

“El concurso de sociedades”

por Efraín Hugo Richard¹

Con los recuerdos de los encuentros con distinguidos juristas en La Cumbre en el año 2000, que influyeron en nuestra forma de pensar, volvemos a recordar un viejo tema así inspirado: el enfoque interdisciplinario de las crisis societarias.

I – RECUERDOS Y EL HOMENAJE

Conocimos al distinguido jurista alemán Karsten SCHMIDT, a quién hoy homenajeamos, en el año 2000 concentrados en un hotel sindical en La Cumbre, República Argentina, donde nos cobijamos por su capacidad para atendernos a todos los congresales para concentrarnos en el análisis del temario del II Congreso Iberoamericano de Derecho de la Insolvencia. Era el cuarto Congreso Argentino de Derecho Concursal y el Segundo Iberoamericano de Derecho de la Insolvencia.²

Allí gestamos un panel extraordinario con los juristas extranjeros que nos acompañaron, interesados en esa propuesta de aislarnos durante tres días, congregados por la vocación común en un hotel acogedor.

Su sencilla vehemencia nos conquistó y contribuyó a nuestra inclinación a trabajar sistémicamente sobre el Derecho Societario de crisis, apartándonos de la tradicional costumbre de encerrarnos en el procedimiento concursal, ceñido por la ley específica sin ahondar en temas substanciales. Así nació nuestro libro *Insolvencia Societaria* coetáneamente con el Instituto Iberoamericano de Derecho Concursal –sede México- (en adelante IIDC)

¹ Profesor Emérito de la Universidad Nacional de Córdoba.

² Los nacionales los habíamos organizado en Roque Saenz Peña y Termas de Rio Hondo a pedido de las respectivas Universidades, el tercero lo fue en Mar del Plata iniciando el ciclo Iberoamericano. Quince años después, en el 2015 organizamos otro en las Sierras de Cordoba, coincidiendo con un anual del IIDC.

guiados por el inolvidable jurista colombiano Jesús Sanguino Sanchez, también presente en ese Congreso en La Cumbre donde se gestó la idea del IIDC, que alumbró en Barranquilla en el 2004. Poco tiempo después entregamos desde nuestro paso como Vicepresidente Académica de ese Instituto, como rendición de cuentas de nuestro *Perspectiva del Derecho de la Insolvencia*³, donde pueden verse reflejadas ideas básicas de coincidencia con Karsten Schmidt.

¡Que efervescencias se gestaron en ese encuentro académico de La Cumbre!... Es que nos habíamos separado de la tradicional nomenclatura de Derecho Concursal para dejarlo al Congreso Argentino, convocando desde el Congreso Iberoamericano al estudio de la Insolvencia, que no era necesariamente encerrada por la ley concursal –pues el Derecho Concursal no es una isla-

Sin duda el pensamiento de nuestro homenajeado se ha acercado a Argentina, como su presencia, gracias a Rafael Mariano Manóvil

II – SU PENSAMIENTO EN LA CUMBRE.

Karsten Schmidt no sólo nos dejó en ese encuentro la impronta de su presencia y de sus intervenciones orales en debates, y también el generado por su señero ensayo⁴.

Apuntó allí, casi 20 años atrás, que “es inevitable que mi pensamiento y mis ideas siguen siendo las mismas”. Centró su exposición “Primero. La liberación del derecho de la insolvencia de una mentalidad puramente de ejecución. Segundo. La comprensión desde el ángulo del derecho empresario de la masa de la insolvencia y de la administración de la insolvencia. Tercero: El saneamiento y la liberación de la deuda remanente. Cuarto: la relación del derecho de la insolvencia con el derecho laboral y con el derecho societario”. Recalemos en este último punto, no sin antes señalar que en el tercer tema ciñe esa liberación al patrimonio de la persona humana.

³ No sólo editado por la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales, sino que disponible en su página electrónica www.acaderc.org.ar con la clave richardinsol, o requiriéndonos su remisión a richardefrainhugo@gmail.com, con apertura con la misma clave.

⁴ “El derecho empresario y el derecho concursal” en *DE LA INSOLVENCIA. II CONGRESO IBEROAMERICANO Héctor Cámara – Francisco Quintana Ferreyra IN MEMORIAM* Ed. Fespresa, Córdoba 2000, tomo III pág. 751.

Sobre ese cuarto punto vinculó inescindiblemente la relación de lo concursal con lo societario.

Es que, coincidiendo con Rafael Manóvil, el derecho concursal cambió de foco: la inmensa mayoría de los procesos tiene por sujetos pasivos a las sociedades, y las sucesivas leyes se fueron haciendo cargo del fenómeno, con reglas e institutos que sólo les conciernen, por lo que advierte una invasión del derecho societario en el ámbito concursal, con numerosas normas materiales. De una crónica informal recibida de reciente encuentro en Buenos Aires, se me hizo saber que el Profesor Karsten Schmidt planteó su tema como el de la intromisión del derecho concursal en el derecho societario, lo que es importante por cuanto en el derecho alemán el derecho concursal es parte del Derecho Procesal, y no del derecho mercantil substancial, como en nuestro país, porque los deberes de los administradores sociales, a partir de cierta situación de riesgo, giraran hacia la protección prioritaria de los acreedores postergando la de los socios.⁵

Ya expresó Karsten Schmidt en el 2000 “En el derecho norteamericano, respecto de la sociedad en estado de cesación de pagos cuyos administradores no abren los procedimientos concursales, la jurisprudencia ha dado un viraje a partir de 1991 que sostiene la responsabilidad civil de esos administradores frente a los nuevos acreedores”⁶. Con base en la *business judgement rule*, “si la decisión fue tomada sin la información adecuada y disponible, ha existido una gruesa negligencia (culpa grave) del empresario por lo que deberá responder civilmente”. Se expresa⁷ que “...si en la actualidad una compañía se ve metida en líos, los consejeros pueden ser demandados a título personal...”. Y ello es anterior al caso Enron y los demás escándalos corporativos contemporáneos que agravaron las normas y su juzgamiento.

⁵ Esto surgió del reciente panel que integraron los dos juristas (Schmidt y Manóvil) en una Jornada en Buenos Aires sobre las incidencias del derecho concursal en el derecho societario y viceversa.

⁶ VICARII, Andrea, “I doveri degli amministratori in caso de insolvenza della società nel diritto statunitense”, *Rivista delle Società*, 1999, ps. 1244 y ss.

⁷ GIBNEY, Frank, *El milagro programado*, 2ª ed., Sudamericana-Planeta, Buenos Aires, 1987, p. 13.

Correlativamente, la jurisprudencia belga desde fines del año 1991 extiende la quiebra al *maitre de l'affaire*, persona psíquica — física—⁸, administrador o controlante. En el derecho alemán se tratan dos supuestos de responsabilidad: por retraso de insolvencia e insolvencia sin masa.

Quizá siguiendo lo que escuchamos de Karsten Schmidt en La Cumbre, con la misma incubación de los procesos señalados, él mismo expresaba en Buenos Aires en 2005:

“a) La responsabilidad por retraso de insolvencia es un gran problema. En teoría, funciona de esta manera: si una sociedad de capital está sobre endeudada o entra en cesación de pagos, el directorio o los gerentes deberán solicitar la apertura del procedimiento de insolvencia si no logran un saneamiento dentro de las tres semanas subsiguientes (art. 92 de la Ley de Sociedades Anónimas, art. 64 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada). Si no lo hicieran, se harían pasibles de sanciones (art. 401 de la Ley de Sociedades Anónimas, art. 84 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada). Además los acreedores podrán exigir del directorio o de los gerentes una indemnización por daños y perjuicios, pues las normas son así llamadas leyes de protección y su violación culposa conduce a la indemnización por daños y perjuicios (art. 823, inc. 2, Código Civil).

“b) Cierta día los síndicos concursales descubrieron normas que habían quedado a oscuras durante cien años. Según estas disposiciones, en el derecho de sociedades anónimas y sociedad de responsabilidad limitada, el directorio o los gerentes deberán realizar a la masa cada uno de los pagos, que hubieran efectuado en forma culposa después de manifiesto el sobreendeudamiento (art. 93, inc. 3, nro. 6, Ley de Sociedades Anónimas, art. 64, inc. 2º, Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada). Hay que tener en cuenta que esto no es una *actio pauliana* (impugnación por los acreedores), sino una demanda de restitución contra el directorio o el gerente. La

⁸ Anales de la Facultad de Derecho de Lieja, 1991, p. 20.

jurisprudencia aplica estas disposiciones en forma textual. Aquí no se piensa en daños a los acreedores. La concreción de la responsabilidad es realmente simple, el riesgo de responsabilidad es para la conducción de la empresa absolutamente incalculable”⁹.

III – UN DERECHO SOCIETARIO DE CRISIS

Avizoramos un instrumento preconcursal en la técnica de organización societaria, y por ello la pretensión de un análisis comparativo de causales objetivas de disolución de las sociedad por pérdida del capital, o sea por insuficiencia patrimonial y su incidencia en los concursos de acreedores.

El uso de la expresión “infra capitalización” como los que registra la jurisprudencia, la academia y las diversas legislaciones sobre avizorar la crisis, insolvencia, cesación de pagos, suele ser impreciso cuando no equívoco, vinculándose muchas veces con la función de productividad del capital social. Por eso nos referimos puntualmente a la “pérdida del capital social” (total o parcial según la legislación) que determina una causal de disolución, y que hace a la función de garantía del capital social y que se advierte en un patrimonio neto negativo o neutro, donde el pasivo es superior al activo.

La sociedad es un instrumento jurídico técnico maravilloso de organización de carácter universal, disponible en su constitución y funcionalidad a la autonomía de la voluntad de los socios y la gestión de los administradores.

Pero este instrumento de organización uni o plurilateral no puede ser usado para dañar a terceros ni transmitir la responsabilidad de socios y administradores a acreedores. Pocas normas acotan esa autonomía de la voluntad en la constitución en cuanto a capital mínimo, pero existen normas imperativas de cierta uniformidad que tienden a evitar esos daños y que se corresponden a lo que suele llamarse “la función de garantía del capital social”

⁹ SCHMIDT, Karsten, disertación en la Argentina, 2005, sobre “Responsabilidad de los socios y administradores en el derecho alemán”, de donde extrajimos las referencias del texto. +⁹ SCHMIDT, Karsten “Responsabilidad de los socios y administradores” en *Derecho Comercial y de los Negocios, Sociedades – Concursos AAVV* siendo compiladores Raúl Aníbal Etcheverry, Héctor Osvaldo Chomer y Luis Mariano Genovesi, Ed. Eudeba, Buenos Aires 2007, tomo I pág. 395 y ss., reproduciendo una conferencia del año 2005.

que impone conductas, particularmente a los administradores sociales pero también a los socios, cuando se constata –normalmente a través del balance anual de gestión social presentado por el órgano de administración al de gobierno- la pérdida del capital social, que constituye una causal de disolución de la sociedad cuando la pérdida alcanza un porcentaje relevante cuando no la totalidad del capital social.

Miguel C. Araya¹⁰ remarca el carácter imperativo de las normas del derecho societario sobre pérdida del capital social “que es un concepto jurídico/contable y la ley impone que los administradores disuelvan; ... El derecho de sociedades no es ajeno a la crisis económica de la empresa. El régimen de pérdida de capital social... y la exigencia de adoptar medidas alternativas ante esa pérdida... revelan esa preocupación del legislador societario, al imponer deberes a los administradores y accionistas, como prevención a la crisis de insolvencia”.

Los acreedores de una sociedad en crisis deberían tener el mismo tratamiento, derechos y tutelas que los accionistas de una sociedad solvente, pero se encuentran en la misma situación de inversores sin derecho¹¹.

Ello llevó a sostener que la legislación societaria opera en el derecho comparado “como un instrumento pre concursal”¹², “tiene una función *pre concursal* o *para concursal*, considerando algún otro considerarla como *anticoncursal*”¹³. Es el sistema de prevención de crisis, convergiendo con una legislación concursal cada vez más preocupada por la prevención de las crisis empresariales y en la solución de éstas con el menor daño posible a las estructuras productivas, pero no siempre con coordinación y armonización normativa entre las legislaciones societaria y concursal, que no son dos compartimentos estancos.

¹⁰ “La función preconcursal del régimen de pérdida del capital social” en *VI Congreso Argentino de Derecho Concursal IV Congreso Iberoamericano sobre la Insolvencia*, Rosario 27/29 de septiembre de 2006, Rosario 2006/8, tomo II págs.. 25/32, y luego el debate en tomo IV pág. 286.

¹¹ STANGHELLINI, Lorenzo *Proprietà e controllo dell'impresa in crisi* Rivista delle Società anno 49° 2004 settembre-ottobre fascicolo 5°, Editorial Giuffrè Milano, pág. 1079.

