

El equilibrio en la legislación societaria y concursal uruguaya: la preconcursalidad extrajudicial

Efraín Hugo RICHARD¹

I – EL HOMENAJE. II – SOBRE LA EMPRESA. III – METODOLOGÍA: LA INTEGRACIÓN DEL DERECHO. IV – LA EFICIENCIA. EL CAPITAL SOCIAL Y SU FUNCIÓN DE GARANTÍA. V – LA EMPRESA EFICIENTE. CESACIÓN DE PAGOS E INSOLVENCIA. VI - LA COHERENCIA DE LA LEGISLACION SOCIETARIA Y CONCURSAL. VII – UNA VISIÓN SISTÉMICA. VIII – UNA REVISIÓN DEL TEMA. IX – PARA INTEGRARNOS CON EL MAESTRO URUGUAYO.

I - EL HOMENAJE.

Siegbert Rippe es un jurista especializado en la temática empresarial, que impone una visión global de la actividad económica, no sólo privada sino pública, en orden a la inserción de la misma en el desarrollo social. Investigador, catedrático, profesional de fuste y consultor en las reformas legislativas merece un homenaje fundado en su propia obra.

Una larga vinculación y esa vocación común nos han unido en la lejanía de nuestros distintos ámbitos de desarrollo, y en los periódicos encuentros en Congresos, desarrollados como escenario de las preocupaciones compartidas en diálogo constructivo.

Analista reposado, metódicamente impecable en el debate, las intervenciones del jurista que homenajeamos ha enriquecido siempre cuestiones problemáticas.

Para honrar su pensamiento y motivar el análisis, queremos formalizar desde su apreciación sobre la empresa los logros alcanzados en la congruencia de dos de sus realizaciones en relación a la crisis de la misma. Nos referimos a su participación en la gestación de dos leyes fundamentales – aunque no únicas- en la organización empresaria: las leyes de sociedades² y de concursos³ de la República Oriental del Uruguay, para resaltar la coherencia de soluciones ante la crisis de las empresas organizadas societariamente, como visión de las relaciones de organización⁴.

II – SOBRE LA EMPRESA.

1. Siempre ha sido una preocupación la conservación de la empresa, compartida con el distinguido jurista al que honramos⁵.

2.Lo parafraseamos: *“Las reflexiones que siguen surgen de la inquietud por la situación de los países de la región, sus problemas estructurales y coyunturales, las desigualdades económicas y sociales que de ellos se derivan y las carencias y limitaciones que se tienen para su práctica e inmediata superación y solución. – Entiendo que este tipo de problemas sólo podrán resolverse con base en el desarrollo económico y social y para dicho desarrollo, se requiere empresas que actúen en forma coherente y comprometida con la realidad viviente e inserta en las necesidades y demandas del proceso mismo. – El desarrollo requiere un conjunto de normas jurídicas que bajo criterios*

¹ Profesor Emérito de la Universidad Nacional de Córdoba y Director del Instituto de la Empresa de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba. Otros trabajos en www.acaderc.org.ar Con gusto recibiremos observaciones en richardefrainhugo@gmail.com

² Ley n° 16.060 del 5 de septiembre de 1989.

³ Ley de “Enmiendas judiciales” del año 2001 que creó los juzgados de concursos y estableció una regulación de esos procesos, n° 18.837 de concursos y reorganización empresaria.

⁴ Nto. *Las Relaciones de Organización – El Sistema Jurídico del Derecho Privado*, Ed. Advocatus, 2ª edición, Córdoba 2002.

⁵ Siegbert RIPPE “ALTERNATIVAS PARA LA REORGANIZACIÓN DE EMPRESAS COOPERATIVAS” en *Ensayos de Derecho Empresario* tomo II pág. 29, Córdoba, Ed. Fespresa, 2007, de nuestra Dirección, donde también escribimos “En torno a la conservación de la empresa”, pág. 41, en esa confluencia de preocupaciones.

*unitarios, comunes y generales conciben, orienten, promuevan y regulen dicho desarrollo en el contexto de una política definida para tales fines, y requiere también empresas preparadas para participar en el proceso de desarrollo, en el marco de un ordenamiento específico, que es el que se ha dado en llamar derecho económico, derecho de la economía, derecho del desarrollo”*⁶.

Y estos principios lo guiaron.

3. El abordaje jurídico de ciertos temas suele estar teñido de ideologías y preconcepciones. Es muy difícil apartarse de ellos y, las normas, suelen ser concebidas en ese marco, y su interpretación adecuarse a las corrientes políticas y sociológicas del momento de aplicación.

Faltan políticas públicas consolidadas y aceptadas por todas las instituciones políticas y sociales en torno a la actividad empresarial.

La cuestión debería enlazar en Políticas de Estado, ajenas a posiciones dogmáticas y políticas temporarias, constituyendo objetivos estratégicos del desarrollo nacional y del bienestar social. En ese aspecto un tema ambicioso y no ajeno a objetivos nacionales es la conservación de la empresa⁷ y de los puestos de trabajo. La empresa viable es la única que merece conservarse, sea por disposiciones concursales, pre concursales o extra concursales⁸.

4. El objetivo del sistema jurídico es asegurar que una técnica jurídica de organización, como es la sociedad, disponible a la autonomía de la voluntad, no se convierta en un instrumento dañoso, y sirva para organizar, sostener y desarrollar una empresa (forma de darse el objeto social en las sociedades).

Es un desafío asegurar la viabilidad de las mismas, con pleno empleo, con inclusión social, sin afectar competitividad ni dañar el mercado.

5. Ciertas políticas pueden implicar mantener a la empresa no viable. En muchos casos ello es sinónimo de protección al empresario incapaz o fraudulento, como lo señalaba Franceschelli⁹, evitando maniobras artificiosas, aquello que Provinciali¹⁰ señaló como “*ció que segna el confine tra fisiología e patologia nella vita del patrimonio*”. Los empresarios protagonizan “*una exigencia cada vez más extensa y apremiante (...) de condiciones de favor, de inmunidad respecto del derecho común, reclamados como incentivos a la actividad productiva*”¹¹.

Un problema central en esas “empresas preparadas” para el desarrollo, es su viabilidad, la generación de empleo, alejadas de crisis internas por la capacidad de gestión de sus propietarios y administradores.

En torno al interés público sobre la conservación de la empresa, debemos apuntar que a la comunidad, al país, a los trabajadores, a la economía en general, es indistinto quiénes sean los titulares del capital social. No puede aceptarse que se enriquezcan quiénes se marginaron del sistema privado societario para solucionar el problema, eventualmente asumiendo tempestivamente un recurso concursal o pre concursal, imponiéndose el esfuerzo compartido en salvaguarda de la

⁶ Siegbert RIPPE, “La función de la empresa en el desarrollo económico y social” en libro colectivo *Derechos Patrimoniales. Estudios en Homenaje al Profesor Emérito Dr. Efraín Hugo Richard*, Directoras L Laura Filippi – María Laura Juárez, Ed. Ad Hoc, Buenos Aires 2001, tomo I pág. 59

⁷ Al referirnos a la “conservación de la empresa” lo hacemos de la empresa “viable”, pues el desarrollo inviable no es empresa. Por eso sostenemos la obligación de formular planes de viabilidad por parte del administrador de empresas para no asumir responsabilidades y estudiar la posible viabilidad. Claro que, en ciertos supuestos puede políticamente sostenerse a una empresa inviable por defender un costo social (por ejemplo transporte público), pero ello debería vincularse a un subsidio que cubriera el desfasaje económico impuesto por una tarifa social. El objetivo socio político de conservar la empresa y los puestos de trabajo no siempre se convierte en un logro conjunto. Si la empresa no es viable, el objetivo de mantener el empleo se logra a través de subsidios con los costes presupuestarios públicos.

⁸ FRANCISCO QUINTANA FERREYRA – Efraín Hugo RICHARD *LA CONSERVACION DE LA EMPRESA EN LAS LEYES DE SOCIEDADES Y DE CONCURSOS*, RDCO año 1978 Pág.1373; *LA CONSERVACION DE LA EMPRESA*, Anales de la Academia Nacional de Derecho de Córdoba tomo XXV Pág.107 y ss. .

⁹ *L'aprendista stregone, l'elisir di lunga vita e l'impresa immortale* en Giur. Comm. 1982 I p. 575 y ss.

¹⁰ Renzo PROVINCIALI *Trattato di diritto fallimentare* I p. 324 nota 80.

¹¹ Francesco GALGANO *Las instituciones de la economía capitalista* Ed. Ariel, Barcelona 1990, pág. 79, en traducción de Carmen Alborch Batalles y M. Broseta Pont.

empresa, convergiendo en el capital social todos los interesados –u otorgando otros beneficios participativos-, sin excluir de posibles beneficios futuros a los acreedores.

