



ACADEMIA NACIONAL DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES DE CÓRDOBA

DERECHO CONCURSAL SOCIETARIO¹

Efraín Hugo RICHARD

Gracias a las Autoridades de la Universidad y de este Congreso, Darío nuestro Dartagnan y su equipo: misión cumplida!, y a la persistencia de los oyentes.

Vamos al hueso...en una ebullición de ideas afronto lo que se da en llamar **DERECHO CONCURSAL SOCIETARIO que atiende una realidad compleja en la crisis de sociedades. Me es indispensable poner en claro ciertos principios, para tratar el sistema normativo integrado conforme el Título preliminar del CCC y ofrecer una mirada, quizá diferente, de cómo enfrentarlos con cierta coherencia. En general se habla de deudora, sin distinguir si se trata de persona humana o sociedad, que es a lo que me referiré.**

Serán distintas las tutelas si la intención es proteger la estructura societaria original, bajo un supuesto interés social, o lo es conservar la empresa –como sostiene el Presidente del Congreso y la mayoría; y también determinar a cargo de quién deben quedar las pérdidas. Parto del comportamiento natural de administradores diligentes conforme el art. 1725 CCC, que debe ser siempre en favor de la actividad empresarial, y parto también de la buena fe de los socios. Lo hemos discutido en estos días, donde he aprendido.

¹ Desgrabación del discurso en el panen del Congreso Iberoamericano de Derecho de la Insolvencia, Universidad Nacional del Sur Bahía Blanca, 20 de octubre de 2021, de 30' compartido con Cristina Osso, Héctor Alegría y Marcelo Gebhardt.

Siempre sostuve que el sistema jurídico tiene buenas soluciones para afrontar las crisis ex ante, una suerte de preconcursalidad como presentamos con Carlota Palazzo, con previsiones no judiciales, no ajeno a los planes que alentaron Ana Belen Campuzano y Gustavo Ruz en sus disertaciones de apertura, para la eficiencia en reorganizaciones. En nuestro derecho la contabilidad para mantener una información interna preventiva, con la Memoria que impone un juicio sobre la misma y el futuro, el concurso oportuno que motivó que Maffia resaltara mi obsesión por preservar la empresa y el rol de la administración –punto que el lunes han destacado Barreiro y Lorente-, el engarce de la detección de las causales de disolución, que no implican iniciar la etapa de liquidación, ni dan plazo para solucionarlas, pero abren ex post, al decir de Yadarola, la responsabilidad subsidiaria solidaria de administradores y algunos socios si deviniera daño, por lo que debemos ilustrarlos para evitarles tal responsabilidad.

Pero cierta doctrina, mirando centralmente la Ley 24522, pide más plata fresca tanto al concursarse como para el período de cumplimiento, propicia el enriquecimiento de la sociedad y, obviamente, de los socios con quitas confiscatorias y esperas absurdas, niega presentar un plan de negocios o el análisis de viabilidad por la turbulencia del mercado, incluso reclamando la renegociación de la propuesta homologada pero solo por la deudora y no por acreedores si soplaran buenos vientos. Tan afectados ven los jueces a algunos acreedores hipervulnerables por los acuerdos, que les otorgan privilegios generando conflictos entre acreedores, cuando deberían pensar, como Silvana García y no de lege ferenda, en responsabilidad de socios y administradores, responsabilidad de la que huyen, pues se afectaría el negocio del concurso. Se desnaturaliza la función de actuar ante la mera cesación de pagos y se desconoce por administradores y socios las previsiones imperativas de la ley de sociedades.

No dudo que el bien jurídico a tutelar es eliminar el contravalor de la cesación de pagos, mucho antes de la insolvencia, con el objetivo de la conservación de la empresa, como sostenían Yadarola y Cámara, no necesariamente de la posición de socios. Duprat ha

categorizado el rol de los administradores incluso en la crisis, la business judgement rule. Hoy todos la declaman, pero las actuaciones judiciales en tal sentido no son claras.

A su vez conservarla viable –que es la única tutelable-, absolviendo el estado de crisis, evitando que se instale al avizorarla, conforme recomendaciones de la 45ª Sesión de Trabajo de UNICITRAL de 2.014, leo: *“El objetivo de la presente es garantizar que las empresas viables con dificultades financieras, puedan reestructurarse en una fase temprana con el fin de prevenir la insolvencia”*. Estos son objetivos unánimes del Banco Mundial, las Directivas Europeas, como lo previmos en 2012 con Manóvil y Roitman, para resguardar la viabilidad.

