



## ACADEMIA NACIONAL DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES DE CÓRDOBA

### **¡SANTA CLAUS NO EXISTE! REFLEXIONES SOBRE EFECTOS EN EL DERECHO SOCIETARIO**

**Exposición del Académico de Número Profesor Emérito Dr. Efraín Hugo RICHARD en la sesión del 21 de mayo de 2019 en la Academia Nacional de Derecho y Cs. Sociales de Córdoba.**

No pretendo generarles una desilusión tardía de una costumbre infantil, sólo captar vuestro interés y atención.

Santa Claus sólo existe en la imaginación de mentes no contaminadas, en el imaginativo infantil, aunque para algunos mayores parecería que la cuestión no siempre es clara. Y no es clara porque nos acostumbramos a sentir y no pensar sistemáticamente.

Anticipo que me referiré concretamente a las crisis económicas de sociedades, donde la ley que las regula, para tipificar la relación societaria impone que los riesgos y las pérdidas las soporten los socios, lo que se asegura con normas imperativas.

Pero sorpresivamente la práctica judicial y doctrina concursalista traslada las pérdidas a los acreedores enriqueciendo a los socios. ¿Santa Claus existe? Esa costumbre contra legem la hemos caracterizado con el tucumano Miembro de la Academia y Profesor Emérito Dr. Juan Carlos Veiga como “EL CONTRADERECHO”, en ensayo publicado que pueden encontrar en nuestra página.

O sea que se ha creado un PAPA NOEL para las sociedades en crisis... Y a eso me dedicaré de seguido, particularmente por se contrario a derecho y desestimular la actividad productiva en nuestro país, que es nuestra única salida ante la crisis generalizada.

.....

1. La persona humana requiere derechos, desde su gestación y para el desarrollo. No basta asegurar su nacimiento. No se trata de generar un benefactor anónimo o individual. Se trata de pensar organizadamente como atender las necesidades de la población. Hoy se requieren derechos inorgánicamente con la actuación de grupos de protesta que alteran la aparente convivencia. La respuesta debería ser más actividad generadora de riqueza.

Quizá sea una respuesta a esos requerimientos la convocatoria de la Academia para su reunión de Institutos. Se trata de acciones colectivas, constitucional o institucionalmente organizadas, por eso hemos convocado a trabajar sobre “La EMPRESA, VISION JURIDICA Y SOCIAL SUS CONTRIBUCIONES AL CRECIMIENTO GLOBAL”.

2. En 1998 en una de mis ponencias en el Congreso de Academias que organizamos, me referí a la situación social señalando que si no se decidían acciones por SOLIDARIDAD DEBERÍAN HACERSE POR SEGURIDAD.

La marginación por una parte genera actos de violencia, y la ruptura ética la tendencia a imponer que la sociedad actúe como SANTA CLAUS....

Y esa historia fantástica para los niños de que Santa Claus, Papa Noel o el Niñito Dios traía regalos para Navidad, es un mensaje para las mentes no contaminadas por la realidad, que intentan que sus sueños infantiles se concreten, pero ahora aparecen maniobras sofisticadas tendientes a que otros se hagan cargo de nuestros problemas.

Déjenme creer que existe un buen sistema jurídico que asegura mis derechos, que eventualmente ante cualquier desvío existe un sistema judicial que rápidamente me los devolverá... déjenme que confíe en el sistema jurídico y judicial que disponemos, que es eficiente! Esto no es creer en las cosas que creíamos cuando niños? Que Santa Claus satisficaría nuestras pequeñas pretensiones de ser niños cuidados y queridos...?

Quizá por eso se intensifican las tensiones sociales, los requerimientos de movimientos sociales, incluso de grupos violentos que asumen conductas delictuales al acercarse Navidad?

Pero no sólo Santa Claus no existe, no existe todo lo que pensamos como ideales de una humanidad civilizada...

El tema es engorroso, es la ruptura de nuestra ilusiones y no sólo de las que teníamos cuando niños...

3. Hoy parecería resultar que la Academia no ha cumplido con la ley... ¿Una Academia de Derecho? Y que por ello ha afectado a un sindicato, justificando que un profesional intente requerir honorarios. Claro que la Academia trabaja honorariamente de un estipendio del Estado, que a su vez habría generado la ley justificante del reclamo pero no el estipendio para satisfacerlo.--

¿Será que los Miembros de la Academia que trabajamos ad honorem debemos convertirnos en Santa Claus...

Nuestros Gobiernos gastan más de lo que disponen... ¿Alguien le regala el faltante?

Préstamos o emisión de dinero. Los primeros hay que devolverlos lamentablemente, pues no ocurre lo mismo en el concurso de sociedades donde las pérdidas se trasladan ilegítimamente a los acreedores. Aunque ya se instrumentan obligaciones soberanas, cotizantes en Bolsa, que pueden por mayoría sufrir quitas del 30%.

De la emisión monetaria y de otras conductas estatales y sociales resultan las devaluaciones constantes, la inflación devoradora de ahorros, de la falta de inversiones productivas e incentivación de un capitalismo financiero feroz.

Pero parecía que Santa Claus nos pagaba parte del gas, del agua y de la energía, incluso actualmente asegura un precio de venta de gas a grandes compañías por encima del precio del mercado... Regalos que eran más importantes en cuanto los beneficiarios estuvieran más cerca del centro de decisiones...

Parece que hay que apoyar a la Persona Humana en dificultades, fundamentalmente por razones humanitarias, pero ¿a los financistas, a las grandes empresas.....?

¿Quién va a venir a invertir en nuestro país con altos costos financieros y operativos, al que se agrega el panorama presente? Panorama que es el todos ustedes leen, escuchan o ven todos los días.

3. Pero a ello, para los “mercados”, para el capitalismo empresarial, se agrega una inseguridad jurídica en el recupero de las inversiones, no ya de préstamos sino de provisiones o de la satisfacción de daños...

Sobre el riesgo quiero seguir hablando. De que alguien debe asumirlo, que no hay Papa Noel, ni Santa Claus, ni San Nicolás, ni el Niñito Dios, ni Reyes Magos que se hagan cargo.

