

¿Insuficiencia del régimen concursal actual?¹

Efraín Hugo RICHARD²

1. Nuestro agradecimiento a las Cátedras de Derecho Comercial de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de La Plata, Patricia Ferrer, Omar Berstein, Carlos Garobbio y su coordinador Martín Bilbao, y al Decano Miguel O Berri, llegamos a exponer después de 10 horas de trabajo en este eCongreso, en su segundo día.

Que pregunta ¿INSUFICIENCIA DEL REGIMEN CONCURSAL ACTUAL? El tema lo presentaron las autoridades del Congreso con la opción de “Acuerdos privados de reorganización” sobre lo que pocos días antes había escrito Adolfo Ruillon, y asegurándonos que lo habían convocado, aceptamos el tema que hoy afrontamos, al que lo hemos sometido a interrogante, pues la frase afirmativa aparecería como un acerto de la Insuficiencia, que hoy no estamos en condiciones de catalogar por la impredecibilidad de las situaciones que hacen dudar de todo el sistema.

Es que en estos momentos afrontamos una pandemia sanitaria que ha llevado al confinamiento y al cese de la mayoría de las actividades productivas, generando en una gran parte de la actividad empresarial un colapso del que ya se ven muestras y que, a la doctrina, la lleva a pensar en un atascamiento del sistema judicial.

2. Sobre la suficiencia del sistema concursal predica la doctrina concursalista con múltiples motivaciones, que nos lleva a recordar a Ortega y Gasset en “Ideas y creencias”, donde señala que la creencia es la consideración de algo como si fuera una verdad.... Y los abogados y contadores tenemos la creencia que el concurso permitirá que las dificultades de sus clientes sean asumidas por los acreedores, generando un canto de sirena que atraerá al que padezca patrimonialmente la actual crisis.

Pero cabe recordar que el Premio Nobel de Economía John Nash defendió y pronosticó desde la macroeconomía que hay situaciones en las que la mejor opción individual de los agentes económicos conduce al peor de los escenarios para el conjunto.³

Hoy enfrentamos una crisis generalizada de las actividades tradicionales. La situación cambia día a día, existe una total falta de predictibilidad para determinar la posibilidad de la continuación de una actividad, de mediar la integridad de los riesgos. No se sabe que será viable, no se puede planificar. Lorena Schneider se ha expresado recientemente sobre la imposibilidad de mediar riesgos. Los inversionistas buscan certidumbre. Quién va a venir a invertir, si además vilipendiamos a los inversionistas, los sobrecargamos de impuestos y cargas laborales.

El régimen actual concursal no es malo, salvo en la eliminación de la universalidad que facilita maniobras, al modificarse en el año 2006 el art. 21.

En los múltiples “webinar” y ensayos publicados se evidencia el miedo de una saturación de los tribunales por una masividad de concursos que ratifican también la predicción de Nash, de personas humanas y jurídicas que busquen un escudo protector que ofrece el concurso que agravaría “el contagio patrimonial”.

¹ Conferencia de cierre del segundo día, 19,20 hs. en CONGRESO VIRTUAL “COVID 19. CRISIS EMPRESARIA. DEUDORES NO EMREPSARIOS. REGÍEMES DE EMERGENCIA” LA PLATA, 15/18 de JULIO de 2020. Hemos ajustado la exposición, colocando notas y lamentablemente hemos eliminado las interesantísimas preguntas de los Prof. Dres. Patricia Ferrer y Omar Bersten, aunque hemos incorporado las respuestas como parte del discurrir de esta comunicación.

² Profesor Emérito de la Universidad Nacional de Córdoba.

³ Lo recuerda TRIAS de BES, Fernando en un libro recién editado “La solución Nasch la reactivación económica tras el Covid 19”, Ed. Paidós Barcelona 2020 Trias.

La pregunta que han hecho parece contestada por la cantidad de proyectos. Todos mejorando y atrayendo a concursarse, con eventuales escudos ilimitados que impone pensar que la actual ley es considerada insuficiente para el momento y crisis que vivimos.

3. A su vez ha quedado expuesta una marginación social que debe ser afrontada en forma urgente y continuada, que va desde la alimentación de gran porcentaje de la población, asegurando una educación eficiente para permitirles acceder a recursos de subsistencia. La ayuda del Estado es insoslayable e insustituible para satisfacer esas obligaciones inmediatas, hasta un restablecimiento del sistema.

Asolador panorama no sólo para las personas humanas y sus fuentes de trabajo informal, sino para la actividad empresarial, obligada a mantener los puestos de trabajo, aceptándose solo suspensiones y prohibiendo despidos con sanción de doble indemnización, en un marco que gran parte de ellas no podían desarrollar ninguna actividad o lo podían hacer en forma acotada.

A la par nos preocupa la masa de marginados voluntariamente que infringen la ley, incluso que salen a la calle con elementos para atentar contra los derechos humanos de los que elijan como sus víctimas, unido a la marginación de “guante blanco” que asola los patrimonios públicos y privados.

4. Creemos que se impone, intentando salir de la crisis lanzar una mirada al sistema jurídico general para atender la actividad empresarial: quizá nada nuevo, sólo ideas o actitudes nuevas. Esa puede ser una buena tarea grupal si se abandonan preconceptos, pues enfrentamos algo totalmente nuevo, y todos están intentando sugerir medidas o imaginar soluciones. Y en eso estamos unidos.

La extensión de concursos empresariales podría aumentar la pandemia patrimonial de los “peces chicos”, esto ya ocurrió en el 2002 cuando pícaros se beneficiaron, eludiendo sus obligaciones y haciéndoselas asumir a sus acreedores por las fáciles argucias que la práctica generó particularmente al haberse acotado la universalidad con la reforma del art. 21 LCQ.

Incluso frente a las evidentes bajadas de persiana con pago de todas las obligaciones al día, la quiebra parece un destino obligado si existen empleados en blanco o en negro....

Ante la pregunta que se nos hace **¿y entonces que hay que hacer?**

Hay que superar el miedo y el Estado debería generar tiempo, para que los intereses individuales se unan a los colectivos, en un marco de libertad individual de decisión. Claro que esa libertad individual no puede ser usada para aumentar el daño que ya se ha generado por este caso fortuito o fuerza mayor.

Pensamos en la renegociación de buena fe. Y quizá en un escudo protector. Incluso debemos pensar en una “preconcurso privada”. La misma ha sido siempre recomendada y abogaba al final de su conferencia del año 2019 en la UBA el jurista alemán Karsten Schmidt sobre la conveniencia de los acuerdos privados, confidenciales.

Esa renegociación debe ser de buena fe, particularmente en las relaciones que se mantienen interempresas.

Sin buena voluntad, la situación actual, ajena a la voluntad de administradores y socios, puede tentar a ampararse en las diversas causas de frustración de la relación contractual para justificar su incumplimiento.

En el catálogo de normas de nuestro Código Civil y Comercial –CCC-, que sólo enunciaremos para formalizar una propuesta superadora, luce la previsión del art. 955 sobre “La imposibilidad sobrevenida, objetiva, absoluta y definitiva de la prestación, producida por caso fortuito o fuerza mayor”, que “extingue la obligación, sin responsabilidad”. En algunos supuestos esa imposibilidad sería temporaria, conforme prevé el artículo siguiente. A su vez el art. 1730 regula el caso fortuito y fuerza mayor –sinónimos para el Código- como el “hecho que no ha podido ser previsto o que, habiendo sido previsto, no ha podido ser evitado”, lo que “exime de responsabilidad, excepto disposición en contrario”. No serían descartables las defensas fundadas en el art. 1090 frustración del

contrato. Y 281s obre la frustración definitiva de la finalidad del contrato, o en el art. 1091 sobre la “imprevisión” sean llevados ante la Justicia.

Otra visión es desde la extinción e imposibilidad de cumplimiento de los Arts. 955 (ex 726 CC), por caso fortuito o fuerza mayor que extingue la obligación, sin responsabilidad. Y el art. 956 CCC si la imposibilidad es temporaria tiene igual solución si el plazo es esencial. Y extinción de la relación. Esto ;no podrá aplicarse a las relaciones de trabajo en ciertos supuestos. A su vez se regula la suspensión de cumplimiento en los arts. 1031 Y 1032 CCC.

Estas disposiciones exculporias no serían aplicables a las obligaciones dinerarias, pero es fácilmente advertible que muchas relaciones incumplidas no son sólo las dinerarias –suministros, locaciones, leasing, etc.-. Por último, en este catálogo, el art. 888 CCC exige de “las consecuencias jurídicas derivadas de la mora” el que pruebe que el incumplimiento “no le es inmutable”.