¹² URÍA, R.; MENÉNDEZ, A. y GARCÍA de ENTERRÍA, J.” La sociedad anónima: disolución” Cap. 4, p. 1001 en *CURSO DE DERECHO MERCANTIL* dirigido por Rodrigo URÍA y Aurelio MENÉNDEZ, Ed. Civitas, Madrid 1999, tomo I, esp. “Las pérdidas graves” ps. 1009 a 1013.

¹³ DÍEZ ECHEGARAY, J. *Deberes y Responsabilidad de los Administradores de Sociedades de Capital*, 2006, Thomson-Aranzadi 2ª ed., Navarra. p. 387.

Respecto a la pérdida del capital social y las normas específicas de la legislación del medio técnico organizativo, Emilio Beltrán¹⁴ postulaba –antes de la reforma del sistema societario español “...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 pre concursal previsto legalmente debería ser suficiente para impedir que la sociedad llegase a ser insolvente...”. A su vez, el argentino Mauricio Yadarola, desde 1925 postulaba que afrontar la crisis societaria debería serlo a través de normas imperativas preventivas o de normas represivas responsabilidoras en caso de dañar.

En Alemania¹⁵: “La obligación de convocar a los socios en una situación de crisis, en general también juega un papel en la práctica empresarial. Según la ley la Asamblea General o Asamblea de Socios deberá ser convocada si “lo requiere el bien de la sociedad (art. 121 de la Ley de SA, art. 49 inc. 2 de la Ley de SRL), especialmente si se hubiera consumido el 50% del capital social (art. 92 inc. 1 de la Ley de S.A., art. 49 inc. 3 de la Ley de SRL). Estas obligaciones son de gran importancia en las crisis de las sociedades, porque se trata de posibilidades de saneamiento”. Antes y en orden a la lealtad y diligencia si incumplen “la diligencia de un Gerente ordenado y consciente y provocan un perjuicio a la sociedad”, pero se enseña que ello es interpretado conforme la “Business Judgment Rule”: “No existe una violación de deberes, si el Director en una decisión empresarial pudo suponer sin negligencia grave, que actuó en base a una información razonable para el bien de la sociedad”. Obviamente ante la constatación en el balance de la pérdida del capital social la acción en Alemania como en el derecho comparado se corresponde a lo que dispongan las normas societarias imperativamente: normalmente recapitalización o liquidación so pena de responsabilidad ex post. Es lo que el autor que citamos señala como “Responsabilidad por retraso de insolvencia....Si una sociedad de capital está sobre endeudada o entra en cesación de pagos, el Directorio o los

¹⁴ BELTRAN SANCHEZ, E. “La responsabilidad por las deudas sociales de administradores de sociedades anónimas y limitadas incursas en causa de disolución” en libro colectivo *La responsabilidad de los administradores de sociedades de capital* director Juan Bolás Alfonso, Consejo General del Notariado, Madrid 2000 pág. 154.

¹⁵ SCHMIDT, Karsten “Responsabilidad de los socios y administradores” en *Derecho Comercial y de los Negocios, Sociedades – Concursos AAVV* siendo compiladores Raúl Aníbal Etcheverry, Héctor Osvaldo Chomer y Luis Mariano Genovesi, Ed. Eudeba, Buenos Aires 2007, tomo I pág. 395 y ss.esp. pág. 402, reproduciendo una conferencia del año 2005.

Gerentes deberán solicitar la apertura del procedimiento de insolvencia si no logran un saneamiento dentro de las tres semanas subsiguientes.... Además los acreedores podrán exigir del Directorio o de los Gerentes una indemnización por daños y perjuicios...Las dificultades en el ejercicio del derecho parecían inmensas...Cierta día los síndicos concursales descubrieron normas que habían quedado a oscuras durante 100 años. Según estas disposiciones en el Derecho de Sociedades Anónimas y SRL el Directorio o los Gerentes deberán realizar a la masa cada uno de los pagos que hubiera efectuado en forma culposa después de manifestarse el sobreendeudamiento”.

Se sostiene que el derecho societario y el derecho falimentar se influyen mutuamente, bajo las reglas del “corporate government”, imponiendo ante la pérdida total o parcial del capital social la convocatoria a asamblea, configurando el “leitmotiv” de la “profilaxis de la insolvencia” el asegurar la estabilidad de la empresa, adoptando las medidas de saneamiento¹⁶.

Después de las reformas en España que, ante la pérdida del capital social y la no capitalización impusieron a los administradores concursar la sociedad en sesenta días, se ha escrito “Las empresas, antes de estar en crisis, pasan por dificultades económicas de muy diversa índole (...) La literatura comparada suele reconocer este tipo de situaciones que se diferencian de –y preceden a- la crisis empresarial o ‘insolvencia’ en un sentido estricto del término”(…) una vez resulten notorias las dificultades por las que pasa la empresa (...) en ponen en marcha una serie de fuertes estímulos perversos sobre socios y administradores. Tales estímulos les empujarán a desarrollar ciertas estrategias no ‘cooperativas’ en perjuicio de los acreedores (...).La difusión pública de información (*mandatory disclosure*) permite abaratar los costes de transacción inherentes a la asimetría informativa y, sin embargo, ha sido criticada por quienes sostienen que la publicidad de las señales de alarma produce como efecto indeseable la aceleración del proceso de degradación de la empresa en dificultades. Es la ‘profecía autocumplida’ (*self-fulfilling prophecy*)(...).Todas estas cuestiones son analizadas a partir del

¹⁶ Expresamos la visión de M.S. Spolidoro comentando la tesis de Alexandros N. ROKAS *Die Insolvenzprophylaxe als Bestandteil der Corporate Governance im deutschen Aktienrecht*, Baden Baden, Nomos 2012, registrada en Rivista delle Società anno 57°, noviembre-diciembre 2012 fas. 6°, pág. 1353.

examen del rudimentario sistema de alarmas que encuentra su insuficiente acomodo en el art. 209.1.b) LSA¹⁷ –en España aclaramos- y en una legislación de desarrollo de ínfimo rango normativo. Ése es el hilo conductor del trabajo, porque proporciona una excelente atalaya desde la que examinar la insuficiencia de nuestro Derecho de sociedades actual en punto al tratamiento societario adecuado del problema de la prevención y de la empresa que soporta un riesgo de insolvencia o de peligro para la continuidad (lo que se conoce por *going concern*).¹⁷

Así lo propusimos en investigaciones que desarrollamos en el Instituto Iberoamericano de Derecho Concursal (Sede México) –IIDC-. En eso estamos, y en est homenaje presentamos una faceta escueta para interesar a la doctrina mundial y a los legisladores sobre la coordinación o incoordinación de los sistemas normativos societario y concursal para enfrentar las crisis societarias que son las de mayor magnitud.

Las legislaciones societarias incorporan esa apreciación, incluso antes de su pérdida total como valor contable de referencia, imponiendo a los socios la remediación, normalmente capitalización –por diversos sistemas- o la liquidación, generando responsabilidades específicas para administradores y socios, imponiendo, ante la no elección de alguna de esas vías por los socios, el concursamiento preventivo de la sociedad por los administradores.

Sin plazos determinados o con plazos, para ejercer la opción y la remediación, no hay duda que la normal detección de esa pérdida, en cuantías diversas según la legislación, se produce a más tardar en el balance anual.

Al margen de la terminología (cesación de pagos, insolvencia, insolvencia financiera o patrimonial, infrapatrimonialización material) la pérdida –total o parcial- del capital social es una constatación contable que impone conductas.

Es posible en los tres supuestos referidos las sociedades podrán continuar o no su giro más o menos normalmente, con o sin pérdida del capital social, pero es indudable que si existe esa pérdida se imponen acciones y, de

¹⁷ FERNANDEZ DEL POZO, Luis *Posibilidad y contenido de un derecho preconcursal (Auditoría y prevención de la crisis empresarial [art. 209.1.b) LSA]*, Ed. Marcial Pons, Madrid 2001.

producirse daño por impagos, se planteará la idea de acciones de responsabilidad si puede imputarse su causalidad.

Por eso los socios, con un buen plan de negocios –o de insolvencia como veremos lo llama Schmidt- presentado por los administradores, optarán por no liquidar e intentar la patrimonialización de la sociedad por el reintegro del capital o la capitalización. El reintegro supone una entidad que no se limita a reconstruir el monto del capital social, sino que el patrimonio activo supere al pasivo en una cifra igual al capital estatutario.

Se apunta que “El reintegro del capital es una institución de aplicación especialmente en los escenarios de crisis empresarial. Busca eliminar total o parcialmente la pérdida, recomponiendo el capital perdido a través de nuevos aportes. ... Se caracteriza por entonces, por un aumento del patrimonio de la sociedad, aun cuando la cifra de capital social pueda permanecer incambiada”¹⁸.

Esa necesidad de indagar sobre la preminencia de normas en el caso de concurso de sociedades, sustenta visiones como las de Alessandro Nigro, expresadas en ponencia en el Congreso del IIDC de Punta del Este de 2017. Desde hace más de 20 años tratamos de reconocer la existencia de un derecho societario para paliar crisis económico-patrimoniales.

Se acentuó nuestra particular atención en ese Congreso de Punta del Este con el obsequio del jurista uruguayo Daniel Germán de su libro *Insolvencia y cesación de pagos*, dedicado a la Persona Jurídica¹⁹, en cuyo prólogo el jurista español José Antonio Sotillo expresa “Además, en el caso de personas jurídicas mercantiles deudoras, con las normas concursales se entremezcla la regulación jurídica de las sociedades mercantiles, resultando en ocasiones, difícil de determinar cuál debe ser la norma prevalente. Es necesario, pues el estudio coordinado de ambos

¹⁸ OLIVERA GARCIA, Ricardo “Reintegro del Capital Social – Capital Repayment” en *Revista de Derecho Comercial*” Ed. La Ley Uruguay, Quinta Época, año I, n° 1, Enero-Marzo 2016, pág. 3.

¹⁹ GERMÁN, Daniel *Concurso y Estado de Insolvencia. Efectos sobre los órganos de administración y representación del Personas Jurídicas. Estudios del Derecho Uruguayo y Español*”, Ed. La Ley, Uruguay, Montevideo 2016.

conjuntos normativos...”. Concordamos, obviamente pero determinando que debe haber conductas anticipatorias.²⁰

Coincidentemente con esa visión, señala Germán en su Introducción: “...esta obra se ocupa **principalmente del estudio del Derecho concursal, aunque sin obviar ni desconocer la compleja interacción del mismo con las normas que rigen el funcionamiento orgánico de las personas jurídicas, sobre todo, teniendo presente que muchos de los problemas y dificultades interpretativas que el Derecho concursal plantea, tanto en Uruguay como en España, encuentran su origen, explicación y, en ocasiones solución, en el estrecho y no siempre armónico relacionamiento de ambos conjuntos normativos..... que afectan a los distintos tipos de personas jurídicas declaradas en concurso o que, sin estarlo, se encuentran en estado de insolvencia**”²¹. Una lúcida presentación del problema.

IV – LA REALIDAD.

La tramitación de procesos concursales preventivos con la aplicación exclusiva de la ley de concursos, considerándola una isla e ignorando las previsiones del arts. 2 CCC, 17 de la Constitución Nacional sobre confiscatoriedad y, en el caso de las personas jurídicas societarias, del art. 150 CCC y de las normas imperativas de la ley específica –LGS-, ha llevado la cuestión a situaciones escandalosas que han sido descritas descarnadamente por jueces y doctrinarios.

Sobre este aspecto vienen a cuento las expresivas y sinceras manifestaciones *obiter dictum* del camarista Dr. Alfredo A. Kölliker 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 como manejarse en ese tipo de contingencias, o incluso por carecer de asesoramiento legal o, simplemente, por fastidio o hastío por **un sistema legal**

²⁰ Como puede verse en el ensayo citado en nota 2.

²¹ GERMAN ob. cit págs. XXX y XXXI.

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”. Por suerte el fallo con el voto de la Prof. Julia Villanueva en el caso “Mandalunis” ha puesto cordura en el abuso de las sustituciones de acreedores.

A su vez la imperdible presentación del Director en un Tratado²² constituye una autopsia de la legislación concursal: “...**todos conocemos lo grave que significó para una comunidad con un nivel de moral colectiva tan bajo como el que ya existía en ese momento en nuestro País, la**

²² LEY DE CONCURSOS Y QUIEBRA COMENTADA, AAVV, Ernesto E. MARTORELL Director, Ed. La Ley, Buenos Aires, mayo 2012, 5 tomos (págs. 1016, 936, 846, 1129 y 1463 respectivamente).

castración de las acciones de responsabilidad... autores tan serios como Bergel o Maffia hablaron del *réquiem de estas acciones para beneplácito de los pillos*. No menos grave fue el mantener *intocada* la normativa referida a la extensión de la quiebra, dejándose librados a síndicos y damnificados a tener que **enfrentar a pícaros aggiornados que utilizan mecanismos de máxima sofisticación para estafar** ... ampliando aún más la situación de significativa impunidad que se otorgó a los comerciantes y empresarios inescrupulosos *carta blanca* para delinquir...nadie ignora que su empleo generalmente se ha venido dando desde entonces siempre en **situaciones sospechadas de fraude** en las que el *cramdista*...por lo común terminaba siendo un allegado al cuasi-fallido *pillo*, que desembarcaba como tal –**tras fracasar como concursado –a través de una sociedad off shore** o de un amigo de turno, cuando no del *testaferro* de estilo...corresponde evaluar qué actitud asumió nuestra veleidosa *comunidad jurídica* frente a aquella crisis, y como acompañó las situaciones posteriores, ante institutos tan bochornosos como el APE...y harto peligrosos... **nuevamente recorro a 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...**. Recordamos que la segunda vuelta que autoriza el art. 48 LCQ se genera en el concurso de sociedades.

