

“Sobre el derecho de crisis de sociedades”

por María Fernanda Cocco¹

Traigo a colación en este número en Homenaje a mi querido Maestro y entrañable amigo Profesor Emérito Dr. Efraín Hugo Richard algunas reflexiones que planteamos en el XII CONGRESO ARGENTINO DE DERECHO CONCURSAL y en el X CONGRESO IBEROAMERICANO SOBRE LA INSOLVENCIA organizados y realizados en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires en octubre de 2024.

En los últimos años, a Hugo le interesaba poner en el tapete aquello “de lo que no se habla”, es decir, aquellas temáticas que no eran visibilizadas en las discusiones, debates e intercambios jurídicos. Nos llamaba a la reflexión sobre ello.

Hablar de un derecho de crisis de las sociedades nos permite, desde esa visión compartida, adoptar una perspectiva distinta en el análisis de los sistemas societario y concursal imponiendo su integración armónica y superando las miradas tradicionales.

DECONOMI

¹ Abogada, Procuradora, Notaria, Especialista en Derecho de los Negocios, Doctora en Derecho y Ciencias Sociales por la Facultad de Derecho Universidad Nacional de Córdoba.

Profesora Auxiliar por concurso de Derecho Privado IV -Sociedades y Relaciones de Organización- en la Facultad de Derecho Universidad Nacional de Córdoba.

Profesora Auxiliar por concurso de Sociedades en la Facultad de Ciencias Económicas Universidad Nacional de Córdoba

Secretaria Académica del Instituto de la Empresa de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba

Coordinadora Académica del Programa de Derecho Comercial y de la Empresa del Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales de la Facultad de Derecho Universidad Nacional de Córdoba.

Integra varias asociaciones académicas vinculadas al derecho comercial y de la empresa: Integrante como miembro titular del Comité Asesor Permanente de Congresos de Derecho Societario Argentino; Miembro activo del Instituto de Derecho Comercial del Departamento de Derecho Comercial de la Facultad de Derecho Universidad Nacional de Córdoba; Representante de la Facultad de Derecho Universidad Nacional de Córdoba en el Círculo Iberoamericano de Derecho Mercantil (IBERODEMER).

Publicaciones y participación activa en calidad de Directora, Coordinadora, ponente y asistente de numerosos congresos y eventos académicos vinculados al derecho comercial y de la empresa.

Correo electrónico: fernanda.cocco@unc.edu.ar

En este sentido, el derecho corporativo² brinda un sistema para afrontar la crisis de las sociedades. Ese sistema se encuentra albergado, principalmente, en las normas relativas a la disolución y liquidación de estas.

Como una aclaración previa, la referencia es a las crisis económico-financieras de las sociedades, intentando superar así la ambigua alusión que en el derecho concursal se hace a deudor, empresario y empresa, sin distinción entre persona humana o jurídica.

Esa ambigüedad genera, según la visión compartida con el maestro, una aparente pugna entre sistemas normativos: el específico de las personas jurídicas -artículo 150 CCCN-, el del derecho societario y sus normas imperativas, y el del derecho falimental recogido en la Ley de Concursos y Quiebras, donde entendemos se desconocen los preceptos imperativos tal como han destacado Efraín Hugo Richard y Juan Carlos Veiga en el trabajo: “El Contraderecho. Las costumbres *contra legem* en los procesos concursales de sociedades” del año 2015³, ratificando ideas que venían sosteniendo desde varios años antes respecto de las quitas en los procesos concursales de sociedades.

DECONOMI

La problemática que plantea el artículo 150 CCCN es el referido a la vinculación de las propias normas de ese cuerpo normativo con las leyes

² Código Civil y Comercial de la Nación, regulación de la Persona Jurídica. Ley General de Sociedades N° 19550 y modificatorias. Ley de Apoyo al Capital Emprendedor N° 27349.