Conforme criterios sobre crisis patrimoniales de personas humanas y jurídicas, que comparto, los riesgos económico patrimoniales de los incumplimientos de una persona humana los asumen los acreedores.

Parece adecuado que ciertas personas humanas reciban dádivas de los acreedores, y así se acepta en la legislación concursal, sea a través de quitas y esperas, o de la liberación de deudas si se tratara de una quiebra liquidativa.

Esta liberación se ha complicado pues se ha declarado que los gastos del concurso como los honorarios de los Síndicos son deudas postconcursoales y por tanto no son liberadas, generándose así un pasivo exigible, a veces mayor que el liberado.

4. Pero en el caso de sociedades ¿quién debe asumir los riesgos? Y esa misma opinión señala que en tal caso las pérdidas deben ser asumidas por los socios, como señala esencialmente el art. 1° de la Ley General de Sociedades.

Ello genera de inmediato una pregunta: ¿Y la quita en los concursos de grandes empresas, que obviamente están organizadas como sociedades?

Anticipamos que es una constante la homologación de acuerdos con quitas enormes y esperas inusuales en los concursos de sociedades.

Con el Académico Correspondiente Profesor Emérito Dr. Juan Carlos Veiga hemos catalogado esa situación como costumbre “contra legem”, en un artículo que titulamos como “Contraderecho” que ustedes pueden consultar en la página de la Academia, [www.acaderc.org.ar](http://www.acaderc.org.ar)

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 imaginería no existen, y que la formulación de acuerdos con quitas en los concursos de sociedades implica una actuación ilícita de los socios y administradores, imponiendo que las pérdidas sean asumidas por los acreedores. No cuestiono que todos los acreedores remitan sus créditos, sino que se imponga por mayoría, colegial, de unos pocos acreedores que consiguieron verificar a la totalidad de los acreedores, pues la universalidad de los juicios concursales se evaporó en la reforma al art. 21 de la Ley de Concursos y Quiebras en el año 2006.

5. Refiriéndose a esa funcionalidad societaria desviada en procesos concursales, la Fiscal General de Cámaras en lo Comercial Prof. Gabriela Boquin en el caso Vial3 S.A. – Concurso preventivo, sostuvo “De esta forma la sociedad habría transferido los riesgos de su actividad a los acreedores que son los que finalmente soportarán las pérdidas. Ello configuraría un claro ejemplo de uso abusivo de la herramienta concursal.”

En el viejo caso Victor Carballide SRL, la Cámara en lo Comercial de la Capital sostuvo: “La frustración de los derechos de los terceros -en este caso: acreedores sociales- encuentra su fundamento en la violación de una premisa tan sencilla como elemental: el patrimonio es la prenda común de los acreedores. ...Ello pone en evidencia, además, una deficiencia en el cumplimiento de los requisitos esenciales que fluyen del artículo 1° de la ley de sociedades, con la consecuente externalización de los riesgos empresarios...La insuficiente capitalización de la sociedad puede constituir un medio para hacerla actuar como recurso para violar la buena fe negocial así como para frustrar derechos de terceros, lo que hace aplicable el instituto de la inoponibilidad de la personalidad jurídica conforme al art. 54, tercer párrafo de la LS. Justifica así que la actuación de la sociedad o las consecuencias de la misma, en este caso el pasivo insoluto de la sociedad caída en insolvencia, y la misma situación jurídica falencial, se imputen a los socios o controlantes que la hicieron posible, siendo importante insistir en que la elección de esta vía puede resultar más apropiada que la extensión de la quiebra fundada en la LCQ 161, cuyos presupuestos pueden no estar configurados por el solo hecho de una deliberada subcapitalización de la sociedad....La limitación de la responsabilidad de los socios se fundamenta en una dotación adecuada de capital social. Si esa dotación no se produce, los socios estarían abusando de la institución del capital social, razón por la cual quedaría sin fundamento la limitación de responsabilidad. Como consecuencia de esto, los socios deberían responder ilimitada y solidariamente frente a los acreedores y para llegar a esa responsabilidad, se recurre a la doctrina del levantamiento del velo. ...La infracapitalización societaria importa un desplazamiento del riesgo empresario hacia los acreedores, en tanto ellos están soportando las consecuencias de la insolvencia de la sociedad. Es decir, la sociedad fue utilizada como un recurso para vulnerar los derechos de terceros al actuar en el mercado sin un capital acorde a su actividad. ...No todos los acreedores de la sociedad se encuentran en iguales condiciones para averiguar cuál es la solvencia de su deudor, piénsese por ejemplo en los acreedores laborales que pueden carecer de información al respecto al decidir si trabajan o no para determinado empleador. .... La aplicación de la solución prevista por el artículo 54 último párrafo de la ley 19550 al caso de infracapitalización societaria, acompaña la tendencia mayoritaria de la doctrina nacional y extranjera que se inclina a que los remedios para combatir la infracapitalización sustancial se

busquen mediante la utilización de la doctrina de la inoponibilidad de la persona jurídica, descorrimiento del velo societario o disregard of the legal entity.”

6. Frente a la pérdida del capital social, donde se impone la liquidación o la capitalización (arts. 94.5, 96, 99 LGS y 167 in fine CCC), o la responsabilidad de administradores y socios de control si se generara daño por no actuar así, la nueva ley de emprendedores n° 27.349 trae algunas previsiones interesantes.

Ellas son, por ejemplo, las primas fijadas por la LACE Ley 27.349, que permite la fijación de primas diferentes para clases de acciones diferentes y en un mismo aumento. Esta posibilidad permite facilitar el ingreso de fondos a la sociedad impactados en patrimonio neto (prima de emisión). La ley contempla esta posibilidad sin que necesariamente los derechos de las acciones de cada clase tengan derechos diferenciados. El estatuto social o el acta de su reforma deberán contener precisiones en orden a la fijación de la prima de emisión para el mejor financiamiento y capitalización de la SAS. La regla del art. 44, ley 27.349 (primas diferenciadas), puede permitir creativas soluciones concursales, conforme el plan de negocios que se proponga.