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.**

A su vez, en el mismo Congreso donde conocimos al Dr. Karsten Schmidt, Juan A. Anich escribía: “El derecho concursal no está dando respuesta adecuada a los fines que persigue”, señalando en nota “Adecuada tutela del patrimonio del deudor, protección del crédito comercial y de los derechos de propiedad de los acreedores”, siguiendo “Las fallas son notables. Basta solo señalar que continúan existiendo una serie de comportamientos a los que podemos denominar como *espurios* y

que entre otros son: a) De parte del deudor; insolventarse antes de iniciar el proceso concursal... creación ficticia de acreedores. Compra de créditos al momento de la negociación. Negociaciones para impedir la verificación de algunos acreedores...”.²³

V – EL RIESGO.

Parece fundamental la reflexión conclusiva que el riesgo de insolvencia es de los acreedores en el caso de crisis de persona humana y **es de los socios en el caso de crisis de persona jurídica**. Ello tal como lo indican los artículos primero de las leyes de sociedades argentina y uruguayas: “**soportar las pérdidas**” es a cargo de los socios, y normas imperativas posteriores y congruentes se enderezan a ello, como sostenemos hace más de 20 años.

Así como existe una tendencia doctrinal que sostiene la necesidad de enfocar el sobreendeudamiento de las personas humanas, particularmente empleados y jubilados, consideramos que **es fundamental determinar que, por lo menos en nuestro país (La República Argentina), se hace necesario identificar normas que regulan la crisis societarias y que particularmente tienden a evitar las liquidaciones coactivas.**

No abogamos porque se dicten nuevas normas, como se pretende para el ámbito de la persona humana –quizá innecesariamente-, sino en **abordar sistemáticamente las normas imperativas que atienden crisis de sociedades en el ámbito de su ley específica, la de sociedades**, en cuanto de carácter imperativo e indisponibles, y la compatibilización de normas concursales con las mismas.

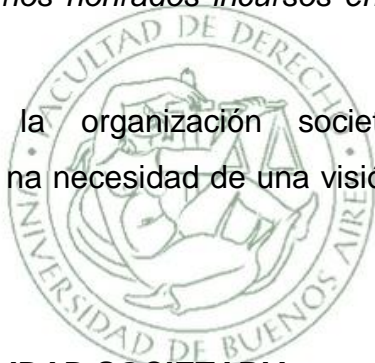
Para ello es necesario tomar conciencia y aceptar el desafío.

Se aleja la estructura de la persona jurídica de los efectos de la insolvencia en el patrimonio de una persona humana. Básicamente consideramos que una actividad empresarial debería estar organizada como sociedad persona jurídica, incluso los emprendimientos de una persona

²³ ANICH, Juan A. “Hacia un necesario cambio en la teoría del conflicto concursal., posibles alternativas normativas. Una mera conjetura intelectual” en *DE LA INSOLVENCIA II Congreso Iberoamericano*, Héctor Cámara – Francisco Quintana Ferreyra In *Nenoriám*, Ed. Fespresa, Córdoba 2000, tomo I pág. 13.

humana. Esto es conveniente para permitir múltiples divisiones de su único patrimonio –pues la división patrimonial personificada beneficia a los acreedores prudentes-, favoreciendo la eventual recuperación de las empresas viables frente a la crisis de alguna de ellas, utilizando los sistemas anticrisis de las legislaciones societarias y concursal. En ese sentido las conclusiones adoptadas en la 45ª Sesión de Trabajo de UNCITRAL de 2014²⁴, en la que se acordó (1) *“El objetivo de la presente Recomendación es **garantizar que las empresas viables con dificultades financieras**, cualquiera que sea su ubicación en la Unión, **tengan acceso a unos marcos nacionales de insolvencia que les permitan reestructurarse en una fase temprana con el fin de prevenir la insolvencia...** también se propone ofrecer una segunda oportunidad a los empresarios honrados incursos en procesos de insolvencia en toda la Unión.*

Se aconseja así la organización societaria para admitir las reorganizaciones, y de ello na necesidad de una visión especial de la crisis de sociedades.



VI – LA FUNCIONALIDAD SOCIETARIA.

Ante ciertas situaciones generadas a través de sociedades en perjuicio de sus acreedores, ligado en muchos casos a prácticas concursales, nos parece fundamental debatir sobre una teoría general de la funcionalidad de la actividad empresarial con relaciones de organización personificadas a través de la constitución de sociedades.²⁵ Intentamos reflexionar para encontrar en esa funcionalidad, en las normas de la ley específica que regulan estas personas jurídicas, una suerte de teoría general, particularmente ante la crisis económico-patrimoniales de las mismas, un equilibrio entre la legislación societaria y concursal, **integrando los intereses generales que concurren:** públicos de mantenimiento de la empresa, de los socios, de la comunidad

²⁴ [United Nations Commission on International Trade Law](#), Grupo 5, Derecho de la Insolvencia, celebrada en Nueva York los días 21 a 25 de Abril.

²⁵ *RELACIONES DE ORGANIZACIÓN – SISTEMA DE DERECHO SOCIETARIO*, Ed. Academia Nacional de Derecho y Cs. Sociales de Córdoba, Córdoba 2007, “LAS RELACIONES DE ORGANIZACIÓN Y EL DERECHO SOCIETARIO Y CONCURSAL”, en *ESTUDIOS DE DERECHO COMERCIAL Y BANCARIO – HOMENAJE A LOS PROFESORES EUGENIO XAVIER DE MELLO E ISRAEL CREIMER*, Coordinadora Adriana Bacchi, Edición Facultad de Derecho de la Universidad Católica del Uruguay, Montevideo 2017, pág. 381.

donde está asentada la actividad o influye, de trabajadores y sus puestos de trabajo, incluso desde el punto de vista sindical, de los proveedores, de los acreedores profesionales y la de todos los acreedores.

La defensa del interés de los acreedores descansa en la función de retención patrimonial que tiene asignada la cifra del capital social, y parece razonable que en una situación en la que el patrimonio ha descendido²⁶ en forma tal que corre peligro la satisfacción del pasivo, se impone deban adoptar soluciones. Y aparecen temas de responsabilidad de administradores y socios, que trataremos en otra comunicación.

En similar sentido Karsten Schmidt²⁷ exponía **“En la mayoría de los países del mundo muchas de nuestras cuestiones de responsabilidad son tratadas como elementos del Derecho Concursal.** En parte eso se basa en la observación correcta, que **las cuestiones de responsabilidad entran en vigencia en los casos de insolvencia.** La calificación de Derecho Concursal de las reglas de responsabilidad tiene en tanto razones más fenomenológicas que motivos sistemáticos de Derecho. En Alemania, donde prevalecen los pensamientos sistemáticos en el Derecho, la tendencia hasta ahora era la contraria: **la mayoría de nuestras cuestiones actuales de responsabilidad son clasificadas como elementos del Derecho Societario –no del Derecho Concursal-**, aun si como parte actora comparece un síndico de concurso. En el año 2000, en el Segundo Congreso Iberoamericano²⁸ expuse el motivo por el cual en Alemania hasta el momento lo vemos así... **En la actualidad todavía considero correcta esta apreciación sistemática del Derecho. Los derechos y obligaciones de los cuales hablamos, por cierto no resultan**

²⁶ GARCIA CRUCES, José Antonio *Derecho de Sociedades Mercantiles*, Ed. Tirant Lo Blanch, , Valencia 2016, pág. 479. En el caso de España por debajo de la mitad del capital social –o de un tercio según el tipo-, en Argentina del 100%, pudiendo verse el estudio de derecho comparado RDCO N° 277, Marzo/abril 2016, pág. 399 investigación “*La Causal de la Disolución de la Sociedad por pérdida del Capital Social y la Convergencia en este aspecto con la Legislación Concursal y Societaria*”. Una apreciación comparatistas entre las legislaciones: colombiana, peruana, uruguaya, argentina y española” Esteban Carbonell O’Brien (Perú), Israel Creimer (Uruguay), German Monroy Alarcón (Colombia) y Efraín Hugo Richard (Argentina) Codirectores; y José Pajares y Jesús Quijano Gonzales (España), Claudia Celmira Quintero y Romeo Pedroza Garcés (Colombia), Teresita Rodríguez Mascardi y Alicia Ferrer (Uruguay).

²⁷ SCHMIDT, Karsten “Responsabilidad de los socios y administradores” en *Derecho Comercial y de los Negocios, Sociedades – Concursos* AAVV siendo compiladores Raúl Aníbal Etcheverry, Héctor Osvaldo Chomer y Luis Mariano Genovesi, Ed. Eudeba, Buenos Aires 2007, tomo I pág. 395 y ss., reproduciendo una conferencia del año 2005.

²⁸ SCHMIDT, Karsten “El derecho empresario y el derecho concursal” en *De la Insolvencia Segundo Congreso Iberoamericano* AAVV directores Junyent Bas-Rodríguez Pardina-Richard, Ed. Advocatus, Córdoba 2000, tomo III pag. 751 y ss..

del procedimiento de insolvencia....”. La doctrina italiana reiteraba que la reforma de la legislación concursal omitió una regulación orgánica de la crisis y de la insolvencia de la sociedad, perpetuando una laguna de la legislación concursal hace tiempo criticada por la doctrina²⁹.

No dudamos que corresponde la integración del sistema societario con el concursal para afrontar las crisis³⁰.

Emilio Beltrán³¹ calificó la solución como preconcursal, sosteniendo que para evitar que la sociedad llegue al estado de insolvencia, **el legislador ha establecido un mecanismo preventivo consistente en obligar a la sociedad a disolverse o adoptar medidas sustitutorias de saneamiento financiero cuando se produzcan pérdidas graves, amenazando con graves sanciones** a los administradores si esto no se produce – sustancialmente ello no ha cambiado pese a las posibilidades de concursarlas-. La solución, con matices, no es muy diferente en nuestro país y en el derecho comparado.

Enfrentamos un problema metodológico. No podemos exigir eficiencia al sistema concursal si los administradores de la sociedad en crisis no han satisfecho las previsiones de las normas imperativas que resguardan el uso funcional del medio técnico organizativo. Nuestra tesis es que la crisis debe ser asumida por administradores y socios desde la normativa societaria, similar en todos los países.

Si se compromete la continuidad del giro empresarial –objeto de la sociedad- aparece un orden público social: la conservación de la empresa por el efecto social y económico en la región, y del empleo, el derecho constitucional de propiedad de los acreedores y de trabajar de sus empleados.

²⁹ 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^o, Torino 1993, 209 ss.

³⁰ En *Perspectiva del Derecho de la Insolvencia*, Ed. Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales, Córdoba Rep. Argentina 2012.. Comunicación al VIII^o CONGRESO ARGENTINO DE DERECHO CONCURSAL y VI^o CONGRESO IBEROAMERICANO DE LA INSOLVENCIA Tucumán (R.A.) septiembre de 2012, “LA NECESARIA INTEGRACIÓN DEL SISTEMA CONCURSAL CON EL SOCIETARIO ANTE LA CRISIS DE SOCIEDADES”, tomo II pág. 815; “LA ENSEÑANZA Y LA INVESTIGACIÓN DEL DERECHO SOCIETARIO DE CRISIS” en *Anuario XV (2013-2014)* del Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba, pág. 351, editado en Córdoba diciembre 2015.

³¹ BELTRÁN SANCHEZ, Emilio “La responsabilidad por las deudas sociales de administradores de sociedades anónimas y limitadas concursadas en causa de disolución” en libro colectivo *La responsabilidad de los administradores de sociedades de capital* director Juan Bolás Alfonso, Consejo General del Notariado, Madrid 2000 pág. 154..

Recordando algo olvidado por jurisprudencia y doctrina nacional, se dice **“La normativa societaria ha tenido, desde siempre, la preocupación de la defensa y protección del crédito y, por esta vía, de la prevención de las crisis empresariales.** Con herramientas y procedimientos diferentes ha ido convergiendo con una legislación concursal cada vez más preocupada por la prevención de las crisis empresariales y en la solución de éstas con el menor daño posible a las estructuras productivas. **Esta comunidad de objetivos entre ambas ramas del ordenamiento mercantil hacen necesaria una coordinación y armonización** normativa, de modo que su objetivo común pueda ser logrado en forma segura y eficiente, derecho concursal y derecho societario no son dos compartimentos estancos. Ambas disciplinas deben perseguir, desde una concepción integral del sistema jurídico, una armonización de sus sistemas normativos en orden a la tutela del crédito, a la anticipación de las crisis y a evitar su profundización y propagación”³².