Se trata de adelantarse a la cesación de pagos, evitar la infrapatrimonialización o que los socios transfieran el riesgo a los acreedores, con soluciones abusivas, al decir de la Fiscal General Gabriela Boquin, que ha reiterado en este Congreso, y de casos de jurisprudencia.

Bajo esa óptica les propongo bucear sobre el sistema societario de crisis, y su congruencia con el concursal. El derecho de la insolvencia no es una isla, Truffat expresó: *“La pérdida de autosuficiencia del Derecho Concursal y su necesaria integración no solo con normas supra legales, sino con el derecho positivo clásico. Claramente con las normas directrices del derecho civil. En el área concursal los jueces se encargaron de remarcar que no es una isla”*. El lunes lo sostuvo la camarista Cristina de Cesaris.

En una rápida incursión al derecho de crisis actual, sin divagar sobre derecho comparado, advierto que disponemos de normas excelentes, pero ejercitamos una práctica ineficiente. Es una como remake de mis ideas, que datan de 20 años, y continuo repitiendo como una catilinaria *“Cartago delenda est”*.

Enfrentamos la cuestión con Juan Carlos Veiga sobre costumbres *contra legem* en procesos concursales, antes del advenimiento del CCC y de su art. 150 que fija la primacía de normas. En la misma línea de libertad sin dañar, en el caso Interindumentaria SRL el 4.2.2020 el voto de Pablo Heredia marcó la

infrapatrimonialización como factor de imputación del daño: el déficit liquidatorio, que apareció en el caso “Birlen” responsabilizando “a los socios o controlantes que la hicieron posible, quienes responderán solidaria e ilimitadamente por los perjuicios causados”.

La quita esta excluida de las opciones imperativas que otorga a los socios el art. 96 LGS ante la infrapatrimonialización. Esas opciones son reintegrar el patrimonio, capitalizar por diversos medios o liquidar. Ninguna opción implica la judicialización.

Leo textual: se incentiva “la puesta en marcha de mecanismos encaminados tanto a prevenir o superar la situación de insolvencia, eludiendo, en la medida de lo posible, la declaración de concurso (conocidos como institutos preconcursales). Precisamente la previsión en nuestra LC de capitalización de créditos, en su terminología anglosajona *debt equity swap*, como posible integrante de los acuerdos preconcursales. Este expreso reconocimiento en la normativa, en los términos previstos actualmente alguna *atención impone dar* a requisitos que, desde un punto de vista societario, ha de revestir el acuerdo de aumento de capital. Pero yendo más allá también se introdujo el controvertido régimen de responsabilidad de los socios del deudor, que puede resultar en su condena a la cobertura, del déficit concursal resultante de la liquidación”.

No es mío, corresponde a la española Ascensión Gallegos Córcoles en su libro de 2019 “La capitalización de créditos mediante aumento del capital social”. Esa capitalización la impone la ley argentina de sociedades desde el año 72 y la concordancia se mantuvo en las leyes 19551 –contemporánea a la de sociedades- y 24522 de hace 26 años.

Sigue en su apología la colega española “la intención de nuestro legislador es impulsar, casi a toda costa, la capitalización tanto en sede concursal como preconcursal, ya que se ha mostrado idónea como medida de saneamiento financiero, especialmente para la superación de crisis empresariales. En efecto, además de producirse un incremento del patrimonio neto, evitando caer en una situación de disolución por pérdidas, genera un incremento de liquidez, reduce

costos financieros derivados de la satisfacción de los créditos y mejora la *ratio* de endeudamiento, por cuanto le permite, aplicar para otros fines fondos que habría de destinar al pago de las deudas que se extinguen por la capitalización. A su vez ello se sitúa en la base de las expectativas de beneficios para los socios”.

¿Hay alguna duda de identidad con nuestro sistema? Sigo leyendo “Mencionable, es la eventual responsabilidad del socio a cubrir total o parcialmente el déficit concursal en caso de rechazar la capitalización, su previsión pone de manifiesto cómo el legislador busca fomentar las capitalizaciones por la vía en este caso de *disuadir* al socio de votar en contra ante la *amenaza* de responsabilidad.”

