital social, lo cual mantiene constante al activo, pero ya no existen ganancias, sino aportes de terceros (en este caso los acreedores). Los aportes de capital no son ganancias. Recordamos un viejo artículo de Maffía, titulado "¿Socio a palos?"⁽¹⁶⁾ (y de cuya paráfrasis nos valemos para titular este trabajo) en el que el autor criticaba la propuesta de constituir sociedad entre el deudor y los acreedores, en especial, en referencia a los acreedores que no habían votado favorablemente la propuesta. Si bien la crítica se hacía bajo la vigencia de la ley 19551, las objeciones resultarían aplicables a la actual LCQ. Sin embargo, la decisión de los acreedores de asociarse con la concursada depende esencialmente de la naturaleza del negocio, la conducta económica más racional será aceptar la propuesta de asociarse con el deudor. Lo cual nos lleva nuevamente a plantear la imperiosa necesidad de contar con información contable y con un plan de mínima. Una alternativa que hemos analizado en conjunto es la posibilidad de ofrecer a los acreedores constituir sociedad en la que la sociedad deudora entregue acciones rescatables, las cuales podrán serlo en cualquier momento por la emisora (o sus socios originales) mediante el pago de su valor real (es decir, el valor contable más los intangibles y con los ajustes de valuación necesarios); o bien, otorgar a los acreedores opción de recompra por otros socios originarios por un valor equivalente a la quita propuesta, incluso con pérdida parcial del importe de su crédito concursal.

La ventaja para la sociedad es que además de evitar el pago de impuestos libera a los fiadores que la hayan apoyado en la etapa preconcursal.

Por último, como lo ilegal es imponer la quita por mayoría, la cuestión puede ponerse en un marco legal -existiendo información adecuada- otorgando opciones a los acreedores que no expresaron su aceptación o la negaron, siendo una de ellas la capitalización.

En casos excepcionales en que por la naturaleza de la sociedad no sea posible la integración siempre caben soluciones con obligaciones negociables e incluso transfiriendo el patrimonio empresarial a los acreedores, un lease back que analizamos en los

ochenta y mereció aprobación.

La capitalización de créditos no es descartable y la doctrina internacional viene atendiendo esa forma de integración de intereses. Así se afirma *"la progresiva incentivación de la capitalización de créditos en sede concursal y preconcursal... (17) ampliando así de forma progresiva el contenido de las propuestas de convenio... la capitalización de créditos o, en su terminología anglosajona, debt-equity swap"*, aclarando la autora que seguimos: *"que, teniendo en cuenta que en el presente se hace un estudio de la operación desde el punto de vista tanto concursal como societario, preferimos emplear el término capitalización de créditos en lugar de capitalización de deuda"*. Sigue: *"la misma genera un incremento de liquidez, reduce los costes financieros de la satisfacción de los créditos... permite a esta aplicar para otros fines los fondos que habría de destinar al pago de las deudas... Postula la capitalización concertada y a valor nominal, pues considera que no se puede castigar al acreedor con el presunto disvalor de su crédito" (18)*. Obviamente no es descartable la existencia de prima. Karsten Schmidt⁽¹⁹⁾ se expedía en similar sentido.

E. Daniel Truffat⁽²⁰⁾ enrolado en similar posición integradora del sistema jurídico, reforzada por el Título Preliminar del CCyCo., expresa: *"La pérdida de autosuficiencia del derecho concursal y su necesaria integración no solo con normas supralegales de base constitucional, sino con el derecho positivo clásico y con los 'nuevos derechos' (defensa del consumidor, normas de prevención de origen espurio de los capitales, defensa de la competencia, etc.), impacta radicalmente sobre los criterios y enfoques que deben presidir el 'diseño' de cada solución concursal y de los acuerdos que a través del concordato se busquen instrumentar... Mi generación se formó con ciertas teóricas ideas (que eran más 'prejuicios' que auténticas expresiones de racionales) sobre la completividad de tales cuerpos normativos... Claramente se integró el derecho concursal con las normas directrices del derecho civil... En el área concursal los jueces nacionales se encargaron de remarcar que el derecho concursal 'no es una isla'" (21)*.