Se afirma¹² “... *la persecución de la eficiencia se ha centrado en el resguardo de la empresa, motor de la economía capitalista instaurada en el mundo, y el nuevo objetivo, focalizado en el diagnóstico temprano de sus dificultades en forma de intervenir antes que la crisis sea patología irreversible*”, desjudicializando los procedimientos e imponiendo una planificación o reestructuración, separando al administrador de la empresa viable de ser necesario. En ciertos casos de inviabilidad el problema deja de ser de derecho privado, incluso del concursal, para pasar a ser un problema de derecho público.

6. Concluimos esta introducción recordando palabras del homenajeadó “... *en similar orden de ideas el derecho económico debe incluir disposiciones sobre la empresa en cuanto unidad básica de la economía moderna y en cuanto debe regularla con concepción unitaria, válida para todas las disciplinas jurídicas. Asimismo el derecho debe normar ciertos fenómenos de tanta trascendencia práctica, actual, como son las concentraciones empresariales y las empresas multinacionales*”¹³.

Estas ideas en cuanto a inclusión de normas y su integración abre el párrafo siguiente.

III – METODOLOGÍA: LA INTEGRACIÓN DEL DERECHO.

Debemos convenir que la aplicación del derecho concursal no sustituye el resto del sistema jurídico, salvo impedir la agresión inmediata al patrimonio concursado.

Reiteramos con Siegbert Rippe “*El desarrollo requiere un conjunto de normas jurídicas que bajo criterios unitarios, comunes y generales conciban, oriente, promuevan y regulen dicho desarrollo en el contexto de una política definida para tales fines*”¹⁴.

E. Daniel Truffat se ha enrolado en esa posición integradora del sistema jurídico¹⁵: “*La pérdida de autosuficiencia del Derecho Concursal y su necesaria integración no solo con normas supralegales de base constitucional, sino con el derecho positivo clásico y con los “nuevos derechos” (defensa del consumidor, normas de prevención de origen espurio de los capitales, defensa de la competencia, etc.), impacta radicalmente sobre los criterios y enfoques que deben presidir el “diseño” de cada solución concursal y de los acuerdos que a través del concordato se busquen instrumentar*”.(...) *Mi generación se formó con ciertas teóricas ideas (que eran más “prejuicios” que auténticas expresiones de racionales) sobre la completividad de tales cuerpos normativos.*(...) *Claramente se integró el derecho concursal con las normas directrices del derecho civil.*(...) *En el área concursal los jueces nacionales se encargaron de remarcar que el derecho concursal “no es una isla”.(...*) *Todo ello con el detalle, tantas veces remarcado, de la “constitucionalización” de las relaciones patrimoniales*”.

1. En esa integración, resulta un aspecto liminar determinar si las normas que organizan ese sistema –especialmente las societarias- son imperativas y/o de orden público.

No hay duda de la imperatividad de las normas societarias en caso de pérdida del capital social y de los efectos que se producen. Es casi dialéctica la determinación sobre si esas normas son también de orden público.

Ha expresado Otaegui que hay una difundida opinión “*consistente en que la Ley de Sociedades Comerciales 19.550 (LSC) es de orden público o al menos de interés público*”, frente a lo cual el distinguido jurista opina que “*La naturaleza de orden público de la LSC es cuestionable partiendo del supuesto que el orden público es la base esencial de un estado plasmada en su constitución sea esta estatutaria o consuetudinaria. Así en nuestro caso hay un orden público*

¹² Ariel Angel DASSO *Derecho Concursal Comparado*, tomo 1, Ed. Legis, Buenos Aires 2009, pág. 804.

¹³ RIPPE “La función de la empresa...” cit. pág. 72.

¹⁴ RIPPE “La función de la empresa...” Cit, pág. 60

¹⁵ En el VIII CONGRESO DEL INSTITUTO IBEROAMERICANO DE DERECHO CONCURSAL, MEXICO D.F. (MEXICO), 17 a 19 de mayo de 2012, su magistral conferencia con el título “SOBRE LOS CONCURSOS “A MEDIDA”, A LA LUZ DE LA ACTUAL REALIDAD NORMATIVA”

prescripto en la Constitución fincante en los llamados derechos constitucionales de primera generación o sean los derechos constitucionales generales (Constitución Parte Primera), a los que se sumaron los derechos constitucionales particulares de segunda generación o sean los derechos laborales (C. Nacional art. 14 bis) y los derechos constitucionales de tercer generación o sean los derechos sociales (C. Nacional arts. 41, 42). Los derechos constitucionales de primera generación son los atinentes a la libertad (CN arts. 14, 15), la propiedad (CN art. 17), la seguridad y la justicia (CN art. 18), y la vida (CN art. 33) sin él que los anteriores carecerían de razón de ser.(...) No hay aquí mención alguna a un orden público societario aunque las relaciones societarias si bien libradas a la autonomía de la voluntad, deben respetar al orden y la moral pública (Constitución Nacional art. 19)... Es por esto que el C. Civil, base del C. de Comercio (C.Com. regla I, art, 207), pone los límites de sus arts. 21 y 953 entre otros.(...)Hay por cierto un orden público laboral y un orden público social pero no hay un orden público societario”.

Pero en cuanto se compromete la continuidad del giro empresario –objeto de la sociedad– aparece un orden público social: la conservación de la empresa por el efecto social y económico en la región, y la conservación del empleo, y el derecho constitucional de propiedad de los acreedores y a trabajar de sus empleados.

El orden público es el "*conjunto de principios eminentes a los cuales se vincula la digna subsistencia de una organización social establecida que no pueden ser alterados por la voluntad de los individuos (c.c.: 21, conf. Llambías, J.J. “Tratado de derecho civil- Parte General”, t. I, nros. 184, 195 y 197, págs. 158, 163 y 197, ed. 1973)*"¹⁶.

2. El artículo 12 del Título Preliminar del Proyecto de Código Civil y Comercial con media sanción del Senado argentino se refiere al “Orden público” y al “Fraude a la ley”: *“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. En el mismo sentido el actual art. 21 CC del Título Preliminar.

Vaya este introito para señalar que las normas societarias a las que referimos, en los dos países, tienen carácter imperativo cuanto menos, si es que no constituyen un orden público societario. Como conclusión: las normas imperativas de la ley societaria –al margen de si constituyen o no reglas de orden público–, son inderogables, y su apartamiento constituye un fraude a la ley.

IV – LA EFICIENCIA. EL CAPITAL SOCIAL Y SU FUNCIÓN DE GARANTÍA.

Asegurar la funcionalidad de la actividad societaria es un objetivo de su legislación específica, a través de la regulación del capital social, tendiente a asegurar la organización, la funcionalidad y la liquidación de las sociedades sin afectar a terceros, un verdadero orden público societario. La autonomía de la voluntad para organizar actividades constituyendo sociedades personas jurídicas tiene el límite de normas que aseguran una base patrimonial para no dañar a terceros.

Estamos frente a la idea de las relaciones de organización¹⁷, y en la que se enrola Rippe: *“La organización es la que permite conjugar la aplicación del capital con el esfuerzo del trabajo y mediante su apropiada coordinación, planear las actividades, dirigirlas, ejecutarlas, supervisarlas y evaluarlas, en el marco de un proceso dinámico, constante y circular de alimentación y*

¹⁶ Nto. “SOBRE NULIDAD DE RESOLUCIÓN ASAMBLEARIA”, en *Derecho Societario y Concursal – Tendencias jurisprudenciales*, Ed. Legis, Buenos Aires 2012. Correspondiendo a la publicación para el Décimo Seminario Anual sobre actualización, análisis crítico de jurisprudencia, doctrina y estrategias Societarias, y Duodécimo Seminario Anual sobre Actualización, análisis crítico de jurisprudencia, doctrina y estrategias concursales, pág. 141.

¹⁷ Nto. *Las relaciones de organización y el sistema jurídico del derecho privado*, Córdoba 2000, ed. de la Academia de Córdoba, Capítulo XI Insolvencia societaria y responsabilidad, pág. 481 y ss.

*retroalimentación orientado a la eficiencia en la utilización de los medios y recursos, de eficacia en la obtención de los resultados y de coherencia entre los medios y recursos y los fines. Y es la capacidad de adaptación y flexibilidad de la organización, la que le permite ajustarse a las posibilidades y circunstancias de la empresa en concreto*¹⁸.

Rescatamos la función básica del capital, cual es la faceta operativa, o sea la de mantener la funcionalidad de la sociedad, generando responsabilidad a administradores y socios la insuficiencia del mismo en cuanto afecte a terceros, pero ello no importa menoscabar la función de garantía, particularmente en el caso de crisis y más aún en el concurso de sociedades.

1. En torno a la crisis Rippe ensaya *“En este sentido, la suerte o el fracaso de una empresa está inexorablemente ligada al desempeño de los actores sociales que participan en ella. No es concebible su éxito si falla la gestión empresarial, la ejecución o supervisión de las tareas técnicas, administrativas u operativas, la coordinación entre la dirección de las acciones y la instrumentalización de las acciones mismas. La empresa debería ser por ello un lugar de encuentro y de diálogo, un lugar en que los conflictos y tensiones inherentes a toda organización y la contraposición de intereses divergentes –intereses sociales vs. Intereses singulares, mayorías vs. Minorías, administradores o directores vs. Socios o accionistas, capital vs. trabajo- puedan moderarse y resolverse conciliada, equilibrada, equitativamente*¹⁹.

