

**EL ABUSO DE DERECHO Y FRAUDE A LA LEY EN MATERIA COMERCIAL Y LOS PRINCIPIOS
GENERALES DEL NUEVO CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL.**

Efraín Hugo RICHARD

I – INTRODUCCIÓN.

En este ensayo queremos poner de relieve la esforzada labor de la magistratura ante una comunidad al margen de la ley, a la que el Congreso recurre para acotar los efectos de actos que generan daños. Ello se destaca en el Título Preliminar del Código Civil y Comercial que regirá a partir del 1° de agosto de 2015 (CCC), que lleva a importantes análisis a partir del criterio generalizante previsto en su art. 2°¹, en torno a la funcionalidad de las personas jurídicas, específicamente de las sociedades, particularmente en situaciones de crisis².

Destacamos en tal sentido, además de la norma referida, las previsiones contenidas en: “ARTÍCULO 9°.- Principio de buena fe. Los derechos deben ser ejercidos de buena fe”, a la que se suma la disposición del “ARTÍCULO 10.- Abuso del derecho. El ejercicio regular de un derecho propio o el cumplimiento de una obligación legal no puede constituir como ilícito ningún acto. La ley no ampara el ejercicio abusivo de los derechos. Se considera tal el que contraría los fines del ordenamiento jurídico o el que excede los límites impuestos por la buena fe, la moral y las buenas costumbres. El juez debe ordenar lo necesario para evitar los efectos del ejercicio abusivo o de la situación jurídica abusiva y, si correspondiere, procurar la reposición al estado de hecho anterior y fijar una indemnización”.

Adviértase ese importante rol que se otorga a la judicatura. Corona estas disposiciones el “ARTÍCULO 12.- Orden público. Fraude a la ley. Las convenciones particulares no pueden dejar sin efecto las leyes en cuya observancia está 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”.

A ello se agregan otras normas sobre la prevención del daño, a las que haremos referencia.

II – METODOLOGÍA – IMPERATIVIDAD DE NORMAS SOCIETARIAS.

El paso lógico para entrever la posibilidad de aplicación de dichos principios es determinar si existen normas imperativas en la ley de sociedades, y su posible violación.

La existencia de normas imperativas para las personas jurídicas privadas esta reconocida en el art. 150 a) ³ CCC. En esta última norma se remarca la existencia de preceptos imperativos en las leyes especiales que regulan cada persona jurídica privada y en el propio Código, no disponibles por la autonomía de la voluntad. A su vez un fallo de la Corte que luego acercaremos habia apuntalado este criterio.

1 Art. 2 CCC. Interpretación... teniendo en cuenta sus palabras, sus finalidades, ... los principios y valores jurídicos, de modo coherente con todo el ordenamiento.

2 Nto. “SOBRE EL TÍTULO PRELIMINAR DEL PROYECTO DE CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL”, en El Derecho, diario del 5 de abril de 2013, Buenos Aires.

3 Art. 150 CCC. Leyes aplicables. Las personas jurídicas privadas que se constituyen en la República, se regien: a) por las normas imperativas de la ley especial o, en su defecto, de este Código;...”

La base de la constitución y reconocimiento de una persona jurídica privada es el patrimonio separado para el cumplimiento de su finalidad, apuntalado por el art. 154 CCC, y a la determinación del capital social en LGS. No nos estamos refiriendo ahora a la apreciación sobre infracapitalización material, que hace más a la función de productividad del capital social y tantas discusiones ha traído sobre si el juez puede apreciar al tiempo del registro la existencia de una dotación suficiente de ese capital social, sino a la función de garantía del capital social específicamente en cuanto se constituye en una causal de disolución de la persona jurídica o de la sociedad.

Es necesario convenir en que las normas de la ley general de sociedades sobre la función de garantía del capital social son imperativas. Ello es congruente con la idea que la sociedad debe ser viable y no puede convertirse en un instrumento para dañar a terceros y al mercado en general⁴. Correlativo con ello la disposición del art. 99 de la actual ley de sociedades comerciales (LSC) sin modificar por la ley general de sociedades (LGS), vinculado a la causal de disolución de pérdida del capital social (94.5 LSC/LGS), que protege a terceros sin perjuicio de la remediación autorizada taxativamente por el art. 96 LSC/LGS.

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 LGS⁵ ampliando el vigente, en un todo congruente con los arts. 2 y 150 a) CCC.

La autonomía de la voluntad para generar personas jurídicas, particularmente las societarias, esta acotada por normas propias que hacen a la consistencia y subsistencia del patrimonio base del reconocimiento de esa personalidad, y su reconocimiento permitirá prevenciones ante la posibilidad de que se generen daños, lo que siempre existió pero se acentua conforme las nuevas normas. 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 creemos haya 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.

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 los arts. 154 sobre el patrimonio de las personas jurídicas privadas, 163 ap. c) e i) sobre imposibilidad sobreviniente de cumplimiento del objeto por incapacidad patrimonial o el agotamiento de los bienes destinados a sostener la persona jurídica, y 11 inc. 4° sobre la constitución del capital social o patrimonio fundacional, el art. 94.5 que impone la disolución de la sociedad ante su pérdida

4 Nto. "NORMAS IMPERATIVAS DEL DERECHO SOCIETARIO PARA PREVENIR DAÑOS", en Los aspectos empresariales en el nuevo //Código Civil y Comercial de la Nación, Ed. Fidas, Buenos Aires 2015, página 79.