VII – LA VIABILIDAD.

Un derecho societario de crisis, separándose de un derecho concursal del empresario individual, deberá bucear con mirada diferente muchos temas. Conservar la empresa no es conservar la sociedad que desempeña esa o muchas actividades o sea desarrollando múltiples empresas. La liquidación no debe significar la extinción de la actividad viable. El resultado de la liquidación no debe ser el tope de los sacrificios de los acreedores, pues puede haber responsabilidades y extender la imputación del pasivo concursal a administradores y algunos socios, inclusive con responsabilidad limitada. La planificación y la información sobre la viabilidad de la empresa debe ser parte de los deberes fiduciarios de administradores para con la sociedad, los socios y los acreedores. También podemos hablar de un deber fiduciario de los socios de control en favor de los acreedores cuando el patrimonio es insuficiente para el normal desenvolvimiento de la actividad. Son los socios los que deben soportar las pérdidas no pudiendo ser transferidas a acreedores contra su

³² OLIVERA AMATO, Juan M. “Herramientas societarias para la solución y prevención de las crisis empresariales” en *Situaciones de crisis en las sociedades comerciales* AAVV directores José Miguel Embid Irujo, Daniel Roque Vitolo, Ed. Ad Hoc, Buenos Aires 2010, pág.31 y ss., esp.35.

voluntad, el punto está vinculado a acciones de responsabilidad. La propuesta de acuerdo es competencia del órgano de gobierno, como es del mismo la decisión de capitalizar o liquidar una sociedad ante la constatación de una causal de disolución patrimonial. La liquidación no descarta el concurso. La integración de todos los intereses es posible en el marco de la funcionalidad societaria, sin descartar que ello se desarrolle en el marco de un juicio concursal para asegurar la conservación de la empresa y los intereses de los acreedores.

Incluso debería afrontarse la pregunta que se hace Juan C. Ciminelli “Aquí se nos plantea un segundo interrogante: aun cuando el magistrado advierta la inviabilidad de la empresa, ¿débese mantener el procedimiento concursal saneatorio?”.³³

Karsten Schmidt refería la necesidad de un “plan de insolvencia” o sea de un plan dentro del proceso concursal de insolvencia para superar la crisis. Lo que nosotros llamamos plan de negocios o de empresa.³⁴

Claro que esto se vincula a la existencia de un plan de negocios o de reestructuración para afrontar la crisis, que se plantea como adecuado de *lege ferenda* pero no exigido por la ley actual, criterio que consideramos incorrecto³⁵. Lo único reorganizable es la empresa viable, o que puede viabilizarse. Si el plan no se presenta y se intenta que los acreedores cubran las faltas patrimoniales con quitas y esperas confiscatorias, se está actuando con abuso de derecho y fraude a la ley societaria.³⁶

³³ CIMINELLI, Juan C. “OIL COMBUSTIBLES S.A.: ¿LAS SEGUNDAS PARTES NUNCA FUERON BUENAS? ALGUNAS REFLEXIONES. EL PROCESO CONCURSAL, ¿ES SOLO ESO, UN PROCESO”, en *Temas de Derecho Comercial, empresarial y del consumidor*, Ed. Erreius, Dirección Marcelo L. Perciavalle, junio 2018, Buenos Aires, pág. 521 y ss. esp. 529.

³⁴ RICHARD, Efraín Hugo *El PLAN DE EMPRESA (o como asumir crisis tempestiva y extrajudicialmente)* “Los abogados tenemos una acusada tendencia a enfocar situaciones novedosas con el aparato conceptual y el vocabulario acostumbrado” por Osvaldo J. Maffia, “Sobre el llamado APE”, Buenos Aires 2005, Lexis Nexis, en libro colectivo “Homenaje al Dr. Osvaldo J. Maffia” Cap. II pág. 217, Ed. Lerner Córdoba 2008, Instituto Argentino de Derecho Comercial y Fundación para la Investigación del Derecho Concursal y la empresa en crisis Pablo Van Nieuwenhoven. Coordinadores E. Daniel Truffat – Marcelo Barreiro – Carlos Roberto Antoni Piossek – Ramón Vicente Nicastro.

³⁵ Sobre esto puede verse la investigación internacional que dirigimos con la jurista uruguaya Alicia Ferrer Montenegro y presentamos en noviembre de 2018 en el Congreso del IIDC de Málaga y editamos en *Estudios de Derecho Empresario*, revista electrónica en el Portal de la Universidad Nacional de Córdoba.

³⁶ Sobre lo que abundamos en ese Congreso de Málaga en el panel con el jurista portorriqueño Gerardo Carlo Altieri “Dos visiones sobre las facultades judiciales para homologar un acuerdo”. Nos basamos en el art. 52 ap. IV de la ley concursal argentina, y una versión completa ha sido remitida para su publicación.

Parece fundamental la reflexión conclusiva que el riesgo de insolvencia es de los acreedores en el caso de crisis de persona humana y es de los socios en el caso de crisis de persona jurídica. Ello tal como lo indican los artículos primero de las leyes de sociedades argentina y uruguaya: “soportar las pérdidas” es a cargo de los socios, y normas imperativas posteriores y congruentes se enderezan a ello, como lo venimos sosteniendo.

No abogamos porque se dicten nuevas normas, como se pretende para el ámbito de la persona humana –quizá innecesariamente-, sino en abordar sistemáticamente las normas imperativas que atienden a la crisis de sociedades en el ámbito de su ley específica, la ley de sociedades, en cuanto de carácter imperativo e indisponibles, compatibilizando las normas concursales.

Centro del sistema de las relaciones de organización es el límite de la autonomía de la voluntad y, particularmente respecto al sistema societario, generado por las normas imperativas que resguardan el debido uso de la técnica de organización personificada, particularmente en resguardo de terceros. Los primeros artículos de cualquier ley de sociedades suelen fijar un criterio para caracterizar esta relación jurídica de organización, en interés mutuo, que es para los socios “realizar aportes para aplicarlos a la producción o intercambio de bienes o servicios participando de los beneficios y soportando las pérdidas”³⁷. O sea generando un nuevo patrimonio como prenda común de los acreedores, regulan para que no pueden generar daño si se adoptan las soluciones previstas imperativamente³⁸, que en su caso –como principio- las pérdidas no deben ser trasladadas a terceros.

Evitar el daño, soportando las pérdidas los socios, se encuentra también inserto “en el principio de integridad del capital y en las funciones que a éste se asignan. En efecto, si la defensa del interés de los acreedores descansa en la función de retención patrimonial que tiene asignada la cifra del capital social, parece razonable que en una situación en la que el patrimonio ha descendido”³⁹

³⁷ La transcripción encomendada corresponde al art. 1 de la Ley General de Sociedades de la República Argentina.

³⁸ Nto. “NORMAS IMPERATIVAS DEL DERECHO SOCIETARIO PARA PREVENIR DAÑOS”, en *Los aspectos empresariales en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación*, Ed. Fidas, Buenos Aires 2015, página 79.

³⁹ GARCIA CRUCES, José Antonio *Derecho de Sociedades Mercantiles*, Ed. Tirant Lo Blanch, , Valencia 2016, pág. 479. En el caso de España por debajo de la mitad del capital social –o de un tercio según el tipo-, en Argentina del 100%, pudiendo verse el estudio de derecho comparado RDCO N° 277, Marzo/abril 2016, pág. 399 investigación

en forma tal que corre peligro la satisfacción del pasivo sean los administradores sociales y los socios los que deban adoptar las medidas tendientes a cumplir las normas imperativas de las legislaciones societarias que aseguran la responsabilidad patrimonial o función de garantía del capital social.

La capitalización del pasivo tiene efectos tributarios neutros y libera a fiadores y deudores solidarios, y parece ser el lineamiento que se aconseja en los “acuerdos privados” –*company voluntary arrangement*- con los acreedores financieros, que de ser la empresa viable rápidamente colocarán sus participaciones en el mercado. La quita implica un menoscabo de los acreedores, con tributación por ganancias por la sociedad, aunque se establezcan especiales moratorias.

Veamos si esta conducta de un buen hombre de negocios es requerida específicamente por las normas del derecho societario.

VIII – NORMAS IMPERATIVAS DEL DERECHO SOCIETARIO.

Hemos referido la importancia que señalaba y advertencias de Karsten Schmidt sobre las normas imperativas del derecho societario.

Y en nuestro país: ¿Por qué las normas imperativas del derecho societario no pueden ser dejadas de lado? El art. 150 CCC en su inc. a expresa que las personas jurídicas se reglan: “Por las normas imperativas de la ley especial, o en su defecto, de este Código”. El art. 99 LGS señala la responsabilidad solidaria de administradores sin perjuicio de la responsabilidad de los socios. Y todo lo referente al capital social. causales de disolución y responsabilidades por daño ante incumplimiento son indisponibles⁴⁰.

“La Causal de la Disolución de la Sociedad por pérdida del Capital Social y la Convergencia en este aspecto con la Legislación Concursal y Societaria”. Una apreciación comparatistas entre las legislaciones: colombiana, peruana, uruguaya, argentina y española” Esteban Carbonell O’Brien (Perú), Israel Creimer (Uruguay), German Monroy Alarcón (Colombia) y Efraín Hugo Richard (Argentina) Codirectores; y José Pajares y Jesús Quijano Gonzales (España), Claudia Celmira Quintero y Romeo Pedroza Garcés (Colombia), Teresita Rodriguez Mascardi y Alicia Ferrer (Uruguay).

⁴⁰ Nto. “EL LABERINTO DE LA PÉRDIDA DEL CAPITAL SOCIAL Y SU REMEDIACIÓN” en pág. 111 del n° 7 de ESTUDIOS DE DERECHO EMPRESARIO, julio e 2016, en portal de la Universidad Nacional de Córdoba.

La acción de conservar la empresa debe estar a cargo de alguien y en el derecho societario lo es a cargo de los administradores, que deben transmitir los problemas y posibles soluciones a los socios, y estos resolver⁴¹, constituyendo *el plan de negocios*.⁴² Particularmente ante la opción imperativa al generarse la insuficiencia patrimonial entre capitalizar o liquidar –art. 96 LGS-, capitalizando incluso el pasivo conforme la expresa previsión del art. 197 ap. 2 LGS.

Si una sociedad no obtiene capital de sus propios socios o de terceros, es porque no existe un plan que determine la viabilidad y la rentabilidad de la empresa. Los administradores societarios deben hacer una evaluación y un plan anualmente. Si el balance anual acusa la pérdida tienen obligación de exponerlo a los socios, con algún plan si pretenden continuar la gestión. A su vez deben presentar junto al balance una Memoria sobre la prospectiva del año venidero, que importaría anticipar la asunción de una crisis si existiere un sobreendeudamiento, anticipándose a la instalación de la crisis, revisar el patrimonio activo y pasivo ordinario corriente para el año inmediato, sin perjuicio de mantener el patrimonio activo suficiente para satisfacer el pasivo, o sea mantener patrimonio positivo, sin pérdida del capital social. La crisis societaria suele llevar al proceso concursal que tiene especiales notas en el caso del concurso de una sociedad.⁴³

Al generalizarse la responsabilidad limitada para todas las sociedades, la cifra de capital sirve, fundamentalmente, a la protección de los acreedores. En contrapartida por la irresponsabilidad por las deudas sociales, los accionistas han de “ofrecer” a los acreedores sociales un patrimonio específico que pueda ser atacado por éstos para cobrar sus créditos (función de garantía del capital social)...⁴⁴

IX – LA RESPONSABILIDAD.

⁴¹ Nto. “Los administradores societarios y la insolvencia” en SUMMA SOCIETARIA, Ed. Abeledo Perrot, Bs. Aires 2012, t. I p. 1449.

⁴² CARLINO, Bernardo “PLAN DE NEGOCIOS: LA HORA SEÑALADA”, en *Doctrina Societaria y Concursal*, Ed. Errepar, Buenos Aires, Febrero 2019.(I. Marco legal. II. Encuadre doctrinario. III. Ejemplo simple. IV. El plan de negocios en la ley 24.522)

⁴³ Nto. “Crisis societaria: integración del sistema concursal con el societario” RDCO 266-243 sección doctrina.

⁴⁴ ALFARO ÁGUILA-REAL Jesús “Concurso culpable y responsabilidad por el déficit concursal”, Jun 1, 2015 | [Derecho Mercantil](#), en Almacén de Derecho: La [STS de 21 de mayo de 2015](#).

