

“EL LABERINTO DE LA PÉRDIDA DEL CAPITAL SOCIAL Y SU REMEDIACIÓN”**Efraín Hugo RICHARD**

Resumen: El artículo 96 de la ley general de sociedades autoriza una opción imperativa para neutralizar los efectos de una causal de disolución –pérdida del capital social-, condicionado por el art. 100 de la misma ley a la “viabilidad económica” de la sociedad. No son normas disponibles que puedan ser alteradas por el Estatuto social o una resolución de su órgano de gobierno.

Palabras claves: pérdida del capital social – normas societarias imperativas – responsabilidad de administradores y socios – plan de empresa – viabilidad económica – capitalización – causal de disolución – etapa de liquidación.

Abstract: Article 96 of the General Corporation Law authorizes a mandatory option to neutralize the effects of a cause of dissolution -loss of social capital-, conditioned by Art. 100 of the same law to the "economic viability" of the society. These are not available rules that may be altered by the social statute or a resolution of its governing body.

Key words: loss of social capital - mandatory corporate standards – administrators and partners responsibility – enterprise plan - economic feasibility – capitalization - grounds for dissolution - liquidation phase

I – MOTIVACIÓN.

Desde que ciertos usos y costumbres *contralegem* alteraron, a nuestro entender, la paz de los mercados y la buena fe comercial, generando ciertas prácticas en los concursos de sociedades¹, nos sentimos obligados a trabajar en la integración del sistema jurídico entre las leyes societarias y concursales, lo que se acentuó con la sanción del Código Civil y Comercial –CCC-.

Lentamente se fueron receptando nuestras prédicas y aparecieron, correlativamente, parciales cuestionamientos², que siempre recibimos con alegría, particularmente las polémicas escritas –especialmente con E.Daniel Truffat³, excepcional jurista y amigo-, respetuosas y profundas, en la idea que en la disidencia se construye el derecho.

Ahora nos motiva el distinguido colega, Especialista en Derecho de los Negocios –de la Escuela de Postgrado de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Córdoba⁴, Luis Facundo Ferrero, con quién mantenemos continuo diálogo y que, incitado por nosotros, responde a la convocatoria de ensayos para la Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Córdoba y de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba *Estudios de Derecho Empresario* –que codirigimos con la Prof. Luisa Isabel Borgarello⁵- con su artículo “RESPUESTAS NORMATIVAS ANTE LA PÉRDIDA DEL CAPITAL SOCIAL”, enderezado fundamentalmente a marcar

1 Con VEIGA, Juan Carlos “EL CONTRADERECHO (EL ABUSO Y EL FRAUDE EN LA HOMOLOGACION DE ACUERDOS CONCURSALES PROPUESTOS POR SOCIEDADES COMERCIALES CON QUITAS)”, en *Pensar en Derecho*, Nro. 5 Año 3, pág. 257, Buenos Aires, Febrero 2015. Ed. Eudeba, Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires.

2 En Congresos y Jornadas nos divertimos con distinguidos amigos en escaramuzas verbales cordialísimas sobre lo que acaece en los concursos de sociedades.

3 Alguna de ellas recordaremos en este artículo.

4 Dirigida por la Prof. Titular María Cristina Mercado de Sala.

5 Y de la que es Asesora Editora la colega de Ferrero Ab. Especialista en Derecho de los Negocios Maria Fernanda Cocco.

algunas coincidencias y disidencias con nuestro pensamiento en esa integración normativa del derecho societario con el concursal⁶.

En primer lugar debemos agradecer a Ferrero la cordialidad que encauza su pensamiento, tanto en las concordancias como en las discrepancias.

Como se ha generado una costumbre con E. Daniel Truffat, que nos anticipa sus invitaciones a polemizar, o con Dario Graziabile por la inteligentísima forma que coordina la dirección de sus libros colectivos y recientemente por disposición de la Editorial que recibió un artículo del jurista español Moreno Fontela –que Ferrero cita⁷, forjamos la actitud de alimentar de inmediato el debate con nuestras consideraciones, que obviamente no lo cierran. Ahora lo hacemos en el mismo número de *Estudios de Derecho Empresario* (a pedido de la editora), a inmediata continuación del ensayo del distinguido amigo y colega.

II – EL DISENSO CENTRAL.

Al margen de consensos, el punto central del disenso de Ferrero con nuestra posición en torno a la "pérdida del capital social" es considerar que el art. 96 de la ley general de sociedades –LGS- no constituye una norma imperativa. De ello deriva luego una serie de inferencias, no menos importantes.

Centramos breves reflexiones sobre ese punto, con algunas referencias a las inferencias periféricas.

Anticipamos que el centro de nuestras críticas en estas cuestiones es a las "quitas" en propuestas de concursos de sociedades, y de ninguna manera a la concursalidad de las mismas, aún en liquidación.

El año pasado recibimos complacidosos un ensayo de Truffat, actualmente activísimo Presidente del Instituto Iberoamericano de Derecho Concursal –sede México- donde aceptando la visión integradora de las normas societarias y concursales, sostiene que las quitas no constituirían ni un abuso ni un fraude a la ley si se integran en un "esfuerzo compartido" de los socios. Tanto él como nosotros pensamos en la tempestividad en los concursos de sociedades, siempre posibles aún durante su liquidación e incluso frente a la pérdida del capital social. Justamente la divergencia era sólo por la legalidad de las "quitas" para soslayar las previsiones imperativas de la ley de sociedades, pero recibimos alborozados –por cuanto implica un avance ante nuestra interpretación- el reconocimiento que para aceptar quitas debía existir ese esfuerzo compartido, que también

6 Propone Ferrero "Nos proponemos hacer un análisis crítico de los desarrollos doctrinarios realizados a propósito de las crisis societarias –particularmente ante la pérdida del capital social -, y las consecuencias derivadas de una presentación concursal como modo de superación de dicho estado, o la presentación del pedido de la propia quiebra, sea para la sociedad, sus socios o los administradores. En particular estos desarrollos exhiben una lógica incardinada principalmente en la Ley de sociedades, como solución pre-concursal, cuyas fisuras, si existieren -lo que cabe anticipadamente poner en sería tela de juicio-, deberían quedar plasmadas o insinuadas para beneficio de todos, y especialmente en muestra de nuestro más sincero homenaje a un gran maestro cordobés, quien desde luego, nos ha azuzado a escribir las presentes líneas".

7 MORENO FONTELA "La extensión de la conservación de la empresa en el derecho de sociedades. Dos críticas a Richard", al que respondimos en la misma revista y número "Ante las crisis societarias, consultemos la ley específica (respondiendo a un par de críticas)" en RDCO, Sociedades – Doctrina pág. 113, número 276, Enero/Febrero 2016. Volveremos en nota 28.

criticamos⁸, marcando que aún así implica un enriquecimiento para los socios, como lo es en todos los casos la quita, sustituyendo la obligación que les impone el art. 96 de la Ley General de Sociedades –LGS-⁹. Al esfuerzo compartido, con diferentes argumentos, se han referido Bernardo Carlino y José Botteri.

Por eso nos preocupa que Ferrero no refiera la transferencia de riqueza que significa la quita concursal del patrimonio de los acreedores al de los socios a través del enriquecimiento de la sociedad, incluso gravado como ganancia.

III – LOS CONSENSOS.

No transcribiremos ni nos referiremos a todas las cuestiones que introduce el ilustrado ensayo, que aconsejamos leer en integridad, sólo lo haremos de puntuales aspectos.

Nos sentimos satisfechos con su opinión inicial de consenso “debería quedar plasmado si llegado el caso, el juez concursal deberá atender a las normas societarias al tiempo de homologar – o no - un posible acuerdo preventivo, adelantando nuestra conclusión positiva a este respecto.” Luego, además de hacer referencia a la previsión del art. 52.4 de la Ley 24522 –LCQ-, señala que tampoco deberá homologarse un concurso de sociedad donde no quedara superada la causal de disolución por pérdida del capital social y quedará acreditada la “viabilidad económica” prevista por el art. 100 LGS. Todo lo que a la fecha, lamentablemente, no ocurre¹⁰, por lo cual es fundamental esta posición del colega¹¹.