El artículo 24 inciso II de la ley 27349 incluye la posibilidad de pactar préstamos convertibles en acciones. El artículo está incluido en el Título II de la ley como una de las alternativas que poseen los inversores para participar en un proyecto de financiamiento colectivo. Nos vincula al sistema de obligaciones negociables convertibles, o a la nueva visión del préstamo que introduce el art. 1531 CCC.

Al incluirse herramientas tales como los préstamos convertibles en acciones, aportes irrevocables de capital, prestaciones accesorias a cargo de terceros y la gran amplitud que incluye la emisión de diferentes clases acciones, es evidente que este tipo de sociedades recurrirán a otro tipo de financiamiento y no solamente al inicial aporte de los socios. Se otorgan así instrumentos a la creatividad de los emprendedores, pero de ello no puede resultar en forma alguna que se eluda responsabilidad o se intente que las pérdidas que generaron sean asumidas por los acreedores en forma directa.

7. 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.

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.

8. 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.

Lo central es la conservación de la empresa viable, no necesariamente de la sociedad titular o de la identidad de la posición de los socios, y de éstos mismos o de los administradores.

Se trata de anticiparse a la crisis, ante su mera avizoración, lo que importa un atisbo de la preconcursalidad societaria:

La sustitución de la capitalización por préstamos de socios o allegados impone su subordinación, como se dispuso en los casos Díaz y Querini y KLP Emprendimientos. Rafael Manovil sostiene que los créditos personales del socio o accionista único contra la sociedad “*están subordinados al previo pago de los créditos de terceros*” (Arts. 150 y 163, últimos párrafos). Ninguna de estas disposiciones reglamentarias tiene otra justificación que un preconcepto que ve en la sociedad unipersonal un instrumento apto para el fraude a terceros.

La subordinación de los créditos del socio único es, tal vez, el único con cierta justificación. Empero, esa subordinación debería estar referida a la situación de insolvencia de la sociedad y hallar límite en la situación de la sociedad al tiempo de nacer el crédito y en la causa del crédito: no es igual el crédito derivado de un préstamo dinerario, que el nacido de un suministro en el curso ordinario de los negocios. Además, la subordinación de los créditos de los socios no es propia sólo de la sociedad unipersonal: los mismos fundamentos existirían para establecerla respecto del o de los controlantes de una sociedad pluripersonal.

9. Se impone distinguir entre la crisis de la persona humana, donde no hay otro patrimonio a integrar y el acto de caridad expandida puede justificarse... Pero no así en la persona jurídica donde el riesgo y la pérdida lo asumen los socios por la tipicidad del negocio.

Recuerdo las paabras de Karsten Schmidt en el Congreso Iberoamericano de Derecho de la Insolvencia que organizara la Universidad y la Academia en el año 2000 en La Cumbre, al igual que toda la doctrina española anterior, sobre la preconcursalidad de las normas del derecho societario.

Es que el Art. 1 de la Ley General de Sociedades sostiene “Concepto. Habrá sociedad si uno o más personas en forma organizada conforme a uno de los tipos previstos en esta ley, se obligan a realizar apores para aplicarlos a la producción o intercambio de bienes o servicios, participando de los beneficios y soportando las pérdidas.....” El art. 21. Sociedades incluidas en la sección 4. La sociedad que no se constituya con sujeción a los tipos del capítulo 2, que omita requisitos esenciales o que incumpla con las formalidades exigidas por esta ley, se rige por lo dispuesto por esta sección”, corroborado en la Ley 26.994 por su art. 17, y el Art. 13. “Estipulaciones nulas. 1. Que alguno o algunos de los socios reciban todos los beneficios o se les excluya de ellos, o que sean liberados de contribuir a las pérdidas. “

A su vez el Código Civil y Comercial ha introducido nuevas Normas imperativas, particularmente la de su art. 150, 167.

Todo ello configura la función de garantía del capital social, corrijo la función de la consistencia patrimonial, resguardada por las causales de disolución del art. 94, 4 y 5 LGS, bajo el paraguas de la viabilidad económica y social, en la nueva redacción del art. 100 LGS.

Todo ello determina que ante la crisis de sociedades, la Ley de Concursos es aplicable pero sin desatender las normas imperativas de la Ley General de Sociedades y del Código Civil.

10. Reafirmo en esta fluida conversación, esas interpretaciones han recibido una ratificación en normativa específica, conforme norma imperativa del CCC, que se refunde con esa norma imperativa del art 99 LGS, conforme lo dispuesto por el art. 150 CCC, la parte final del art. 167 CCC referida a una cuestión similar a la prevista por aquella norma societaria: la continuidad del giro sin iniciar la etapa de liquidación ni remediar la causal de disolución: con la responsabilidad consiguiente: “*En caso de infracción responden 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*”.

Una norma que se afilia a la teoría general de la responsabilidad de base subjetiva, donde debe existir un daño, pero existente éste, la norma señala claramente la antijuridicidad y el vínculo causal, como así también la conducta omisiva o activa que le genera la imputación.

La única duda que podría existir es si ambas normas son compatibles. Ello no ocurriría si el art. 99 LGS, de prelación indudable, descartara la posibilidad de aplicar la otra norma imperativa que sólo sería aplicable “en su defecto”. Pero todo lo contrario, esa norma del CCC perfecciona la inteligencia de la norma societaria, en congruencia de como la ha interpretado la doctrina y hemos referido en párrafo precedente. “Defecto” conforme el Diccionario de la Real Academia es “a falta de algo, especialmente de algún requisito”. Y justamente viene a llenar la expresión “en su caso” de la primera norma, dándole alcance y contenido exacto, absolviendo a los socios que no tuvieron tal conducta e imputando la responsabilidad a aquellos de cuya omisión u acción se generó el daño.

Conforme a estos enfoques resulta importante determinar el alcance del art. 99 LGS, que no ha sufrido modificaciones. Así en algún supuesto se sostiene que: a. La responsabilidad no se configura en relación a los nuevos acreedores insatisfechos, sino ante la insolvencia posterior de la sociedad. b. La responsabilidad es por no haber satisfecho o intentado satisfacer –en un marco concursal por ejemplo- una obligación anterior que al no localizarse bienes de la sociedad, genera un daño por la insolvencia de la misma. c. La aplicación de la norma es por cualquier causal de disolución, obviamente por los que a la postre resulten acreedores impagos. d. La imprecisa referencia del último párrafo del art. 99 respecto a la responsabilidad de los socios (o accionistas agregamos) “sin perjuicio de la responsabilidad de éstos”, plantea la necesidad de una debida interpretación.