Karsten Schmidt advirtió sobre la responsabilidad de administradores, punto que compartimos, y que se genera frente a la sociedad y los socios por mala administración, pero ante terceros -a los cuales responde el patrimonio de la sociedad administrada- cuando la insolvencia de la persona jurídica les genera daños.⁴⁵

La jurisprudencia española, que abre el ejercicio de la acción de responsabilidad, es profusa: responsabilidad de los administradores frente a los acreedores sociales en casos de falta de liquidación adecuada de la sociedad, en caso de disolución⁴⁶ o cuando los administradores contraen crédito sabiendo la impotencia patrimonial para cumplir con el posterior pago. “La negligencia grave, el descuido imperdonable generador de efectivos daños a terceros, está presente en la conducta de los demandados, pues, a pesar de conocer la mala situación económica de la sociedad, siguieron comprando diversos productos”⁴⁷. “...El acto u omisión del administrador estará marcado en el ámbito de las atribuciones propias de su cargo, y acaso se halle exento de toda intencionalidad dañosa, pero si es contrario a la ley o a los estatutos, o si está realizado sin la diligencia con la que debe desempeñar el cargo, genera responsabilidad que es exigible por este conducto”.

Los administradores “...que faltaren a sus obligaciones son responsables ilimitada y solidariamente, por los daños y perjuicios que resultare de su acción u omisión”⁴⁸. Destaca Halperín que es “un criterio objetivo de comportamiento —pero no una responsabilidad objetiva, agregamos—... la noción de buen hombre de negocios establece una auténtica responsabilidad profesional, ya que implica capacidad técnica, experiencia, conocimientos. Para apreciarla en el caso concreto se tendrá en cuenta: a) la dimensión de la sociedad, b) su objeto, c) las funciones

⁴⁵ RICHARD, Efraín Hugo “Remoción de causales disolutorias y responsabilidad de administradores (y socios) de sociedades. La función de garantía del capital social” en *Doctrina Societaria y Concursal*, Ed. Errepar, junio 3016 pág. 595.

⁴⁶ GARRETA SUCH, José María, “La responsabilidad...”, cit., ps. 202 y ss.

⁴⁷ Sentencia de la Apelación de Valencia, sec. 6ª del 30/12/*1992, en *Revista del Derecho de Sociedades*, p. 306.

⁴⁸ Sobre la inteligencia de la locución puede verse a nuestro recordado HALPERÍN, Isaac, *Sociedades anónimas. Examen crítico del dec.-ley 19.550*, Depalma, Buenos Aires, 1974, p. 451 y nota 293.

genéricas que incumben como director y las específicas que se le hubieran confiado, d) las circunstancias en que debió actuar (urgencia, acopio de datos, antecedentes e informaciones, etc.) y cómo cumplió su deber de diligencia”⁴⁹.

El ejercicio de esa acción puede ser formalizada en proceso independiente contra el o los supuestos administradores responsables del daño en cualquiera de las circunstancias siguientes respecto de la sociedad administrada: 1) antes de la presentación en concurso de la misma; 2) abierto el juicio de quiebra de la administrada; 3) presentada en concurso; 4) aun con acuerdo presentado, votado y/o homologado.

El daño se genera con la mera demora en pagar por parte de la sociedad administrada, y se potencia por los perjuicios a los acreedores por la quita o espera que se les imponga en propuestas de acuerdo, aunque ésta fuera votada favorablemente, o por el resultado en la liquidación en la quiebra.

La presentación tardía por parte de los administradores sociales habrá causado daño, que los obliga frente a los acreedores —por lo menos los posteriores a cuando los administradores hayan advertido o debido advertir la insolvencia—.

El sujeto en concurso o en quiebra, la sociedad, no sería la demandada, sino su o sus administradores, al haber contraído la obligación a sabiendas de no poder satisfacerla en la forma pactada. O deberán asumirla los socios, sea por la responsabilidad del tipo societario elegido —en el caso vinculada a todos los socios-, o por poder imputárseles acciones u omisiones antijurídicas causantes del daño —únicamente a algunos de los socios, posiblemente los que constituían el grupo de decisión-.

Por ello la acción de responsabilidad es extraconcursal, no se genera fuero de atracción

El ejercicio de la acción individual de responsabilidad contra los administradores societarios puede acumularse a la acción incoada contra la sociedad. Claro que si ésta se encuentra en concurso o en quiebra es

⁴⁹ HALPERÍN, Isaac, *Sociedades anónimas...*, cit., ps. 452/3.

aconsejable no acumularla, partiendo que la insinuación contra ésta se formalizará por la vía de la verificación de créditos.

X – LA SUBORDINACIÓN DE CRÉDITOS.

La falta de cumplimiento de normas imperativas, como es la de tener patrimonializada a la sociedad para evitar perjuicios de terceros, ante la práctica de préstamos de controlantes y socios ha tenido la respuesta de la subordinación de esos créditos.

En el contexto del Derecho comparado, la revisión de las normas de prelación de créditos no sólo se ha detenido en el adelgazamiento de la tutela preferencial,⁵⁰ sino que también en la posibilidad de que ciertos créditos resulten minusvalorados en el campo del conflicto de acreedores.⁵¹ La minusvaloración es apreciada desde la lógica concursal, en que, por razones de justicia distributiva, y funcionales a los fines del concurso, pueden identificarse ciertos elementos constitutivos del crédito o conductuales de su titular que resultan relevantes para generar un nuevo tipo de norma de graduación, en este caso, negativa. Dicha clase de créditos suele designarse bajo el concepto de la subordinación, haciendo uso de la nomenclatura con la que ella nace terminológicamente en el Derecho norteamericano,⁵² aun cuando diversos ordenamientos hayan reconocido la figura mediante

⁵⁰ En España, por ejemplo, el apartado V de la Exposición de Motivos de la Ley No. 22/2003, concursal, justificaba la poda de los privilegios, ante evidencias, como las señaladas por Beltrán Sánchez, Emilio, “El nuevo Derecho concursal español”, *Anales de la Academia Matrisense del Notariado*, núm. 43, 2007, pp. 487 y 488, en que “La escasa satisfacción de los acreedores –ordinarios– deriva, en fin, de la existencia de numerosos créditos privilegiados, que se han ido acumulando a lo largo de la historia, introduciéndose en función de las presiones de los correspondientes grupos sociales”. O, en Alemania, en que –con un diagnóstico concordante– se suprimieron todos los privilegios legales en sede concursal (Schmidt, Karsten, “Fundamentos del nuevo Derecho concursal alemán”, en García Villaverde, R.; Alonso Ureba, A., y Pulgar Esquerria, J. (directores), *Estudios sobre el Anteproyecto de la Ley Concursal de 2011*, Madrid, Dilex, 2002, p. 27).

⁵¹ Ávila de la Torre, Alfredo, “La subordinación en el concurso de los créditos de las personas especialmente relacionadas”, en Sarcina, A. y García-Cruces, J.A. (directores), *Il trattamento giuridico della crisi d’impresa. Profili di diritto concorsuale italiano e spagnolo a confronto*, Bari, Cacucci Editori, 2008, p. 159.

⁵² Si bien existen antecedentes en el *Partnership Act* inglés de 1890, el establecimiento de la subordinación crediticia recoge como primer antecedente expreso el reconocimiento, primero jurisprudencial y luego legal, de la subordinación a nivel del artículo 510 del United States Code 11 (“USC 11”). *Vid.* Ferré Falcón, Juan, *Los créditos subordinados*, Cizur Menor, Thomson Civitas, 2006, pp. 126 – 163, y Vattermoli, Daniele, *Crediti subordinati e concorso tra creditori*, Milán, Giuffrè Editori, 2012, pp. 96 - 110. Para un análisis particular de la teoría del “*equitable subordination*”, y su evolución histórica en el Derecho norteamericano, *vid.* Herzog, A. S. y Zweibel, Joel B., “The equitable subordination of claims in bankruptcy”, *Vanderbilt Law Journal*, Vol. 15, 1961, pp. 83-118. A su vez, para efectos de conceder un marco de aplicación general a la subordinación equitativa, pueden consultarse las secciones 60 y 61 del Capítulo V de la Guía Legislativa de la CNUDMI sobre el régimen de la insolvencia.

denominaciones diversas, bajo las nociones análogas de “postergación”⁵³ o, como en nuestro sistema jurídico, “posposición”. Dicha tendencia recibe ahora un reconocimiento expreso en la LRLAEP, aunque cabe señalar que, a diferencia de otros sistemas jurídicos, la nueva regulación concursal no postula un tratamiento unitario de los “créditos legalmente pospuestos”.

La Comisión de notables juristas que acaba de presentar un importante proyecto de reformas a la Ley General de Sociedades, en su nota de Elevación de ese Anteproyecto, en nota dirigida al H. Senado de la Nación con fecha 5 junio de 2019, fija similar criterio: “6. Los aportes irrevocables a cuenta de futuras emisiones son una creación un tanto anómala, hija de la necesidad de la historia económica y monetaria argentina, que se convirtió en una suerte de *tertium genus* entre el capital y el pasivo. Su extendido uso determinó que, ante el silencio de la ley, no sólo los organismos de contralor, sino también las entidades profesionales de Ciencias Económicas, dictaran condiciones y reglamentaciones sin sustento legal suficiente. La Comisión ha decidido mantener la ortodoxia y establecer que serán considerados pasivos. Se aparta en ello del Proyecto de 2005. Pero de éste toma, como ya se apuntó al comentar la sociedad de responsabilidad limitada, el razonable criterio de la subordinación de los créditos otorgados por socios y personas allegadas, así como por los dados por una sociedad controlante (Art. 190).”

Bajo la conceptualización moderna de la posposición crediticia, el Derecho chileno ya había reconocido la admisibilidad general y efectos de la subordinación voluntaria por medio de su incorporación en el artículo 2489 CC. La creación de la figura de los créditos legalmente pospuestos en la LRLAEP, sin embargo, no obedece a iguales justificaciones y expedientes técnicos,

⁵³ Denominación reconocida en el Derecho comparado, por ejemplo, en el artículo 2.467 del *Codice Civile* italiano, producto de la reforma societaria del año 2003, y el artículo 69 de la Ley No. 1.116, de Insolvencia Empresarial colombiana, de 2006), y que originalmente se encontraba en los artículos 139 y 240 del proyecto de ley contemplado en el Mensaje presidencial que dio inicio a la tramitación de la LRLAEP (Historia de la Ley N° 20.720, pp. 67 y 95). La voz “postergados” fue posteriormente reemplazada por la de “pospuestos” (Historia de la Ley, Segundo Informe de las Comisiones Unidas, pp. 1.045 y 1.088), probablemente para conservar una unidad terminológica.

No obstante, a nivel comparado generalmente se utiliza la voz “subordinación” para abordar este efecto. Por ejemplo, el artículo 510 USC 11; el artículo 92 de la Ley No. 22/2003, concursal de España (“LC”); el artículo 46 del *Código da Insolvência e Recuperação de Empresas* portugués, de 2004; el artículo 83 de la Ley No. 11.101 de *recuperação judicial, extrajudicial e falência* brasileña, de 2005; el artículo 111 de la Ley No. 18.387, de declaración judicial del concurso y reorganización empresarial uruguaya, de 2008; y el artículo 222 bis de la Ley de Concursos Mercantiles mexicana, de 2000, conforme a la reforma incorporada el 10 de enero del presente año, entre otros. En el Derecho alemán, por su parte, la identificación de la figura se efectúa sobre la idea de la pérdida del rango (*nachrangige Gläubigern*), reconociendo un catálogo de tales créditos en la §39 de la *Insolvenzordnung*, de 1999 (“InsO”). La identidad de todos estos términos es expuesta, por ejemplo, por Vattermoli, Daniele, *op. cit.*, nota 56, p. 3.

conclusión a la que ha llegado la doctrina extranjera,⁵⁴ aun en los casos en los que ambas figuras (subordinación voluntaria e involuntaria) se encuentran reguladas en una misma disposición o, incluso, integradas a una única categoría jurídica. No obstante, el punto de contacto entre ambas figuras se encuentra en su efecto primordial, como es el ofrecer una regla de graduación de los créditos que logra un descenso en la escala de prelación de créditos. Pero, en el caso de los créditos pospuestos por mandato legal, se han evidenciado objetivos eminentemente prácticos, como son el fortalecimiento de la posición económica y la “protección de los intereses de la masa pasiva ordinaria, pues elimina de la concurrencia a una serie de acreedores, o lo que permite ampliar el patrimonio concursal disponible para ellos”.⁵⁵

“El Derecho Concursal protege a los acreedores imponiendo la obligación de solicitar el concurso cuando la sociedad no puede hacer frente a sus obligaciones definiendo con mucha mayor precisión el riesgo de que continúen actuando en el tráfico empresas insolventes (v., art. 5 LC); subordina los créditos de las personas especialmente relacionadas con el deudor para desincentivar las “resurrecciones” artificiales de empresas insolventes a base de créditos concedidos por los socios (art. 92.5 LC) y declara la responsabilidad de los administradores y socios de control por el déficit concursal en caso de concurso culpable (art. 164 LSC), además de los efectos protectores de las acciones revocatorias. La amenaza de ver relegados los créditos otorgados por los socios de control; la eventualidad de tener que responder del pasivo no satisfecho en el procedimiento concursal si se retrasa la declaración de concurso o se ha distraído el patrimonio social en perjuicio de los acreedores, constituyen mecanismos mucho más ajustados a las circunstancias de cada caso”⁵⁶

⁵⁴ Por todos, Bermejo Gutiérrez, Nuria, *Créditos y quiebra*, Madrid, Civitas, 2002, p. 436.