También concilia con el “orden de prelación normativo aplicable a las personas jurídicas, el siguiente: *‘Las personas jurídicas privadas que se constituyen en la República, se rigen: a. por las normas imperativas de la ley especial o, en su defecto, de este Código;.... si nos encontramos ante una situación de insolvencia contable (Pasivo mayor al Activo¹²) las normas imperativas societarias imponen tomar una decisión por la Asamblea o reunión de socios al tiempo de considerar ese balance o inmediatamente después (art.96 LGS), ya que de lo contrario la disolución operará indefectiblemente (arts.94 inc.5, LGS)....Debemos tener presente que una vez que se ha considerado por la asamblea el Balance y demás estados contables en los que existe pérdida del capital social,*

8 TRUFFAT, E. Daniel “EL DERECHO CONCURSAL NO ES UNA ISLA, PERO SÍ ES UN DERECHO ESPECIAL”, al que respondimos en la misma Revista y número con Nto. “AMANECE, QUE NO ES POCO... (Sobre crisis societarias)” en Revista de las Sociedades y Concursos, Editorial FIDAS, Director Ricardo A. Nissén, año 16, 2015 Nos. 2/3, pág. 99, Buenos Aires abril 2016.

9 FUSHIMI, Jorge Fernando – RICHARD, Efraín Hugo “EL BALANCE Y LA QUITA EN CONCURSOS DE SOCIEDADES Y SU TRATAMIENTO CONTABLE Y FISCAL (con algunos aspectos periféricos)” en ASPECTOS CONTABLES, IMPOSITIVOS Y PREVISIONALES EN LAS SOCIEDADES Y LOS CONCURSOS, Obra colectiva, Director Martín Arecha, Págs. 153 a 162. Publicación del Instituto Argentino de Derecho Comercial. Editorial Legis Argentina SA, Buenos Aires, Abril de 2013.

10 Limitándose la judicatura a referir, conforme lo dispuesto imperativamente por el art. 52.4 LCQ, que no se advierte abuso de derecho y fraude a la ley, genérico como vinculándolo a la ley concursal, sin referencia alguna al derecho societario que es específico para estas personas jurídicas –art. 150 a. CCC-.

11 Particularmente porque Ferrero es Adscripto a las Cátedras de Derecho Concursal y Cambiario de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Córdoba, como asiduo concurrente al Instituto de Derecho Comercial del Departamento de Derecho Comercial de la misma. Este vínculo justificaría, a nuestro entender, algunas de las posiciones periféricas.

12 En particular se ha explicado que “Esa “pérdida” debe ser real, aunque es reconocida por una determinación contable aprobada por el órgano de gobierno de la sociedad. Según la versión más conservadora la misma se produce cuando el patrimonio neto acusa pérdidas de tal envergadura que éstas igualan o superan a todos los importes positivos del patrimonio neto (capital, ajuste de capital, reservas, aportes irrevocables –capitalizados, agregamos-)”.

ha operado la causal disolutoria, y los administradores ‘... *solo pueden atender los asuntos urgentes y deben adoptar las medidas necesarias para iniciar la liquidación*’, siendo ilimitada y solidariamente responsables frente a los terceros y los socios, ‘*sin perjuicio de la responsabilidad de estos*’ (art.99 LGS), salvo reintegro o aumento del capital social (art.96 LGS), o capitalización de pasivos (art.197 LGS) según postura del maestro cordobés al que venimos siguiendo en lo fundamental....Siguiendo con el discurrir temporal, hemos de suponer que la temática es tratada en Asamblea o reunión de socios, en la que éstos manifiestan su falta de medios económicos propios para el reintegro, o aún como hipótesis casi de gabinete su falta de voluntad de incorporarlos. A su vez, que la capitalización de pasivos se muestra como una alternativa altamente improbable, de modo que a fin de evitar la disolución (art.94 inc.5 LGS), se encomienda al órgano de administración la presentación en concurso preventivo. ...¿Es lícito? En caso afirmativo, ¿bajo qué limitaciones y con cuáles alcances?”.

Concuerda que la aprobación del balance con patrimonio neto negativo configura la declaración de la existencia de la causal de disolución –conforme previene el art. 99 LGS. Parece interesante el reconocimiento de Ferrero “Sin dudas, la falta de convocación a reunión de socios por parte de los administradores para tratar los estados contables, tornará aplicable la responsabilidad del art.99 LGS, complementado con este especial deber de obrar con previsión.”

Por otra parte, tampoco hemos advertido en una sociedad económicamente viable, con un plan de negocios definido, la propuesta de capitalizar el pasivo. Es como si el “concurso” llevara la idea de que todo debe ser para los socios y el problema debe ser asumido por los acreedores, contrariando así la previsión del art. 96 LGS.

1. Facultad de concursar una sociedad. En este punto debemos reiterar que no cuestionamos ni en este ni en otros supuestos la posibilidad de presentar una sociedad, aún en liquidación en concurso, lo que cuestionamos es la propuesta de “quita”. Por otra parte sostenemos que declarada la pérdida del capital social al aprobar –sin reservas- un balance con patrimonio neto negativo, si bien nace de inmediato esa responsabilidad de administradores y socios “en su caso”, no existe plazo para la adoptar la opción imperativa prevista en el art. 96 LGS, pero con la remediación no se elimina la posibilidad de acciones de responsabilidad si se hubiere generado daño.

Enfáticamente señalamos que la lícita que la lícita presentación facultativa en concurso –ninguna norma lo impone- no altera los efectos de la constatación de la causal disolutoria de pérdida del capital social, ni la etapa de liquidación si se hubiera abierto –pues la sociedad se puede presentar en estado de liquidación al sólo efecto de ordenarla-, ni la responsabilidad que pudiera resultar de normas societarias

Su comentario sobre la legislación española, que anteriormente era muy similar a la nuestra, pero que ahora ha incorporado en la legislación societaria imperativamente que se capitaliza, se liquida o se concursa tempestivamente a la sociedad. Es a su vez la posición que postula de legge ferenda y que trata de justificar como de interpretación actual. Insistimos que no vemos problema alguno en que se concursa la sociedad, es más creemos que debería hacerlo si no se consigue resolver la crisis antes de llegar a la insolvencia patrimonial¹³, lo que no legitima la sustitución de roles de los socios. Parecería que se trata a los acreedores como socios sin derechos.¹⁴

13 Remitimos al ensayo citado en nota 8 “Amanece que no es poco...”.

14 MIOLA, Massimo 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, novembredicembre 2005, fascicolo 6º p. 1199, especialmente pág. 1310.

Es muy loable su reconocimiento a que existe “un defecto en la enseñanza de la interacción entre el derecho societario y concursal”, que luego transcribiremos. Esto no es sólo en la Facultad donde Ferrero profesa, sino absolutamente generalizado, incluso fuera de nuestro país.

La cuestión entonces es la falta de voluntad de los socios de asumir la capitalización de la sociedad –por los socios o terceros- o de incorporar a los acreedores –capitalización del pasivo arts. 96 y 197 LGS-, o sea de no perder la propiedad y obtener la solución a través de licuar el pasivo con quitas.

IV – LA DIVERGENCIA.

