

LA EFICIENCIA PARA RESOLVER LAS CRISIS SOCIETARIAS: LA VIABILIDAD DEL NEGOCIO. SOLUCIONES EN LA LEY SOCIETARIA Y EN LA LEY CONCURSAL; COMPATIBILIDADES, CONGRUENCIAS Y HABILITACIONES. LAS SOLUCIONES EXTRAJUDICIALES NO JUDICIALES¹

Efraín Hugo RICHARD

Los principios que deberían regir las crisis societarias fueron fijados en anteriores paneles: la atención temprana, en lo posible en forma privada y confidencial, y ante el fracaso de aquellas usar los procesos concursales preventivos evitando la expansión del daño, y que administradores y socios asumieran responsabilidad ante normas imperativas de la legislación societaria comparada, que imponen ante la existencia de patrimonio neutro o negativo la liquidación si no se capitaliza la sociedad por socios, terceros o por acreedores.

La crisis de una persona humana, aún desarrollando una empresa, no tiene las reglas a que esta sometida una empresa organizada como sociedad, por lo que resulta fundamental analizar las compatibilidades y su congruencia, y de allí la importancia de este reconocimiento en este Congreso en su panel de cierre. Creimer y García Cruces han opinado sobre aspectos parciales y Dasso ha evadido el tema, con referencias al sistema concursal ajenos a la temática de la convocatoria.

Sin duda con la prevención se defiende el interés general: en primer lugar el de los socios, el de los trabajadores y el de los acreedores de la sociedad no dañándolos con el incumplimiento. El actuar temprano y el plan de negocios han sido resaltados en el discurso de apertura de Stefania Pacchi

1. La prevención privada societaria deberá ser la primera vía.

Lo fundamental en todo momento es que el órgano de administración, sus administradores y auditores estuvieren atentos y ante la menor evidencia de crisis asumieran primero el diagnóstico y la posibilidad de superarla, pues la empresa viable era la única rescatable salvo que por razones sociales asumiera ese salvataje el Estado. La necesidad de un “plan de negocios” se potencia en la confección de Memorias creíbles donde se analizaran los resultados del balance y la proyección del negocio, asumiendo su rol de control Síndicos y auditores cuando los hay.

2. La segunda vía es la concursal, ante la avizoración de la crisis obviamente antes de la pérdida del capital social.

Se trata de problemas financieros o económicos, no patrimoniales más profundos. A veces el mero fracaso de las tratativas privadas por la intolerancia de acreedores, que generan la necesidad del concurso para evitar juicios e imponer una espera. Se trata normalmente de falta de activos corrientes para atender los pasivos corrientes, pero existiendo un patrimonio activo mayor que el patrimonio pasivo.

¹ Referencias y antecedentes pueden verse en www.acaderc.org.ar y en los cuatro tomos de los Congresos precedentes en esta misma semana.

3. Aparece la preconcursalidad societaria cuando el problema es más grave, patrimonialmente, a través de normas imperativas, con regulación uniforme en el derecho comparado.

La conveniencia para evitar responsabilidades de atender las normativas societarias en cuanto a la existencia de patrimonio negativo como causal de disolución.

La pérdida del capital social impone la capitalización privada o la liquidación (arts. 94.5/96 Ley General de Sociedades argentina –LGS-).

Claro que la eficiencia de este esquema es comprometida por la conducta de administradores y socios que tratan que los acreedores soporten el problema y por eso se recurre tardíamente a la vía concursal sin haber recorrido las vías societarias, como señaló Creimer en la primer intervención en este panel.

La responsabilidad de administradores y ciertos socios será siempre aplicando la teoría de responsabilidad civil de base subjetiva ante la existencia de daño (el pasivo societario) al incumplir esas normas, de lo que resultaba la antijuridicidad y la causalidad, nunca como sanción.

La existencia de normas imperativas para las personas jurídicas privadas esta reconocida en el art. 150 a) CCC.

En tal sentido las que prohíben ciertas cláusulas –art. 13 LGS-, aseguran la representación orgánica y la consistencia patrimonial o imponen la liquidación in bonis, con activo suficiente para satisfacer el pasivo –que es la función de garantía del capital social-.