Los he sorprendido con esta transcripción, que apuntala mi posición minoritaria. Sigue la española, que dedico a Martin Stolkiner “también es posible que surja un auténtico mercado de créditos que lleve a la adquisición derivativa de éstos por parte de quien persigue a través de ello rentabilizar dicha adquisición una vez restablecida la viabilidad económica de la sociedad”. No hay duda que acreedores podrían obtener algo más que sus menguados créditos por quitas y esperas, en ese mercado, por la viabilidad lograda, quizá por lo previsto en la capitalización como hemos sugerido con Fushimi.

Analizando esa posición, que tiende al abordaje extrajudicial de las crisis societarias y el análisis de viabilidad, recuerdo al art. 125-1 y 2 LC pergeñado en 1983 por Héctor Alegría, a quién van a escuchar enseguida, incorporando esos acuerdos, que profesionalmente use con éxito. Luego, en este siglo, las prácticas sajonas, relevadas por Juana Pulgar tendían a las mismas soluciones, las que Karsten Schmidt tituló como exitosas por lo confidenciales y eficaces.

En minutos les propongo revisar la normativa. Como anticipé, además de la periodicidad contable, la Memoria impone el análisis de la prospectiva del año ya en curso, si sólo hay cesación de pagos, o sea activos corrientes insuficientes, sólo es necesaria la espera en el concurso o lograda con la renegociación prevista en art. 1011 CCC. Pero si hay patrimonio negativo o infrapatrimonialización, se

presentan las opciones imperativas indicadas en el referido art. 96 sobre capitalización. No fija plazos para adoptarlas, pero genera, ante daños, la responsabilidad del art. 99 LGS de administradores y socios “en su caso”, expresión a la que los arts. 150 y 167 in fine CCC dan contenido indicando ante el defecto que se trata de los socios de control, por acción u omisión, generando una clara línea roja que delimita la diligencia de administradores y de ese grupo de control. Claro está que no todos los socios serán responsables. El socio inversor puede dormir tranquilo. No así los que componen ese grupo. Yadarola sostenía que si no hay soluciones ex ante en la vida interna de la sociedad, si se produce daño las soluciones son ex post la vía reparatoria, y Gagliardo aseguraba tres vías de responsabilizar. Ninguna acción de responsabilidad queda impedida por el concurso preventivo, y en la quiebra se abre otra vía además de las que autoriza la LGS o el CCC, obviamente dirigida a sujetos no concursados.

Diana Rivera apuntó a la reforma de la ley societaria colombiana sustituyendo la causal de pérdida del 50% del capital por la hipótesis de negocio en marcha al final del ejercicio, pero unido a la obligación de administradores de convocar a socios ante deterioros patrimoniales o riesgos de insolvencia. Es a la postre el análisis de la viabilidad. La función de garantía del capital social está hoy diluida, incluso la de productividad, apareciendo más nítidas la situación de infrapatrimonialización y muy particularmente la viabilidad. Es la función de garantía del patrimonio.

Cuando se afronta de buena fe la renegociación del art. 1011 CCC, incluso pensando alcanzar un acuerdo preventivo extrajudicial, puede darse validez a cada acuerdo conforme el art. 71 in fine LCQ, que podrían unirse a *smartcontracts* para asegurarlos. Hasta es posible que con los acuerdos logrados sea viable la continuidad empresarial y recompuesta la funcionalidad.

Sobre la base de la capitalización, que es de equidad y aceptada por normas imperativas, que mantiene equilibrio entre socios y acreedores que se incorporen, con Fushimi hemos ofrecido un sinnúmero de herramientas que pueden equilibrar intereses y asegurar la conservación de la empresa, que no significa ni la

conservación de los socios ni de la misma sociedad. Las soluciones son múltiples, como las clases de acciones, las primas, los negocios en participación, obligaciones convertibles, el *cash pooling* en el grupo de sociedades, y ciertas modalidades de préstamos previstos en el art. 1531 CCC.