³ RICHARD, Efraín Hugo – 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

especiales⁴. En este punto hacemos propia la sistematización que hiciera Palmero (2021) sobre el particular⁵ y que detallamos a continuación:

- la vinculación que se regula es una relación de género a especie, donde el género es la persona jurídica privada y la especie son las diversas formas jurídicas personificadas;
- esa vinculación puede implicar una situación de tensión ante una norma imperativa de la especie con una del género, o puede implicar una situación de supletoriedad integrativa o de supletoriedad contrapuesta, y este es el triple criterio que se fija para la solución del conflicto;
- el desafío que plantea esta norma al intérprete viene dado por la evolución histórica en nuestro país de la teoría general de la persona jurídica. Entiéndase claramente, durante la vigencia del código velezano la regulación legislativa prevista en ese cuerpo normativo aparecía como suficiente para ese momento histórico; luego, en el año 1972 irrumpe la Ley de Sociedades Comerciales, y con sus posteriores modificaciones impuestas, también, por el momento histórico, se formula una regulación (desde la especie preponderante) aplicable a la persona jurídica privada (género); y, hoy, nos encontramos, por el momento histórico, frente a normas que estaban en ese estatuto particular y que se han incorporado para la persona jurídica privada (género) y, a la vez, no se ha derogado la norma equivalente (que sigue siendo aplicable a la especie) en el mismo.
- al haberse previsto en el CCCN un sistema normativo completo sobre la persona jurídica privada, se establece una estructura

⁴ Véase nuestro: Cocco, María Fernanda LA Oponibilidad de la Personalidad Jurídica y su Particularidad en el Derecho Societario. Efectos Erga Omnes de la Sociedad – Ed. Ciencia, Derecho y Sociedad Facultad de Derecho Universidad Nacional de Córdoba – Córdoba – Argentina – 2024.

⁵ Palmero, Juan Carlos “LAS NORMAS IMPERATIVAS DEL DERECHO SOCIETARIO Y DEL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL. PARTICULARIDADES ANTE LA CRISIS” – Conferencia dictada en el marco del Ciclo de Conversatorios “Empresa y Crisis. Propuestas innovadoras pensando el derecho comercial para la Argentina” El Instituto de la Empresa navegando con elArca el día 17/11/2021 y cuyo link de acceso a través del canal de YouTube del Departamento de Derecho Comercial de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Córdoba es <https://www.youtube.com/live/AxiPYS432nw?feature=share>

hermenéutica que encuentra sus límites en las propias normas de dicho sistema.

Desde el derecho corporativo, nos encontramos con dos disposiciones clave: los artículos 159 y 167 CCCN. El 159 regula el deber de lealtad y diligencia y el interés contrario de los administradores, disponiendo que *“... deben obrar con lealtad y diligencia. No pueden perseguir ni favorecer intereses contrarios a los de la persona jurídica. Si en determinada operación los tuvieran por sí o por interpósita persona, deben hacerlo saber a los demás miembros del órgano de administración o en su caso al órgano de gobierno y abstenerse de cualquier intervención relacionada con dicha operación. Les corresponde implementar sistemas y medios preventivos que reduzcan el riesgo de conflictos de intereses en sus relaciones con la persona jurídica”*; y el 167 CCCN se refiere al proceso de liquidación y las responsabilidades involucradas. Establece que: *“... La liquidación consiste en el cumplimiento de las obligaciones pendientes con los bienes del activo del patrimonio de la persona jurídica o su producido en dinero. Previo pago de los gastos de liquidación y de las obligaciones fiscales, el remanente, si lo hay, se entrega a sus miembros o a terceros, conforme lo establece el estatuto o lo exige la ley. En caso de infracción responden ilimitada y solidariamente sus administradores y aquellos miembros que, conociendo o debiendo conocer la situación y contando con el poder de decisión necesario para ponerle fin, omiten adoptar las medidas necesarias al efecto”*. Es el sistema previsto para casos de infrapatrimonialización en el artículo 99 LGS, vigente desde el año 1972, y que rara vez se identifica y menos aplica.

Vemos así, que al regularse la cuestión relativa a la implementación de sistemas y medios preventivos que reduzcan el riesgo, y al vincularse con el conocimiento, efectivo o presunto por el rol desempeñado, entendemos (probablemente con poco apoyo de la doctrina nacional en este punto) que se está introduciendo, de manera incipiente, la doctrina del buen gobierno corporativo anclada en la planificación estratégica comercial y el informe de gestión periódico, que, hemos destacado, se encuentra, desde 1972,

incorporado en la ley de sociedades a través de la contabilidad periódica y la forma de presentarla anualmente al pleno de los socios, ratificado y reforzado por las disposiciones del artículo 320 CCCN⁶, concordantes y correlativos.