Las defensas podrían derivar de la inviabilidad generada a la actividad empresarial que ha llevado a su cierre, e incluso en la liquidación privada o judicial llevar a discutir la validez de ciertas obligaciones, incluso las laborales y dinerarias. Claro que estos planteos llevarán a largos litigios que desgastarán más a las partes (;10 años?).

En ese marco, en las relaciones de larga duración, se impone la natural vía que señala el art. 1011 CCC la renegociación entre las partes, sin duda aplicable en casos de fuerza mayor o caso fortuito. Y el acuerdo que pudieran lograr, un deudor con uno de sus acreedores o un grupo de ellos, goza con la venia de los arts. 958, 959 y 960 CCC, con el límite que este último incluso faculta a los jueces de alterarlo “a pedido de una de las partes cuando lo autoriza la ley, o de oficio cuando se afecta, de modo manifiesto, el orden público”. Adviértase que se no refiere a normas imperativas sino de orden público –art. 12 CCC-

Ante el panorama, para evitar agravamientos de la actual crisis, aconsejamos UN ESCUDO PROTECTOR, como lo planteamos con Jorge Fernando Fushimi⁴, sin perjuicio que el Estado –P.E. o P.L.- debería, además de continuar dando la mayor ayuda financiera, crediticia o de facilidades impositivas, imponer un extenso período de no agresión de “renegociación” leal frente a lo impredecible, incluso evitando dilatados juicios en torno a la imposibilidad de cumplimiento por fuerza mayor, caso fortuito o introduciendo la teoría de la imprevisión contractual, asegurando la liberación de cuentas corrientes y generando algún mecanismo financiero para atender a los cheques de pago diferido que –aun permitiendo nuevas presentaciones- no fueran atendidos.

Contemporáneamente en el mismo sentido, el Instituto Iberoamericano de Derecho Concursal –sede México- el 5 de mayo emitía su primera “Recomendación”⁵ ante la pandemia para que los gobiernos generaran un escudo protector para permitir la renegociación de buena fe, liberando todas las trabas generadas en cuentas corrientes o medidas cautelares para la continuidad de la actividad que resultara viable-. “2.1.- Normas generales anti crisis. 1. Se prorrogarán por 90 y hasta 120 días el vencimiento de todas las obligaciones instrumentadas en cheques de pago diferido u otros títulos valores. 2. Se dejarán sin efecto por el mismo plazo las sanciones por cheques rechazados, reabriéndose las cuentas corrientes, dejándose en suspenso los embargos trabados y los no efectivizados. 3. Suspensión de pagos de tributos durante el período en que se haya impedido por razones de la pandemia sanitaria la actividad gravada. En su defecto, ampliación de los plazos de pago de las obligaciones tributarias. 4. Se analizará la conveniencia de crear Fondos o Fideicomisos de Garantía Bancaria para que sociedades o personas no calificadas con actividad empresarial puedan acceder al crédito. Ello con la posibilidad de que ante el impago esos Fondos o Fideicomisos puedan convertir su acreencia en acciones o participaciones del deudor incumplidor. Se aconseja que en ese caso los créditos, sin riesgo de cobrabilidad, se otorguen a tasa 0 o similar. 5. Las tarjetas de

⁴ Con Jorge Fernando FUSHIMI “Pensando en la salida del aislamiento social, preventivo y obligatorio. Ideas para mitigar la crisis post-pandemia de COVID-19”, en LA LEY 08/05/2020, 08/05/2020, 2 Cita Online: AR/DOC/1500/2020.

⁵ Pueden verse en las páginas web del mismo Instituto o de la Universidad Nacional de Córdoba en la Revista *Estudios de Derecho Empresario* n° 21.

crédito permitirán que los saldos sean satisfechos en 6 meses sin interés. 6. Suspensión de los aumentos de tarifas, salarios, combustibles, alquileres, lo cual sólo puede hacerse por decisión gubernamental. Control administrativo de precios de la canasta básica sanitaria y alimentaria.”.

Formando parte de la visión del IIDC como escudo protector, recomendó: “2.3.- Sociedades.

2.3.1. Hasta los 90 días posteriores a que cada país libere la pandemia societaria, las sociedades que tengan dificultades no podrán distribuir dividendos y deberán renegociar privadamente sus relaciones:

1. con sus acreedores de cualquier naturaleza la conversión de las obligaciones en préstamos cancelables con los beneficios de la actividad futura, bonos u obligaciones convertibles en acciones, incorporación a fondos de negocios participativos o capitalización con acciones rescatables o no. No se aceptará la negociación de quitas salvo para acreedores financieros no bancarios.
2. Con sus trabajadores, las condiciones laborales hasta recuperar la actividad normal, que podrán ser diferentes conforme el rubro.
3. Con el Estado renegociará planes en torno a impuestos adeudados o que se generen hasta volver a la actividad normal.
4. Quedan suspendidas las previsiones de la legislación societaria en cuanto a causales de disolución y responsabilidad de administradores y socios por causa de los desajustes patrimoniales o financieros generados con posterioridad a la declaración de inactividad en cada país y de la invocación de la afectación de la pandemia.

Vencido el plazo de renegociación y habiéndolo intentado con todos sus acreedores, podrán promover las acciones que estimen corresponderles, o presentarse en concurso. Las renegociaciones que hubieren alcanzado mantendrán su validez. Tampoco le podrán pedir medidas cautelares o quiebras en el período obligatorio de renegociación.

Una problemática importante resulta del Art. 765 CCC, la conversión en moneda nacional de obligaciones contraídas en moneda extranjera, o el análisis de su actualización?, conforme las previsiones de la ley 21488.

Esas ideas se engarzaban y aún se engarzan a la fecha, en evitar que se promueva un concursamiento masivo saturando la actividad tribunalicia, y en la convicción que deudores y acreedores quieren mantener la continuidad y estabilidad de sus respectivos negocios, evitando efectos más funestos aún, particularmente en la convicción que los cobros compulsivos, como los pedidos de quiebra, en nuestro país inician un intrincado camino judicial, difícil de ponderar en su extensión y resultado.⁶

Notas periodísticas anuncian e informan que los empresarios están renegociando entre sí.

Hay que generar un escudo protector, de convicción social voluntario para recomponer las relaciones y la actividad, aunque consideramos mejor si fuera impuesto.

Remarcamos nuestra preocupación sobre las personas humanas. En relación a empleados, jubilados o pensionados, cuando por embargos o códigos de descuento percibiera menos del 80% se debería disponer la liberación de ese mínimo en forma automática, por el empleador o por la Caja correspondiente. Correlativamente, si le pidieran la quiebra, basados en el principio de eficiencia e integración, el Juez debería disponer la liberación de todo descuento superior al 20% de aquellos ingresos, aunque hubiera sido dispuesto por embargo judicial o por decisión privada, por su evidente ilegalidad, rechazando la quiebra, incluso la petición de la propia, al desaparecer el estado de cesación

⁶ RICHARD, Efraín Hugo “NO HAY QUE FOMENTAR EL INCUMPLIMIENTO (sobre la petición de quiebra por acreedor)”, “¡Libertad! para que el dolo y la mala fe encuentren una completa impunidad como lo comprueba lo general de las quiebras... Maldita sea la tal libertad, ni será el hijo de mi madre el que vaya a gozar de los beneficios que ella proporciona...” 1º de enero de 1834 General Dn. José de San Martín. Donde criticamos la idea de no “molestar” al deudor. Publicado en Doctrina Societaria y Concursal, n° 280 marzo 2011, Buenos Aires, Ed. Errepar Año XXIV, tomo XXIII, pág. 309. Y “¡MÁS JUSTICIA Y MENOS JUICIOS! CONSERVACIÓN DE LA EMPRESA Y PRECONCURSALIDAD SOCIETARIA” Publicado en edición N° 1 (febrero 2013) de la Revista de Derecho Comercial del Consumidor y de la Empresa (DCCyE, Editorial La Ley).

de pagos.

5. Volvemos sobre la “preconcuralidad privada”. Creemos que esa renegociación es coherente con “el derecho de crisis de Sociedades” e implica un sistema de preconcuralidad privada, que Adolfo Ruillon llama el “primer pilar para enfrentar la pandemia” eliminando las crisis empresariales, ponderando sus ventajas y desventajas.⁷

En relación a los acuerdos privados recordamos la previsión introducida en la ley 19551 del año 72 en su reforma del año 1983 con los arts. 125-1 y 125-2 que validaba los acuerdos de buena fe para paliar la crisis, limitando su cuestionamiento para el caso de irracionalidad al tiempo de su gestación.

