

“Pandemia. La prededucción y sus nudos”

por Ariel A. Dasso

La extraordinaria necesidad y urgencia de dictar disposiciones en materia de paliar los efectos catastróficos de la pandemia Covid-19, asegurar de consuno su funcionalidad y restaurar la eficiencia de la justicia en un marco de gravedad inédita aparecen sometidos a tratamientos distintos en los distintos ordenamientos, lo que constituye una consecuente lógica de las distintas características que sometidas a leyes de distinto contenido aplicables a colectivos culturalmente diversos, sean atendidos con comportamiento legislativo correspectivos a cada lugar y a las características que en cada uno de ellos asume la enfermedad global.

Resulta tema prioritario de investigación procurar la clasificación de los distintos remedios, algunos coincidentes y otros diversos, que se aplican en orden a la recuperación de la economía colapsada y a la organización de las respuestas en orden a la restauración de la producción e intercambio de bienes y servicios, sobre cuya télesis no existen mayores disensos sino simples variaciones y múltiples coincidencias.

En el número anterior de Deconomi nos avocamos a *“la financiación de la empresa insolvente el día después de la pandemia”* y desarrollamos allí en la medida permitida por el tiempo y el espacio un itinerario de las regulaciones aplicadas por los distintos países al tratamiento de las crisis económicas preexistentes a la plaga virósica que la agravó hasta límites todavía impredecibles.

No ha cambiado el escenario. Por el contrario, las sombras se han hecho más intensas y el futuro más ignoto. Los instrumentos a mano de la ley son los del derecho concursal con prioridad y aun exclusión de la legislación de las otras ramas del derecho.

Las llamadas relaciones de vecindad preexistentes han desplazado las fronteras y hecho inevitablemente propios los territorios que le eran ajenos, en la misma medida de la ampliación del presupuesto material de la crisis desde

la insolvencia, remitida a la función judicial, al cada vez más amplio terreno de la prevención ante la amenaza o aún mera posibilidad de mutación de los indicaciones a la realidad de la crisis.

¿Qué remedios exige la economía? ¿Con cuáles cuenta el derecho concursal además de los preexistentes? A grandes males, grandes remedios...pero...los hay? Un viaje a vuelo de dron ya es innovador, pero es distinto al vuelo de pájaro.

Los remedios del derecho concursal constituyen variantes distintas de meras vacunas preexistentes de eficacia incierta; sin embargo lo que es claramente perceptible lleva a considerar como común denominador la flexibilidad en la aplicación de los distintos instrumentos: el acogimiento incondicionado de la prededucción del crédito de financiación; la suspensión de la vía ejecutiva sobre el patrimonio del deudor, de las medidas cautelares y su posible levantamiento y prórroga de plazos *in possessio* para posibilitar una negociación libre de presiones que la obstruyan.

Constituye un principio consensuado sin reservas el carácter del *debtor in possession financing* en orden condicionante de cualquiera fuere la negociación o el procedimiento de cualquier naturaleza dirigido a evitar la liquidación frente a la crisis o a su mera posibilidad. Los acreedores y particularmente los acreedores institucionales informados retacean el crédito al deudor y en su caso lo suprimen.

En nuestro medio, la presentación oportuna significa si bien la mejor disposición del deudor en el orden económico para una mejor propuesta de pago a sus acreedores incorporada al plan de reorganización, también el conocimiento de los financistas institucionales o aún privados, es determinante de, en el mejor de los casos, mayores exigencias, o la lisa y llana eliminación del mercado de crédito

•

El presupuesto material de la crisis está constituido por el fenómeno económico que en la terminología jurídica se ha dado en llamar “infracapitalización”. Tema este que es tan rico en debate como proficua su investigación.

Como común denominador la infracapitalización significa casi todos los riesgos sobre la actividad empresarial cuya fluidez depende del equilibrio en la relación entre los recursos propios de la sociedad y recursos ajenos, cuya disparidad los potencia y eleva los consecuentes costos de agencia de los acreedores; en tanto que el socio refugiado en la cobertura de la responsabilidad limitada instalada no participa en los riesgos porque su responsabilidad se limita a una pequeña proporción equivalente al porcentual de sus aportes en el capital integrado manteniendo, en contraposición a los acreedores, no sólo el derecho político de gestión, también el derecho patrimonial a los dividendos lo que provoca una situación objetivamente inversa tanto frente a los acreedores titulares de mayores inversiones, sistemáticamente sometidas a la gestión y administración de los socios, como frente a los otros socios que tienen comprometido los mayores aportes.¹

I. LA FINANCIACION EN LA CRISIS GLOBAL. PEDEDUCCION. SUS ANTECEDENTES

Se ha considerado que es *“un dato de experiencia común el hecho de que cualquier intento de superación de la crisis y de búsqueda de soluciones distintas de la liquidación, pasa forzosamente por la participación de los institutos de crédito en el ámbito de un plan de resaneamiento o de reestructuración (...) cuyo primer y principal pilar está representado, precisamente, por la nueva finanza bancaria”*, y recuerda que en la “patria” de los resaneamientos haciendales, o sea los Estados Unidos, el dintel del plan de reorganización es, casi invariablemente, el llamado *debtor in possession financing*, sin el cual las esperanzas de recuperación del equilibrio económico se frustran al nacer.

El sistema italiano bien puede ser considerado precursor de la prededucción: el Decreto Legislativo 414-Ley n. 544/81 del ordenamiento

¹ FERNANDEZ DE LA GANDARA, LUIS , “La infracapitalización: un problema de política y técnicas legislativas” en “Derecho Económico Empresarial – Homenaje al Dr. Hector Alegria”, La Ley, Buenos Aires, 2011, p. 1175 y ss.

italiano que reconoce tal condición a la indemnización por antigüedad debido a los trabajadores de la empresa en la administración ordinaria según Leyes n. 95/1979 y 381/1982 para las deudas generadas en relaciones de trabajo y ulteriormente por la ley 546/1983 para las deudas contraídas para la adquisición de materia prima todo lo cual culmina con el explicito reconocimiento de la prededucción como instrumento de gestión en la crisis en el Decreto Ley del 8 de julio de 1999 n.270 que adjudica la condición de prededucibilidad al crédito nacido para la continuación de la actividad de la empresa y la administración del patrimonio del deudor durante la administración extraordinaria y también en la quiebra sucesiva.

La *Ley Prodi* del 10 de abril de 1979 n. 95 incorporó al ordenamiento concursal italiano la llamada “*Administración extraordinaria de las grandes empresas en crisis*” sometidas a una regulación sumamente rígida por parte de la autoridad administrativa. El nuevo sistema fue reformado sustancialmente con el Dec. Legs. del 8 de julio de 1999 n. 270 que abrogó la ley anterior del mismo año con la finalidad de tutela de la ocupación y del empleo, salvaguarda y conservación del patrimonio productivo “*mediante la prosecución reactivación, y reconversión de la actividad empresarial*”. La reforma dispone que **los créditos contraídos por la administración de la quiebra después de su declaración para ser aplicados a la continuidad de la actividad gozan de prededucción en tanto fueren autorizados por la autoridad judicial.**

La ley nº 122 del 2010 agregó un inciso al art. 182- una disciplina dedicada al financiamiento de las empresas en crisis, de modo que esa norma cubre el vacío, dictando al mismo tiempo una serie de reglas oportunamente incentivantes –e insuficientes-.

El estímulo fue confiado al sistema de la prededucción, que tiende a reforzar la tutela de aquellos sujetos, empezando por los bancos, que acepten financiar empresas en crisis.

El D.L. 78/2010 convertido en Ley 122/2010 introdujo en la LF el art. 182 *quater* denominado “*Disposiciones en materia de prededucibilidad de los créditos en el concordato preventivo, en los acuerdos de reestructuración de deudas*” que admite, a quienes entienden tener confianza para ayudar a la

empresa en dificultades, realizar **erogaciones financieras con la seguridad de que no serán afectados por la quiebra**, manteniendo firme la posibilidad de que los financistas recuperen los importes erogados considerados *prededucibles*.

Ha sido así previsto que los créditos referidos a empréstitos y/o financiaciones obtenidas por la empresa de banca o intermediarios financieros, en ejecución de un concordato preventivo o de acuerdos sobre la reestructuración de las deudas, sean prededucibles en caso de quiebra ulterior en el sentido del artículo 111 LF.

El D.L. 78/2010, antes de la conversión en Ley 122/2010 preveía que el beneficio de la prededucción estuviese subordinado a la homologación del concordato preventivo o en su caso del acuerdo de reestructuración de las deudas, pero la conversión la autorización de financiación prededucible se prevé, en una simple resolución con la cual el tribunal acoge la demanda de admisión al concordato preventivo o en la resolución con la cual homologa el acuerdo de reestructuración.

Junto a los créditos referidos a las clásicas operaciones de financiación de la empresa, entran en la categorías de créditos prededucibles también los créditos derivados de las financiaciones efectuadas por la banca y por los intermediarios financieros en función de la presentación de la demanda de admisión al concordato o de la demanda de homologación del acuerdo y las compensaciones correspondientes al profesional encargado de preparar el informe que acompaña al concordato preventivo o al acuerdo de reestructuración.

También los socios pueden financiar la empresa contando con el recupero de sus desembolsos en prededucción en caso de quiebra pero esto es posible *sólo hasta el 80% del monto de su financiación*.