Conforme a ello, la cuestión relativa a la gestión de las crisis económico-financieras -que no necesariamente implican estado de cesación de pagos y/o insolvencia- adquiere un cariz relevante por dos motivos: a) en primer lugar, y de modo propositivo, para permitir manejar esas dificultades patrimoniales de acuerdo a las necesidades de la propia persona jurídica, con regulación a medida y con transparencia absoluta para los acreedores, los socios y demás stakeholders; b) en segundo lugar, para evitar asignación de responsabilidades por aplicación supletoria o análoga de disposiciones normativas que no se adaptan a esa persona jurídica en particular.

Adicionalmente, encontramos una plusvalía a la solución jurídica que propugnamos con el maestro, basada en que, en ningún caso, los administradores están obligados a concursar la sociedad. Se trata de soluciones extrajudiciales y preconcursales previstas en las opciones imperativas del artículo 96 LGS, evitando el disvalor de la publicidad -negativa por cierto- de una situación que puede ser momentánea. Es la posibilidad de renegociar créditos *in bonis*. Es la recepción originaria de la ley específica de lo que ahora se llaman las “alertas tempranas”.

Desde el derecho societario, como una especialidad del corporativo, las normas legales involucradas son: a) el artículo 59 LGS disponiendo que “*Los administradores y los representantes de la sociedad deben obrar con lealtad y con la diligencia de un buen hombre de negocios. Los que faltaren a sus obligaciones son responsables, ilimitada y solidariamente, por los daños y perjuicios que resultaren de su acción u omisión*”. Completa el régimen el artículo

⁶ Véanse las ponencias presentadas en el XII CONGRESO ARGENTINO DE DERECHO CONCURSAL y en el X CONGRESO IBEROAMERICANO SOBRE LA INSOLVENCIA relativas a las alertas tempranas, en particular las del Prof. Jorge Fernando Fushimi.

DECONOMI

AÑO VIII – NÚMERO 25

274 LGS estableciendo: *“Los directores responden ilimitada y solidariamente hacia la sociedad, los accionistas y los terceros, por el mal desempeño de su cargo, según el criterio del artículo 59, así como por la violación de la ley, el estatuto o el reglamento y por cualquier otro daño producido por dolo, abuso de facultades o culpa grave”*. Se vincula fundamentalmente frente a la infrapatrimonialización con el artículo 99 LGS que dispone: *“Los administradores con posterioridad al vencimiento de plazo de duración de la sociedad o al acuerdo de disolución o a la declaración de haberse comprobado alguna de las causales de disolución, solo pueden atender los asuntos urgentes y deben adoptar las medidas necesarias para iniciar la liquidación. Cualquier operación ajena a esos fines los hace responsables ilimitada y solidariamente respecto a los terceros y los socios sin perjuicio de la responsabilidad de éstos”*; b) el artículo 96 LGS, referido a la pérdida del capital social, establece que *“... la disolución no se produce si los socios acuerdan su reintegro total o parcial del mismo o su aumento”*; c) el artículo 100 LGS regula la remoción de causales de disolución de la siguiente manera: *“Las causales de disolución podrán ser removidas mediante decisión del órgano de gobierno y eliminación de la causa que le dio origen, si existe viabilidad económica y social de la subsistencia de la actividad de la sociedad. La resolución deberá adoptarse antes de cancelarse la inscripción, sin perjuicio de terceros y de las responsabilidades asumidas. En caso de duda sobre la existencia de una causal de disolución, se estará a favor de la subsistencia de la sociedad”*.

Claro que esas acciones están previstas en el funcionamiento regular de la sociedad, pues, ante la infrapatrimonialización, juega la responsabilidad por acción u omisión prevista en el artículo 99 LGS. Norma rara vez aplicada por la jurisprudencia concursal, de carácter preventiva de la responsabilidad de administradores y socios de control.

Todo lo dicho sobre el derecho corporativo es trasladable al derecho societario. Sin embargo, éste avanza en varios aspectos: a) el parámetro objetivo de la responsabilidad de representantes y administradores que es el del *“buen*

hombre de negocios”; b) el tema del reintegro del capital social ante su pérdida; c) la viabilidad económica y social de la actividad empresarial. Es afrontar la infrapatrimonialización más que la pérdida del capital social. Y por supuesto preservar la viabilidad de la actividad de la sociedad.