2. La noción de capital social es de política legislativa, y de moderna doctrina la idea de "patrimonio suficiente" para afrontar las operaciones sociales. Esto impone la idea de un plan de los administradores para asegurar la actividad societaria. En materia concursal, en la jurisprudencia y doctrina argentina, se suele aceptar que la deudora no tenga ni presente ningún plan para superar la crisis²⁰, ni en la obligación de actuar tempestivamente al aparecer una dificultad o crisis, ni que se haya dotado adecuadamente el patrimonio de la sociedad genéticamente²¹ ni intentado hacerlo cuando se publicitó inexorablemente su insuficiencia, ni haber hecho algún intento de los previstos en la ley de organización societaria para asumir concretamente la dificultad²², y peor aún la pérdida del capital social.

Se niega la realidad, todo emprendedor tiene un plan, y lo reprochable es que lo oculte, quizá para que no se adviertan actos censurables o ilegales para que la crisis, la insolvencia, la asuman acreedores, transformando el problema en un gran negocio para los socios o accionistas²³.

Lo explicita con claridad Bernardo Carlino²⁴, alejándolo de la crisis: *“Origen del plan de negocios: la etapa pre contractual. Adhiriendo al enfoque societarista de la prevención de la crisis económica de la empresa, que postula sin descanso hace más de una década Efraín H. Richard*²⁵, *no caben dudas que la ley de sociedades provee y prevé mecanismos suficientes para conjurarla exitosamente”*.

¹⁸ RIPPE “La función de la empresa...” cit. pág. 74.

¹⁹ RIPPE “La función de la empresa...” cit. pág. 75.

²⁰ Ntos. “Integración de propuesta de acuerdo (en concurso preventivo de sociedad)” en Doctrina Societaria y Concursal, Noviembre 2008, pág. 1081; “¿Abusos en el proceso concursal?” en La Ley 24 de diciembre de 2008; “Integración de la propuesta de acuerdo en concurso societario (en torno a reciente fallo señero)” en Jurisprudencia anotada de RDCO n° 234, Enero Febrero 2009, Ed. Abeledo Perrot, pag. 79.

²¹ Nto. “El capital social y la responsabilidad limitada” en *Estudios Jurídicos* publicación de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica de Uruguay, n° 3 – 2007-, República Oriental del Uruguay, págs. 163/202.

²² Nto. *Insolvencia societaria*, Ed. Lexis Nexis, Buenos Aires 2007.

²³ Así puede verse el caso del Acuerdo Preventivo Extrajudicial de Multicanal S.A., donde inmediatamente de homologado el APE referido sólo a las obligaciones negociables, el balance de la sociedad dio un resultado positivo de más de Mil ochocientos millones de pesos (seiscientos millones de dólares) que se repartieron inmediatamente entre los socios, y que no provenía del resultado ordinario de la explotación ordinaria. Por otra parte toda quita o espera a los acreedores beneficia directamente a los socios. En similar sentido Carlos PALACIO LAJE *Delitos de vaciamiento de empresa*, Editorial Marcos Lerner, Córdoba 2002.

²⁴ “Genética del plan de negocios (más sobre la contribución de E.H.Richard)” en Abeledo Perrot, Newsletter 20 de marzo de 2009, sección Doctrina, repetido el 23 de marzo.

²⁵ El más reciente de los cuales se puede encontrar en “Notas en torno a la conservación de la empresa: ¿principio concursal o del derecho societario?”, en “Ensayos de Derecho Empresario” N° 4, Director: E.H. Richard, págs. 56 y ss., FESPRESA, Córdoba, 2008

Un plan de negocios permitirá analizar a los socios²⁶ la conveniencia de reintegrar o aumentar el capital social. A su vez la posibilidad de invitar a terceros a integrarse a la sociedad por el buen negocio que resulta el adecuado cumplimiento de su objeto, la rentabilidad esperada, lo que puede permitir atender o reorganizar el pasivo exigible.

Los administradores deben poner la cuestión a decisión de los socios²⁷. Ante la negativa o imposibilidad de los accionistas y no deseando liquidar la sociedad, se abre la solución de invitar a terceros a capitalizar, y en ciertos casos traspasar la sociedad a los acreedores, o su control. Existen sistemas que en situaciones semejantes autorizan a los administradores a emitir acciones sin autorización de los socios²⁸.

La legislación societaria uruguaya lo plasma imponiendo como causal de disolución la pérdida de sólo parte del capital social.

3. El cordobés Mauricio Yadarola apuntaba a las funciones del control sobre el capital social: *“Contralor preventivo y represivo que asegure el derecho de las minorías, evite la explotación de empleados y obreros –colaboradores en la obra común- y aleje los perjuicios que para la economía nacional representa siempre el desplazamiento de las economías particulares”*²⁹.

V – LA EMPRESA EFICIENTE. CESACIÓN DE PAGOS E INSOLVENCIA.

Sobre cesación de pagos e insolvencia, Siegbert Rippe³⁰ señala que *“...cesación o suspensión de pago no implicaba necesariamente que el deudor estuviere en estado de insolvencia (...) podría sostenerse que insolvencia podría asimilarse a un estado de inexistencia o insuficiencia de activos para el pago total o parcial de pasivos, con indiferencia, sea de la capacidad de pago oportuno y adecuado por manejo ordenado de activos o de ingresos para el pago de pasivos, sea de la disponibilidad de efectivo y valores de fácil realización, esto es, de liquidez para el mismo propósito. Ello significa, por un lado, que una persona física o jurídica puede tener un activo superior a su pasivo, esto es, ser solvente, y sin embargo no tener posibilidad de manejo de recursos realizables para el pago de su pasivo en tiempo y forma, o no tener efectivo o valores líquidos para tal fin; o viceversa, tener capacidad de pago oportuno y adecuado o disponer de recursos líquidos a tal fin, y ser, no obstante insolvente, parcial o totalmente”*.

Explica a fondo la legislación concursal uruguaya que opta por el estado de insolvencia –que abarca el sentido de la cesación de pagos de la ley argentina–, disponiendo el inc. 1° del art. 4 de la ley 18.387: *“Cuando exista un pasivo superior al activo, determinado de acuerdo a normas contables adecuadas”*, que Rippe considera una presunción relativa, a las que la ley agrega otras. Relativiza esa situación de insolvencia señalando *“...una cosa es la fijación de valor, particularmente de activos, conforme a criterios contables y otra cosa, distinta, es el valor real de*

²⁶ Y también a los terceros, acreedores o no. Se nos dirá que se los trata de hacer socios “a palos”, pero peor es quitarle los créditos a palos para patrimonializar a la sociedad. La información leal, un plan de negocios coherente, hace atractiva una propuesta en beneficio de la conservación de la empresa y no del enriquecimiento de los socios. Si parecería necesario, al margen de las obligaciones de los socios conforme la ley societaria, quitas importantes –por ejemplo 30%–, se podría invitar a los acreedores a capitalizar sus acreencias con un pacto de recompra pagando el 100% de la capitalización dentro de un plazo prudencial, y a su vez un compromiso de adquisición pagando el 70% si el acreedor ahora socio decidiera tal cosa después de un tiempo de espera (por supuesto en ambos casos a cargo del grupo de control al tiempo del concurso). De no, los acreedores serían tratados como socios sin derechos, imponiéndoles las contribuciones que deben hacer los socios con derechos.

²⁷ Alejandro MILLER *Sociedades anónimas - Directorio - Síndico*, AMF, Montevideo, 2005, pág. 119 y ss..

²⁸ Massimo MIOLA *Il sistema del capitale sociale e le prospettive di riforma nel diritto europeo delle società di capitali* en *Rivista delle Società*, anno 50, 2005, Editor A. Giuffrè – Milano, noviembre-diciembre 2005, fascículo 6° p. 1199..

²⁹ Mauricio YADAROLA *Sociedades Comerciales* tomo II de Homenaje a Yadarola, pág. 349, esp. pág. 353, reproduciendo el prólogo a edición argentina de la obra de Roberto Goldschmidt *Problemas jurídicos de la sociedad anónima*.

³⁰ Siegbert RIPPE “Aproximación crítica al presupuesto objetivo del estado de insolvencia y de sus manifestaciones y efectos en la normativa concursal” en *ANUARIO DE DERECHO COMERCIAL n° 14*, Ed. Fundación de cultura universitaria, Montevideo, marzo de 2012, pág. 9 y ss., que nos fuera obsequiado por su Director Ricardo Olivera García en ocasión de nuestra disertación en Montevideo en la Semana Académica, 23 de noviembre de 2012 en que nos referimos a la preconcursalidad en análisis de la legislaciones societaria y concursal uruguaya y latinoamericana, dejando trabajo para su publicación sin conocer los trabajos de ese Anuario.

los mismos en el mercado, valor que, por su parte, podría ser eventualmente superior al contable e idóneo, incluso, para revertir la ecuación activo-pasivo inicialmente expresada”.

