



DECONOMI

REVISTA ELECTRÓNICA DEL DEPARTAMENTO DE
DERECHO ECONÓMICO Y EMPRESARIAL
FACULTAD DE DERECHO - UBA

AÑO II - NÚMERO 2 - AGOSTO DE 2019

DIRECTOR:
PROF. HÉCTOR OSVALDO CHOMER



DECONOMI

REVISTA ELECTRÓNICA DEL DEPARTAMENTO DE
DERECHO ECONÓMICO Y EMPRESARIAL
FACULTAD DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE BUENOS AIRES

D | **I**FUNDIR
E | **D**UCAR
C | **A**PACITAR
O | **R**IENTAR
N | **U**TRIR
O | **R**DENAR
M | **E**EDITAR
I | **N**VESTIGAR

Comité Editorial

Director general: Héctor Osvaldo Chomer

Director Área Comercial: Pablo Frick

Director Área Tributario: Eduardo Laguzzi

Director Área Recursos: Natalia Waitzman

Coordinadores:

María José Alzari

Rodrigo Bustingorry

Sara Llorente

Liliana Taverna

Rodrigo Jaime

Comité de Honor:

Héctor Alegría

Salvador Bergel

José Casás

Raúl Etcheverry

Rafael Manovil

Comité Académico:

Griselda Capaldo

Horacio Corti

Miguel De Dios

Leila Devia

Graciela Junqueira

Beatriz S. Krom

Silvia Nonna

Martín Paolantonio

Jorge S. Sicoli

Julia Villanueva

Las posturas doctrinarias expresadas en los artículos aquí incluidos son de exclusiva responsabilidad de sus autores y no necesariamente reflejan los puntos de vista del Departamento de Derecho Económico Empresarial de la UBA ni del Comité Editorial.

DECONOMI

ÍNDICE

<u>Presentación – Nota del director</u> por Héctor Osvaldo Chomer	Pág. 5
<u>Palabras de presentación sobre el Prof. Dr. h.c. mult. Karsten Schmidt</u> por Norbert Lösing	Pág. 7
<u>“El derecho societario y la intromisión del derecho concursal, el caso alemán”</u> por Karsten Schmidt	Pág. 10
Doctrina	
<u>“Extensión automática de quiebra (art. 160 LCQ) y sociedades de la sección IV”</u> por Marcelo G. Barreiro	Pág. 20
<u>“El derecho societario y la intromisión del derecho concursal”</u> por Ariel A. Dasso	Pág. 33
<u>“Relaciones entre el derecho societario y el derecho concursal en el Uruguay”</u> por Israel Creimer	Pág. 58
<u>“La protección legal del ‘cash flow indisponible’ de la empresa, reglas societarias y reglas concursales”</u> por Eduardo M. Favier Dubois (H)	Pág. 66
<u>“Las nuevas tecnologías frente al <i>blockchain</i> y los contratos inteligentes. (Las necesidades de información de los abogados en la era online).”</u> por Osvaldo Marzorati	Pág. 87
<u>“El concurso de sociedades”</u> por Efraín Hugo Richard	Pág. 105
Jurisprudencia condensada	
<u>“Incidencias de índole Societaria en los Procesos Concursales”</u> por Rodrigo Emmanuel Nasilovsky	Pág. 148

NOTA DE DIRECTOR

Es para mí un placer presentar un nuevo número de la Revista Electrónica del Departamento de Derecho Económico y Empresarial.

En esta edición nos ha parecido oportuno ofrecer un homenaje a quien considero el Profesor alemán más influyente en nuestro país en el Estudio del derecho comercial europeo.

Me refiero al Prof. Dr. h.c. mult. Karsten Schmidt; quien ha participado de muchos encuentros académicos en la Argentina y, nuevamente en el mes de febrero de este año, nos visitó para pronunciar una conferencia cuyo contenido forma parte de esta Revista.

Lo conocí en Hamburgo hacia principios de los años 90 y siempre admiré su profunda mirada crítica.

Generoso al compartir sus ideas; profundo investigador de los reales efectos de la legislación y su impacto en la comunidad; punzante al desnudar los errores del legislador y, por sobre todo, un gran Profesor que ha dedicado su vida a la formación académica de los profesionales del derecho tanto en Alemania como en Europa y, para nuestro beneficio y beneplácito, ha compartido su saber con nuestra comunidad científica.

Esa vida dedicada a transmitir incondicionalmente sus conocimientos lo enaltece como profesional y como hombre, porque siempre lo ha hecho de modo honesto y sincero, exponiendo abiertamente su parecer y fomentando el debate para alcanzar fértiles conclusiones que enriquecieron a todos los que hemos disfrutado sus siempre brillantes exposiciones.

Por todo lo que ha brindado desinteresadamente a nuestro país y a nuestra Facultad, hemos pensado en rendirle este sincero homenaje, que, obviamente, por su humildad, nunca podría ser suficiente para agradecer todo lo entregado a nosotros por Karsten Schmidt, pero que, mucho menos pretencioso, sólo intenta mostrar el gran afecto y enorme agradecimiento que tenemos para con El.

DECONOMI

Vaya pues esta sencilla pero afectuosa presentación dedicada a su señera figura y este número de la Revista Electrónica del Departamento de Derecho Económico y Empresarial, como merecido homenaje al gran Maestro Alemán.

Héctor Osvaldo Chomer

Director

Palabras de presentación sobre el Prof. Dr. h.c. mult. Karsten Schmidt

por Norbert Lösing¹

Con ocasión de la publicación de la ponencia “El Derecho Societario y la intromisión al Derecho Concursal, el caso alemán” presentada por el Prof. Dr. h.c. mult. Karsten Schmidt en el Congreso Internacional realizado por la Universidad de Buenos Aires y la Asociación Argentino-Alemana de Juristas (ADJV) en Buenos Aires del 21 al 22 de febrero 2019 se me ha honrado con la petición de elaborar una breve presentación del autor.

De facto, Karsten Schmidt no precisa de una presentación. Cualquier jurista que durante su carrera se haya interesado de alguna forma por el derecho societario, el derecho comercial, el derecho concursal o el derecho económico en general conoce uno o varios de los más de 500 escritos científicos del autor y habrá podido apreciar la excelencia con la cual Karsten Schmidt presenta los temás jurídicos más complicados de una forma científicamente fundada y al mismo tiempo humilde y comprensible. En la celebración de su 80 cumpleaños el 24 de enero de 2019 lo han denominado “paisajista del derecho”. Es una calificación sumamente acertada y refleja esa imagen del docente que toma a su discípulo de la mano para pasear juntos por un paisaje que a cada paso se revela en todos sus detalles gracias a las explicaciones dadas.

Incansable en su dedicación a la docencia y la investigación, el curriculum no puede ser descrito de otra forma que impresionante:

Karsten Schmidt actualmente es titular de la cátedra de Derecho Corporativo en la Bucerius Law School de Hamburgo. De 2004 a 2012, fue Presidente de dicha Universidad y actualmente es su Presidente honorario. Estudió derecho -inicialmente humanidades- en Kiel y Múnich. Aprobó sus exámenes estatales presentados en el Tribunal Regional Superior de Schleswig (OLG Schleswig) en 1965 y el Tribunal Regional Superior de

¹ El Dr. Norbert Lösing es Abogado en Lüneburg y Presidente de la Asociación Argentino Alemana de Juristas (ADJV).

DECONOMI

Hamburgo (Hanseatisches OLG) en 1969. En 1972 se doctoró con una tesis sobre derecho de sociedades, y en 1975/1976 se habilitó en la Universidad de Bonn en las materias de régimen de cárteles, derecho derecho civil y comercial, derecho de sociedades y derecho procesal civil.

Después de una cátedra en Göttingen, fue profesor en la Universidad de Hamburgo de 1977 a 1997 y director del Departamento de Derecho Comercial, Marítimo y Empresarial. A partir de 1997 Karsten Schmidt fue profesor en la Universidad de Bonn y director del Instituto de Derecho Comercial y Empresarial (emérito 2004).

Hasta la fundación de la Academia de Ciencias de Hamburgo, fue miembro de la Sociedad de Ciencias Joachim Jungius de Hamburgo, y ha sido miembro de pleno derecho de la Academia desde 2005. Es miembro de la Academia Scientiarum et Artium Europaea, Salzburgo, así como Miembro Honorario del Institute for Advanced Legal Studies, Londres, miembro correspondiente de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales, Córdoba/Argentina, y miembro del Consejo Asesor Académico del Institute for Economic Constitution and Competition (FIW), Colonia. De 1987 a 1999, Karsten Schmidt fue vicepresidente y presidente de la Asociación de Profesores de Derecho Civil (Zivilrechtslehrervereinigung), y de 1988 a 1996 fue asesor experto de la Fundación Alemana de Investigación (Deutsche Forschungsgemeinschaft). También fue miembro del consejo de administración y del consejo de administración de la fundación ZEIT-Stiftung Ebelin und Gerd Bucerius, Hamburgo (1987-2014), y vicepresidente del Übersee-Club, Hamburgo (1992-2013).

Es editor y redactor de la revista jurídica Zeitschrift für das gesamte Handels- und Wirtschaftsrecht (ZHR), coeditor de la revista jurídica Zeitschrift für Wirtschaftsrecht (ZIP) y miembro del consejo editorial del International and Comparative Corporation Law Journal. Es autor de varios libros (entre ellos los prestigiosos Manuales de Derecho Mercantil y de Derecho Societario), comentarios (el no menos prestigioso Münchener Kommentar zum HGB) y numerosos artículos. En Argentina se ha publicado una traducción realizada por el Dr. Federico E.G. Werner y revisada por el Prof. Rafael M. Manóvil de la 3ª edición del libro Derecho Comercial en 1997 por la editorial Astrea.

DECONOMI

Es doctor honoris causa por las Universidades de Atenas y Viena (2002, Dr. iur. h.c.) y Lüneburg (Leuphana 2012, Dr. rer. pol. h.c.) y ha recibido el Premio Emil von Sauer 2005 otorgado por el Colegio de Abogados de Hamburgo y el Premio Dr. Günther Buch 2009 de la Fundación Conmemorativa del Libro de Hamburgo. En 2006 fue galardonado con la Cruz Federal al Mérito de Primera Clase por el Presidente de la República. Ha realizado actividades académicas en varios países incluyendo España, Grecia, China y Argentina.

Considerando sus numerosas actividades y obligaciones, su membresía y participación activa en la Asociación Argentino Alemana de Juristas es un honor especial para nosotros.

“El derecho societario y la intromisión del derecho concursal, el caso alemán”

por Karsten Schmidt

I. Fundamentos

1. La interacción entre el Derecho Societario y el Derecho Concursal

Mi conferencia aborda la creciente influencia del Derecho Concursal sobre el Derecho Societario. Eso suena muy académico en un principio porque se trata de la interacción de dos áreas del Derecho, también se podría decir: la relación de vecindad entre dos disciplinas del derecho, que se comunican por encima de la verja. Esta relación de vecindad ha variado. La causa se remite a varios factores. Y las consecuencias se observan tanto en práctica, como en la teoría. Si observamos primero la teoría, resulta evidente que se ha ido distanciando cada vez más del abordaje académico y se aboca cada vez más a la práctica. Si observamos el pasado del Derecho Concursal, vemos ante nosotros una tradición académica que proviene del Derecho Procesal y se remonta hasta Salgado de Somoza. Su “Labyrinthus creditorum” de 1651 fue la obra fundamental para el Derecho Concursal de toda Europa continental: un proceso ejecutorio de ejecución colectiva. Visto así, el Derecho Concursal se veía como un mero Derecho Procesal. Este modelo de pensamiento se manifestaba en varios fenómenos:

El Reglamento Concursal Alemán – vigente hasta el último fin de siglo – consistía de 240 artículos, pero sólo 7 de ellos hablaban de sociedades comerciales o asociaciones. Se encontraban al final de la ley (§§ 207 – 213 KO).

- El Derecho Concursal se consideraba un Derecho Civil Procesal especial. Lo enseñaban los profesores de Derecho Procesal que no se abocan al Derecho Societario. Ellos solo conocían acreedores y deudores y agregaban que una sociedad también podía ser deudora.
- A la inversa, durante 100 años no existió una cátedra de Derecho Societario en que se enseñara Derecho Concursal. Había coincidencia

DECONOMI

de que la apertura de un concurso sobre el patrimonio de una sociedad disuelve esta sociedad, porque así lo decía la ley. Pero lo que sucede luego con esta sociedad quedaba en manos de los especialistas en Derecho Concursal, y tal como ya se dijo, estos se desentendían.

Para la práctica, la situación era mala. La liquidación o reestructuración de compañías insolventes es una tarea genuina del Derecho Empresarial. Y esta tarea exige respuestas integradas a múltiples cuestiones:

- de economía empresarial, así como jurídicas y
- no sólo a cuestiones atinentes al Derecho Concursal, sino también a cuestiones de Derecho Laboral, Impositivo y Societario.

La interacción entre el Derecho Concursal y el Derecho Societario se manifiesta en una serie de cuestiones, como p.ej.:

- ¿Cuál es la situación jurídica, cuáles son los deberes de la dirección empresarial al abrirse el proceso y durante el proceso concursal abierto?
- ¿Hay reglas de gobernanza durante la crisis?
- ¿Quién decide sobre el objetivo de un proceso concursal, especialmente sobre la liquidación o reestructuración: los directivos de la empresa, los socios o (también) los acreedores?
- ¿Cuál es la estructura del capital de una sociedad concursada y quién decide sobre las medidas a tomar con el capital?

2. ¿Qué hace la legislación?

Puesto que no se podía abandonar a la práctica concursal y de saneamiento con las interferencias entre el Derecho Societario y el Derecho Concursal, no se pudieron obviar pasos legales en este terreno. En lugar de la antigua Reglamentación Concursal, desde hace 20 años rige el Reglamento Concursal de 1994 y esta ya muestra un concepto moderno en su §1 (Slide §1). A partir de 1980 también hubo normas legales sobre préstamos a socios y estas figuraban en parte en la Ley de Sociedades Anónimas (§§ 32 a, b), y en parte en el Reglamento Concursal (§32 a). Pero aquí solo se trata de la música legal

DECONOMI

que acompaña a una doctrina conformada praeter legem y a una práctica jurídica que culminó en el año 2008 en una Ley de Reforma – citada en Alemania con la abreviatura “MoMiG”. Esta ley del año 2008 ha fortalecido el Derecho Concursal, ante todo frente a la Ley de Sociedades. Pero hubo intromisiones más fuertes aún de la legislación concursal en el derecho societario por la “Ley para mayor simplificación del saneamiento de empresas” (abreviada “ESUG” = **G**esetz zur weiteren **E**rleichterung der **S**anierung von **U**nternehmen) del año 2011, que cobró vigencia hacia y7 años y nos habrá de ocupar enseguida. Esta nueva ley le otorga un nuevo poder al Derecho Concursal y al Proceso de Planificación de Concursos sobre las sociedades, y en este efecto nos concentraremos hoy.

3. Derecho y realidad: ¿Qué ha cambiado?

Cuando me preguntan: “¿Qué logra el Derecho Concursal modernizado? ¿Ya ha dado resultados?”, suelo remitir a una historia que causó revuelo en la opinión pública alemana. Se trataba de la famosa editorial “Shurkamp”. En esa editorial, un socio minoritario dotado de derechos especiales había dificultada la gestión de la Dirección y había paralizado la conducción de la empresa. La Dirección se defendió con un pedido de concurso. El efecto fue espectacular. En el proceso de planificación del concurso, la sociedad se transformó en una sociedad anónima y el socio minoritario molesto resultó degradado a simple accionista sin sus molestos derechos especiales. Con resoluciones del Derecho Societario este efecto no hubiera sido posible contra su voluntad. Hubo mucho revuelo: ¿Dónde el Derecho Societario no llega a la meta, el Derecho Concursal es una ayuda? Desde este famoso proceso se hizo famoso el lema del “concurso estratégico”. Esto se refiere a los procesos concursales con exclusivos objetivos de estrategia empresarial. Desde este affaire “Shurkamp” en Alemania ya nadie pone en duda que el Derecho Concursal se ha inmiscuido en cuestiones clásicas del Derecho Societario.

II. El Debt-to-Equity Swap como prueba de fuego

1. Una medida para la reestructuración empresarial

DECONOMI

El *leitmotiv* de mi conferencia será el Dept-to-Equity Swap, el ingreso de los acreedores a la sociedad de sus deudores. Entre muchos métodos de saneamiento, el Dept-to-Equity Swap es un ejemplo particularmente apto para mi observación. A diferencia de las medidas de saneamiento operativas o de Derecho Laboral, el Dept-to-Equity Swap constituye un proceso genuinamente jurídico y se inserta exactamente en la interfase entre el Derecho Societario y el Derecho Concursal. Expliquémoslo brevemente. Desde hace algunos años hay juristas en Alemania quienes consideran que el Dept-to-Equity Swap es un invento del Derecho Concursal. Por un lado, esto es característico, pero por el otro, también es incorrecto. Lo cierto es que la reglamentación alemana de los concursos se ocupa del Dept-to-Equity Swap desde la ESUG de 2011. Pero también es cierto no es una medida de saneamiento específica del Derecho Concursal, sino un instrumento clásico del Derecho Societario. ¿De qué se trata entonces? Se trata del saneamiento de una empresa sin aporte de liquidez o dicho de otro modo: se trata del saneamiento de una empresa mediante depuración del balance.

La crisis de una empresa se puede deber a la falta de liquidez (¡ya que la palabra “insolvencia” o concurso no es una casualidad!), pero también a un exceso de obligaciones. Esta comprobación no depende de que el sobreendeudamiento baste – como en Alemania -, para declarar un concurso (§19 – Reglamentación de Concursos). El sentido común ya nos dice que la reestructuración financiera de una empresa no presupone solamente de conseguir liquidez, sino también de evitar o superar una situación de sobreendeudamiento. Exactamente este es el sentido del Dept-to-Equity Swap:

- la empresa incrementa el capital, por lo general reduciendo al mismo tiempo el capital anterior. Entonces se vincula una reducción solamente nominal del capital con un aumento efectivo del capital
- para suscribir nuevas participaciones se admiten acreedores de la sociedad.

Estos acreedores hacen aportes al capital aumentado. Pero no hacen estos aportes haciendo pagos a la sociedad, sino cediendo sus acreencias a la sociedad o cancelando esas acreencias. Si observamos el balance de la

DECONOMI

sociedad, el saneamiento no se produce por el ingreso de nuevos *assets*. Permanece invisible del lado de los activos del balance. La depuración del balance se realiza del lado del pasivo: los acreedores cambian acreencias por participaciones. Desde la óptica de la sociedad esto es un trueque (“Swap”) de deudas (“Depts”) por participaciones (“Equity”). A primera vista la transacción puede parecer poco seria, pero es limpia y justa. Los acreedores de la sociedad han cambiado acreencias por participaciones. Ahora participan del capital de riesgo de la sociedad. A fin de evitar una licuación de las participaciones, en caso de duda se menguarán las participaciones de los socios antiguos mediante una reducción del capital, pero esto no nos tiene que ocupar aquí. En mis transparencias podemos apreciar, cómo tres socios originarios (X, Y y Z) se convierten en una sociedad de cuatro personas, porque el acreedor C cambia sus acreencias por una participación C.

2. El Dept-to-Equity Swap en el Derecho Societario

Volvamos a observar los elementos del Dept-to-Equity Swap. Consiste de tres medidas correspondientes al Derecho Societario:

- de una resolución de aumento de capital de los socios,
- de la suscripción de nuevas participaciones por los acreedores y
- de la implementación de un aumento de capital por condonación de acreencias o por cesión de acreencias por contrato con la sociedad.

Si se realiza un Dept-to-Equity Swap bajo el régimen del Derecho Societario, esto conlleva dos consecuencias fundamentales:

- en primer término, sin lugar a dudas la decisión es de los socios.
- en segundo lugar, el aumento de capital está ligado a grandes riesgos de responsabilidad de los acreedores.