Las soluciones societarias permiten integrar socios interesados en el plan de negocios, en refloatar la actividad, compartiendo con los originales socios. Bajo el principio de buena fe del art. 9 CCC, Truffat escribió “Con respecto a la propuesta concordataria, extraigo tres consecuencias básicas, en tanto 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 denomina “*el esfuerzo compartido*”. Es literalmente inmoral que la solución concordataria devuelva, a los accionistas de la concursada, una empresa revitalizada y que todo el daño emergente de la cesación de pagos recaiga en exclusiva en acreedores del sujeto así salvado. Esa posibilidad importaría consagrar el enriquecimiento incausado”. Esta visión implica cuanto menos un cuestionamiento frontal a la propuesta de quita.

Rescato la función del sistema concursal como escudo protector ante la cesación de pagos, actuando preventivamente ante esa invocación, incluso sin probarla, lamentablemente usado tardíamente ante la infrapatrimonialización y con el objetivo de transferir el riesgo y el daño a los acreedores.

La prevención del daño podría asumirse por un escudo no concursal si administradores y socios no adoptaran las alternativas que imperativamente marca la LGS, permitiendo que los mismos administradores -si socios lo bloquearan-, o socios de minoría o los síndicos, para evitar responsabilidad, promovieran la acción que consagra el Art. 1712 CCC para asumir las opciones previstas en el art. 96 LGS. También lo podría intentar la propia sociedad que este gestionando acuerdos -privados, conforme el art.1011 CCC o art. 71 LCQ sin llegar al acuerdo preventivo extraconcursal-, para asegurar su viabilidad ante el bloqueo de AFIP o de cuenta corriente bancaria, conforme al Art. 1713, requiriendo al juez un plazo protector devolviendo el uso de cta. Cte., la Cuit de AFIP y servicios, por un

plazo breve que permitiera concluir esa negociación privada. Es la idea de los Ton expuesta el lunes. Nagel ayer planteó esa visión.

Encontremos una salida. Los derechos creditorios son derechos patrimoniales y, por ello disponibles. Nada impide que un acreedor informado pueda voluntariamente conceder quita. El problema son los acreedores arrastrados por la decisión de acreedores en aparente mayoría. Sobre maniobras que se generan con ese objetivo deben leerse las manifestaciones *obiter dictum* de Kölliker Frers “la realidad cotidiana de nuestros tribunales demuestra que los ‘verdaderos acreedores permanecen ajenos al trámite”, o la imperdible presentación de Martorell, como Director de un Tratado que constituye una autopsia de prácticas concursales, recurriendo a Cámara: *El principio de conservación de la empresa no constituye una patente de corso para la gestión empresarial* los APE fueron utilizados para convalidar verdaderos despojos”. También la posición de Juan Anich en el II Iberoamericano en La Cumbre año 2000. Todo se agravó con la reforma de la universalidad del art. 21 en 2006 como señaló recién Verónica Martínez.

En Cesación de pagos, imponer una quita a acreedores implica que la sociedad obtenga una ganancia extraordinaria, sin haber sufrido pérdida previa. Es toda ganancia para la sociedad y por ende de socios. Si hay infrapatrimonialización la pretensión de imponer quitas revela un incumplimiento de los administradores –y socios- a las previsiones imperativas de la LGS y del CCC, en cuanto a presentar la contabilidad o a la obligación de capitalizar o liquidar bajo riesgo de responsabilidad, e impeditivos de la homologación de un acuerdo por fraude a la ley. El requerimiento informativo lo acabamos de ver en el caso Vicentin S.A.-. La cuestión no es menor, por cuanto se plantea una situación que Gebhardt –que me seguirá en este panel- desde 2009 denominó “asimetría informativa”.

No estamos hablando de fraude como sinónimo de estafa, sino de la estrategia de “utilizar la apariencia de una ley con el objeto de eludir una prohibición legal o de causar un daño a terceros”, como expresa la Fiscal Boquin en Vial 3 SA, agregando: “y así habría impuesto unilateralmente quitas y esperas a sus acreedores con fraude”.

La realidad nacional va por el lado de quitas confiscatorias y esperas con desvalorización de créditos.

Lo señalamos: la capitalización genera ventaja para la sociedad pues además de evitar el pago de impuesto a las ganancias por quitas, libera a los fiadores que la hayan apoyado en la etapa preconcursal. A su vez sería un adecuado refugio para quiénes han financiado a la sociedad, y no pudieran gozar de la preeductibilidad al que aspira cierta doctrina. Además la capitalización descarta una posterior renegociación del acuerdo pues hay una aventura común.