5 2.21.- Sustituyese el artículo 100 de la ley 19.550, T.O. 1984, por el siguiente: Artículo 100.- Remoción de causales de disolución. Las causales de disolución podrán ser removidas mediando decisión del órgano de gobierno y eliminación de la causa que le dio origen, si existe viabilidad económica y social de la subsistencia de la actividad de la sociedad. La resolución deberá adoptarse antes de cancelarse la inscripción, sin perjuicio de terceros y de las responsabilidades asumidas. Norma de interpretación. En caso de duda sobre la existencia de una causal de disolución, se estará a favor de la subsistencia de la sociedad.

1. 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 Truffat⁶ se ha enrolado en esa posición integradora del sistema jurídico hoy reforzada por el contenido del 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” (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”.

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)”⁷.

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

Las normas societarias a las que referimos tienen carácter imperativo cuanto menos, si es que no constituyen un orden público societario. Como premisa: 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.

Defensores de la autonomía de la voluntad en la generación y funcionalidad de las sociedades⁸ reconocen esos límites “La ley 19.550 posee normas de tipo imperativas y normas de tipo dispositivas. Dentro de las primeras coexisten las normas que tutelan intereses patrimoniales y aquellas que protegen un llamado: orden público. A éstas últimas podemos catalogarlas como: normas imperativas (de orden público). Atento el interés jurídico tutelado, las normas de orden público no pueden ser derogadas por contrato. Hasta aquí llega la autonomía de las partes. Siendo esto así, la cuestión de fondo es saber qué normas de la ley de sociedades son imperativas y cuáles de orden público. Esta distinción es vital para comprender el marco contractual (art. 21 del C.

6 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”

7 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.

8 VAN THIENEN, Pablo Augusto (Director y colaboradores) “Orden público societario...¿estás ahí? En Lax & Finance, Working Paper n° 20, 2008.

Civil)”.

Estos autores sostienen que no hay derechos patrimoniales individuales inderogables por razón de orden público si todos están de acuerdo en dejarlos de lado. Lo que es obvio. Pero, como anticipan aceptan la existencia de un orden público societario, con normas inderogables.

Siguen esos autores aceptando la imperatividad de: “8) el régimen de disolución y liquidación; entre otros dispositivos. Nadie puede negar que el capital social constituye un elemento esencial del tipo pues hace al patrimonio neto mínimo de retención que el sistema jurídico exige como atributo de la personalidad y del régimen de limitación de responsabilidad.(...) Nadie podría válidamente constituir una sociedad sin capital social; ... No importa la escuela donde nos enrolemos (BORDA o LLAMBIAS) el intento por derogarlos dará lugar a la nulidad absoluta. Nos animamos a decir que este tipo de normas son imperativas (de orden público) y que su violación da lugar a una nulidad”.

Como se verá esta línea de doctrina acepta 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” referida. 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”. Esa función de garantía del capital social esta adecuadamente resguardada en la legislación mundial⁹.

A salvo la autonomía de la voluntad de remover la causal reintegrando el capital social en el caso o capitalizando (art. 96 LSC/LGS). La 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. Esta norma de remoción, 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) inscribirla con tal cláusula? Y si se la hubiera rechazado, eliminándola del Estatuto, podrían los socios en el momento de aprobarse un balance del que surgiera la constatación de la pérdida del capital social –sin ninguna observación contable- decidir que continuarían el giro sin reintegrar ni capitalizar por si, por terceros y acreedores, disponiendo que la sociedad sea concursada y se requiera una quita a los acreedores?

Hemos abundado sobre ello. Esa función de garantía constituye una línea roja, infranqueable sin asumir responsabilidad. Es que su fragilidad ha sido marcada, ampliándola al mantenimiento

9 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.

de la capacidad operativa de la sociedad¹⁰.

En absoluta congruencia el nuevo art. 100 LGS dispone en torno “Remoción de causales de disolución”: “Las causales de disolución podrán ser removidas mediando decisión del órgano de gobierno y eliminación de la causa que le dio origen, si existe viabilidad económica y social de la subsistencia de la actividad de la sociedad. La resolución deberá adoptarse antes de cancelarse la inscripción, sin perjuicio de terceros y de las responsabilidades asumidas. Norma de interpretación. En caso de duda sobre la existencia de una causal de disolución, se estará a favor de la subsistencia de la sociedad”.

Esa viabilidad esta vinculada a las facultades y deberes de los administradores de la sociedad, particularmente en la confección del balance y en la formulación de la Memoria en su caso.

2.El punto ha sido subrayado por la doctrina: “Este enfoque debería ser central dentro de una legislación concursal y su apreciación jurisprudencial, es decir poner los esfuerzos y la atención en las causas que han llevado a la sociedad a una situación de falencia y no limitarse a prever y ordenar los efectos que la misma produce”.¹¹

Antes de la insolvencia –pérdida del capital social-, en grados menores de crisis debería actuar el derecho concursal, incluso los acuerdos privados¹². 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 sociales¹³. Pero esos especialistas en el derecho concursal suelen no abordar la preconcursalidad prevista en las legislaciones societarias, que tienen soluciones uniformes en el derecho comparado¹⁴, 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. De esta forma se están desconociendo las normas imperativas del derecho societario, uniformes en el derecho comparado, incluso las que impiden el concurso preventivo en caso de pérdida total del capital social, como Colombia, Perú y Uruguay¹⁵.

Y 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

10 OLIVERA GARCÍA, Ricardo “El concepto de capital como limite a la potestad de distribución de dividendos”, en *Jurisprudencia Argentina*, número especial, Buenos Aires, Octubre 15 de 1997, número 6059 bajo nuestra dirección, número 6059, pag. 24 específicamente pág. 27.

11 RIPPE, Siegbert “Subcapitalización y responsabilidad de directores y administradores”, pág. 27 en publicación citada en nota anterior, específicamente pág. 34.

12 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, Universidad de Zaragoza, Thomson Reuters Aranzadi, pág. 33 y ss..

13 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.

14 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.

