



ACADEMIA NACIONAL DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES DE CÓRDOBA

“UN DERECHO SOCIETARIO CON LIBERTAD PERO CON RESPONSABILIDAD”¹

Efraín Hugo RICHARD²

Luis Ubilla, gracias por la invitación, siempre placentero estar con los hermanos chilenos, aunque sea en forma virtual. Se me sugirió desarrollar este tema, pero advierto que la trama posterior es de derecho concursal. Por lo que de inmediato ajusto mi información, que no constituye una conferencia sino un conversatorio conforme mi situación profesional de jubilado, manteniendo mi actividad académica, por lo que intento una visión muy especial para ustedes. Y pido disculpas si en algunas ideas soy reiterativo para afirmarlas en torno a un poco trabajado derecho societario de crisis. Hace dos años estuvimos reunidos en Viña del Mar en el Congreso Anual del Instituto Iberoamericano de Derecho Concursal, del que soy coordinador de su Consejo Académico.

Nuestra ley de sociedades en su raíz data del año 72, con algunas reformas en el año 83 y la última del 2015, junto con la vigencia del nuevo Código Civil y Comercial –CCC-. Coexisten leyes de sociedades del estado, de economía mixta, cooperativas, y posterior a la última reforma, la incorporación de la Sociedad por acciones simplificada dentro de la ley 27349 de 2017. La ley de concursos data de 1996 con retoques en la década del 2000.

Las sociedades tienen personalidad desde su constitución, erga omnes si están inscriptas, y sujetas a prueba, por los socios o por terceros, en el caso de la sociedad simple incorporada en el año 2015, que engloba a la sociedad atípica, irregular, civil, de hecho y cualquier otra que tipifique una relación societaria. La notificación al tercero de su actuación, la Clave impositiva o la apertura de cuenta bancaria es la forma sencilla de acreditar la personalidad.

El CCC regula los contratos asociativos que no constituyen PJ, sino modalidades de colaboración interempresaria.

Una funcionalidad bastante libre, y particulares normas imperativas en torno a evitar el daño, con acciones de responsabilidad de terceros o de socios, incluso de inoponibilidad de la personalidad jurídica o descorrimiento del velo, una peculiar regulación por la sociedad de actividad ilícita disponiendo su liquidación, con responsabilidad si hubiera déficit y extinción de dominio para el Estado de los sobrantes. Superan a las normas de responsabilidad penal de las PJ, y a los proyectos de extinción de dominio.

Y esto me introduce en las normas de previsión de la cesación de pagos, constituida por la falta de recursos corrientes para satisfacer obligaciones exigibles, o de la INSOLVENCIA, catalogada como pérdida del capital social, pero mejor como infrapatrimonialización o sea patrimonio activo inferior al pasivo... La cesación de pagos es el requisito objetivo para la apertura de un concurso y las dificultades económicas y

¹ Intervención en el curso internacional organizado por la Universidad de la Santísima Concepción de Chile, el 26 de octubre de 2021.

² Profesor Emérito de la Universidad Nacional de Córdoba, Miembro de Número de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba y Director de su Instituto de la Empresa www.acaderc.org.ar

financieras generales para un acuerdo preventivo extrajudicial, siempre en forma temprana, lo que nunca ocurre...

Dentro de la LGS debo referirme a las causales de disolución por imposibilidad sobreviniente de cumplimiento del objeto social, particularizo de carácter económico o patrimonial, y la pérdida del capital social...

Las mismas deberían ser detectadas en el balance anual y anticipatoriamente en la Memoria conforme expresa disposición legal.

El efecto de constatar no impone plazos de resolución, pero si marcan las formas de hacerlo y la posibilidad de que nazcan acciones de responsabilidad de generarse daño.

El Art. 96 da opciones imperativas: el reintegro del capital social, la capitalización por socios, terceros o de pasivos, o iniciar la etapa de liquidación. Que no tienen plazo alguno ni de iniciar ningún trámite. Pero el Art. 99 supone que el órgano de administración debe limitar ante tales causales su actividad, debiera convocar al órgano de gobierno para que adoptara alguna de esas medidas y caso contrario responder solidaria, pero subsidiariamente agrego, los administradores y los socios en su caso, que explicaré mejor.

O sea que la solución es intra societaria. Pero en la práctica concursal se desconoce este régimen... y se acepta rutinariamente que las pérdidas, que conforme art. 1 LGS deben ser soportadas por los socios, se traslade a los acreedores, generando una ganancia repartible para los socios, un verdadero enriquecimiento sin causa. Claro que ello esta condicionado a la aprobación por la mayoría de acreedores que representen los dos tercios de capital, pero sólo de los verificados y declarados admisibles, y ahí la trampa... Los tratadistas Anich y Martorell, y el camarista Kolliker Frers han señalado las maniobras para fácilmente lograr esas mayorías. La camarista Julia Villanueva en el caso Mandalunis ha puesto claridad en el negocio de cesión o subrogación de créditos post verificación por el efecto relativo de los contratos. Todo un panorama de lo que Provinciali señaló como "cio que segna el confine tra fisiología e patología nella vita del patrimonio".