La primera afirmación se basa en la competencia de los socios para todas las medidas estructurales. La segunda consecuencia se basa – al menos de acuerdo al derecho alemán – en la obligatoriedad de proteger el capital. El Dept-to-Equity Swap es un aumento del capital material, no es un aumento del capital en efectivo. Ahora, cada una de las participaciones debe cubrirse con un

DECONOMI

depósito. Es por eso, que en el caso de un aporte material, cada suscriptor debe compensar la diferencia entre el valor calculado y el valor objetivo del bien aportado a través de un pago en efectivo a la sociedad, si el valor del aporte material no cubre el monto del aumento de capital. Esta garantía por la diferencia se halla reglamentada expresamente para el Derecho Societario. Esto hace que el Dept-to-Equity Swap se vuelva un juego peligroso. Para el aumento de capital no se puede aplicar el monto nominal de una acreencia, sino solamente su valor comercial. Y aquí se trata de la acreencia contra una sociedad endeudada.

3. Consecuencias prácticas

A modo de ilustración, quiero darles un ejemplo: imaginémonos una sociedad de responsabilidad limitada fuertemente endeudada y un acreedor dispuesto a invertir su acreencia de 10 mill. de € como aporte al saneamiento. Ningún consultor le recomendará a este acreedor que participe del aumento de capital con 10 mill. de €. Porque si fracasa el saneamiento y se nombra un administrador de la insolvencia, este demandará al ex-acreedor con el fundamento de que el valor económico de la acreencia estuvo sobrevaluado porque ningún tercero hubiera pagado ese valor por la acreencia. Esto suscita difíciles problemas de valoración, aún para los expertos. Estos deben ser consultados de inmediato – es decir, *antes* del aumento de capital -, no recién con posterioridad, en el proceso de responsabilidad. ¿Pero que le puede recomendar el consultor al acreedor ... un aumento de capital de 8 mill., de 6 mill. o 4 mill. o tal vez solo de 2 mill. de euros? Aquí todo error de valoración es castigado severamente. Supongamos que la acreencia de 10 mill. se debe desvalorizar en un 50 %, entonces solo cubre una participación de 5 mill. de €. Pero si en base de una valoración optimista el acreedor lo cambió por una participación de 8 mill. de €, habrá perdido la acreencia y tendrá que pagar 3 mill. encima. Si a la inversa, el acreedor, por temor a la responsabilidad, solo asumió una participación de 2 mill., regaló 3 mill. Así lo establece el Derecho Societario.

III. El Dept-to-Equity Swap en el concurso

DECONOMI

1. La situación jurídica hasta 2011: Un aumento de capital por plan de insolvencia

Los principios jurídicos mencionados fueron válidos hasta el 2011, aún para el proceso de insolvencia en curso. No había reglas especiales para el proceso de planificación de insolvencia. Si la empresa se llegaba a sanear después de iniciado el proceso, a través de un plan de insolvencia se podían cancelar o condonar deudas, pero para el aumento de capital – también para el Debt-to-Equity Swap – regía el Derecho Societario y tan solo el Derecho Societario. En la práctica esto significaba:

- Solo una mayoría de socios (¡no también una mayoría de acreedores!) podía resolver un aumento de capital.
- Y todo socio nuevo debía ser consciente del riesgo de responsabilidad mencionado.

2. El derecho de insolvencia avanza (reforma “ESUG” de 2011)

Esto ha cambiado radicalmente con la ya mencionada Ley “ESUG” de 2011 – en vigor desde marzo del 2012.

- De acuerdo al § 225 a InsO toda medida societaria – vale decir que también un aumento de capital y especialmente un Debt-to-Equity Swap – se puede resolver en un proceso de planificación de insolvencia. En la insolvencia ya no rige el monopolio de los socios sobre los estatutos.
- Esto naturalmente también tiene un impacto sobre el proceso de planificación de la insolvencia. De acuerdo a un nuevo § 238 a InsO, ahora los socios, en tanto grupo de stakeholder – también tienen derecho a voto en el proceso de planificación de la insolvencia. Pero el llamado *Cram Down* según § 245 InsO también puede ser contrario a los propietarios de las participaciones, si el plan de insolvencia pone en mejor situación a todos los propietarios de participaciones, que sin el plan de insolvencia.

DECONOMI

3. Consecuencias prácticas

Se discute mucho sobre las consecuencias de esta reforma, porque en el proceso de insolvencia ahora se puede resolver un Dept-to-Equity Swap, aún contra la mayoría de los socios. Por ejemplo, causó mucho revuelo la absorción de una empresa insolvente por parte de un *hedgefond*: el *hedgefond* le compró por poca plata las acreencias a los acreedores de la sociedad – se trataba de muchos millones de euros -, y puesto que ahora era acreedor planteó una solicitud de insolvencia. En el proceso de insolvencia se presentó un plan de insolvencia de acuerdo al cual las acreencias del *hedgefond* se convertían en participaciones societarias. Como resultado, todo desembocó en un *take over*. El *hedgefond* había adquirido una nueva filial. Dicho como metáfora, había prendado la empresa.

4. Un privilegio de responsabilidad como incentivo

De acuerdo a nuestras consideraciones sobre el Derecho Societario hay que preguntarse: ¿Un acreedor correrá el riesgo de un Dept-to-Equity Swap? En el proceso de insolvencia el valor de las acreencias puede ser caer por debajo del 10 % de su valor nominal. Y si la diferencia de valor se debe compensar con un pago, ¿esto no sería una transacción de Kamikaze para el acreedor? Pero los legisladores de la reforma pensaron en esto. Para hacer más atractiva la absorción, introdujo un nuevo privilegio de garantía en el § 254, inc. 4 InsO:

“(4) Si las acreencias de acreedores se convierten en derechos de participación o societarios en lo del deudor, después de una confirmación judicial el deudor no puede hacer valer derechos por sobrevaluación de las acreencias en el plan contra quienes fueron acreedores hasta entonces”.

El nuevo § 254 inc. 4 InsO excluye el riesgo de responsabilidad del acreedor aportante por la diferencia, si el Dept-to-Equity Swap no ha sido resuelto en la Asamblea de Accionistas, sino por el plan de insolvencia y fue confirmado judicialmente. Se reconoce fácilmente que esto aspira a ser un incentivo para el

DECONOMI

saneamiento para los acreedores de la sociedad: ¡un privilegio de responsabilidad otorgado por el Derecho Concursal! Y también es dable imaginarse las consecuencias:

- Cuando se trata de ganar a los acreedores de la sociedad para un aporte al saneamiento, en el futuro estos insistirán en la apertura de un proceso de insolvencia a fin de evitar los dramáticos peligros de la responsabilidad.
- Pero también hay que tener en cuenta, que se modifica el dramático juego de fuerzas. El Debt-to-Equity Swap del Derecho Societario abstiene al acreedor de expectativas de cambio desmedidas y lo obliga a hacerse una idea del valor de sus acreencias en su propio interés. En el proceso de planificación de insolvencia este control a dedo se sustituye por la resolución mayoritaria de los grupos de interesados y por la confirmación judicial.

Dicho sencillamente esto significa: el pensamiento del Derecho Concursal coloca el pensamiento de un orden burocrático en el lugar del riesgo individual del Derecho Societario. Un saneamiento de estas características solo puede resultar convincente, si el control en el proceso de planificación de insolvencias impide abusos y desarrollos erróneos.

IV. Pensamientos sobre la reestructuración de empresas

1. “Saneamiento libre” versus burocracia de la insolvencia?

Para que el auditorio no malinterprete la tendencia de esta conferencia, debo destacar que siempre he visto con buenos ojos las modernizaciones del Derecho Concursal y también las impulsé con mis propios aportes en Alemania. Si el Derecho Concursal meramente ejecutivo del pasado se ha transformado en un moderno derecho procesal de insolvencias que incluye la reorganización, esto se debe ver como un gran progreso. Pero he destacado siempre, que el “saneamiento libre”, fuera de un proceso de insolvencia, también merece reconocimiento, siempre que no se lleve a cabo a costo del acreedor o inclusive con una dilación punible de la insolvencia.

2. Futuro derecho sobre reestructuraciones

Es por eso, que no sin preocupación vengo observando desde hace muchos años las propuestas tendientes a establecer procesos de saneamiento reglamentos por ley, tal como fueron introducidos en Francia y parcialmente también en Inglaterra y España. Esto también va a afectar a Alemania. Hace más de dos años se ha presentado a la Comisión Europea un proyecto de lineamiento - ¡todavía no es un lineamiento! - para introducir procesos de reorganización previos al Derecho Concursal; y el 1º de octubre de 2018 el Consejo de la UE ha publicado una versión actualizada. Los legisladores nacionales ya están trabajando en la preparación de estos procesos de saneamiento. Esto puede ser beneficioso si amplía el espectro de las posibilidades de saneamiento con nuevas opciones. Con todo derecho también se subraya que *no* se trata de un proceso de insolvencia anticipado. Pero es imposible soslayar, que estos procesos de reorganización están inspirados en el Derecho Concursal y se desarrollan burocráticamente. Sería bueno que funcionara. Pero mi lema sigue siendo: “Los mejores saneamientos de empresas transcurren libremente, temprano y en silencio”. Sería bueno, que siguiera siendo así.

“Extensión automática de quiebra (art. 160 LCQ.) y sociedades de la sección IV”

por Marcelo G. Barreiro

I.- Introducción:

Es obvio que siendo que principalmente son los entes sociales los que desarrollan actividades económicas en el mercado en el mundo actual, son diversas son las cuestiones y los ámbitos donde se conectan el derecho de las sociedades y el derecho de la insolvencia. Desde el art. 2 de la ley 24.522 que regula los sujetos, pasando por las propuestas de acuerdo de capitalización, cesión de acciones o cuotas, la adquisición forzosa prevista en el art. 48 LCQ, la instalación de la cuestión de una adecuada regulación de la pre insolvencia en el ámbito societario hasta la posibilidad de plantear la continuidad empresaria del sujeto en la quiebra, una multiplicidad de elementos conectan ambos universos normativos.

La reforma de la ley de sociedades que trajo la ley 26.994 (que sancionó el Código Civil y Comercial de la Nación) importó la creación de un nuevo sujeto: las sociedades de la sección IV (básicas para el suscripto), alejado totalmente de su antecedente: las sociedades irregulares, atípicas y de hecho.

La propia regulación del marco de responsabilidad atenuado que ahora poseen las sociedades referidas obliga indisputablemente a analizar, si en el caso de una quiebra, resulta aplicable el art. 160 de la ley 24.522 a las mismas. Pretendemos desarrollar la cuestión en el presente.

II.- La extensión de quiebra:

Nuestra ley 24.522 regula dos hipótesis de extensión de quiebra (instituto jurídico incorporado por la ley 22.917 a la ley 19.551, tomándolo de la legislación francesa): la automática del art. 160, y la por acción del art. 161, con sus tres incisos.

DECONOMI

La primera de ella está prevista en el referido art. 160 que dice:

Artículo 160.— [Socios con responsabilidad ilimitada]. *La quiebra de la sociedad importa la quiebra de sus socios con responsabilidad ilimitada. También implica la de los socios con igual responsabilidad que se hubiesen retirado o hubieren sido excluidos después de producida la cesación de pagos, por las deudas existentes a la fecha en la que el retiro fuera inscrito en el Registro Público de Comercio, justificadas en el concurso.*

Cada vez que la ley se refiere al fallido o deudor, se entiende que la disposición se aplica también a los socios indicados en este artículo.

Como bien sostienen Graziabile y Di Lella² “El fundamento de esta hipótesis bien lo explica MALAGARRIGA, quien expone que ello es consecuencia lógica de la necesidad de lograr la efectividad de la responsabilidad ilimitada de los socios frente al pasivo social. Es el caso concreto de comunicación -como lo denominan los españoles- de una quiebra principal, así ocurre con la quiebra social con relación a sus socios solidarios”.

Una larga discusión se ha dado en doctrina acerca de cuál el elenco de “*socios con responsabilidad ilimitada*” a los que refiere la norma. Así, podemos establecer tres tesis que postulan soluciones diversas al respecto:

- a. **Tesis restrictiva** (la norma refiere sólo a los socios de sociedades con responsabilidad ilimitada **genética**).

Es el caso de que la responsabilidad solidaria e ilimitada del socio deriva del propio contrato social, habiendo sido voluntariamente asumida por aquel. La doctrina que sostiene esta interpretación, refiere que el art. 160 LCQ sólo alcanza a los socios que posean una “*originaria y querida calidad de socio ilimitadamente responsable*” (así, Provinciali, Satta, Maffía, Graziabile³ entre

² “Sobre lo que debe entenderse por socio con responsabilidad ilimitada y la extensión de quiebra de las llamadas “sociedades simples”

³ GRAZIABILE, Darío J., Derecho Concursal, 2ª ed. actualizada, AbeledoPerrot, Buenos Aires, 2012 y en Ley de Concursos y Quiebras, 3ª ed. actualizada, Errepar, Buenos Aires, 2014.

otros). Esto, nos deja entonces frente a que sólo podrá aplicarse la norma en punto a:

- i. Socio capitalista
- ii. Socio colectivo
- iii. Socio comanditado
- iv. Socios de las Sociedades irregulares y de hecho (cuya responsabilidad ilimitada y solidaria proviene del art. 21 LSC).

b. Tesis intermedia

Esta tesis ecléctica, pretende obtener una solución de síntesis entre los extremos que importan la restrictiva referida antes, y la amplia que veremos *infra*. Así la doctrina que sostiene esta posición – a la que adherimos –, postula que la solidaridad e ilimitación de responsabilidad puede, además de ser originaria, ser también derivada y que no se encuentra allí lo dirimente a los efectos de aplicar o no a tales casos el art. 160 LCQ. Lo dirimente en verdad resulta del hecho de que para considerarse aplicable la norma el socio debe estar en una situación en donde su responsabilidad ilimitada y solidaria es **absoluta**⁴, esto es, que el socio está en una situación jurídica (genética o derivada) donde debe responder con **todo** su patrimonio por **todo** el pasivo social – lo que es esencial y dirimente en punto a la presente ponencia, como más abajo se verá. Esta posición es sostenida, entre otros, por Rouillón⁵, Di Lella⁶, Moro y Otaegui.

En la misma, el art. 160 LCQ alcanzaría – amén de los indicados en la tesis restrictiva – a los:

- i. Socios de sociedad nula o anulable por atipicidad⁷
- ii. Socios de sociedad de objeto prohibido (art. 20 LSC)

⁴ No parcial ni puntual.

⁵ Rouillón, Adolfo A. N., ¿Cuál “responsabilidad ilimitada” determina la extensión de la quiebra social?, ED, 120-804.

⁶ DI LELLA, Nicolás, “Extensión de la quiebra”, pág. 22.

⁷ Hipòtesis hoy desaparecida luego de la sanción del Còdigo Civil y Comercial de la Nación.

DECONOMI

- iii. Socios de sociedad de objeto ilícito (art. 18 LSC)
- iv. Socio industrial que participa en la razón social
- v. Socios en sociedad que omita la utilización de la sigla S.A. o S.R.L.
- vi. Socio comanditario (S.C.S. o S.C.A.) que habitualmente se inmiscuye en la administración social (LSC, art. 137, párr. 2º).-
- vii. Socio único que exceda en tal calidad el término de tres meses (LSC, art. 94 inc. 8º) (Quintana Ferreyra-Alberti, Montesi, Otaegui, aunque sólo si el “socio único permanente” abusa de su posición de control, art. 161 inc. 2º LCQ).-
- viii. Al socio oculto (LSC, art. 34 segundo párrafo), aún en sociedades en la que los socios visibles tienen responsabilidad limitada (S.A., S.R.L., S.C.A.) (CNCom., sala A, 26-12-97, “Alvear SRL”, Rev. E.D. del 22-2-99).-

c. Tesis amplia (responsabilidad solidaria e ilimitada genética y/o responsabilidad solidaria derivada):

Esta postula que la extensión automática se aplica a los socios, cualquiera fuere el tipo societario, que resultan ilimitadamente responsables ya sea originariamente, o derivadamente, o cuando ello sea consecuencia de una sanción - pérdida de la limitación de responsabilidad por sanción o ilimitación adquirida -(en ella se enrolan Ferrara, García, Marta E., Montesi, Azerrad, Quintana Ferreyra-Alberti, etc.).

Parece excesiva atento que los socios de responsabilidad ilimitada son tales porque la poseen (genética o derivadamente) sobre todas las obligaciones sociales, no porque la adquieren respecto de situación determinada, lo que en nuestro criterio no permite la aplicación del art. 160 LCQ. Así, en esta postura amén de los ya indicados, también serían pasibles de ser sometidos al art. 160 LCQ los:

DECONOMI

- i. Socio-administrador que incurre en falta a sus obligaciones como administrador (LSC, art. 59) u obrare con dolo, culpa grave o violación de la ley, estatuto o reglamento (LSC, art. 274).-
- ii. Socio fundador por los actos en el período de formación, siempre y cuando ésta se complete (LSC, arts. 182/3).-
- iii. Socio único transitorio por término menor a tres meses (LSC, arts. 93 y 94 inc. 8°).-
- iv. Socio comanditario (S.C.S. y S.C.A.), cuando realice actos aislados de administración social (LSC, art. 137 párr. 1°).-
- v. Socio industrial S.C.I. si su nombre figura en la razón social (LSC, art. 142) (sólo por las obligaciones así contraídas).-
- vi. Socio gerente de S.R.L. que realiza actos omitiendo la indicación de “sociedad de responsabilidad limitada” o “S.R.L.” (LSC, art. 147) (sólo por los actos que celebre en esas condiciones).-
- vii. Accionistas (S.A. o S.C.A.) que votaron favorablemente resoluciones assemblearias declaradas nulas (LSC, art. 254) (sólo por las consecuencias de las mismas).-
- viii. Consocios mayores de los herederos menores (LSC, arts. 28 y 29) (sólo por los daños y perjuicios que sufra el menor).
- ix. Los socios, cónyuges entre sí, de una sociedad nula por el tipo social elegido (arts. 27 y 29 LSC).⁸

III.- La cuestión a la luz del Código Civil y Comercial de la Nación:

Como referimos en I, el nuevo Código Civil y Comercial reforma la ley de sociedades comerciales (ley 19.550) transformándola en Ley General de Sociedades (en adelante LGS), y disponiendo algunas previsiones significativas en punto al régimen hasta ahora conocido.

Dentro de las mismas hay una modificación del Capítulo I, Sección III de la ley 19.551 (“Del régimen de nulidad”) del que surge:

⁸ Hipótesis que desaparece en la nueva LGS.

DECONOMI

- a) Que la nulidad o anulación que afecte el vínculo de un socio no produce la nulidad, anulación o resolución del contrato salvo prestación esencial o salvo que sea sociedad de socio único (nuevo art. 16 LGS)
- b) En la Sociedades comanditas y de Capital e Industria, el vicio de la voluntad del único socio de una categoría hace anulable el contrato (art. 16 LGS)
- c) El nuevo texto mantiene la nulidad por objeto ilícito y de objeto prohibido, y la disposición de disolver y liquidar las sociedades de objeto lícito con actividad ilícita.

Pero, se modifica sustancialmente la disposición en punto:

1.- la derogación de la nulidad por atipicidad (en la modificación al art. 17 LGS)

2.- La desaparición de las sociedades de hecho e irregulares previstas en el art. 21 L.S., que es suprimido en el texto del mismo artículo en la LGS.

En ambos supuestos, y en toda hipótesis en las que se omitan requisitos esenciales o se incumpla con las formalidades exigidas en ley, el nuevo Código reemplaza el régimen anterior (de anulabilidad en el caso 1, de responsabilidad solidaria sin poder invocarse el contrato social ni entre los socios ni frente a terceros), por la aplicación del nuevo régimen previsto en la sección IV del mismo capítulo donde confluyen todas estas sociedades.