En el apartado IV de su ensayo, Ferrero expresa “Trataremos de ahondar nuestro análisis de los razonamientos expuestos en los apartados II y III, marcando nuestras escasas divergencias. ...Convocada la reunión del órgano de gobierno en la que se consideran estados contables donde se observa que la sociedad está incurso en causal de disolución por pérdida del capital social, en dicho acto -si se incluyó el punto como parte del orden del día- , o en una subsiguiente convocada de inmediato, deberá adoptarse alguna resolución para superar dicho estado, o de lo contrario se deberá disponer lo necesario para liquidar la sociedad (art.94 inc.5 y 96 LGS), en esto se encuentra involucrada la tutela de los terceros, siendo las responsabilidades por incumplimiento de orden público indisponible (art.99 LGS). - Al respecto la primera observación que se nos viene a la mente desde el plano práctico , es la falta de una adecuada formación, o de entendimiento suficiente de la cuestión, por parte de los empresarios (administradores y/ socios), y peor aún de muchos de los asesores legales o contables de nuestras PyMEs argentinas , lo que tiene origen en parte, en un defecto en la enseñanza de la interacción entre el derecho societario y concursal como bien se ha destacado¹⁵, y agreguemos nosotros ante la ausencia de normas claras como las existentes en otras legislaciones sobre el modo de proceder ante este escenario (caso de España). No obstante éstas, o cualquier otra objeción práctica, consideramos que la lógica societaria resulta irrefutable a la luz de las normas antes citadas, y entendemos consecuentemente, que este es el único análisis que pueden realizar los jueces con independencia de su visión particular de los negocios, al menos hasta aquí.”

1. La disidencia. Y señala la disidencia que debemos trabajar “Ahora bien, esto no nos impide destacar – y en ello nadie parecería decir lo contrario - que el art.96 LGS, establece sólo una *facultad* para los socios de revertir la causal disolutoria, en tanto los socios no están obligados a realizar nuevos aportes suplementarios a los comprometidos (arg. arts.146, 163 y 315 LS)¹⁶; por lo que , a diferencia de los razonamientos expuestos en los apartados anteriores , entendemos que la misma

15 RICHARD, Efraín H., “La enseñanza del derecho societario y del derecho concursal ...”, cit. loc. cit. disponible en www.derecho.unc.edu.ar/njrj/copy_of_revista-no-1/aportes-de-destacados-juristas-1/efrain-hugo-richard.-la-ensenanza-del-derecho-societario-y-del-derecho-concursal-en-las-facultades-de-derecho-y-de-ciencias-economicas-sobre-la-crisis-de-las-sociedades/at_download/file+&cd=8&hl=es&ct=clnk&gl=ar, última visita el 22-5-2015. Ib. id. (Aclaremos nosotros otra publicación “LA ENSEÑANZA Y LA INVESTIGACIÓN DEL DERECHO SOCIETARIO DE CRISIS” en Anuario XV (2013-2014) del Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba, pág. 351, editado en Córdoba diciembre 2015 (TEACHING AND INVESTIGATION OF CRISIS CORPORATE LAW).

16 En referencia al socio o accionista se ha dicho “... no existe para éste obligación de reintegro, debido a que al haber suscripto el capital y luego integrado éste, su obligación económica para con la sociedad se encuentra absolutamente cumplida y no puede imponérsele un régimen de aportes adicionales sin su consentimiento.” (VITOLLO, Daniel R., ob. cit., Tomo II, pág.426).

no resulta una norma imperativa al menos en este sentido del término, y sin perjuicio de la obligatoriedad para los administradores de poner la cuestión a consideración de los socios o accionistas, bajo responsabilidades de ley (social e individual) ,ante la plena operatividad de la responsabilidad prevista en el art.99 LGS en caso de continuar con la actividad propia del objeto fuera del marco de la liquidación. En esto es conteste la doctrina, pero Richard resalta que la norma del art.96 LGS es imperativa, pese a contener una *opción* para los socios, tal como el mismo lo reconoce implícitamente al admitir la capitalización de pasivos como modo alternativo de revertir la insolvencia¹⁷, y en ello nuestra primera divergencia, si se quiere de énfasis. - En tales condiciones entendemos, la continuación de la actividad es una alternativa válida¹⁸, que podrá ser elegida expresa o implícitamente v. gr. al tratar la remoción de la causal disolutoria mediante reintegro del capital social (art.96 LGS), pero siempre lo será bajo responsabilidades del art.99 LGS, para socios y administradores”.

Importantísima opinión sobre la posibilidad de continuar el giro y la responsabilidad.

2. La imperatividad. Obviamente no es una divergencia de énfasis, sino de fondo. El art. 96 LGS de no constituir una norma imperativa sería una norma disponible. Y lo que la misma dispone como opción es imperativo, porque su incumplimiento implica una conducta antijurídica que genera responsabilidad. Responsabilidad no como sanción sino por el daño, dentro de la teoría general de la responsabilidad de base subjetiva. Incluso administradores y socios podrán disponer que la sociedad se concurse, pero no podrán generar una nueva opción de la fijada en la norma imperativa.¹⁹

17 “No necesariamente la ley impone la reintegración para evitar la liquidación. La opción es capitalizar la sociedad por los socios –ejerciendo el derecho de preferencia y el de acrecer en su caso- o por terceros.” (RICHARD, Efraín H., “La enseñanza del derecho societario y del derecho concursal...”, cit. loc. cit.).

18 La sociedad puede seguir operando en situación de pérdida del capital social, debido v. gr. a operaciones en curso de ejecución no contabilizadas adecuadamente u otras circunstancias que permitirán revertir la situación de insolvencia. Esto es cierto, no hay plazos para la declaración de disolución de la sociedad, pero si los hay para determinar la responsabilidad ante la agravación innecesaria de la insolvencia, según explica Richard “... – pese a que la particular legislación no contenga plazos para iniciar la liquidación- dispara la 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. ... el balance aprobado como declaración unilateral de verdad de la sociedad que revela la pérdida del capital social podrá contener Notas sobre infravaluación del activo, o de negocios en curso. Sin duda merecerá tal punto explicarse en la Memoria –si fuera el tipo de sociedades en que el órgano de administración debe presentarla al órgano de gobierno-. El objetivo es no dañar y si hay patrimonio suficiente no hay daño.” (RICHARD, Efraín H., “Distorsión institucional para emprendimientos productivos (privatizaciones, abusos financieros y concursales avalados por los poderes públicos: aspectos interdisciplinarios)”, conferencia a la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, el 01 de abril de 2014 y su agenda remitidos por el autor.

19 MUIÑO, Orlando Manuel “EN TORNO A LA INDISPONIBILIDAD DE LA DISOLUCIÓN POR PÉRDIDA DEL CAPITAL SOCIAL”, en Crisis y Derecho, Tomo 1 “Las vías de prevención y saneamiento de la crisis empresaria”, pág. 124, Ed. Fespresa, Córdoba 2015; “El segundo aspecto (disolución ipso jure), puede fácilmente responderse de manera negativa, toda vez que, atendiendo a la disposición del art. 96 LGS, es posible remediar la situación de pérdida del capital social “si los socios acuerdan su reintegro total o parcial del mismo o su aumento”. La causal requiere pronunciamiento de los socios, quienes pueden rechazar la disolución con reintegro total o parcial o aumento del capital (art. 96 in fine LGS). ...Las previsiones imperativas de la LGS, hoy acentuadas por el CCC, implican soluciones preconcursales cuando la crisis se ha agravado e insume la pérdida del capital social.” Ricardo OLIVERA GARCÍA en ap. III “El orden público en la ley de sociedad comerciales” de su libro Estudios de Derecho Societario, Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe 2005, enfrenta el tema de la imperatividad de las normas societarias en el derecho argentino, a partir de discernir ¿Cómo se determina cuando una norma es de orden público?