15 Nto. “El equilibrio en la legislación societaria y concursal uruguaya: la preconcursalidad extrajudicial” en 25 años de la ley de sociedades comerciales. Necesidad de su refojma. Homenaje al Profesor Dr. Siegbert Rippe, AAVV dirección Eva Holtz y Rosa Piziomek, edición Facultad de Ciencias Económicas y de Administración Universidad de la República, Montevideo 2014, página 415.

constantemente la Ley que los regula.

3. Si se atiende la crisis antes de la pérdida del capital social, cuando los administradores avizoran la crisis no habrá juicios –salvo por obligaciones extracontractuales y laborales–, y no será necesario pensar en un trámite judicial para paralización de 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 hemos hecho en homenaje a Emilio Beltrán Sanchez¹⁶. Se ha sostenido que la legislación societaria es preconcursal, paraconcursal o anticoncursal, cuya normativa opera en el derecho comparado “como un instrumento preconcursal”¹⁷, “tiene una función preconcursal o paraconcursal, considerando algún otro considerarla como anticoncursal”¹⁸, y ante los estudios que tratan de rescatar esas normas, desde lo concursal se ha avanzado en las recientes reformas española de la ley de sociedades y la italiana¹⁹, en una compatibilización que no estamos en condiciones de juzgar. La doctrina italiana reiteraba que la reforma de la legislación concursal omitió una regulación orgánica de la crisis y de la insolvencia de la sociedad, perpetuando una laguna de la legislación concursal hace tiempo criticada por la doctrina²⁰.

Recordando algo aparentemente olvidado, se ha dicho “La normativa societaria ha tenido, desde siempre, la preocupación de la defensa y protección del crédito y, por esta vía, de la prevención de las crisis empresariales. Con herramientas y procedimientos diferentes 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 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”²¹.

Respecto a la pérdida del capital social y las normas específicas de la legislación del medio

16 Nto. “La función de garantía del capital social frente a la agenda concursal –estudio comparativo–” en Libro homenaje al profesor Emilio Beltrán, edición del Instituto Iberoamericano de Derecho Concursal, Cartagena de Indias, Colombia, octubre 2014, pág. 279.

17 URÍA, R.; MENÉNDEZ, A. y GARCÍA de ENTERRÍA, J.” La sociedad anónima: disolución” Cap. 4, pág. 1001 en CURSO DE DERECHO MERCANTIL dirigido por Rodrigo URÍA y Aurelio MENÉNDEZ, Ed. Civiltas, Madrid 1999, tomo I, especialmente “Las pérdidas graves” págs. 1009 a 1013.

18 DÍEZ ECHEGARAY, José Luis Deberes y Responsabilidad de los Administradores de Sociedades de Capital, 2006, Ed. Thomson-Aranzadi 2ª edición, Navarra. p. 387.

19 STRAMPELLI, Giovanni “Capitale sociale e struttura finanziaria nella società in crisis, en Rivista delle Società, anno 57, 2012, luglio-agosto 2012, fascicolo 4, pág. 605, Ed. Giuffrè Editore, Italia 2012, donde se analiza la disposición contenida en el decreto ley del 22 de junio de 2012, n. 83, donde se impone la reconstrucción del capital social o el concurso de la sociedad, en forma similar a lo previsto en la última reforma española.

20 NIGRO, A. Le società per azioni nelle procedure concursuali, in Trattato delle società per azioni, diretto da G.E. Colombo e G.B. Portale, 9ª, Torino 1993, 209 ss.

21 OLIVERA AMATO, Juan M. Herramientas societarias para la solución y prevención de las crisis empresariales en Situaciones de crisis en las sociedades comerciales” AAVV directores José Miguel Embid Irujo, Daniel Roque Vitolo, Ed. Ad Hoc, Buenos Aires 2010, pág.31 y ss., esp.35.

técnico organizativo, Emilio Beltrán²² postulaba “...parece razonable pensar que la quiebra de una sociedad anónima –o limitada o comanditaria por acciones- debería convertirse en una institución residual, ya que el sistema preconcursal previsto legalmente debería ser suficiente para impedir que la sociedad llegase a ser insolvente...”. “En segundo lugar –tras la Ley de Reforma y Adaptación- la técnica de la disolución se utiliza también para reprimir la infracción de determinadas normas imperativas consideradas como esenciales para la existencia de la sociedad: la sociedad debe extinguirse si contraviene la norma que prevé la existencia de un capital social mínimo... la disolución adquiere un perfil sancionador. Esas consideraciones explican el carácter imperativo de las normas sobre disolución...”²³.

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

Se confirma así que la legislación societaria tiene normas imperativas, indisponibles, 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. La capitalización del pasivo es la forma societaria de afrontar la crisis si los socios no desean capitalizar. Ello es congruente con doctrina y legislación mundial, tratando de que las sociedades se recuperen rápidamente acompañados por los acreedores profesionales financieros –que luego colocarán esas acciones en el mercado- y por los proveedores vinculados al éxito de la sociedad en crisis.

4. Y ahora el CCC, además de la específica norma del art. 150, contiene nuevas normas que acentúan la obligación de actuar sin dañar.

Hemos querido así resaltar la existencia de normas imperativas en el derecho societario que tienden a resaltar los deberes y obligaciones de los administradores, y las correlativas conductas de los socios, para evitar daños y las responsabilidades consiguientes. Pues no hay responsabilidad por riesgo empresario pero sí por violar normas imperativas e intentar transferir riesgos a terceros.

La pérdida del capital social es constatada normalmente por una declaración de verdad imputable a la sociedad, como es su balance, conforme revisaremos más adelante.

III – EL FRAUDE A LA LEY SOCIETARIA EN PROPUESTAS DE QUITA EN CONCURSO DE SOCIEDADES.