⁵⁵ Ferré Falcón, Juan, *op. cit.*, nota 56, p. 693.

⁵⁶ ALFARO AGUILA-REAL, Jesús “Concurso culpable y responsabilidad por el déficit concursal”, Jun 1, 2015 | [Derecho Mercantil](#), en Almacén de Derecho: La [STS de 21 de mayo de 2015](#) decide sobre un concurso declarado culpable y la consiguiente responsabilidad de los administradores por el déficit concursal. El Supremo confirma la sentencia de la Audiencia que había considerado el concurso culpable por dos causas: ocultar gravámenes que pesaban sobre el único inmueble propiedad de la sociedad concursada y el retraso en la solicitud de concurso (dos años)... *De tal forma que el agravamiento de la insolvencia, como consecuencia del retraso en la solicitud, constituye uno de los elementos objetivos y subjetivos de esta causa de calificación culpable, en realidad el más preponderante, con arreglo al cuál podía articularse la justificación de la responsabilidad por déficit del art. 172.3 LC (en su redacción original, aplicable al caso).*

Consideramos que esa subordinación corresponde intrínsecamente por la tipicidad del negocio societario, pues las pérdidas deben ser asumidas por los socios, y por el incumplimiento a normas imperativas de la ley societaria – art. 150 CCC- que imponen conductas a los socios para evitar daños a terceros, llegando incluso a la responsabilidad por el déficit concursal. Así los casos.....¿Y si los socios no capitalizan pero dan préstamos para continuar el giro social? Puede que acepten dar préstamos para que la sociedad continúe el giro infrapatrimonializada.

Sostenemos que los socios son quienes tienen que mantener capitalizada la sociedad –y obviamente los administradores son los que deben llamarlos a cumplir con ese deber, para mantener la funcionalidad-. Pero suelen hacer préstamos a la sociedad sin capitalizarla, lo que en su caso ha llamado a categorizar esos créditos. Y los mismos no pueden ser quirografarios sino merecer a lo más la calidad de subordinados sin derecho a voto.

Esa referencia a la subordinación de los créditos de los socios al no capitalizar la sociedad ha sido proveída en la jurisprudencia argentina en la Sentencia del Tercer Juzgado de Procesos Concursales 1ª. Circunscripción Judicial del Poder Judicial de Mendoza, en la causa “KLP Emprendimientos S.A. s/ Megaconcurso”, del 22 de Abril de 2016 del Juez de Mendoza Pablo González Masanes, y en la sentencia recaída en la causa "Diaz y Quirini SA s/ concurso preventivo s/ incidente de revisión (promovido por Quirini Augusto)" de la CNCOM – SALA C del 31/05/2012.

Se advierte una corriente evolutiva, integradora entre la legislación concursal y la societaria frente a la crisis de sociedades, y justamente formulada en juicios de concursos de sociedades. Si la recomposición no se decide y continúa operando la sociedad la cuestión de la responsabilidad se retrotrae a la fecha en que se acredite que administradores y socios conocieron o debieron conocer la situación si, como debemos presumir, hay acreedores insatisfechos⁵⁷.

⁵⁷ RICHARD, Efraín Hugo. “Remoción de causales disolutorias y responsabilidad de administradores (y socios) de sociedades: la función de garantía del capital social”, en Cuestiones Mercantiles en el Código Civil y Comercial de la Nación”, Ed. Fundación para la Investigación y Desarrollo de las Ciencias Jurídicas, Buenos Aires abril 2016, pág. 279. En el debate de esta comunicación en el III Congreso sobre los Aspectos Empresarios en el Código Civil y Comercial de la Nación, realizado en ese mes en Mar del Plata, cuando insistimos que la responsabilidad se generaba

La responsabilidad se genera ante concreto daño a terceros, incluso a la sociedad y a socios minoritarios, por el actuar de administradores y de ciertos socios, aún en las personas jurídicas con limitación de responsabilidad por no actuar conforme a normas imperativas de la ley y generar ese daño. El debido contrapeso al control preventivo lo constituyen, decía Mauricio Yadarola, las acciones de responsabilidad contra administradores y socios que arguyeron la viabilidad de mala fe causando daño.⁵⁸

Recordamos que la legislación societaria argentina tiene la misma estructura que tenía la española, antes que se agregara la opción, frente a la obligación de liquidar, reintegrar o capitalizar, de presentar la sociedad en concurso preventivo en término perentorio. Sobre el estado actual escribió Jesús Alfaro⁵⁹ “Tras la reforma de 2005 de la Ley de Sociedades de Capital, la responsabilidad de los administradores por las deudas sociales en caso que la sociedad estuviera incurso en causa de disolución y los administradores no procedieran a convocar la Junta para que ésta acordase la disolución o el aumento de capital o a solicitar el concurso, se limita a las deudas sociales contraídas por la sociedad con posterioridad a la aparición de la causa de disolución (art. 367 LSC). – La Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 19 de junio de 2015 es modélica en relación con el análisis de este tipo de casos. Los hechos son típicos: el acreedor –un proveedor de la sociedad– demanda a la sociedad deudora y a su administrador. La sociedad está disuelta en el momento de presentarse la demanda y el acreedor prueba que las deudas que reclama se generaron después de que la sociedad estuviera en causa de disolución por pérdidas y transcurridos los dos meses a los que se refiere el art. 367 LSC. Sorprendentemente, el Juzgado desestima la demanda contra el administrador. La Audiencia revoca la sentencia, sosteniendo “Que dicha situación tuvo que ser conocida o debió serlo por los administradores incluso antes de la formulación de las cuentas anuales dada la grave situación

al día siguiente de constatada la insuficiencia patrimonial, se debatió unánimemente que no, que esa responsabilidad se generaba al minuto siguiente –corrección que aceptamos-. Posteriormente lo hicimos en “La causal disolutoria de pérdida del capital social”, en *Doctrina Societaria y Concursal ERREPAR* (dsce) tomo/boletín XXVIII, mayo año 2016.

⁵⁸ RICHARD, Efraín Hugo “Responsabilidad de administradores societarios por insolvencia” pág. 504 en “Jornadas italoargentinas de derecho: perspectivas del derecho entre Latinoamérica e Italia” Córdoba Argentina 2004-2005, Ed. Alveroni, Córdoba Agosto 2006.

⁵⁹ ALFARO, Jesús “Responsabilidad de los administradores por las deudas sociales” 29 de julio de 2015, en *Almacén de Derecho* del 22 de marzo de 2017.

de deterioro económico de la sociedad. La jurisprudencia entiende que el plazo de dos meses para el cumplimiento del deber de convocar junta para acordar la disolución se computa desde que el administrador tiene conocimiento de la concurrencia de la causa de disolución en términos de normalidad económica y contable, según el principio de exigencia de intencionalidad o negligencia que, ceñido a la conducta de omisión” generan responsabilidad.⁶⁰

Xi – ASUMIR LAS PÉRDIDAS. LA CAUSA FINAL EN EL NEGOCIO CONSTITUTIVO DE SOCIEDAD.

Karsten Schmidt plantea un desafío sosteniendo que quien modifica su modo de pensar, alejándose del derecho del comerciante y del derecho de la actividad comercial, hacia un derecho privado externo de las empresas, no le adiciona nuevas dificultades de delimitación al derecho comercial.⁶¹ Y esto hace a la integración del derecho concursal con el societaria⁶², abordando la crisis societaria, los derechos de los terceros acreedores y la viabilidad económica y social en el desempeño funcional de las sociedades.⁶³

No debemos olvidar un elemento caracterizante, causal, de la libertad para generar personas jurídicas societarias: “soportar las pérdidas”, lo que subrayan tanto la legislación uruguaya como la argentina. Es un elemento esencial tipificante, asegurado por normas imperativas de la ley, que hemos caracterizado⁶⁴.

⁶⁰ RICHARD, Efraín Hugo “CONFIGURACIÓN DE UN DERECHO SOCIETARIO DE CRISIS” en *Estudios de Derecho Concursal Uruguayo*, Libro V Coordinador Camilo Martínez Blanco, Universidad de Montevideo Facultad de Derecho, Montevideo 2018, págs. 21 a 50.

⁶¹ Karsten Schmidt “*Derecho Comercial*”, Edit Astrea, Bs As., 1997, trad. Federico E. G. Werner, Supervisión académica Rafael mariano Manovil, pág. 70.

⁶² Nto. “LA ENSEÑANZA Y LA INVESTIGACIÓN DEL DERECHO SOCIETARIO DE CRISIS”, en *Anuario XV (2013-2014)* del Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba, pág. 351, editado en Córdoba diciembre 2015: “La enseñanza centrada en las normas de las leyes 19.550 y 24.522, dificulta una visión sistémico constructivista sobre las crisis de sociedades. La ley de sociedades contiene adecuadas normas imperativas para limitar esas crisis. Posteriores juicios concursales omiten, normalmente, toda referencia a esas normas ley incumplidas. La investigación también esta alejada de una visión integral de la crisis de las personas jurídicas societarias.”

⁶³ Habiendo aconsejado incorporar en la Ley General de Sociedades el requerimiento de un estudio de “viabilidad económica y social” para dejar sin efecto causales de disolución producidas –e incluso la liquidación- por declaración del órgano de gobierno y sin afectar anteriores responsabilidades.

⁶⁴ Nto. “CONFIGURACIÓN DE UN DERECHO SOCIETARIO DE CRISIS” para *Estudios de Derecho Concursal Uruguayo* Libro V Coordinador Camilo Martínez Blanco, Universidad de Montevideo Facultad de Derecho, Montevideo 2018, págs. 21 a 50

Sostenemos que la causa fin del negocio de constitución de una sociedad lo era el advenimiento de una persona jurídica para desarrollar actividad independiente. Se especifica, sin contradecir ello y conforme los arts. 1° de las legislaciones argentina y uruguayas “la característica específica del contrato plurilateral de sociedad que lo distingue netamente de los demás esquemas jurídicos, es la participación en las ganancias y en las pérdidas. Esta nota constituye la causal del contrato de sociedad o sea *la función económico-social* del negocio reconocida por el derecho... La participación en las ganancias y en las pérdidas es la función objetiva que tiene el *negocio jurídico sociedad*, y que el derecho estatuye y reconoce como tal”⁶⁵. Subrayamos la contundencia de esos artículos primero: “soportar las pérdidas”, no es siquiera “participar” en las pérdidas”.

Se enfatiza “...es preciso comenzar por recordar que correr el riesgo en común constituye, en el plano jurídico, la *causa-fin* de la sociedad.... El socio no puede ser liberado del riesgo, ni ser investido del derecho a apropiarse de todo el beneficio... interés común derivado del riesgo y de la vocación a soportar las pérdidas y a participar de las utilidades, fundamento de la igualdad de derechos, forma parte de la causa fin de la sociedad”.⁶⁶

Pero a través del proceso concursal se ha generado la costumbre *contra legem*⁶⁷ de que las pérdidas las soportan los acreedores, particularmente los proveedores y los trabajadores, pues los financieros han tenido a bien cubrirse con garantías de terceros.

En un acuerdo mayoritario, de los pocos que han conseguido verificar tempestivamente, se impone a la real mayoría quitas y esperas despojatorias que atentan no sólo contra el sistema societario sino con el constitucional de resguardo del derecho de propiedad. Puede verse la falta de universalidad en la concurrencia de acreedores, prevista originariamente en Argentina por el art.

⁶⁵ COLOMBRES, Gervasio R. *Curso de Derecho Societario, Parte General*, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires 1972, pág. 56.

⁶⁶ MANÓVIL, Rafael M. “Conflictos y grupos de sociedades”, en AAVV *Tratado de los Conflictos Societarios*, Director Diego A. J. Duprat, Ed. Abeledo Perrot, tomo III, pag. 2642 esp. 2651/2/3. Buenos Aires 2013.

⁶⁷ Con Juan Carlos VEIGA “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.

21 de la ley 24522, en su modificación por Ley 26086 del año 2006⁶⁸; además en el injustificado cuestionamiento a la verificación de títulos de crédito basado en la incorrecta aplicación de los plenarios Traslinie y Difry. Con habilidad se lograba –y logra- que sólo unos pocos estén en condiciones de considerar las confiscatorias propuestas de la sociedad deudora, en la que aparecía el tufillo de insostenibles cesiones de crédito, hoy acotadas por el fallo en el caso Mandalunis de febrero de 2014, con el impecable voto de Julia Villanueva.