Como señaló la jurisprudencia<sup>1</sup> “la suficiente capitalización de la sociedad al momento de su constitución y posteriormente, durante todo el desarrollo de la actividad empresarial es la mejor manera de evitar la insolvencia de la sociedad, atento que ésta cuenta con mecanismos para obtener la financiación interna”, y –eventualmente- la capitalización del pasivo.

11. Como se advirtió no todos los socios deben responder más allá de sus aportes, pues debe distinguirse:

(a) Socios que conocieron, consintieron o se beneficiaron con estos actos. La ley no hace distinción y creemos que en los tres supuestos son solidariamente responsables.

(b) Socios que desconocieron la situación, sea porque aquellos que se beneficiaron se lo ocultaron, o porque simplemente no tuvieron conocimiento. Entendemos que en estos casos no pueden ser pasibles de responsabilidad, y que gozan del principio de limitación según el tipo. Si se aceptare que la sociedad deviene irregular, todos serían solidariamente responsables<sup>2</sup>.

Apenas vigente el nuevo Código, corriendo el 2015 en ensayo frente a muchos de ustedes, me referí al “SISTEMA SOCIETARIO. CODIGO CIVIL Y COMERCIAL Y LEY GENERAL DE SOCIEDADES”, expresando que “Parece importante traer a la reflexión interdisciplinaria de la Academia, ante la reciente entrada en vigencia de Código Civil y Comercial (CCC), formular un análisis de nuestra visión de la integración de la Ley General de Sociedades (LGS), por ley 29.994. Se abre así una auspiciosa etapa de meditación, con una visión jurídica para cambios en paz en el país que pretendemos, con mayor inclusión, puestos de trabajo, expansión del capitalismo productivo, menos burocracia e intervenciones judiciales. Al mismo tiempo de reconocer nuevos recursos para la esforzada labor de la judicatura, para evitar la proliferación del daño, permitan la predictibilidad en las relaciones comerciales, asegurando la buena fe y bajando costes de transacción, acotando el abuso de derecho y fraudes a normas imperativas del sistema societario que aseguran su dotación patrimonial. Obviamente ello implica también revisar las proyecciones de esas normas sobre la crisis de las sociedades y la ley de concursos n° 24522 (LCQ).”

Recuerdo que la Cám. Trabajo y Minas 4ª Nominación de Santiago del Estero, República Argentina, con fecha 15 de junio de 2005, en la causa “Salazar, Oscar E. c/ Forestal El Milagro

<sup>1</sup> Cám. Trabajo y Minas 4ª Nominación de Santiago del Estero, República Argentina, con fecha 15 de junio de 2005, en la causa “Salazar, Oscar E. c/ Florestal El Milagro SRL”, LLNOA 2005-1446.

<sup>2</sup> ZUNINO, J., “Disolución...”, op. cit., p. 286.

SRL”, LLNOA 2005-1446, sostuvo que “La suficiente capitalización de la sociedad al momento de su constitución y posteriormente, durante todo el desarrollo de la actividad empresarial es la mejor manera de evitar la insolvencia de la sociedad, atento que ésta cuenta con mecanismos para obtener la financiación interna”, y –eventualmente- la capitalización del pasivo conforme sostiene Franciso FIMMANO en “L’ allocazione efficiente dell’ impresa in crisi mediante la trasformazione dei creditori in soci”, en Revista delle società, 2010, páginas 57 y siguientes.

Una vez que se generaliza 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)...sobre lo que puede ver las consideraciones de Jesús ALFARO sobre Personalidad y desestimación, en [www.AlmacénDeDerecho](http://www.AlmacénDeDerecho).

Ante la pérdida del capital social (patrimonio neto neutro o negativo), las soluciones normativas-doctrinarias a la capitalización son múltiples<sup>3</sup>, permitiendo a los administradores emitir acciones sin autorización de los socios, con o sin prima, con derecho de rescate, generando preferencias patrimoniales que limiten sus derechos políticos, ubicándolas en una clase, y otras soluciones con las que se afrontan crisis extrajudicialmente y con gran confidencialidad. Incluso la liquidación privada, a bajo coste, importa una suerte de concurso de hecho, que no impide la petición de quiebra por algún acreedor que, sin duda, verá por ese medio menguado su derecho en el concurso, pues de haber responsabilidades podría ejercerlas individualmente. Liquidación que puede encararse con continuidad de la empresa, conforme un plan, para tratar de enajenarla privadamente. Las cláusulas o convenios de preferencia para la recompra de acciones son de validez indiscutida en el derecho comparado. La entrega a la par de obligaciones negociables convertibles puede ser una solución compatible.

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.

12. Ante anticipé, sobre el punto incursiona la nueva redacción del art. 100 LGS sobre la viabilidad económica y social de la actividad desplegada por la sociedad con causales de disolución. “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”.

Nuestro Presidente Honorario Profesor Emérito Dr. Juan Carlos PALMERO sostenía en 1995<sup>4</sup> “¿Para qué perder tiempo si no hay viabilidad económica? El diagnóstico previo fue la sabia vivificante del sistema procesal francés que le permitió decir que los procesos llevaban a la solución de los concursos. La separación del hombre de la empresa, sin que la empresa tuviera que acarrear los errores y las inconductas de sus dirigentes. Si había inconducta de los dirigentes y la empresa era viable, ¿por qué liquidar una empresa por la inconducta de los directivos?”. Pocos años antes habíamos escrito con él sobre las obligaciones convertibles en acciones como un noviciado de accionistas, para atraer originariamente a capitales financieros... fracasó –no se derogó–pero retorna en la referida ley del emprendedor.

La tutela de los acreedores ante la continuidad de la empresa en cesación de pagos, aumentando la posibilidad de pérdidas ante una prospectiva incierta, la tutela de acreedores impone pensar en la responsabilidad de los administradores<sup>5</sup> y de los socios, como se estableció por la

<sup>3</sup> FIMMANO, Francesco, “L’ allocazione efficiente dell’ impresa in crisi mediante la trasformazione dei creditori in soci”, en Revista delle società, 2010, páginas 57 y siguientes.