Nos estamos refiriendo justamente a esa función de garantía, específicamente en cuanto se constituye en una causal de disolución de la persona jurídica.

Las normas imperativas del derecho societario tienden particularmente a asegurar la solvencia del patrimonio social y consecuentemente a evitar la insolvencia de la sociedad y daños a terceros por incumplimiento de sus obligaciones.

E. Daniel Truffat se ha enrolado en esa posición integradora del sistema jurídico hoy reforzada por el contenido del art. 2 Título Preliminar del CCC: “La pérdida de autosuficiencia del Derecho Concursal y su necesaria integración no solo con normas supra legales de base constitucional, sino con el derecho positivo clásico y con los ‘nuevos derechos’. Sin duda comprende al derecho societario cuando se trate de la crisis de este tipo de persona jurídica privada.

4. Esa estructura fundante del derecho societario, con normas uniformes en el derecho comparado –al igual que en el nacional-, se reafirma en la nueva concepción del art. 100 introducido en LGS: “Las causales de disolución podrán ser removidas mediando decisión del órgano de gobierno y eliminación de la causa que le dio origen, si existe viabilidad económica y social de la subsistencia de la actividad de la sociedad”, en un todo congruente con los arts. 2 y 150 a) CCC.

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. En tal sentido sobre el patrimonio de las personas jurídicas privadas, el art. 63 ap. c) e i) CCC sobre imposibilidad sobreviniente de cumplimiento del objeto por incapacidad patrimonial o el agotamiento de los bienes destinados a sostener la persona jurídica, art. 11 inc. 4° LGS sobre la constitución del capital social o patrimonio fundacional, y el art. 94.5 LGS que impone la disolución de la sociedad ante su pérdida

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

Líneas de doctrina sostienen que todo lo referido a las causales de disolución, y referido a la liquidación, como la falta de capital social son normas imperativas, de orden público, irrenunciables e inderogables, indisponibles.

Es nada menos que la “función de garantía del capital social” a la que estamos poniendo de resalto como una línea roja que impone conductas. Es una función distinta a la de “productividad o funcionalidad” del capital social sobre la que se ha escrito mucho a través de la teoría de la “infrapatrimonialización material”, y que ha referido Creimer. Pero la función de garantía hace a un problema patrimonial: el pasivo social no puede ser igual o superior al activo social. Esta función de garantía funciona también en las legislaciones que autorizan la “one dollar corporation” o “one pound company”. La función de garantía del capital social esta adecuadamente resguardada en la legislación mundial.

5. A salvo la autonomía de la voluntad de remover la causal reintegrando el capital social en el caso o capitalizando (art. 96 LSC/LGS).

Atento a que esa función de garantía del capital social es de orden público y las normas que lo tutelan en resguardo de terceros y del mercado son imperativas, esa norma de remoción del art. 96 LSC/LGS, para no liquidar ni asumir responsabilidad: ¿puede ser desoída?

¿Podrían los constituyentes de una sociedad pactar en el estatuto que si la persona jurídica societaria pierde el capital social, esa causal de disolución deberá ser afrontada por los acreedores? ¿Se aceptaría por los órganos de control (administrativos o judiciales) registrarán la sociedad con tal cláusula estatutaria? Y si se la hubiera rechazado, eliminándola del Estatuto, podrían los socios en el momento de aprobarse un balance del que surgiera la constatación de la pérdida del capital social –sin ninguna observación contable- decidir que continuarían el giro sin reintegrar ni capitalizar por si, por terceros y acreedores, disponiendo que la sociedad sea concursada y se requiera una quita a los acreedores?

Tema fundamental es si una sociedad en causal de disolución puede intentar un concurso preventivo, sin perjuicio de aceptarlo en el caso que se encuentre en liquidación (art. 5 LCQ). En las Jornadas de Sindicatura Concursal, en noviembre de 2013 organizadas por el Consejo

Profesional de Ciencias Económicas de Córdoba, la respuesta fue negativa, siguiendo criterios como los de las leyes colombianas, peruanas y uruguayas, entre otras.

6. Antes de la insolvencia –pérdida del capital social-, en grados menores de crisis debería actuar el derecho concursal, incluso los acuerdos privados².