Tales modificaciones, entonces, están dirigidas a **favorecer el acceso al crédito a las empresas en estado de crisis que inician un procedimiento de concordato preventivo o un acuerdo de reestructuración**, reconociendo la prededucibilidad a las financiaciones que pueden provenir sea de terceros (**sistema bancario**) sea de medios propios (**financiación de los**

socios) que no asume la calidad de capital de riesgo y que puede, en caso de fracaso del saneamiento y entonces de declaración de quiebra, ser totalmente recuperados por el financista totalmente cuando se trate de financiaciones bancarias o bien parcialmente en los casos de financiación de los socios.

Ulteriormente el Decreto Ley 83/2012 del 7 de agosto introdujo reforma que Schiano di Pepe define como “prepotentemente dirigida al saneamiento”, que en el derecho anterior ya existía, pero no generalizada en la praxis, en razón del uso desviado que había hecho de ese procedimiento.²

El aludido Decreto Ley, art. 33, no sólo rediseña ampliamente la disciplina del concordato preventivo en general, sino que en particular ha introducido el llamado “*concordato con continuidad hacienda*”.

Su nota caracterizante es el tratamiento del financiamiento de última instancia y a ese fin establece que el deudor que promovió el concordato preventivo puede pedir al tribunal que se lo autorice a contraer “*financiamientos prededucibles*” si un profesional designado por el deudor certifica que tales financiamientos son funcionales a la mejor satisfacción del acreedor. La doctrina autoral considera que el “profesional”, asume en cierto sentido un rol publicístico por las responsabilidades que le son atribuidas, con previsión de sanciones penales.

La prededucción que estaba ya introducida limitadamente a las operaciones financieras, se generaliza a favor de todos los financiadores del concordato preventivo y acuerdos de reestructuración.

II. PREDEDUCCION Y LA INFRACAPITALIZACIÓN SOCIETARIA

Las dificultades en el tratamiento de la infracapitalización a pesar de su antigua data y de los incontables estudios que a lo largo del tiempo asumieron una gran difusión de los múltiples problemas significados por dicho fenómeno

² SCHIANO DI PEPE “*Il Concordato Preventivo. Continuità aziendale nel Decreto Legge 83/2012*”. AMBROSINI “*I finanziamenti bancari alle imprese in crisi dopo la riforma del 2012*” ambos en “*Il Diritto fallimentare e delle società commerciali*”, septiembre/ octubre 2012.

societario no han obtenido respuesta consensuada y la incertidumbre permanece sólida y cómodamente asentada en doctrinas cuyas conclusiones son antagónicas. En gran medida el fenómeno está derivado a la competencia de la ciencia de la economía, que no ha suministrado los paradigmas necesarios para determinar la capitalización adecuada y el necesario equilibrio entre la dualidad inseparable recursos propios y recursos ajenos.

Ya se apuntó que la infracapitalización constituye en sí misma un peligro inmanente a casi todos los riesgos de la actividad empresarial: la relación entre los recursos propios y los ajenos eleva los riesgos y costes de agencia de los acreedores, en tanto que el socio, que participa de dichos riesgos en una pequeña proporción equivalente al porcentual de sus aportes en el capital integrado mantiene a despecho de la infracapitalización no solo el poder político de gestión sino el beneficio de los dividendos residuales configurándose así una situación objetivamente diversa frente a los socios que tienen comprometidos mayores aportes y particularmente frente a los acreedores titulares de mayores inversiones, sometidas por el imperio del propio sistema a la gestión y administración de los socios.

La infracapitalización acontece cuando la cifra, valor meramente contable, de contenido matemático pero carente de valoración económica, fijada por los socios en el acto fundacional constituye a la sociedad en titular de un patrimonio ostensiblemente insuficiente para el cumplimiento del objeto social.

Así la *ratio* entre capital de responsabilidad y capital de riesgo revela la carencia de significación de la necesaria determinación de la desproporción, determinante de la infracapitalización material y remitir dicho equilibrio necesario entre el capital de responsabilidad y el capital de riesgo atribuido a los socios, a un sistema de financiación ajena, calificada como “*nominal*” a través de préstamos de terceros o como capital de sustitución por los ingresos de los propios socios

La doctrina alemana ha ganado el podio en la profundización del tema conceptuando que la insuficiencia del sistema no sólo resulta de la dotación de un capital inferior para la realización de la actividad programada (esto es

infracapitalización material)³, también del capital del riesgo (fondo de explotación).

La “*infracapitalización material*” se define como “inexistencia de recursos propios necesarios para la financiación de la sociedad en el momento mismo de su constitución o bien en el transcurso de la actividad de la sociedad. En otros términos, “*insuficiencia del capital de responsabilidad*” (recursos propios) necesarios para la financiación de la sociedad tanto cuando aconteciere en el acto de constitución u origen como cuando lo fuere ulteriormente estando ya en el ejercicio de su actividad. De ello sigue que, en caso de insolvencia por las deudas de la sociedad que esta no pudiere afrontar, asumen responsabilidad los socios en derogación del principio de la responsabilidad limitada al aporte, típico de las sociedades de capital (SA y SRL).

Inversamente la “*infracapitalización nominal*” acontece cuando la sociedad no cuenta con recursos propios suficientes para su actividad, característica esta común a la “infracapitalización material”, y cubre la financiación para la continuación de la misma con aportes de capital de crédito (préstamo) por terceros (bancos) o particulares o aun por sus propios socios (capital de sustitución- préstamos disfrazados).

La “cifra” del capital social del acto constitutivo es insuficiente por sí mismo para determinar la consistencia financiera y patrimonial de la sociedad.

En el derecho europeo la Segunda Directiva de 13 de diciembre de 1976, llamada “*Directiva del Capital*”, pone particular detenimiento en el desconcierto doctrinario y legislativo aplicado a la noción del capital social, y la exigencia del “*capital mínimo*” ciertamente insuficiente para garantizar la capitalización social o de responsabilidad.

El documento pone énfasis en las grandes diferencias que se observan en los respectivos ordenamientos de los países miembros en particular respecto de las distintas partidas que integran los “*fondos propios*” y asimismo respecto de los conceptos de financiación interna y externa no constitutivas de

³ KARSTEN SCHMIDT, “*Gesellschafterdarlehen*”, p. 690 y 1177 2do párrafo los considera equivalente a la no capitalización

aportes de capital de modo que el término capital es asimilado al de “*recursos propios*” lo cual lleva a admitir la falta de adecuación del capital propio -o recursos propios de la sociedad- respecto de las necesidades de financiación por parte de terceros -informados- siendo que la sociedad se encuentra en una condición económica impeditiva de lograr financiación externa agravada por la ausencia de una regulación general de infracapitalización manifiesta.⁴

A modo de consecuencia, la concusión, la infracapitalización, según el negocio de que se trate, exige recurrir a variables para abastecer a un endeudamiento excesivo, respecto de los recursos propios disponibles, lo que lleva a la necesidad de aportes adicionales de los socios como capital propio de la sociedad (*Finanzbedarf*) siendo que la ley no impone la obligatoriedad de tales aportes suplementarios, en exceso de los integrados en el acto constitutivo.

Cualesquiera que fueren los estadios financieros de liquidez o rentabilidad siempre la infracapitalización remite al binomio recursos propios / recursos ajenos (*Debt equity ratio*).⁵

Asume en consecuencia particular relevancia en orden a la continuidad de la actividad, bien jurídico tutelado, en el difícil escenario de la crisis económica global, el desafío a la ciencia de la economía y al derecho concursal en orden a la aplicación de los sistemas que en forma inmediata permitan financiación de todo el inmenso plantel empresario que mueve la economía del mundo, hoy detenida frente al enemigo invisible de prognosis incierta.

Las sociedades de capital, enmarcadas en precisa y dura tipología asignan al capital social una función de organización como unidad de medida de los derechos, y aun obligaciones de los socios ad intra y aplicación de los porcentuales de los respectivos aportes con expresión equivalente en el ejercicio de sus derechos políticos y patrimoniales.

⁴ PORTALE, “*Capitale sociale*”, p. 65 nota 14.

⁵ FERNANDEZ DE LA GÁNDARA, op. cit. 1186. De la libertad de contrato surge el equilibrio en la negociación lo que lleva a considerar que no existe la externalización que la infracapitalización traslada al exclusivo soporte del crédito sino que existe una voluntaria evaluación sin la cual no habría existido ni contrato, ni crédito, ni deuda

El capital social fundacional constituye sólo una cifra formal sin traducción económica (*nomen iuris*) cuyo tradicional atributo de garantía de los acreedores no tiene otra entidad económica que el efecto de constituirse en el límite por debajo del cual y hasta tanto no se supere la sociedad no puede repartir dividendos a los socios.

Resulta realmente definitorio en la conceptualización del capital social, la inexistencia del requisito impuesto a la sociedad de constituir un capital adecuado con las exigencias económicas y financieras, necesarias al ejercicio de la actividad incluido el nivel de riesgo que le es implícito.

Todos los ordenamientos europeos consagran dentro del principio de autonomía de la voluntad la plena libertad de ordenar y disponer la capitalización constitutiva de la sociedad en forma independiente del objeto social, de las actividades que realice, y de su misma dimensión.