Las soluciones societarias permiten integrar socios interesados en el plan de negocios, en reflotar la actividad afectada, compartiendo con los originales socios -que son los que tratan de impedir esa integración con las quitas, contrarias al sistema societario-. Bajo el principio de buena fe del art. 9 del CCyCo., E. Daniel Truffat escribió⁽²²⁾: *"Con referencia a la propuesta concordataria propiamente dicha, extraigo... tres consecuencias básicas, en tanto y en cuanto se pretenda preservar la moralidad de tal medio de superación de la cesación de pagos: la necesidad de que la solución preventiva a obtener importe aquella que la doctrina argentina -tomando una frase feliz de la L. 25561- denomina: 'el esfuerzo compartido'. Es literalmente inmoral que la solución concordataria devuelva al empresario (en general en sociedades de capital, a los accionistas de la concursada) una empresa revitalizada y que todo el daño emergente de la cesación de pagos recaiga 'en exclusiva' en los acreedores del sujeto así salvado. Esa posibilidad importaría consagrar el enriquecimiento incausado en favor de los antedichos"*.

Sin duda debemos converger en la aceptación que las crisis de sociedades no están reguladas solo por el derecho concursal sino que debe formalizarse la integración interpretativa referida. A su vez que el proceso concursal no puede constituirse en un fraude a la ley societaria, a lo que se responde que ello se evita con un "esfuerzo compartido", que es la aventura compartida. Un puente de encuentro.

Impone señalarse que el "esfuerzo compartido" implica, cuanto menos, un cuestionamiento frontal a la propuesta de quita -y ulterior acuerdo-, unido a esperas que hacen que los acreedores sean los únicos a los que se les impone soportar la crisis de las sociedades, sin esfuerzo alguno de los socios y en su exclusivo beneficio al patrimonializar la sociedad.

Como Karsten Schmidt, Gallego Córcoles y tantos otros apostamos al análisis de la problemática en un derecho societario de crisis⁽²³⁾, ¿o se pretende preparar la legislación para generar concursos de sociedades para que los acreedores asuman la pérdida sin recibir ninguna contraprestación? Recurrimos a Héctor Cámara que apostillaba: *"El principio de conservación de la empresa no constituye una patente de corso para la gestión empresarial"*. La obstaculización de administradores y socios a la capitalización de créditos para evitar la crisis puede generarles responsabilidad.⁽²⁴⁾

VI - INFORME GENERAL DEL SÍNDICO

Conforme el art. 39, ap. 7, el síndico, *"en caso de sociedades, debe informar si los socios realizaron regularmente sus aportes, y si existe responsabilidad patrimonial que se les pueda imputar por su actuación en tal carácter"*.

Este punto debe conectarse con los que venimos explicitando. La cuestión supera -a nuestro entender- determinar si cuantitativamente desembolsaron lo que se comprometieron en el momento constitutivo o en la decisión de aumentar el capital.

El segundo párrafo debe conectarse a su responsabilidad por no haber dotado adecuadamente la sociedad que constituían, generando una nueva persona jurídica infrapatrimonializada para el cumplimiento de su objeto social. ¿O es que crearon y mantuvieron la funcionalidad de un sujeto dañino para los terceros que contratarían, pues su patrimonio no era suficiente para cumplir las obligaciones que contraerían, no existiendo ningún plan de negocios razonable para asumir tal "aventura"?

No se trata solo de asegurar el aporte efectivamente comprometido, sino también el que era necesario para el normal desenvolvimiento de la sociedad y no perjudicar a terceros con una sociedad infrapatrimonializada, o sea, comprometiendo aportes insuficientes para el cumplimiento del objeto social que ellos libremente habían fijado. Obviamente que ello constituye una causal de disolución que debió ser atendida en el caso de las sociedades concursadas.

Es esencial que el síndico refiera qué previsiones adoptaron los administradores sociales desde que aparecieron dificultades, si las pusieron en conocimiento de los socios y qué dispusieron estos para cumplir con las normas imperativas de las sociedades en torno a causales de disolución, su remoción o iniciación inmediata de la etapa de liquidación, con las responsabilidades consiguientes, tales la pérdida del capital social, que genera la obligación de reintegrarlo.

Eventualmente si el problema era de una infrapatrimonialización -constitutiva o funcional-, si se advirtió algún intento de capitalización por parte de los socios, terceros o acreedores.