22 BELTRAN SANCHEZ, Emilio “La responsabilidad por las deudas sociales de administradores de sociedades anónimas y limitadas incursas en causa de disolución” en libro colectivo La responsabilidad de los administradores de sociedades de capital director Juan Bolás Alfonso, Consejo General del Notariado, Madrid 2000 pág. 154.

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

Desde hace mucho sostenemos que la conservación de la empresa se tutela en nuestro país en forma inmediata por la legislación societaria y en forma mediata por la legislación concursal²⁴.

Si el patrimonio de la sociedad sólo está en cesación de pagos –o sea con activo corriente inferior al pasivo corriente pero con patrimonio positivo-, 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 y se han incumplido las normas imperativas revisadas precedentemente. En ambos casos la judicatura no debería homologar tal abuso o fraude generado por administradores y socios, recordando normas imperativas de la ley societaria.

Un mal asola a la sociedad contemporánea: el obtener rápidas utilidades, aunque se dañe a otros. Ello no es exclusivo de las sociedades comerciales. Pero éstas tienen un régimen particular que evita o minimiza el daño, a lo que se agregan ahora normas del Código Civil y Comercial tendientes a prevenir dañar, que siempre es una conducta ilícita.

Marcando aspectos negativos del patrimonio social, la pérdida del capital social –insolvencia- y la cesación de pagos son dos situaciones diferenciables que se entrecruzan. Incluso se diferencia²⁵, con buen criterio, la insolvencia negocial entendiendo por ella la incapacidad de generar recursos, diferenciándola de insolvencia patrimonial, transitoria o definitiva (activo inferior al pasivo).

1. La ley de sociedades tiene el sistema imperativo que hemos referido para asumir la insolvencia de esas personas jurídicas, esto es la pérdida del capital social.

La ley de concursos atiende la cesación de pagos de las sociedades, o sea la situación en que el activo corriente es insuficiente para satisfacer el pasivo corriente, a través de los medios preventivos –concurso preventivo, quiebra convertida en concurso o acuerdo preventivo extrajudicial- que frenan las acciones individuales y permiten la reorganización de la sociedad, en este caso. Incluso se trata de atender la crisis en sus momentos iniciales.

Esta es la base normativa de la atención de la crisis de las sociedades que, en casos, puede tener aplicaciones ambiguas pero que, en ningún caso, pueden llegar al abuso de derecho, o peor aún configura un fraude a la ley.

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.

2. 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 también asistir a todos estos actores en el desenvolvimiento de la empresa en crisis, en la formulación de planes de factibilidad, reorganización y eventuales resultados.

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.

3. Debe tenerse en cuenta que la pérdida del capital social no necesariamente implica la

24 “La conservación de la empresa en las leyes de sociedades 19.550 y de concursos 19.551”, con Francisco Quintana Ferreyra, en SUMMA SOCIETARIA Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires 2012, tomo II pág. 1947.

25 PRATS MARQUINA, Marta “Insolvencia y crisis económica: Su reflejo en el derecho concursal” R.G.D. Madrid, 1998.

incapacidad de funcionar del ente, ya que si se lleva a cabo una adecuada administración financiera, es posible mantener su capacidad operativa sin que se vean afectadas las posibilidades de cumplir con el objeto social. Es decir que no necesariamente se ve afectada la función de productividad del capital social, pero la continuidad de la actividad como si nada ocurriera encubriría la pérdida del capital social y la posibilidad concreta de dañar.

La pérdida del capital social implica la pérdida de la garantía para terceros e impone la liquidación²⁶, salvo capitalización.

En ambos casos la judicatura no debería homologar tal abuso o fraude generado por administradores y socios, para beneficiarse éstos perjudicando a los acreedores, recordando normas imperativas de la ley societaria.

Ponemos acento en la causal de disolución de pérdida del capital social que –pese a que la particular legislación no contenga plazos para iniciar la liquidación- genera responsabilidad de administradores –y quizá de socios- de continuar el giro y no poder luego satisfacer el pasivo. La libertad para decidir la continuación del giro, sin capitalizar la sociedad, en la esperanza de un plan de negocios exitoso, no los libera en caso negativo de asumir el pasivo insoluto o la satisfacción de las obligaciones contraídas. La responsabilidad por los daños surge inmediata, aunque no se efectivizará si las obligaciones con terceros son satisfechas por la sociedad, eventualmente capitalizándolas. La responsabilidad de socios, que surge ahora de la integración de las normas del art. 167 CCC y 99 LGS nacerá cuando aquellos soslayando la previsión del art. 96 LGS ratifiquen la presentación en concurso prevista por el art. 6 de la ley 24522 (LCQ).

4. El inicio de la liquidación no importa el cese de la actividad, que podría llevar a consecuencias funestas para acreedores y socios, no satisfaciendo a todos pese a un aparente activo superior al pasivo, al generarse un incremento exponencial de este último por indemnizaciones por despido, rupturas de contratos, etc..

La constatación de la pérdida del capital social constituye una causal de disolución (art. 94.5 LGS) impone iniciar un proceso de capitalización o, en su defecto, de liquidación, pues constituye una causal de disolución al constatarse en el balance esa situación, o antes²⁷. Ello para evitar daños a los acreedores y responsabilidad de administradores y quizá de socios.

Se trata de las causales de inmediato conocimiento -que suelen referirse como que actúan de pleno derecho, ipso jure u ope legis, generando la responsabilidad prevista por el art.99 LSA para administradores y socios de no optarse por las soluciones que la misma ley ofrece en el art. 96 para no iniciar la liquidación de la sociedad: “En caso de pérdida del capital social, la disolución no se produce si los socios acuerdan su reintegro total o parcial del mismo o su aumento” (art. 96 LCS/LGS).