La preconcursalidad es hoy abordada por especialistas, como forma de paliar la ineficiencia de la legislación concursal, con métodos más inmediatos y de menores costes económicos y sociales³. Pero esos especialistas en el derecho concursal suelen no abordar la preconcursalidad prevista en las legislaciones societarias, que tienen soluciones uniformes en el derecho comparado⁴, basadas en esa función de garantía.

La realidad: se intenta aplicar o encontrar normas concursales para atender situaciones más graves que las previstas en la ley societaria.

Aquí comienza el desencuentro. No se aplican las normas societarias. Se intentan quitas como técnica abusiva, se soslaya la posibilidad de una capitalización, y entonces el Derecho Concursal, los procedimientos concursales, llegan tarde y fracasan, y por eso se tiende a modificar constantemente la Ley que los regula. Es el tema de la eficiencia al que se refirió Stefania Pacchi al abrir este Congreso.

Si se atiende la crisis antes de la pérdida del capital social, cuando los administradores avizoran la crisis no habrá juicios –salvo excepcionalmente, o por obligaciones extracontractuales y laborales-, y no será necesario pensar en un trámite judicial para paralizar ejecuciones, ni respecto a la problemática de la invulnerabilidad de arreglos, extensión del acuerdo a los que no lo aceptaron, y la protección de la moneda fresca. Claro que la exteriorización de la crisis tiene un costo, no sólo de mediación sino de pérdida de confianza.

Estamos hablando de “preconcursalidad”, como lo hicimos en homenaje a Emilio Beltrán Sanchez en libro dirigido por García Cruces. Se ha sostenido que la legislación societaria opera en el derecho comparado “como un instrumento preconcursal”, como lo ha hecho recientemente en libro con tal título el español Rodríguez del Pozo “tiene una función preconcursal o paraconcursal, considerando algún otro considerarla como anticoncursal, como han expresado los españoles Uría, Menéndez, García de Enterría y Díez Echegaray.

2 Nto. “Las soluciones negociadas como respuesta a la insolvencia empresarial. Visión desde el derecho argentino: la preconcursalidad societaria”, en libro colectivo LAS SOLUCIONES NEGOCIADAS COMO RESPUESTA A LA INSOLVENCIA EMPRESARIA, Director José Antonio GARCÍA-CRUCES, Ed. Departamento de Derecho de la Empresa, Univ. de Zaragoza, Thomson Reuters Aranzadi, pág. 33 y ss..

3 PULGAR EZQUERRA, Juana Preconcursalidad y acuerdos de refinanciación. Adaptado a la ley 38/2011 de 10 de octubre, de reforma de la ley concursal, Ed. La Ley grupo Wolters Kluwer, Madrid julio 2012.

4 Nto. “NOTAS EN TORNO A LA PRECONCURSALIDAD SOCIETARIA: UN ESTUDIO COMPARADO”, en Revista de Derecho concursal y Paraconcursal, Editorial La Ley,. RPC 20/2014, Reseña Legislativa española y comparada. Madrid 2014, págs.. 423 a 446.

7. Con herramientas y procedimientos diferentes se ha ido convergiendo con una legislación concursal cada vez más preocupada por la prevención de las crisis empresariales y en la solución de éstas con el menor daño posible a las estructuras productivas.

Esta comunidad de objetivos entre ambas ramas del ordenamiento mercantil hacen necesaria una coordinación y armonización normativa –que impone ahora el art. 2 CCC, de modo que su objetivo común pueda ser logrado en forma segura y eficiente, derecho concursal y derecho societario no son dos compartimentos estancos. Ambas disciplinas deben perseguir, desde una concepción integral del sistema jurídico, una armonización de sus sistemas normativos en orden a la tutela del crédito, a la anticipación de las crisis y a evitar su profundización y propagación, al decir de Olivera Amato.

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

Es más, se acepta la presentación en concurso de sociedades que ni siquiera se encuentren en cesación de pagos, en el concurso por agrupamiento o por garantías otorgadas, pues en ambos casos se avizora una situación de crisis, quizá inminente.

8. Es importante distinguir el mero desequilibrio en medios de pago de la insolvencia patrimonial para satisfacer el pasivo.