Las normas o leyes se clasifican en imperativas o supletorias. Una ley es imperativa cuando no es posible sustraerse a lo que obliga o prohíbe, y es supletoria cuando lo dispuesto por la norma puede ser cambiado o modificado según la voluntad de las personas intervinientes en la situación jurídica por la ley elaborada o regulada. Pero en las leyes debe distinguirse con claridad entre aquellas de sus normas que son imperativas para sus destinatarios, es decir las que se imponen sin posibilidad de pacto o decisión en contra pues sus efectos deben producirse con independencia del querer de las personas, de las que tiene un carácter de decisión particular contraria. También deben distinguirse las opcionales imperativas, en cuanto permiten decidir más de una solución pero sin apartarse de ellas. Esa decisión podrá ser voluntaria, según su deseo y conveniencia entre dos o más posibilidades reguladas por la misma ley en cuanto a los efectos de las opciones consagradas. La ley imperativa se impone ante la voluntad de las partes. Se cumple aunque las partes en común acuerdo quisieran que no fuera así, imponiendo obligaciones, responsabilidades o prohibiciones. La norma supletoria, en cambio, brinda la posibilidad de que las partes fijen los efectos o consecuencias, o las obligaciones y prohibiciones que gobiernen su relación jurídica, y si las partes nada dicen al respecto, la norma entra a suplir esa indefinición, de modo que la ley sólo tendrá efecto si las partes no han expresado su voluntad, por lo que se puede afirmar que una norma supletoria permite que la voluntad de las partes prevalezca. Rápidamente se advertirá que el art. 96 LGS no constituye una norma supletoria, sino que es imperativa otorgando una opción ante la constatación de la pérdida del capital social: capitalizar –por distintos medios- o iniciar la etapa de liquidación, generando la indefinición una sanción.

¿El art. 96 LGS dispone una facultad de la que puedan sustraerse los socios? No, pues la existencia de la causal de disolución produce efectos. Que es imperativo? Según el Diccionario “Deber o exigencia inexcusable”. Deben optar²⁰ pues de no incurrirán en una antijuridicidad, y de existir daño deberán satisfacerlo. Los órganos de la sociedad tienen facultad para acordar con acreedores, p.ej. la capitalización, e inclusive concursarse, pero no podrán alterar las opciones imperativas de esa norma.²¹

Si la norma no es imperativa, genera una disponibilidad, o sea de pactar de diferente forma de la norma que actúa sólo a falta de regulación privada... ¿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 sí, por terceros y acreedores, disponiendo que la sociedad sea concursada y se requiera una quita a los acreedores?

20 Opción conforme el Diccionario de la Real Academia es la “Libertad o facultad de elegir. Derecho de elegir entre dos o más cosas, fundado en precepto legal en negocio jurídico”. En el caso no se puede sustituir la decisión por algo no previsto en el propio art. 96 LGS.

21 La Corte constitucional colombiana en sentencia T-597 definió de la siguiente manera estos conceptos “Pero en las leyes debe distinguirse con claridad entre aquellas de sus normas que son imperativas para sus destinatarios, es decir las que se imponen sin posibilidad de pacto o decisión en contra pues sus efectos deben producirse con independencia del querer de las personas, de las que tienen un carácter apenas supletorio de la voluntad de los sujetos a quienes se refieren, las cuales operan solamente a falta de decisión particular contraria, y también de las opcionales, esto es, las que permiten a los individuos escoger, según su deseo y conveniencias, entre dos o más posibilidades reguladas por la misma ley en cuanto a los efectos de las opciones consagradas”.

Los riesgos de la actividad societaria no pueden ser transferidos por los socios a terceros.²² Tampoco se puede dañar a sabiendas a los acreedores, reciente jurisprudencia así lo apunta²³,

22 STANGHELLINI, Lorenzo "Proprietá e controllo del'impresa in crisis" en Rivista delle Societa anno 49º 2004 settembre-ottobre fascicolo 5º, Editorial Giuffrè Milano, pág. 1079.

23 Los subrayados nos corresponden. Sentencia del TERCER JUZGADO DE PROCESOS CONCURSALES PRIMERA CIRCUNSCRIPCIÓN JUDICIAL, del PODER JUDICIAL MENDOZA, en la causa "KLP EMPRENDIMIENTOS SOCIEDAD ANONIMA P/ MEGACONCURSO", fechada en Mendoza, 22 de Abril de 2016 del Juez Pablo GONZALEZ MASANES: ANÁLISIS DE LOS CRÉDITOS INSINUADOS...Las constancias de autos demuestran – y la incorporación de este importante crédito en el pasivo concursal, implica reconocer – que la asistencia económica de este acreedor ha sido determinante para el mantenimiento de la actividad de la concursada en orden al cumplimiento de su objeto social. En sentido similar ha concluido Sindicatura y resulta también de las manifestaciones de los órganos de la concursada, conforme ha sido transcrito anteriormente. Si el auxilio económico de un accionista es constante durante varios ejercicios y de tal relevancia que sin él no hubiese resultado posible el sostenimiento de la sociedad o la realización del objeto social (en los términos de los arts. 163 inc. i CCC y 94 inc. 5 LGS, respectivamente), resulta evidente que bajo el ropaje de operaciones de mutuo se encuentra funcionando lo que debió operar como aportes de capital. En otras palabras, si la sociedad se encontraba infracapitalizada y quería evitar encontrarse en situación de disolución por pérdida del capital social, lo que necesitaba no era la asistencia económica de un socio, sino el aporte de capital suficiente para la consecución de su propósito empresarial (art. 96 LGS). Aun cuando se asumiera una perspectiva de menor rigor, que entiende que el capital social funciona de modo intra societario en la determinación de los derechos patrimoniales y políticos de los socios y que su incidencia es irrelevante respecto de los terceros; en el caso no es posible sino arribar a la misma conclusión. En efecto, desde la postura comentada se señala que la función de garantía directa respecto de terceros se encuentra reservada al patrimonio neto, con lo cual la situación de infracapitalización o – como sostiene esta visión – infrapatrimonialización, consiste en la deficiencia del patrimonio para cumplir el objeto social (Dasso Ariel A., Disolución y quiebra de la sociedad: infracapitalización, IX Congreso Argentino de Derecho Concursal – VII Congreso Iberoamericano de la Insolvencia, Crisis y Derecho, Tomo I, p. 164). Como fue expuesto, si el auxilio financiero de un socio resultó determinante para la continuación del giro de la empresa, es simplemente porque la sociedad carecía de los recursos propios y necesarios para sostenerse; o, en otros términos, porque su patrimonio era insuficiente para cumplir con el objeto social. Nada impide que la sociedad recurra al crédito, pero cuando la vital y continua asistencia financiera es prestada por un socio...forzoso es desembocar en dos conclusiones: a) la operación de crédito se hizo eludiendo o remplazando la norma que impone adecuar el patrimonio en cuanto prenda común de los acreedores al objeto social (arts. 12, 154, 163 inc. i y cc. CCC; arts. 94 inc. 5 y 96 LGS) y b) ese accionista-acreedor ha intentado equipararse a los demás acreedores respecto a su posición frente a la prenda común....Es que más que ante una relación acreedor-deudor, nos encontramos frente a una relación sociedad-accionista. Esta relación intrasocietaria sólo puede ser liquidada una vez satisfecho el pasivo social; de otro modo el déficit societario sería absorbido por los acreedores, con el consecuente enriquecimiento del patrimonio social y por ende de los accionistas – particularmente los de control –. (conf. Richard Efraín Hugo, Preconcursalidad societaria: ¿existe?, IX Congreso Argentino de Derecho Concursal – VII Congreso Iberoamericano de la Insolvencia, Crisis y Derecho, Tomo I, p. 152).... - Apunta a esos efectos el fallo recaído en la causa "Díaz y Quirini SA s/ concurso preventivo s/ incidente de revisión (promovido por Quirini Augusto)" – CNCOM – SALA C - 31/05/201223, de donde extractamos para nuestro ensayo aspectos de una verificación de créditos en una quiebra de un préstamo de un socio cuando la sociedad estaba insolvente, declarándolo subordinada. Advertimos que de las propias confesiones judiciales nacieron las responsabilidades previstas en el art. 99 LGS, que parece que no se ejercitaron: "Pues bien: cualquiera que sea el alcance que se otorgue –y aún cuando se la niegue- a la obligación de los accionistas de dotar a la sociedad que integran de un capital suficiente para cumplir su objeto, parece claro que el socio que, sabiendo que el ente se halla insolvente, se aviene a prestarle dinero en vez de arbitrar los mecanismos para capitalizarlo, no puede quedar en el concurso de la sociedad, en igualdad de condiciones con los demás acreedores.- Cuando se verifica –como debe entenderse ocurrido en el caso a la luz del mismo reconocimiento del interesado- un supuesto de infracapitalización formal de la sociedad del que se desprende que, pese a haber perdido su capital de riesgo, la sociedad siguió operando en plaza gracias a los fondos entregados, no a título de aporte, sino en calidad de préstamo por los socios, éstos no pueden aspirar en dicho concurso a disputar derechos a los referidos acreedores.- Es decir: si la sociedad ha perdido su capital de riesgo debe ser disuelta (art. 94 inc. 5 LS) o capitalizada (art. 206, misma ley). Con esta aclaración, que no es sino una reiteración: si, sabiendo que el ente se encuentra en tales condiciones, el socio decide prestarle en lugar de aportar a título de capital, tal decisión no podrá, sobrevenido el concurso, servir de mecanismo para frustrar la función de garantía que a la noción de capital resulta inherente.- Lo contrario importaría tanto como admitir la posibilidad de trasladar el riesgo comercial propio a terceros, lo cual es inadmisibles y justifica que los créditos así nacidos, sólo puedan ser admitidos con el carácter de subordinados.-...Firman E. R. Machin, Juan R. Garibotto, Julia Villanueva.