No es nada más que el recordatorio de las posibilidades de la autonomía de la voluntad para gestar los acuerdos privados y su validez, en cuanto no fuera en fraude a la ley. Incluso en el intento de gestar un APE, conforme el art. 71 LCQ lo convenido vale entre las partes, salvo pacto en contrario, aunque no se obtengan mayorías homologables.

Lo que es particularmente interesante en LCQ es que, a la auto programación para solucionar el problema en forma clásica, incorpora la heteroprogramación, particularmente en orden a las sociedades en el art. 48, que tuvo sucesivas importantes reformas.

A dos meses que pensáramos en la renegociación, como base primaria de la preconcuralidad no judicializada, el periódico “Infobae” apuntó⁸ que “En medio de la cuarentena, los acuerdos privados frenan una avalancha de pedidos de concursos y quiebras... las empresas buscan acuerdos por fuera de la legislación específica, o directamente bajan la persiana... no está provocando como sucedió en otras crisis, una avalancha de pedidos de concursos de acreedores en la Justicia, por la imposibilidad de pagar sus deudas....las empresas -tanto grandes como chicas- hoy buscan cerrar acuerdos privados con sus acreedores o directamente bajan la persiana sin pasar por un procesos judicial, que suelen percibir como largo y costoso..... las negociaciones privadas permiten negociar con cada proveedor y acreedor e forma independiente)”.

Al día siguiente un comentario en La Nación, citando a un estudio jurídico prevé un incremento de los concursos, pero en el mismo Hernán Letcher, el economista que dirige el Centro de Economía Política (CEPA) señaló que en relación a ese opinable incremento “Esto dependerá, , por un lado , de los mecanismos que impulsen a los privados para la renegociación de deudas (dado el aumento del endeudamiento generalizado de las empresas) y las medidas que pueda aplicar el Gobierno sobre el tema en particular y, a la par, de la celeridad o no que tenga la reactivación de las ventas en los próximos meses”.

6. Ante la pregunta que nos hizo Patricia Ferrer en orden a la crisis de sociedades, apuntamos que es conocida nuestra visión por la que propugnamos, sin modificaciones legislativas, el análisis de un “sistema de crisis alternativo al concursal”. El derecho societario de crisis. Lo hemos sostenido desde hace muchos años y hace seis años más o menos con el Profesor Emérito tucumano Juan Carlos Veiga escribimos sobre “El contraderecho. Las costumbres contra legem en el concurso de sociedades”.

Directivas han recomendado la organización societaria para enfrentar actividades empresariales, incluso la sociedad unipersonal. Esa organización tiene una funcionalidad que puede facilitar superar la crisis o disminuir costes en la reorganización. Karsten Schmidt, Alessandro Nigro, y muchos más auspician ese afronte metodológico.

Mientras los más eminentes estudiosos del derecho societario se preocupan de evitar que las consecuencias de la crisis puedan acarrear responsabilidades sobre los empresarios leales y diligentes

⁷ ROUILLON, Adolfo “El primer pilar legal para enfrentar una pandemia de insolvencia empresarial” en La Ley del 9 de junio de 2020, en folleto “El impacto de la pandemia en la empresa” parte II.

⁸ Una nota de Ximena Casas del 13 de junio de 2020 (xcasas@infobae.com)

que fueron sorprendidos por eventos inéditos, y las causas de disolución por pérdida del capital; los juristas concursualistas se dedican a analizar las respuestas desde la perspectiva de la insolvencia, la cesación de pagos y la preinsolvencia.

Resaltando la cuestión y transfiriendo decididamente el sistema de preconcursalidad a la legislación societaria, Emilio Beltrán sostenía que “Después de todo lo que se ha indicado, 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...”. Esto nos obligara en otro apartado a distinguir los conceptos “cesación de pagos” de “insolvencia”.

En anteriores trabajos⁹ hemos ponderado ese método rápido, confidencial y de bajo costo – que hemos practicado intensamente-, así reconocido también por Karsten Schmidt¹⁰, y que se corresponde al criterio del buen hombre de negocios administrador de sociedades (business judgement rule), para afrontar los riesgos, hoy casi invaluable frente a la impredecibilidad que hemos apuntado resulta de la pandemia sanitaria y de la confinación social. Esa confidencialidad, bajo coste, rapidez lo aconsejan.

Recuerda Rouillon –que ha disertado esta mañana-, que este primer pilar extrajudicial –los tres restantes son judiciales- tiene innumerables ventajas que acabamos de enunciar y que esa política es recomendada en los “Principios del Banco Mundial (abril 2001) principios 26 y 27 “Las razones para el desarrollo de este proceso (los acuerdos informales) resultan importantes porque siempre son adecuados para el rescate”. Principios del Banco Mundial (2016) B.3, B.4 y B.5. y la Guía de Uncitral, 1ª. Parte, IIB “Negociaciones voluntarias de reestructuración”.

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 sociales¹¹. Pero esos especialistas en el derecho concursal suelen no abordar la preconcursalidad prevista en las legislaciones societarias, que tienen soluciones uniformes en el derecho comparado¹², basadas en la función de garantía del patrimonio social (o por lo menos del capital social).

En abril de este año, la especialista en reestructuraciones Juana Pulgar Ezquerro se refirió a la “Reestructuración empresarial y alarma Covid 2019: legislación preconcursal y concursal de emergencia”¹³, donde la distinguida colega reflexiona sobre la preparación de un escenario futuro de reconstrucción a través de la reestructuración empresarial, con soluciones amistosas al margen de los procedimientos tradicionales concursales, y que derivan de normas imperativas de la funcionalidad societaria.

Las desventajas que supone Rouillon están opacadas por la realidad. La posibilidad de que un disconforme intente judicializar su reclamo por vía individual o concursal es remota, pues el acreedor conoce los costos y el “oscuro camino” que inicia por los tiempos de un hipergarantismo procesal. Marca la vía de la capitalización –que autoriza e inclusive impone la ley societaria- como dificultosa para los Bancos, pero hemos intervenido en esas negociaciones y sabemos lo fácil que es zanjarlas mediante un fondo u otro mecanismo de intermediación, siempre disponible. Lo básico, como hemos anticipado, es la existencia de una presunción, de buena fe, de la viabilidad de la actividad y de la solución que se enfrenta basada en la clásica regla del “business judgement rule”.

⁹ RICHARD, Efraín Hugo “NOTAS EN TORNO A LA PRECONCURSALIDAD SOCIETARIA: UN ESTUDIO COMPARADO” Publicado en Revista de Derecho concursal y Paraconcursal, Editorial La Ley., RPC 20/2014, Reseña Legislativa española y comparada. Madrid 2014, págs.. 423 a 446.

¹⁰ SCHMIDT, Karsten “El Derecho Societario y la intromisión del Derecho Concursal. El caso alemán” en: RDCO 297, 09/08/2019, 987

¹¹ 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.

¹² “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.

¹³ La Ley España <https://diariolaley.laleyext.es/Content/Ir> artículo del 1 de abril de 2020.

Volviendo 6 años atrás¹⁴, en un estudio de derecho comparado publicado en España, remarcamos que “No puede pretenderse que las crisis económico patrimoniales de las sociedades sean resueltas por el Derecho Concursal, particularmente por ser prevenidas por normas imperativas de la legislación societaria. Estas actúan como sistema preconcursal, dejando a la legislación concursal como un remedio marginal.

Desde hace muchos años sosteníamos que la conservación de la empresa se tutelaba en nuestro país en forma inmediata por la legislación societaria y en forma mediata por la legislación concursal¹⁵.

Pero si la Recomendación de la Comisión Europea del 12 de marzo de 2014 es importante, es no sólo por lo que representa en orden a una armonización del Derecho Europeo de insolvencias, sino porque, además, recoge lo que parece constituir un nuevo paradigma en materia de insolvencia empresarial. Ponderó “La prevalencia de soluciones preconcursales contractuales de reestructuración” de un lado, la Recomendación de la Comisión establece la conveniencia de la prevalencia de soluciones que podríamos denominar contractualistas a las crisis económicas empresariales de carácter preconcursal, que permitan en una fase temprana reestructurar empresas viables con dificultades financieras, sobre la base de acuerdos entre el deudor y sus acreedores, sobre todo financieros, maximizándose con ello el valor de los activos, con mantenimiento de los puestos de trabajo. La razón que subyace a esta prevalencia de soluciones contractualistas es clara: con ello se reducen en el marco de autonomía de la voluntad de las partes los costes temporales, económicos y reputacionales que llevan consigo las tradicionales soluciones a las crisis económicas, por la vía de los tradicionales procedimientos judiciales de insolvencia¹⁶.