Queda como resabio tradicional el particular tratamiento en hipótesis de crisis económica o financiera y el advenimiento de hechos causales de disolución por pérdidas importantes del capital social.

Se considera que las garantías en orden a la financiación de las sociedades anónimas y limitadas, están constituidas en publicidad correspondencia e integridad del capital de modo que su insuficiencia no significa ni en doctrina ni en legislación responsabilidad del socio, constituida o cubierta por la publicidad registral.⁶

La limitación de la responsabilidad al aporte, significa, en hipótesis de crisis remitir a los acreedores el peso del fracaso empresarial al no poder satisfacer su crédito.

El apotegma nos coloca frente a los dos temas que constituyen la materia de las presentes reflexiones: en primer término los medios impuestos a la sociedad para aliviar el inevitable daño que la crisis ocasionará a los acreedores y en segundo término los instrumentos puestos en manos del empresario de orden concursal y contractual conducentes a la recuperación de

⁶ OTXOA, ERRARTE “La Responsabilidad de los Socios por la Infracapitalización” DF 53/62.

la actividad y el mantenimiento del empleo, constituidos en la tésis nueva del derecho concursal.

Caracterizada doctrina considera que no es correcto concluir que la infracapitalización externaliza en todos los casos sobre sus acreedores sus costes. Paz Ares llama a esa literatura “*espejismo de la externalización*”. “*Los costos que se supone soportan los acreedores son soportados en realidad por los socios y ello por la sencilla razón de que aquellos al formalizar sus contratos anticipan la conducta futura de estos.*”

Puede decirse por ello que los costes de supervisión, de incentivos perversos y de quiebra asociados a la infracapitalización son costes en que incurren los acreedores pero que pagan los socios.

En efecto, en el caso de que estos logren obtener un préstamo de aquellos, o bien los conseguirán prestando sus garantías personales u otro tipo de garantías o cautelas o bien a una tasa de interés más alta que incluye una prima de riesgo para remunerar esos costes. Hay que tener en cuenta que en ocasiones los acreedores, básicamente los acreedores financieros, sienten menos aversión al riesgo (pues pueden diversificar sus riesgos) (así por ejemplo los bancos) y consiguientemente pueden estar dispuestos -como una compañía de seguros- “*a comprar riesgos*”. En el coste del crédito el tomador paga el riesgo de su incumplimiento.

En realidad, los distintos acreedores de la sociedad pedirán una compensación adecuada al riesgo que han de soportar y establecerán las cautelas que consideren oportuna. Ese ajuste contractual logrará un acuerdo eficiente. Obsérvese que no hay externalización puesto que todos los riesgos están internalizados, es decir contratados o asumidos voluntariamente”⁷

Especial interés revisten asimismo, dentro del ámbito del derecho anglosajón (ps. 1587 ss.), las lucidas reflexiones de Susan Woodward “*Limited liability*”, ps. 601 ss, Easterbrook- Fischel “*The Economic Structure*”, ps. 40 ss. y en la literatura europea Kircher CH “*Okomischemat*”.

⁷ PAZ ARES “*La infracapitalización*”, ps. 258-259.

Por primera vez fueron, otra vez, los tribunales alemanes que en el derecho europeo introdujeron la distinción entre infracapitalización material y nominal que fue el modelo ordenador en otros países.

Los socios financiadores de la sociedad podrían en su caso exigir la restitución anticipada de sus créditos lo que significara el deterioro del patrimonio empresarial frente a la situación de crisis concursal cuando estarán habilitados para verificar su crédito e integrar el pasivo en concurrencia y paridad con los acreedores externos y más aún si hubieren pactado con la sociedad garantías reales para su préstamo, en posición preferente a aquellos.

Los intereses de los acreedores no contractuales y de los contractuales involuntarios -laborales-, se resuelve, más bien complica el alcance de la responsabilidad que, como vimos en los supuestos de infracapitalización material supone la insuficiencia de recursos propios significada por un capital social exiguuo frente a las necesidades financieras desde el momento mismo de constitución -infracapitalización originaria- o ulteriormente, en el desarrollo de la actividad social -infracapitalización sobreviniente-.

Las características propias de la “*infracapitalización nominal*” por parte de los socios, que se concreta asumiendo la condición de capital de crédito, préstamos o preferencias en el cobro en situaciones de crisis, viola la disciplina del capital social de responsabilidad limitada al aporte.

De tan complejo escenario surgen debates en que la doctrina no logra consenso, respecto de la obligación legal de capitalización suficiente agravadas con la limitación del capital a un determinado monto mínimo inadecuado a las necesidades financieras que el instituto del capital mínimo, de ordinario asentado en el acto constitutivo significa la elusión del concepto de garantía de los acreedores societarios atribuido al capital social.

La tutela de los acreedores a través de la garantía del capital social mínimo se revela lisa y llanamente inexistente en la doctrina europea, que fundada en el principio de la responsabilidad limitada de los socios, y la consecuente libertad en materia de determinación del capital a aportar queda

reducida a la publicidad registral constituida en el residuo de la inexistente función de garantía del capital.

Menester es advertir que constituyen excepción supuestos ostensibles de capitalización escandalosa que por el nivel de su insuficiencia deja al desamparo a los acreedores extracontractuales, y a los pequeños acreedores englobados en la calificación de “*acreedores no informados*” o “*acreedores ignorantes*”.

IV.- PREDEDUCCION Y LA INOPONIBILIDAD DE LA PERSONALIDAD JURÍDICA. ROLF SERIK

La doctrina de la responsabilidad ilimitada de los socios en procura de reestablecer la equidad inexistente predica la desestimación de la personalidad jurídica consagrada por el jurista alemán Rolf Serik en el año 1955 en su obra titulada “*Rechtsform und Realität juristischer Personen*” (“*Forma jurídica y Realidad de la personalidad jurídica*”) que sobre el común denominador de la regla de la buena fe incorpora la doctrina de abuso de la persona jurídica y fraude a los terceros como fundamento de responsabilidad personal e ilimitada de los socios.

Los tribunales han aplicado con prudencia suma y del fenómeno de infracapitalización material, en situaciones de dolo. Sólo escasas sentencias decretan la responsabilidad de los socios a la que se califica como extractual por insuficiencia del capital social, tesis que hacen extensiva, también ocasionalmente, al retraso de demanda del procedimiento de insolvencia⁸.

No obstante, distintas posiciones en doctrina persiguen el mismo objetivo de la doctrina Serik.

La mayoría de los comentarios de la obra de Serick se han ocupado fundamentalmente de un punto esencial, para la concepción de las personas jurídicas, el de su *Durchgriff* (según terminología germánica) o “penetración” hasta alcanzar su sustrato personal o real, o su “*Disregard of legal entity*”

⁸ OTXOA ERRARTE, “*La responsabilidad de los socios*”, ps. 245 / 258.

(conforme la doctrina y jurisprudencia angloamericana), “*rasgar el velo corporativo*” (según ha dicho en alguna decisión el Tribunal Supremo de Puerto Rico), “velo artificial de la sociedad”, como lo califica Federico de Castro.

La *negativa de la personalidad a las sociedades mercantiles*, en especial a la sociedad anónima, a las que en Francia negó incluso la existencia un Decreto de 1793, destaca el apoyo de Federico de Castro (“*¿Crisis de la sociedad anónima? Reflexiones sobre la proyectada reforma legislativa*”) - Madrid, 1950 en parte publicado en «An. Der. Civ. II-IV, págs. 1.397 y sigs. con el título de “*La Sociedad Anónima y la deformación del concepto de persona jurídica*”). “Si se quiere utilizar la persona jurídica como concepto técnico, será preciso partir de que la Sociedad Anónima no merece la consideración de persona jurídica)... “al estimarse persona jurídica a la Sociedad Anónima se abstrajo indebidamente de sus componentes (substrato personal, realidad jurídica subyacente)... “la limitación de *las responsabilidades de los socios por ser un privilegio, debe interpretarse restrictivamente, y sólo puede encontrar alguna explicación cuando la voluntad social se forma realmente por una pluralidad de personas*). Y, finalmente, aproximándose al *Durchgriff* o penetración de la jurisprudencia alemana o al *Disregard* de la anglosajona, conforme a la acertada tendencia moderna, no debe vacilarse en apartar el artificio de la Sociedad Anónima para decidir los casos según la realidad que constituye la base de la sociedad”.

Antonio Polo, al concluir su prólogo en la obra de Serik pone paños fríos al entusiasmo desinstitulizante:

“Queremos apuntar con esto la extraordinaria *dificultad* que *entraña la formulación de un criterio rector firme que indique en qué casos puede prescindirse o no de la forma de la persona jurídica para aprehender la realidad que bajo la misma se oculta. Esta dificultad es fuente de incertidumbre de la misma manera que aquel mal uso de un instrumento como persona jurídica, cuando no responde a los fines que la informan, es origen de natural insatisfacción para los juristas..*”

“*Toda ponderación en esta materia ha de considerarse insuficiente. Los riesgos que amenazan la seguridad jurídica cuando se pierde el respeto a la*

figura formal de la persona colectiva para penetrando» a través de ella alcanzar a su patrimonio y a sus individuos, no pueden ser silenciados ni desconocidos. Cuando el derecho ofrece los cuadros de una institución y les atribuye unas determinadas consecuencias jurídicas, el daño que resulte de no respetar aquellas, salvo casos excepcionales, puede ser mayor que el que provenga del mal uso que de los mismo se haga.”