Además, determinando si se había perdido el patrimonio, debe referirse a los aportes por reintegro o capitalización que debieron requerirse por los administradores a los socios (conf. arts. 94.5, 96 y 99, LGS), pues un intento de quita ante el incumplimiento de normas imperativas de la ley societaria constituiría un fraude a la ley (art. 12 CCyCo.).

Es que en ese Informe General (que se presenta tanto en concurso como en quiebra), el síndico debe informar conforme hemos indicado. Congruente a nuestro criterio que es responsabilidad de los socios mantener la funcionalidad del capital social, y asumiendo que la asamblea ordinaria aprobó los estados contables (suponiendo un patrimonio neto negativo): ¿no debería informar el síndico sobre esta falta de aportación? No tenemos duda de ello como obligación funcional y colaboración técnica con el juez del concurso o quiebra.

VII - CONCLUYENDO Y MEDITANDO

Se trata de unir los argumentos económicos y los normativos. Si el patrimonio de la sociedad solo está en cesación de pagos -o sea, con activo corriente inferior al pasivo corriente, pero con patrimonio positivo-, la quita en la propuesta o en el acuerdo logrado por mayoría implica, cuando menos, un abuso de derecho, y un fraude a la ley si tiene patrimonio negativo (insolvencia en sentido estricto), determinado por balances e informe general del síndico, pues se han incumplido las normas imperativas de la LGS, conforme el art. 150 del CCyCo.

En supuestos tratados, la judicatura no debería homologar tal abuso o fraude generado por administradores y socios, para beneficiarse estos perjudicando a los acreedores⁽²⁵⁾, expresamente sancionado por el art. 12 del CCyCo., a lo que es congruente el deber de la judicatura establecida en el art. 52.4 de la LCQ, en protección de los acreedores que votaron negativamente o no pudieron hacerlo por no tener aún verificados sus créditos. Esas disposiciones impondrán al juez la indubitable resolución.

Una solución o fórmula que equilibraría el no tratar a las quitas como fraude a la ley societaria puede ser la que la propuesta otorgue -a aquellos acreedores que no se han manifestado positivamente- la opción de la quita con la de capitalizar sus créditos para asociarse a la actividad empresarial común. Se tutela la actividad, los puestos de trabajo, la continuidad de la sociedad, menos la posición de los socios que intentaron aprovechar la "herramienta" del concurso para transformar la crisis en un negocio, al transferir a los acreedores las pérdidas que debían afrontar conforme a normas imperativas de nuestro derecho societario.

La no homologación de las propuestas que hemos cuestionado no afecta la conservación de la empresa, pues abre el proceso del art. 48 de la LCQ, con el deudor en posesión y posibilidad de competir nuevamente en lograr la aquiescencia de los acreedores dentro del marco legal.

Nota:

- (1) López Rodríguez, Carlos E.: "Responsabilidad concursal de los administradores societarios. Administración de hecho y déficit concursal. Estudio comparado con la legislación española y argentina" - LL Uruguay - Montevideo - 2016, en el capítulo inmediato a pág. 59
- (2) La presentación en concurso de una sociedad le genera un escudo protector de los juicios que pretenden parte de su patrimonio, como la liberación de las medidas cautelares que alteran su funcionamiento, incluso la restitución de servicios públicos o administrativos indispensables. Pero no altera en nada su funcionalidad, salvo someter a autorización judicial ciertos actos que podrían afectar a los acreedores o al patrimonio que los resguarda. Y la capitalización no es desechable.
- (3) Solo pueden expresarse los que hayan logrado la verificación o admisibilidad de sus créditos, mermados por argucias y por la pérdida de universalidad por la reforma del art. 21, LCQ, en el año 2006
- (4) Ponemos acento en la infrapatrimonialización que 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. La responsabilidad por los daños surge inmediata, aunque no se efectivizará si las obligaciones con terceros son satisfechas por la sociedad, eventualmente capitalizándolas. La pérdida del capital social -infrapatrimonialización- no necesariamente implica la incapacidad de funcionar del ente, pues con 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, pero la continuidad de la actividad como si nada encubriría el patrimonio neto negativo y la posibilidad concreta de dañar
- (5) Prats Marquina, Marta: "Insolvencia y crisis económica: su reflejo en el derecho concursal" - R.G.D. - Madrid - 1998
- (6) Fushimi, Jorge F. y Richard, Efraín H.: "El balance y la quita en su tratamiento contable y fiscal (con algunos aspectos periféricos)", en "Aspectos contables, impositivos y previsionales en las sociedades y los concursos" - Instituto Argentino de Derecho Comercial - Ed. Legis - Bs. As. - 2013 - pág. 153
- (7) Fushimi, Jorge F. y Richard, Efraín H.: "La certeza de la ciencia contable y la desaparición de libros de la sociedad que se presenta en concurso", en Libro "Nuevos Aportes al Derecho Contable - IV Jornada Nac. de Derecho Contable" - Ed. Errepar - Bs. As. - 2011 - pág. 297
- (8) Gebhardt, Marcelo: "Prevención de la insolvencia" - Ed. Astrea - Bs. As. - 2009 - pág. 304
- (9) Diccionario de la RAE:

"**Fraude.** Del lat. *fraus, fraudis*.

1. m. Acción contraria a la verdad y a la rectitud, que perjudica a la persona contra quien se comete.
2. m. Acto tendente a eludir una disposición legal en perjuicio del Estado o de terceros.
3. m. *Der.* Delito que comete el encargado de vigilar la ejecución de contratos públicos, o de algunos privados, confabulándose con la representación de los intereses opuestos.

En fraude de acreedores

1. loc. adj. *Der.* Dicho del acto del deudor: Que es generalmente simulado y rescindible, y deja al acreedor sin medio de cobrar lo que se le debe. U. t. c. loc. adv."

(10) Art. 30, D. 1344/98 y según D. 2340/2002 - 19/11/2002

(11) Veiga, Juan C. y Richard, Efraín H.: "El contraderecho (el abuso y el fraude en la homologación de acuerdos concursales propuestos por sociedades comerciales con quitas), en "Pensar en Derecho" - N° 5 - año 3 - Bs. As. - febrero 2015 - Ed. Eudeba - Facultad de Derecho (UBA) - pág. 257. En el VI Congreso Iberoamericano de la Insolvencia "Nueva visión en torno a la homologación de acuerdos con quitas en concurso de sociedades. El abuso y el fraude" - T. I - pág. 367; "La necesaria integración del sistema concursal con el societario ante la crisis de sociedades" - T. II - pág. 815. Con él compartiremos una comunicación al este Congreso de Bahía Blanca

(12) Richard, Efraín H.: "Personalidad jurídica y responsabilidad de sus miembros", en "Revista del Código Civil y Comercial" - LL - primera sección "En Debate", tema específico "Personas jurídicas", desde la perspectiva del nuevo Código Civil y Comercial - Pablo Heredia (Codir.) - año IV - N° 4 - Bs. As. - mayo 2018 - págs. 67 a 107

(13) Dasso, Ariel G.: "El mito de la infracapitalización" - ERREPAR - DSCE - T. XXVI - noviembre 2014 - Cita digital EOLDC090918A: "La situación de insolvencia es tratada por la ley como una situación excepcional en la cual, por su propia esencia excepcional, las normas comunes cedan. Contrariamente a lo que está últimamente en boga, creo que el sistema es excepcional hasta tal punto que todas las demás normas deben ceder ante la normativa concursal. No se trata de que el derecho sea un plexo normativo que esté vigente en todo momento y que por lo tanto las consecuencias y los resultados de un proceso concursal estén condicionados al cumplimiento de la ley común, porque no lo es. Es exactamente al revés.

El sistema concursal es un sistema excepcional, que se concede in extremis a enfermos de suma gravedad, a los cuales se les aplica un sistema excepcional diverso al del derecho común, con la expresa intención de aislarlo y protegerlo de ese sistema, para poder devolverlo al sistema común, una vez saneado.

Por eso discrepo con todos los que proponen que las normas concursales y los acuerdos y todo aquello relacionado al salvataje de las empresas en crisis tengan que ser analizados a la vez, desde la órbita del derecho común, porque no corresponde”

(14) Dasso, Ariel Á.: “El concurso preventivo y la suspensión del hecho disolutorio por pérdida del capital social o infracapitalización” - ERREPAR - DSCE - T. XXIX - octubre 2017 - Cita digital: EOLDC096682A: “*Está claro que una interpretación contextual de la ley concursal y societaria, y en ello no puede haber disidencias doctrinarias, lleva a definir al concurso preventivo como una forma, la más específica, de reactivación de la sociedad, evitando o subvirtiendo su extinción liquidativa. Esta regla -implícita en la legislación argentina- está expresada en el artículo 361 del decreto legislativo 1/2010 del 2 de julio de España, texto refundido de la ley de sociedades de capital, el que establece que ‘la apertura de la fase de liquidación producirá la disolución de pleno derecho de la sociedad’ (art. 360.2). En tanto que ‘la declaración de concurso de la sociedad de capital no constituirá, por sí sola, causa de disolución’ (art. 361.1)*”