Si no son usadas las medidas que impone –u ofrece- el derecho societario, parece que no existirían ninguno de los principios, ni el jurídico ni el económico, respetados, y que o es un salto al vacío o se intenta ocultar el enriquecimiento incausado que resulta del incumplimiento –en muchos casos programado, obviamente no en lo posterior al inicio de la actual crisis global-. En la perspectiva del derecho societario, el fenómeno de la reorganización puede ser encuadrado en la estructura normativa de la sociedad de capitales, con operaciones referidas al aumento de capital, participaciones u opciones para superar la crisis. A diferencia de la constitución de la sociedad, la fase de la reorganización afecta no sólo a los suscriptores del capital sino a una pluralidad de sujetos extraños a la sociedad, pudiendo llegar a quedar en sus manos las decisiones sociales¹⁷. Es sobre esos aspectos que estamos discutiendo, pues constituyen lo que llamamos la preconcursalidad societaria.

El “obstáculo” es el “negocio”¹⁸ que intentan formalizar los socios y administradores de la sociedad en problemas, particularmente si se ha decidido concursarla. Sobre ello expresaba el jurista E. Daniel Truffat en su disertación “El Derecho Concursal en los tiempos de la gran contracción”: “...Este (o sus propietarios) no podrán, o –al menos- no deberán, “hacer negocio” de tal contribución colectiva, pero sí recibirán de tal esfuerzo común la provisión de condiciones mínimas para superar

¹⁴ RICHARD, Efraín Hugo “NOTAS EN TORNO A LA PRECONCURSALIDAD SOCIETARIA: UN ESTUDIO COMPARADO” Publicado en *Revista de Derecho concursal y Paraconcursal*, RPC 20/2014, Reseña Legislativa española y comparada. Madrid citado.

¹⁵ “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.

¹⁶ PULGAR EZQUERRA, Juana “A contractual approach to overindebtedness: rebus sic stantibus instead of bankruptcy”, en *AAVV Life Time Contracts*. Dir. Luca Nogler/Udo Reifner, Netherland 2014; y, con anterioridad, en la monografía “Preconcursalidad y acuerdos de refinanciación”, Madrid 2012, Ed. La Ley.

¹⁷ GUERRERA, Fabrizio, MALTONI, Marco “Concordati giuziali e operazioni societarie di “riorganizzazione”” en “*Revista delle società*” anno 53, 2008 p. 22/3, D’ALESSANDRO A. *La crisi delle procedure concursali*, pág. 355; STANGUELLINI *Creditori forti e governo della crisi d’impresa*, Fallimento 2006, 145 ss..

¹⁸ Trasladar la asunción de las pérdidas a los acreedores cuando por la naturaleza de la relación societaria es a cargo de los socios.

el mal momento (o, al menos, lo recibirá la empresa¹⁹, si la solución consistiera entre otras medidas en el cambio de titulares). Un concurso rehabilitatorio que no contemple un “sacrificio compartido” sería un abuso²⁰.

Las maniobras que empañan la regularidad de los procesos concursales fueron bien descritas, entre otros por Anich en el 2000 en La Cumbre, por Martorell en 2012 en la Ley Comentada de Ed. La ley, y Kolliker Frers en un obiter dictum²¹.

Recurrimos al maestro cordobés Héctor Cámara: “El principio de conservación de la empresa no constituye una patente de corso para la gestión empresarial”. Los APE fueron utilizados para convalidar verdaderos despojos, que hemos vivido en la década inicial de este Siglo. La conservación de la empresa, faro del derecho concursal no supone conservar la sociedad que desarrolla la actividad, ni la posición de sus accionistas.

Se ha sostenido que la legislación societaria es preconcursal, paraconcursal o anticoncursal, cuya normativa opera en el derecho comparado “como un instrumento preconcursal”²², “tiene una función preconcursal o paraconcursal, considerando algún otro considerarla como anticoncursal”²³, 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 italiana²⁴, en una compatibilización que no estamos en condiciones de juzgar. Es que la doctrina italiana reiteraba que la reforma de la legislación

¹⁹ “...Desde que comenzó a emplearse el “método gubernativo” se viene trabajando con un conjunto de ideas que hoy aparecen receptadas por el principio de “conservación de la empresa”. La empresa es mucho mas que los bienes que la integran. La combinación armónica y dinámica de los elementos subjetivos y objetivos (personas, elementos materiales y tecnología) tiene un valor para los particulares y un valor –también– para la sociedad. Maffia ha demostrado que la política de conservación de las empresas socialmente útiles desplazó a la liquidación falencial del lugar prioritario que ocupaba desde su origen...”, Rubín, Miguel E., op ya cit, pág. 27

²⁰ La cita completa puede verse en nto “LA CRISIS DE LA ORGANIZACIÓN SOCIETARIA” “Lo que digo no lo digo como hombre sabedor, sino buscando junto con vosotros” (frase insignia del semanario BÚSQUEDA –Uruguay–). “Sólo los ignorantes creen que la verdad es definitiva y maciza, cuando apenas es provisoria y gelatinosa. Hay que buscarla porque anda corriendo de escondite en escondite. Y pobre del que emprenda en soledad esta cacería” (Del discurso de Pepe Mujica, candidato a Presidente del Uruguay, el 29 de abril de 2009 en el Palacio Legislativo, publicado en dicho Semanario), disertación de apertura de la Comisión del mismo nombre en el V Congreso Iberoamericano de Derecho Concursal, realizado en Montepulciano, Italia, 23, 24 y 25 de septiembre de 2009, organizado por el Institución Iberoamericano de Derecho Concursal con sede en México, que puede verse en nto citado libro *Perspectiva del Derecho de la Insolvencia*.

²¹ Sobre este aspecto vienen a cuento las expresivas y sinceras manifestaciones obiter dictum del camarista Dr. Alfredo A. Kolliker Frers “la realidad cotidiana de nuestros tribunales demuestra que los ‘verdaderos acreedores permanecen ajenos, en general, al trámite de los concursos, ya sea por desconocer siquiera su existencia, por falta de información o por ignorancia sobre cómo manejarse en ese tipo de contingencias, o incluso por carecer de asesoramiento legal o, simplemente, por fastidio o hastío por un sistema legal que desde la perspectiva popular sólo pareciera proteger a los deudores y desamparar a los acreedores. En fin, cualquiera sea la razón de esta realidad, lo cierto es que estos acreedores “genuinos” –mayormente proveedores, trabajadores y/o genéricamente, acreedores comerciales– deben presenciar como el concursado y sus asesores letrados diseñan estrategias que les posibilitan a estos últimos “manejar” las mayorías concursales para imponerles a aquéllos propuestas abusivas, cuando no irrisorias, para dilatar su pago, o diluir o licuar directamente sus créditos hasta límites inconcebibles. ¿Puede seriamente creerse, entonces, que esos desprotegidos acreedores estarán en condiciones de evaluar si la falta de actividad actual y/o potencial del concursado constituye o no un óbice para el éxito de la solución preventiva, cuando además de carecer por completo de todo tipo de información acerca de la actividad comercial del deudor, se procura por todos los medios que aquéllos no participen del procedimiento concursal (si es que se enteran de su existencia) y son frecuentemente excluidos de la “voluntad” del colegio de acreedores mediante la interposición de acreedores ficticios o ya “desinteresados” deliberadamente para que brinden su connivente complacencia a las estrategias del deudor, situación que se agrava si se tiene en cuenta que ni siquiera este último está obligado por la ley a decir qué se propone hacer con su empresa y de dónde piensa sacar los fondos con los que les va a pagar? Sinceramente creo que no... se tiene la más absoluta certeza desde la perspectiva de juez que el único objeto del deudor es “bicicletear” a los acreedores y/o ganar tiempo para asegurarse un espacio temporal durante el cual poder diluir su responsabilidad patrimonial y garantizar la inmunidad de los responsables de la falencia”.

²² 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.

²³ DÍEZ ECHEGARAY, José Luis *Deberes y Responsabilidad de los Administradores de Sociedades de Capital*, 2006, Ed. Thomson-Aranzadi 2ª edición, Navarra. p. 387.

²⁴ STRAMPELLI, Giovanni “Capitale sociale e struttura finanziaria nella società in crisis, en *Rivista delle Società*, anno 57, 2012, lugrio-agosto 2012, fascicolo 4, pág. 605, Ed. Giuffrè Editore, Italia 2012, donde se analiza la disposición conenida 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.

concurzal ha omitido 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 doctrina²⁵.

El obiter dictum de la Corte en el caso Comercial del Plata S.A. representa una clara visión de cómo afrontar las crisis de las sociedades, y marca el camino: volver al principio. En efecto, nuestra Suprema Corte de Justicia de la Nación ha dado una pista en fallo del 20 de octubre de 2009 en un “obiter dictum”, al acoger planteos de arbitrariedad contra la sentencia homologatoria en el concurso de “Sociedad Comercial del Plata S.A. El “obiter dictum” es expresado contundentemente en un párrafo del voto mayoritario, en iluminante afirmación: “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 directamente que existen otros remedios para afrontar la crisis en forma preventiva. Sin duda la posibilidad de las soluciones negociadas extrajudicialmente.