V. PREDEDUCCIÓN Y DEUDAS DE LA MASA

No obstante la labilidad de sus contenidos es un común denominador de todos los rubros englobados dentro del concepto deudas de la masa, el carácter de pago anticipado recogido desde el punto de vista técnico con la expresión "*prededucible*".

La disciplina de la "deducción previa" (o prededucción) es anterior a la elaboración misma del concepto de deuda de "masa" que encuentra en la reforma del *Code de Commerce* de 1837 un importante antecedente a través de lo que calificada doctrina llama "un mayor grado de colectivización al grupo acreedor".⁹

El concepto de masa y de deudas de la masa que graban al grupo de acreedores (*masse des creanciers*), nacería como una implicancia de la prededucción.

Es en la reforma del *Code de Commerce* Francés de 1807, artículo 558, que la doctrina encuentra la idea de la prededucción de las deudas de la masa o acreedores del concurso o gastos -y honorarios- de justicia. Los gastos judiciales son materia de "*distraccion*" (deducción) del producto de la liquidación de los muebles del quebrado antes de la distribución entre los acreedores: se dan como ejemplo de tales gastos, los de inventarios, los salarios de los síndicos y los efectuados en general en el interés común de los concurrentes.

La voz prededucción se conforma en su primera parte por la preposición "*pre*" y "deducir" cuyo significado en el diccionario de la lengua es

⁹ BELTRÁN, EMILIO, "*Las deudas de la masa*" - Ed. Albornotiana - Bolonia - 1986 - pág. 33

sustraer, defalcarse, pero llevado al significado de la terminología jurídica puede ser aplicado a la acción de deducir antes, con anterioridad. Lo que significa descartar como sinónimo la voz “*defalcarse*” y mantener en cambio “sustraer o retirar” siendo meramente contingente adjudicar a la acción tipificación penal represiva o sancionatoria.

Un análisis consecuente lleva a calificar a la prededucción como un instrumento de gobierno de la crisis que incluso podría ser actuado por los mismos propietarios de los derechos sobre el patrimonio en crisis y sobre la empresa con poder de disposición.

Nada se defalca de la masa de la quiebra repartible entre los acreedores concurrentes. La deducción implica extraer del producto de la liquidación los gastos útiles y necesarios que en una última instancia, al estar destinados a la ejecución del reparto entre los acreedores concurrentes, contribuye a satisfacer de la mejor manera su participación en el reparto ya que sin ellos no habría sido posible generar el dividendo de liquidación correspondiente según la compleja ordenación de gastos y privilegios generales y especiales.

El gasto (o crédito) prededucible, (*rectius* el préstamo prededucible) constituye el instrumento económico útil, imprescindible, insoslayable, para conformar el patrimonio de la quiebra (masa de la quiebra) sometido a reglas propias, plenamente justificadas en cuanto se trata de deudas nuevas para cancelar las deudas viejas.¹⁰

VI. LA PEQUEÑA HISTORIA EN NUESTRO DERECHO. PREDEDUCCION Y GASTOS DE CONSERVACION Y JUSTICIA

¹⁰ PACCHI, STEFANIA, La prededuzione dei crediti: notazioni generali, en AA.VV., Finanziamenti bancari alle imprese in crisi fra prededuzione e subordinazione, en Dir. Banca e Merc. fin., 2011, 468 ss.; VALENSISE P. , Commento all’art. 182-quater, en A. NIGRO, M. SANDULLI, V. SANTORO (directores), La legge fallimentare dopo la riforma, Torino, 2010, 3° v., p. 2336 ss.; G. B. NARDECCHIA, Sub art. 182-quarter, en Commentario alla legge fallimentare, III, a cargo de C. Cavallini, Milano, 2010; M. FABIANI, L’ulteriore up-grade degli accordi di ristrutturazione e l’incentivo ai finanziamenti nelle soluzioni concordate, en Fall., 2010, p. 898 ss.; C. COSTA, Esenzione dall’azione revocatoria e prededuzione nelle procedure stragiudiziali di risanamento delle imprese, en Dir. fall., 2010, I, p. 531 ss. LIBONATTI, “*Prospettive di riforma sulla crisi del ‘impresa*”, Giurisprudenza Commerciale , tomo I, pág. 327 y ss. ed. 2001.

Desde luego también en nuestro derecho el tema relativo a las deudas de la masa o gastos del concurso, guarda entroncamiento con el tema de los privilegios, y sigue el andarivel de la doctrina y legislación hispanas: entre privilegio (graduación) y preferencia (orden temporal).

El artículo 3875 del Código Civil de Vélez define al privilegio como el derecho dado por la ley a un acreedor para ser pagado con preferencia a otro.

A su vez en el artículo 3879, inciso 1) se establece que tienen privilegio sobre todos los bienes del deudor, muebles e inmuebles, los gastos de justicia hechos en interés común de los acreedores y los que cause la administración durante el concurso.

Desde luego que bastará hacer un breve repaso de los antecedentes supra expuestos para advertir que está conceptualizando los mismos contenidos que la laboriosa secular doctrina incluye en el concepto de deudas de la masa.

La nota de Vélez expone: *"Dando privilegio a los gastos de justicia se evita a cada acreedor la lentitud y dificultad de una repartición, a prorrata, a que todos son obligados en proporción a la importancia de las sumas que deben corresponder en el activo del deudor. Este privilegio no es en realidad sino un pago anticipado y necesario hecho del conjunto de los valores destinados a los acreedores"*.

Sin embargo, a poco andar la doctrina nacional conceptúo que el gasto de justicia no es un privilegio sino una construcción legal tendiente a superar la lentitud en la repartición proporcional de los gastos entre los acreedores y beneficiados.

El gasto de justicia escapa al conflicto con la graduación del crédito porque está por encima de todos los privilegios y su característica es ser general cuando se preste "necesariamente" para el trámite del procedimiento en utilidad de todos y especial cuando acontezca útilmente sólo respecto de algunos.

Esta posición encuentra su más mentado expositor en Cordeiro Álvarez¹¹ a quien recuerda Mosso en su obra póstuma¹².

En 1995 la ley 24522 dio un todavía inadvertido golpe de timón, en torno a la conflictiva temática: introdujo importantes reformas en el artículo 264 - que toma el número de art. 240- y dejó subsistente en todas sus partes la regulación referida a los gastos de conservación y justicia en el concurso especial del ex artículo 268 en el nuevo artículo 244.

Mantiene entonces en líneas generales la metodología de la ley anterior: el artículo 264 dedicado a los "*Acreeedores del concurso*" hoy en el art. 240 se llama "*Gastos de conservación y justicia*" pero sigue tratando la problemática de los acreedores del concurso, en tanto el art. 268 destinado a la reserva de gastos que regula aquellos producidos en el interés del privilegiado especial subsiste intacto en denominación y contenido, bajo el número 244 de la ley vigente.

Sin embargo, como veremos introduce en el nuevo art. 240 (ex 264) una redacción que, pone claridad donde no la había.

Quizá el legislador consideró, como dijimos supra, que no era solución adecuada haber suprimido el anterior título de "*acreeedores de la masa*" y sugerir una personificación inexistente, por la de acreedores del concurso lo que constituye otra, también impropia, pues ni masa ni concurso tienen personalidad.

De todos modos, desde otro punto de vista, el nuevo título tampoco es sistemáticamente apropiado porque provoca confusión con la "reserva de gastos" del artículo 244 (ex 268).

Por sobre ésta conservación de nomenclatura corresponde advertir que los titulares de gastos de conservación y justicia del artículo 240 -ex art. 268- son siempre, hoy y como lo eran antes, acreedores del concurso que son pagados con preferencia a los acreedores del fallido, salvo que éstos tenga crédito con privilegio especial.

¹¹ CORDERO ALVAREZ, ERNESTO; "Tratado de los privilegios" - 2da. ed. - 1969 - pág. 64.

¹² MOSSO, GUILLERMO; "Concurso Especial y Reserva de Gastos" - Ed. Ad-Hoc - 2002 - pág. 69: el trabajo póstumo del destacado jurista, es la obra más importante sobre el complejo tema en la doctrina argentina.

El artículo 264 de la ley 19551 incluía entre los gastos cuya atención debía ser preferida la adjetivación de "necesarios".

La ley 24522 en el artículo 240 omite tal calificación. Sin embargo, no debe reputarse que ha variado el criterio de interpretación restrictiva.

En el nuevo art. 240 (ex 264) el texto determina en forma precisa cuales son los créditos antes englobados en los conceptos de "*deuda de la masa*", "*acreedores del concurso*", "*gastos de conservación y justicia*" precisando en forma clara que son solamente aquellos "*causados en la conservación, administración y liquidación de los bienes del concursado*". También limita el alcance de dichos créditos sólo cuando fueren realizados "*en el trámite del concurso*", agregando el concepto definitorio de la prededucción: "*cuando resulten exigibles y sin necesidad de verificación*".

Estos gastos y honorarios existen en todo procedimiento concursal y son más que necesarios, imprescindibles¹³. La diferencia entre "*gasto de conservación y justicia*" y "*reserva de gastos*" es simplemente descriptiva de todas las deudas de la masa, pero ambos reciben un tratamiento igualitario en el sentido de su precedencia absoluta con relación a todos los otros acreedores del fallido (cualquiera fuere su graduación -privilegio-).