En la misma línea doctrinaria y legal, la legge fallimentare de Italia establece que cuando el deudor propone un concordato preventivo o un acuerdo de reestructuración extrajudicial, se suspenden las reglas sobre conservación del capital social, hasta tanto aconteciere la aprobación o rechazo del acuerdo. Durante el período de negociación, los administradores no están sometidos a las normas de la ley societaria sobre conservación del capital, por lo cual se encuentra suspendida la regulación que establece la disolución por pérdidas -que en el caso es de un tercio del capital social-. En los procesos falimentarios, los administradores no están privados de las negociaciones de operaciones extraordinarias y, regularmente, el acuerdo con los acreedores se logra por vía de fusión, escisión, aumentos de capital que constituyen la materia de la negociación del acuerdo en el cual las quitas y esperas u otras soluciones homologadas absorben las pérdidas: ello constituye incremento real del patrimonio o capital social material”

(15) Nto. “El art. 99 ley 19.550 y causales de disolución de sociedades (De cómo evitar responsabilidad ante la insolvencia societaria)” - RDCO - 2013-A - pág. 663 - año 46 - Ed. AbeledoPerrot - Bs. As. - 2013

(16) Maffía, Osvaldo J.: “¿Socio a palos?” - ED - T. 56 - pág. 697

(17) Gallego Córcoles, Ascensión: “La capitalización de créditos mediante aumento del capital social (debt-equity swap)” - Ed. Aranzadi - Madrid - 2019 - pág. 17/18

(18) Gallego Córcoles, Ascensión: “La capitalización de créditos mediante aumento del capital social (debt-equity swap)” - Ed. Aranzadi - Madrid - 2019 - pág. 230

(19) Schmidt, Karsten: “Responsabilidad de los socios y administradores”, en AA.VV.: “Derecho Comercial y de los Negocios, Sociedades - Concursos” - Raúl A. Etcheverry, Héctor O. Chomer y Luis M. Genovesi (compiladores) - Ed. Eudeba - Bs. As. - 2007 - T. I - pág. 395 y ss., reproduciendo una conferencia del año 2005

(20) En el VIII Congreso del Instituto Iberoamericano De Derecho Concursal - México D.F. (México) - 17 a 19/5/2012, su magistral conferencia con el título “Sobre los concursos ‘a medida’, a la luz de la actual realidad normativa”

(21) Truffat, Daniel E.: “El derecho concursal no es una isla, pero si es un derecho especial” en Revista de las Sociedades y Concursos” - Ed. Fidas - Bs. As. - abril 2016 - año 16 - 2015 - 2/3 - pág. 85, que al invitar a nuestra respuesta, la generó en la misma revista en la pág. 99 en “Amanece, que no es poco... (sobre crisis societarias)”

(22) Truffat, Daniel E.: “La abusividad de la propuesta y la moralización de los concursos en lo atinente -precisamente- a la oferta del deudor” - Segundo Congreso Iberoamericano de Derecho Concursal - Mérida - Estado de Yucatán (México)

(23) Richard, Efraín H.: “Enseñanza del derecho societario de crisis”, sosteniendo que “*la enseñanza centrada en las normas de las leyes de sociedades o de concursos, dificulta una visión sistémico constructivista sobre las crisis de sociedades. La ley de sociedades contiene adecuadas normas imperativas para limitar esas crisis*” - ERREPAR - DSCE - N° 364 - marzo 2018 - pág. 165

(24) Gallego Córcoles, Ascensión: “La capitalización de créditos mediante aumento del capital social (debt-equity swap)” - Ed. Aranzadi - Madrid - 2019 - pág. 381

(25) Richard, Efraín H.: “Autonomía de la voluntad en la configuración de sociedades. Las normas imperativas y las crisis patrimoniales con la suspensión del art. 94 inc. 5 LGS por la ley de emergencia” - LL - T. 2020-A - 20/1/2020