Omitir las vías preconcursales societarias, para intentar las de reactivación en una presentación en concurso permite avizorar el nacimiento de acciones de responsabilidad. El informe general del síndico u otros elementos agregados al juicio concurrencial podrán acreditar el incumplimiento de los deberes societarios del administrador, y fundar la promoción de acciones de responsabilidad individuales por parte de ciertos acreedores.

Pero para advertir ese sistema de “crisis societarias” recurramos a “normas imperativas: el Código Civil y Comercial y la Ley General de Sociedades” que permiten avizorar un sistema preventivo societario de crisis, y allí advertiremos que el derecho societario contiene un verdadero sistema preconcursal

Es que la legislación societaria –que no ha sufrido las modificaciones generadas en la concursal- contiene provisiones imperativas para asumir la crisis tempestivamente y a bajo coste, sin generar daños. No puede pretenderse que el derecho concursal resuelva las crisis societarias al margen de las provisiones de la ley específica para afrontarlas. Los arts. 150 CCC y 1 LGS dan cuenta de ello.

Sobre este aspecto y en torno al muro de la autosuficiencia con el que alguna doctrina interpreta la legislación concursal, o con la que se pretende su reforma, ha sido derrumbado por Daniel Truffat en su “ponencia no competitiva”²⁶ sosteniendo “La pérdida de autosuficiencia del Derecho Concursal y su necesaria integración no solo con normas supralegales de base constitucional, sino con el derecho positivo clásico”.

Los artículos implicados en la concepción de persona en CCC van desde el art. 141 hasta el art.167, y la clave de bóveda del sistema jurídico de las personas jurídicas, o de las relaciones de organización personificadas, las brinda el referido “Artículo 150. Leyes aplicables. 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; b) por las normas del acto constitutivo con sus modificaciones y de los reglamentos, prevaleciendo las primeras en caso de divergencia; c) por las normas supletorias de leyes especiales, o en su defecto, por las de este Título. - Las personas jurídicas privadas que se constituyen en el extranjero se rigen por lo dispuesto en la ley general de sociedades”.

Pero, ¿cuáles son en concreto las normas imperativas del sistema societario?

Debemos determinar que normas imperativas son las que interesan para la prevención de daños a terceros y se enrolan en el sistema de asegurar el patrimonio y no pueden ser dejadas de lado.

²⁵ NIGRO, A. *Le società per azioni nelle procedure concursali*, in *Trattato delle società per azioni*, diretto da G.E. Colombo e G.B. Portale, 9°, Torino 19934, 209 ss.

²⁶ En el VIII CONGRESO DEL INSTITUTO IBEROAMERICANO DE DERECHO CONCURSAL. MEXICO D.F. (MEXICO), 17 a 19 de mayo de 2012.

La LGS a través de los arts. 94 incs. 4° y 5°, 96, 99 y 100²⁷ genera un régimen de prevención de la crisis y de daños a acreedores, respetando el principio tipificante de una sociedad cual es que los socios deban soportar las pérdidas –art. 1° LGS-, y por eso dichas normas las previenen.

Recientemente se promulgó la ley 27541 de emergencia²⁸, que suspende en su art. 59 la causal de disolución del inc. 5 del art. 94 LGS o sea de pérdida total del capital social y también la disposición del art. 206 LGS que impone a las sociedades por acciones la reducción obligatoria del capital cuando se ha perdido el 50%. Esa norma suspensiva regirá hasta el 31 de diciembre de 2020. Sólo atiende a una situación formal, que el balance no acuse patrimonio neto negativo. En cambio, la causal del art. 94.4 LGS –no suspendida- de imposibilidad sobreviniente de cumplimiento del objeto social de carácter patrimonial atiende a un problema substancial. Ello es un motivo más para distinguir entre “cesación de pagos” e “insolvencia”.

Esa sistemática respeta la tipicidad del negocio societario y sus normas imperativas. El art. 1, 94, 96, 99 y 100 LGS, 150 y 167 CCC, y para la integración prevista en el art. 2 CCC, invitamos a los jusprivatistas que nos ayuden a revisar esa visión sistemática.

7. Escuchamos la pregunta “¿Habrà que proteger a todas las empresas en crisis o insolvencia? En principio sólo las viables, determinado por un “plan de negocios” es propio de todo buen hombre de negocios, administrador de una persona jurídica, pues el centro de ese plan es determinar la viabilidad de la actividad, pues de no se cae en una causal de disolución art. 94.4. LGS y la disposición de su viabilidad económica y social está dispuesta en forma imperativa por el art. 100 LGS, que introducimos en el Proyecto de 2912 Manóvil, Roitman y del que te habla, y que modificó esa Ley cuando se promulgó el nuevo CCC. Lo hicimos con la sociedad simple, y la recepción extendida de la unipersonalidad que fue alterada restrictivamente en la finalmente LGS.

El tema hace a una visión axiológica del sistema jurídico, conforme el art. 2° CCC. Si la sociedad deudora debió expresar en su presentación las razones por las que recurre al concurso preventivo, parecería una incongruencia que allí mismo no anticipara las medidas que ha tomado para atenuar o superar la crisis.

El punto se enmarca en la planificación. La Memoria debe ser más explícita en el análisis. Conforme el art. 66 LGS “Los administradores deberán informar ... la situación presente y futura de la sociedad... Estimación u orientación sobre perspectivas de las futuras operaciones...”.

Se trata de evitar la responsabilidad que agrava la conexión del art. 99 LGS con el art. 167 in fine CCC, que preceptúa “...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”, correlacionándola con la previsión del art. 100 LGS.

En materia concursal, en la jurisprudencia y doctrina argentina, se acepta que la deudora no tenga ni presente ningún plan para superar la crisis²⁹, ni en la obligación de actuar tempestivamente al aparecer una dificultad o crisis, ni que se haya dotado adecuadamente el patrimonio de la sociedad

²⁷ “Disolución por pérdida del capital social y concurso”, en Anales de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Año Académico 2010, pág. 37. Ed. Academia, Córdoba 2011.

²⁸ RICHARD, Efraín Hugo “Autonomía de la voluntad en la configuración de sociedades. Las normas imperativas y las crisis patrimoniales con la suspensión del art. 94 5° de la LGS por la ley de emergencia” en La Ley, 20 de enero de 2020.

²⁹ RICHARD, Efraín Hugo “Integración de propuesta de acuerdo (en concurso preventivo de sociedad)” en Doctrina Societaria y Concursal, Noviembre 2008, pág. 1081; “¿Abusos en el proceso concursal?” en La Ley 24 de diciembre de 2008; “Integración de la propuesta de acuerdo en concurso societario (en torno a reciente fallo señero)” en Jurisprudencia anotada de RDCO n° 234, Enero Febrero 2009, Ed. Abeledo Perrot, pag. 79.

genéticamente³⁰ ni intentado hacerlo cuando se publicitó inexorablemente su pérdida³¹. Se niega la realidad, todo emprendedor tiene un plan, y lo reprochable es que lo oculte, quizá para que no se adviertan actos censurables o ilegales para que la crisis, la insolvencia, la asuman acreedores, generando un gran negocio para los socios o accionistas³².

Lorena R. Schneider en “La gestión de riesgo empresarial frente a los nuevos retos. ¿La mano invisible de Adam Smith” publicado el 8 de junio³³, se refiere a “la gestión del riesgo deberá formar parte de los planes estratégicos de inversión y gestión de activos de cualquier empresa”, riesgos que no se eliminan pero deben enfrentarse con diligencia, abordando con precisión los riesgos que se están generando, avizorando la fuerza mayor, la imposibilidad sobreviniente imprevista, y volcándose en la idea de renegociación, ya casi no como un deber sino como una obligación, con cita del ensayo con formalizamos con Fushimi. La misma autora teoriza con maestría sobre “El deber de lealtad de los administradores de sociedades: ¿Severidad o imperatividad flexible?”³⁴.

Pero ante la pandemia: ¿Cómo analizar la viabilidad? Es el juicio de su administrador en cuanto tenga un viso de verisimilitud, aunque luego sea desvirtuado. Es la absolute judgement rule del derecho americano, y no hay que sancionar con responsabilidad al administrador que intenta un plan para salir de la crisis. El único límite es que no sea “descabellado”.