marcando la obligación de los socios de capitalizar la sociedad ante la existencia de la causal disolutoria de pérdida del capital social.

3. Efectos de la tesis en análisis. La importancia de la tesis de Ferrero –no esbozada con anterioridad- es que a través de negar la imperatividad del art. 96 LGS restablece la posibilidad de todas las prácticas concursales que hemos fustigado²⁴. Es la primera vez que se formaliza esa posición que esa norma sólo dispone una opción y al no ser imperativa es disponible -aunque no lo dice expresamente-. Hasta ahora no creímos que fuera un tema discutible, y sobre el punto se debatió en reciente “Congreso Iberoamericano de Derecho de la Insolvencia”.²⁵ Obviamente que esa inteligencia –con la que discrepamos- generaría la posibilidad del uso abusivo de las sociedades con pérdida del capital social, la transferencia del riesgo y la posibilidad de dañar a los acreedores – señalada en la jurisprudencia citada en nota 23., no asumiendo los socios las opciones imperativas que les permite el art. 96 LGS, pero no por concursarse sino por sugerir Ferrero la posibilidad de las quitas.

Apunta Ferrero “A nuestro juicio, constatada la causal disolutoria por el órgano de gobierno, éste en dicho acto o en otro inmediato posterior deberá analizar cómo superar la causal – en tanto la empresa se presente como económica y socialmente viable (art.100 LGS) -, y entre el abanico de posibilidades la presentación en concurso preventivo se presenta como una alternativa completamente lícita y posible ante la insuficiencia patrimonial, entendida como imposibilidad de afrontar las obligaciones exigibles con los recursos normales del giro (cfr. art.1, 78 y conc. LCQ).”

Esta afirmación abre dos aspectos: 1. El ponderado análisis que hace del art. 100 LGS, que ante la existencia de una causal de disolución impone, fuera y en el concurso, el análisis de viabilidad económica, con la evidente inserción del “plan de viabilidad del negocio” tanto al presentarse en concurso la sociedad como al formular la propuesta, pues ese plan la integra, y 2. Es la no discutida posibilidad de presentarse en concurso. Esto es legítimo nunca lo hemos discutido, si la legitimidad de la propuesta, que como él bien defiende la posibilidad de capitalización de pasivo, y donde nos dividimos es en torno a la quita.

En cuanto a si hay acreedores en cantidad mayoritaria para aceptar la quita –sobre lo que volveremos enseguida-, hace a su posibilidad convenirla extrajudicial o judicialmente, pero ¿imponer la quita a quiénes no pueden votar o no quieren aceptarla con una mayoría circunstancial?, imposición que los socios logran cuando no quisieron capitalizar personalmente ni invitar a los acreedores a hacerlo? Esto aparece por negar imperatividad a la opción del art. 96 LGS, y para peor relativizar las responsabilidades que de ello acaecerían, incluso postulando que la novación concursal alcanza la de responsabilidades de terceros.

Al llegar al párrafo VI. CONCLUSIONES, se nos genera alguna duda sobre el pensamiento de Ferrero y sus supuestas disidencias. Expresa “En esta senda, interpretamos que el art.96 LGS en cuanto dispone en relación a la causal de disolución prevista en el art.94 inc. 5, que la misma no operará si los socios disponen el reintegro total o parcial del capital social o su aumento, fija sólo una posibilidad o facultad de los socios, no imperativa, pudiendo ser revertida por otros mecanismos

24 Recuérdese la Cátedra de su Adscripción: Derecho Concursal, su crítica a la enseñanza del derecho societario y concursal, y lo que hemos relatado en “El Contraderecho...” cit. con Juan Carlos Veiga.

25 Cfme. MUIÑO cit. en nota 19 y los fallos relatados en nota 23.

(v. gr. por capitalización de pasivos²⁶), y aún por la propia actividad económica de la sociedad -bajo ciertas condiciones y responsabilidades (art.99 LGS)-, entre otras alternativas lícitas. - Así consideramos que el art.96, LS no es una norma imperativa, aunque resulte de cumplimiento imperativo para los administradores la convocación de la Asamblea... Dicha conclusión no exime de los deberes a los administradores societarios impuestos por el art.99 LGS (cfr. art. 163, inc. i y 167 CCC), pudiendo generar la responsabilidad de los mismos, y de los socios que hubiesen conocido – o debido conocer, contando con la posibilidad de ponerle fin - la existencia de la causal y sin embargo hubiesen consentido continuar operando sin tratar la recomposición de dicho capital, la liquidación extrajudicial o afrontado alguna de las alternativas concursales (A.P.E., concurso preventivo, quiebra). - Entendemos entonces que la norma fija una alternativa no incompatible con el proceso concursal preventivo como medio de la superación de la insolvencia.”

Sobre esto no tenemos disidencia, obviamente que la sociedad puede concursarse aún en liquidación y quebrar o ser quebrada, y esto no se afecta porque la norma del art. 96 LGS sea imperativa, PERO afecta la posibilidad de propuestas con quita... sobre lo que no vuelve en las conclusiones. Este es el efecto que nos separa.

La capitalización del pasivo, concursal o privadamente, extingue acciones de responsabilidad porque hay satisfacción plena, incluso no genera costos impositivos, y libera a fiadores.

Comenta Ferrero “Finalmente destacamos que el juez al tiempo de homologar un acuerdo deberá tomar en especial consideración el modo en que la sociedad llega a la presentación concursal, no pudiendo prescindir del análisis societario, pudiendo no homologar propuestas que considere abusivas, o imponer mejorar la propuesta en orden a lo que se ha denominado la tercera vía.”

Y así de nuevo flota la posibilidad de acuerdo académico pues si el juez considera abusiva –o en fraude a la ley societaria, que deberá examinar- se diluye el supuesto diferendo. Es loable la coincidencia en que el Juez concursal deberá analizar expresamente, conforme el art. 52.4 LCQ que no existe abuso ni fraude a la ley societaria en el concurso de sociedades, en forma expresa. Por las dudas, apuntamos que ni en derecho societario ni concursal existe la “cláusula escape”, autorizada en el derecho internacional privado ante la posibilidad de aplicación de normas de diversos países (arg. art. 2597 CCC).

V – LAS CUESTIONES PERIFÉRICAS.