En estas sociedades básicas⁹ (o simples¹⁰, informales, residuales o alternativas -como las denomina Alfredo Rovira-) – a diferencia del régimen anterior de las irregulares o de hecho – se dispone que el contrato es oponible entre los socios y eventualmente a los terceros si se demuestra que estos conocían el mismo al momento de contratar, y, lo que es un giro copernicano en el sistema, dispone que frente a los terceros los socios responden **mancomunadamente y por partes iguales** salvo que la solidaridad surja:

⁹ Como las denominamos en trabajo conjunto con el Dr. Martín Arecha: “Apuntes sobre tipicidad en la renovada LGS”, en “Las sociedades de la sección IV en la ley general de sociedades 19.550”, publicación del Instituto Argentino de Derecho Comercial, año 2017, pág. 225, Editorial D&D.

¹⁰ Esta es la denominación elegida en el proyecto de reforma general de la ley de sociedades ingresado (de coautoría de Gabriela Calcaterra, Liuba Lencova, Alfredo Rovira, Guillermo Ragazzi, Rafael Manóvil y Julio Cesar Rivera el 5 de junio de 2019 en el Senado de la Nación por el senador Federico Pinedo.

DECONOMI

1. De una estipulación expresa respecto de una relación o conjunto de relaciones;
2. De una estipulación del contrato social;
3. De las reglas comunes del tipo que manifestaron adoptar y respecto del cual se dejaron de cumplir requisitos sustanciales o formales.

La nueva normativa ha regulado como principio la responsabilidad mancomunada para todo este elenco de sociedades ahora previstas en la sección IV, por lo que, en tal caso, como se verá, no resultará aplicable la hipótesis normativa del art. 160 LCQ a las mismas, salvo que se diere alguno de los tres supuestos de excepción previstos en el art. 24 LGS.

III.- Las obligaciones mancomunadas:

La referencia normativa nos lleva a analizar lo que importa la responsabilidad mancomunada tal y como la conocemos y, obviamente, a la luz del Código Civil y Comercial de la Nación. Así, en tanto nos encontramos frente a una sociedad con diversidad de sujetos, corresponde referirnos a las obligaciones de sujeto múltiple que, en tanto tales, pueden ser mancomunadas (simples o conjuntas) o solidarias.

La referencia de la ley general de sociedades en la referida sección IV, sin aclaración alguna, parece indisputablemente remitir a la mancomunidad común, es decir simple, que determina que cada deudor responde ilimitadamente pero sólo por su parte (en partes iguales), prescindiendo de la solidaridad. Es decir, en ella cada deudor sólo está obligado a responder por su parte o cuota de la deuda y, a la vez, cada acreedor sólo puede reclamar eso de cada deudor, por aplicación del antes referido principio de divisibilidad¹¹, que importa tratar desdobladamente las obligaciones de cada uno de los sujetos deudores¹².

¹¹ Lo que fijaba el art. 693 del Código Civil derogado (salvo para el caso de la sociedad civil, ahora desaparecida, para el caso de insolvencia de uno de los socios).

¹² Atento que en el caso la pluralidad de sujetos es un elemento puramente extrínseco a la obligación.

DECONOMI

Como la nueva ley general de sociedades las establece como mancomunadas¹³, cabe referir que, según lo dispone el C.U.C.C. en su artículo 825, estas – las simplemente mancomunadas - son:

Concepto. La obligación simplemente mancomunada es aquella en la que el crédito o la deuda se fracciona en tantas relaciones particulares independientes entre sí como acreedores o deudores haya. Las cuotas respectivas se consideran deudas o créditos distintos los unos de los otros.

Vale aclarar que, en el nuevo Código, ya no hay distinción entre obligaciones civiles y obligaciones comerciales (atento la unificación que el mismo importa) por lo que ya no puede realizarse la distinción que alguna doctrina realizaba en donde respecto de estas últimas, la solidaridad debía presumirse.¹⁴ Más allá de esa discusión¹⁵, el principio general parecía ser, incluso en ese ámbito, que "... el derecho de fondo establece que la solidaridad -para que exista como tal- debe surgir de la ley, de la voluntad de las partes o de decisión judicial, en forma explícita. Caso contrario la obligación

¹³ A las que Llambías (Jorge Joaquín, "Tratado de Derecho Civil", Obligaciones, parte II-A, Edit. Perrot, pág. 404, año 1982) prefiere llamar "divisibles" remitiendo a su régimen al considerarlas, debido a que la divisibilidad es el principio en las obligaciones de sujeto múltiple.

¹⁴Ver E. 12138 - "Fideicom Cia. Financiera SA (en liquidación) c/Mac Cann Raúl Augusto y otros s/ejecución hipotecaria" - CNCOM - B - 20/12/2004 "La solidaridad en materia comercial es un tema controvertido en cuanto a si se la debe admitir como regla obligacional en materia mercantil, considerando que se ajusta a los intereses generales al suministrar seguridad al tráfico entre comerciantes y facilitar la circulación (conf. Halperín, Isaac "Contratos y Obligaciones Comerciales" en RDCO, 1980, año 13,pag. 161) o si debe estar expresamente estipulada, o sea, si es una excepción al régimen común de los actos jurídicos como funciona en el ámbito civilista (conf. Etcheverry, "Derecho comercial y económico parte general", Bs. As., 1987,n° 55,pag. 162 y ss.; CCiv: 701; Cam.Nac.Com., sala C, 26.11.82, "Falcone, Luis J. C/ Jitrick Saúl y otro", ed. 103-644; Belluscio y otros, "Código Civil comentado, anotado y concordado", Bs.As. 1981, t. 3, pag. 299 y ss.). Siguiendo esta última línea de razonamiento y ante la falta de una disposición legal que con carácter general la contenga en materia mercantil, cuando del contrato habido entre las partes surge que ambos obligados se comprometen en un plano de igualdad sin expresa aclaración que uno de los dos obligados fuese el "único, liso, llano y principal" obligado, aun cuando ambos sean responsables ante el incumplimiento, ello es insuficiente para la existencia de una responsabilidad solidaria (Cam.Nac.Com., Sala C, "Kon, Alberto c/ San Román, Enrique s/ ordinario", del 30/12/98)."

¹⁵ Que tenía fuertes opiniones en contrario: "En nuestro derecho comercial la solidaridad ha venido a convertirse en regla, pero evolucionando dentro del sistema de la excepción, ha ido extendiéndose al crear la ley mayor número de situaciones con vínculo solidario. Pero la solidaridad comercial nunca se presume, en materia civil y la disposición para este derecho está dada por el art. 701 del CC. (Conf. Piaggi, Ana I. y Rey, Silvia I. "Fundamento de la solidaridad cambiaria", La Ley, T. 152, págs. 753/762)".

DECONOMI

es simplemente mancomunada (Ccv.: 674, 691 y 700; Cam.Nac.Com., esta Sala, in re, "Parada Rojas, Jorge Enrique y otros c/ Cooperativa Gaucho Rivero de trabajo Ltda s/ sumario", del 30-9-03)".

Pues bien, aquel principio de que la solidaridad no debe presumirse en tanto es la excepción, no la regla, se mantiene más vivo que nunca en el C.U.C.C. Así el art. 827 C.U.C.C. determina que solo: "Hay solidaridad en las obligaciones con pluralidad de sujetos y originadas en una causa única cuando, en razón del título constitutivo o de la ley, su cumplimiento total puede exigirse a cualquiera de los deudores, por cualquiera de los acreedores". Es decir la solidaridad nace de la ley o se pacta, no puede presumirse de manera alguna, como nos refería aquel fallo de la Sala B de la C.N.Com¹⁶.

Esta es la recepción de dicho histórico principio de que la solidaridad es excepcional y debe ser expresa, pues la regla es la división de la deuda o mancomunación simple (art. 701 C.C.), que hoy se encuentra previsto en el artículo 828 del C.U.C.C.¹⁷

En postura contraria a la que se sostiene aquí Graziabile y Di Lella¹⁸ sostienen que: "...si bien los socios responden ahora por partes iguales en relación a las deudas sociales, no cabe dudas de que ellos quedan sometidos a la extensión de la quiebra social porque son socios con responsabilidad ilimitada, si bien mancomunadamente en relación al pasivo social, ilimitada al fin, respecto al patrimonio del socio. Es que, la responsabilidad del socio en la sociedad simple, a pesar de la mancomunidad por regla, es directa e ilimitada. Por ello, al decretarse la quiebra de la sociedad simple corresponde la extensión de sus efectos de modo automático a la persona de sus miembros en los términos del art. 160 LCQ. En esos casos, el acreedor social deberá concurrir a cada pasivo falencial a fin de obtener la verificación de un crédito contra el socio fallido por la porción de su

¹⁶Reiterado en "Fideicom Cia. Financiera SA (en liquidación) c/Mac Cann Raúl Augusto y otros s/ejecución hipotecaria" - CNCOM - B - 20/12/2004.

¹⁷ Fuentes. *La solidaridad no se presume y debe surgir inequívocamente de la ley o del título constitutivo de la obligación.*

¹⁸ Trabajo citado, en similar sentido BOQUÍN, Gabriela F., "La extensión de quiebra y las sociedades de la sección IV", ponencia en IX Congreso Argentino de Derecho Concursal, T. IV, Fespresa, Córdoba, 2015, ps. 343 y ss. y "La extensión de la quiebra de las sociedades comprendidas en la sección iv de la lgs", por Usandizaga, Manuel, Publicado en: RCCyC 2016 (diciembre) , 237

DECONOMI

participación, obteniendo eventualmente su satisfacción con el producido de la liquidación de ese patrimonio falente. Otro argumento a favor de esta posición se desprende de la literalidad de la norma aplicable. Es que, la primera parte del art. 160 LCQ dispone que “la quiebra de la sociedad importa la quiebra de sus socios con responsabilidad ilimitada”. Aquí la ley no se refiere a si esa responsabilidad debe ser, además, solidaria o mancomunada. Por lo tanto, los socios de las "sociedades simples" continúan siendo ilimitadamente responsables, aunque ahora bajo un régimen de mancomunidad. Por lo tanto, esta mutación de parte del régimen de responsabilidad previsto por la ley societaria de los socios de una sociedad encuadrada dentro de la Sección IV de la citada normativa de ningún modo altera las consecuencias falenciales a los socios ante la quiebra de un ente de esta clase, por cuanto ellos siguen teniendo responsabilidad ilimitada. Es que, cuando una ley es clara el intérprete no está autorizado a ir contra su letra, so pretexto de penetrar en su espíritu”.

No es esta nuestra posición.¹⁹ La previsión del art. 160 LCQ que estipula – como consecuencia de la quiebra de la sociedad – la de los socios de responsabilidad ilimitada importa, en nuestro criterio, que dicha aquella no podrá ser aplicada respecto de los socios de las sociedades de la sección IV de la nueva ley general de sociedades.²⁰

Cuando se hace referencia a la responsabilidad ilimitada en el art. 160 LCQ se apunta a que el socio responde no sólo hasta el monto de lo que

¹⁹ Ni tampoco la de la mayoría en doctrina, Así, sintonía con nuestra propuesta ver: VÍTOLO, Daniel R., “Extensión de la quiebra”, ponencia en IX Congreso Argentino de Derecho Concursal, T. IV, Fespresa, Córdoba, 2015, p. 288 y ss.; BARREIRO, Marcelo, “La actualidad del (¿innecesario?) régimen de extensión de la quiebra. Bases para un debate necesario”, ponencia en IX Congreso Argentino de Derecho Concursal, T. IV, Fespresa, Córdoba, 2015, p. 299 y ss; MARTÍNEZ, Marisol, “Efectos concursales respecto de socios ilimitadamente responsables. Quiebra por extensión”, ponencia en IX Congreso Argentino de Derecho Concursal, T. IV, Fespresa, Córdoba, 2015, p. 330 y ss.; FAVIER DUBOIS, Eduardo M. (p) – FAVIER DUBOIS, Eduardo M. (h), “Cambios al sistema concursal derivados del proyecto de código civil y comercial”, DSCE, XXV, abril (2013); del mismo autor y SPAGNOLO, Lucía, “Impactos del nuevo código en el sistema concursal. Doce temas en debate”, ponencia en XXI Jornadas de Institutos de Derechos Comercial, Lerner, Tucumán, 2016, p. 408; MOLINA SANDOVAL, Carlos A., “Las sociedades simples y los concursos y las quiebras”, DSCE, XXVII (agosto), 2015; DUPRAT, Diego, “Las sociedades anónimas. Regulación de las sociedades atípicas, informales o que carezcan de algún elemento esencial. Modificación al régimen de las sociedades irregulares y de hecho”, RDCCE, 2012 (octubre), p. 162; AMARILLA GHEZZI, Juliano, “Extensión de la quiebra del socio con responsabilidad ilimitada de una sociedad no constituida regularmente y derecho transitorio”, RADDC, n° 13 (marzo), 2016 y IJ-XCVI-941; CARZOGGIO, Augusto A., “¿El nuevo Código Civil y Comercial reforma la Ley de concursos y quiebras? El fin de la extensión de la quiebra en las sociedades no regulares”, Utsupra.com; RICHARD, Efraín H., “Responsabilidad mancomunada en la ley general de sociedades”, ponencia en XXI Jornadas de Institutos de Derechos Comercial, Lerner, Tucumán, 2016, ps. 95 y ss.

²⁰ Salvo que se den algunas de las tres excepciones referidas más arriba.

DECONOMI

se obligó a aportar, sino que lo hace por todo el pasivo social impago, con la totalidad de su patrimonio propio. En las obligaciones simplemente mancomunadas cada uno responde con todo su patrimonio pero sólo por su porción o cuota (la denominada “porción viril” para la doctrina clásica) por lo que su responsabilidad es limitada a ésta.

En caso de obligación mancomunada, no estarán los demás obligados a suplir su falta, porque basándonos en la independencia de las deudas y de los créditos, cada uno de los deudores debe responder exclusivamente de su cuota parte.

El caso, es similar al criterio que aplicaba en la sociedad civil para los socios de responsabilidad mancomunada que respondían ilimitadamente pero solo por su porción viril y no por todas las obligaciones sociales, a los que no se les consideraba aplicable el art. 160 LCQ.²¹

Una cita que realiza Uzandizaga en el trabajo citado, consideramos que nos propone un argumento a favor de nuestra posición. Dicha cita refiere que “[N]o hay que confundir la responsabilidad solidaria con la responsabilidad ilimitada. La responsabilidad ilimitada consiste en responder, no solamente con el aporte, sino también con todos los demás bienes del patrimonio. Desde ese punto de vista, los socios en las sociedades civiles tienen responsabilidad ilimitada, porque después de la responsabilidad social viene la responsabilidad de todos y cada uno de los socios con su patrimonio propio, por el principio de que los acreedores de la sociedad son al propio tiempo acreedores de los socios... Luego, la responsabilidad en las sociedades civiles es ilimitada, pero no es solidaria. 'Las obligaciones contratadas por todos los socios juntos o uno de ellos, en virtud de un poder suficiente, hacen a cada uno de los socios responsables por una porción viril— es decir, por una cuota-parte igual para todos...'" (LAFAILLE, Héctor, Los contratos en el Derecho Civil argentino, Centro de Estudiantes de Derecho y Ciencias Sociales, Buenos Aires, 1914, p. 438). En similar sentido: “[L]os socios responden solamente por su porción viril con su propio patrimonio por las deudas de la sociedad”

²¹ En idéntico sentido Otaegui (Julio Cesar, “La extensión de la quiebra”, Edit. Abaco, pág. 50, año 1998).

(MACHADO, José O., Exposición y comentario del Código Civil argentino, t. IV, Científica y Literaria Argentina, Buenos Aires, 1922, p. 607).

Es decir el supuesto se asemeja al de la sociedad civil del régimen existe en el derogado Código Civil de Vélez Sarsfield respecto de la cual, clara e indisputablemente, no aplicaba la extensión de quiebra del art. 160 LCQ.

En el hecho de la clara limitación de que el socio responde en la nueva legislación con todo su patrimonio pero sólo por su cuota parte (no por todo el pasivo social) hace inaplicable la previsión de la extensión automática de quiebra a la hipótesis de la sección IV de la nueva ley general de sociedades. La condición de la ilimitación alcanza – conforme el criterio que hemos expuesto en el presente – no al hecho de responder con todo el patrimonio del deudor, sino a responder por todo el pasivo social, de allí que no entendemos sea aplicable el art. 160 LCQ cuando la ilimitación es respecto de obligaciones puntuales.²²

Cuando se hace referencia a la responsabilidad ilimitada se apunta a que el socio responde no sólo hasta el monto de lo que se obligó a aportar, sino que lo hace por todo el pasivo social impago, con la totalidad de su patrimonio propio,²³ lo que no aplica en la simple mancomunidad, como hemos referido.

Respecto de las sociedades de la sección IV por lo demás (y en tanto son sujetos de derecho desde su misma constitución) aplica el beneficio de excusión del art. 56 LGS ante la modificación del régimen de responsabilidad en el actual art. 23 de la ley 19.550²⁴, lo que no hace más que reafirmar nuestro aserto. La responsabilidad de los socios de la sociedad básica o simple es, entonces, claramente subsidiaria.

IV.- Conclusión:

²² Vgr.: la del socio que vota en una asamblea una decisión nula.

²³ RIVANERA DE PAIS, "De las sociedades colectivas", in: AA.VV., Análisis Exegético de la Ley 16.060 Sociedades Comerciales, t. 1, p. 194, Montevideo, ROU.

²⁴ Ver Muguillo, Roberto, "Sociedades no constituidas regularmente", Edit. Astrea, pàg. 66.

DECONOMI

Por ello, concluimos que: **La nueva regulación del Código unificado Civil y Comercial (C.U.C.C.) ha determinado la virtual desaparición de la extensión de quiebra prevista en el art. 160 LCQ para todas las personas jurídicas en las cuales la responsabilidad ilimitada y solidaria de sus socios no sea genética de su tipo.**²⁵

De allí que, en nuestro criterio y respecto del elenco que dimos arriba entendemos que, en principio (y con la salvedad de los tres incisos del art. 24 LGS) el supuesto de extensión de quiebra automática del art. 160 LCQ no aplica para:

- ✓ Socios de las Sociedades irregulares y de hecho (cuya responsabilidad ilimitada y solidaria proviene hasta el 1 de agosto de 2015 del art. 21 LSC).
- ✓ Socios de las sociedad atípicas
- ✓ Socios de sociedad que omite requisitos esenciales o que incumpla con las formalidades exigidas por la ley
- ✓ Socio industrial que participa en la razón social
- ✓ Socios en sociedad que omite la utilización de la sigla S.A. o S.R.L.
- ✓ Socio comanditario (S.C.S. o S.C.A.) que habitualmente se inmiscuye en la administración social (LSC, art. 137, párr. 2°).

²⁵ Cabe recordar que el Proyecto de Reformas a la Ley de Concursos de 1993 (comisión 379/91) pretendió restringir la extensión de la quiebra a los socios con responsabilidad ilimitada. De su nota de elevación (punto VIII, d) surgía que : “Siguiendo también la crítica doctrinaria, aclara que la extensión de la quiebra a los socios solidarios comprende solo los casos en que esa limitación resulte del tipo social elegido. Se excluyen así otros casos, como los que prevén la solidaridad como sanción a ciertas conductas durante la vida societaria”.

“El derecho societario y la intromisión del derecho concursal”

por Ariel A. Dasso

“Donde mueren las palabras nace la música” – WILLIAM SHAKESPEARE

“Donde agoniza la solvencia nace el derecho concursal” (anónimo- que alguna vez dije)

“Donde no alcanza la meta el derecho societario, llega el derecho concursal”

KARSTEN SCHMIDT²⁶

En el reciente *“Congreso Argentino- Germano en Derecho Económico Empresarial”* realizado los días 21 y 22 de febrero tuvimos oportunidad de reencontrarnos con el profesor KARSTEN SCHMIDT, figura señera en el derecho continental europeo cuya visita periódica ha dejado entre nosotros una impronta inolvidable, que frecuentemente determina su cita en libros y conferencias.