Aparece así la cobertura de las pérdidas como un regalo de Papa Noel o de los Reyes Magos, tan regalo que es gravado como ganancia por los entes tributarios. Y tenemos para nosotros que esos personajes de la imaginaria popular no existen.

Recordamos el caso del Acuerdo Preventivo Extrajudicial de un poderoso medio de comunicación que bajo el prestigio del grupo que integraba emitió obligaciones negociables en dólares estadounidenses y que en el año 2002 declaró su cesación de pagos logrando con pocos votos una importantísima quita y espera. A los pocos meses realizó un balance y de esa quita resultó un estado patrimonial que determinaba una multimillonaria ganancia, pagándose de inmediato el impuesto respectivo, distribuyéndose entre sus socios ese inesperado –o cuidadosamente gestionado- lucro, que fue usado aparentemente para adquirir otro medio de comunicación formando un importante generador de nuevas utilidades, gracias al regalo impuesto a los acreedores.

La libertad en la creación de las sociedades es equilibrada con la responsabilidad de administradores y socios si se genera daño. Los Reyes Magos no existen, son los familiares y allegados los que hacen los regalos... Y esto es lo mismo que impone la ley societaria, la ley específica que regula estas personas jurídicas –arg. art. 150 Código Civil y Comercial Argentino, en adelante CCC-, congruente con los artículos pertinentes de las leyes de sociedades que postulan que las pérdidas las soportan los socios.

⁶⁸ COSTA, Héctor L. “La importancia de la verificación crediticia” en *Doctrina Societaria y Concursal*, Ed. Errepar, Noviembre 2018, Buenos Aires, pág. 1071.

Concretamente los administradores y socios de una sociedad en insolvencia⁶⁹ al presentarse en concurso soslayan las normas imperativas de la ley societaria y con aparentes mayorías trasladan las pérdidas a los acreedores, no asumiéndolas conforme las mandas legales, trasladándolas sin siquiera ofrecer compartir riesgos mediante una capitalización.

XII – ¿ES HOMOLOGABLE JUDICIALMENTE UN ACUERDO EN ABUSO DE DERECHO O FRAUDE A LA LEY SOCIETARIA?

El análisis doctrinal y jurisprudencial sobre la imposición al juez que en ningún caso homologue un acuerdo con abuso de derecho o fraude a la ley⁷⁰ se limita -en caso de quitas y esperas- a sus aspectos cuantitativos en la práctica judicial, que pueden configurar un abuso de derecho, omitiendo cualquier consideración en torno al fraude a la ley⁷¹.

Pero la doctrina más reciente continua con la tendencia evaluativa de la propuesta de quita y espera como legítima formalmente, pero vinculada a su análisis cuantitativo, sin siquiera vincularlo a un problema constitucional de confiscatoriedad, o sea atentando contra el derecho de propiedad.⁷²

La quita figura en el listado de las soluciones concursales⁷³, pero no en forma imperativa sino potestativa, y como varias otras propuestas que corresponden al concurso de personas humanas como la “constitución de sociedad con los acreedores”, varias son también potestativas para sociedades. Si no hay déficit patrimonial una quita sería abusiva, pues la sociedad solo necesitaría espera. Pero si hay déficit patrimonial –evidenciado

⁶⁹ Como hemos desarrollado en otras oportunidades y siguiendo a Camilo Martínez Blanco, apuntamos a la insolvencia no sólo en su sentido financiero sino particularmente en su versión patrimonial, que significa patrimonio neto negativo y constituye una causal de disolución.

⁷⁰ Previsto en el art. 52.4 LCQ argentina.

⁷¹ Nto. “LA SENTENCIA DEL ART. 52.4 LCQ: ABUSO DE DERECHO Y FRAUDE A LA LEY” en pág. 741 en Cuestiones actuales y controvertidas de derecho societario, concursal y del consumidor, Ed. Fundación Investigación y Desarrollo de las Ciencias Jurídicas, Bs. As. Abril 2017.

⁷² PALAZZO, José Luis – RICHARD, Efraín Hugo “VISION BÁSICA CONSTITUCIONAL DE PROPUESTA ÍRRITA DE QUITA Y ESPERA” en libros del “VI Congreso Nacional de Derecho Concursal y IV Congreso Iberoamericano de la Insolvencia”, Rosario 2006, T. I pág. 715.

⁷³ En el art. 43 LCQ argentina. Ver nto. “FACHADAS EMPRESARIAS y PREOCUPANTE MENSAJE JURISPRUDENCIAL: ¿vale todo para homologar una propuesta?” en La Ley 15 de abril de 2009 y “LAS LIQUIDACIONES SOCIETARIA, LA CONCURSAL Y EL ARGUMENTO DEL RESULTADO DE ESTA ÚLTIMA PARA HOMOLOGAR UNA PROPUESTA ABUSIVA”, en Zeus Córdoba, n° 353, Año VIII, 18 de agosto de 2009, t.15 pág. 169, Doctrina, y en Editorial Zeus, 10 agosto 2009, año XXXVI, Revista n° 15, tomo 110, pág. 785. Doctrina.

en un balance con patrimonio neto negativo- son los socios los que deben reintegrar o capitalizar la sociedad por sí o acercando a terceros, compartiendo la propiedad. La quita devendría en un enriquecimiento para ellos violando normas imperativas de la ley societaria.

Sobre este punto pueden verse recientes elucubraciones en “La ineficiencia de la quita como financiación de la empresa concursada. Algunas propuestas. Análisis del caso empresario *Yagisawa Shouten Co.*”⁷⁴.

No tenemos duda que el juez o autoridad concursal debe asumir con criterio sustancialista el análisis de la legalidad de las quitas en los procesos concursales de sociedades. Aunque sea para rechazar nuestra posición y señalar la legalidad de la propuesta de quita y espera por una sociedad, incluso inviable, y el consiguiente acuerdo.

Las consideraciones aportadas descartan la aplicación a las sociedades la aceptación de propuestas confiscatorias bajo el argumento que en la liquidación percibirían menos (*the best interest of creditors* acceptable para deudores individuales), pues las normas imperativas societarias descartan tal situación, eventualmente a través de acciones de responsabilidad.

La preocupación sobre el financiamiento de la empresa en crisis *-fresh money-* a que atienden normas de “preconcuralidad”, es sustentable pero falsa. Como ex funcionario bancario –y ahora en la práctica profesional- sea con posterioridad a la homologación de un acuerdo legal, como en casos de soluciones por reorganización societaria, jamás se niega apoyo a la sociedad que presenta un equilibrado plan de negocios y exhibe documentación contable aceptable, particularmente cuando vincula el aporte económico –al estilo de lo autorizado por la reforma societaria italiana- a negocios o préstamos participativos.⁷⁵

“En la sociedad anónima, esencialmente capitalista, no parece prudente esperar a que el capital se pierda totalmente para que las pérdidas operen

⁷⁴ De FUSHIMI, Jorge Fernando – RICHARD, Efraín Hugo en *Doctrina Societaria y Concursal*, Ed. Errepar, Buenos Aires Diciembre 2018, pág. 1143.

⁷⁵ Nto. “SOBRE EL NEGOCIO DE CUENTAS EN PARTICIPACIÓN (*association commercial en participation*)” en “Bicentenario del Código de Comercio Francés”, AAVV coordinadores Alfredo Morles Hernández – Irene de Valera, Edición Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Serie Eventos n° 25, Caracas, Venezuela 2008, pág. 1081.

como causa de disolución, pues entonces los acreedores no tendrían ninguna seguridad o garantía para el percibo de sus créditos. De ahí que nuestra ley (art. 260.1.4ª) declare causa de disolución el hecho de que se produzcan pérdidas *que dejen reducido el patrimonio a una cantidad inferior al capital social, a no ser que ése se aumenta o se reduzca en la medida suficiente..* Desde esta perspectiva, esta norma opera como un instrumento preconcursal destinado a evitar la insolvencia de las sociedades anónimas y su eventual declaración de quiebra⁷⁶.

Hay una explicitación sobre ello en “Dos visiones sobre: la discrecionalidad del juez y la necesidad de imponerle límites. Sobre la discrecionalidad del juez en la homologación de acuerdos”.⁷⁷

La ley 24522 que regula los concursos y quiebras en la República Argentina, dispone en torno a la homologación por el juez del acuerdo logrado en el art. 54 apartado 4 y final en su redacción actual del año 2002 dispone: “En ningún caso el juez homologará una propuesta abusiva o en fraude a la ley”. Resulta así que se ha limitado la discrecionalidad judicial, imponiendo que las propuestas que formule la sociedad deudora no sean abusivas ni en fraude a la ley. Parece fundamental determinar a que ley refiere la norma. Y a esto dedicamos nuestra visión en los concursos de sociedades integrando el sistema jurídico.

La doctrina concursalista y la judicial se detuvo en la abusividad de la propuesta desde su economicidad cuando a la quita –sin límites precisos- se sumaba la espera en un país con alta inflación, generándose diversas formas de posibilidades para mejorar la propuesta ya votada –tercera vía-, llegando a imponer el *quantum* condicionando la homologación a la aceptación de la deudora.

A las quitas sin límites –incluso más allá que lo constitucional permitiría-, se sumaba que el criterio no distinguía entre concurso de persona humana y de persona jurídica sociedad.

⁷⁶ URÍA, R.; MENÉNDEZ, A. y GARCÍA de ENTERRÍA, J. –“La sociedad anónima: disolución” Cap. 4, pág. 1001 en *CURSO DE DERECHO MERCANTIL* citado..

⁷⁷ Panel en el Congreso Iberoamericano de Derecho Societario, Málaga noviembre 2018, entre Carlo Altieri y E.H. Richard, con las expresiones de este último en publicación electrónica.

Frente a viejos criterios, que todos los miembros del IIDC conocen, hemos intentado de fijar principios de cierta universalidad –como se trató en el Congreso de Málaga de 2018 en comunicaciones para nuestro país dentro de investigaciones internacionales promovidas con Alicia Ferrer Montenegro e integrados en la generada por Ana Belén Campuzano y Juan José Rodríguez Maceda, se ha referido y logrado algunos apoyos a las críticas sobre las costumbres *contra legem* de la práctica concursal, recogiendo la idea del esfuerzo compartido de capitalización por los socios para compatibilizar las quitas a los acreedores –Truffat, Carlino y Botteri-. Correlativamente se gestó el nuevo Código Civil y Comercial vigente desde el 1° de agosto de 2015, cuyos alcances aún se están interpretando, particularmente en su incidencia en los concursos de sociedades. Marcelo Barreiro en reciente conferencia magistral en la Diplomatura que dirigimos en la Universidad Nacional de Córdoba –abril 2019- ha referido a este aspecto, y creo que debemos concentrarnos en discernir que es el “esfuerzo compartido” de socios, administradores y acreedores para asegurar la continuidad de la empresa, para fijar concordancias.

Este nuevo Código en su título preliminar impuso la integridad del sistema jurídico - art. 2-, la buena fe –art. 9-, la corrección al abuso de derecho –art. 10- y la reconducción de efectos ante el fraude a la ley –art.12-, para luego imponer en el art. 150 CCC la preminencia e inmodificabilidad de las normas imperativas de la ley específica de cada persona jurídica y en su defecto las del Código, que en nuestro caso se integran, bajo un principio de libertad bajo responsabilidad para evitar daño, para lo cual se permite promover acciones para prevenirlo o atenuarlo –art. 1710-.

Ese criterio aritmético de abusividad nunca fue contrastado con el criterio econométrico del perjuicio a acreedores frente a quita y espera, con el enriquecimiento indirecto o directo a los socios, que no resistiría ningún test de abusividad. Al margen el costo para la sociedad de pagar impuesto a las ganancias, aunque en forma diferida. Pero el tema es más grave frente al fraude a la ley societaria.

Algún autor italiano ha señalado que no puede tratarse a los acreedores como socios sin derechos, haciéndoles soportar las pérdidas sin ningún derecho de futuro en caso de éxito de la sociedad viabilizada.

En las homologaciones judiciales se hacen escuetas referencias al abuso, pero ninguna referencia al fraude a la ley, cuyo tratamiento se soslaya aunque se mencione. Y en el derecho argentino, con una visión sistémica el fraude a la ley en caso de quitas en los concursos de sociedades implica una ilicitud frente a la ley societaria –concretamente fraude a esta ley-.

Lo explicamos. La ley concursal no es una isla y a las sociedades, conforme el art. 150 del nuevo Código Civil y Comercial se deben aplicar en primer lugar las normas imperativas de la ley específica que las regula y las del Código Civil y Comercial, y recién luego las de la ley especial o sea en el caso la concursal.