De la falta de imperatividad del art. 96 LGS devienen divergencias periféricas o anexas. La posibilidad de la quita –cuya naturaleza no analiza- por su inclusión en el art. 43 LCQ²⁷, sin advertir que en esa norma se señalan no taxativamente propuestas tanto para personas humanas como jurídicas, no todas las señaladas son para ambas. Si el art. 96 LGS es norma imperativa lo que es en fraude a la ley societaria es la propuesta, que no puede ser santificada por la mayoría que tiene posibilidad de votar, de acreedores originarios.-

26 Apuntamos nosotros: una de las opciones imperativas que otorga el art. 96 LGS, indicada como posible en el art. 43 2° párrafo LCQ “capitalización de créditos, inclusive de los acreedores laborales, en acciones o en un programa de propiedad participada”.

27 Pero en el art. 43 2° párrafo LCQ se incorporan propuestas que pueden extender personas humanas únicamente y personas jurídicas por otra parte, lo que es advertible a primera vista. Y la tradicional quita es incompatible con la norma imperativa del art. 96 LGS.

1. Capitalización de pasivo, plan de negocios, viabilidad económica y mayorías espúreas. La capitalización esta prevista -tanto en la ley societaria como en la concursal- y Ferrero mismo ha cuestionado la disidencia referida de Moreno Fontenla con nuestra posición, por un fallo ante una capitalización que intentaba frenar acciones de responsabilidad.²⁸ Justamente adhiere a nuestra visión sobre el plan de negocios y la integración del art. 100 LGS aún en los procesos concursales, contrariando la posición de aquel jurista: “Esta cuestión parece menos controvertida en la postura societaria, puesto que el propio Richard reconoce que la manipulación de mayorías vulnera las pautas del art 52.4 LCQ si se integra con el art. 961 CCiv.”²⁹.

Justamente sobre la forma en que se integran las mayorías, por cesiones ilegales, algo hemos logrado, como resulta en el caso “Mandalunis”, con el voto ampliado de la camarista Julia Villanueva en fallo del 14/2/2014, y lo relatamos en polémica con Graziabile en ensayo conjunto³⁰. Moreno refiere este supuesto como un criterio subjetivo por fraude a la ley, conforme el art. 52.4 LCQ, que impide al juez homologar, cuando en realidad debe simplemente excluir ese voto, conforme aplicación de normas del derecho civil sobre la relatividad de los efectos de los contratos, que no

28 Nto. “Ante las crisis societarias, consultemos la ley específica (respondiendo a un par de críticas)” en RDCO, Sociedades – Doctrina pág. 113, número 276, Enero/Febrero 2016, donde expresamos “I. Motivación. Juan Luis Moreno Fontela, un joven distinguido jurista español ha propuesto indirectamente una polémica con su artículo “La extensión de la conservación de la empresa en el derecho de sociedades. Dos críticas a Richard”, que en este número de la Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones precede a mi respuesta. Las críticas que asume genera una problemática inicial: el colega entrecruza el derecho societario y el concursal en la crisis de las sociedades, sin atender que la legislación societaria contiene normas imperativas, generando un límite a la crisis patrimonial que desencadena responsabilidades, mientras el derecho concursal debería ser anticipatorio de esa crisis, usándose indebidamente con abuso de derecho y fraude a la ley. El enfoque metodológico diverso puede dificultar el análisis. La verdad es que sería ya un éxito que mi pública posición disidente en torno al tratamiento, doctrinario y judicial, a la crisis de sociedades, mereciera sólo dos críticas. Pero esto viene bien para aclarar. II. Mi posición doctrinaria. Esta nueva polémica me permite reiterar mi posición, acentuada claramente en la reforma del Código Civil y Comercial y la Ley General de Sociedades, como he desarrollado en esta Revista: “Crisis económico-patrimoniales de las personas jurídicas (especialmente societarias) y el Código Civil y Comercial. Para probar que la capitalización no sirve, Moreno trae un ejemplo que también he fustigado. El caso fallado por la C. Nac. Com., sala F, en “Baugruppe SRL s/quiebra”, donde se rechazó la homologación de un acuerdo que ofrece la capitalización de créditos ante el dudoso y reducido valor de las participaciones en el capital de la empresa insolvente: “Es que... no explicitó la deudora cuál es el beneficio que obtendrían los acreedores en adquirir cuotas partes de una sociedad sin actividad alguna, que no genera ganancias, siendo su única actividad el recupero de créditos litigiosos. Así, la propuesta de acuerdo formulada resulta por demás escabrosa al no existir elementos que permitan evaluar la rentabilidad de la empresa, ni siquiera el valor de las cuotas partes ofrecidas”. ¿Mejora normalmente la capitalización la situación del acreedor? Esto es obvio: la capitalización puede ser otra forma de abuso y el fallo que cita Moreno es muy correcto, sería una forma de abuso, pues la capitalización libera al fiador y podría sostenerse que también lo hace de las acciones de responsabilidad, obligando a prueba del daño generado por la capitalización misma. Siguiendo la doctrina argentina, Moreno se explaya en que los acreedores no tienen interés en la capitalización; agregó que tampoco quieren quita y espera. Pero el problema fundamental resulta que erróneamente se entiende que ni la Ley de Concursos ni la de Sociedades exigen a los administradores la generación de un plan de negocios —insoslayable, a mi entender, máxime ahora con el art. 100 LGS si se hubiera perdido el capital social—....”.

29 Perspectiva del Derecho de la Insolvencia, Ed. Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Córdoba 2010, p. 189.

30 Graziabile, Darío J. – Richard, Efraín H., “Efecto de la sentencia de verificación en relación a la conformación del acuerdo”, en Graziabile, Darío J. (dir.), Verificación concursal de créditos, Erreius, Buenos Aires, junio 2015, ps. 162/185; en ese fallo se recepta mi posición en el ensayo “El efecto de los contratos respecto de terceros y la cesión de créditos en concursos”, en AA.VV., Liber Amicorum. En homenaje al Prof. Dr. Luis Moisset de Espanés, t. I, Advocatus, Córdoba, noviembre 2010, ps. 515/552 (2 ts.).

pueden afectar a terceros. Nuestro artículo en RDCO, ya citado, refuta estas posiciones, y *brevitatis causa* al mismo nos remitimos³¹.

2. El fraude a la ley. El fraude a la ley, como el abuso de derecho, que impiden la homologación de quitas y esperas, es hoy un problema objetivo, mejor caracterizado por los arts. 10 y 12 CCyC, y esto lo venimos reiterando desde que se publicitó el anteproyecto del Código Civil y Comercial hoy vigente.³² Nuestra visión impediría al juez aceptar como lícita una propuesta de quita en el concurso de sociedad, como lo hizo el juez mendocino Arcana en el caso Villanueva³³, y no homologar el acuerdo que pudiera haberse gestado.

Los socios siempre pretenden que el problema lo asuman los acreedores, empobreciéndoles y enriqueciéndose con la quita lograda. La solución válida en el concurso de una persona humana es a todas luces abusiva y en fraude a la ley societaria³⁴.

3. Responsabilidad. En torno a responsabilidad Ferrero abre una posición restrictiva, concursalista, sobre lo que no viene al caso analizar en este breve ensayo para no desenfocar, pero que debemos señalar que la extensión debe basarse en la conducta antijurídica –por acción u omisión-, de base subjetiva, la existencia de daño y el nexo causal.

El límite de la responsabilidad es por todo daño que resulte de no haber cumplido la norma imperativa –si es que es tal-. De no bastaría con ahondar la crisis antes de confeccionar y aprobar el balance, seguir el giro y atender sólo las obligaciones futuras.³⁵ El tema ha sido debatido por la doctrina española conforme la regulación que cita el cordial amigo. Se discute si es un supuesto de sanción legal o responsabilidad de carácter punitivo, o se trata de una responsabilidad en la que es necesaria una responsabilidad subjetiva por los daños derivados de la derivación de la insolvencia.³⁶

Constatado el patrimonio neto negativo en el balance anual, es responsabilidad de los administradores proponer la reversion del mismo. Caso contrario, si continúa funcionando en condiciones de disolución, será responsabilidad de administradores y socios, retrotrayéndose a la

31 “Crisis económico-patrimoniales de las personas jurídicas (especialmente societarias) y el Código Civil y Comercial”, Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones. (Revista de Doctrina, Jurisprudencia, Legislación y Práctica), nro. 272, mayo-junio 2015, edición especial Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, AbeledoPerrot, Buenos Aires, 2015, ps. 613 y ss.