1. En orden a la crisis de las sociedades apuntamos que la legislación societaria –que no ha sufrido las modificaciones generadas en la concursal tanto en Argentina como en Uruguay- contienen previsiones imperativas para asumir la crisis tempestivamente y a bajo coste, sin generar daños.

No puede pretenderse que el derecho concursal resuelva las crisis societarias al margen de las previsiones de la ley específica para afrontarlas.

2. Respecto a la pérdida del capital social y las normas específicas de la legislación del medio técnico organizativo, la doctrina española en 1991, conforme la ley entonces vigente- calificó la solución como pre concursal³¹, sosteniendo que para evitar que la sociedad llegue al estado de insolvencia, el legislador ha establecido un mecanismo preventivo consistente en obligar a la sociedad a disolverse o adoptar medidas sustitutorias de saneamiento financiero cuando se produzcan pérdidas graves, amenazando con graves sanciones a los administradores si esto no se produce – sustancialmente ello no ha cambiado pese a las posibilidades de concursarlas-. La solución con matices especiales no es muy diferente en nuestros países.

Los acreedores de una sociedad en crisis deberían tener el mismo tratamiento, derechos y tutelas que los accionistas de una sociedad solvente, pero se encuentran en la misma situación de inversores sin derecho³².

3. Siegbert Rippe trabajó en la proyección de ambas leyes, veremos la coherencia de ese desempeño. Se acredita esa idea cuando sostiene *“Una legislación que no ofrezca soluciones nítidas, ágiles y flexibles para la formación, organización y funcionamiento de las empresas, que no prevea alternativas suficientes y viables para canalizar con propiedad y oportunidad las demandas de la comunidad en torno a la realización de actividades económicas en función de las exigencias de la realidad misma y de las efectivas posibilidades de sus miembros, que no regule o estimule con medidas oportunas y apropiadas aquellas organizaciones o aquellas actividades que tienen la virtud o la potencialidad para influir positivamente en la solución de los problemas económicos y sociales de la población, en el logro de objetivos, metas y prioridades nacionales, en el desarrollo de una país, es en definitiva una legislación inadecuada e incompatible con la función de las empresas en el quehacer nacional”*³³.

Y apunta en ello a legislaciones específicas *“Se podría sostener que las leyes societario-comerciales constituyen o pueden constituir un marco referencia significativo para aprehender y regular el fenómeno empresarial”*³⁴, pero el mismo homenajeado señala su limitación, como marco formal *“que soslaya todo pronunciamiento de política socio-económica”*, propugnando así una visión más integral desde el “derecho económico”, en una postura similar a la que nos hemos dedicado al referirnos al la empresa económicamente inviable y socialmente útil por los empleos que ha generado pero que, sin intervención del Estado, está destinada a una muerte más lenta y cruel, magnificando la tragedia de la marginación social por pérdida de trabajo no recuperable en otras actividades.

4. Un ensayo de Eva Holz³⁵ impone algunas reflexiones. Resalta la jurista la cita de Miguel C. Araya³⁶ donde afirma *“Esa pérdida de capital, no debe ser confundida con la insolvencia, ya que no son conceptos idénticos”*.

³¹ Emilio M. BELTRÁN “La disolución de la sociedad anónima” en *Estudios de Derecho Mercantil*, Ed. Civitas, Madrid 1991, págs. 138/9.

³² Lorenzo STANGHELLINI *Proprietà e controllo del'impresa in crisis* Rivista delle Societa anno 49° 2004 settembre-ottobre fascicolo 5°, Editorial Giuffrè Milano, pág. 1079.

³³ RIPPE, “La función de la empresa....” Cit. pág. 75.

³⁴ RIPPE “La función de la empresa....” cit. pág. 76.

³⁵ “La infracapitalización societaria en el derecho y doctrina uruguaya” –pág. 89 y ss. en *Anuario de Derecho Comercial*, Montevideo, 2012.

Hemos puesto el acento³⁷ que la causal de disolución de pérdida del capital social es la que dispara la responsabilidad de administradores –y quizá de socios- de continuar el giro y no poder luego satisfacer el pasivo –pese a que la particular legislación no contenga plazos para iniciar la liquidación-. La libertad para decidir la continuación del giro, sin capitalizar la sociedad, en la esperanza de un plan de negocios exitoso, no libera a administradores societarios en caso negativo de asumir el pasivo insoluto o la satisfacción de las obligaciones contraídas. Se acota que la sociedad puede continuar operando pese a la pérdida del capital social, porque puede apreciar revertirla con las operaciones en curso³⁸. Ello además de deber expresarse en la primer Memoria –conforme el tipo social- deja en claro el riesgo de responsabilidad de administradores y socios por las nuevas operaciones.

Obviamente que es la “insolvencia” –como pérdida del capital social- la que dispara las acciones de responsabilidad, no siendo obligatoria –aunque si natural- la existencia de un proceso liquidativo –societario o concursal- que determine la pérdida (daño), aunque la mera “desaparición” de la sociedad, *rectius*: de su patrimonio ejecutable, generará la legitimación activa y pasiva.

5. El aspecto terminológico –que destacamos en el párrafo anterior- con el que se denominan las crisis societarias puede generar ciertas dudas³⁹, pese a lo que venimos exponiendo, incluso sobre la posición de Rippe .

Hemos apuntado que nuestro interés en esta temática es generar una concordancia entre el derecho societario y el derecho concursal.

Una sociedad puede estar operando aparentemente con el capital estatutario previsto y no obstante ello estar en insolvencia. No existe un paralelismo entre ambas nociones, ni aún en los sistemas de sociedades sin capital social, cuya dotación patrimonial es analizada anualmente antes de distribuir utilidades –sólo si hay capital operativo suficiente- o de disponer la liquidación u otra solución en caso de capital insuficiente. Los deberes fiduciarios del administrador societario aumentan en esta situación frente a los acreedores y terceros. Ello está mejor delineado en las legislaciones donde no existe capital fijo, por lo que el administrador debe anualmente determinar el capital necesario para afrontar la continuidad de la sociedad (*solvency test*), tutelando así a potenciales nuevos acreedores. En legislaciones como la del Código Californiano se impone la imposibilidad de distribuir utilidades, entre otros actos, sino se somete a dos exámenes las cuentas sociales: *Quantitative Liquidity Test* y *Quantitative Solvency Test* ó de un simplificado *Equity Insolvency Test*⁴⁰.

La tensión aumenta –y los problemas se suscitan- cuando el valor patrimonial de la sociedad no permite satisfacer su pasivo, los accionistas pierden interés en la gestión, y los acreedores en cambio pasan a tener interés fundamental en la prosecución exitosa de la actividad. Los acreedores de una empresa en crisis se encuentran en la misma situación de inversores sin derecho, que no tuvieron en cuenta cuando contrataron sin la información de esa situación o antes que se produjera esa situación.

³⁶ “Debate actual sobre el capital social” en *Derecho económico empresarial. Estudios en homenaje al Dr. Héctor Alegría*, Buenos Aires 2011, tomo II págs. 1109.

³⁷ En “Responsabilidad de socios por pérdida del capital social”, libro en Homenaje citado en nota anterior tomo II pág. 1435.

³⁸ Antonio FOURCADE “Sociedades comerciales. Parte especial”, Ed. Advocatus, Córdoba 2001, pág. 114.

³⁹ DASSO *Derecho Concursal Comparado*, cit. Tomo II, Capítulo X “Comentarios a la Ley de Concursos Mexicana”, señala que el presupuesto material es el “incumplimiento generalizado en el pago de sus obligaciones y tiene que estar referido a dos o más acreedores distintos... con una antigüedad no inferior a 30 días y representen el 35% de todo el pasivo... que los activos del comerciante no alcancen a cubrir, por lo menos, el 80% de las obligaciones vencidas a esa fecha”. Casi todas las legislaciones concursales determinan cierto parámetro objetivo para autorizar la aplicación de la legislación de crisis. La de nuestra República Argentina es la más permisiva pues permite la presentación en concurso preventivo invocando la “cesación de pagos”, suerte de “Abrete Sésamo” del cuento de Alí Baba y los 40 ladrones.

⁴⁰ Rosario C. ESCRIBANO GÁMIR. *La protección de los acreedores sociales* Editorial Aranzadi, Navarra 1998, Monografía de Revista de Sociedades n° 10, pág. 44 y ss..