<sup>4</sup> PALMERO, Juan Carlos “Nuevo enfoque para empresas en crisis. Modificaciones destacables en relación a la ley 19.551. Apreciación metodológica inicial. Como entender el nuevo régimen concursal” en *Nueva legislación concursal y la participación del profesional en Ciencias Económicas. Jornadas de actualización*, Ed. Advocatus Córdoba noviembre 1995, pág. 17.

<sup>5</sup> MIOLA Massimo “Il sistema del capitale sociale e le prospettive di riforma nel diritto europeo delle società di capitali” en *Rivista*

Cámara Nacional Civil Sala 3 en fallo del 30 de agosto de 2917, aplicando la llamada “inoponibilidad de la personalidad jurídica” en el caso “Von Sanden de Klein, Rosa Cristina c/ Angelino Miguel Angel y otros sobre daños y perjuicios”, sosteniéndose “A los fines de evitar su responsabilidad personal, imputada a los accionistas demandados en los términos del artículo 54 tercer párrafo de la ley 19550, por el cumplimiento de una obligación de la sociedad, reconocida judicialmente a favor de la actora, aquellos debieron acreditar que la sociedad haya sido liquidada mediante el correspondiente proceso que regulan los artículos 101/112 de la ley 19550, lo que demuestra la falta total de capital de la sociedad, pues los accionados se encuentran en una mejor posición al tener acceso a los libros, balances, contratos con terceros, etc. es decir, toda la documentación idónea para probar que aquella realiza una actividad real, así como de que forma el acto que realizaron está enderezado a satisfacer el interés social a través del cumplimiento del objeto de la sociedad, pues nadie mejor que los socios para acreditar la realidad que perjudicó a terceros. ... La grosera ausencia patrimonial de la sociedad demandada, para hacer frente a responsabilidades patrimoniales, no hace más que trasladar estos actos en forma directa a los partícipes de la misma, pues han sido ellos que han llevado a esta situación en la cual se ha generado una carencia total del patrimonio a fin de salvaguardar, primero a la sociedad misma y luego hacia los terceros que pudieran verse afectados por los actos de ella. ... Ante la descapitalización o infracapitalización, se comparte el criterio jurisprudencia (Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, Sala F, en el caso Carballude Víctor sobre quiebra)-que adelanté en otro contexto- que la responsabilidad debe extenderse a los socios cuando la sociedad haya desaparecido sin efectuar el trámite de liquidación prevista por la legislación societaria. ...La sociedad ha sido definida como un medio técnico jurídico a través del cual una pluralidad de personas actúa como una unidad que sobrevive a los socios y que opera automáticamente. El ente goza de un régimen propio dentro del derecho común, dentro del cual debe ajustar su accionar, sin traspasar los límites que se le han impuesto. ...La diferenciación de la personalidad y de la responsabilidad es fundamental. El modo de formar la voluntad social es a través de su órgano y el hecho debe tener la necesaria registración referida a un hecho esencial de su vida institucional, lo cual requiere necesariamente la previa deliberación de los socios. ...Si bien la separación de la personalidad social y la de sus socios adquiere – en principio – en el régimen societario una individualidad jurídica independiente, esta separación no puede ser considerada una regla absoluta, pues existe la posibilidad de utilizar la figura societaria para afectar derechos de terceros.... La propia ley 19550 – reformada por la ley 22903 en su artículo 54 – recepta la teoría de la inoponibilidad jurídica, a fin de prescindir de la figura societaria adoptada....”.

Se afirma la utilidad que revisten en general “los remedios tempestivos e idóneos a la primera señal de crisis”<sup>6</sup>. Responsabilidad siempre de base subjetiva, por accionar culposo o doloso generando daño.

Los españoles desde los 80 enseñaban que la legislación societaria era preconcursal, e incluso anticoncursal, pues preveían para cubrir la cesación de pagos y la insolvencia, causales de disolución, con normas imperativas.

12.Si había alguna duda se normó ahora en el art. 150 CCC sobre la priorización de las normas imperativas del derecho societario y del Código Civil y Comercial sobre leyes especiales como la concursal.

Es congruente con las actuales disposiciones sobre disolución de sociedades de pérdida del capital social o imposibilidad patrimonial sobreviniente de cumplir el objeto. Si bien a las sociedades, y en general a las personas jurídicas privadas, se accede por una decisión voluntaria, LGS y CCC, se genera una causal de disolución: la pérdida total del capital social, o en el Código Civil “Por la conclusión de los bienes destinados a sostenerla”, imponiendo adoptar medidas para evitar el daño por el uso del instrumento técnico organizativo. Las personas jurídicas deben liquidarse antes de entrar en insolvencia.

*delle Società*, 2005-50-1199, fasc. 6. pág. 1310. ob. cit. pág. 1310. Como acción extraconcursal.

<sup>6</sup> MIOLA ob. cit.pág. 1309.

Es coherente sobre ello el art. 167 CCC en su segundo párrafo, que ya les anticipé, pero que parece conveniente seguir resaltando: *“La liquidación consiste en el cumplimiento de las obligaciones pendientes con los bienes del activo del patrimonio de la persona jurídica o su producido en dinero”*, y el último párrafo *“En caso de infracción responden 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”*.

Se observa entonces que, la responsabilidad de administradores o miembros se genera si el patrimonio es insuficiente para satisfacer las obligaciones, en identidad con el art. 99 LGS, aunque más acotado.

La continuidad del giro social cuando ha sido constatada la existencia de patrimonio neto negativo podría desencadenar la responsabilidad de los socios conforme al texto del art. 99 LGS, combinado con el referido art. 167 in fine CCC, que actúa en defecto de la indefinición o generalización que formula la primer norma.

Esta posición que he expuesto hace años, se afirma a través de la sistemática impuesta por el art. 2 Código Civil y Comercial (CCC), y los arts. 150 y 167 in fine CCC.