32 Remitimos *brevitatis causae* a nuestros varios ensayos publicados en diversas publicaciones y reunidos en www.acaderc.org.ar

33 En Expte. N° 69.170 “VILLAFañE, JUAN AGUSTIN P/ CONC. PREV.” en Mendoza, 10 de Julio de 2.008. Cfme. Con PALAZZO, José Luis “VISION BÁSICA CONSTITUCIONAL DE PROPUESTA ÍRRITA DE QUITA Y ESPERA”, en en libros del “VI Congreso Nacional de Derecho Concursal y IV Congreso Iberoamericano de la Insolvencia”, Rosario 2006, Tomo I pág. 715. Se trata de la confiscatoriedad de la propuesta, aspecto que subraya Daniel Roque Vitolo en relación a los que no han votado ni podido votar la propuesta de quita confiscatoria.

34 Veiga, Juan Carlos – Richard, Efraín H., “El contraderecho (el abuso y el fraude en la homologación de acuerdos concursales propuestos por sociedades comerciales con quitas)”, Pensar en Derecho, año 3, nro. 5, febrero 2015, Eudeba, Facultad de Derecho, UBA, Buenos Aires, p. 257.

35 YÓDICE, Alejandro “Reflexiones en torno a la responsabilidad de administradores por el pasivo social”, en Doctrina Societaria y Concursal n° 331, Junio 2015, Ed. Errepar pág. 615. Sobre el punto también puede verse, entre otros nto. “SOBRE EL ART. 99 DE LA LEY DE SOCIEDADES” en el n° 2 de esta misma Revista electrónica ESTUDIOS DE DERECHO EMPRESARIO.

36 LÓPEZ RODRÍGUEZ, Carlos E. “Responsabilidad de administradores por el déficit concursal: presupuestos, responsabilidad por riesgo y función de garantía” en Revista de Derecho Comercial, Quinta época, año I, número I/ Enero-Marzo 2016, Ed. La Ley Uruguay, pág. 93 y ss., esp. 102.

fecha en que se acreditó dicho estado. Resultaría ilegítimo, desde todo punto de vista que la sociedad pueda continuar indefinidamente su actividad empresarial con ese patrimonio neto deficitario.³⁷

4. La novación. La referencia a la novación concursal repite sintéticamente la posición de Truffat que hemos contestado en vieja polémica³⁸. Reiteramos, copiándonos, que *“La homologación de un acuerdo de quitas no implica la inexistencia de abuso ni asegura la extinción de todo tipo de responsabilidad si se contravienen los principios y normas de la ley societaria. Los acreedores podrían promover acciones individuales de responsabilidad contra administradores y socios que correspondiere, en juzgado diferente al del concurso de la sociedad, pues el demandado no ha estado concursado³⁹ y no lo beneficia la novación⁴⁰.”*

Con las modificaciones que en torno a la novación ha generado el CCC, se expresa sobre el punto del efecto novatorio del acuerdo concursal “En el concurso, la novación legal producida como efecto

37 Casi textual de BDIL, Noemí “Patrimonio neto negativo. Responsabilidad y oportunidad de su reversión” en EL ABUSO Y EL FRAUDE EN EL DERECHO SOCIETARIO, CONCURSAL Y DEL CONSUMIDOR, Ed. Fidas, Buenos Aires 2013, pág. 97.

38 Nto. “SOBRE LA NOVACIÓN POR ACUERDOS CONCURSALES (y algo sobre responsabilidad de administradores)” en Doctrina Societaria y Concursal, Ed. Errepar, nº 282, mayo 2011, año XXIV, tomo XXIII, pág. 445: “Nuevamente Truffat, cuya calidez y versación se advierten en todas las polémicas que hemos mantenido, y también en su recuerdo afectuoso en relación a algún reconocimiento –del que no sabemos de que se trata³⁸- nos propone dos nuevas polémicas. Se trata de su artículo IMPROCEDENCIA DE ACCIONES EXTRACONCURSALES DE RESPONSABILIDAD CONTRA LOS DIRECTORES DE CONCURSADAS POR LAS QUITAS HOMOLOGADAS, en el número anterior de Doctrina Societaria y Concursal, abril de 2011, nº 281, de Editorial Errepar, donde polemiza con gran cordialidad sobre nuestras posiciones en torno a “confiscatoriedad de propuestas de quita en acuerdos concursales” y sobre la “posibilidad de promover acciones de responsabilidad contra las sociedades que han conseguido homologar acuerdos con esas quitas”. Expresa el polemista “Llevo acumulados múltiples contrapuntos, siempre con afecto recíproco y con altura, con el distinguido maestro cordobés Efraín Hugo Richard (quien, en el fondo, recibe mis desafíos –eso creo- como un acicate para pulir sus ideas y convicciones y que, como buen docente de alma, encuentra motivador que alguien de una generación ulterior, no demasiado afecto al temor reverencial, levante periódicamente el guante sobre sus tesis más revulsivas). Es sabido que Richard, a partir de su enfoque sistémico del derecho, ha esbozado una teoría inquietante sobre la responsabilidad de los administradores por las “quitas” impuestas en los concursos”. Esto motiva nuestro reiterado agradecimiento a Daniel. Y la pregunta que se formula Truffat como eje de su posición: “¿Cómo responsabilizar a terceros (administradores/accionistas) por un crédito que ya no existe como tal porque por expreso imperio legal se ha extinguido?”, ya ha sido contestada. Se trata de una obligación independiente, no de garantía, sino de responder al daño causado por su conducta. Las situaciones son múltiples y no sólo por la quita. Así la jurisprudencia: “Si bien el art. 55 de la ley 24.522 establece que el acuerdo homologado importa la novación de las obligaciones con origen o causa anterior al concurso, esta novación no causa la extinción de las obligaciones del fiador ni de los codeudores solidarios. La aplicación de la legislación común (arts. 707, 803, 810, 2042, 2047 y 2049 del Código Civil), extinguiría las obligaciones de los garantes como consecuencia de la novación de la deuda principal. A evitar este efecto la ley apunta la segunda parte del mentado art. 55 expresando que “esta novación no causa la extinción de las obligaciones del fiador ni de los codeudores solidarios”. Imputable”. CNCom. Sala B, Noviembre 12 de 2010, “Braun Estrugamou Guillermo sobre concurso preventivo sobre Incidente de verificación por el Banco General de Negocios SA”. Así Vitolo enfatiza “No caben dudas que la protección del crédito, de la actividad económica y –en materia societaria- de los accionistas y terceros, debe ser uno de los objetivos primordiales del sistema jurídico que gobierna las relaciones empresarias, económicas, financieras y del mercado. Y en ello el capital social tiene un rol preponderante, así lo hemos sostenido en varias oportunidades”, y particularmente concilia con nuestra postura no novatoria expresando “Frente a un Acuerdo Preventivo Extrajudicial o un Concurso preventivo con acuerdos homologados judicialmente, quedará sólo la posibilidad de intentar acciones derivadas del derecho común con el objeto de reclamar los daños y perjuicios sufridos por quien los invoque”.

39 La CNCom en el caso “Chmea, Isaac c/ Chmea, Alberto y otros s/ Ordinario, con fecha 14 de octubre de 2010, decidió que no era competente el juez del concurso de la sociedad a cuyo administrador se le promovió una acción individual de responsabilidad, por no estar el legitimado pasivo en concurso. Cfme. nto. “Ensayo en torno a buena fe e insolvencia societaria”, capítulo XLIX tomo I pág. 811 en libro colectivo Tratado de la Buena Fe en el Derecho, Coordinador Marcos M. Córdoba, Editorial La Ley, 2 tomos, 2ª Buenos Aires 2005.