Procesos necesarios a contar de los propios actos de los órganos de la sociedad: la presentación del proyecto de balance por los administradores y la aprobación del mismo por los socios, del que resulta como declaración de certeza y de verdad esa pérdida del capital social.

Vivante entiende a la pérdida del capital social como una causal de disolución que opera de

26 NISSEN, Ricardo Augusto: “LA PÉRDIDA DEL CAPITAL SOCIAL COMO CAUSAL DE DISOLUCIÓN DE LAS SOCIEDADES COMERCIALES”. Ed. Ad-Hoc, Bs.As. 2002 pág. 47 y 48.

27 FUSHIMI, Jorge Fernando – RICHARD, Efraín Hugo “EL BALANCE ANUAL DE LAS SOCIEDADES. CONSTATAIONES Y EFECTOS” en prensa.

pleno derecho²⁸. Aún en la causal de vencimiento del término la sociedad podría seguir operando—pero otro tema es la responsabilidad si la continuidad del giro social generara daño—. Es valiosa la clasificación entre causales imperativas y voluntarias, y en relación a las primeras las de inmediata constatación o que deben ser declaradas. Todo en vista a la sanción: la responsabilidad.

No existe plazo para remover la causal (art. 96 LGS), por reintegro o capitalización, o iniciar la liquidación, pero la responsabilidad nace en forma inmediata (art. 99 LGS), pues la obligación de resarcir está ligada a la existencia de daño. Y la referencia que hace ese art. 99 a la responsabilidad de los socios “en su caso”, interpretada por la doctrina en el sentido de imputársele a quienes hayan intervenido en la violación de la norma imperativa, encuentra claro sustento en el art. 167 CCC²⁹. Piensese en la mayoría de socios que aprobó la presentación en concurso de una sociedad que hubiera perdido el capital social, en el que luego se presenta una propuesta de quita, sin adonar las decisiones previstas en el art. 96 LGS.

Si hay “recomposición” del capital social o su reintegración o aumento desaparece todo problema, aunque hubiere demora, pues ningún daño se ha generado manteniéndose la garantía de los acreedores, satisfaciendo las obligaciones sociales.

Si esa recomposición no se decide y continúa operando la sociedad la cuestión de la responsabilidad se retrotrae a la fecha en que se acredite que administradores y socios conocieron o debieron conocer la situación o si aprobaron un balance donde se registró —o debió registrar— la pérdida del capital social. Ello se deberá presumir si hay acreedores insatisfechos, incluso los que resultan afectados por quitas³⁰ y esperas en un proceso concursal³¹. Quizá así se entienda la repetida “desaparición” de libros y documentación contable en estos procesos, que resultará ahora acotada por la disposición del art. 325 CCC que dispone que “...Los libros y registros del art. 322 deben permanecer en el domicilio de su titular”, en el caso en el domicilio social.

Hemos recordado el fallo a nuestra Corte en el caso “Comercial del Plata”. En ese caso a través del voto de la mayoría— se presenta, en torno a la propuesta de acuerdo abusiva, una concordancia con el precedente “Arcángel Maggio S.A.”³², sobre una teoría muy laxa sobre el abuso que —incluso se repite en las propuestas de acuerdo con quitas y esperas despojatorias, que ahora no se debería repetir a partir de las nuevas normas introducidas por el CCC.

5. Oportunidades de la judicatura ante propuestas de quita en concurso de sociedades.

28 VIVANTE, César Tratado de Derecho Mercantil, versión española de la quinta edición italiana corregida, aumentada y reimpressa, Ed. Reus, Madrid 1932. Volumen II “Las sociedades mercantiles”, pág. 483/5.

29 Art. 167 CCC “LIQUIDACION Y RESPONSABILIDAD....resuelta la liquidación u ocurrida otra causa y declarada en su caso por los miembros, la persona jurídica no puede realizar operaciones, debiendo en su liquidación concluir las pendientes... En caso de infracción responden ilimitada y solidariamente sus administradores y aquellos miembros que, conociendo o debiendo conocer la situación y contando con el poder de decisión necesario para ponerle fin, omiten adoptar las medidas necesarias al efecto.”

30 La quita es una propuesta esencialmente inequitativa desde el momento que implica una transferencia de riqueza del acreedor al deudor, a título gratuito - RICHARD, Efraín Hugo: “¿Capitalismo de reposición vs. Capitalismo donatario?” en Doctrina Societaria y Concursal” ERREPAR (DSCE) Tomo XXIII Pág.:933 Setiembre 2011, y el consecuente enriquecimiento del segundo a costas del empobrecimiento del primero.

31 Nto. “Los administradores societarios y la insolvencia” en SUMMA SOCIETARIA, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires 2012, tomo I pág. 1449.

32 BOQUIN, Gabriela y NISSEN, Ricardo Augusto Nissen “UN EJEMPLAR FALLO EN MATERIA DE TRANSPARENCIA DE LOS PROCESOS CONCURSALES”, en “El Cronista Comercial” del 21 de octubre de 2009, pág. 3.

El nuevo Código, en su TÍTULO PRELIMINAR³³ se refiere a un eje normativo, donde el mismo hace a la centralidad del derecho privado, imponiendo el derecho como sistema sobre las normas individuales, tanto por su art. 2° “coherente con todo el ordenamiento”, como por los arts. 10 y 12 en cuanto refieren a las normas imperativas y la aplicación de la teoría del abuso del derecho y fraude a la ley si se intenta evitarlas a través de la aplicación de otras normas, apareciendo por la invocación a la “buena fe” en el art. 9° como un Código para la seguridad jurídica de las transacciones comerciales.