Frente a la existencia de causales de disolución de carácter patrimonial, que como normas de protección a terceros son imperativas y que no requieren ser declaradas pero que los administradores deberían poner en conocimiento de los socios, sin plazo deben optar imperativamente por reintegrar el capital o patrimonio social –conforme al art. 1° LGS-, capitalizar los socios por si, por terceros o convirtiendo los acreedores el pasivo en aporte de capital, de no resolver liquidar la sociedad, conforme las opciones imperativas del art. 96 LGS. Desde aquella existencia o constatación asumiendo responsabilidad por los daños que pudieran generar, al depender de su diligencia evitar daños, ante la inexistencia de plazo para la remediación.

Obviamente la sociedad puede presentarse en concurso, aún en liquidación, pero sería un fraude a la ley societaria, a sus normas imperativas, que los socios intenten que la pérdida fuera asumida por los acreedores por las quitas o reducciones a sus declarados legítimos créditos. La capitalización por los socios, terceros o por los acreedores parece la solución congruente con el sistema societario imperativo. Así parece haberlo considerado la Comisión de notables juristas que acaban de presentar el anteproyecto de reforma a la ley general de sociedades con fecha 5 de junio de 2019, al expresar en la Exposición de Motivos en torno al art. 197 actual, quizá recogiendo alguna vieja

crítica nuestra a la suspensión del derecho de suscripción preferente del ap. 2, y haciendo una expresa referencia al concurso de acreedores: “8.La Comisión ha entendido necesario efectuar algunas innovaciones para robustecer la importancia del derecho de suscripción preferente y precisar las excepciones al mismo. Ante todo, establece que el derecho se otorga también a los titulares de acciones preferidas convertibles en ordinarias. En otro sentido, el derecho se otorga también a los accionistas para la suscripción de debentures, obligaciones negociables y otros títulos, si son convertibles en acciones (Art. 194). En la misma norma se establece una distinción entre el derecho de preferencia y el de acrecer: se permite que este último sea limitado o suspendido cuando sea en interés de la sociedad el ingreso de nuevos accionistas y, en las que hacen oferta pública, para ampliar su circulación. El ejercicio de la acción cancelatoria y resarcitoria por haberse privado a un accionista de la oportunidad de ejercer su derecho, se condiciona a que este último ofrezca integrar los aportes en las condiciones de la emisión. Se modifica, incorporando un parámetro más ajustado al valor del perjuicio sufrido, la sanción por violar el derecho de suscripción preferente: el mínimo se vincula con el valor nominal más la prima de emisión (Art. 195). Por fin, se hacen precisiones respecto de la excepción al ejercicio del derecho de suscripción preferente (Art. 197) en el supuesto de darse en pago por obligaciones preexistentes: los accionistas deben haber tenido oportunidad de ofrecer aportar la totalidad de los montos a capitalizar, o ello debe darse en el marco de una solución concursal o extraconcursal. Además, cuando corresponde por los valores involucrados, la emisión debe hacerse en este caso con prima. Se amplían los supuestos de excepción en los que puede suspenderse el ejercicio de este derecho, siempre con la finalidad de tutelar el interés social.”

Un argumento más en torno a la posición de Veiga y nosotros.

En suma, el juez debe resolver con sensatez, conforme a esa prohibición de la ley, que se enmarca en libertad bajo responsabilidad: Art. 1 Ley general de sociedades “las pérdidas están a cargo de los socios”, o normas de sociedades con una opción imperativa sin plazo al haber perdido el patrimonio capitalizar o liquidar –art. 96 LGS- y el correlativo art. 99 LGS disponiendo la responsabilidad solidaria de administraciones y socios “en su caso”, que

conforme el art. 167 CCC son los que conociendo o debiendo conocer omitieron sus deberes, en una palabra el grupo de control, no el mero accionista. La integración entre los arts. 99 LGS y 167 in fin CCC se genera por imperio del art. 150 CCC que dispone que en defecto de la ley imperativa societaria se aplica la norma imperativa del CCC. Y en el caso esta última norma aclara en que casos surge responsabilidad de los socios que han actuado –u omitido actuar- conforme a una manda legal, generando antijuridicidad.

Claro que, insistimos los jueces ignoran esa modificación del Código Civil y Comercial del año 2015 y se limitan a un control de abusividad aritmético midiendo solo la pérdida de los acreedores, y ni siquiera la ganancia de los socios. Del fraude a la ley societaria, al desconocimiento de sus normas imperativas ni una palabra, salvo el atisbo de la Corte que he indicado.

Es que la responsabilidad por daños es la consecuencia del incumplimiento de normas imperativas, que hace a la compatibilidad de los arts. 99 LGS y 167 in fine CCC.

No hay duda que las normas sobre responsabilidad no son imperativas, pero si lo es la obligación de obrar que tienen administradores y socios, por lo que la responsabilidad derivará de esa violación de normas imperativas de resultar algún daño, conforme la teoría general de la responsabilidad.

La responsabilidad se genera ante daño concreto a terceros, incluso a la sociedad y a socios minoritarios, por el actuar de administradores y de ciertos socios, aún en las personas jurídicas con limitación de responsabilidad por no actuar conforme a normas imperativas de la ley y generar ese daño. De todos modos la responsabilidad frente a terceros es siempre subsidiaria, o sea a falta de patrimonio social para satisfacer la obligación, conforme prevén los arts. 143, 242 y 743 CCC.

El poder de decisión acerca de la viabilidad constituye una decisión empresarial, similar a la que sin duda tomarán en cuenta los socios cuando adopten la opción imperativa que les impone el art. 96 LGS si han aprobado un balance con patrimonio neto negativo- que debe asignarse o reconocerse en quien se encuentre interesado en adoptar correctas decisiones.

Los jueces y organismos de control carecen de conocimientos y experiencias para tomar una decisión relativa a esa viabilidad. Ese pronóstico compete exclusivamente a la esfera interna de la sociedad sobre cuyo mérito no deben inmiscuirse ni la autoridad de control ni los jueces, salvo para constatar la existencia del plan como de su resguardo por posibles responsabilidades.

El debido contrapeso al control preventivo lo constituyen, al decir de Mauricio Yadarola, las acciones de responsabilidad contra administradores y socios de corroborarse que arguyeron la viabilidad de mala fe causando daño.

En cuanto a esa viabilidad social la vinculamos casi exclusivamente con los supuestos en que otras normas legales requieren dictámenes de viabilidad ambiental o excluyen ciertas actividades en zonas urbanas. O sea al cumplimiento de otras normas preexistentes.

Si hay fraude, la norma será la del artículo 12 del Título Preliminar del Código Civil y Comercial se refiere al “Orden público” y al “Fraude a la ley”: *“Las convenciones particulares no pueden dejar sin efecto las leyes en cuya observancia esté interesado el orden público. El acto respecto del cual se invoque el amparo de un texto legal, que persiga un resultado sustancialmente análogo al prohibido por una norma imperativa, se considera otorgado en fraude a la ley. En ese caso, el acto debe someterse a la norma imperativa que se trata de eludir”*.

Obviamente la disposición del art. 52 inc.4 LCQ le impondrá la indubitable resolución pues “En ningún caso el juez homologará una propuesta abusiva o en fraude a la ley”, y en el caso de concurso de sociedades, se entenderá que la propuesta que contenga quitas es por lo menos abusiva si no se ha perdido el capital social y si se lo ha perdido, es en fraude a normas imperativas de la ley específica. A su vez también pueden ser abusivas o en fraude al derecho de propiedad constitucionalmente protegido por confiscatoriedad⁷⁸ por quienes no aceptaron las quitas –si se considera el derecho de propiedad de orden público sería irrenunciable a tenor del art. 12

⁷⁸ El citado ensayo con PALAZZO, José Luis y nosotros “VISION BÁSICA CONSTITUCIONAL DE PROPUESTA ÍRRITA DE QUITA Y ESPERA” en libros del “VI Congreso Nacional de Derecho Concursal y IV Congreso Iberoamericano de la Insolvencia”, Rosario 2006, T. I pág. 715.

CCC, particularmente por estar destinado a beneficiar a los socios que justamente han soslayado el cumplimiento de una norma imperativa de la ley – art. 96 LGS y 167 CCC-.⁷⁹

No se trata de responsabilizar a nadie, ni administradores ni socios, que para ello tiene que haber daño, tratamos de alertar para que no se genere daño, o se acote ante un evento impensable, conforme las previsiones imperativas de la ley de sociedades en torno a la función de garantía del capital social como forma de tutelar su patrimonio y a los terceros que contratan con la misma, y no se sorprenda a la judicatura por medio de abusos en procesos concursales de sociedades.

Bastará advertir que no se adoptaron soluciones societarias, que no se afrontó la crisis oportunamente, que sólo se exige un sacrificio a los acreedores, que para imponer la mayoría aparece un tercero adquirente de un crédito que se “despoja” de su derecho, que no aparece ningún elemento de seriedad –ni antes ni después de la apertura del concurso- para enfrentar la crisis, para que la propuesta no sea homologada. Allí se abrirá –pues estamos ensayando sobre sociedades- el proceso previsto en el art. 48 LCQ.”⁸⁰

Recuérdese que la Corte en el caso Comercial del Plata inició la atención sobre el régimen societario para anticiparse a la crisis y actuar como medios preconcursales⁸¹, incluso la solución final ante idas y vueltas fue la capitalización del pasivo.

XIII – CONCLUYENDO Y RESUMIENDO.

⁷⁹ Nto. “EL LABERINTO DE LA PÉRDIDA DEL CAPITAL SOCIAL Y SU REMEDIACIÓN” en pág. 111 del n° 7 de ESTUDIOS DE DERECHO EMPRESARIO, julio de 2016, en portal de la Universidad Nacional de Córdoba.

⁸⁰ Cfme. “Legalidad de la propuesta y del acuerdo en el concurso de sociedades y su homologación” por Dario J. GRAZIABILE – Efraín Hugo RICHARD, en libro AAVV DERECHO CONCURSAL EN EL NUEVO CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL, dirigido por Dario J. Graziabile, pág. 371 a 415 en el Cap. III Modificaciones al régimen obligacional: “VI. Legalidad de la propuesta y del acuerdo en el concurso de sociedades y su homologación”, Ed. Erreius, Buenos Aires 2016.

⁸¹ Nto. “¿REORGANIZACION SOCIETARIA O CONCURSAL ANTE LA CRISIS? (UN “OBITER DICTUM” DE LA CORTE)”, en libro colectivo AAVV “Reestructuración y Reorganización Empresarial en las Sociedades y los Concursos”, citado.

Nos esforzamos desde hace muchos años en distinguir la crisis del patrimonio de una persona humana del de una persona jurídica⁸², a ello nos alentó Karsten Schmidt, y seguiremos haciéndolo, nos hace bien el diálogo, sobre todo tan respetuoso en las diversas polémicas que hemos mantenido. Volvemos a un tema de hermenéutica en torno a la interpretación originalista vs. interpretación progresiva o evolutiva, aplicando herramientas o métodos científicos del derecho para lograr la interpretación más adecuada al caso, considerando las expectativas de equidad dominante en la comunidad jurídica. El juez debe afrontar el problema.

Lo sostenido no excluye la preocupación formalizadas sobre la enseñanza del derecho societario y el concursal en torno a la crisis de las sociedades: es nuestra obligación pensar, y enseñar a pensar y no meramente a repetir, como hemos visto ocurre con jurisprudencia y doctrina.⁸³

Tenemos que pensar en alentar el capitalismo emprendedor, las sociedades pueden caer en crisis, particularmente por las medidas gubernamentales internacionales o internas, pero la salida no puede ser empobrecer a los acreedores y enriquecer a los socios que no adoptaron las medidas correctivas. Esa visión aleja las inversiones, encarece las provisiones y el crédito. Otra visión debería ser la aventura compartida.

La empresa es un fenómeno del capitalismo emprendedor que genera un centro de intereses diversos pero confluentes en su mantenimiento: los socios, los trabajadores, los financistas, los proveedores y el contorno todo donde de manifiesta su actividad. El equilibrio de intereses aparece adecuadamente expresado en las leyes de sociedades que imponen que las pérdidas las soporten los socios, pero no descartan la capitalización de las obligaciones.

Porque no importa quiénes sean los socios, sino que la sociedad recobre su funcionalidad. Los métodos para obtenerlo extrajudicialmente son múltiples.

⁸² En *Perspectiva del Derecho de la Insolvencia*, edición de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Ed. Advocatus, Córdoba 2010, y algunos trabajos que hemos citado en el decurso de este ensayo.

⁸³ Nto. "LA ENSEÑANZA Y LA INVESTIGACIÓN DEL DERECHO SOCIETARIO DE CRISIS", en *Anuario XV (2013-2014)* del Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba, pág. 351, editado en Córdoba diciembre 2015.

DECONOMI

AÑO II – NÚMERO 2

Congruente con ello un desafío a la construcción legislativa. ¿No deberíamos revisar el sistema societario antes que el concursal para atender la crisis de sociedades? Este es un problema axiológico, además de sistemática normativa.

Córdoba, 9 de junio 2019.



DECONOMI