En esta oportunidad su discurso anunció, ya de inicio, el abordaje a un tema que consideró “muy académico” porque *“se trata de la interacción de dos áreas del Derecho, también se podría decir, la relación de vecindad entre dos disciplinas del derecho que se comunican por encima de la verja”*.

El derecho societario y el derecho concursal tenían una clara delimitación de su objeto material basado en la focalización de una frontera definida en la insolvencia con precisión técnica en la incapacidad de la sociedad para hacer frente con medios regulares de pago a las obligaciones exigibles sobre cuyo concepto se instaló la convicción de existencia de un

²⁶ Las tres sentencias no reflejan sino el título de esta ponencia que no es sino el mismo que el maestro alemán KARSTEN SCHMIDT le dio a su reciente conferencia en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires en las Jornadas Concursales Argentino-Germanas, 21 y 22 de Febrero de 2019.

El maestro alemán periódicamente llega a nuestros foros y esta vez lo hizo junto con un destacado grupo de juristas germanos los cuales sobre diversas materias, dialogaron con quienes llegamos con el ánimo dispuesto a escuchar en qué medida mantenemos nuestra posibilidad de no perder el tren de la historia.

DECONOMI

punto de equilibrio entre el estado patrimonial regular u ordinario o *in bonis* y el opuesto de la insuficiencia de medios e instrumentos para superar las dificultades o *in malis*.

La convivencia de los dos ordenamientos nunca fue totalmente pacífica; no existía consenso en la definición de los respectivos presupuestos materiales u objetivos ni en los presupuestos subjetivos lo cual constituía en una última instancia el reconocimiento de dos modelos cuya tangente estaba delimitada en la materia propia de cada uno y también en sus respectivas tésis, pero con una línea de frontera llena de temas superpuestos particularmente en las zonas de “disolución y liquidación” del derecho societario y de “crisis” o “dificultades” en el derecho concursal.

La sociedad instrumento ordinario del mundo capitalista, fue perdiendo su carácter eminentemente típico y el número cerrado de las formas legalmente predeterminadas fue cediendo paulatinamente hasta desaparecer en correspondencia con un avance sostenido del principio adverso a la tipicidad, la autonomía de la voluntad, ante cuya amplitud pierde su tradicional rigor la teoría de la responsabilidad, las categorizaciones de contractual y extracontractual, tanto como la de limitado o ilimitado.

En el derecho concursal se produjo también una notable mutación en su presupuesto material que desde la cesación de pagos, prácticamente identificada con la insolvencia, se desplazó, progresivamente con mayor dinamismo a otros conceptos generados por las necesidades, advertidas como dificultades preliminares a la cesación de pagos, de prevenir el hecho material de la insolvencia o cesación de pagos anticipando la aplicación de nuevos institutos a través de la incorporación de presupuestos materiales también, económicamente previos a la efectiva materialización de la incapacidad en el cumplimiento de las obligaciones exigibles.

Cobraron así incremento los procedimientos extrajudiciales, colectivos a medias sin llegar a ser estrictamente universales o concursales, obligatorios solo para las partes intervinientes, eminentemente contractuales, *res inter alios*.

La zona tangencial perdió definición en la misma medida en que la zona gris de aplicación ganó en amplitud y allí el derecho societario y el derecho

DECONOMI

concurstal coincidiendo en la reivindicación de su respectiva competencia, confrontan con pretensiones de prioridad.

Es particularmente en el delicado frente de la responsabilidad de los administradores y la de los socios, donde doctrina y jurisprudencia buscan el consenso que viabilice sin confrontaciones dogmáticas, el pacífico reconocimiento de los respectivos límites de los que resulten las normas que, formalmente en conflicto en ambos ordenamientos determinen el orden de prioridad o en todo caso la conciliación de los aspectos prioritarios recíprocos.

El ordenamiento de Alemania, muestra en el derecho comparado aspectos conflictivos que, revelan en su tratamiento la preeminencia notoria del derecho concursal, como resultado de la notoria ampliación del territorio de su competencia que, tras el estandarte del reconocimiento de sus tesis focalizadas en la continuación de la actividad y el mantenimiento del empleo, formula que resume y concreta la “conservación de la empresa”, explica el título de la conferencia del maestro alemán en su reciente presencia en la Argentina.

¿Cuáles son los cambios advertidos en las respectivas legislaciones, que llevan a las conclusiones referidas al avance del derecho concursal en la zona gris de superposición de competencias?

LA RELACIÓN DE VECINDAD HA VARIADO A TRAVÉS DEL TIEMPO

El derecho concursal germano está marcado en origen como vertiente del derecho procesal cuya tradición académica encuentra base perdurable en la obra de FRANCISCO SALGADO DE SOMOZA, de 1651 y se titula “*Labyrinthus creditorum concurrentium ad litem per debitorem communem inter illos causatam*” (“Laberinto de acreedores en concurrencia en juicio contra deudor por causa común”) a partir de la cual el derecho concursal alemán fue tratado como una parte especial del derecho procesal separado no sólo por la verja sino por alto muro del derecho societario.

La obra del jurista gallego le valió la consideración de MANUEL OLIVENCIA RUIZ en su discurso del día 7 de noviembre de 2005 en ocasión de su ingreso

DECONOMI

como miembro en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, recordando que el nombre de SALGADO DE SOMOZA quedó inscripto en 1957 en la tercera **lápida** de esa Real Academia “**entre el de los 40 jurisconsultos más eminentes de España**”, a quien llamó “**concuralista primero de Alemania y quinto de España por el mayor reconocimiento que su *Labyrinthus* ha alcanzado en la doctrina germánica, que le reconoce el avance del sistema jurídico privado de la insolvencia a un sistema “publicístico” con influencia decisiva en la doctrina y en la praxis germana de los siglos XVII y XVIII.**”²⁷

El título “**Konkursos**” denomina la ordenanza de Prusia de 1855, la de Austria de 1868, y la “*KonKursordnung*” germana de 1877, conceptuada como la más perdurable legislación de quiebras, hasta la *Insolvenzordnung* (InsO) ley de 1995, sin otra modificación que la introducción en 1935 del sistema preventivo (“*Vergleichsordnung*”)²⁸ cuya tétesis es la conservación de la empresa para el “**deudor digno de consideración por su conducta y estado patrimonial**”.²⁹

Durante 100 años el derecho concursal germano se consideró como un subtema del derecho civil. Los profesores que lo trataban lo hacían en la cátedra de derecho procesal, la *Korkurzordnung* de 1877 vigente hasta el ocaso del siglo XX constaba de 240 artículos, y sólo siete de ellos se referían a las sociedades comerciales o asociaciones.

El concurso tenía por objeto una escueta elaboración sobre la insuficiencia del patrimonio y su consecuencia, la disolución de la sociedad. En

²⁷ **OLIVENCIA RUIZ**, Discurso del 7 de noviembre de 2005 en el Plenario de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación.

²⁸ **AMADOR RODRIGUEZ**, Licenciado y Profesor en la Universidad de **Salamanca** y Juez delegado en importante causas es recordado como un destacado procesalista que en **1613** publica en Madrid el “*Tractatus de executione sententiae....*” cuyo último libro es el “*Tractatus de concursus*”, pero no se refiere a la ejecución colectiva (o “universal”) sino a la ejecución singular y al orden de prelación, preferencia o cobro en el que “concurrent” múltiples acreedores en coincidencia estableciendo el orden de cobro y graduación de sus créditos contra el deudor *in bonis*.

MUÑOZ PLANAS en su discurso leído en la solemne apertura del Curso Académico / 2001 en la Universidad de Oviedo titulado “*Defensa y elogio de Juan de Hevia Bolaño Primer mercantilista español*” destacó como *opera omnia* su obra “*Laberinto del comercio terrestre*” publicado en Lima en 1617 considerando relevante, la condición del deudor y el castigo de la persona la finalidad de la norma.

²⁹ La conservación de la empresa.

DECONOMI

ese escenario casi inmóvil un muro de ignorancia recíproca separaba al derecho concursal del derecho societario; quedaban así sin respuesta los deberes de los administradores a partir de la apertura del proceso universal, y obviamente nada existía respecto del periodo anterior.

La decisión sobre las reglas de gobernanza, el objetivo del proceso concursal, la liquidación o reestructuración, los derechos y los efectos sobre los directivos, socios e incluso los acreedores, en particular la estructura del capital en la sociedad concursada y el comportamiento del instituto en el concurso todo, constituía una incógnita, en el mejor de los casos con doctrina escasa y dispersa.

Después de 100 años la *Korkurzordnung* de 1877, durante cuyo siglo fue modélica de los ordenamientos de otros países, aparecía desactualizada e ineficiente. En 1994 fue sustituida por la *Insolvenzordnung* (InsO),

Pero a su vez a partir de 1980 es el derecho societario el que incorpora algunas normas legales vinculadas a aspectos medulares en razón de sus efectos en el ámbito concursal, v. gr. la Ley de Sociedades Anónimas (AktG) (art. 32 a, b), regula el préstamo de socios.

En el 2008 la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada y de Prevención de Abusos (*Gesetz zur Modernisierung des GmbH Rechts und zur Bekämpfung von Missbrauchen*) (MoMiG), impelida por la crisis global generada por la *subprime* hipotecaria del estado de la Florida (EEUU) el derecho concursal alemán asume protagonismo frente a la ley de sociedades.

Pero su mayor avance acontece en 2012 con la sanción de la *Ley para mayor simplificación del saneamiento de empresa* (*Gesetz zur weiteren Erleichterung der Sanierung von Unternehmen*) (ESUG), que potencia el derecho concursal con el Proceso de Planificación de concurso sobre las sociedades.

A partir del relato histórico KARSTEN comienza y fundamenta sus conclusiones, cuando se pregunta ¿Que ha cambiado? ¿Qué logra el derecho concursal modernizado? Y por respuesta anticipa la historia que causó profundo impacto no sólo en la faz académica sino en la opinión pública alemana.

DECONOMI

La respuesta se focaliza en el caso de la famosa editorial *SchurKamp*, sociedad colectiva en la que un socio minoritario, con derechos especiales, dificultando sin intermitencias la gestión, paralizó la conducción de la empresa: “*la dirección se defendió con un pedido de concurso, cuyo efecto fue espectacular. En el proceso de planificación se transformó en sociedad anónima y el socio minoritario molesto resultó degradado a simple accionista sin los molestos derechos especiales que tenía en la empresa transformada.*”

KARSTEN SCHMIDT advierte que bajo las normas del derecho societario, este efecto no hubiera sido posible y concluye “*Dónde el Derecho Societario no llega a la meta el derecho concursal es una ayuda*”. Quedó instalado desde entonces bajo el lema de “concurso estratégico” para asignar al paradigmático caso una consecuencia que constituye el título de la lección magistral: el derecho concursal ha avanzado en cuestiones clásicas del derecho societario.

La conferencia alcanza luego al tratamiento de institutos paradigmáticos que confirman el aserto: el sobreendeudamiento y su redefinición; el régimen de aportes de los socios o accionistas; la transformación en formas societarias típicas o subtipos o atípicas; el *debt to equity*, el salvataje de la empresa o *cramdown*.

LA REDEFINICION DEL “SOBREENDEUDAMIENTO” EN EL DERECHO CONCURSAL

LA PRIMERA RESPUESTA DEL DERECHO CONCURSAL A LA CRISIS GLOBAL; LA REFORMA DE LA *INSOLVENZORDNUNG* ³⁰

³⁰ Del autor y sobre los nuevos ordenamientos concursales: 1. *La experiencia judicial de los llamados “Acuerdos Preventivos Extrajudiciales”*, I Congreso Hispanoamericano de Derecho Concursal, Barranquilla, 12, 13 y 14/10/2005. 2. *La dilución del principio de colectividad o universalidad de acreedores en los procedimientos concursales menores o preventivos*, II Congreso Iberoamericano de Derecho Concursal, Mérida, Estado de Yucatán, 08, 09, 10 y 11/11/2006. 3. *El nuevo fallimento itálico*, I Seminario de Derecho Concursal Comparado Iberoamericano, Ribeirao Preto, 09, 10 y 11/05/2007. 4. *Las modernas tendencias del Nuevo derecho Concursal y su proyección al ordenamiento mexicano*, I Congreso Nacional Mexicano de Derecho Concursal, México D.F., 27, 28 y 29/06/2007. 5. *La concursalidad en el siglo XXI*, I Congreso Colombiano de Derecho Concursal, Medellín, 6, 7 y 08/09/2007. 6. *El nuevo presupuesto material de los procedimientos conservativos: la crisis*, I Congreso de Derecho Concursal Español “Dos años de Ley Concursal. Balance y perspectiva”, Madrid, 30 y 31/05/2007 y 01/06/2007. 7. *Las reformas de las legislaciones concursales en Iberoamérica*

DECONOMI

La legislación concursal es el brazo armado de la economía, el auxilio jurídico instrumental del mundo de los negocios al momento de la crisis. Las postrimerías del siglo XX mostraban un escenario macroeconómico en expansión y reclamaron al derecho una instrumentación concurrente a un fin: el mantenimiento de la actividad y el empleo aun en la crisis. La respuesta del mundo concursal aconteció casi en forma simultánea en los países centrales y en Latinoamérica, a través de un movimiento de reformas sin precedentes en la historia del derecho comparado, caracterizado por algunas notas comunes entre las que se destaca la consagración de una nueva tésis focalizada en el salvataje de la empresa³¹.

Todas las nuevas leyes concursales y los debates doctrinarios reflejan una inquietud instrumental conceptuada como idónea al mejor funcionamiento de los sistemas legales de crisis: la anticipación al estado de cesación de pagos para acudir el procedimiento concursal. Se instauran así como presupuestos materiales u objetivos del concurso, además de la tradicional cesación de pagos o insolvencia, otros disparadores constituidos por estados

y la Ley Española en el nuevo mundo concursal, III Congreso Iberoamericano de Derecho Concursal "Las reformas de las legislaciones concursales en Iberoamérica y la Ley Española en el nuevo mundo concursal", Barcelona, 28, 29 y 30/11/2007. 8. II Congreso Nacional de Derecho Concursal, Instituto Iberoamericano de Derecho Concursal, Guadalajara, 14, 15 y 16/05/2008. 9. *El Derecho Concursal en Latinoamérica*, II Congreso Colombiano de Derecho Concursal, Valle de Leyva, Boyacá, 28, 29 y 30/08/2008. 10. *Las demandas de la economía y los objetivos del concurso*, IV Congreso Iberoamericano de Derecho Concursal, 12, 13 y 14/11/2008, Punta del Este.

³¹ El tsunami del mundo concursal acontece simultáneamente en Europa (Alemania) y Latinoamérica (Colombia y Argentina) en las postrimerías del siglo anterior y en el amanecer del siglo XXI. En la Argentina la ley 24.522, denominada Ley de Concursos y Quiebras, realiza reformas fundamentales, las que son profundizadas con las leyes 25.589 y 26.086; México instaura la Ley de Concursos Mercantiles el 12/05/2000; Perú sanciona la ley 27.809 el 15/05/2002; Brasil dicta la ley 11.101 del 09/02/2005 de *Recuperação Judicial a Extrajudicial e a Falência da Empresa e da Sociedade Empresaria* (Recuperación judicial y Extrajudicial y Quiebra del Empresario y de la Sociedad Empresaria) y por primera vez en nombre de la ley asume el tratamiento diferenciado de la quiebra del empresario del de la empresa; Chile dicta la ley 20.073 el 29/11/2005; Colombia modifica la Ley de Emergencia 550 de 1999 sancionando la ley 1116 de 2007; Uruguay se da su primera Ley de Declaración Judicial del Concurso y la Reorganización Empresarial N° 18.387 de 23/10/2008. En Europa, Alemania sanciona la *Insolvenzordnung (InsO)*, Ordenanza Alemana de insolvencia, el 1/10/94; España dicta la primera Ley de Quiebras 22 de 09/06/2003; Portugal el dec.-ley 53 de 18/03/2004;

Francia promulga la ya famosa *Loi de Sauvegarde* 845 de 26/06/2005; Italia modifica la *Legge Fallimentare* con el dec. legs. 35 de 14/03/2005 convertido en ley 80 de 14/05/2005, el dec. legs. 5 de 09/01/2006 de procedimientos concursales y el dec. legs. correctivo 169 de 17/09/2007.

DECONOMI

económicos previos, denominados *amenazas, dificultades, inminencia de insolvencia, o sobreendeudamiento*.

De la mano del nuevo presupuesto material, y en orden a su efectividad, se pone a cargo del administrador la responsabilidad de la presentación oportuna, bajo apercibimiento de responsabilidad patrimonial personal y aun penal.

La gran duda del hombre de derecho sería determinar en qué medida los recientes sistemas concursales, instalados masivamente en el mundo, podrían resultar satisfactorios frente a una prueba exigida sobre la base de presupuestos absolutamente distintos a los existentes al momento de su advenimiento.

¿En qué medida los sistemas generados en el tsunami concursal del nuevo derecho de la crisis del siglo XXI, insuflados de reclamos generados en el marco de una economía en expansión, podrían responder a aquellas otras de diversa naturaleza, nacidas en un escenario de depresión?

El mundo concursal tiene la primera respuesta: el 20 de octubre de 2008 el *Bundesblatt* (Boletín Oficial de Alemania) publicó la ley sancionada por el Parlamento Federal, denominada “Ley para la estabilización del mercado financiero” (*Finanz Markt Stabilisierungs Gesetz*) (*FMStG*)³², la cual, dictada con el apremio que supone una deliberación que aspira a adecuar en forma inmediata la regulación legislativa a las nuevas condiciones económicas generadas por la crisis global destaca una modificación fundamental en el presupuesto objetivo del sobreendeudamiento regulado por la *Insolvenzordnung -InsO* de 1994, vigente desde el 1 de enero de 1999.

La ley de insolvencia alemana (*InsO*) de 1999 determina como presupuesto objetivo del concurso la “incapacidad de pago actual³³ (*Zahlungsunfähigkeit*) o inminente ³⁴ (*Drohende Zahlungsunfähigkeit*)”,

³² No obstante su título referido precisamente a actividades financieras, el articulado no distingue respecto de las entidades no financieras o ajenas al mercado financiero por lo que es reputada de aplicación general.

³³ Art. 17. II “...cuando no se encuentra en condiciones de cumplir con las obligaciones exigibles (...) [y] se supone cuando ha cesado en los pagos”.

³⁴ Art. 18. II “...cuando es previsible que no se encontrara en condiciones de cumplir con

DECONOMI

reguladas respectivamente en los arts. 17 y 18 y, como segundo y nuevo presupuesto material, previo a la insolvencia (aplicable sólo a las personas jurídicas y a las entidades sin personalidad jurídica sin socio persona física personalmente responsable), el “sobreendeudamiento” (*Überschuldung*) regulado en el art. 19. II y definido como existente “cuando el patrimonio no cubre las obligaciones contraídas”.³⁵

La reforma del 20 de octubre de 2008 (*FMStG*) introduce un cambio fundamental al exceptuar del concepto de sobreendeudamiento “*aquellos casos en los que la continuidad de la empresa es, bajo todas las circunstancias, altamente probable (o verosímil)*”.

El cambio acontecido en el segundo presupuesto material del concurso tiene por objetivo excusar a los administradores de la obligación de presentar en concurso a las empresas que, como consecuencia del deterioro sufrido en el valor de sus activos financieros o inmobiliarios debido a la crisis global, quedaron atrapados en el concepto legal primigenio del sobreendeudamiento.

La *InsO* (1999): art. 15. 1 impone a los administradores solicitar la apertura del concurso dentro de las tres semanas a contar de cuando la sociedad se encuentre alcanzada por cualquiera de los dos presupuestos objetivos: insolvencia –actual o inminente– o sobreendeudamiento.