Desde hace muchos años Mauricio Yadarola y Fernández igualaron los conceptos de cesación de pagos e insolvencia. Pero concordamos con la especialista en Sindicatura Concursal Celina Mena, quién con visión contable-económica, señala que “cesación de pagos” e “insolvencia” “no es lo mismo porque la insolvencia se manifiesta en el patrimonio, es este el que no puede hacer frente al pasivo y el remedio en principio es liquidativo. La cesación de pagos es un problema financiero y económico. Este problema se manifiesta por la falta de capital de trabajo.

De ahí la importancia de introducir el tema de la insolvencia negocial. La española Marta Prats Marquina 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 definitiva (activo inferior al pasivo exigible). Resulta interesante la aportación que realiza ya que es un dato esencial a tener en cuenta cuando de analizar capacidades empresariales se trata, como señala el uruguayo Martínez Blanco.

En esta comunicación dejamos de lado cualquier disquisición terminológica, pese a distinguir cesación de pagos de insolvencia, equiparando esta con pérdida del capital social, lo que eventualmente haremos en su uso, explicitándolo al sólo efecto informativo –no necesariamente

como conclusión dogmática-, al decir de Hart se trata de "las expresiones jurídicas que los juristas usan a diario sin reflexionar demasiado sobre ello... sin dar cuenta en la realidad el equivalente semántico".

Una dotación patrimonial insuficiente implica la existencia de una causal de disolución: "imposibilidad sobreviniente en el cumplimiento del objeto social" o sea la "inviabilidad de la empresa", fundando una causal de responsabilidad de los administradores (arts.59 LGS), pero la pérdida del capital social supone acciones cuya omisión genera responsabilidad por el daño (art. 99 LGS), solidaria para administradores y para los socios en su caso, tipificándose esta situación en la última parte del art. 167 CCC: "y aquellos miembros que, conociendo o debiendo conocer la situación y contando con el poder de decisión necesario para ponerle fin, omite adoptar las medidas necesarias al efecto". No se trata de una sanción, pues la omisión debe generar daño o sea estamos dentro de la teoría general de la responsabilidad civil de base subjetiva.

9. Por otra parte si el patrimonio de la sociedad sólo está en cesación de pagos, la quita en la propuesta, o en el acuerdo logrado por mayoría, implica cuando menos un abuso de derecho, y un fraude a la ley si se ha perdido el capital social, pues en tal caso la LGS impone a los socios la liquidación, salvo reintegro de ese capital o la capitalización de la sociedad, como ha quedado de resalto.

Correlativamente, ante la crisis de las sociedades, pueden alentar a los acreedores sociales a compartir el riesgo aceptando capitalizar sus obligaciones, frente a la viabilidad de aquellas.

Para ello deberán presentar, a todos estos actores en el desenvolvimiento de la empresa en crisis, la formulación de planes de factibilidad, reorganización y eventuales resultados. Esto esta representado en la teleología de la reforma en el art. 100 LGS. Es que el centro de la cuestión del enfrentamiento de las crisis y del derecho concursal, es la empresa viable, porque la empresa no viable no es empresa. Y esto obliga a la planificación. La planificación esta ínsita en los deberes y obligaciones de los administradores para no asumir responsabilidad.

De no ser la empresa viable, la liquidación es el camino adecuado y si se quiere conservar socialmente puestos de trabajo, la mirada debe ser puesta en los poderes públicos, siempre con un plan para determinar la posibilidad de exenciones, subsidios o incentivos fiscales o crediticios.

La pérdida del capital social implica la pérdida de la garantía para terceros e impone la liquidación, salvo capitalización.

10. La judicatura no debería homologar propuestas con quita, pues configuraría abuso o fraude generado por administradores y socios, para beneficiarse éstos perjudicando a los acreedores.

Los socios abusarían del derecho si en vez de reintegrar el capital o capitalizar la sociedad la concursaran para que los acreedores asuman la pérdida. En tales casos, si el Juez no lo advierte y adopta las medidas del caso, el Síndico debería remarcarlo en el informe general del síndico, conforme lo previsto en el inc. 7° del art. 39 LCQ, refiriéndose no sólo a la integración del capital

social, sino ante la pérdida del capital social –antes de convocarse o después y antes del informe general-, señalando tal circunstancia y el eventual cumplimiento por administradores y socios se han adoptado las previsiones de los arts. 96 y 99 LSA.