La prededucción es una nota esencial y calificativa de las deudas de la masa y significa el derecho del titular de un crédito contra la masa -gasto u honorario de funcionarios del concurso- para ser satisfecho antes de todos los acreedores del fallido.

Como la prededucción significa sustracción, detracción, deducción, reserva y separación de cualquier cosa antes de otra y el instituto en materia falimentaria obra al respecto de sumas de dinero, significa detraer de tales sumas un cierto importe.

Siguiendo la expresión de Alessi¹⁴, la prededucción mira a sustraer del activo antes de los repartos o distribuciones que constituyen las únicas formas de practicar distribuciones legítimamente entre los acreedores del fallido,

¹³ KEMELMAJER DE CARLUCCI AIDA "*Modificación al régimen de prioridades concursales*", Rev. Der. Privado y Comunitario n° 11, pág. 180 y ss

¹⁴ ALESSI GIUSEPPE; "*L'Amministrazione Straordinaria delle grandi imprese insolventi*" - Giuffrè Editore – 2000, p. 227, Cap. XI. 4: "Debiti di massa"

las sumas necesarias para el pago de las deudas de la masa con anterioridad absoluta respecto de las deudas contraídas por el fallido aún cuando se encuentren munidas de cualquier causa de prelación o privilegio.

La prededucción tiene por función asegurar a las deudas de la masa el pago cierto e integral toda vez que exista activo suficiente y debe ser pagada antes de los concurrentes sin que jamás puedan permanecer postergados por éstos.

Esto supone que ningún acreedor concurrente podrá percibir dividendo concursal alguno si no estuvieren pagados -o reservados- los gastos prededucibles. Tal dividendo concursal sería ilícito.

No es una mera operación contable sino una cualidad del acreedor titular de un crédito contra la masa, lo que le confirma un derecho subjetivo, y el pago mismo puede acontecer aún después de alguna repartición parcial a los acreedores del fallido (supuesto éste no factible en la nueva ley de concursos y quiebras por haber eliminado las reparticiones parciales), pero en todo caso antes del reparto final del artículo 218.

En este orden de ideas esta nota típica (prededucción) de los gastos de justicia es común a la reserva de gastos y también debió explícitamente consignarse en el artículo 244 (ex 268), como acontece en el artículo 240 (ex 264).

Sin embargo, advierto que la omisión no contradice igual solución pues por lo expuesto la prededucibilidad es una nota de todas las deudas de la masa generados en el trámite del concurso y dijimos ya que tanto las involucradas en el artículo 240 (ex 264) como en el artículo 244 (ex 268) pertenecen a esta misma categoría y están dotadas de sus mismas notas connaturales por lo que la prededucibilidad es común a ambas. Sin tales erogaciones a cargo de la “*masa activa de la quiebra*” no puede tramitar el procedimiento de liquidación judicial, como tampoco podría si faltara el sindico o el juez.

VII. “LOS PRÉSTAMOS DISFRAZADOS” DE LOS SOCIOS, SUSTITUTIVOS DE LOS FONDOS PROPIOS

En el ordenamiento societario alemán se consideran las normas sobre los préstamos de los socios llamados “*préstamos sustitutivos de fondos propios*”, como uno de los aspectos fundantes del derecho de protección de los acreedores.

En el año 1980 se incorporó una nueva normativa a la “*Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada*” (*GmbHG*) que por su complejidad fue fustigada por la doctrina y no fue respetada en la práctica, quedando librada a una jurisprudencia cambiante, reservada a un ámbito de interpretación demasiado reducido de especialistas, en cuya oportunidad nació la adjudicación de un curioso nombre: “*prestamos disfrazados*”.

Su reforma por ley del 1 de noviembre de 2008 denominada “*Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada y de prevención de abusos*” (*Gesetz zur Modernisierung des GmbHRechts und zur Bekämpfung von Missbrauchen*) (su sigla en alemán: *MoMiG*) deroga la normativa anterior y produce normas en la materia y transplanta la regulación de préstamos de los socios al ordenamiento concursal (*InsO*), sobre la base de reglas jurídicas objetivas que constituyen un sistema concursal que define el confuso panorama, trasladando a la *Insolvenzordnung* (*InsO*).

En el derecho anterior, la situación estaba regulada en los **arts. 32. a** y **32. b** de la *GmbHG* y, como se ha dicho, por reglas generadas en la jurisprudencia.

Los préstamos realizados por los socios durante la crisis eran considerados –en el ordenamiento societario alemán– como fondos propios de la sociedad (*rectius*: capital social), partiendo del razonamiento de que la responsabilidad de financiar a la sociedad en dificultades habría permitido a la misma acceder a medios para mantener la actividad económica.¹⁵

¹⁵ La responsabilidad del socio en orden a la financiación de la sociedad forma parte de la problemática tratada en la doctrina en el marco de la llamada “Infracapitalización nominal”.

El socio que optaba por financiar la sociedad para mantenerla en la situación de crisis o bien para superarla, desentendiéndose de la liquidación que resultaría precedente por aplicación del ordenamiento societario, no podía concurrir en paridad de trato con los acreedores en un procedimiento concursal ulterior, puesto que éstos no podían haber conocido la situación de crisis de la sociedad. Así entonces, la subordinación del socio a los demás acreedores concursales se justifica en los principios de la confianza y la buena fe y por ello el préstamo del socio es postergado respecto del crédito del acreedor concursal, e incluso al de los otros socios.

La *MoMiG* deroga los **arts. 32. a** y **32. b** correspondientes a los préstamos de los socios de una S.R.L. (*GmbH*) y traslada la regulación reformada a la *InsO* en los **arts. 39. I. 5 y 4; 44. a, 135 y 143 y a la Ley Sociedades Anónimas (AnfG): art. 6. VI. a.**

En el **art. 39** de la *InsO* incorpora una fórmula objetiva aplicable a todas las formas societarias y también a las asociativas en las que no exista determinada responsabilidad personal de persona natural.

Los préstamos de los socios y aquellas prestaciones equivalentes pasan a constituir el quinto rango de acreedores subordinados, sólo cuando el socio prestamista tenga participación mayor al 10% del capital social (**art. 39. V, *InsO***); pero cuando hubieren sido pagados por la sociedad en el año anterior a la declaración del concurso, quedan sujetos a la acción de reintegración en los términos del **art. 135 *InsO***.

En el derecho anterior los administradores, por aplicación de la Ley de S.R.L. (*GmbH*): **art. 30. I**, se veían enfrentados a la engorrosa decisión de denegar al socio el reembolso de préstamos con la compleja misión de recalificar un préstamo como recurso propio (por estar la sociedad en crisis). Los Tribunales consideraron que la regla adecuada para dirimir entre el reembolso o la recalificación de recurso propio con imputación al capital estaba dada por la denominada “incapacidad de crédito”, definida como la situación en la que un tercero no hubiera dado el préstamo en condiciones de mercado. De todos modos, el administrador asumía el riesgo de soportar una acción de

indemnización de la sociedad por reembolsar un préstamo al socio estando la sociedad en crisis, en función de lo establecido por el **art. 43 GmbHG**, o que a su vez el socio, alegando la inexistencia de la crisis, promoviese acción particular por denegación injustificada del reembolso.

El Tribunal de Justicia (*BGH*), en sentencia del 30 de enero de 2006, ya postulaba la reforma en aras de una mayor precisión para lograr seguridad.

La reforma realizada por la *MoMiG* determina que los reembolsos de préstamos a los socios están desvinculados de las normas sobre conservación del capital social, siendo válidos y únicamente revisables en el concurso de la sociedad por vía de impugnación los realizados dentro del año de la declaración del concurso.

La nueva fórmula legal, objetiva, considera la subordinación del préstamo del socio con una cierta participación relativa (mayor al 10%) como el precio a pagar por el beneficio de la limitación de responsabilidad. Prescinde del análisis de si los préstamos o aportes fueron concretados cuando la sociedad se encontraba en crisis o *in bonis*, bastando con que se hubieren realizado dentro del año anterior a la declaración del concurso para considerarlos alcanzados por el período sospecho y sometidos a impugnación.

Para evitar la contradicción con el régimen societario relativo a los préstamos de los socios en orden a la conservación del capital, se establece en la *GmbHG* (Ley de S.R.L.) ordinaria— que tales préstamos y las prestaciones equivalentes no son parte del capital social. Es decir que ya no se consideran, como en el régimen anterior, recursos propios sociales.

Como corolario, los pagos a los socios ya no están prohibidos en el ámbito societario por las normas sobre conservación del capital social, pero pueden ser objeto de acción de reintegración aquellos realizados durante el año anterior a la declaración del concurso (**art. 135 InsO**).

El régimen alemán se coloca así en un nivel de protección amplia pues, en virtud del trasplante a la regulación concursal, también alcanza a las sociedades de capital extranjeras cuando se pueda abrir un procedimiento de insolvencia sobre el patrimonio de las mismas, y esto le da la ventaja competitiva

que procura en el ámbito del derecho continental europeo en materia de sociedades de capital.

La regulación ha sido recibida favorablemente en la doctrina, que la considera como una oportuna simplificación de las normas sobre los llamados “préstamos sustitutos de los fondos propios”.