La obligación estaba contenida en el art. 64. I de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada (*GmbHG*)³⁶ pero a partir de la “Ley de Sociedades

las obligaciones de pago pendientes en el momento del vencimiento”.

³⁵ El nuevo ordenamiento concursal de Italia abandona la designación de *Legge Fallimentare* y se llama *Codice della crisi d'impresa e della insolvenza*, sancionado por Dec. Lgs. 12 enero 2019, define el “sobreendeudamiento” como “*el estado de crisis o de insolvencia del consumidor, del profesional, del empresario menor, del empresario agrícola, del start up innovativo regulado por el Dec. Lgs. 18 octubre 2012, n. 179, y de todo otro deudor no sometido a la liquidación judicial o a la liquidación forzosa administrativa o a otro procedimiento liquidatorio previsto en el código civil o en leyes especiales para el caso de crisis o de insolvencia*”

A su vez define la voz “Crisis” como “*el estado de dificultad económico-financiera que hace probable la insolvencia del deudor, y que en la empresa se manifiesta como deficiencia de los flujos de caja prospectivos para hacer frente regularmente a las obligaciones planificadas*”; en cuanto a la “Insolvencia” es definida como “*el estado del deudor que se manifiesta con incumplimientos u otros hechos exteriores, los que demuestran que el deudor no se encuentra en estado de satisfacer regularmente las propias obligaciones*”

³⁶ La S.R.L. es la forma societaria preferida en la actividad económica de Alemania. En 2005 existían aproximadamente 205.000 S.R.L. frente a 17.000 Sociedades Anónimas, sin contar sucursales y en Comandita por Acciones.

DECONOMI

de Responsabilidad Limitada y de Prevención de Abusos” (*Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbrauchen*) (*MoMiG*), aprobada el 26/06/2008 y en vigor desde el 01/11/2008, fue eliminada de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada Ordinaria (*GmbHG*) para ser incorporada directamente a la *Insolvenzordnung* en el art. 15. I, estableciendo que los administradores deben solicitar el concurso dentro de las tres semanas desde que la sociedad se encuentra en situación de insolvencia, el incumplimiento de cuya obligación les obliga a restituir a la masa todos los pagos realizados con posterioridad, situación ésta que se establece en el art. 64 reformado de la Ley de Sociedad de Responsabilidad Limitada ordinaria (*GmbHG*) y en el art. 92 de la Ley de Sociedades Anónimas (*AktG*), sin perjuicio de la responsabilidad penal de la pena privativa de libertad de hasta tres años establecida en el nuevo art. 15. IV de la *InsO*³⁷.

La mutación del concepto de sobreendeudamiento constituye sin lugar a dudas el aspecto más trascendente de las reformas introducidas por la ley *MoMiG* del 20 de octubre de 2008 en el régimen de la *Insolvenzordnung*. La redacción anterior del art. 19 acudía también a la necesidad de tener en cuenta la “*bastante probable (o verosímil)*” continuación de la empresa, bajo todas las circunstancias, pero al solo efecto de la valoración del patrimonio del deudor, como elemento integrante de la definición del sobreendeudamiento.

El cambio es notable porque pasa a considerar como inexistente el sobreendeudamiento cuando la continuidad de la empresa es bastante probable, verosímil o tiene un cierto grado convincente de posibilidad.

El hecho de que la probabilidad de la continuación hubiera estado anteriormente involucrada en la definición del sobreendeudamiento (art. 19 en su redacción *ex ante* reforma), a otros efectos, explica que la jurisprudencia anterior hubiere considerado el concepto de probable o verosímil continuación cuando la “*capacidad financiera de la sociedad alcanza para garantizarla por medio de un plan de liquidez con perspectivas de resultados, que acreditar*

³⁷ El art. 84 de la Ley de Responsabilidad Limitada Ordinaria (*GmbHG*) impone la misma sanción a los administradores por deficiente información a los socios de las pérdidas que redujeren los fondos propios de la sociedad a la mitad del capital social.

DECONOMI

que la sociedad en el mediano plazo no estará en incapacidad de pago” (Tribunal Superior de Justicia –BGH– Fallo del 13 de julio de 1992)³⁸.

La primera doctrina, sin embargo, pone énfasis en la inseguridad de la norma, que supedita una decisión de tanta importancia como es la de solicitar el concurso, sancionada con consecuencias patrimoniales y penales para el administrador, a una mera proyección de futuro que aparece desprovista de condiciones de certeza, la cual, aun resultando en origen acertada, podría ulteriormente ser evaluada por un juez en forma distinta. En este mismo orden de ideas, se deduce que por ello serían inconstitucionales las sanciones penales por incumplimiento de la solicitud del concurso³⁹.

La reforma del art. 19 de la *InsO* significa en la práctica una implícita derogación del sobreendeudamiento como presupuesto material del concurso, el que queda reducido a la incapacidad de pago, ya fuere actual, ya fuere inminente, regulada en los arts. 17 y 18.

El difícil equilibrio procurado en el ámbito del derecho concursal y reflejado en todos los modernos ordenamientos del siglo XXI pretende la apertura del concurso en forma oportuna, para evitar que la insolvencia instalada impida la reorganización empresarial, la que resultará tardía cuando los efectos perniciosos de la cesación de pagos hubieran horadado las posibilidades recuperatorias.

El nuevo derecho concursal creyó encontrar en la focalización de un presupuesto material previo a la cesación de pagos el procurado equilibrio. Sin embargo, una vez más se debe advertir cómo las circunstancias particulares de la macroeconomía en depresión pueden incidir en forma de imponer rápidos contrapesos; porque los cambios operados en la misma pueden reclamar soluciones distintas a aquellas que se consideraron hasta ayer eficientes en el marco de una macroeconomía en expansión.

³⁸ También la doctrina cita en tal sentido fallos que determinan que un pronóstico de continuidad no solamente debe ponderar el propósito del deudor sino fundamentalmente la capacidad de la empresa para continuar, debiendo justificar en forma precisa la evolución prevista, sin que alcance para ello una mera enunciación de escenarios en los que fuere posible.

³⁹ FERRÉ, Juan - WERNER, Norman, *La reciente reforma societaria y concursal en Alemania con especial referencia a la modificación del régimen de los préstamos de los socios*, Anuario de Derecho Concursal, Madrid, 2009-1, en prensa.

DECONOMI

La mayoría de los nuevos ordenamientos concursales, a comienzo del nuevo siglo tanto en los países centrales como en Latinoamérica, acontecieron en el marco de una economía en crecimiento. La crisis que se abatió en forma sorpresiva sobre el mundo económico a partir de las postrimerías del año 2008, iniciada con la burbuja de las hipotecas *subprime* en Estados Unidos, tuvo una proyección inusitada y cambió radicalmente el escenario global, que pasó, casi sin solución de continuidad, de la expansión a la depresión.

Nos preguntamos entonces ¿en qué medida los nuevos ordenamientos concursales del siglo XXI tendrían, pensados para un escenario distinto, respuestas adecuadas a las nuevas situaciones provocadas en las empresas por la crisis global?

Formulamos aquellas preguntas ya en ocasión del Tercer Congreso Iberoamericano de Derecho Concursal de Barcelona de 2007⁴⁰, cuando intuíamos las dificultades que insinuaba la economía estadounidense y su posible efecto contaminante frente a la ley hispana 22/2003 que, claramente involucrada en el marco económico de rendimientos inusuales, pudo permitirse una regulación a nuestro juicio excesivamente severa para el administrador en orden al momento oportuno de la presentación.

La legislación germana da la primera respuesta al aliviar las exigencias a los administradores y advierte que aquellas pretensiones de someter a la empresa al tratamiento concursal en forma previa al estado de cesación de pagos podrían, en un nuevo escenario de economía en receso, aparecer inapropiadas y aun claramente adversas al fin perseguido.

A la par, se imponen a la consideración de los actores de los procedimientos concursales algunas reflexiones. Primero, la indudable directa vinculación del derecho concursal en el mundo económico, como instrumento esencial en el manejo y la regulación de la crisis empresarial. Segundo, la capacidad de inmediato reflejo del legislador alemán, que antes que ningún otro procura adecuar una recientísima ley, modificada en los aspectos fundamentales significados por sus presupuestos materiales, a circunstancias

⁴⁰ Con el auspicio del Instituto Iberoamericano de Derecho Concursal, nuestra conferencia "Las reformas de las Legislaciones Concurales en Iberoamérica y la Ley Española en el Mundo Concursal", Barcelona, 28 al 30/11/2007.

DECONOMI

absolutamente mutadas, en forma que aquello que apareció ayer como el *desideratum*, deba ser dejado de lado a la espera de vuelta a la normalidad. Y en este sentido, también el legislador alemán ha sido previsor pues no abjura de los principios que le llevaron a consagrar el presupuesto material anticipado en el tiempo a través de situaciones de crisis, que sin llegar a la insolvencia, significaran dificultades justificantes del concurso, sino que lo hace conceptuando que la situación determinante del cambio es precaria, y a modo de derecho de emergencia establece que la reforma tendrá vigencia hasta el día 1 de enero de 2011. Con lo cual arriesga un pronóstico optimista, en el sentido de una vuelta a la normalidad en dos años.

El legislador concursal del siglo XXI no imaginó que, como jamás aconteció, el nuevo producto jurídico estaría sometido a la dura prueba de una crisis global inédita, y el *test* empírico dirá si los nuevos ordenamientos pueden con sus nuevos instrumentos dar respuestas adecuadas o sí, como lo insinúa la reforma germana, son necesarios rápidos reflejos para rectificar normas o reglas que aparecen insuficientes ante condiciones cambiantes del derecho “en obras”

LA LEY DE REFORMA SOCIETARIA DEL 1 DE NOVIEMBRE DE 2008 Y SU REFLEJO CONCURSAL⁴¹

La Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada (*Gesetzbeltheffen die Gessellchaften mit beschränkter Haftung: GmbHG*), desde su vigencia en 1892, reveló en muchos aspectos su falta de adecuación a la realidad económica, razón por la cual varios proyectos de reformas fueron sometidos a la consideración del Parlamento Federal sin que hubieren tenido sanción⁴².

Después de largos debates, se sancionó la “Ley de Modernización del Derecho de Sociedades de Responsabilidad Limitada y de Prevención de

⁴¹ FERRÉ, Juan - WERNER, Norman, “*La reciente...*”, ob. cit.

⁴² Es menester destacar la excepcional importancia que tiene en Alemania la Sociedad de Responsabilidad Limitada (GmbH).

DECONOMI

Abusos” (*Gesetz Zur Modernisierung de GmbH-Rechts und Bekämpfung von Missbräuchen: (MoMiG)*), vigente desde el 1 de noviembre de 2008.

El cambio estaba reclamado respecto de cuestiones vinculadas con la responsabilidad de los administradores; la obligación de solicitar el concurso, la reintegración concursal y los abusos en la fase final de una sociedad, particularmente en la crisis.

LA CRISIS DEL CAPITAL SOCIAL MINIMO

Por otro lado, la *GmbH* alemana quedó con el tiempo descolocada en la competencia con la sociedad de capital vigente en Europa. A partir del caso *Inspire Art* en que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea consagró el principio comunitario de libertad de establecimiento, apareció en Alemania la preocupación en torno a la supuesta ineficiencia del propio sistema. En la mayoría de los países la fundación de una S.R.L., parecía mucho más simple, incluso con la aportación de un mínimo capital social (no permitido en la Ley germana).

EL ABANDONO DEL CAPITAL SOCIAL-GARANTIA

En contraposición evidente con la *GmbH* alemana, la *Limited inglesa* admite la limitación de responsabilidad **prescindiendo de un capital mínimo** y esto ha inducido al legislador alemán a abandonar la concepción de la necesidad inexorable de dicho capital como protección para el acreedor.

Así pues, la reforma consigue dos objetivos aparentemente antagónicos: la protección legal de la S.R.L. de los abusos que estaban posibilitados con sus normas en la práctica y, de otro lado, su modernización a través de una **desregulación** particularmente referida a su capital, para posibilitar la competencia tornándola atractiva respecto de la sociedades europeas de igual o análogo tipo.

DECONOMI

Un primer paso hacia la reforma fue dado en el 2005, tendiente a la modificación del aporte del capital social mínimo (*MindestkapG*), de veinticinco mil euros a diez mil euros, pero el proyecto no fue sancionado. Sin embargo, el objetivo tomaría otra forma de concreción a través de la incorporación de la Sociedad Empresarial de Responsabilidad Limitada (*Unternehmergesellschaft*) en el nuevo capítulo art. 5º. a) en la misma Ley de Sociedad Responsabilidad Limitada (*GmbHG*).

Se trata de una forma societaria que parece destinada a empresas pequeñas, preferentemente con objeto social dirigido a la provisión de servicios, que no requiere aporte especial de capital. De esta manera, con la creación de la mini *GmbH* (S.R.L.) se supera el debate sobre la disminución del capital mínimo de la S.R.L. regular (*GmbH*), que mantiene en esa materia la misma normativa.

LAS APORTACIONES SOCIALES EN ESPECIE: LA PRECISIÓN EXIGIDA Y LOS DISFRACES

Sin perjuicio de las cuestiones referidas precedentemente en torno a la incorporación de la **S.R.L. sin capital social**, la *MoMiG* del 1 de noviembre de 2008 contiene algunas reformas de singular importancia, unas eminentemente societarias y otras que se proyectan a la ley concursal.

Es notorio que el aporte de los socios constituye la garantía de los acreedores. El derecho alemán anterior exigía que en el contrato social, cuando no se hubieren acordado aportes dinerarios y, en cambio, se hicieren en especie, se debería relacionar en forma precisa su entidad y valor, y establecer para ello un procedimiento integral.

Se los denominaba “aportes en especie disfrazados” y los Tribunales entendían que, cuando en lugar del aporte en dinero se realizaba un aporte no dinerario, correspondía la aplicación de las disposiciones específicas sobre aportes en especie, de lo que se seguía como consecuencia que se declaraba no sólo inválido el aporte dinerario sino también nulos los contratos de compra

DECONOMI

que se hubieren celebrado sobre la especie aportada en concepto no dinerario y los actos de disposición dirigidos a ejecutar la compra. Este régimen de invalidez y nulidades superpuestas provocaba la confusión de recíprocas devoluciones pero con subsistencia de la obligación dineraria original, por lo cual el socio debía aportar el dinero dos veces, solución que la doctrina consideró injusta, debido a lo cual postulaba su derogación.

La reforma (*MoMiG*) regula ahora diversamente la situación: la obligación de realizar una aportación dineraria se pondera nominalmente por el valor que tuviere la aportación al momento de inscripción en el Registro Mercantil y, de ser posterior, al momento de la transmisión del bien a la sociedad. A su vez, los contratos relativos a los bienes aportados en especie y los actos de disposición consecuentes mantienen eficacia; con lo que se superan las consecuencias de nulidades y pérdidas de créditos que resultaban del derecho anterior.

LOS “PRÉSTAMOS SUSTITUTIVOS DE FONDOS PROPIOS” DE LOS SOCIOS: REEMBOLSO O CAPITALIZACIÓN EN GARANTÍA DE LOS ACREEDORES

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 S.R.L. (*GmbHG*) en los arts. 32.a y 32. b que por su complejidad fue fustigada por la doctrina y no fue respetada en la práctica, quedando, reservada a un ámbito de interpretación demasiado reducido de especialistas y plasmadas en una jurisprudencia cambiante.

Los préstamos realizados por los socios durante la crisis eran considerados como fondos propios de la sociedad (*rectius*: capital social), partiendo del razonamiento que la responsabilidad de financiar a la sociedad en

DECONOMI

dificultades habría permitido a la misma acceder a medios para mantener la actividad económica⁴³.

El socio que optaba por financiar la sociedad para mantenerla en la situación de crisis o bien para superarla, contraría desentendiéndose de la liquidación que resultaría procedente 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.

A su vez los administradores, por aplicación de la Ley de S.R.L. (*GmbH*): art. 30. I 32.a y 32.b, se veían enfrentados a la incómoda decisión de denegar al socio el reembolso de préstamos con la compleja misión de recalificar un préstamo como capital social 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 social 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.

LA LEY DE REFORMA DE LA S.R.L. (MOMIG) DE 1º DE NOVIEMBRE DE 2008

⁴³ 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”.

DECONOMI

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 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada y de Prevención de Abusos (*Gesetz zur Modernisierung des GmbHRechts und zur Bekämpfung von Missbrauchen*) (*MoMiG*) de 1 de noviembre de 2008, deroga las 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 simplifica el confuso panorama.

La ley de 1 de noviembre de 2008 traslada los **arts. 32. a y 32. b** que regulan los préstamos de los socios de la S.R.L. (*GmbH*) a la ley concursal (*InsO*) en cuya normativa incorpora los **arts. 31.I.5 y 4; 44 a, 135 y 143** aplicables a todas las formas y tipos societarios y a las asociativas en las que no exista responsabilidad personal de persona natural.

Así enriquecida a expensa de la ley societaria, 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***.

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 sólo 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, 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.

DECONOMI

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* –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***).

La reforma de noviembre de 2008 (MoMiG) es considerada como una bienvenida simplificación del sistema atribuido a los llamados “préstamos sustitutivos de los fondos propios”.

A modo de conclusión

La nota caracterizante que muestra en forma práctica la distinta materia y diversa regulación consecuente del derecho societario y el derecho concursal queda patentizado con el traslado al derecho concursal de la regulación de los préstamos de los socios, cuya normativa había sido incorporada a la ley de SRL (*GmbHG*) en 1980, al derecho concursal.

La Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada y de prevención de abusos (*Gesetz zur Modernisierung des GmbHRechts und zur Bekämpfung von Missbrauchen*) (MoMiG) derogó los arts. 32 a) y 32 b) relativo a los préstamos de los socios de una SRL (*GmbHG*) -prácticamente excluyente de otro tipo societario en Alemania- y traslada dicha normativa a la *InsO* en los arts. 39. I ap.5 y 4; 44.a.

La responsabilidad del socio en orden a la financiación de la sociedad tema esté involucrado en la problemática tratada en doctrina como “infracapitalización nominal” pasa así de la ley societaria a la ley concursal.

DECONOMI

La “Ley de Simplificación del Saneamiento de Empresas” (*Gesetz zur weiteren Erleichterung der Sanierung von Unternehmen*) (ESUG) de 2011, vigente desde marzo de 2012

La ESUG entro en vigor el 1º de marzo de 2012. Su materia es un procedimiento extrajudicial, abreviado, en cuyo periodo el deudor prepara un plan de insolvencia, de ordinario con los acreedores más importantes, quienes actúan por medio de un comité de acreedores provisionales con potestad para proponer un administrador provisorio, cuya función es el control del órgano de administración de la sociedad que continua en sus funciones.

Las características del plan preconcursal, cuya duración de hasta 10 meses, puede considerarse como un trámite voluntario de anticipación a la apertura de un procedimiento judicial de insolvencia, simple y breve concebido como un tiempo de espera idóneo para la apertura y facilitación del ulterior plan judicial.

Las características de la planificación previa para facilitación del plan judicial de insolvencia son muy importantes: en materia laboral la sociedad puede financiar las prestaciones laborales (sueldos y salarios) hasta tres meses por adelantado con fondos líquidos, ahorrados o reservados; resolver contratos que considere desfavorables en forma unilateral y requerir el reembolso de los pagos realizados bajo presión; ajustar su elenco laboral sin indemnización por despido y autorizar la suspensión de las ejecuciones (InsO, Sec. 270.a)

La aprobación del plan preconcursal puede realizarse por mayoría pero vincula sólo a los acreedores partícipes. El comité provisorio de acreedores, puede requerir al tribunal autorizar la suspensión o prohibición de ejecuciones por un periodo de hasta tres meses para elaborar el plan extrajudicial previo al plan de insolvencia judicial (InsO, art. 270. a).