11. Si fracasara la tratativa extrajudicial de esa capitalización, o la liquidación privada se considerara inviable, recién aparecería lógica la presentación en concurso, formalizada temporáneamente con ese proceso.

Y la capitalización de los créditos quirografarios puede ser la propuesta superadora para lograr un acuerdo. Quita y espera impuestas en acuerdo concursal importan enriquecimiento para los socios y empobrecimiento para los acreedores, un verdadero abuso de derecho y fraude a la ley, reafirmado en el CCC.

En el derecho argentino la capitalización por socios o terceros para solucionar la crisis es una solución de bajo costo y que asegura la homologación judicial del acuerdo, pues no podría serlo un acuerdo con apariencia formal sin analizar si lo acordado viola principios de buena fe, o si existe abuso de derecho o lesión, cuando no fraude a la ley societaria, capitalización que debería estar incentivada por el plan de negocios en cuanto fuere auspicioso, y una capitalización de pasivo eventualmente inducida a acreedores profesionales (bancos y financieros) a través de las provisiones a realizar en sus balances si no capitalizan, advirtiendo que a poco si el plan de negocios es bueno podrían colocar en sus inversores esa capitalización.

12. Los acuerdos privados extrajudiciales no judicializados eran los más convenientes por la confidencialidad para devolver la potencialidad de la actividad.

Que no logrados ellos o por medios internos de la sociedad, reorganización, aportes de los socios, el concurso preventivo debía ser asumido en la forma más rápida posible.

Las crisis de sociedades deben ser asumidas tempranamente por la estructura y profesionalidad de sus órganos, con un plan de negocios sobre su viabilidad es central en las soluciones privadas o judiciales, siendo necesario poner atención en la congruencia de las leyes societarias y concursales, incluso para determinar cuales debían modificarse y que la conservación de la empresa viable debía ser el objetivo, como así también evitar responsabilidad de administradores, auditores y socios.

Ante un plan razonable –al decir de Stefania Pacchi apuntamos- no cabría la rescisión o invalidez de lo realizado, pues la buena fe debía juzgarse a la fecha en que se formalizó y no posteriormente por su fracaso, como regulaban los arts. 125.1 y 125.2 en la ley concursal argentina que rigió del año 1983 al 95. Y esto valida los acuerdos privados y la prevención intrasocietaria.

No hay encuestas de las soluciones privadas con acreedores o de las soluciones internas societarias aplicando la ley específica. Solo del fracaso de las presentaciones societarias tardías, cuando la crisis se ha agudizado y no sólo hay cesación de pagos sino insuficiencia patrimonial con pérdida del capital social, afectando su función de garantía.

13. Quizá la reflexión final sea que no se realizan diagnósticos oportunos de viabilidad de la empresa, de la forma de corregirlos integrando incluso a los acreedores que están interesados en mantener el giro de la sociedad, y a veces en una suerte de prejuicio de presentación temprana, de ingenuidad sobre un acontecimiento futuro e incierto que puede resolver la cuestión o una clara decisión de transferir la obligación de capitalizar de los socios a los acreedores.

Si esta visión es correcta y desde el punto de vista concursal se sigue queriendo mantener la posibilidad de presentaciones tardías, sin atender las normas imperativas de la legislación societaria quizá deba pensarse no en reformas de la ley concursal sino en reformas de la ley societaria.

Hay falla en la prevención, la distinción entre crisis de persona humana y de sociedades, olvidando las normas imperativas de la ley específica, que llevan a presentaciones tardías que entrañan abusos, fraude a la ley e innecesarias responsabilidades de administradores y socios

Estudios sobre la compatibilización de legislación societaria y concursal permitirán una visión integral sobre la crisis de sociedades y la eficiencia o eficacia para resolverlas, a lo que nos invitó Stefanía Pacchi en su discurso de apertura de este Congreso.

Las referencias al acto de clausura están referidas en las Conclusiones de este panel que preceden a las exposiciones escritas de los panelistas que acercaron con posterioridad.