VIII. EL DERECHO SOCIETARIO ACTUALIZADO Y EL CAPITAL SOCIAL REPENSADO.

Las recientes reformas acontecidas en el derecho societario en nuestro país revelan que el legislador ha asumido –en la medida de lo posible, con algún traspié- el verdadero alcance y significación del concepto de “capital social”, mínimo, establecido en la ley societaria.

Y ello se advierte en distintos aspectos cuyo desarrollo y fundamentación trataremos de resumir con todo el riesgo de insuficiencia que implica el límite de la extensión.

El Código Civil y Comercial de la Nación –agosto de 2015- en (adelante CCNI) incluye a la sociedad en el elenco de la regulación aplicable a las personas jurídicas privadas (CCCN: art. 148 a) y al exponer los atributos de la personalidad jurídica asigna nombre, domicilio, plazo ilimitado, objeto preciso y “patrimonio” (no “capital”).

Consecuentemente, en el art. 163 que trata las causales de disolución de la persona jurídica, elimina la causal “pérdida del capital social”, y la sustituye en el inciso i) por “*el agotamiento de los bienes destinados a sostenerla*” lo que bien puede considerarse equivalente a la infrapatrimonialización (*rectius*: carencia de patrimonio suficiente para la continuación de la actividad de la sociedad).

Otro avance más relevante en la definición de garantía de los acreedores en la organización societaria, aunque la doctrina no ha formulado una especial consideración se advierte en la reciente *Ley de Sociedades Anónimas Simplificadas (S.A.S) 27.349* denominada “*De apoyo al capital*”

emprendedor” en cuyo Anexo III crea un nuevo tipo social al que denomina “*Sociedad por Acciones Simplificada*” (S.A.S.) con capital social mínimo insignificante (no inferior a 2 (dos) veces el Salario Mínimo Vital y Móvil), que quita toda relevancia a su función de garantía.

La peculiaridad de la ley es la de no estar limitada a la organización, administración, desarrollo, disolución y liquidación del nuevo tipo social SAS sino la inclusión de dos capítulos preliminares, destinados a su financiamiento, uno de cuyos institutos es denominado “*Plataforma de Financiamiento Colectivo*” (P.F.C), en las que, por primera vez en nuestro derecho societario, sustituye el concepto de “capital social mínimo” por el de “patrimonio neto mínimo” el acto de constitución del nuevo subtipo de SA, cumple en forma adecuada la función de garantía del derecho de los acreedores.

Las “*Instituciones de capital emprendedor*” deberán registrarse en el “**Registro de Instituciones de capital emprendedor**” incluyendo los administradores, inversores en capital emprendedor, interesados en los beneficios de la ley, a cuyo cargo está informar al registro los compromisos, aportes, emprendimientos y sus condiciones sin perjuicio de **la inscripción en la Comisión Nacional de Valores (C.N.V) toda vez que la actividad califique como oferta pública según ley 26.831 art. 2.**

En el **Título II** bajo la denominación “**Sistemas de Financiamiento Colectivo**” instala el régimen especial de **promoción de fomento para la industria del capital emprendedor** a través del **mercado de capitales** para lo cual la Comisión Nacional de Valores es la autoridad de control, reglamentación, fiscalización, con todas las facultades según ley 26.831, siendo de aplicación al sistema las disposiciones de la ley (art. 22).

La C.N.V. en ejecución de la función delegada por el art. 22 de la Ley 27.349 incorpora al texto ordenado el “*Reglamento de la Plataforma de Financiamiento Colectivo PFC*” que establece:

“*las SA autorizadas, reguladas y controladas por la C.N.V., inscriptas en el registro ad hoc, con el **objeto principal** de poner **en contacto**, de manera **profesional** y sólo por portales web o medios análogos a personas humanas y/o jurídicas como inversores a una pluralidad de personas humanas y/o jurídicas*

que solicitan financiación, en virtud de su condición de “emprendedores de Financiación Colectiva”.

Bajo el título “**Patrimonio neto mínimo**” (no el “capital social mínimo” establece que la PFC deberá contar en forma **permanente** con \$ 250.000 (pesos doscientos cincuenta mil) que deberá surgir : a) de sus estados contables presentados a la C.N.V. con el acta de directorio que resuelve su aprobación, b) el informe del órgano de fiscalización y c) el dictamen de auditor con firma legalizada por el Consejo Profesional correspondiente, **que debe expedirse, particularmente, sobre la adecuación del patrimonio neto mínimo conforme las exigencias que impone la C.N.V.** Toda vez que de los estados contables anuales resultare un patrimonio neto inferior al valor neto mínimo (\$250.0000) la sociedad anónima P.F.C. deberá informarlo de inmediato a la C.N.V. incluyendo las medidas que adoptará para su recomposición dentro de los 10 (diez) días hábiles, vencidos los cuales deberá acreditar haber concretado la adecuación (art. 11 y cc.).

La nueva estructura del subtipo S.A. P.F.C, supera la fundada crítica doctrinaria que niega función de garantía al “*capital social mínimo*”, la que, adquiere entidad en cambio con la sustitución de dicho concepto por el de “*patrimonio neto mínimo*” y la particular exigencia de su adecuación toda vez que de los estados contables anuales surgiera **un patrimonio neto inferior al mínimo** establecido, imponiendo a la sociedad su recomposición a corto plazo. El novedoso sistema constituye un avance que significa evitar las consecuencias negativas que se siguen de la doctrina de la infracapitalización, basada en la pérdida, o disminución del capital social y ubicar la función de garantía en el sistema de la suficiencia permanente o constante del “*patrimonio neto mínimo*”, en cuya regulación es inmanente y sustancial la exigencia de su “*adecuación*” (*rectius* recomposición) toda vez que en razón de las pérdidas el *patrimonio neto* se ubique por debajo de su mínimo legal (en el caso \$250.000).

El patrimonio neto social mínimo a valor real constante y actualizado anualmente asume una consagración explícita e imperativa que significa haber dado a la estructura del subtipo SA P.F.C. consistencia a la antes inexistente garantía de los acreedores que, todavía vigente sobre la base del “capital social

mínimo” en la LGS, constituye sólo una expresión meramente dogmática (*nomen iuris*), que mal refleja la supuesta función de garantía del “capital social mínimo”

El sistema del “*patrimonio neto mínimo*”, actualizado anualmente es el fruto de largos años de repensar la función de garantía del capital social, tema central del derecho societario, que constituye el cierre de la doctrina de la infracapitalización que predica la obligación del socio-accionista de la sociedad de capital, de reconstruir el capital social, en hipótesis de pérdidas que constituyan causal de disolución, concurso o quiebra.

IX. LA PÉRDIDA DEL CAPITAL SOCIAL O EL AGOTAMIENTO DE LOS BIENES DESTINADOS A SOSTENER LA SOCIEDAD

Las modificaciones introducidas por el Código Civil y Comercial de la Nación debieron también establecerse en la Ley General de Sociedades, que sin que el legislador lo haya advertido, mantiene como causal de disolución la pérdida del capital social, en el art. 94 inc. 5 de la ahora denominada Ley General de Sociedades.

El capital social es una deuda de la sociedad frente a los socios que recién se extinguirá al momento de la liquidación con el remanente –si lo hubiere– (pasivo subordinado) después de pagados los acreedores (pasivo principal). Técnicamente el capital social pertenece a los socios, (no así en las asociaciones civiles y en general en el caso de las personas jurídicas en las que el patrimonio remanente, a falta de previsión tiene el destino previsto en el estatuto y en su defecto otra asociación civil domiciliada en la República de objeto similar a la liquidada (CCCN.: art. 185) en tanto que en las fundaciones debe destinarse a una entidad domiciliada en la República de carácter público o privado con objeto de utilidad pública o bien común que no tenga fin de lucro (CCCN.: art. 217).

La causal de disolución del art. 94 inc. 5 LGS no es entonces la pérdida del capital social sino las pérdidas en medida de insuficiencia del patrimonio.

Se dijo ya que el CCCN produce un insoslayable sinceramiento: al tratar en el art. 163 las causales de disolución de la persona jurídica cuyo elenco incluye obviamente a la sociedad (art. 143): elimina la causal de pérdida del capital social, e introduce novedosamente en el inciso i): “*el agotamiento del patrimonio, que haga imposible la continuidad de la actividad*”.

La consistencia del sistema exigía también esa modificación en la Ley General de Sociedades. No ha acontecido así; evidentemente el legislador del CCCN en materia de personas jurídicas (Anexo I de la ley 27.349) no fue el mismo reformador de la Ley de Sociedades Comerciales (Anexo II de la misma ley) o si lo fue, no advirtió que la solución congruente era reproducir la misma solución en el art. 94 inc. 5 de la LGS.