Reitero que la responsabilidad general de todos los socios se determina por el tipo de sociedad elegido, esa responsabilidad es siempre subsidiaria, aun cuando sea solidaria o mancomunada, a tenor de lo dispuesto por el art. 143 CCC y 56 LGS, aunque la sentencia contra la sociedad haga cosa juzgada frente a los socios. Es la responsabilidad social que surge de esa tipología de segundo grado del tipo elegido por los constituyentes de la persona jurídica. Pero hace a la teoría general de la responsabilidad incumplir las normas imperativas indicadas generando daño a los acreedores.

13. Un tema fundamental es aceptar que la responsabilidad de los socios no necesariamente se agota en esa “responsabilidad social”, pues puede generarse responsabilidad, no necesariamente a todos, conforme a los principios generales de la responsabilidad: que una conducta culposa o dolosa de alguno de ellos, antijurídica, por acción u omisión, cause un daño.

En la ley societaria se advierten numerosas normas que se apartan de la “responsabilidad social” para integrarse con un sistema de responsabilidad general, que no puede atribuirse a todos los socios sino a los que se les impute esas conductas, por ej. Arts. 19, 54, 99 LGS.

Para determinar el grado de obligatoriedad de conductas de cuyo apartamiento puede resultar responsabilidad si resulta daño, me referí a las normas que imponen conductas a administradores y particularmente socios.

Las normas imperativas del derecho societario tienden particularmente a asegurar la solvencia del patrimonio social y consecuentemente a evitar la insolvencia de la sociedad y daños a terceros por incumplimiento de sus obligaciones. Las pérdidas deben soportarlas los socios conforme el art. 1° LGS.

Se verá que el art. 12 CCC distingue orden público de normas imperativas. Respecto al primero para impedir puedan dejarse de lado, y respecto a ambos supuestos para sancionar el fraude a la ley. La distinción es superflua en cuanto a la existencia de fraude a la ley.

¿Podrían los constituyentes de una sociedad pactar en el estatuto que si la persona jurídica societaria pierde el capital social esa causal de disolución deberá ser afrontada por los acreedores? ¿Se aceptaría por los órganos de control (administrativos o judiciales) inscribirla con tal cláusula? Y si se la hubiera rechazado, eliminándola del Estatuto, podrían los socios en el momento de aprobarse un balance del que surgiera la constatación de la pérdida del capital social –sin ninguna observación contable- decidir que continuarían el giro sin reintegrar ni capitalizar por si, por terceros y acreedores, disponiendo que la sociedad sea concursada y se requiera una quita a los acreedores? Esas cláusulas generarían su nulidad absoluta al decir de Van Thienen, lo que corroboran los arts. 386/7 CCC.

Esa función de garantía constituye una línea roja, infranqueable sin asumir responsabilidad. Es que su fragilidad ha sido marcada, ampliándola al mantenimiento de la capacidad operativa de la sociedad.

La Corte Suprema de Justicia argentina avala esta visión sobre la imperatividad de las normas societarias. En fallo del 20 de octubre de 2009 formuló un *obiter dictum* al acoger planteos de arbitrariedad contra la sentencia homologatoria en el concurso de “Sociedad Comercial del Plata S.A.”, expresando: “El proceso concursal, como última ratio preventiva que procura remediar el estado de cesación de pagos, atendiendo coetáneamente la protección de la empresa y la satisfacción del derecho de los acreedores”. Al calificar al concurso como “última ratio preventiva que procura remediar el estado de cesación de pagos”, reconoce que existen otros remedios para la crisis en forma preventiva.

Vivante entiende a la pérdida del capital social como una causal de disolución que opera de pleno derecho. Aún en la causal de vencimiento del término la sociedad podría seguir operando—pero otro tema es la responsabilidad si la continuidad del giro social generará daño—. Es valiosa la clasificación entre causales imperativas y voluntarias, y en relación a las primeras las de inmediata constatación o que deben ser declaradas. Todo en vista a la sanción: la responsabilidad.

No existe plazo para remover la causal (art. 96 LGS), por reintegro o capitalización, o iniciar la liquidación, pero la responsabilidad nace en forma inmediata (art. 99 LGS), pues la obligación de resarcir está ligada a la existencia de daño. Y la referencia que hace ese art. 99 a la responsabilidad de los socios “en su caso”, interpretada por la doctrina en el sentido de imputársele a quiénes hayan intervenido en la violación de la norma imperativa, encuentra claro sustento en el art. 167 CCC<sup>7</sup>. Piénsese en la mayoría de socios que aprobó la presentación en concurso de una sociedad que hubiera perdido el capital social, en el que luego se presenta una propuesta de quita, sin adoptar las decisiones previstas en el art. 96 LGS.

Aún cuando desistan de seguir aportando porque no quieren o porque han perdido interés en el proyecto económico de la sociedad-empresa, o no tienen capacidad económica para hacerlo. La solución está prevista en LGS: pueden invitar a terceros a suscribir el aumento de capital necesario para la continuación del giro o la capitalización de las deudas, o sea que los acreedores acompañen a los accionistas no sólo en el riesgo sino en el éxito futuro del negocio (art. 197 LGS).

La CNCom, Sala F, Mayo 13 de 2014, en la causa “Víctor Carballude SRL sobre quiebra, Incidente de inoponibilidad de la personalidad jurídica”,-que ahora cito en forma más completa-consideró: “...La persona jurídica es un “recurso técnico” que permite establecer una organización autónoma con patrimonio propio y capacidad de gestión que se distingue de sus instituyentes, estructurando un esquema de simplificación de relaciones y de impermeabilidad patrimonial. ...El instituto de la inoponibilidad de la personalidad jurídica se presenta como un remedio con el que se cuenta para descorrer la personalidad de los entes asociativos, con el objeto de imputar cierta obligación o derecho a un sujeto distinto -tales como sus controlantes o socios-, si se reúnen las especiales circunstancias que enumera el párrafo tercero del artículo 54 de la ley 19550.... y ello supone tener especialmente en cuenta que la ley 19550 exige que la actuación societaria -y la de sus órganos, socios y controlantes que guarden vinculación con la gestión patrimonial- se acomode al principio general de la buena fe (cciv 1198) y al ejercicio regular de los derechos (doctrina cciv 1071).... Esta no se traduce ni en la caída del sujeto de derecho ni en el impedimento a su funcionamiento sucesivo, simplemente se dan las dos alternativas que como efecto práctico de la inoponibilidad prevé el art. 54 que son la imputación directa del obrar -responsabilidad por ende ilimitada-, y además una responsabilidad por daños y perjuicios, título distinto que está establecido por el mismo art. 54 y también la habrá cuando por vía de la desviación de la causa contractual, o como efecto empírico de la actuación posterior, se produzca el desbaratamiento del derecho de terceros....La naturaleza de la acción de inoponibilidad presenta algunas peculiaridades: (i) Es