6. Coincidimos con el uruguayo Camilo Martínez Blanco⁴¹, quién acota el tema: “En el derecho concursal, siempre ha sido de sus temas más controversiales el presupuesto objetivo habilitante para la puesta en funcionamiento del concurso, y así lo reafirma la profesora española Juana Pulgar Esquerro⁴² en su profundo análisis del tema que nos ocupa. – Por lo pronto en nuestro derecho mercantil, más precisamente en materia de quiebras siempre había sido la “cesación de pagos” su presupuesto objetivo, concepto tomado del Código francés de 1807, que equiparó su noción a la del incumplimiento de obligaciones.... Históricamente, el primer significado de “cesación de pagos” fue el que emerge de su propio sentido literal: cesar de pagar es igual a incumplir, por lo que cual cesación de pagos e incumplimiento eran términos que no se diferenciaban desde el punto de vista de su significación jurídica en orden a provocar la falencia. – Esas denominadas teorías materialistas sustentadas por los clásicos (Vivante, Bolaffio) identificaban cesación de pagos con incumplimiento. (...) se fue evolucionado hacia estudios más avanzados. – Primero, comenzó la doctrina italiana a sostener que no debía declararse en falencia al sujeto que simplemente había incumplido(...). Son las teorías intermedias las que sostiene que no hay cesación de pago sin incumplimiento, pero no siempre los incumplimientos importan cesación de pagos.(...) el presupuesto objetivo de la apertura concursal debería retrotraerse a los prolegómenos o estadios anteriores del estado de cesación de pagos, etapa a la cual se llamó “estado de crisis”, “estado de preinsolvencia”, “estado de dificultades económicas o financieras de carácter general”.(...) De ahí que el estado de insolvencia, condición para la apertura concursal se puede definir en lenguaje técnico, como la impotencia para satisfacer, con medios regulares (disponibilidades normales o activos corrientes), las obligaciones inmediatamente exigibles (pasivo exigible o pasivo corriente)... la mayoría de los autores españoles, admiten el “desbalance” o sobreendeudamiento como un desequilibrio patrimonial –pasivo superior al activo- que puede verse solventado a través de la financiación externa, evitando así el concurso, dado que se viabilizan los pagos.(...) Por ello abogan por “un concepto de insolvencia de fondo o patrimonial, abandonando o dejando fuera del concurso las situaciones coyunturales de iliquidez”(...) reiteramos que para nosotros es importante el “desbalance” como síntoma, aun cuando para otras legislaciones (la española sobre todo) no alcanza. Pero además si los problemas transitorios de liquidez trascienden de la tesorería de la empresa, es señal de un agotamiento del crédito (carece de líneas de financiación para transitar el escollo) por lo que las dificultades son graves... importa mucho el llamado desequilibrio aritmético o déficit expresado en términos de pasivo mayor que activo ... pues en ese caso el cotejo se hace entre activo y pasivo en términos nominales, sin atender a la disponibilidad regular de los medios de pago que integran el primero ni a la exigibilidad corriente del segundo. Basta entonces que el patrimonio del deudor sea materialmente insuficiente para satisfacer el garantía común de los acreedores... puede haber insolvencia, incluso cuando el activo es considerablemente superior al pasivo, pero aquel está integrado por bienes de lenta y difícil posibilidad de realización, al paso que éste concentra los compromisos de pagos en el corto plazo.(...). De ahí la importancia de introducir el tema de la “insolvencia negocial”. La profesora española Marta Prats Marquina⁴³ habla con muy buen criterio de la “insolvencia negocial” entendiendo por ella la incapacidad de generar recursos, diferenciándola de la “insolvencia patrimonial”, ya transitoria (activo superior al pasivo a una fecha determinada), ya definida (activo inferior al pasivo exigible).... Resulta muy interesante la aportación que realiza Prats Marquina,(...) ya que es un dato esencial a tener en cuenta cuando de analizar capacidades empresariales se trata”.

⁴¹ *Manual de Derecho Concursal*, 2ª edición revisada,, actualizada y ampliada, Ed. Fundacion de Cultura Universitaria, Montevideo 2012, pág. 150 y ss..

⁴² *Derecho concursal. Estudio sistemático de la Ley 22(2003 y de la ley 8/2003 para la reforma concursal*, García Villaverde, Rafael; Alonso Ureba, Alberto; Pulgar Esquerro, Juana. Dilex SL, Madrid 2003.

⁴³ “*Insolvencia y crisis económico: Su reflejo en el derecho concursal*” R.G.D. Madrid, 1998.

7. Cotejando trabajos de Siegbert Rippe⁴⁴ y de Miguel C. Araya es claro que no es fácil definir o converger en la idea de insolvencia (“*No resulta necesariamente claro e indubitable el sentido de la palabra insolvencia en la normativa hasta aquí considerada*” –la ley concursal uruguaya agregamos-), particularmente por su definición en el Diccionario, pero la “pérdida total del capital social”, pese a que podría darse que la sociedad cumple con los pagos actuales, es claro que su patrimonio activo en ese momento determinado no es solvente para atender o afrontar la totalidad del pasivo. Por ello podríamos indicar la situación como de “insolvencia”, convencionalmente, para distinguirla de la “cesación de pagos” que puede derivar simplemente de que el activo ordinario es menor al pasivo ordinario, y aún en casos puede ser el activo ordinario mayor que el pasivo ordinario, pero tener la sociedad patrimonio neto negativo.

Nos apoyamos en el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española para comparar las referencias y usar una terminología concursal-societaria de compatibilización: Insolvencia: “*Falta de solvencia, incapacidad de pagar una deuda. Insolvente que no tiene con qué pagar*”. Solvencia en ese Diccionario es “*Acción y efecto de solver o resolver. Carencia de deudas. Capacidad de satisfacerlas. Cualidad de solvente*”. “*Solvente*” “*Desempeñado de deudas. Capaz de satisfacerlas. Que merece crédito. Capaz de cumplir una obligación... y más en especial, capaz de cumplirlas cuidadosa y celosamente*”.

Parecería que se envuelven dos conceptos el de no tener medios para pagar una deuda, aunque se priorizaría la imposibilidad patrimonial de satisfacerlas todas.

También el valor contable podría ser superior al de efectiva realización de los bienes. Lo cierto es que, al margen de las disposiciones de la ley concursal, la pérdida contable del capital social dispara en ambas legislaciones societarias –la argentina y la uruguaya- una causal de disolución que impone capitalizar o liquidar, so pena de responsabilidades por el eventual pasivo insoluto.

VI - LA COHERENCIA DE LA LEGISLACION SOCIETARIA Y CONCURSAL.

Revisemos las normas uruguayas de sociedades y concursos, preparadas ambas por el jurista amigo para ver la coherencia de sus soluciones frente a la crisis.

Apunta Holz⁴⁵ que en el derecho uruguayo es causal de disolución la pérdida que reduzca al capital a menos del veinticinco por ciento “*Lo cual no se produce de pleno derecho, arts. 159 No. 6, sino que puede ser evitada en tanto los socios resuelvan reducir o reintegrar capital, art. 160*”, en solución similar a la de los arts. 94.5 y 96 de la ley societaria argentina. No obstante, la colega entiende que “*ante situaciones de pérdida patrimonial de las sociedades, todos los integrantes de los órganos societarios (incluso de las reuniones o asambleas de socios o accionistas) de las mismas, estarán en el futuro alertas y serán proactivos en la búsqueda de soluciones que eviten la continuación del drenaje de recursos. Y ello por la sola existencia de las graves consecuencias que apareja dicha pérdida, según se ha expuesto precedentemente, cuando la misma pueda conducir a que en situación concursal el patrimonio neto social sea negativo*”. Se verá así la concordancia en las interpretaciones.

La funcionalidad y la legislación societaria tienen hoy normas y recursos que permiten reencauzar las crisis patrimoniales. Son fundamentales las previsiones en torno a cómo debe procederse cuando se detecten o produzcan causales de disolución, facilitando la remoción de las vinculadas a aspectos patrimoniales, con el aumento o reintegración del capital social, solución que debería anticiparse a la apertura de cualquier concurso, es la capitalización del pasivo es la forma societaria de afrontar la crisis.

⁴⁴ Siegbert RIPPE “Aproximación crítica al presupuesto objetivo del *estado de insolvencia* y de sus manifestaciones y efectos en la normativa concursal” en *ANUARIO DE DERECHO COMERCIAL* n° 14, Ed. Fundación de cultura universitaria, Montevideo, marzo de 2012, pág. 9 y ss., que nos fuera obsequiado por su Director Ricardo Olivera García en ocasión de mi disertación en Montevideo en la Semana Académica, 23 de noviembre de 2012 en que nos referimos a la preconcursalidad en análisis de la legislaciones societaria y concursal uruguaya y latinoamericana, dejando trabajo para su publicación sin conocer los trabajos de este Anuario.

⁴⁵ “Debate actual sobre el capital social” cit. tomo II págs. 1109.