Constituye una forma de tratamiento anticipado de las dificultades de la sociedad con una reestructuración dirigida a la ulterior ejecución del plan judicial.

Como acontece regularmente en el derecho comparado el nuevo sistema de la ESUG de 2012 considerado, en ciertos aspectos modélico del

DECONOMI

nuevo ordenamiento italiano del *Codice della Crisi d' Impresa e dell' Insolvenza*, sancionado por el Dec. Lgs. 12 enero 2019 nº 14 cuya vigencia esta diferida a los seis meses de su sanción.

EL DEBT TO EQUITY SWAP

KARSTEN SCHMIDT llamó “prueba de fuego de la reestructuración empresarial al *debt to equity swap*, en adelante DES.

Constituido como método de saneamiento genuinamente jurídico e inserto en la tangencia del derecho societario y el derecho concursal, es característico del derecho concursal introducido en la *ESUG*, como instrumento *de la* planificación preconcursal.

Debe considerarse ciertamente una medida de saneamiento específica y particular del derecho concursal, exclusivamente pero también es clásico del derecho societario, más conocida como “*operación acordeón*”: su esencia se focaliza en el saneamiento de la empresa sin aportar liquidez y solo por vía de depuración –o ajuste-del balance.

La crisis de la empresa tiene causa en la carencia de liquidez (significada por la palabra insolvenca), o bien en razón de un exceso de obligaciones (sobreendeudamiento). La reestructuración financiera exige tanto conseguir liquidez para superar, o en su caso, evitar el estado de sobreendeudamiento.

El *Debt to Equity Swap* es un aumento de capital que se ejecuta con reducción del capital anterior y simultáneo aumento real o efectivo: los acreedores suscriben nuevas participaciones, que aumentan el capital social y renuncian a sus acreencias. Opera una transformación, metamorfosis en la trasmutación de su condición de acreedor a socio.

El saneamiento no se advierte en el balance de la sociedad que no denota el ingreso de nuevos bienes, manteniéndose sin modificaciones el lado de los activos; en el **pasivo** en cambio, se advierte que los acreedores mutan

DECONOMI

sus acreencias por participaciones en el capital social, sin alterar el pasivo total, ni en consecuencia el patrimonio neto

Bajo la perspectiva de la sociedad el *Debt to equity swap* es trueque o intercambio (*swap*) de *deudas (debts)*, por participaciones, equitativas (*equity*).

Se trata de una “*transacción limpia y justa*” por vía de la cual los acreedores cambian acreencias por participaciones sociales en el capital de riesgo, sostuvo el maestro alemán. Se evita la licuación de las participaciones, para lo cual en caso de duda se detraerán las participaciones de los socios preexistentes por reducción del capital en forma que *vgr.* tres socios originarios se convierten en cuatro porque el acreedor, cambia sus acreencias contra la sociedad por una participación en el capital social.

LA CRISIS DE LA EMPRESA EN EL DERECHO DE LA SOCIEDAD.

Se dijo que el DES está constituido por tres medidas que corresponden al derecho societario:

Una resolución de reducción del capital de los socios, suscripción de participaciones por los acreedores, implementación del aumento de capital por compensación o cesión de acreencias por vía de contrato con la sociedad.

En el ámbito del derecho societario, la decisión corresponde a los socios y el aumento de capital implica graves riesgos de responsabilidad por parte de los acreedores en tanto todas las medidas estructurales, y el aumento de capital lo es, son decididas por los socios y en segundo término el riesgo que asumen los acreedores resulta de las normas de protección al capital: es un aumento del capital nominal y no del capital efectivo (no hay aumento de patrimonio).

Cada participación debe ser cumplimentada por un depósito y en el caso de un aporte patrimonial por un acreedor debe compensar la diferencia entre el valor calculado y el valor objetivo del bien aportado, por vía de un pago en efectivo a la sociedad, si el valor del aporte no cubre el monto del aumento del capital.

DECONOMI

El derecho societario reglamenta la garantía por la diferencia.

Pero para el aumento del capital no se puede aplicar el monto nominal de la acreencia sino su valor de cambio en la participación societaria o de mercado, el que tratándose de un crédito contra una sociedad en estado de sobreendeudamiento, hace sumamente complicada su determinación y particularmente riesgoso si el saneamiento perseguido fracasa y la sociedad insolvente cae en quiebra.

La situación en hipótesis de aumento de capital por un plan de insolvencia, aún para un proceso en curso fueron modificadas por la ley ESUG de 2012 que estableció reglas especiales para el proceso de planificación de insolvencia. En el sistema anterior si la empresa llegaba a sanear, en el curso del proceso, en virtud del plan de insolvencia se podía cancelar o condonar las deudas, pero para el aumento del capital y también para el DES regía tan solo el **derecho societario** lo que en la práctica significaba que solamente la **mayoría de socios podía resolver** un aumento de capital, lo que le estaba vedado a la mayoría de acreedores por lo que toda conversión debía merituar el riesgo de la responsabilidad resultante del error de la valuación y consecuente conversión.

Desde marzo de 2012 conforme la reforma introducida por la ESUG, art. 225, aplicable a toda medida societaria, el aumento de capital y particularmente el DES puede aplicarse **en un proceso de planificación de insolvencia**, lo que significa que ello acontecerá **con la intervención de los acreedores**.

En la insolvencia ya no rige el monopolio de los socios sobre los estatutos, **lo que impacta en el proceso de planificación. En otros términos los acreedores tienen la palabra final** en el proceso de planificación de la insolvencia. Son ellos los que aceptarán o negaran aceptación de acuerdo al **nuevo art. 238** de la InsO, según versión 2012, ahora los socios, **en consecuencia de la transformación de los acreedores en participes, se constituyen en un grupo de tenedores de acciones (*stake holder*) con derecho a voto en el proceso de planificación de la insolvencia**

Así el derecho societario, corre el riesgo de un DES. El valor de las acreencias en la insolvencia puede caer debajo del 10% del valor nominal y si

DECONOMI

la diferencia de valor se compensa por un pago, la transacción para el acreedor sería entonces tremendamente perjudicial.

Para hacer más atractiva la conversión la ESUG **incorporó un privilegio de garantía según el cual si las acreencias se convierten en participaciones** societarias después de homologado el acuerdo **el deudor no puede hacer valer derechos de la sobrevaluación de las acreencias en el plan contra quien fueron acreedores hasta entonces.**

El art. 254 inc. 4 InsO **excluye** el riesgo de responsabilidad del acreedor aportante por la diferencia si el DES **no** fue resuelto **en la asamblea** de accionistas **sino en el plan de insolvencia homologado**. Esto constituye un incentivo al saneamiento para los acreedores de la sociedad y un asombroso privilegio de responsabilidad otorgado en el derecho concursal pero también se advierten posibles consecuencias.

Las reformas introducidas por la ESUG de 2012 significan el avance del derecho concursal en el derecho societario o, en otros términos, el desplazamiento del derecho societario al ordenamiento concursal aplicable en un proceso de planificación de insolvencia tales como el aumento de capital y particularmente el canje de deuda por participaciones sociales o *debt to equity swap*, entre otros.

La mutación de la calidad de acreedores en socios los constituye en un grupo de tenedores de acciones (*stake holder*), con derecho de voto, y consecuente participación en la decisión en el proceso de planificación de la insolvencia.

Lo que significa que en el ámbito del derecho concursal la operación de canje o conversión de deuda en participación social será realizada no ya con la exclusiva decisión de los socios como acontece en el campo de aplicación del derecho societario de la sociedad *in bonis*, sino con la intervención protagónica de los acreedores lo que lleva a una conclusión: **en el campo donde imperan las reglas del derecho concursal ya no rige el monopolio de los socios sobre los estatutos, sino que son los acreedores quienes tienen en sus manos la aceptación o negación del acuerdo de modificación estatutaria.**

DECONOMI

LA GRAVE INCERTIDUMBRE: EL VALOR “EQUITATIVO” DEL CANJE

La determinación del valor de la acreencia para su conversión en participación social, esto es la mutación o intercambio de la deuda y contra participación, requiere la determinación de un valor de canje sumamente complicado porque debe coincidir el valor comercial o de mercado de manera que en caso de quiebra ulterior por fracaso del saneamiento no quede expuesto a la acción de responsabilidad que podría ser interpuesta por el administrador de la quiebra según fuere el valor representativo de la proporción de su participación social que los socios soportan o benefician en la misma medida, que inversamente benefician o soporta el acreedor en su conversión en socio.

La dificultad esta expresada en el nombre del complejo procedimiento de canje o intercambio (*swap*) de deudas (*debt*) que no alude, como en otras hipótesis de valuación al “precio justo”, sino a la “equidad” (*equity*).

El procedimiento del canje de la deuda por participación, esto es la transformación de acreedor en socio tiene cierta analogía con la denominada “operación acordeón” que para restablecer el equilibrio establece la simultánea reducción del capital por pérdidas y el coetáneo aumento por el monto de las pérdidas, operación esta que también provoca largos debates en nuestra doctrina, la que opone serios reparos a su realización.

A modo de conclusión aparece desarrollada en la conferencia un notorio reconocimiento de adjudicación del tratamiento de la crisis, comprensiva de la cesación de pagos o insolvencia actual o inminente, o sobreendeudamiento, al derecho concursal, lo que significa una notable extensión de sus presupuestos tanto subjetivo como material u objetivo que resume en un apotegma: “*donde el derecho societario no alcanza la meta, llega el derecho concursal*”.

DECONOMI

“Relaciones entre el derecho societario y el derecho concursal en el Uruguay”

por Israel Creimer

I) Introducción-

He leído con gran interés la conferencia dictada por el eminente jurista alemán Karsten Schmidt “El Derecho societario y la intromisión del derecho concursal, el caso alemán”⁴⁴. Se trata de un enfoque muy alemán que nos muestra como se resuelven algunos problemas que, entre nosotros, no son los que más urgen.

Los autores uruguayos que comentan la ley concursal uruguaya N° 18.387 del año 2008 ya han señalado esta cuestión⁴⁵. Pero se refieren básicamente a la probable adición de responsabilidad que hace la ley concursal cuando juzga la conducta de los administradores de las sociedades. Esa sería la gran diferencia.

Respecto de éste tema, presenté con otras colegas un trabajo para el último Congreso del Instituto Iberoamericano de Derecho Concursal celebrado en Málaga (2018)⁴⁶. En esta investigación se empieza por señalar la dificultad que el tema supone en todos lados⁴⁷. Trasladamos gran parte del trabajo conjunto adaptado a la actual publicación.

II) La Ley societaria N° 16.060 de 1989.

La ley societaria uruguaya se inspiró en la Ley argentina N° 19.550. Pero, conociendo las críticas que la doctrina había realizado sobre la misma, se

⁴⁴ Me la hizo llegar gentilmente el Prof. Héctor Osvaldo Chomer quien me invitó a referirme a este tema.

⁴⁵ López Rodríguez, Carlos “Ley de declaración judicial de concurso y reorganización empresarial” T.II. LA LEY. Pág.334 y ss.

⁴⁶ Rodríguez Mascardi, Teresita - Ferrer, Alicia – Creimer, Israel “Deberes del administrador societario y responsabilidad en los supuestos de insolvencia de la sociedad” (inédito)

⁴⁷ Pacileo, Francesco (Prof. de la Sapienza en Roma) “Difficile posizione” “Le mobili frontiere fra diritto societario e diritto concorsuale nei finanziamenti “anomali” dei soci”. Publicado en “Il nuovo diritto della società” (Rev. Electrónica del año 2018, Pág.307 y ss.

DECONOMI

cuidó de no incluir alguna norma que había sido muy criticada, por ejemplo, el famoso art. 30, y el voto acumulativo, por citar un par de ellas.

Conozco bastante de cerca, las pesquisas de mi maestro, el Prof. José Ferro Astray, que analizó la ley argentina –que conocía muy bien- y también se asesoró con relevantes figuras de la excelente doctrina argentina. Recuerdo nítidamente una reunión con el querido Prof. Julio Otaegui a la que tuve el placer de asistir personalmente.

No hay, en el tema de responsabilidad de los directores mayores diferencias en la ley uruguaya respecto de la ley argentina, salvo que ahora por efecto del Código Civil y Comercial la responsabilidad de los directores no es más solidaria sino mancomunada.

Los administradores deben actuar como un buen hombre de negocios (art. 83) y en sede de Sociedades Anónimas, son responsables solidarios por cualquier violación de la ley o el estatuto (art. 391).

El mal desempeño o el abuso es una zona algo gris que debe ser apreciada por el juez. La jurisprudencia ha sido severa en la apreciación de la prueba para condenar al director. Debe verse en cada caso y se insiste que no se responde por “toda falta”, que se debe acreditar una “malicia grave”. Los jueces son conscientes que el empresario para ser exitoso debe tomar riesgos y sostiene que, para juzgarlos, hay que tener en cuenta el momento en que se toma la decisión. No juzgar “con el diario del lunes”⁴⁸.

Es frecuente, tanto en jurisprudencia como en doctrina, que se consulte a los eminentes tratadistas argentinos. Es que, por su dimensión, todo ya ha pasado en la república hermana.

III) Responsabilidad en caso de Concurso según la Ley Concursal vigente Nº 18.387.

⁴⁸ Creimer, Israel “Límites de la responsabilidad de los directores de sociedades anónimas” F.C.U. Obra colectiva “Responsabilidad del Administrador y socios de la sociedad Comercial”. Coordinadores Alicia Ferrer- Gerardo Caffera. Año 2006. Pág. 195 y ss.

DECONOMI

Aquí la responsabilidad se agrava e incluso –para algún autor- hay casos de responsabilidad objetiva.

Es que en Uruguay se siguió el camino de la ley española y la francesa. En cambio, en la Argentina tenemos un sistema similar al italiano.

He luchado –no sin ciertas vacilaciones- en varios frentes para que se elimine la calificación del concurso que tiene claros antecedentes en “*decoctor ergo fraudator*”. Pero no he tenido éxito.

Propuse la eliminación del capítulo en sede de la comisión revisora del proyecto de la ley y se aceptó. Pero luego, volvió a reaparecer en el Proyecto sancionado.

Se ha criticado, la inclusión, con trabajos de doctrina, pero la cuestión sigue allí. Últimamente he tratado de que se suavice, al menos, el régimen vigente que tiene efectos muy graves.

Es que, como siempre que puede, recomienda Richard que si se aplica bien el derecho societario, no hay porqué –en muchos casos- acudir al concurso. Ahora si el deudor entra en un proceso concursal, no se debe presumir que sea un grave infractor. Hay que analizar las circunstancias. Esto no es óbice de que cuando haya dolo, se le inculpe penalmente. Esa es la posición que he sustentado. Hay que sacar la función sancionatoria del concurso, al menos en principio.

El Prof. Richard lo escribió y dijo muchas veces. Transcribo textualmente una de sus ponencias : “*Respecto a la pérdida del capital social y las normas específicas de la legislación del medio técnico organizativo, la doctrina española –Emilio Beltrán en 1991- 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*

DECONOMI

ha cambiado pese a las posibilidades de concursarlas-. La solución con matices especiales no es muy diferente en nuestro país”⁴⁹.

Debe reconocerse, sin embargo, que no hay rigor en la aplicación de la norma societaria y que, incluso el propio concurso se pide tarde en todos los lugares del mundo, salvo excepciones.

Está entonces vigente en el Uruguay el llamado “Incidente de Calificación” (arts. 192 y ss.) de la ley.

En los casos en que: a) el concurso es voluntario y b) que el convenio aprobado permite la satisfacción íntegra de los créditos concursales en un plazo no superior a dos años no hay calificación. Tampoco se tramita el incidente en caso de liquidación (cuando no hay convenio) y resulta que el activo del deudor es suficiente para satisfacer su pasivo (art. 196). Muy dura la ley por cierto. Es muy difícil que, en la práctica, se den estas hipótesis.

La ley establece, que hay una presunción relativa de culpabilidad (por tanto admite prueba en contrario) en los siguientes casos: 1) cuando incumplió el deber de solicitar el concurso; 2) cuando incumplió con el deber de colaboración con los órganos concursales; y 3) cuando no preparó en tiempo y forma los estados contables anuales.

Pero lo peor es que hay presunciones absolutas de responsabilidad donde obviamente, no habría chance de prueba en contrario, en los siguientes casos: 1) el caso de alzamiento; 2) cuando en los años anteriores a la declaración de concurso hubiere incurrido en infracapitalización o infrapatrimonialización; 3) cuando antes del concurso salieron indebidamente de su patrimonio bienes o derechos; 4) cuando no hubiera llevado contabilidad; y 5) cuando comete falsedad en los documentos que presenta para concursarse.

Esto podría ser –como se ha señalado- un caso de responsabilidad objetiva, sin perjuicio de que hay una norma general que establece que el concurso se calificará como culpable cuando, en la producción o en la

⁴⁹ Richard, Efraín Hugo – Veiga, Juan Carlos “La necesaria integración del sistema concursal con el societario ante la crisis de las sociedades” Ponencia presentada en VIII Congreso Argentino de Derecho Concursal. VI Congreso Iberoamericano de la Insolvencia. Tucumán (R.A) Set. 2012.

DECONOMI

agravación de la insolvencia, **hubiera existido dolo o culpa grave del deudor** o, en caso de personas jurídicas, de sus administradores o de sus liquidadores de derecho o de hecho.

He criticado, más de una vez, esta norma.

Es muy difícil determinar el momento de decisión, el “timing” para pedir concurso. Incluso se ha sostenido que debería accederse a modelos matemáticos que determinen, lo más precisamente posible, el momento de la presentación. Ahora si el empresario se equivoca y resulta que los bienes de la masa activa no alcanzan, será culpable siempre. La infracapitalización o infrapatrimonialización no es fácil de determinar⁵⁰.

La llevanza de libros es también un tema complejo para pequeñas empresas. En el Uruguay el 97% de las empresas son pequeñas o medianas y no todas tienen, por diversos motivos, su contabilidad al día. Si esto no le causa daño al acreedor no debería –en mi opinión- ser sancionado tan severamente.

Lo mismo puede observarse para otras hipótesis.

Las sanciones, que se extienden a los cómplices, son diversas. El Juez puede inhabilitar al deudor o los administradores de derecho y de hecho para administrar bienes ajenos y aún propios y para representar a terceros, ¡por un plazo de hasta 20 años! Muerte civil en los tiempos que corren.

Además pueden ser condenados a cubrir todo o parte del déficit patrimonial de la deudora.

He dicho alguna vez que si la sociedad da dividendos: todos, acreedores y socios, contentos. Pero, si hay problemas, puede que los directores sean responsables. Dicho así no es justo. Tal como lo señalé anteriormente en un trabajo antes citado y que fue publicado, incluso antes que se sancionara la ley de concursos de 2008.

⁵⁰ Creimer, Israel “Cuando el deudor debe solicitar concurso”. Publicado en Anuario español de Derecho Concursal N° 30. 2013 Pág. 295 y ss.

DECONOMI

En todo caso deben darse todos los elementos que configuren responsabilidad, según los principios generales del Derecho. Esa es mi posición.

IV) Otras intromisiones.

Siguiendo la terminología de Karsten Schmidt analizaré otras intromisiones del derecho concursal en el societario.

La Ley Concursal al fijar los efectos de la declaración de concurso sobre el deudor, está reglamentando el funcionamiento de las sociedades comerciales (arts. 44 y ss.) Básicamente nos remitiremos a lo que dice el texto legal.

La pretensión del legislador de la Ley Concursal es la preservación de la empresa y, por tanto, aún declarado el concurso no implica, en principio, el cese o la clausura de la actividad del deudor.

Usando la terminología española los “administradores concursales” no son siempre los mismos.

Si el concurso es “necesario” se suspende la legitimación del deudor para disponer y obligar a la masa del concurso nombrándose un síndico.