Remarco, ilegal es imponer quita por mayoría. La cuestión puede encuadrarse legalmente –existiendo información- otorgando en la propuesta opciones a los acreedores que no expresaron su aceptación o la negaron, siendo una de ellas la capitalización. Los riesgos de la actividad societaria no pueden ser transferidos por los socios a acreedores como sostenía Lorenzo Stanghellini en 2004, señalándolos como socios sin derechos. El informe Winter señala ante la crisis de las PH el riesgo es de los acreedores, pero en el de las PJ es de los socios.

Karsten Schmidt exponía “En la mayoría de los países del mundo muchas de nuestras cuestiones de responsabilidad son tratadas como elementos del Derecho Concursal. En Alemania, donde prevalecen los pensamientos sistemáticos en el Derecho, la tendencia hasta ahora era la contraria: la mayoría de nuestras cuestiones actuales de responsabilidad son clasificadas como elementos del Derecho Societario.

Cristina Osso, remarco la esforzada labor de la sindicatura, y te acoto algo para la labor del Síndico en estos procesos conforme art. 39 ap. 7 LCQ que “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”. Esto debe conectarse con lo explicitado. La cuestión supera determinar meramente si desembolsaron lo comprometido en el acto constitutivo o en la decisión de aumentarlo, sino también si era necesario aumentarlo para el normal desenvolvimiento de la sociedad y no perjudicar a terceros con una sociedad infrapatrimonializada, y no lo hicieron.

La no homologación de las propuestas cuestionadas no debe afectar la conservación de la empresa, no declarando la quiebra y abriendo el proceso del art. 48 LCQ, con el deudor en posesión y posibilidad de competir nuevamente en lograr la aquiescencia de los acreedores –y del Juez- dentro del marco legal.

Última reflexión: La viabilidad no sólo es un requisito organizacional sino una exigencia jurídica –art. 100 LGS-, también contenida en la LCQ, aunque desoída, pese a que debe aceptarse esa manifestación de los órganos societarios, asumiendo responsabilidad. Disensos cordiales se revelan gracias a la generosidad del distinguido Darío Graziabile en los ensayos que compartiéramos en dos de sus libros colectivos.

La perspectiva que recomiendo, que comparto con muchos juristas y economistas, es similar a la Directiva Europea 2019/1023, que conlleva evitar la judicialidad, porque entiende que la mayoría de situaciones se superara con herramientas jurídicas disponibles: *Al mismo tiempo, las empresas no viables sin perspectivas de supervivencia deberían liquidarse lo antes posible.*

Cierro. Distinguidos interlocutores, perdonen mi desorden en esta ebullición de ideas, no pretendo que las compartan, pero sí que reflexionen sobre prácticas opinables y el análisis del sistema normativo, apoyando la labor jurisdiccional. Abogo por el regreso al viejo corazón del derecho comercial, a la ética de los negocios y a la inmediatez en la solución de conflictos, que es hoy lo más alejado de la realidad, por el incumplimiento planificado que cunde, aprovechando la ineficiencia del sistema judicial –que nada tiene que ver con la honradez y capacidad de los jueces, que en Córdoba son especializados en sociedades y concursos, como pergeñamos con Quintana Ferreyra y Salomón Roitman padre de Horacio-

Las sociedades son un instrumento maravilloso para la organización empresarial y desarrollo productivo, no para que hagan negocio los socios. Con el respeto a la disidencia les agradezco la atención y les invito a que en octubre de 2022 sigamos pensando en Córdoba, bajo el palio de la Universidad y

la Academia en un nuevo Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa bajo el lema “Libertad bajo responsabilidad”. Y en 2030 en otro Iberoamericano de la Insolvencia. Muchas gracias.

Ah y el cálculo del 52.2.IV LCQ es impertinente en el concurso de sociedades, pues si hay déficit concursal lo deberán cubrir administradores y socios conforme el art. 99 LGS y la jurisprudencia. Y una información a los jueces, los profesionales conocen perfectamente el máximo que acepta cada Juzgado como quita y espera, para evaluar la magnitud de los beneficios que la sociedad concursada puede lograr... incluso eso ha generado al fórum shopping...