1. Hemos anticipado ideas de Rippe en torno a cesación de pagos e insolvencia. Nos inclinamos por las interpretaciones contables en torno a no perder el sentido de las previsiones societarias en el ámbito concursal no para la apertura del concurso sino para determinar responsabilidades y compatibilidades. Teniendo siempre en claro que se trata de un problema meramente terminológico, debemos convenir que las dos situaciones patrimonialmente distinguibles en las sociedades son: 1. El patrimonio activo inferior al patrimonio pasivo, o sea patrimonio neto neutro o negativo que exterioriza la pérdida del capital y reservas, y 2. El activo corriente inferior al pasivo corriente, que exterioriza una imposibilidad transitoria de pago con medios normales. A lo primero cataloguémoslo a los fines de este ensayo como “insolvencia” y a lo segundo como “cesación de pagos”.

Esa pérdida del capital social de más del 75% en la ley societaria uruguaya (en adelante LSU) opera como causal cuando ha sido aprobado un balance del que resulte la constatación. La preparación del balance impone a los administradores la situación, que deberían llevar a conocimiento y resolución de los socios coetáneamente a la aprobación del balance. La causal de disolución por pérdida del capital social se produce cuando el pasivo alcanza el mismo monto del activo en un balance, y es declarada por la resolución social que aprueba ese balance.

Sin pérdida del capital social –insolvencia-, puede haber cesación de pagos por un activo inmovilizado no corriente y un pasivo menor pero corriente. En tal supuesto la propuesta en el concurso de esa sociedad no debería proponer nada más que una espera, pues una quita sería innecesaria y abusiva.

2. Conforme la función de garantía del capital social –al margen de las elucubraciones sobre responsabilidad social empresaria y la infrapatrimonialización que corresponde a la función productiva del capital social-, ante la pérdida del 50% del capital social se impone en la sociedad por acciones la reducción obligatoria de ese capital, para evitar la confusión en los acreedores.

Se remarca que *“La presencia en la ley uruguaya del instituto de la infracapitalización como presunción absoluta de culpabilidad del concurso consagra finalmente la necesidad de que los operadores económicos cuente con recursos suficientes para desarrollar su actividad. La decisión del legislador –que comienza a plasmarse en sentencias- nos parece positiva, en cuanto contribuye a prevenir la insolvencia y el traspaso indebido de riesgos a los acreedores, así como a evitar abusos y mecanismos perversos que debilitan el crédito, el tráfico comercial y la economía en general”*⁴⁶, y cuando la pérdida alcanza más de las tres cuartas partes del capital se impone la liquidación de la sociedad, no pudiendo los administradores realizar otras operaciones –desde que ello es declarado en un balance-, asumiendo responsabilidad solidaria frente a los acreedores con una referencia también a la responsabilidad de los socios. O sea que la constatación de esa pérdida del capital social dispara acciones de responsabilidad por los daños que pudieran causarse.

3. La continuación de la actividad sin el reintegro obligatorio, o la capitalización –incluso por los acreedores suspendiendo el derecho de suscripción preferente- impone si se llega a perder el 100% del capital social al concursamiento de la sociedad por insolvencia, la que debe efectivizarse dentro de los 30 días.

Claro que ese concursamiento no cubrirá las responsabilidades asumidas pues se evidencia que la sociedad ha continuado su giro. El art. 83 LSU es similar al 59 de la ley societaria argentina (LSA) sobre los deberes de diligencia y lealtad, aunque no se menciona a los terceros para satisfacerles los daños, pero si debe entenderse que se los resguarda a ellos a través de mantener el capital social y con la norma sobre actividad posterior a perder más del 75% del capital social. Sólo

⁴⁶ CHALAS SANZ, Laura L. “La infracapitalización como presunción de culpabilidad del concurso en la ley uruguaya” en Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones n° 253, marzo/abril 2012 pág. 531 y ss. Indicando que el numeral 2 del art. 193 de la ley concursal uruguaya establece la siguiente presunción absoluta: “Cuando durante los dos años anteriores a la fecha de declaración del concurso de acreedores los fondos o los bienes propios del deudor hubieran sido manifiestamente insuficientes o inadecuados para el ejercicio de la actividad o actividades a las que se hubiera dedicado”. Sobre sanciones a socios y administradores por infracapitalización puede verse JUNYENT BAS, Francisco – CHIAVASSA, Eduardo N. “La infracapitalización societaria y las alternativas sancionatorias a socios y administradores en libro de ponencias de las Jornadas Internacionales de *Derecho Económico Empresarial en Homenaje al Dr. Héctor Alegría*, Buenos Aires 2011, pág. 30.

el dolo de los administradores podría ignorar esa causal de disolución y luego invocar la pérdida total para presentarse en concurso intempestivamente.

El tema queda resuelto en el caso de directores de sociedades por acciones en el art. 391 LSU que determina la responsabilidad frente a terceros, cuyo contenido se fija en el art. 394 LSU en la incapacidad patrimonial de la sociedad para satisfacer a los acreedores, que se vincula sin duda a la previsión de liquidación por pérdida de capital social.

A su vez el art. 395 LSU determina la posibilidad, en caso de concurso, que la misma la ejercite el liquidador o los acreedores individualmente.

4. Adviértase que habiendo perdido más de las tres cuartas partes del capital social⁴⁷ una sociedad deberá liquidarse o capitalizarse, y mientras tanto si continúa operando nacerá responsabilidad por daños de administradores –y quizás de socios-, pero no podrá concursarse hasta que no pierda el 100% del capital social por la causal del inc. 1° del art. 4 del régimen concursal de Uruguay (LCU), pudiéndolo hacerlo si se dan otras de las causales de ese artículo de la ley concursal.

Reiteramos que el art. 160 LSU determina que no se disolverá si los socios reintegran total o parcialmente ese capital, y congruentemente el art. 164 determina la responsabilidad de administradores si continúan el giro en esas condiciones, sin reintegrarse el capital social, señalando que ello es sin perjuicio de la responsabilidad de los socios.

Y es probable que el grupo de control que no reintegró el capital y continúe el giro se vea afectado por las previsiones del art. 189 LSU sobre inoponibilidad de la personalidad jurídica.

Otra norma coherente con el art. 159 LSU es la reducción obligatoria del capital social si la pérdida alcanza el 50% del capital social.

En cuanto al aumento del capital social se determina el derecho de preferencia de los accionistas en el art. 319 LSU, y la posibilidad de dejar de lado ese derecho en el caso de capitalización de obligaciones, conforme al art. 330 LSU, que es una forma de capitalizar la sociedad, evitando su liquidación y responsabilidad de los administradores.

A su vez el régimen de concursos dispone la posibilidad de apertura en caso de insolvencia, la que determina entre otros supuestos el referido art. 4 en su apartado 1° como la pérdida del capital social cuando exista un pasivo superior al activo comprobado por “*normas contables adecuadas*”, imponiendo a los administradores la presentación dentro de los 30 días de haberse advertido tal situación por los administradores societarios, previsto por el art. 10: “*conocido o debido conocer su estado de insolvencia*”. A su vez impone que en el caso de sociedades la propuesta de acuerdo debe estar ratificada por el órgano de gobierno, por lo que suponemos es para advertirle de su responsabilidad eventual por no capitalizar la sociedad, particularmente si se ha aprobado un balance con patrimonio neto neutro o negativo.

5. Rippe señala⁴⁸ “a) El art. 24 de la ley de referencia (la concursal apuntamos) admite, en el caso de concurso necesario de las personas jurídicas, y siempre que resulte de un examen preliminar del estado patrimonial del deudor que su activo no es suficiente para satisfacer su pasivo, el embargo preventivo de los bienes de sus administradores, liquidadores e integrantes del órgano de control interno. b) El art. 25 de la misma ley recoge una solución similar, habilitando el embargo preventivo sobre bienes de personas vinculadas anteriormente por ejercicio de aquellos cargos sociales, cuando de un examen preliminar de los hechos surja su conocimiento del estado de insolvencia de la persona jurídica, durante los dos años anteriores a la declaración judicial del concurso”.

Se advierte claramente la congruencia del sistema societario con el concursal. Así el art. 92 LSU regula la Memoria de los administradores y en su punto 4° impone informar sobre “*explicación y orientación sobre la perspectiva de las futuras operaciones*”, generando así la obligación de revisar el futuro y planificación de los negocios, conforme el pensamiento de Rippe: “*requiere también*

⁴⁷ La ley de sociedades uruguaya dispone en su art. 159 ap. 6° que es causal de disolución por pérdidas que reduzcan el patrimonio social a una cifra inferior a la cuarta parte del capital social integrado.

⁴⁸ En el ensayo ya referido, pág. 19, enfatizando la responsabilidad de los administradores ante la insolvencia.

*empresas preparadas para participar en el proceso de desarrollo, en el marco de un ordenamiento específico, que es el que se ha dado en llamar derecho económico, derecho de la economía, derecho del desarrollo*⁴⁹.

Ese es el panorama en la legislación uruguaya, donde se advierte la coherencia de normas.

VII – UNA VISIÓN SISTÉMICA.