Si el concurso es voluntario existe la misma inhibición, salvo que el activo sea superior al pasivo según los estados contables que presente el propio deudor. En este caso, en vez de un síndico se designa un interventor que coadministra con la concursada.

Cuando se suspende la legitimación del deudor para disponer y obligar a la masa del concurso (en nuestro caso la sociedad concursada) son ineficaces frente a la masa los actos de administración y disposición que realice el deudor respecto de los bienes o derechos que integran la masa activa. La legitimación sólo la tiene el síndico, y este sustituye a la deudora en todos los procedimientos jurisdiccionales o administrativos en que sea parte. Los pagos hechos al deudor no tienen efecto liberatorio.

Si sólo se limita la legitimación del deudor, la deudora requiere autorización del interventor para contraer, modificar o extinguir obligaciones, u

DECONOMI

otorgar poderes. Se exceptúa en este caso las “operaciones ordinarias del giro del deudor”, lo que es fundamental para un normal funcionamiento de la empresa.

¿Qué pasa con los órganos de la persona jurídica deudora en caso de **suspensión** de la legitimación para disponer y obligar a la masa? El síndico es quien ejercerá las facultades conferidas por la ley y el estatuto a los administradores o liquidadores, que pierden el derecho a percibir cualquier retribución. No habrá más asambleas de socios o accionistas. Si tomasen resolución, sólo valdrán si son ratificadas por el síndico. Se suspende, asimismo el órgano de control interno.

Pero si sólo **se limita** la legitimación para disponer y obligar a la masa, los órganos de la persona jurídica se mantienen en funcionamiento, con limitaciones. La convocatoria de cualquier reunión, asamblea de socios o accionistas por parte de administradores o liquidadores, requerirá la autorización del interventor. En este caso, el interventor tiene la facultad de suspender el órgano de control interno, pidiéndolo al juez en forma fundada.

Está previsto que, ya sea en caso de suspensión o limitación de la legitimación de la deudora, los acreedores quirografarios que representen por lo menos la mayoría del pasivo quirografario, pueden nombrar un administrador del patrimonio o del giro del deudor. Este administrador sustituye al síndico o al deudor en la función de conservación o administración y del giro de la deudora. Pero esto no significa que sustituya al administrador concursal en las funciones técnicas que le son propias, tales como la verificación de créditos, o valuación de la masa activa y otros⁵¹.

Las acciones contra los socios corresponden exclusivamente al síndico o interventor ya sea la promoción de la acción contra los socios personalmente responsables por las obligaciones sociales anteriores a la declaración del concurso (excepto las obligaciones laborales y tributarias).

Ejercitará la acción para obtener el pago de aportaciones comprometidas, así como el cumplimiento de las prestaciones accesorias. Esto

⁵¹ Olivera García, Ricardo “Designación del administrador concursal por los acreedores” Publicado en “Semana Académica” 2012. F.C.U. Montevideo. Pág. 533 y ss.

DECONOMI

se puede hacer aún cuando no estuviera vencido el plazo para el cumplimiento de esta obligación.

También para ejercer la acción social de responsabilidad contra administradores, integrantes del órgano de control interno y liquidadores, sin previa conformidad con asamblea de socios o accionistas.

V) Conclusión.

Como se advierte existen diversos puntos de contacto entre la ley societaria y la ley concursal.

Esta última invadió la normativa societaria cuando la sociedad se concursa.

“La protección legal del ‘cash flow indisponible’ de la empresa: reglas societarias y reglas concursales”

por Eduardo M. Favier Dubois (H)⁵²

Introducción.

El presente trabajo incursiona en un tema que juzgamos de la mayor importancia para la empresa como es la protección legal de los fondos necesarios para su continuación regular, no solo frente a los acreedores sino también en el ámbito interno de los administradores y de los socios, comparando el caso de la sociedad “*in bonis*” con la que se encuentra en concurso preventivo.

En el mismo se analiza el tema desde un enfoque interdisciplinario que comprende materias de la Contabilidad, la Administración de Empresas y el Derecho, por lo que entendemos que se trata de un aporte a la nueva disciplina del Derecho Contable cuyo estudio y divulgación propiciamos⁵³.

1.-El ciclo operativo o giro del negocio de la empresa.

El ciclo o giro del negocio de una empresa (vgr. industrial) comienza cuando ésta obtiene recursos financieros (dinero), sea de la propia empresa (ciclo anterior), propietarios (socios) o terceros (prestamistas) para ser utilizados en sus operaciones. Con estos recursos la empresa realiza las inversiones necesarias y obtiene los insumos para producir bienes, pagando a sus proveedores en efectivo o a crédito. Luego la empresa realiza sus operaciones productivas, para después comercializar sus productos,

⁵² Doctor en Derecho (UBA). Profesor Titular de D.Comercial en la Facultad de Derecho y de D. del Crédito, Bursátil y Concursal en la Facultad de C.Económicas, ambas de la UBA.

⁵³ Ver del autor, junto con E.M.Favier Dubois (pater): “El derecho contable como nueva ciencia interdisciplinaria y autónoma”, en la obra “III Jornada Nacional de Derecho Contable”, Edit. Universitaria de La Plata, La Plata, 2010, pag.35, y en la obra “XI Congreso Argentino de Derecho Societario y VII Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa, Ed. Fundación para la Investigación y Desarrollo de las Ciencias Jurídicas, Bs.As., 2010, tomo III, pag.11.

DECONOMI

generalmente vendiéndolos a crédito, los que luego serán cobrados, recuperando la empresa los recursos financieros invertidos y obteniendo, además, una ganancia.⁵⁴

Con los fondos así obtenidos la empresa podrá decidir entre reinvertirlos para continuar o expandir sus operaciones, devolver el dinero recibido de terceros y/o repartir ganancias.

Pero tal decisión no será libre ya que, como regla elemental de administración, la empresa debe generar a través de sus operaciones el efectivo suficiente para garantizar el cumplimiento de sus necesidades y obligaciones: costos de venta, gastos administrativos, pago de intereses e impuestos, constitución de depreciaciones y amortizaciones para renovar activos a medida que se desgastan y realizar nuevas inversiones para mantener o expandir sus actividades⁵⁵.

Esto constituye una primera aproximación a la determinación de los fondos necesarios para la continuación del giro empresarial.

2.-El “cash flow” o flujo de caja.

Genéricamente, “cash flow” es la denominación que reciben los recursos líquidos generados por la empresa, en un período determinado.

En particular, el concepto se utiliza para evidenciar una diferencia entre flujos activos y pasivos, o sea que se emplea como alusivo al monto de la “caja neta” generada por una inversión o empresa⁵⁶.

En dicho ámbito, la doctrina distingue al denominado “cash flow económico”, que está constituido por la suma del beneficio neto de la explotación más las amortizaciones, del denominado “cash flow financiero”, que

54 García, María Alicia “Análisis de empresas y riesgo crediticio, Ed. Osmar D. Buyati, Bs.As., 2010, pag.233 y stes. Si la empresa es comercial con los recursos compra mercaderías que luego vende, para luego cobrar los créditos por ventas y cerrar el ciclo. Ver en igual sentido Vazquez, Roberto y Bongianino, Claudia, “Principios de teoría contable”, Ed. Aplicación Tributaria S.A., Bs.As., 2008, pag. 132.

55 García, María Alicia, op.cít. pag.227.

56 Olivieri, Carlos Alberto “Cuanto Vale una Empresa”, Ed. La Ley, Bs.As., 2005, pag.30.

DECONOMI

corresponde a la diferencia entre los ingresos y los pagos propios de la explotación.⁵⁷

En el punto, cabe destacar que el “cash flow” o flujo de fondos es una de las principales categorías de análisis del desempeño económico financiero de una empresa con utilidad, principalmente, en tres ámbitos⁵⁸:

a) El de la “gestión o administración financiera” en el corto, mediano y largo plazo.

b) El de la determinación o cálculo del “valor de una empresa” o de la rentabilidad de un proyecto de inversión, cuando se utiliza el método del flujo de fondos descontados⁵⁹.

c) El del juzgamiento de la “capacidad de pago” de los servicios de una deuda.

Desde el punto de vista jurídico, los activos y pasivos propios del ciclo operativo de la empresa poseerán la naturaleza jurídica de los bienes que los integran. Así, las disponibilidades serán “moneda” o “dinero”, las inversiones y las cuentas a cobrar serán “créditos” y los bienes de cambio serán “cosas muebles”. Por su lado, los flujos pasivos serán “obligaciones” o “precios” de bienes o servicios.

Ahora bien, apreciado el ciclo operativo en su conjunto, cuando su resultado genera una “caja neta” o “cash flow” durante determinado período de tiempo ello constituye una cualidad inmaterial o intangible de la empresa, diversa pero de naturaleza similar a la de la “clientela”, “valor llave” o “avviamento”⁶⁰ que, como ya se señaló, es en muchos casos de gran importancia para determinar su valor.

3.-El concepto de fondos necesarios o “cash flow indisponible”

57 Santandreu, Eliseo “Diccionario de Términos Financieros”, Ed. Granica, Barcelona, 2002, pag.45.-

58 Lopez Dumrauf, Guillermo “Diseño y proyección del flujo de fondos de la empresa: un enfoque multipropósito”, en Errepar, Rev. Desarrollo y Gestión (D&G), Sec. Profesional y Empresaria, tomo III, mayo 2002.

59 Ver Olivieri, Carlos Alberto “Cuanto Vale una Empresa”, Ed. La Ley, Bs.As., 2005, pag.126.

60 Ver sobre éstos Etcheverry, Raul “Derecho Comercial y Económico, Parte General”, Ed. Astrea, Bs.As., 2008, pag.529, nro.203.

DECONOMI

Conceptualmente, el “cash flow disponible”, es el efectivo que queda después de cubrir los requerimientos imprescindibles para la sobrevivencia de la empresa como tal⁶¹.

De dicho concepto. puede extraerse el concepto de “cash flow indisponible” o de fondos “necesarios”, que consisten en el flujo de caja afectado al pago de las obligaciones y compromisos necesarios para iniciar y/o continuar el ciclo del negocio de la empresa.

Esa diferencia entre fondos “disponibles” y fondos “indisponibles” encuentra apoyatura legal en la propia ley de concursos y quiebras que, al regular el instituto del “pronto pago laboral”, exige como presupuesto para su ejecución total la existencia de fondos “disponibles” (art. 16, noveno párrafo, ley 24.522).

Resta ahora analizar el modo de cálculo o de determinación de dicho “cfi”, para lo que analizaremos brevemente el concepto de “capital de trabajo” y el informe sobre “estado de flujo de efectivo”

4.-El “capital de trabajo” de la empresa

El art. 63, inc. 4º, letra a), última parte, de la ley 19.550 define como “corriente” a “todo activo o pasivo cuyo vencimiento o realización, se producirá dentro de los doce (12) meses a partir de la fecha del balance general”. La norma deja a salvo que las circunstancias autoricen otra base para tal distinción.

Ello permite conceptualizar al “capital de trabajo” como consistente en “la diferencia entre el activo corriente y el pasivo corriente”⁶²

O sea que el capital de trabajo es la diferencia entre un conjunto de recursos financieros disponibles en forma más o menos inmediata según su

61 García, María Alicia, op.cít., pag.227.

62 Verón, Alberto Victor “Los Balances. Tratado sobre los estados contables”, Ed. Errepar, Bs.As., 1997, tomo II, pag. 666.

DECONOMI

grado de liquidez y las exigencias a satisfacer en fecha cierta más o menos próxima⁶³ Sin embargo, cuando queremos aprehender el concepto contable relativo a los fondos o recursos financieros “necesarios” para que una empresa continúe con sus actividades (ver supra nro.3), la noción de “capital de trabajo es útil pero no es suficiente.

Ello, en primer lugar, porque el capital de trabajo alude a una “diferencia” o excedente entre activo corriente y pasivo corriente, y no a su correspondencia exacta o equivalencia, a la que aluden los conceptos de “necesario” o “indisponible”.

En segundo término, porque en el giro empresarial, en la medida en que se adquieran bienes de cambio sin generarse pasivos (vgr. con efectivo), el pasivo corriente no reflejará exactamente los recursos financieros “necesario” para la continuación empresarial.

Y, en tercer término, porque el pasivo corriente no incluirá el monto de los “gastos” necesarios para la continuación ya que éstos, según el caso, se incorporarán a los resultados o podrán ser activados.

5.-El estado contable de “flujo de efectivo”.

La ley de sociedades en el ante último párrafo del art. 62 de la ley 19.550 hace referencia a un “estado de origen y aplicación de fondos”⁶⁴.

Sin embargo, cabe señalar que el referido “estado de origen y aplicación de fondos” ha sido reemplazado, por reforma que la RT 19 hizo de la RT 8 de la FACPCE por el denominado “estado de flujo de efectivo”, el que solo contempla las disponibilidades y ciertas inversiones rápidamente liquidables, pero no así a los bienes de cambio⁶⁵

63 Pezzoto, Jose N. “Estado de Orígenes y aplicaciones de capital de trabajo”, Rev. “FACPCE”, año 2, nro.5, 1985, pag.31, cít. por Verón en op.y pag.cít.

64 En la ley constituye una facultad de la C.N.V., de las Bolsas y de otras autoridades de contralor exigir dicho estado a las sociedades del art. 299.

65.Ver Casal, Armando Miguel “Las nuevas normas contables profesionales argentinas”, La Ley, Bs.As., 2001, pags.660, 669 y stes.

DECONOMI

Tal concepto fue restringido aún más por la Res.324/05 e Interpretación 2 de la FACPCE y Resol. C.D. 93/05 del CPCECABA, dejando afuera a los plazos fijos de vencimiento semestral en razón de superar el plazo para su equivalencia con el efectivo, como así a las acciones y títulos públicos con cotización, en razón de la presencia del riesgo de fluctuaciones⁶⁶.

De ello resulta que dicho estado contable es también útil para el análisis pero también insuficiente para extraer de él el concepto de “fondos necesarios” o de “cfi”.

6.-El modo de determinar la cuantía de los fondos “necesarios” o “cash flow indisponible” de una empresa.

Por nuestra parte, entendemos que la determinación de este “cash flow indisponible” no puede ser formal ni parcial sino que deberá procurar la continuidad de la empresa bajo ciertas condiciones.

Es por ello que para la determinación precisa del c.f.i. habrá que acudir al auxilio de conceptos vinculados a la materia de la gestión, costos y valuaciones, tales como el “punto de equilibrio” económico y el “punto de cierre” financiero, que son los que van a indicar el equilibrio exacto en los ámbitos referidos.

En el punto consideramos fundamental tomar en cuenta el modelo contable de mantenimiento del capital “económico”, esto es, el mantenimiento de los bienes operativos que permitan a la empresa resguardar un determinado nivel de actividad⁶⁷

En tal sentido, el concepto de “utilidad” será aquella que se determine después de asegurar el nivel operativo, limitando el reparto de dividendos. En este modelo, la revalorización de los bienes (de cambio, de uso o intangibles),

66 Senderovich, Pablo David “Estado de flujo de efectivo. Armado e interpretación”, Errepar, Bs.As., 2007, pag.17.-

67 Vazquez, Roberto y Bongianino, Claudia, “Principios de teoría contable”, Ed. Aplicación Tributaria S.A., Bs.As., 2008, p.188..

DECONOMI

solo representa una reserva ya que el resultado distribuible solo se obtiene cuando se sobrepasa el valor de reposición de los bienes,⁶⁸

En consecuencia, y sin perjuicio de destacar los aspectos ambiguos⁶⁹ o poco definidos del tema, proponemos provisoriamente⁷⁰, considerar como fondos necesarios o “cash flow indisponible”, a aquellos fondos, originados en el activo corriente y derivados del ciclo comercial, que permitan alcanzar, simultáneamente y dentro de los conceptos que brinda la contabilidad de gestión en materia de costos⁷¹ tanto el “punto de equilibrio” económico como el “punto de cierre” financiero, y cuidando el capital a mantener, tal como exige el modelo contable⁷².

7.-La tutela jurídica de los fondos necesarios como instrumento de la continuación de la empresa.

A nuestro juicio, la necesidad de tutelar los “fondos necesarios” emana en forma directa del principio de la continuación de la empresa.

En el punto, cabe señalar que la empresa, tanto como organización cuanto como sistema, constituye una unidad fundamental para el funcionamiento del sistema económico capitalista sobre la base de que, además de su capacidad para generar utilidades a los inversores, crea puestos de trabajo y genera bienes y servicios de utilidad para los consumidores con impacto sobre el medio económico-social donde despliega su influencia.

Es por eso que la preservación, continuación o mantenimiento en funcionamiento de la empresa constituye un valor a tutelar por el régimen jurídico en tanto giran a su alrededor una pluralidad de intereses: de los

68 Vazquez y Bongianino, op.cít. pags. 188 y 192.

69 Cabanellas de las Cuevas, Guillermo “Derecho Societario. Parte General. Contabilidad y Documentación Societaria”, Ed. Heliasta, Bs.As., 1999, pag. 341

70 Entendemos que los alcances definitivos del concepto deben ser contruidos por la doctrina del derecho contable.

71 Ver Giménez, Carlos M. “Costos para empresarios”, Ed. Macchi, Bs.As., pags. 573 y stes. y 583 y stes.,

72 Ver Vazquez, Roberto y Bongianino, Claudia A. “Principios de Teoría Contable”, Ed. AplicaciónTributaria S.A., Bs.As., 2008, pag.153.

DECONOMI

trabajadores, acreedores, fisco, accionistas y directores, la comunidad en general, en conjunto (denominados modernamente como “stake holders”).

Ello se afianza en países como la Argentina, donde el limitado tamaño del mercado, la escasez del capital disponible, la falta de una cultura de “emprendedores” y los costos y dificultades formales para crear nuevas empresas, hacen muy necesaria la conservación de las empresas existentes.

El mantenimiento de ese principio de conservación empresaria en la ley vigente resulta del art. 100 de la ley 19.550 y se infiere de la ley concursal conforme es reconocido pacíficamente por la doctrina nacional⁷³

A su vez, la sustentabilidad económico-financiera de una empresa dependerá, fundamentalmente, de que cuente con un activo corriente que le provea fondos suficientes que le permitan continuar con su giro sin afectar su producción ni su capital.

De tal suerte podrá continuar sin interrupciones con el ciclo financiero de contar con recursos suficientes para cancelar los bienes de cambio adquiridos y para pagar los gastos incurridos, con cuya realización se hará de nuevos recursos para continuar el ciclo.

De ello deriva la necesidad de tutelar a los fondos necesarios o cash flow indisponible que son los que permiten tal continuidad desde el punto de vista productivo y financiero.

Sentado ello, y desde el punto de vista jurídico es posible diferenciar dos grandes ámbitos de protección legal de los fondos aludidos, como son el de la sociedad “in bonis”, regida por la normativa general y la societaria, y el de la sociedad en concurso, regida por las normas específicas.

8.-La protección en caso de sociedad “in bonis”.

73 HEREDIA, Pablo D., Tratado exegético de derecho concursal, t. I, ps. 321 y sigtes., Ed. Abaco, Bs. As., 2000; RIVERA, Julio C., ROITMAN, Horacio y VITOLLO, Daniel Roque, La Ley de Concursos y Quiebras, t. 3, p. 151 y sigtes., Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2000; GRISPO, Jorge, Tratado sobre la Ley de Concursos y Quiebras, t. I, p. 99 y ss., Ed. Ad-Hoc, Bs. As., 1997.

DECONOMI

Como derivación de lo señalado en el cap. 7º la porción del activo corriente del que derivan los fondos necesarios para que la empresa continúe con sus actividades, en un contexto de protección de la empresa, debe ser considerada, al menos en materia de embargo preventivo, como un “bien inembargable” en tanto “fuente” productora de “frutos” (las utilidades), que sí serían embargables, lo que a nuestro juicio resulta de normas sustantivas y adjetivas.

a) Normativa del Código Civil y Comercial.