La conclusión expuesta guarda relación con el fenómeno denominado “*infracapitalización*”, cuyo nombre es incorrecto si se identifica al capital mínimo del art. 186 LGS con la insuficiencia de los recursos de la sociedad para la realización de la actividad conducente al cumplimiento del objeto social lo que lleva a pretender la responsabilidad de los administradores y aún la de los socios o accionistas por la continuación de la actividad de la sociedad a pesar de la pérdida del capital social, así mal definido.¹⁶

Particularmente en la materia son claros y definitivos los conceptos expuestos por Junyent Bass, Francisco-Izquierdo Silvina “*Infracapitalización y zona de insolvencia a propósito de la responsabilidad de administradores y socios*” en “*Derecho Económico Empresarial -Homenaje al Dr. Héctor Alegría*”, *op. cit.* p. 1299:

“*Desde el punto de vista del derecho societario nacional no existe posibilidad de distinción entre la infracapitalización formal o nominal, (íntimamente vinculada al concepto de capital social mínimo) y la infracapitalización, cuyo concepto queda focalizado en la omisión de los socios en dotar a la sociedad de recursos suficientes para afrontar el giro social, o sea patrimonio neto insuficiente para atender a las obligaciones propias del giro lo que significa no ya insuficiencia del capital sino insuficiencia del patrimonio, por*

¹⁶ En la legislación española la disolución está prevista con la sola pérdida de la mitad del capital social en tanto que en el ordenamiento societario italiano la situación aparece más grave aún pues el límite de la pérdida que define la causal de disolución es del treinta por ciento del capital social.

lo cual el arquetipo del fenómeno encuentra correcta denominación en un en el nombre de infrapatrimonialización”.

Es patente que en el derecho actual la “infrapatrimonialización” (como sinónimo de infracapitalización material) y la “insolvencia” (como la cesación de pagos) aparecen como concepto lábiles, ambivalentes y en todo caso sin que lo separen diferencias esenciales. Por lo que no resulta impropio conceptualarlos como especies de un género autónomo, plenamente abarcativo para el cual resulta suficiente la nominación de “crisis”.

En la materia, aparece como resultado del razonamiento precedente que distinta es la posición de los socios frente a la crisis, cualquiera fuere su contenido en intensidad, meramente inicial, en la que funcionan meras señales de alarma o agonal en la que todavía está permitido el concurso de prevención, antes que de la liquidación cuya ineficiencia aparece descalificada en los nuevos ordenamientos por no haber superado la mínima exigencia de eficiencia.

Los administradores entonces pasan a ser quienes en mayor medida que los socios, sean considerados como sujetos responsables en orden al mantenimiento de un relativo equilibrio entre recursos y eficacia de la actividad. Pero es esta materia que no está alcanzada en estas reflexiones destinadas a conceptualar qué en el ámbito societario, la infracapitalización societaria, constituye un fenómeno propio de la sociedad in bonis, y aun así, susceptible de un serio cuestionamiento, es insuficiente para proyectar consecuencias susceptibles de ser tabuladas en el derecho positivo de la crisis.

X. LAS COSTAS IMPUESTAS A LA QUIEBRA SON PREDEDUCIBLES?

La tema significa determinar si las costas impuestas a la quiebra en juicios promovidos por la sindicatura de la quiebra y rechazados con costas y consecuentes honorarios regulados a favor de los profesionales actuantes en representación o patrocinio de los demandados también son beneficiarios de la prededucción en paridad de trato con el que corresponde a los honorarios de

los funcionarios de la quiebra devengados en retribución de sus trabajos impuestos por la ley sin cuya intervención no hubiera sido posible el desarrollo del procedimiento?.

En tal sentido los argumentos en favor de la respuesta afirmativa se sostienen que los profesionales que actuaron en defensa de terceros fuera del tribunal, en las demandas en que triunfaron contra la sindicatura de la quiebra, como defensores de terceros demandados deben ser considerados gastos causados en la conservación, administración y liquidación y en el trámite del concurso. (art. 240 LCQ)

La respuesta negativa se fundamenta en que la prededucción solamente corresponde como atributo de los gastos necesarios y útiles, sin los cuales el procedimiento concursal no habría podido realizarse.

El conflicto adquiere relevancia en el supuesto adquiere relevancia en el supuesto de insuficiencia de fondos para satisfacer integralmente tanto los honorarios retributivos de los trabajos de los funcionarios de la quiebra a cargo de la masa como los devengados y regulados en conceptos de costas a la quiebra en las demandas ante tribunales externos a la quiebra, en distintas jurisdicciones, en juicios promovidos por la sindicatura en representación de la quiebra.

En tal circunstancia la doctrina conceptúa que el carácter prededucible es asignado a los honorarios retributivos de los trabajos realizados por los funcionarios de la quiebra, impuestos por la ley en razón de su naturaleza necesaria, insoslayable e inevitable para el trámite del procedimiento concursal dado que sin ellos sería impracticable el procedimiento de quiebra de la Entidad Financiera.

Frente al texto del art. 240 LS, que solo se refiere a los créditos “*causados en la conservación, administración y liquidación de los bienes del concursado y en el trámite del concurso*”, sin referir a los titulares de dichos créditos, queda claro el rango preferente de los honorarios de los funcionarios de la quiebra respecto de los profesionales representantes o defensores de terceros demandados contra la quiebra. La doctrina del Alto Tribunal distingue entre los derechos de una misma categoría, destacando que “*una mención*

genérica (tal la del art. 240 LGS), no impide diferenciar entre las distintas especies del género” (CNCom., Sala D, 28/8/1989 “Banco Sidesa SA s/ Quiebra s/ incidente de revisión por Banco Central de la Republica Argentina”).

El conflicto es improponible en el procedimiento sometido al régimen ordinario regulado por la Ley de concursos y quiebra -ley 24522-, porque los honorarios de los funcionarios de la quiebra, son regulados *al final de la realización de los bienes* en la oportunidad del art. 218 y por ello se encuentran reservados para su “*pago inmediato*” en tal hipótesis no confronta con el orden de pago de los honorarios devengados contra la quiebra en carácter de costas, a favor de los profesionales representantes o patrocinantes de los deudores de la quiebra en los juicios promovidos por la sindicatura en representación de esta cuyo pago inmediato, con aplicación de la regla de prededucción habría de ser producida en forma inmediata a que adquiriese carácter firme la respectiva regulación, independientemente de las costas y consecuentes honorarios impuestos a favor de los profesionales en defensa de terceros no deudores de la quiebra.

El conflicto en cambio es posible cuando se trata de la ley especial de liquidación de entidades financieras, regulado por la ley especial 21.526 y su reforma 22.529, en cuyo sistema el síndico liquidador es el BCRA cuya función es ejecutada ante el Tribunal por funcionarios del Banco Central, de las respectivas áreas de asistencia legal y liquidación de entidades financieras, consecuentemente remuneradas por el Banco Central, con sus fondos propios, sin retribución alguna – gratuidad- con fondos de la quiebra.

En razón de su doble rol de acreedor de la entidad financiera y a la vez síndico liquidador de la misma, tiene interés contrario y todo lo que se refiere a su propio crédito por lo cual a su verificación y eventual incidente de revisión el tribunal debe designar a los funcionarios *ad hoc* de dicho trámite al efecto de la intervención en las etapas de verificación del crédito del BCRA y en su caso del incidente de revisión de dicha verificación.

En tales hipótesis, los trabajos atribuidos a la función de la sindicatura *ad hoc* (*rectius*: de sus integrantes), finalizan cuando termina la verificación de créditos, y en su caso el incidente de revisión. Tratándose de los honorarios

retributivos de los profesionales de la quiebra designados *ad hoc*, los que tienen carácter obligatorio e irrenunciables, son regulados al concluir su cometido esto es mucho antes de la oportunidad de regulación que acontece en el trámite ordinario -Ley 21.526 y 22.529-.

Tales honorarios son atribuidos de las condiciones de prededucibilidad y en consecuencia de pago inmediato, y en su caso con más sus intereses moratorios y punitivos; esto es debidamente actualizados al momento de pago con más sus accesorios, multas y costas si hubieren sido impuestas en el trámite de los incidentes de cobro ejecutivo contra el BCRA ante el incumplimiento de las intimaciones de pago de los referidos honorarios.

El carácter y alcance de la prededucibilidad, que asiste a los créditos del concurso en los términos establecidos por el art. 240 tiene un tratamiento de calificado rigor jurídico parte de la Profesora Dra. Aida Kemelmajer de Carlucci, quien fundamenta exhaustivamente el carácter de prioridad ordinal o temporánea, y sustancial de la retribución de los funcionarios de la quiebra respecto de los honorarios profesionales representantes o patrocinantes de las demandas interpuestas y rechazadas con costas al Banco Central en su carácter de sindico de la quiebra, en los juicios contra deudores demandados que en razón de la eliminación del fuero de atracción activo, ante los tribunales extraños a la quiebra, están sometidos al juicio de jueces de otras jurisdicciones, o aun de la misma, pero todos ajenos al tribunal natural.¹⁷