De estos problemas presentamos, en forma similar al pensamiento de Siegbert Rippe una visión sistémica en *Insolvencia societaria*⁵⁰ y luego en *Perspectiva del derecho de la insolvencia*⁵¹, en la inteligencia que el sistema societario contiene reglas preconcursales de carácter imperativo. Antes lo habíamos enunciado en un prólogo⁵², remarcando: “4. *No puede haber duda de responsabilidad societaria, rayana en el delito, cuando los administradores no aplican las normas societarias sobre liquidación en caso de pérdida de capital social*”, para después ingresar en los temas de “*subcapitalización material aumentando el pasivo sin que razonablemente se avizore la posibilidad de su pago... la inexistencia de planificación o de contabilidad para anticipar la detección de dificultades económicas o afrontar la situación de crisis*”. Debe darse congruencia a la ley de concursos con la ley societaria en orden a acciones de responsabilidad.

1. Ante el desinterés de los accionistas de nuevos aportes, la capitalización del pasivo (art. 395 LSU) no es sólo una forma de salir de la insolvencia, patrimonializando a la sociedad, sino que soluciona aspectos tales como la responsabilidad de deudores solidarios, fiadores, y por daño.

La representación del beneficio para los socios y del perjuicio a los acreedores es clarísima en la modalidad de la propuesta de quita –matizada con esperas prolongadas–, además de no haber adoptado *ab initio* -y con bajo costo de mediación- la capitalización del pasivo prevista en dicha norma.

2. Si el capital social es la contrapartida de la limitación de la responsabilidad del socio, limitación que es considerada un privilegio que excepciona el principio de derecho común de unidad del patrimonio, dicho privilegio exige que los socios aporten fondos suficientes para su cometido, pues sin un capital social adecuado el excepcional beneficio de la «responsabilidad limitada» carece de fundamento⁵³.

Se postula que el accionista que pudiendo hacerlo, legítimamente decida no recapitalizar la empresa insolvente debe pasar la propiedad de la misma a los acreedores⁵⁴. Cuando el valor patrimonial de la sociedad no permite satisfacer su pasivo, los accionistas pierden interés en la gestión, y los acreedores en cambio pasan a tener interés fundamental en la prosecución exitosa de la actividad.

3. Se plantea así, como objetivo lógico, la transferencia del control de la empresa en crisis, de los accionistas que carecen ya de incentivo y de los administradores que responden a ellos, a los acreedores que ven comprometido en ello su capital de riesgo⁵⁵.

⁴⁹ RIPPE “La función de la empresa...” cit. pág. 60.

⁵⁰ Ed. Lexis Nexis, Buenos Aires 2007.

⁵¹ Ed. Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Córdoba 2010, en cuya presentación expresamos que “además de rendir cuentas de nuestra gestión –como ex primer Vicepresidente Académico del Instituto Iberoamericano de Derecho Concursal con sede en México–, tratamos de presentar nuestra sistemática constructivista sobre la insolvencia, particularmente, la societaria...”.

⁵² De la que fuera la tesis de JUNYENT BAS, Francisco A. *Responsabilidad de los Administradores* Ed. Advcatus Córdoba junio 1996, que tuviéramos el honor de dirigir..

⁵³ C. Civ. y C. Santa Fe, Sala 2ª. 27/4/06. Bocca S.A. Con comentario de los Dres. Di Chiazza y Van Thiene en “La infracapitalización originaria y una sentencia digna de no ser imitada”, donde sostienen que “*En consecuencia, para la Sala II de la Cámara de Apelaciones Santafesina sentenciante en Bocca S.A. el capital debe adecuarse con el objeto social porque: (I) es innegable que el objeto social se cumple con el capital social y (II) al no observarse dicha adecuación el objeto sería de cumplimiento imposible (art. 94, inc. 4), ergo, la sociedad nacería con una pseudo causal de disolución congénita.*”

⁵⁴ STANGHELLINI, Lonrezo *Proprietà e controllo dell'impresa in crisi* en “Rivista delle Società” settembre-ottobre 2004 pág.1041, específicamente pág. 1072.

⁵⁵ Esta es la idea que desenvuelve STANGHELLINI, ob. cit. pág. 1041 y ss. específicamente 1055. Esta idea se acerca a la que viene desarrollando en torno a un derecho concursal societario Efraín Hugo Richard, www.acaderc.org.ar.

No puede pretenderse que las crisis económico patrimoniales de las sociedades sean resueltas por el Derecho Concursal, particularmente por ser prevenidas por normas imperativas de la legislación societaria. Estas actúan como sistema pre concursal, dejando a la legislación concursal como un remedio marginal. Similares soluciones a las de la legislación argentina corresponden a las contenidas en el derecho uruguayo, que las mejoran. La pérdida del capital social es una causal de disolución de la sociedad, que no atendida genera responsabilidad de administradores y condiciona quitas en acuerdos concursales que cabría tachar de abusivas y en fraude a la ley.

VIII – UNA REVISIÓN DEL TEMA.

La doctrina comercialista, tanto la que atiende la funcionalidad de las sociedades, como la concursalista que apunta a continuas presiones para la “modernización” de la legislación concursal, tienden a omitir las normas del sistema societario que podría servir para afrontar las crisis económico patrimoniales de las sociedades en forma privada.

“*La solución negociada de la crisis*” –o preconcursalidad- impone la pregunta ¿Esperamos ello del derecho concursal? La doctrina postula la reforma continua de ese derecho, y reafirma su posición en la continuidad y periodicidad de las reformas en el derecho comparado.

Se aboga por una mayor anticipación para atender las crisis de las sociedades, se amplían los presupuestos objetivos de apertura de un procedimiento concursal, se postulan soluciones preconcursales dentro de la legislación concursal, y se intenta que la crisis sea soportada por los acreedores y no por los socios, alejándose de un “*esfuerzo compartido*”, a través de quitas y esperas.+

1. Al comparar las vías de abordaje de la “*insolvencia societaria*” conviene preguntarse: ¿debe estarse a las normas societarias que imponen acciones a administradores y socios? O soslayándola, ignorándola ¿puede recurrirse –incluso tardíamente- al proceso concursal para lograr una planificada quita y espera? La primera acción se corresponde a las soluciones societarias, permitiendo enervar la causal de disolución por pérdida del capital social por capitalización que puede tener innumerables matices. La segunda intenta una “*donación*” a través de las soluciones concursales ante la insolvencia societaria, que impone que el problema lo asuman los acreedores. Ello con quitas desmesuradas y esperas, con incidencia impositiva de las quitas, al considerárselas ganancia, observación que desaparecería si –pese a no asumir los socios la recapitalización- en el “*esfuerzo compartido*” se capitalizan los pasivos, operación neutra para la sociedad, pero que modifica profundamente su patrimonio, además de la afectación del derecho de propiedad al imponer quitas no aceptadas individualmente a los acreedores, enriqueciendo a los socios que intentan así sustituir su obligación de reintegro del capital social.

Apuntamos que los efectos de la aprobación de un balance no se agotan con su aprobación, pues el balance implica una proyección sobre el futuro. Particularmente por aspectos que suelen minimizarse al referirse a la función de garantía del capital social⁵⁶, pero imponiendo advertir que de los resultados de ese balance se derivan derechos y responsabilidades –fundamentalmente- cuando del proyecto de balance que se aprueba resulta declarada por la sociedad la existencia de una causal de disolución por pérdida del capital social o cuando menos de una pérdida parcial que impone su reducción, sin aparecer punto posterior del orden del día para adoptar las soluciones que imperativamente impone la ley societaria⁵⁷. Ese balance luego es presentado ante un juez concursal justificando la apertura de un concurso preventivo para que los acreedores soporten la cuestión que debieron soportar los socios con el reintegro del capital si pretenden continuar operando⁵⁸.

La “preconcursalidad” aparece así activada, evitando el concurso y la responsabilidad de los administradores.

⁵⁶ DASSO *Tratado del Derecho de Separación o Receso del Socio y del Accionista*, cit. pág. 193 y ss..

⁵⁷ Nto. “SOBRE EL TÍTULO PRELIMINAR DEL PROYECTO DE CÓDIGO CIVIL”, en *El Derecho*, Buenos Aires, diario de doctrina y jurisprudencia del 5 de abril de 2013.

⁵⁸ Nto. “SOBRE EL PATRIMONIO SOCIAL: ¿CAPITALISMO DE REPOSICIÓN O DONATARIO?”, en *Revista del Derecho Comercial del Consumidor y de la Empresa*, Ed. La Ley, Buenos Aires, año II n° 5 Octubre de 2011, pág. 151 y ss.

Señalamos algunas consecuencias en el concurso si no se hubiera atendido la imperatividad de las normas societarias⁵⁹.

2. Es fundamental determinar que una quita y espera empobrece a acreedores quirografarios y enriquece directamente a socios de la sociedad concursada, rompiendo así la axiología jurídica y el valor justicia que tiende a asegurar el equilibrio en los repartos. Y el análisis sobre la confiscatoriedad de la propuesta⁶⁰ –y del acuerdo por mayoría, en su caso- debe formalizarse para asegurar el derecho constitucional de propiedad de los que no han prestado su conformidad, pero que sufrirán los efectos de ese acuerdo ilegal.