La apreciación lógica es simple: si la sociedad tiene un mero problema de cesación de pagos, un activo corriente inferior al pasivo corriente, una espera –corta o muy larga- solucionará el problema. Si tiene patrimonio neto positivo no se advierte la necesidad de una quita.

Si la sociedad tiene un patrimonio neto neutro o negativo se ha producido una causal de disolución que impone su liquidación salvo que los socios decidan reintegrar el capital social o capitalizar, sea ellos mismos o terceros, incluso por la capitalización de pasivo (arts. 96 y 197 LSC/LGS). De no resulta responsabilidad de administradores, y quizá de socios³⁴, si el pasivo no resultara satisfecho. Intentar una quita en el concurso, cuya presentación es ratificada por los socios, implica un fraude a la ley societaria intentando que los acreedores asuman las obligaciones que tienen los socios, y los enriquezcan.

6. ¿Esto no es impeditivo de la homologación a tenor del art. 52 ap. 4 LCQ? Recuérdese: impone al juez no homologar en ningún caso frente a abuso de derecho o fraude a la ley.

No tenemos duda que un juez deberá afrontar esta lógica y descartarla expresamente si decide homologar un acuerdo de quita en el concurso de una sociedad. Lo que podría ser aceptable en el concurso de una persona humana –salvo confiscatoriedad- difícilmente pueda catalogarse como que es un fraude a normas imperativas de la ley societaria.

La solución es la capitalización e pasivos que hoy se aconseja en las reformas en la legislación de crisis, como la del año pasado en España, particularmente refiriéndose a acreedores profesionales, pero porque no incluir a los proveedores que ven vinculado su futuro con la sociedad proveída en crisis, compartiendo así un proyecto productivo en común.

Otro camino para evitar la declaración de quiebra sería imponer como “tercera vía” a la sociedad concursada atender la cuestión por la vía de aplicación de normas imperativas de la ley societaria ante la presencia de causales de disolución que debieron enfrentar, según el caso, concordantemente con las vías de la norma imperativa del art. 96 LSC/LGS, que prevé la capitalización de pasivo³⁵, pero no la quita. Los socios deberían “compartir” el riesgo pero no enriquecerse so pretexto de la conservación de la empresa.

El enriquecimiento por quitas es claro en el beneficio de los socios, el pasivo se contrae, el activo insuficiente pasa a ser mayor lo que llega hasta permitir distribuir utilidades. Por ello la quita es imponible como ganancia, difiriendo su pago hasta 4 años o antes si se reparten

33 Nto. “SOBRE EL TÍTULO PRELIMINAR DEL PROYECTO DE CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL”, en *El Derecho*, diario del 5 de abril de 2013, Buenos Aires.

34 Nto. “EL ART. 99 LEY 19.550 Y CAUSALES DE DISOLUCIÓN DE SOCIEDADES (De cómo evitar responsabilidad ante la insolvencia societaria)”, en *Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones (RDCO)* 2013-A- pág. 663, año 46, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires 2013.

35 La capitalización del pasivo puede sugerirse como equilibrio con las quitas, introduciendo cláusulas de compra forzosa de las acciones entregadas con la quita prevista, decidida por el acreedor ahora accionista, o por decisión de los socios pagando por las acciones el cien por ciento de la acreencia dentro de un periodo determinado.

utilidades.

Es una colaboración con el esforzado trabajo de la judicatura, imponiéndose recordar que ante la insolvencia o sea la pérdida del capital social de las sociedades previenen los arts. 94 inc. 5°, 96, 991 y 100 LGS, que aseguran la capitalización o la liquidación de la sociedad. Esas previsiones imperativas no podrán ser soslayadas por la homologación de un acuerdo o la imposición de condiciones como “tercera via” que supongan quitas, enriqueciendo así a los socios y perjudicando a los acreedores, cuando el equilibrio se logra como hemos señalado en el párrafo anterior. La cesación de pagos que autoriza el concurso de las sociedades en un mero desequilibrio entre pasivos y activos corrientes. Los arts. 9, 10 y 12 CCC le permitirán a la judicatura devolver la cuestión a sus cauces, las previsiones del art. 96 LSC/LGS en cualquier momento y en el peor de los casos en la ocasión prevista por el art. 52.4 LCQ que impide homologar “propuestas” abusivas o en fraude a la ley.

7. Como señaló la jurisprudencia³⁶ “la suficiente capitalización de la sociedad al momento de su constitución y posteriormente, durante todo el desarrollo de la actividad empresarial es la mejor manera de evitar la insolvencia de la sociedad, atento que ésta cuenta con mecanismos para obtener la financiación interna”, y –eventualmente- la capitalización del pasivo.

Si fracasara la tratativa extrajudicial de la 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 Código Civil y Comercial en análisis³⁷.

Nada obsta a que se aumente el capital o se reintegre en etapa de liquidación para evitar acciones de responsabilidad satisfaciendo el pasivo³⁸. Pero, reiteramos, la existencia de normas imperativas y de orden público en el derecho societario: la ley societaria imperativamente impone ante la pérdida del capital social la disolución salvo la reintegración o aumento del capital, que devuelva un estado patrimonial que al formalizar un nuevo balance determine que el capital social estatutario se ha reconstruido.

7.1. El criterio de la Cámara Nacional del Comercio, Sala F. de la Cámara Nacional Comercial de la Capital Federal en el caso “Baugruppe S.R.L. s/ quiebra”, tiene de interés porque se había obtenido mayoría ante una propuesta de capitalización del pasivo para acreedores quirografarios y similar para los laborales pero con una quita del 20%. Tanto la primera como la segunda instancia negaron esa homologación por abusiva, atento a que la sociedad estaba –en una

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

37 El art. 12 del Código Civil y Comercial, cfme. nto. “Insolvencia societaria en el Proyecto de Código”, en diario La Ley del 4 de marzo de 2013, pág. 1 y ss. correspondiente al tomo La Ley 2013-B.