Vamos al hueso...en una ebullición de ideas afronto en temas de responsabilidad empresarial que lo podría 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 que incluye referencias a la buena fe, al abuso de derecho y al fraude a la ley, y ofrecer una mirada, quizá diferente de las prácticas argentinas, de cómo enfrentarlos con cierta coherencia. En general se habla de deudora, sin distinguir si se trata de persona jurídica 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 la mayoría; y también determinar a cargo de quién deben quedar las pérdidas.

Siempre sostuve que el sistema jurídico tiene buenas soluciones para afrontar las crisis ex ante, una suerte de preconcursalidad, con previsiones no judiciales, no ajeno a los planes que se alientan para la eficiencia en reorganizaciones, como la del Hotel Conrad. 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, 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 Mauricio Yadarola, faro de la

Escuela Comercialista de Córdoba, la responsabilidad subsidiaria solidaria de administradores y algunos socios si deviniera daño, por lo que debemos ilustrarlos para evitarles tal responsabilidad.

Vuelvo a lo concursal... cierta doctrina, mirando centralmente la Ley 24522 –LCQ-, intenta se le asegure 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, y de lege lata, 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. Esa visión es por considerar a la ley de concursos una ley especial de orden público y no integrarla al sistema normativo.

No dudo que el bien jurídico a tutelar es eliminar el contravalor de la cesación de pagos, de la crisis 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. Hoy debe tenerse en cuenta el especial rol de los administradores incluso en la crisis, la *business judgement rule*, que todos declaman, pero las actuaciones judiciales en tal sentido no son claras.

A su vez conservar la 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 UNCITRAL 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, conforme la posición de la Fiscal General en lo Comercial Gabriela Boquin, y de casos de jurisprudencia.

Bajo esa óptica 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”*.

En rápida incursión, sin divagar sobre derecho comparado, señalo que disponemos de normas excelentes, pero ejercitamos una práctica ineficiente.

Enfrentamos la cuestión con el Profesor Emérito de la Universidad Nacional de Tucumán Dr. Juan Carlos Veiga sobre costumbres *contra legem* en procesos concursales, hace quince años, 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 del camarista Prof. Pablo Heredia marcó la infrapatrimonialización como factor de imputación del daño: el déficit en la liquidación, 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”. El caso Von Sanden es otro de los que en los últimos tiempos han conmocionado el análisis.

La quita –una de las tantas opciones no obligatorias que refiere en forma abierta el art. 43 LCQ- está excluida de las opciones imperativas que otorga a los socios el art. 96 LGS ante la infrapatrimonialización. Ya las anticipé, 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, pero coincide con mi viejo pregonar. 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 el sistema argentino? 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 “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.

Analizando esa posición, las prácticas sajonas, relevadas por Juana Pulgar tendían a las mismas soluciones, las que Karsten Schmidt tituló como exitosas por lo confidenciales y eficaces. Así me gané la vida...

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 línea roja que delimita la diligencia de administradores y del grupo de control. Claro 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 por la vía de la reparación del daño, y Gagliardo aseguraba tres vías de responsabilizar: las generales de la responsabilidad civil por daño, las previsiones especiales de la ley societaria, y si hubiera quiebra las previsiones de la ley específica. La apertura del concurso no altera la funcionalidad de las sociedades. 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.

La colombiana Diana Rivera me enseñó sobre 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.

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, y he 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 reflotar 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. Se viene analizando esta nueva vía, que aun no se ha utilizado en procesos de crisis.

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. Todo se agravó con la reforma de la universalidad del art. 21 en 2006.

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 impositivos de la homologación de un acuerdo por fraude a la ley. El requerimiento informativo lo acabamos de ver en el conmovedor caso Vicentin S.A. que conmueve al país por su envergadura y las soluciones pretorianas que correctamente impone el Juez. La cuestión no es menor, por cuanto se plantea una situación que Gebhardt 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. De las que incluso ha resultado que los socios a pocos meses de generado la contracción del pasivo, de llorar la crisis de empresa hayan pasado a distribuir millonarios dividendos previo pago del 35% a la AFIP.

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 quienes 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.

Es de destacar la esforzada labor de la sindicatura, a cargo de contadores sorteados, y 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.

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. Perdonen mi desorden en esta ebullición de ideas, no son unánimes, quizá minoritaria 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 en los setenta.

Cada una de las cuestiones puede motivar preguntas, desde hace años en Chile y Argentina tratamos de presentar sistemas integrados, lógicos, vinculados a valores y derechos defendidos por normas imperativas. Los caminos no son paralelos, pero creo que los valores u objetivos son los mismos eliminar la crisis y permitir la reactivación empresarial, con conservación de la generación de riqueza y puestos de trabajo. Y asegurar la más rápida liquidación o cambio de mano de las estructuras inviables en las actuales manos. Nunca la transferencia del riesgo y de las pérdidas a los acreedores...

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 Derecho de la Insolvencia.