40 Nto. “Sobre la novación por acuerdos concursales (y algo sobre responsabilidad de administradores)” en Doctrina Societaria y Concursal, citado en nota 36, pág. 445.

de la homologación del acuerdo, no causa la extinción de las obligaciones accesorias de los fidejantes y codeudores. Entonces, novada la obligación principal, las accesorias se constituyen en obligaciones autónomas, íntimamente relacionadas con las nacidas del acuerdo homologado pero sin ser accesorias a las mismas porque difieren en cuanto a la causa fuente, no nacen del acuerdo sino que subsisten a él”.⁴¹ Obviamente la responsabilidad corresponde a sujeto no concursado al que se le imputa daño por una conducta u omisión culpable o dolosa, antijurídica, generadora de ese daño.

5. El art. 142 in fine LCQ. Por último el argumento del art. 142 LCQ no tiene nada que ver con el daño producido por otras causas, concretamente por la falta de patrimonio activo, es otro supuesto al que se refiere, y a su vez no puede ser trasladado al concurso preventivo ni al Ape. No se nos ocurre en pensar en responsabilizar por la mera apertura de un proceso concursal –pues ello importa el ejercicio de una facultad (no imperativa)-, sino por los daños generados por otra conducta antijurídica. De no se aconsejaría ante indubitables responsabilidades previas, promover la quiebra propia de la sociedad, como forma de “lavado”, generando luego su conversión o su fin por avenimiento, usando los fondos “distráidos”.

VI – CONCLUSIÓN.

Es importante la disidencia sobre el carácter del art. 96 LGS, porque nos devolvería a estadios del debate que habían sido superados. Ante nuestra insistencia desde posiciones concursualistas, e integralistas, se había aceptado ante el enriquecimiento que generan las quitas –gravadas impositivamente- y su abuso, posiciones que no sólo las limitaban –inconstitucionalidad- sino a morigerarlas sosteniendo su legalidad sólo cuando media “esfuerzo compartido”.

1. Es importante la recomendación que formula Ferrero para el correcto asesoramiento por parte de asesores contables y jurídicos para evitar responsabilidades, o las tentaciones que señala Fernández del Pozo.

Este autor español apunta después de las reformas en España que, ante la pérdida del capital social y la no capitalización impusieron a los administradores concursar la sociedad en sesenta días, se ha escrito “Las empresas, antes de estar en crisis, pasan por dificultades económicas de muy diversa índole (...) La literatura comparada suele reconocer este tipo de situaciones que se diferencian de –y preceden a- la crisis empresarial o ‘insolvencia’ en un sentido estricto del término (...) una vez resulten notorias las dificultades por las que pasa la empresa (...) sin poner en marcha una serie de fuertes estímulos perversos sobre socios y administradores. Tales estímulos les empujarán a desarrollar ciertas estrategias no ‘cooperativas’ en perjuicio de los acreedores (...). La difusión pública de información (*mandatory disclosure*) permite abaratar los costes de transacción inherentes a la asimetría informativa y, sin embargo, ha sido criticada por quienes sostienen que la publicidad de las señales de alarma produce como efecto indeseable la aceleración del proceso de degradación de la empresa en dificultades. Es la ‘profecía autocumplida’ (*self-fulfilling prophecy*) (...). Todas estas cuestiones son analizadas a partir del examen del rudimentario sistema de alarmas que encuentra su insuficiente acomodo en el art. 209.1.b) LSAónimas –en España aclaramos- y en una legislación de desarrollo de ínfimo rango normativo. Ése es el hilo conductor del trabajo, porque proporciona una excelente atalaya desde la que examinar la insuficiencia de nuestro Derecho de sociedades actual en punto al tratamiento societario adecuado del problema de la

41 GRAZIABILE, Darío J. “Injerencia del Nuevo Código Civil y Comercial en la novación concursal” en *Doctrina Societaria y Concursal* n° 328, Marzo 2015, Ed. Errepar pág. 199 y ss.

prevención y de la empresa que soporta un riesgo de insolvencia o de peligro para la continuidad (lo que se conoce por *going concern*).⁴² Este y otros autores demitifican la bondad de la reforma española que aconseja introducir Ferrero.

No hay que descartar supuestos de los llamados “aprovechamientos indebidos” o “el fraude construido”, que son formas del abuso de derecho⁴³. Con el criterio de Ferrero, presurosos asesoremos a administradores inescrupulosos que han hechos estragos con su gestión que la mejor solución para purgar su responsabilidad respecto de los terceros es el concurso, que condonará sus culpas y dolos por gravosos que sean. Sólo se conseguirá incentivar el negocio del concurso y atiborrar los juzgados.

2. Lo bueno, y cerramos, que estas posiciones morigeradoras –como cualquier otra en concurso de sociedades- deberán ser analizadas por los jueces concursales al homologar –como lo requiere correctamente Ferrero- en consideración a todo el régimen societario. Sobre la resolución judicial y el análisis de normas societarias concluye “Finalmente destacamos que en ningún caso los jueces deberán homologar propuestas que no permitan superar la pérdida del capital social, y detectado ello, la disolución por quiebra indirecta se debería imponer (arg. art.94 inc.5 LGS)”. Y, obviamente agregamos, a la viabilidad económica prevista por el art. 100 LGS, ponderada por el colega.

3. A su vez, como Abogado Especialista en Derecho de los Negocios vale su consejo de estudios de grado y postgrado que integren las disciplinas del derecho societario con el concursal, lo que no acaece en los programas respectivos, aunque lo asumimos expresamente en las conferencias en ese y otros Postgrados, donde nacieron nuestros diálogos con Ferrero, a quién agradecemos la atención que nos dispensa en este ilustrado ensayo, y que haya puesto de manifiesto una opinión que – aunque no compartimos- será sin duda motivo de otros análisis. Y en la disidencia se construye el derecho.

4. Acepta la aplicación de la norma del art. 100 LGS ante la presentación en concurso de una sociedad, de lo no que nunca hemos dudado, ni antes de que se reformara la LGS. ¿Que dirán socios y administradores en la presentación en concurso? ¿Cómo sobrellevarán la crisis por pérdida del capital social? ¿Con la quita que pretenden obtener de los acreedores, anticipando que no quieren ni pueden capitalizar, ni ofrecen la capitalización del pasivo? ¿Lo mismo repetirán más adelante en la presentación de la propuesta? ¿Que dirá el Juez en cada oportunidad?

Es muy importante la apreciación del distinguido jurista amigo: “La inclusión de normas expresas imperativas o no, permitirá moralizar los procesos concursales, a la vez que difundir la conducta esperable para cualquier buen administrador”, nos lleva a cierta concordancia, pues si bien suele soplar un tufillo de mala fe –que parece suponer Ferrero-, nuestras interpretaciones se aferran a la ley y no a la moral ni a la ética, pero que sin duda, y coincidimos con el amigo- deben guiar las acciones de los hombres por encima de las normas y de las acciones punitivas estatales.

Con estos claros y oscuros, agradecemos profundamente al distinguido colega las coincidencias en un tema que no se trata normalmente, y también las disidencias, pues frente a ellas se construye el derecho, y así lo seguiremos intentando, como lo pretendemos en este breve ensayo construido velozmente para dar inmediata respuesta a las importantes preocupaciones de Ferrero.

42 FERNANDEZ DEL POZO, Luis Posibilidad y contenido de un derecho preconcursal (Auditoría y prevención de la crisis empresarial [art. 209.1.b) LSA], Ed. Marcial Pons, Madrid 2001.

43 DOBSON, Juan M. “El abuso de la personalidad jurídica (en el derecho privado)” Ed. Astrea, Buenos Aires 1985, págs.149, 157, 295.