3. “*El concepto de abuso, como acción y efecto de abusar, es usar mal, excesiva, injusta, impropia o indebidamente de algo o de alguien*” (Real Academia Española “Diccionario de la Lengua Española”, 2.002). El Art.1.071 del C.Civil argentino, luego de recordar que el ejercicio regular de un derecho propio o el cumplimiento de una obligación legal no puede constituir como ilícito ningún acto, agrega “*La Ley no ampara el ejercicio abusivo de los derechos. Se considerará tal al que contraríe los fines que aquélla tuvo en mira al reconocerlo o al que exceda los límites impuestos por la buena fe, la moral y las buenas costumbres*”. Como lo reafirma Lidia VAISER⁶¹, el Art.1.071 del C.Civil argentino resulta, a no dudarlo, una norma fundamental en la restricción del abuso y un soporte monumental en el plano de todo conflicto jurídico, cualquiera fuere la esfera normativa que aborda en su núcleo central. A ello debe agregarse el contenido del art. 953 del C.Civil que sanciona con nulidad absoluta (art. 1044 C.C.) a este tipo de actos.

En caso de cesación de pagos, e incluso de insolvencia de una sociedad, el derecho de proponer quitas implica un real abuso de derecho de los socios –guiados por los administradores- frente a la obligación incumplida de reintegrar o aceptar la capitalización de la sociedad. Y hemos referido la imperatividad de esas normas en el derecho rioplatense. Y en el derecho uruguayo que la propuesta la formalice el órgano de gobierno de la sociedad concursada.

4. Bastará advertir que no se adoptaron soluciones societarias, que no se afrontó la crisis oportunamente, que sólo se exige un sacrificio a los acreedores, para que la propuesta pueda ser cuestionada por abusiva⁶² y en fraude a la ley al haberse omitido las soluciones societarias.

El abuso de derecho y el fraude a la ley resulta, en caso de sociedades, por no haberse cumplido con las previsiones del derecho societario, trasladando la cuestión a la decisión de los socios, y si éstos no hubieren intentado superar la pérdida del capital social (conservación de la empresa), con desembolsos propios o invitando a los acreedores a compartir el riesgo⁶³, conllevan a intentar un enriquecimiento de los obligados con desmedro del patrimonio de los acreedores.

Si ello no ha ocurrido, el Juez no puede dejar de ver que a través de ese acuerdo se empobrecería a acreedores que no han dado conformidad, y ha enriquecido a los socios, que no realizaron el esfuerzo que les impone la ley societaria, ni afrontaron el esfuerzo compartido que

⁵⁹ “La empresa, su crisis y su conservación (meditaciones desde una visión nacional)” en *SUMMA CONCURSAL*, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires 2012, tomo I pág. 543.

⁶⁰ DASSO, *Derecho Concursal* Comparado cit. tomo III, al referirse a la legislación de España, respecto a la propuesta apunta “El sistema establece significativos límites a los contenidos económicos de las propuestas: las esperas no pueden exceder los cinco años y las quitas no pueden superar la mitad de cada crédito, pero el juez está facultado para labilizar tales límites cuando se tratare de empresas de trascendencia para la economía. El convenio puede tener un contenido de reorganización, por medio de un plan de viabilidad... La conformidad de los acreedores con aplicación de la regla de la mayoría sigue siendo el eje de la concursabilidad... Los cesionarios de créditos por actos entre vivos ulteriores a la declaración en concurso, salvo adquisición por título universal o por realización forzosa, no tienen derecho de voto”. Las mayorías se flexibilizan “cuando consista en el pago total del pasivo ordinario dentro de los tres años o en el pago inmediato con quita inferior al 20%”. El tope es del 30%.

⁶¹ “El Abuso de Derecho en los Procesos Concursales” JA 2.003-IV- 1.328.

⁶² Nto. “Crisis de sociedades: Acuerdos concursales abusivos vs. Solución privada” en *SUMMA CONCURSAL*, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires 2012, tomo II pág. 1945.

⁶³ Francesco FIMMANO “L’ allocazione efficiente dell’ impresa in crisi mediante la trasformazione dei creditori in soci”, en *Revista delle società*, 2010, páginas 57 y siguientes.

imponen reglas de equidad –y buena fe⁶⁴- y de repartos dikelógicos, usando del sistema jurídico y judicial –aparentemente disponible- para enriquecerse.

5. Uruguay dispone afrontar la cuestión de la responsabilidad a través de los arts. 391 y 395 LSU, conforme el primario análisis que hemos formalizado de su legislación concursal y societaria.

La vía concursal, intenta una “donación”⁶⁵ a través de soluciones concursales ante la insolvencia societaria, eludiendo las normas imperativas del sistema societario de capitalización o liquidación, intentando que el problema lo asuman los acreedores. Resulta clarísimo así el abuso de derecho y el fraude a la ley en la propuesta.

Esta es una verdadera revolución y desafío para los jueces.

Franco Bonelli⁶⁶ afronta el supuesto de la continuación de la gestión social después de la pérdida del capital social, con la responsabilidad de los administradores. Si no existen normas claras que impidan la continuación de la actividad social en crisis –en nuestro país, la República Argentina, la imposibilidad sobreviniente de cumplimiento del objeto social- aumentando la posibilidad de fracaso ante una prospectiva incierta, la tutela de acreedores impone responsabilidad de los administradores⁶⁷.

IX – PARA INTEGRARNOS CON EL MAESTRO URUGUAYO.

Los administradores deberán determinar –por lo menos anualmente- si la sociedad es patrimonialmente apta para el cumplimiento del objeto social, pese a la pérdida del capital social. Y a su vez lo deberán someter a la consideración de los socios o accionistas. La aplicación de las normas sobre sociedades, como de otras del sistema jurídico, debe permitir prevenir su insolvencia e impedir la transferencia de los daños a los acreedores. Si los administradores continúan la operación de una sociedad, con pérdida del capital social y el patrimonio no es apto, ello se advertirá rápidamente en la no satisfacción de las obligaciones sociales. Y en tal supuesto los administradores asumirán responsabilidad por los principios generales previstos en los arts. 59 LSA y su casi equivalente art. 83 LSU.

Como contrapartida de la libertad para asociarse y ejercitar actividades empresarias a través de una persona jurídica, en la mayoría de los casos con limitación de responsabilidad de los socios –y siempre de los administradores no socios-, existe la obligación de no dañar, particularmente asegurada por la función de garantía del capital social, aunque fuera sólo en la llamada “one dollar corporation”.

Este repaso de normas societarias y concursales frente al concurso preventivo de sociedades, genera una serie de preguntas, difíciles de contestar frente a la actuación irregular de administradores y, a veces, de socios: de la necesidad de conservar la empresa viable y que generó empleo, y de las responsabilidades por esos concursos con pérdida del capital social sin haber transitado el camino de las normas imperativas.

Un desafío a la imaginación ante las conductas desviadas y un aporte a soluciones de bajo coste de transacción.

La legislación debe desalentar dañar y privilegiar la buena fe. Correlativamente la ley no debe alentar la generación de perjuicios o generar beneficios espurios, si se tutelan ciertas estructuras, como la empresa –que se consideran valiosas por los intereses concurrentes-, y ante ello no puede dañarse a otras empresas que convergen en el mercado. Ello, a nuestro entender quizá con visión alejada, se ha logrado en la congruencia de normas en la legislación uruguaya, y ello lo debemos a

⁶⁴ Nto. “ENSAYO EN TORNO A BUENA FE E INSOLVENCIA SOCIETARIA” en Libro colectivo 2ª edición del *Tratado de la Buena Fe en el Derecho*, Coordinador Marcos M. Córdoba, Editorial La Ley, 2 tomos Buenos Aires 2005, , constituyendo el capítulo XLIX del tomo I a pág. 811.

⁶⁵ Nto. “SOBRE EL PATRIMONIO SOCIAL: ¿CAPITALISMO DE REPOSICIÓN O DONATARIO?” en Revista del Derecho Comercial del Consumidor y de la Empresa, Ed. La Ley, Buenos Aires, año II n° 5 Octubre de 2011, pág. 151 y ss..

⁶⁶ *La responsabilità degli amministratori di società per azioni*, Ed. Giuffrè, n° 135 de los Quaderni di Giurisprudenza Commerciali,

⁶⁷ MIOLA, ob. cit. pág. 1310.

los numerosos juristas que han intervenido en la gestación de esas leyes, uno de ellos el maestro que homenajeamos.

Hemos así realizado una exposición unilateral hipotética con el distinguidísimo jurista y amigo Prof. Dr. Siegbert Rippe que siempre ha centrado su atención en la actuación empresarial en el contexto social. Esperamos continuarla en persona en diálogo fresco con su afabilidad, su tolerancia, y su mente lúcida y sistemática.