¹⁷ KEMELMAJER DE CARLUCCI AIDA “*Modificación al régimen de prioridades concursales*”, Rev. Der. Privado y Comunitario n° 11, pág. 180 y ss. de inexcusable lectura: enseña que no asiste razón a quienes pretenden prededución de sus honorarios “*sin la necesidad de un resultado económico de ingresos de fondos*” como son los profesionales representantes de terceros en demandas promovidas por la sindicatura, rechazadas con costas a la quiebra, siendo suficiente una actividad que haya servido para que los créditos no prescriban desde que son gastos de conservación igual que lo gastado en contratar un seguro, un transporte o un alquiler” a lo cual contesta literalmente “no les asiste razón” ...y como conclusión explicaré porque: a) a) *argumentación gramatical focalizada en el silencio del texto legal respecto de los servicios profesionales que se advierte en el art. 182 LCQ, el que al establecer prioridad en el cobro en las demandas contra terceros, permite que la sindicatura liquide sin pagar tasa de justicia pero nada dice respecto de los honorarios cuyo silencio lleva a concluir que esos honorarios tengan la prioridad de los gastos de justicia que necesariamente deben reunir los recaudos que justifican que los acreedores con privilegio general y los quirografarios soporten tal prioridad como he explicado en los precedentes entre los requisitos para constituir la prioridad correspondiente a los gastos de conservación, administración y liquidación es tal la exigencia que el beneficio para la masa sea inmediato, directo porque de algún modo todas las gestiones que resultan beneficiosas para el patrimonio de una persona aprovechan a sus acreedores; si cualquier beneficio (aunque fuese indirecto se pudiese catalogar de gastos de justicia),*

XI. DOCTRINA DEL ORDENAMIENTO ALEMÁN EN MATERIA DE CAPITAL SOCIAL O EL ORIGEN DE UN DESVIÓ

La doctrina del capital social que postula la responsabilidad de los socios en hipótesis de insolvencia, enseña Fernandez De La Cámara tiene raigambre en la sociedad anónima alemana –*Aktiengesellschaft*-, cuya finalidad es la recaudación de ahorro público, constituida en un tipo “abierto”, sometido en su constitución, actividad y liquidación a la autoridad de aplicación, de la misma manera que las leyes especiales de liquidación de bancos, de compañía de seguros y otras que por su implicancia particular en el interés general del ahorro o inversión pública, cuya rigidez se justifica en orden a la seguridad de los inversores – accionistas minoritarios, totalmente diverso al régimen de las sociedades de capital, en las que la ley establece la responsabilidad del limitada a su aporte comprometido en el acto fundacional e integrado en el mismo acto o en los plazos establecidos por la ley.

El capital social, es denominado también, “capital material” y está concebido en forma que su cifra o monto determinara el límite del riesgo que soporta el socio, condición esta típica de las sociedades anónimas, y en general de las llamadas sociedades de capital: la responsabilidad limitada al aporte.

La teoría del capital social fue luego lentamente evolucionando en orden a la protección de los acreedores en forma tal que como correspectivo de la responsabilidad limitada en protección de los accionistas, debe también protección a sus acreedores, con un capital social significado con un patrimonio

la categoría quedaría totalmente desnaturalizada. El enriquecimiento sin causa puede justificar que los acreedores soporten los costos de la actividad profesional cuando ha existido un beneficio real, no cuando se trata de meros actos de conservación eventual, desde que nada sirve conservar una acción si en definitiva no debe pagar por carecer de bienes o por cualquier otra razón”.

Agrega: b) “*la interpretación sistemática apoya aún más la solución, que es la misma a la que llegan en el caso los jueces de primera instancia y de alzada, (alude al caso Banco Multicrédito SA s/ quiebra, Fallo de la Suprema Corte de la Provincia de Mendoza, publicado bajo el título “Prioridad de los gastos de justicia en la quiebra”, publicado en Microjuris Argentina: MJ-JU-M41255-AR | MJJ41255 | MJJ41255).*

suficiente para constituirlo en garantía de responsabilidad frente aquellos, por lo que en caso de insuficiencia (crisis-insolvencia) recae sobre los socios la responsabilidad personal para el reintegro hasta el monto del déficit, tal como lo establece la SA de ahorro-inversión pública (*Aktiengesellschaft*).

Ello constituye lo que a partir de la doctrina alemana comenzó a denominarse “*función de garantía o realidad del capital social*”, sin advertir que dicha función es adjudicada al subtipo de SA con objeto abierto al ahorro público, esto es con compromiso del interés general, por lo que luego aparece extendida a las sociedades cerradas, también denominadas “de familia”, totalmente ajeno a la colección del ahorro público que, como los bancos y compañías de seguros sometidas a la autoridad de aplicación, obligadas a ajustar su capital social, esto es su “capital de responsabilidad” en la oportunidad y medida que lo disponga su autoridad de aplicación.

De allí que la doctrina alemana mayoritaria haya dado nacimiento a la ya aludida “*función de garantía o realidad*” del capital social que tiene permanencia actual cuando afirma que los socios deben mantener disponibilidad suficiente para abastecer todas las deudas frente a sus acreedores más la cifra de capital al momento de su exigibilidad.

A partir de aquel desvío, la doctrina mayoritaria alemana aboga por la derogación de la responsabilidad limitada de los socios salvo la de aquellos que no supieren de la infracapitalización o que a sabiendas se hubieren opuesto. Es minoritaria la que predica que sólo debe ser compensado el riesgo adicional trasladado a los acreedores por la infracapitalización.¹⁸

Pero la realidad económica demuestra claramente que en el marco de la cifra de **capital mínimo**, consagrada en nuestro ordenamiento (salvo la Ley de Bancos, Aseguradoras y otras), tomando por modelo el tipo clásico de la sociedad anónima, se atribuye al “*capital social*” la función de constituir la garantía del pago de las obligaciones de la sociedad, siendo que ese capital social “*mínimo*”, sólo forma una parte carente de significación económica de un todo cuya realidad dinámica o mutable está constituida por todos los bienes –

¹⁸ Lutter-Hommelhof, “*Nachrangiges Haftkapital und Untekapitalisierung in der GmbH*” (“*Capital pasivo subordinado y subcapitalización en el GmbH*”) en ZGR 1/1979 ps. 31 y 59.

créditos y deudas, activo y pasivo, que constituyen el patrimonio de la sociedad, cuya reducción constituyen “*pérdidas*” que se reflejan en el valor de los bienes y derechos que se registran en el activo, de modo que para atender las obligaciones exigibles, se imputan las pérdidas a la cifra de capital, quedando cubiertas por el monto del activo del balance. Toda vez que el capital social determinado como ocurre con la Ley General de Sociedades art. 186 en una cifra de “*capital mínimo*” carente de entidad económica, es patente que el capital social, identificado con el monto aportado por los accionistas, no constituye garantía de los acreedores sociales pues no evita que los accionistas distribuyan el patrimonio social, aún sin haber pagado ni al menos reservado patrimonio suficiente para abastecer las deudas de la sociedad.

La teoría actual del capital social como contenido sustancial típico del derecho de la sociedad anónima y de capitales en general, heredada de la *Aktiengesellschaft* predica como aquella un presupuesto imperativo en el que una cifra de capital relevante y así constituye un test de solvencia, significada por el compromiso de los socios-accionistas de que el capital social estará constituido por activos de un valor real (equivalente a la cifra del capital social).¹⁹

Desconoce la significación económica del “capital social” que excluye de cuajo la función de garantía, aún indirecta, ya que ni siquiera puede obrar como nivel de evitación o límite impeditivo de la distribución de las ganancias a los socios lo cual descarta por ineficaz la proclamada función de garantía de los acreedores y en cambio, destaca su función organizativa al reconocer a los accionistas la parte alícuota de un porcentaje ideal en el fraccionamiento del capital social que representa en el ordenamiento el grado de participación porcentual en los derechos políticos y patrimoniales que les asisten, cuyos contenidos, formas de ejercicio y efectos están determinados en el mismo ordenamiento estatutario y legal.²⁰

¹⁹ FERNANDEZ DE LA GANDARA, *op. cit.*, p. 1186 De la autonomía de la voluntad resulta la libertad de contrato que implica el equilibrio en la negociación que lleva a considerar la inexistencia de externalización que la doctrina de la infracapitalización traslada al exclusivo soporte del crédito sin que exista una voluntaria evaluación sin la cual no hubiera existido ni contrato, ni crédito, ni deuda.

²⁰ ROBERT CH CLARK, en “*Corporate Law*”, Boston, Toronto, año 1986 expone: “*Colegas míos, dignos de toda confianza, me han contado que muchos profesores de derecho de sociedades emplean una parte sustancial del tiempo de clase dedicándolo a la doctrina de capital. Mi innato optimismo me lleva a esperar que tu estudiante de derecho, no sufras semejante desgracia*”

XII. A MODO DE CONCLUSIÓN

La prededucción adjudicada a determinados créditos respecto de determinadas deudas, concretamente las que como verdadera pandemia económica obstruyen y hasta paralizan hasta extremos de catástrofe la actividad de las empresas, constituye el instrumento de apoyo y estímulo que procura en el sombrío escenario de la enfermedad global económica y sanitaria un instrumento de salvataje que permita al deudor, a pesar de los irrefutables argumentos contrarios lograr la *in possessio financing* que ya antes de la pandemia era considerada no sólo en nuestro medio sino en todas las economías de todos los países, la condición inexorable en orden a todo procedimiento que tuviere por objetivo evitar la liquidación.

En tal marco las doctrinas del capital social vinculada con la responsabilidad limitada o ilimitada de los socios anudada en la doctrina de la *infracapitalización material o nominal* nacida en la doctrina alemana, y el novedoso reconocimiento de atribuir a los socios el derecho de financiamiento a la propia sociedad equiparándolo a la financiación externa, constituyen los conflictivos temas que hemos procurado desarrollar en un tiempo en que no tuvimos oportunidad de ser más breves. Quizás en el próximo número encontremos la oportunidad de hacerlo.