Por ello, toma relevancia el “rol” del administrador e identificar quién o quiénes asumen la “función administrativa” en la sociedad⁷. Y allí nos encontramos con las miradas de las ciencias jurídicas y con las de las ciencias económicas.

Para el derecho societario⁸ el administrador es la persona que lleva adelante: 1- la gestión operativa consistente en los actos que integran el objeto social; 2- la gestión empresarial que implica la organización, desarrollo y conservación de la empresa de la sociedad; 3- la representación societaria al vincularse con terceros. O sea, asegurar la viabilidad de la sociedad y sin duda un representante necesario, hoy reconocido así expresamente por el negocio representativo en las relaciones de organización personificadas.

Para la teoría de la administración⁹ el administrador se desempeña en todos los niveles de la organización, y según en cuál de esos niveles se encuentre será su papel. Tenemos tres niveles organizacionales, a saber: a- institucional, b- intermedio y c- operacional.

Corresponde al nivel institucional, por ser la alta administración de la organización, tomar las decisiones principales y marcar la estrategia de negocios de la empresa. Define la misión y visión de la organización. Se

⁷ Fourcade, Antonio Daniel “SOCIEDADES”. Parte General. Ed. Advocatus – 2000 – Córdoba.

⁸ RICHARD, Efraín Hugo – MUIÑO, Orlando Manuel DERECHO SOCIETARIO – Ed. Astrea – Buenos Aires – 1997 pág. 224 y ss.. ROITMAN, Horacio “LEY GENERAL DE SOCIEDADES Comentada y Anotada” – 3ª edición actualizada y ampliada – Ed. Thomson Reuters La Ley – Buenos Aires – 2022.

⁹ Seguimos en este punto a CHIAVENATO, Idalberto ADMINISTRACION EN LOS NUEVOS TIEMPOS – Ed. Mac Graw Hill – Colombia – 2002 – pág. 7 y ss.

DECONOMI

AÑO VIII – NÚMERO 25

encuentra en relacionado íntimamente con el entorno externo de la empresa y, por ello, recepta los cambios y presiones que ocurren en el exterior.

Corresponde al nivel intermedio, por ser la articulación entre los niveles institucional y operacional, receptor las decisiones adoptadas en el nivel institucional y operativizarlas, a través de diversos programas de acción, en directivas para el nivel operacional. Interpreta la misión y los objetivos de la empresa y genera las tácticas de negocio de la organización.

Corresponde al nivel operacional, por ser el basamento ejecutivo de la empresa, administrar la realización de las tareas rutinarias de la organización afectando los recursos humanos no administrativos. Tiene contacto directo con la línea de producción.

En este punto, apreciamos una notable diferencia entre la conceptualización de la administración o gestión social que realiza el derecho societario. Para este último, la gestión social tiene tres actores: 1- la asamblea, 2- el órgano de administración y 3- la sindicatura; y constituyen, para la teoría de la administración, el mismo nivel organizacional.

DECONOMI

Por ello, hemos propugnado utilizar el informe de gestión. Documento destinado a brindar todas las explicaciones necesarias para los socios que conforman esa sociedad –a modo de rendición de cuentas– y todas las futuras líneas de acción a adoptarse –a modo de planificación estratégica–. Este informe de gestión, por su flexibilidad de contenido (por no tratarse de un estado contable) y su sencillez de presentación, permite ser adaptado a las particularidades de cada una de las sociedades; particularidades dadas por la vigencia del principio de autonomía de la voluntad en la conformación de la estructura societaria adoptada en el momento constitutivo de la sociedad.

En este punto no lográbamos ponernos de acuerdo con Hugo; para él es lo referido en la memoria prevista en la LGS y lo dispuesto en el artículo 320 CCCN. Desde mi punto de vista, es ir un poco más allá e instaurar una nueva cultura de gestión interna dentro de la sociedad explicitando e instrumentando la planificación estratégica inicial (o plan de negocios) aunado al informe de gestión periódico derivado de ella.

Así entendemos que es aplicable el artículo 96 LGS a situaciones de crisis económico-financieras empresariales, en particular a los socios, en el sentido de la responsabilidad genérica de haber generado o mantener la existencia de una sociedad infrapatrimonializada. Las soluciones previstas en el art. 96 LGS pueden ser usadas frente a alertas tempranas de crisis, ante la infrapatrimonialización ya declarada o meramente por proyecto de expansión.