38 Una apostilla marginal. El supuesto valor liquidatorio de los bienes en un concurso suele usarse como límite de la abusividad de un acuerdo y justificativo para la homologación, en aplicación de un supuesto para el caso de no obtenerse las mayorías necesarias en todas las categorías (art. 52 inc. 2 ap. B, requisito iv LCQ) “que el pago resultante del acuerdo impuesto equivalga a un dividendo no menor al que obtendrían en la quiebra los acreedores disidentes”. Podría llegar a aceptarse ese criterio en el concurso de una persona física, pero nunca en el de una sociedad, pues ello sería olvidar los principios del régimen societario –la función de garantía del capital social-, y la elección de ese medio de organización formalizado por los fundadores, mantenido por los socios actuales y al que se encuentran ungidos los administradores elegidos, socios o no.

suerte de causal de disolución prevista por el art. 94.4. LS-, sin empleados, destinada únicamente a cobrar créditos insatisfechos y que dos de los acreedores eran sociedades anónimas que no podrían pasar a ser socias de una SRL en virtud de lo previsto por el art. 30 LSC, hoy reformado por la ley 26.994.

Lo interesante del fallo es que casi insólitamente en la jurisprudencia concursal homologatoria se incorporan para fundar el rechazo normas del derecho societario. A su vez lo que no se dice: que homologar hubiera significado liberar a obligados solidarios y encubrir la responsabilidad de administradores y quizá de socios.

7.2. En Talleres Reunidos Italo Argentino S.A. s/ concurso preventivo no se hace lugar a la propuesta de acuerdo, pese a la conformidad de los acreedores laborales, en tanto vulnera el orden público económico, daña la protección del crédito y se trata de una cuestión que afecta el interés general, señalándose que “El juez es hoy parte fundamental en el proceso concursal; no resulta un mero controlador de su corrección formal ya que tiene facultades para evaluar la pertinencia del acuerdo no sólo sobre la base de su conveniencia económica -respecto de la cual los acreedores son, en principio, los mejores árbitros- sino, fundamentalmente, que la propuesta no constituya un abuso a los acreedores que no vean otra forma de procurarse, cuanto menos, un magro dividendo. ... El ejercicio antifuncional que configura el abuso puede presentarse tanto frente a la licuación de los pasivos concursales, como en caso de carencia de adecuada proporción entre la solución preventiva que la ley dispensa al insolvente y el sacrificio patrimonial que este ofrece (e impone) a sus acreedores, y aunque conceptualmente puede distinguirse entre ambos institutos, parece que en algún punto el abuso y el fraude a la ley se confunden, se vinculan tan estrechamente que no es posible escindirlos. El abuso debe consistir en la producción de algún perjuicio a los acreedores, intencionalmente, con el propósito de infligirles un detrimento patrimonial y su contrapartida, el beneficio consiguiente para el deudor concursado. Este fallo fue rubricado en Buenos Aires el 24 de abril de 2012 por Alejandra N. Tevez (en disidencia), Juan Manuel Ojea Quintana, Rafael F. Barreiro.

Es interesante la argumenación igualando abuso de derecho y fraude a la ley, pero sin mencionar la ley societaria. La presentación que estamos formulando hoy se potencia con los arts. 10 y 12 CCC comentados, y fundaría más exhaustivamente la correcta sentencia.

8. Un juez, ante un concurso de sociedad, debería prevenir. En primer lugar determinar si existe pérdida del capital social, en cuyo caso deberá aplicar los dispositivos preventivos del daño, Conforme lo dispuesto en “Responsabilidad civil y la función preventiva disuasiva”, prevista en los arts. 1710 y subsiguientes. En efecto, el Art. 1710: “Deber de prevención del daño. Toda persona tiene el deber, en cuanto de ella dependa, de: a) evitar causar un daño no justificado; b) Adoptar, de buena fe y conforme a las circunstancias, las medidas razonables para evitar que se produzca un daño....c) no agravar el daño si ya se produjo”. Concordemos esta norma con las previsiones de los arts. 94.5, 96, 99 y 100 LGS y 167 CCC.

Si se advirtiera, conforme el criterio de Vivante, que los administradores sociales desoyen el art. 96 LGS, cabrá la previsión del nuevo art. 1711 CCC “Acción preventiva. La acción preventiva procede cuando una acción u omisión antijurídica hace previsible la producción de un daño, su continuación o agravamiento. No es exigible la concurrencia de ningún factor de atribución”. Si se exhibe al abrir el concurso la pérdida del capital social, la vía es absolutamente procedente.

Y si los administradores y socios no adoptaran las alternativas que imperativamente marca la LGS, cabría que cualquier interesado pudiera promover la acción que consagra el “Art. 1712

“Legitimación. Están legitimados para reclamar quienes acreditan un interés razonable en la prevención del daño”. Se nos ocurren varios ejemplos. Los acreedores ante un incumplimiento si del balance resultara la pérdida del capital social, inclusive si ello ocurriera abierto un concurso o quiebra; hasta el Síndico podría ejercerla; en el caso del socio aparente los acreedores del real titular. Incluso podrían usar también la acción subrogatoria como acción de fondo, pues esta es una medida cautelar. Frente a la inactividad de la sociedad, presente y futura, no puede pensarse en la mera remoción de la causal de disolución, pero si en la responsabilidad de administradores y en su caso de socios.³⁹

Es importante advertir los efectos de la acción revelados en el Art. 1713: “Sentencia. La sentencia que admite la acción preventiva debe disponer a pedido de parte o de oficio, en forma definitiva o provisoria, obligaciones de dar, hacer o no hacer, según corresponda, debe ponderar los criterios de menor restricción posible y de medio más idóneo para asegurar la eficacia en la obtención de la finalidad”. Sin duda sería la de convocar a los socios a adoptar los criterios previstos en el art. 96/100 LGS, sin perjuicio de la responsabilidad que ya hubieran asumido (arts. 99/100 LGS).