La contabilidad que está obligado a llevar todo administrador societario –art. 320 CCC y art. 61 y ss. LGS-, le permitirá estimar esa viabilidad, particularmente en el análisis que impone la Memoria –art. 66 LGS-.

Si una sociedad no obtiene capital de sus propios socios o de terceros, es porque no existe un adecuado plan que determine la viabilidad y la rentabilidad de la empresa.

No hay duda que todo intento de financiación, interno a través de capitalización, o externo requiere información creíble para atraer a los inversionistas: a. Memoria –o plan de negocios- y estado patrimonial actualizado, que es el cumplimiento de las obligaciones contables (arts. 320 y ss. CCC, y b. Un plan de reestructuración o reorganización.

8. Parecería que en este momento es conveniente una referencia a “cesación de pagos e insolvencia”, que no es lo mismo. Así también en nuestro sistema de la LGS las palabras “disolución” y “liquidación” componen dos locuciones “causales de disolución” y “etapa de liquidación”. La constatación de una causal de disolución no impone la etapa de liquidación, se otorgan medios para solucionarla, generando una modificación del sistema de responsabilidad.

Volviendo al punto de suspensión de la causal de disolución por pérdida de capital social prevista en el art. 94.5 LGS, que es del 100% en nuestro país, mientras el derecho comparado anticipa a la pérdida parcial, o sea a supuestos –si el balance está correctamente formalizado- donde el patrimonio activo es insuficiente para satisfacer el pasivo imputable a ese patrimonio. Podemos hablar de “insolvencia patrimonial”, que no debe confundirse con la “cesación de pagos” o “insolvencia financiera”.

La causa de disolución suspendida hace a la “insolvencia”. Como “cesación de pagos” debemos señalar la falta de medios para satisfacer las obligaciones, dinerarias o no, que le son exigibles, normalmente a un emprendimiento organizado como sociedad, y puede vincularse a la causal del inc. 4., o sea la falta de activos corrientes para satisfacer los pasivos corrientes.

³⁰ RICHARD, Efraín Hugo “El capital social y la responsabilidad limitada” en *Estudios Jurídicos* publicación de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica de Uruguay, n° 3 – 2007-, República Oriental del Uruguay, págs. 163/202.

³¹ RICHARD, Efraín Hugo *Insolvencia societaria*, Ed. Lexis Nexis, Buenos Aires 2007.

³² En el Acuerdo Preventivo Extrajudicial de Multicanal S.A., inmediatamente de homologado el APE referido sólo a las obligaciones negociables, el balance de la sociedad dio un resultado positivo de más de Mil ochocientos millones de pesos (seiscientos millones de dólares) que se repartieron inmediatamente entre los socios, y que no provenía del resultado ordinario de la explotación ordinaria. Por otra parte toda quita o espera a los acreedores beneficia directamente a los socios. En similar sentido Carlos PALACIO LAJE *Delitos de vaciamiento de empresa*, Editorial Marcos Lerner, Córdoba 2002.

³³ La Ley del 8 de junio de 2020 y en el ya citado compendio de artículos “El impacto de la pandemia en la empresa” Parte I, pág. 13

³⁴ En RDCO Nov. Dic. 2019, tomo 299 pág. 1597, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires.

Cesación de pagos e insolvencia se tratan ambiguamente, incluso en relación a estados patrimoniales o financieros anticipatorios. Así, en relación a la “zona próxima a la insolvencia” la UNCITRAL refiere que se la ha llamado de diferentes maneras, siendo una denominación ampliamente extendida la de “zona de insolvencia”. Los aspectos patrimoniales no siempre tienen exteriorización clara. A veces los activos están inmovilizados y hay patrimonio suficiente pero no flujos de caja para atender el pasivo exigible. En otros casos hay suficiente flujo de caja pero un patrimonio inexistente, y así múltiples expresiones de la funcionalidad de un patrimonio. Pero esas exteriorizaciones imponen normas de resguardo que sin imponer conductas generan un cambio de responsabilidad acorde con la disposición legal de que los socios asumen el riesgo y las pérdidas, si el negocio se frustra. Las situaciones que hemos descrito no necesariamente llevan a la sociedad a una liquidación o a una situación concursal.³⁵ Por ello coincidimos con las expresiones de realidad que señala Olivera García.³⁶

La cesación de pagos autoriza la apertura del concurso preventivo y se caracteriza como la imposibilidad de atender obligaciones exigibles con los fondos regularmente disponibles (activo corriente inferior al pasivo corriente, como referimos). Por insolvencia se entiende a la existencia de un patrimonio neto negativo (patrimonio pasivo superior al activo), es decir, a una insuficiencia patrimonial que tipifica una causal de disolución (pérdida total del capital social, art.94, inc. 5, LGS)³⁷, que da lugar a una responsabilidad solidaria de los administradores y socios (art. 99, LGS). Puede haber cesación de pagos con insolvencia (insuficiencia del patrimonio social) o sin insolvencia (activo corriente inferior al pasivo corriente pero con patrimonio neto positivo), esto último es una señal de alerta de la crisis pero si las obligaciones son satisfechas con el patrimonio social, aun tardíamente, no nacería responsabilidad de socios y administradores.

La operatoria en situación de insolvencia, genera responsabilidades a los administradores de la sociedad que así continúe su actuación sin que se asuma la crisis, conforme la ley especial en su art. 99 LGS.” Es decir que en la zona de insolvencia rige la ley societaria conforme al referido art. 150 CCC.

Hay que evitar que administradores y socios se sientan tentados, económica y psicológicamente, a concursarse para repetir historias. Nos preocupa que, como aparece en el Proyecto Legislativo más completo, se presente como la única salida concursarse, incluso para obtener crédito.

Se trata de estimular, no obligar, lo que es natural en el mundo de los negocios renegociando de buena fe, sin intervención judicial ni mediadores impuestos, cara a cara motivados por intereses comunes: que la actividad empresarial continúe y que el acreedor no se vea contagiado.

Estamos ensayando en un nuevo capitalismo: el emprendedor, alejándonos del capitalismo financiero. En los 90 intentábamos en ambientes nacionales e internacionales impedir que el capitalismo financiero prestara dinero a los gobiernos para cubrir déficit operativo, sosteniendo que debía serlo para financiar obras de infraestructura, en forma similar a lo que se aceptó para el mutuo

³⁵ La homologación de un acuerdo abusivo o en fraude a la ley no borra esa responsabilidad, ni genera su novación. El art. 167 CCC in fine remarca para todas las personas jurídicas privadas el principio societario enmarcado en el art. 99 LGS, y si ha existiendo un fraude a la ley societaria esa resolución no altera su jurisdicción, conforme criterio de la CSJN en el caso “Provincia de Chubut c/ Centrales Térmicas Patagónicas S.A”, donde apuntó que la situación patrimonial de una empresa cuyo objeto concierne al interés general ... se debate un caso de nulidad absoluta, y la acción tendiente a obtenerla no es susceptible de prescribir ni de caducar, ello con arreglo a la doctrina de esta Corte: "Lo que es inmoral, lo que es contrario al orden social, lo que se reputa inexistente por falta de formas substanciales, no puede subsanarse por el transcurso del tiempo. El acto será siempre inmoral, contrario al orden público o carente de las formas indispensables a su existencia, cualquiera sea el número de años que hayan pasado desde su celebración. El tiempo es impotente para transformar lo inmoral en moral, lo ilícito en lícito, lo informal en formal, y siempre el acto conservará el vicio original" (fallo del 12 de julio de 2001)..

³⁶ OLIVERA GARCÍA, Ricardo “La insolvencia empresarial y la eficacia de la herramienta concursal” en *Estudios de Derecho Concursal. Diez años de la Ley de Concursos y Reorganización Empresarial*, Directores Alejandro Miller – Alicia Ferrer – Zamira Ayul-, pág. 31 y ss. realiza una relativización muy importante sobre estos aspectos, los que indirectamente comentamos. Nosotros también divagamos sobre ello, en aspectos responsabilizatorios más que patrimoniales en la misma obra colectiva “Diez años no es nada, pero en derecho concursal es mucho... Concurso de Persona Jurídica: la función de garantía del patrimonio”, tomo II pág. 1367 a 1444.

³⁷ Suspendida como hemos expresado hasta el 31 de diciembre de 2020.

en el art. 1531 CCC. Es que habría que recordar a Manuel Belgrano –en el día de su fallecimiento que cerramos este ensayo- que pasando por las Universidades de Salamanca y Valladolid para recibirse de abogado sin duda tomó contacto con las ideas, en boca de fisiócratas como Francois Quesnay, que propiciaban una económica productiva en lugar de la mera acumulación de riquezas.³⁸

Lo que preocupa es el “canto de sirena” de la homologación de acuerdos concursales, donde el Juez conforme el art. 52 ap. 4 de la ley 24522 no podría homologarlo si existe abuso de derecho y fraude a la ley³⁹, pues bajo el pretexto de la conservación de la empresa y de los puestos de trabajo se limita a conservar la posición de socios, incrementando el valor de sus participaciones.