<sup>7</sup> Art. 167 CCC “LIQUIDACION Y RESPONSABILIDAD...resuelta la liquidación u ocurrida otra causa y declarada en su caso por los miembros, la persona jurídica no puede realizar operaciones, debiendo en su liquidación concluir las pendientes... En caso de infracción responden 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.”

societaria pues se trata de una medida que tiene por objeto declarar irrelevante la diferenciación entre la personalidad del ente social y la de sus componentes (socios); (ii) Es accesoria desde que tiene sentido en tanto y en cuanto existe una actuación social encubridora, violatoria o frustratoria; y (iii) Es una acción declarativa toda vez que su finalidad se agota en la declaración. La sentencia que se obtenga será, dentro de la clásica división procesal, una sentencia declarativa o de mera declaración, cuyo objeto es la pura declaración de que ha acaecido el efecto desestimatorio de la personalidad societaria. ...No se admite, por vía de principio, la ponderación restrictiva de la solución legal prevista en el artículo 54 último párrafo de la ley 19550.... Se ha definido a la subcapitalización societaria desde dos aristas: (i) una material que se presenta cuando su capital propio no es suficiente para satisfacer, de acuerdo al tipo y dimensión de la actividad económica efectiva o propuesta, las necesidades financieras de mediano y largo plazo no susceptibles de ser normalmente cubiertas por créditos de terceros y (ii) una nominal que es aludida en los casos en que se presenta una cuestión vinculada con la sinceridad de la expresión del monto del capital e incluye, por ejemplo, la cuestión de los préstamos sustitutos de aportes -esto es, cuando la sociedad resulta dotada de los medios financieros necesarios para el desarrollo de su objeto social, pero las necesidades de fondos propios se financian con créditos provenientes de los mismos socios....Habrá infracapitalización material en el supuesto de que la sociedad carezca totalmente de medios adecuados para cumplir su objeto social. Y será meramente formal cuando exista un capital social inadecuado pero los socios o accionistas lo "maquillen" proveyendo de recursos financieros a la sociedad, tales como préstamos o constitución de reservas distintas a las legales....Como línea de principio el daño producido por una malformación de la estructura patrimonial societaria o por decisiones impuestas por socios o controlantes que la fuerzan a emprender actividades que exceden de sus posibilidades, no debe quedar excluido del ámbito de la norma del artículo 54 último párrafo de la ley 19550, aunque debe subrayarse la necesidad de extrema cautela en el juzgamiento del caso concreto.... Los elementos de juicio colectados acreditan con claridad las distintas circunstancias que justifican la aplicación a la sociedad fallida de la figura de la inoponibilidad de la personalidad jurídica, cuando de la revisión del expediente de la quiebra y de la causa laboral se desprende que: a) No se arrimaron libros contables (sin que se haya brindado siquiera una mínima razón que pudiera hipotéticamente justificar tal ausencia), lo cual permite inferir el desarraigo institucional; b) A lo largo del desarrollo del proceso se ha observado una notoria falta de cooperación de los socios de la fallida; c) La ausencia de la persona jurídica fallida en el propio domicilio legal constituido ante la Inspección General de Justicia; d) La valuación del activo arroja cero y el sujeto societario no cuenta con ningún bien registrable a su nombre, no obstante que la empresa se habría dedicado al transporte de carga y e) Únicamente se integró un 25% del capital social suscrito al momento de la constitución de la sociedad, que data del año 1991 ( que ascendía a australes 2.800.000 -hoy \$280- ) y no hay elemento de juicio que permita corroborar que a lo largo de la vida social se hubiera saldado el 75% restante....Es dable sostener que la disponibilidad del capital social es esencial para el cumplimiento del objeto, único y preciso, de la sociedad, por lo que, ligados ambos conceptos, si ésta presenta una ruptura manifiesta entre el capital y la actividad que lleva a cabo, estamos hablando entonces que la sociedad se encuentra infracapitalizada....El capital social, como está planteado en la LSC, es una cifra de retención y ello es lo que realmente constituye la garantía de terceros, por lo que si los socios o accionistas vulneran esta garantía, su responsabilidad ya no será limitada y responderán más allá del capital aportado.... La infracapitalización, en este sentido, no hace otra cosa más que trasladar los riesgos propios de la empresa hacia terceros y, por lo tanto, no se estaría llenando el presupuesto de dotación de capitales propios a la sociedad, resintiéndose el patrimonio social y la función de garantía frente a los acreedores.... Medió en consecuencia una infracapitalización agravada susceptible de quedar aprehendida como causal de declaración de inoponibilidad de la persona jurídica y ello aun cuando la cuestión pudiese ser analizada desde su perspectiva más restrictiva....”

14. Planificar, analizando la crisis y las medidas para superarla es el mínimo a requerir de la conducta de un buen hombre de negocios, administrador de sociedades, que actúa con deslealtad

si continúa operando contagiando la insolvencia, que genera la pérdida del capital social art. 94.5 LGS<sup>8</sup>. No es otro el parámetro de los art. 96<sup>9</sup> y 99 LGS<sup>10</sup>, con normas similares en el derecho comparado<sup>11</sup>.

El art. 66 LGS manda cumplir a los administradores con la obligación de "informar en la memoria sobre el estado de la sociedad". La Memoria importa una obligación de los administradores para que "los accionistas de informen adecuadamente no sólo de lo acaecido sino también de lo proyectado por la administración de la sociedad; mediante el uso de esa información, el socio se debe encontrar en condiciones de determinar la congruencia de lo actuado y lo proyectado para la consecución del objeto social, y determinar la posibilidad de acciones de responsabilidad o de impugnación (art. 251 LGS), permitiendo después juzgar si lo actuado fue en cumplimiento de lo comprometido en la memoria, ya que en virtud del principio de veracidad de ella, el apartamiento del camino comprometido permitirá una mejor apreciación sobre el ejercicio de acciones de responsabilidad por mal desempeño del cargo"<sup>12</sup>.