Claro que, en la capitalización, en cualquiera de sus formas, deben tenerse en cuenta las diferencias de valores entre: los valores estatutarios y el valor del dinero al capitalizar, para mantener el “equity” en la relación, particularmente ante la capitalización de pasivo. Por eso el Proyecto del Ministerio de Justicia del año 1992 -en el que intervino el maestro- prohibía toda referencia al capital social, imponiendo el patrimonio y la participación porcentual en éste, que debía asegurar la viabilidad de la sociedad. Algo así fue recogido para la sociedad de hecho en la reforma de la LGS del año 2015, conforme el anteproyecto del año 2012.

Por último, debemos referirnos al derecho falimental, donde cobran relevancia las disposiciones del artículo 52 LCQ que establece: “... 4. *En ningún caso el juez homologará una propuesta abusiva o en fraude a la ley*”, volviendo a recordar el trabajo mencionado *ut supra* de Efraín Hugo Richard con Juan Carlos Veiga “El Contraderecho” donde se analiza la habitualidad de costumbres *contra legem*.

Finalmente, y entrando en un tema ríspido entre societaristas y concursalistas, que es el relacionado con la supuesta legalidad de quitas y esperas confiscatorias¹⁰ en relación con las acciones de responsabilidad previstas en los artículos 173, 174, 175 y 176 LCQ y las previstas en varios artículos de la ley sociedades, pero, particularmente las del artículo 99 LGS¹¹ como forma preventiva y disuasoria.

Los societaristas sostienen que ambas vías de responsabilidad son posibles; en cambio, los concursalistas sostienen que sólo se pueden intentar las acciones previstas en la legislación falimental.

Con el maestro nos pronunciamos a favor de la postura que sostiene la posibilidad de ejercer ambas vías, la societaria y la falimental, en el entendimiento que el fin perseguido por una u otra vía es distinto, y así puede ejercerlo el síndico en la quiebra, pero no se impide ese ejercicio a los acreedores en caso de acuerdos homologados de los que resulte una transferencia del riesgo, haciendo recaer las pérdidas en los acreedores. El tema central es si se genera responsabilidad por daño frente a los impagos, pero toda duda desaparece ante la infrapatrimonialización. La cesación de pagos, en términos contables aparece solucionable, si la sociedad es viable, con una mera espera.

Pero lo común es que la sociedad esté soportando una infrapatrimonialización, una insolvencia, acallada con falta de balances, perdida de libros, etc. y, a veces, encubriendo una quita con una alambicada capitalización¹².

Hoy, como hemos referido, se habla de las alertas tempranas, y en las relaciones de organización personificadas se impone no una representación voluntaria sino una representación orgánica, que debe hacer y rendir cuentas

¹⁰ Como por ejemplo las logradas en el caso Multicanal S.A.

¹¹ Norma sin alteraciones desde el año 1972.

¹² Véase el transcurrir del caso Vicentín.

cada año -en realidad todos los días- y acompañar la misma con un pronóstico sobre el año ya en curso; resignificando en un sentido más amplio la noción de rendición de cuentas.

Los concursalistas insisten en transferir y/o compartir el riesgo, que en las sociedades es esencialmente constitutivo y a cargo de los socios, como rasgo esencial e inseparable de una relación societaria. En virtud de esa postura asumida, se genera con las quitas falimentales una transferencia del riesgo incompatible con la relación societaria, violando la *absolute equity rule*.

Los concursalistas opinan que sólo pueden intentarse acciones de responsabilidad en caso de quiebra. Y se olvidan de que existe una teoría general de la responsabilidad civil, muy particular para las relaciones de organización personificadas que tienen representantes orgánicos y grupos de poder -de hecho, o de derecho-, confirmado en la norma imperativa del artículo 99 LGS.

Por eso, en esta reflexión compartida, rescatamos el sistema societario de crisis, pergeñado en el año 1972 y ratificado en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, destacando las soluciones imperativas y voluntarias que se instalan en los artículos 96 y 99 LGS, que deben ser entendidas y aplicadas en un marco de estricta equidad en su aspecto de previsiones cautelares para no dañar (artículos 1, 2, 9 y 12 CCCN).