Ello permitirá a los jueces cumplir el rol que les impone el art. 52 ap. 4 LCQ. La apreciación de abusividad es subjetiva, pero el fraude a la ley es objetivo, como lo es traspasar los riesgos y las pérdidas de los socios a los acreedores.

Hay que poner fin al desencuentro. No se aplican las normas societarias que permiten el “esfuerzo compartido” –con múltiples soluciones-. Se intentan quitas⁴⁰ como técnica abusiva, se soslaya la posibilidad de una capitalización.

Citamos el caso de las tiendas J. Crew con la reciente presentación de la cadena minorista estadounidense en los tribunales de Virginia pidiendo su quiebra pero acompañando ya un acuerdo con sus acreedores financieros para traspasarles las acciones o sea la propiedad de la sociedad. Lo que propiciamos y señalaba ya Maffia en 2009 y Schmidt el año pasado en Buenos Aires... También recordamos el salvataje hace 10 años de la General Motors generando su capitalización y los que se preanuncia de Lufthansa sobre la necesidad de una capitalización real, que se concretó el 25 de junio de 2020, cuando las accionistas con el 98% de los votos no ejercieron el derecho de suscripción y aceptaron una capitalización gubernamental de 9.000.000 de Euros, claro que fueron incentivados por los administradores que si no había capitalización se debería declarar la insolvencia de la sociedad.

Como un puente entre la preconcursalidad societaria o derecho societario de crisis, con la herramienta de capitalización que resultan de las normas imperativas del sistema societario, la República de Colombia ha dictado, ante la crisis empresarial, el Dto. 811/2020, autorizando la capitalización de sociedades con la intervención del Ministerio de Hacienda, con la condición de su rescate por accionistas privados en un plazo determinado, y en caso contrario autorizando a venderlas junto con las de accionistas privados, generando un paquete mayoritario a cualquier inversor.

9. Referirse al monto del capital social acerca a la idea de responsabilidad de socios por “infracapitalización material”, imponiendo apuntar a su trato magistral en el fallo del 4 de febrero de 2020 en el caso “Interindumentaria SRL”. Sin perjuicio de aceptar ese abordaje, creemos desde hace mucho tiempo que esa responsabilidad –para grandes y pequeñas sociedades- es imputable a socios de control y a los administradores, en forma solidaria, haciéndoles responsables del pasivo insoluto como hemos venido insinuando en apartados anteriores, a través de las normas imperativas de la legislación societaria, concretamente del art. 99 LGS –no mencionado en ese fallo y que la Editorial La Ley recuerda en el “copete” de nuestro ensayo publicado el 20 de enero de 2020⁴¹, que resulta

³⁸ DOMINA, Esteban –escritor e historiador- “Junio es Manuel Belgrano” en La Voz del Interior, Número Cero del 14 de junio de 2020, pág 2 Historia.

³⁹ RICHARD, Efraín Hugo “50 AÑOS NO ES NADA: DESAFÍO EN BÚSQUEDA DE MÉTODO SOBRE ABUSO EN PROPUESTAS EN CONCURSO DE SOCIEDADES”, publicado en RDCO Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones, Fundada por Isaac Halperin en 1968, Edición 50° Aniversario “Desafíos presentes y futuros del Derecho Comercial”, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires 2018, en SOCIEDADES, Doctrina, pág. 239.

⁴⁰ Nos explayamos en RICHARD, Efraín Hugo; FUSHIMI, Jorge Fernando: “La ineficiencia de la quita como financiación de la empresa concursada. Algunas propuestas”, en Doctrina Societaria y Concursal Errepar DSCE N° 373, Dic 2018, T. XXX, Pág. 1143-1158.

⁴¹ RICHARD, Efraín Hugo el ya citado “DERECHO SOCIETARIO: AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD Y NORMAS IMPERATIVAS. LAS CRISIS. Y UNA APOSTILLA SOBRE LA LEY DE EMERGENCIA”, publicado en La Ley, 20 de Enero de 2020, incorporando un copete “El art. 94 LGS desenvuelve simples causales de disolución que no implican generar la liquidación de la sociedad ni fijan plazo para ello, pero generan una alerta y una previsión de especiales responsabilidades para administradores y socios. Es muy particular y coherente el sistema de nuestra Ley de Sociedades, pues las causales de disolución no entrañan automáticamente una liquidación de la sociedad, para lo cual

acentuado desde la sanción del Código Civil y Comercial por los arts. 150 y 167 in fine CCC. Sobre ese dictamen y fallo, y otra frondosa jurisprudencia hemos trabajado recientemente con Bernardo Carlino.⁴²

Nos apoyamos en la “absolute equity rule”⁴³ –recordada por Lorente⁴⁴–, para sostener la necesidad de aplicar el art. 197 2º LGS, sobre capitalización del pasivo si es que los socios no quieren hacerlo, antes de pensar en presentarse en concurso. Y que las propuestas son abusivas, incluso inconstitucionales⁴⁵ si junto a las quitas y esperas no hay una capitalización de la diferencia, pues en caso contrario hay un despojo a los acreedores en beneficio de los socios. Una propuesta de quita y espera sin esa contrapartida en la participación en el capital, o alguna forma de negocio participativo, es inconstitucional por violar el derecho de propiedad (art. 17 C.N.)⁴⁶.

La mayoría de las sociedades solucionan sus problemas a través de la ley de sociedades, y ello debería ser la regla, imponiéndose incluso por el juez del concurso en las medidas previas. Su incumplimiento genera siempre responsabilidad de los administradores, por lo menos frente a ciertos acreedores, además de recrear el análisis sobre la abusividad de la propuesta que se formule. Y sobre esa responsabilidad el último apartado de este ya largo ensayo. A la capitalización, incluso de origen gubernamental y previsión de ser transitorio, se esta recurriendo en los países del primer mundo como salida de la pandemia y sus efectos patrimoniales.

Si la quita se sigue aceptando como práctica legal y homologable en el concurso de sociedades, no hay salida, las sociedades no negociarán y se concursarán, cualquiera sea el blindaje que se les prometa, pues las “sirenas” las arrastrarán al mar con su canto voluptuoso. Seguimos insistiendo que las quitas en caso de crisis societarias es una forma de fraude a la ley societaria –arts. 1, 96 y 99 LGS, repetimos en nuestras “catilinarias”. Si es decisión que siga la costumbre contra legem de aceptar las quitas en los concursos de sociedades debe modificarse lisa y llanamente el art. 1 y concordantes de la LGS, apuntando que los socios no asumen las pérdidas, sino los acreedores si se decide por dudosa mayoría de ellos que así fuera.

10. Frente a ello volvemos a la posición que hemos mantenido con Juan Carlos Veiga. Sin nuestros argumentos, pero en la misma línea de libertad sin dañar, el incidente en el caso Interindumentaria SRL en fallo del 4.2.2020 con el voto de Pablo Heredia –que hemos referido- remarcó la infrapatrimonialización como factor de imputación del daño, el déficit liquidatorio, a los socios de control en el incidente respectivo en la quiebra.

Sobre el derecho societario de crisis vale traer apreciaciones del jurista alemán Karsten Schmidt⁴⁷ sobre el Debt-to-Equity Swap como prueba de fuego de esa integración, y su pensamiento sobre la reestructuración de empresas. Destaca la interacción entre el Derecho Societario y el Derecho

debe existir normalmente otra declaración del órgano de gobierno de la sociedad, pero si genera la constatación de la causal una alteración de las reglas de responsabilidad”. elDial.Express.com del 3 de febrero de 2020 lo reitera con anexo. “PERDIDA DEL CAPITAL SOCIAL EN LA EMERGENCIA ECONOMICA (un comentario al Dto. 1269/02) de necesidad y urgencia”, publicado en *Semanario Jurídico*, n° 1379, Córdoba 19 de septiembre de 2002, pág. 225 y ss..

⁴² Bernardo CARLINO - Efraín Hugo RICHARD “INFRACAPITALIZACIÓN PRE Y POST PANDEMIA”, en prensa en RDCO.

⁴³ En las Segundas Jornadas Interdisciplinarias Concursales del Centro, Córdoba 2005 que compartimos con Truffat, en las Jornadas Italoargentinas de Derecho, Córdoba 2005 y luego en Barranquilla.

⁴⁴ En *Doctrina Societaria y Concursal*, Octubre 2005, tomo XVII, pág. 1205.