La omisión de la Memoria implica una violación de la ley en su art. 234 inc.1º LGS<sup>13</sup>, por cuanto comporta una falta de integración de la documentación contable obligatoria, explícitamente mencionada en la norma, por lo que "ni la votación unánime aprobando el resto de la documentación, puede purgar el vicio, resultado impugnabile desde la convocatoria a la reunión de socios... no pudiendo descomponerse en partes cumplidas e incumplidas, ni es facultad de los administradores el ejercicio de tales opciones, pues se trata de un complejo informativo necesariamente integrado"<sup>14</sup>.

15. El art. 52 ap. 4 LCQ impone que ningún juez homologará un acuerdo con ABUSO DE DERECHO Y FRAUDE A LA LEY, y en el caso de concurso de sociedad se impone determinar si no existe fraude a la ley societaria.

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

La expresión "Se considera tal el que contraría los fines del ordenamiento jurídico o el que excede los límites impuestos por la buena fe, la moral y las buenas costumbres", cuestiona todos los contra valores –en esa teoría de la bipolaridad-, apuntando a los que afectan "los fines del ordenamiento jurídico", y recoge "la buena fe, la moral y las buenas costumbres", como límites o determinantes de los principios y valores jurídicamente protegidos –conforme el art. 2º CCC-, e

<sup>8</sup> "Art. 94. Disolución: causas. La sociedad se disuelve: ... 5. Por pérdida del capital social". O sea del total del decapital estatutario. En las Sociedades por acciones ante la pérdida del 50% debe reducirse, pero no se impone como causal de disolución.

<sup>9</sup> "Art. 96. Pérdida del capitall. En el caso de pérdida del capital social, la disolución no se produce si los socios acuearden su reintegro total o parcial del mismo o su aumento".

<sup>10</sup> "Art. 99. Administradores: facultades y deberes. Los administradores, con posterioridad ... o la declaración de haberse comoprobado alguna de las causales de disolución, sólo pueden atender los asuntos urgentes y deben adoptar las medidas necesarias para iniciar la liquidación. – Responsabilidad. Cualquiere operaci{on ajena a esos fines los hace responsables ilimitada y solidariamente respecto a los terceros y los socios, sin perjuicio de la responsabilidad de éstos."

<sup>11</sup> Nto. "NOTAS EN TORNO A LA PRECONCURSALIDAD SOCIETARIA", en Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal, Editorial La Ley, RPC 20/2014, Reseña Legislativa española y comparada. Madrid 2014, págs.. 423 a 446.

<sup>12</sup> Nto. *Derecho Societario* con Orlando Muiño, pág. 274, Editorial Astrea, Buenos Aires 1997, donde remitimos a nto. "El buen hombre de negocios y el plan de empresa" en *Doctrina Societaria y Concursal Errepar*, abril 93 t. V p. 337 y ss..

<sup>13</sup> "Art. 234. Asamblea ordinaria. Corresponde a la asamblea ordinaria considerar y resolver los siguientes asuntos: 1. Balance general, estado de resultados, distribuci{on de ganancias, memoria e informe del síndico y toda otra medida relativa a la gestión de la sociedad que le comopeta resolver conforme a la ley y el estatauto o que sometan a su decision el directorio, el consejo de vigilancia o los síndicos;..."

<sup>14</sup> CARLINO, Bernardo "Genética del plan de negocios (más sobre la contribución de E.H.Richard)" en Abeledo Perrot, Newsletter 20 de marzo de 2009, sección Doctrina, pág. 31.

impone la visión bipolar de esos valores y principios. Pues existiendo duda sobre el valor positivo, muchas veces se dilucidará la cuestión al posar la atención en el contravalor negativo.

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

Esta es una verdadera revolución que impondrá que los jueces al considerar la homologación de un acuerdo con quita analicen si no existe abuso de derecho o fraude a la ley, y la quita comporta cuando menos un abuso de derecho –que aparece como un antivalor-, cuando no un fraude a la ley societaria, pues los socios han transferido su obligación de capitalizar a una quita. En vez de aumentar el activo achican el pasivo a cargo de terceros, lo que hasta les permitiría distribuir dividendos luego de un balance que acreditara el enriquecimiento patrimonial. Por eso es inaceptable la idea de que homologado un acuerdo, que nada ha dicho de las conductas precedentes, se sostenga que se ha eliminado la “antijuridicidad” flagrante en la conducta de administradores y socios, y por tanto novado en torno a las responsabilidades que habían generado por daño.

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

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

Resaltando la cuestión y transfiriendo decididamente el sistema de preconcursalidad a la legislación societaria, se ha sostenido que “Después de todo lo que se ha indicado, parece razonable pensar que la quiebra de una sociedad anónima –o limitada o comanditaria por acciones- debería convertirse en una institución residual, ya que el sistema preconcursal previsto legalmente debería ser suficiente para impedir que la sociedad llegase a ser insolvente.”<sup>15</sup>.

Intento con este análisis, que se está prolongando más de lo previsto frente a la riqueza de las preguntas y diálogos intercambiados en su decurso, insistir ante el poder judicial, llamado a ver conflictos de acreedores con sociedades por incapacidad patrimonial, que revisen las normas imperativas del derecho societario y del CCC, pues el proceso concursal no es una isla.

Gracias por ayudarme a meditar.

---

<sup>15</sup> BELTRAN SANCHEZ, Emilio “La responsabilidad por las deudas sociales de administradores de sociedades anónimas y limitadas incursas en causa de disolución”, en BOLAS ALFONSO, Juan (dir.) *La responsabilidad de los administradores de sociedades de capital*, Consejo General del Poder Judicial, Consejo General del Notariado, Madrid, 2000, p. 133, especialmente a pág. 154 parágrafo “5. Responsabilidad de los administradores por las deudas sociales e insolvencia de la sociedad”.