En conclusión, las normas sobre el capital social son de carácter imperativo y la reforma ha potenciado el carácter preventivo de las acciones para evitar daño a terceros, e incluso a la propia sociedad.

9. Pero el tema se perfila de otra manera si alcanza a formalizarse propuesta de quita, sea que no se haya producido la pérdida del capital social, caso en que habría abuso de derecho, o que se hubiera producido la pérdida del mismo y se intentara violar las normas de la función de garantía del capital social, lo que implicaría un fraude a la ley.

Si hay abuso el juez deberá aplicar la norma del art. 10 del Título Preliminar: “... El juez debe ordenar lo necesario para evitar los efectos del ejercicio abusivo o de la situación jurídica abusiva y, si correspondiere, procurar la reposición al estado de hecho anterior y fijar una indemnización”. En el caso una sociedad continúa su operatoria en el mercado contrariando normas imperativas de la ley y transfiriendo el riesgo, cuando no generando daño, o intentando obtener quitas en un concurso preventivo no habiendo perdido el capital social.

Si hay fraude, la norma será la del artículo 12 del Título Preliminar del Código Civil y Comercial 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”.

Obviamente la disposición del art. 52.4 LCQ le impondrá la indubitable resolución.

III – CONCLUYENDO.

Ante la eventual insuficiencia del capital social, que hace a un tema de infrapatrimonialización que es una zona gris, se abre una línea roja, las “red flags” que funcionan incluso en la “one dollar corporation”, pues cuando el balance como declaración unilateral de verdad es aprobado por la

39 C.Nac.Com. Sala E 17/08/2006 Inspección General de Justicia v. Compañía Norte S.A., JA 2006-IV-fascículo n. 13, pág. 63.

asamblea indicando que el patrimonio neto es neutro o negativo significa que se ha perdido ese dólar, que era una barrera. Y en muchas legislaciones la línea roja se traza con la pérdida de sólo parte del capital social, en la argentina recién el 100%, pero sería suficiente si se aplicara, pero en derecho concursal de eso no se habla, particularmente al homologar acuerdos. El art. 52 ap. 4 de la ley 24.522 (LCQ) que enfáticamente dispone “En ningún caso el juez homologará una propuesta abusiva o en fraude a la ley”⁴⁰, y en el caso de concurso de sociedades, la propuesta que contenga quitas es por lo menos abusiva si no se ha perdido el capital social, y se se lo ha perdido es en fraude a normas imperativas de la ley específica societaria. A su vez también pueden ser abusivas o en fraude al derecho de propiedad constitucionalmente protegido por confiscatoriedad⁴¹ por quienes no aceptaron expesamente las quitas –aunque si se considera el derecho de propiedad de orden público sería irrenunciable a tenor del art. 12 CCC, particularmente por estar destinado a beneficiar a los socios que justamente han soslayado el cumplimiento de una norma imperativa de la ley –art. 96 LSC/LGS-.

El juez deberá llamar a los socios a reintegrar el capital social o capitalizar la sociedad.

Y si llega a su despacho para homologar en esos supuestos una propuesta de quita, no deberá hacerlo por las norms del CCC y de la propia LCQ en su art. 52 ap. 4. No declarará la quiebra por aplicación del art. 48 o podrá imponer la tercera vía que será la del art. 96 LGS.⁴²

O sea que un juez, incluso el que entienda en el concurso de una sociedad, de oficio o ante el planteo del Síndico o de un acreedor, podría cuestionar por abusiva la propuesta de acuerdo y, obviamente no homologar el acuerdo que implicara un fraude a la ley societaria, particularmente en cuanto a las normas de garantía del capital social. Sea por abuso sino se perdió el capital social o por fraude si esa pérdida existió y los socios no la atendieron en la forma prevista imperativamente por la norma específica.

Y ello no implicará anticipar criterio sino recordar normas imperativas y prevenir el daño. Un inmovilismo de la judicatura o un excesivo apego a normas procesales puede frustrar la aplicación de las herramientas existentes, pero que ahora son reforzadas por normas explícitas del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación.

Confiamos que las nuevas normas del CCC que se unen a las tradicionales de las legislaciones societaria y concursal –que deben integrarse en la crisis de personas jurídicas societarias- servirán para prevenir el daño, salvar sociedades de sus propios administradores de ser necesario y puestos de trabajo. A su vez, el adecuado consejo de profesionales de las ciencias económicas y jurídicas a administradores y socios de sociedades en dificultades les prevendrán de asumir responsabilidades y con adecuadas técnicas equilibrarán las relaciones de ciertos acreedores y de la sociedad para la recuperación con menores costos de transacción de ésta.

40 Sin duda la propuesta es la abusiva o en fraude a la ley, pero al juez llega para homologar un supuesto acuerdo.

41 PALAZZO, José Luis y nosotros “VISION BÁSICA CONSTITUCIONAL DE PROPUESTA ÍRRITA DE QUITA Y ESPERA” en libros del “VI Congreso Nacional de Derecho Concursal y IV Congreso Iberoamericano de la Insolvencia”, Rosario 2006, Tomo I pág. 715.

42 Nto. “EL ABUSO EN LA TERCERA VIA EN CONCURSOS DE SOCIEDADES”, en Revista de la Facultad, Vol. I, n° 1, Nueva Serie II (2014), Facultad de Derecho y Ciencias Sociales (UNC), pág. 1.