⁴⁵ Comunicación al Primer Congreso Hispanoamericano de Derecho Concursal, Barranquilla, octubre 2005, *Reforma concursal: ¿de ideas o de normas?* en el CD editado por el Congreso, y *Hacia la desjudicialización de las crisis: LA CONSERVACIÓN DE LA EMPRESA* comunicación en la Jornada Internacional de Derecho Concursal, Cali –COLOMBIA- Martes 18 de octubre de 2005, Facultad de Humanidades y Ciencias Sociales, Carrera de Derecho de la Pontificia Universidad Javeriana, y Cámara de Comercio de Cali, o ambos en la página electrónica de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba www.acader.unc.edu.ar, y antes *Propuesta abusiva* para elDial.com en agosto de 2005 y también en esa página electrónica de la Academia y artículos similares en prensa en Zeus, Córdoba y Santa Fe.

⁴⁶ *ASUNCION DE LA CRISIS DE SOCIEDADES COMERCIALES A TRAVÉS DEL DERECHO ESPECÍFICO (LA CONSERVACION DE LA EMPRESA ES UNA CUESTIÓN PRIVADA, SOCIETARIA)* Publicada en el libro colectivo de tres tomos “VI Congreso Nacional de Derecho Concursal y IV Congreso Iberoamericano de la Insolvencia”, Santa Fe 2006, Tomo II pág. 329.

⁴⁷ SCHMIDT, Karsten “El Derecho Societario y la intromisión del Derecho Concursal. El caso alemán” en: RDCO 297, p.987, citado.

Concursal abordando la creciente influencia del Derecho Concursal sobre el Derecho Societario, pues a la inversa, durante 100 años no existió una cátedra de Derecho Societario en que se enseñara Derecho Concursal. Había coincidencia de que la apertura de un concurso sobre el patrimonio de una sociedad disuelve esta sociedad, porque así lo decía la ley. Pero lo que sucede luego con esta sociedad quedaba en manos de los especialistas en Derecho Concursal. Para la práctica, la situación era mala. La liquidación o reestructuración de compañías insolventes es una tarea genuina del Derecho Empresarial. Y esta tarea exige respuestas integradas a múltiples cuestiones, y se preguntaba ¿Qué ha cambiado? Apuntando “el Debt-to-Equity Swap: el ingreso de los acreedores a la sociedad de sus deudores. Entre muchos métodos de saneamiento, el Debt-to-Equity Swap es un ejemplo particularmente apto para mi observación. ... La parte dispositiva del plan puede prever que los créditos de los acreedores se conviertan en intereses o derechos de membresía en el deudor. Se excluye la conversión contra la voluntad de los acreedores afectados. En particular, el plan podrá prever una reducción o ampliación de capital, el pago de aportaciones en especie, la exclusión del derecho de suscripción o el pago de indemnizaciones a los accionistas salientes.”

Se trata de inducir acciones cooperativas de acreedores y deudores vinculados por la actividad empresarial comprometida.

La capitalización de pasivo elimina la insolvencia, o sea disminuye el monto del patrimonio pasivo y aumenta correlativamente el patrimonio activo, pero puede no resolver la cesación de pagos que impone capitalizaciones con ingreso de efectivo, quizá gubernamental como el caso Lufthansa, que se repetiría con otras líneas vinculadas a un país como KLM, Air France o Air Italia, que hasta podrían alterar la libre competencia ante la situación de todas las líneas aéreas.

11. Un problema lo constituye la sociedad que desarrolla una actividad útil pero no es viable. Los transportes urbanos e interurbanos son buen ejemplo de ellos. Y su mantenimiento requiere una decisión política de subsidios o sostenimiento de precios o tarifas.

A la comunidad, al país, a los trabajadores, a la economía en general, es indistinto quiénes sean los titulares del capital social. No puede aceptarse que se enriquezcan quiénes se marginaron del sistema privado societario para solucionar el problema, eventualmente asumiendo tempestivamente un sistema concursal o preconcursal, imponiéndose el esfuerzo compartido en salvaguarda de la empresa, convergiendo en el capital social todos los interesados –u otorgando otros beneficios participativos-, sin excluir de posibles beneficios futuros a los acreedores.

Y ante una última pregunta si da el tiempo: ¿cómo debería enfrentar el empresariado esta pandemia generalizada: ahí volvería sobre lo que hay que hacer, y la actitud para eliminar la insolvencia y obtener fresh money.

Hay recursos para ello: Lease back, negocios en participación previstos en los arts. 1462 y ss. CCC, préstamo participativo introducido en el art. 1531 CCC, obligaciones convertibles en acciones.... La capitalización privada o estatal, que debería tener incentivos fiscales para ello. Y el sistema de las Sociedades de garantía recíproca, generándose créditos a baja tasa por la garantía, que debería ser liquidable a primera demanda, en caso de presentación de la MiPyME en concurso preventivo, y el estado subrogarse automáticamente en los derechos de la entidad financiera.

La función del jurista es construir con vista a la Nación y a su realidad, sirviendo diariamente los principios de la justicia conforme los valores éticos irrenunciables propios de la condición humana y particularmente de los auxiliares de esa Justicia. Por eso nos apartamos de la idea de llevar a concursar a todas las sociedades que fácilmente pueden advertirse en crisis. Queremos evitar esa tentación y, ante el cambio social producido, la introspección, intentar negociar o renegociar entre partes, no simplemente acreedores, la solución que de viabilidad y mantenga el empleo.

Un hipergarantismo trata de no advertir esas maniobras artificiosas, aquello que Provinciali señaló como “ció que segna el confine tra fisiología e patología nella vita del patrimonio”, lo que es hoy habitual que el estado de cesación de pagos –cuando no la insolvencia- se produjo hace muchos

años, o sea que el patrimonio arrastraba una situación terminal dentro de la fisiología o funcionalidad de la sociedad.

Puede verse la falta de universalidad en la concurrencia de acreedores, prevista originariamente en Argentina por el art. 21 de la ley 24522, en su modificación por Ley 26086 del año 2006⁴⁸. el tufillo de insostenibles cesiones de crédito, ha sido acotada por el fallo en el caso Mandalunis de febrero de 2014, con el impecable voto de Julia Villanueva.

Recobrar la sensatez... Seremos invadidos por consumos cibernéticos generados por grandes compañías, nacionales y extranjeras. Se intentará inducir la inflación para lograr enormes ganancias mientras se aplastan salarios y jubilaciones. El Gobierno tiene armas para neutralizar los excesos y equilibrar los repartos.

Y esa sensatez impone en lo inmediato negociar y de buena fe, buscando acciones cooperativas. No nos desentendemos del problema de la marginalidad social, que existía y que ahora se ha incrementado, evidenciándose en forma insoslayable. Desde el siglo pasado nos preocupa y acabamos de hacerlo presente en ensayo para la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba: “ANTE LA PANDEMIA ECONÓMICA: ¿QUÉ LEGISLAR?”, donde hacemos algún aporte sobre el punto, sugiriendo soluciones. Ello es prioritario. Por eso transcribimos parte del encabezamiento de las recomendaciones del IIDC “Es necesario preocuparse de las personas humanas La situación patrimonial de la persona humana sin emprendimiento debe tener una solución jurídica inmediata y eficiente, mucho más simple que los proyectos en curso. La persona humana titular de un emprendimiento debería poder transferir el patrimonio afectado a ello a una SAS para facilitarle esa renegociación. Y para las que no realizan ese tipo de actividad, monotributistas, profesionales, empleados, jubilados y pensionados, debería generarse un régimen crediticio especial para los primeros, con un escudo protector, y una tutela automática de los últimos para preservar sus ingresos alimentarios y su vivienda. Todo un desafío para un Estado agobiado por su presupuesto de financiación y ayudas prioritarias, particularmente cuando comparamos sus disponibilidades con los desembolsos que ya han hecho para paliar algunos efectos patrimoniales algunos países de la Unión Europea, Rusia y Estados Unidos de Norteamérica.

Todos los argentinos debemos estar unidos y comprometidos en el rescate empresarial y de las personas marginadas, para restablecer un orden social que venimos declamado por más de medio siglo y parece cada vez más alejado. ¡Vaya tarea!

Pero, sin duda, habrá que encarar una reforma del régimen de los procesos concursales, pero más urgente ante la inmediata reactivación de los tribunales parece conveniente el dictado de normas muy sencillas que impidiendo la agresión incluyan en la renegociación de las relaciones alteradas, que ya muchos han encarado con sensatez.

⁴⁸ COSTA, Héctor L. “La importancia de la verificación crediticia” en *Doctrina Societaria y Concursal*, Ed. Errepar, Noviembre 2018, Buenos Aires, pág. 1071.