Al respecto, en cuanto a la normativa del código civil derogado, si el concepto de “deudor” del art. 3878 del código civil derogado (segunda parte introducida por ley 12.962) se aplica al empresario, el capital de trabajo de la empresa puede asimilarse al concepto de “instrumento necesario para la profesión” y, por ende, considerarse inembargable conforme con dicha normativa sustancial.

El principio mencionado se encuentra actualmente comprendido en los arts. 2573 y 744, inc. b, del Código Civil y Comercial de la Nación.

b) Código procesal.

En materia procesal, existen tres normas fundamentales.

En primer lugar, el art.219 inc. 1º del código Procesal Civil y Comercial de la Nación, en norma similar a la de otros código locales dispone la inembargabilidad de “...los instrumentos necesarios para la profesión...” del deudor lo que, como se señaló supra, puede alcanzar a los fondos necesarios para continuar la empresa.

En segundo término, y en forma más específica, el art. 206 del mismo código establece, entre las normas generales en materia de medidas cautelares, que “Cuando la medida se trabare sobre bienes muebles,

DECONOMI

mercaderías o materias primas, pertenecientes a establecimientos comerciales, fabriles o afines, que los necesitaren para su funcionamiento, el juez podrá autorizar la realización de los actos necesarios para no comprometer el proceso de fabricación o comercialización”.

Se advierte aquí que aparecen específicamente tutelados los “bienes de cambio” integrantes del activo corriente necesario y, además, que se ratifica el principio de “intangibilidad” del mismo en tanto las medidas cautelares no pueden “comprometer” la continuidad del proceso empresarial, lo que sí acontecería en caso de embargarse aquél.

En el punto se ha resuelto que debe levantarse el embargo sobre los ingresos de una Obra Social provenientes de las recaudaciones de la AFIP dados los perjuicios que su indisponibilidad provoca para la continuidad de las prestaciones⁷⁴

Finalmente, el art. 223 del código procesal, prevé la designación de un “interventor recaudador” como complemento de una medida cautelar sobre “bienes productores de rentas o frutos” o a falta de otra medida eficaz, y dispone que el monto de la recaudación “no podrá exceder del cincuenta por ciento de las entradas brutas”, conforme lo que determine el juez en cada caso.

De esta norma también se infiere el principio de que las “entradas brutas”, o producto de la venta de los bienes de cambio de la empresa, no son embargables en su totalidad sino solo en una proporción, la que siempre deberá salvaguardar los fondos necesarios para continuar con el ciclo productivo.

Para la doctrina procesal es claro que el fundamento de la porción inembargable debe buscarse en que se la imputa a gasto de explotación, a capital o a producto, lo que no debe ser afectado por la medida ya que, de atacarse también se cancelaría la producción de rentas o frutos, objeto de la medida⁷⁵

74 C.N.Com. Sala E, 14-5-03, “Obra Social para el Personal de Estaciones de Servicio, garajes, Playas de estacionamiento y lavaderos”, J.A. 2003-III-213.

75 Falcón, Enrique M. “Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. Anotado, Concordado y Comentado”, Ed. Abeledo Perrot, Bs.As., 1992, tomo II, pag.327..

DECONOMI

Por otro lado, el antecedente de esta norma procesal establecía un mínimo del 10% de las entradas brutas, por lo que la derogación de un mínimo por la norma actual, permite reducir la recaudación hasta el 1% de las entradas, lo que predica a favor de una interpretación legal de mayor tutela de los ingresos de la empresa y de su continuidad.

Por aplicación de las normas precitadas corresponde concluir que, en ningún caso, corresponde trabar una medida cautelar sobre fondos de una empresa (caja o cuenta corriente) que afecte más del 50%.

Y además que, en caso de trabarse la medida, corresponderá el levantamiento del embargo preventivo sobre los activos que generan el “CFI” (bienes de cambio, cuentas a cobrar, etc.) y de los embargos sobre efectivo (caja, cuentas corrientes, etc.) que impliquen afectar a los fondos necesarios para la continuación empresarial.

A estos últimos fines, el afectado por la medida deberá acreditar ante el juez, con el informe contable respectivo o por vía de compulsas contables cautelares (arts.209 inc.4º del cod.proc. y art.4º del Dec.ley 16.638/57), la entidad de su “CFI” para lograr el levantamiento total o parcial del embargo.

c) La protección frente a los administradores y socios de la sociedad.

Ahora bien, la tutela de los “fondos necesarios” no se limita a su inembargabilidad por terceros sino que se proyecta internamente estableciendo límites a los propios administradores y socios.

En efecto, las modernas teorías de la “infracapitalización” funcional⁷⁶ atienden también a la denominada “infracapitalización operativa”⁷⁷, que existe cuando los fondos necesarios no alcanzan para cumplimentar un suficiente desarrollo del ciclo operativo.

76 Favier Dubois (h), E. M. “La infracapitalización social frente a la quiebra”, en el libro “La protección de los terceros en las sociedades y en los concursos”, Edit. Ad Hoc, Bs.As., 2000, pág.451. Olivera García, Ricardo “Infracapitalización societaria: un tema de derecho y economía”, en Anuario de Derecho Comercial, Separata del tomo 13, Ed. Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 2010, pag.35

77 Riglos, Miguel Esteban “Análisis e interpretación de estados contables. Enfocado a empresas en crisis, infracapitalización empresarial y limitación de la responsabilidad patrimonial”, Ed. La Ley, Bs.As., 2002, pag.124 y stes

DECONOMI

En tales circunstancias, el mantenimiento de las actividades sociales en forma deficitaria compromete gravemente la responsabilidad de los administradores y, eventualmente, la de los propios socios controlantes, todos los que deben arbitrar los medios para superar tal situación y, de no hacerlo, deberán responder ante terceros.

Además, la ausencia de fondos necesarios para el giro, aun cuando no impacte sustantivamente sobre el patrimonio neto, puede importar la configuración de una causal de disolución consistente en la imposibilidad de cumplimiento del objeto social (art. 94 inc.4º ley 19.550) cuya desatención también genera responsabilidad (art.99 L.S.).

Inversamente, la existencia de un activo corriente que excede en forma regular al punto de equilibrio, denominado “cash flow” puede llegar a incidir, internamente y en caso de cierta entidad, en el cálculo de la prima de emisión como motivo de un aumento de capital a la luz de la RG 9/06 de la I.G.J.⁷⁸ También consideramos que los “fondos necesarios” implican un límite para el reparto de dividendos a los accionistas y, por derivación, para la fijación de honorarios a los directores (art. 261 L.S.), en tanto el concepto de utilidades “líquidas”, del art. 68 de la ley 19.550, debe entenderse referido no solo a la existencia de fondos sino también a que los mismos se encuentren “disponibles”, esto es, no afectados a las adquisiciones, pasivos y gastos necesarios para la continuación de la empresa manteniendo el capital ⁷⁹

d) Contratos.

Por su lado, en materia contractual, los negocios (cesión de créditos, fideicomiso, etc.) cuya garantía o cuyo repago va a estar constituido por cuotas

78 Favier Dubois (p), E.M. “La prima de emisión ‘puesta en valor’”, Errepar, DSE, nro.230, enero 07, t.XIX, pag.10..

79 Ver Nores Colombes, Jorge Alberto “El concepto contable de dividendos líquidos y realizados”, en “II Jornada Nacional de Derecho Contable. Tucumán. Argentina”, Director Bernardo P. Carlino, Ed. UNSTA, Tucumán, 2009, pag. 191; Recio, Juan Ignacio “El concepto de ganancia realizada y líquida”, en II Jornada Nacional de Derecho Contable, Director Bernardo P. Carlino, Ed. UNSTA, Tucumán, 2009, pag.211; Molina Sandoval, Carlos A. J.A.2004-IV-993; Sussini, Miguel, “Los dividendos en las sociedades anónimas”, Ed. Depalma, Bs.As., 1951, pag.238; Dice al respecto Olivera García, Ricardo en “La necesaria revisión del concepto de utilidad distribuable”, pag. 548/550 en op.cit. pag. 36, nota 113.

DECONOMI

periódicas resultantes del denominado “flujo de fondos futuros”, encuentran como límite natural que su concreta cuantía no afecte los fondos necesarios para continuar el giro de la empresa, en criterio también propugnado por la doctrina especializada.

En tal sentido, el Instituto de Derecho Comercial de la Universidad Notarial Argentina, en su reunión del 30-9-2004, concluyó que “el fideicomiso de garantía sobre el flujo de fondos futuros, constituido fuera del período de sospecha, es oponible al concurso mientras no afecte los fondos necesarios para la prosecución de la empresa”.

Es que, de no existir dicho límite, el pago de las mensualidades presentes haría imposible la atención de las cuotas futuras perjudicando, no solo a la empresa deudora, sino también al propio acreedor garantizado y al resto de los acreedores.

Todo ello crea la necesidad, como requisito de sustentabilidad, de introducir en los contratos que afectan flujos de fondos futuros, cláusulas que permitan limitar temporalmente los montos a pagar cuando éstos puedan afectar los fondos “necesarios” para el giro empresarial y mecanismos para su determinación y para el prorrateo o reprogramación de los saldos impagos⁸⁰.

9.-Caso de sociedad en concurso preventivo.

En primer lugar cabe mencionar que contar o no con los fondos necesarios para continuar el giro es materia que se vincula a un presupuesto de los concursos como es la “cesación de pagos”(arts.1º y 79, ley 24.522) ya que si la misma se define por la imposibilidad (Bonelli) de cumplir las obligaciones exigibles con regularidad (Asquini), ello está implicando un activo corriente insuficiente⁸¹

80 También consideramos legítima la constitución de un fideicomiso para evitar que los fondos activos no sean aplicados al flujo pasivo propio del giro empresarial.

81 Ver Favier Dubois (p), E.M. “Concursos y quiebras”, Ed. Errepar, Bs.As., 2005, pag.8.

DECONOMI

De tal forma insistimos aquí con nuestra idea de que el juez del concurso, antes de abrir el procedimiento, y con fundamento en las facultades que emanan de los arts. 11 inc. 2º y 274 de la ley 24.522, debería requerir a la convocatoria una acreditación de encontrarse en cesación de pago mediante la presentación del informe contable respectivo, el que debería hacer alusión, en su caso, a la pérdida de los fondos necesarios para continuar el giro.

a) Los límites al pronto pago laboral.

La tutela en materia concursal se manifiesta, en primer lugar, en el instituto del pronto pago de las deudas laborales que, conforme con el art. 16 de la ley 24.522, se encuentra expresamente condicionado en su ejecución, a la existencia de “fondos líquidos disponibles”.

Como ya se dijo, el concepto de “disponible” alude al activo corriente que excede al necesario para la continuación por no estar afectado a los pagos que hacen a la continuidad del giro regular.

Vale decir que en el concurso preventivo el pronto pago de las deudas laborales no puede afectar a los fondos necesarios para la continuación o “cash flow indisponible”.

Y si bien la ley concursal, no obstante la inexistencia de fondos disponibles, admite el pronto pago, lo hace reducido a sólo “el 1% del ingreso bruto de la concursada”, con lo cual busca morigerar el impacto sobre la continuidad empresarial.

b) El principio de preservación del flujo de fondos en el concurso preventivo.

También en el concurso preventivo, y derivadas del señalado principio de conservación de la empresa, que está por encima de todos los derechos individuales que a través de aquel optimizan su propia realización, existen

DECONOMI

numerosas normas legales de protección del patrimonio del concursado, con especial tutela de los flujos de fondos necesarios para el mantenimiento de la actividad, durante el trámite del proceso preventivo.

Entre ellas, siguiendo a Alegría⁸², pueden mencionarse los arts. 15 a 17 sobre mantenimiento de la administración por el concursado; art. 16, segundo párrafo, sobre admisión del "pronto pago" de los créditos laborales, los que deberán ser satisfechos prioritariamente con el resultado de la explotación; art. 16 cit, su quinto párrafo, sobre la facultad del juez de autorizar actos determinados por la ley o todo aquel que "exceda de la administración ordinaria de su giro comercial", ponderando "la conveniencia para la continuación de las actividades del concursado y la protección de los intereses de los acreedores"; art. 19 sobre la suspensión del curso de los intereses por todo crédito de causa o título anterior que no esté garantizado con prenda o hipoteca; art. 20 párrafos primero, Segundo y tercero, sobre la elección por el deudor de los contratos con prestaciones recíprocas que han de continuar o se han de discontinuar; con autorización judicial en el primer caso; art. 20, cuarto a séptimo párrafo, sobre suspensión de los convenios colectivos de trabajo vigentes por el plazo de tres años o el del cumplimiento del acuerdo preventivo, el que fuere menor, rigiendo durante dicho lapso los contratos individuales y la Ley de Contrato de Trabajo y debiéndose negociar un convenio colectivo de crisis; art. 20 cit., su octavo párrafo, sobre la imposibilidad de suspender los servicios públicos que se presten al deudor por deuda con origen con fecha anterior a la apertura del concurso; art. 21 incs. 1° y 2° relativos a la radicación ante el juez del concurso de juicios de contenido patrimonial y su suspensión, con la extensión y limitaciones que se prevén; art. 21 cit., su inc. 3°, sobre la prohibición de deducir nuevas acciones de contenido patrimonial contra el concursado por causa o contenido anterior a la presentación, excepto las que no sean susceptibles de suspensión; art. cit., su inc. 4°, sobre la posibilidad de levantamiento de las medidas precautorias trabadas, cuando recaigan sobre bienes necesarios para continuar con el giro ordinario del comercio del concursado; el art. 22 sancionando de nulidad a las estipulaciones contrarias a

⁸² Alegría, Hector "Introducción al estudio de los flujos de fondos en el concurso preventivo", Suplemento La Ley, 28-8-03, pp. 1/14.

DECONOMI

los arts. 20 y 21; el art. 24, que posibilita la suspensión temporaria, bajo el criterio del art. 16 últ. párr. (conveniencia para la continuación de las actividades del concursado y la protección de los intereses de los acreedores) de subastas y medidas precautorias que impidan el uso por el deudor de la cosa gravada en la ejecución de créditos con garantías prendarias o hipotecarias; y el art. 23, con disposiciones especiales (rendición de cuentas y depósito del remanente en el juicio de concurso) para los casos de ejecuciones por remate extrajudicial.

Como bien enseña el mismo ALEGRIA⁸³ de las normas reseñadas puede extraerse un principio general aplicable a los flujos de fondos producidos durante la administración en el concurso preventivo, a saber: *los flujos de fondos que ingresen o que se generen con posterioridad a la presentación del concurso por la administración de los bienes del deudor, deben utilizarse para mantener y facilitar el desarrollo de la actividad ordinaria del concursado.*

Esta regla comprende los fondos producidos por la propia actividad ordinaria como los ingresados en virtud de actos anteriores o de los posteriores que el juez autorice (aun extraordinarios).

Se trata pues de la afectación de los *flujos activos* consistentes en los ingresos producidos por las actividades del deudor con anterioridad a su concursamiento e ingresados con posterioridad, y los nuevos ingresos producidos después de la presentación, los cuales deben quedar afectados al mantenimiento de la actividad.

En instancia de medidas cautelares concursales, la jurisprudencia ha hecho claras aplicaciones de estos criterios

Así, en el caso "*Club Atlético San Lorenzo Asociación Civil s/concurso preventivo s/inc. de apelación*"⁸⁴ además de afirmarse la carga de verificación del cesionario, se señaló "... el recurso tendrá favorable acogida, ya que *el temperamento expuesto, que evitará el débito de los derechos de televisión correspondientes al club, adquiere relevancia* en las particulares circunstancias del caso... principalmente *ante la existencia de un proceso concursal en*

83 Alegría, "Introducción al estudio..." cit. en nota anterior.

84 Citado por ALEGRIA, ob. cit., pág. 12.

DECONOMI

trámite, donde la adopción de la solución contraria podría afectar sensiblemente la continuidad de la actividad de la deudora, que debe ser preservada en aras de lograr una solución preventiva que satisfaga los intereses patrimoniales comprometidos y que -asimismo- respete la igualdad de los acreedores".

En el caso “*Dinar Líneas Aéreas SA s/ concurso preventivo*”, fallo del 9-8-2002 del Juzgado de Quiebras Concursos y Sociedades de la 2° Denominación de Salta (LL, 28-5-03, pág. 7), se suspendió la ejecución de un fideicomiso de garantía que comprometía la continuidad de la empresa, incluso en la etapa de anteconcurso, por implicar “la retención de la totalidad de los fondos”, lo que significaba el bloqueo de la recaudación ordinaria de la empresa”.

En consecuencia, y más allá de cierta diversidad de criterios, casos y soluciones, se advierte que existe una tendencia jurisprudencial que admite la interferencia del juez concursal respecto de contratos que, por afectar los flujos de fondos, están en grave incompatibilidad con la continuación de la empresa y con la solución preventiva⁸⁵.

c) Las medidas cautelares concursales de preservación de la caja social. La medida “anticautelar”.

La competencia del juez concursal para el dictado de medidas cautelares de protección de la caja social encuentra sustento en doctrina y jurisprudencia basada en los principios elementales del proceso concursal.

En tal sentido, cabe recordar algunas de las características de las medidas cautelares concursales (v. FAVIER DUBOIS (h), Eduardo M., Las medidas cautelares concursales, publicado en R.D.C.O., año 1991, pág. 117 y sgtes.), a saber:

85 Ver Favier Dubois (h), Eduardo M. “Fideicomisos financiero, flujo de fondos y concurso preventivo. El caso “Bonesi”: Conclusiones provisorias y temas abiertos”, en La Ley, T.2009-F pag.727 y stes.-

DECONOMI

En primer lugar, presentan particularidades respecto de las medidas cautelares comunes en materia de:

- a) su posibilidad de dictado “de oficio”;
- b) la ausencia de contracautela;
- c) la posibilidad de afectar a terceros; y
- d) la posibilidad de perjudicar la competencia de otros jueces.

Si bien en el marco del proceso concursal no deben obviarse los presupuestos genéricos de toda medida cautelar, lo cierto es que éstos se ven modificados o atenuados en algunos casos como consecuencia de su vinculación al juicio universal. En ciertos supuestos y siempre que no se encuentre afectada la regla que preside el proceso que reza que "el patrimonio es la prenda común de los acreedores", algunas de las características generales de las cautelares son dejadas legítimamente de lado (KEMELMAJER DE CARLUCCI Aída, "Cuestiones de competencia en las medidas urgentes en el concurso", Revista de Derecho Privado y Comunitario; Concursos; 2002 N° 3, Ed. Rubinzal Culzoni; CNCom., Sala F, “Trainmet Seguros SA s/ Liquidación Ley 20.091 s/ Incidente de continuación de actuaciones”, 03.09.13).

En segundo término, tienen, no obstante su aparente disparidad, una inequívoca y unitaria finalidad, directa o indirecta: la defensa de la integridad del patrimonio del deudor que, en caso de concurso preventivo, se manifiesta con la continuación de la empresa, sea ésta en interés del propio deudor, de los acreedores, de los trabajadores, o de la comunidad en general.

Esta defensa puede significar tanto evitar que los bienes salgan del patrimonio del deudor por acción del propio cesante o de terceros, como tratar de que mantengan su valor, procurar el cobro de créditos, el reingreso de bienes indebidamente sustraídos antes de la falencia, la exigencia de las responsabilidades debidas, o bien asegurar bienes o medios de prueba.

Es claro que una medida cautelar de protección de la caja social encuentra sustento en la continuidad de la empresa y evitar que se frustre ante tempus la solución preventiva.

DECONOMI

Otro fundamento para las medidas de protección de la caja es el novedoso instituto de las denominadas “medidas anticautelares”, a través de las cuales, quien puede resultar pasible de una medida precautoria perjudicial o abusiva puede presentarse ante la justicia para prevenirla o para solicitar que la medida sea dispuesta en la forma que le resulte menos lesiva.

Así, se ha definido que “la medida anticautelar es una autosatisfactiva con orientación definida que puede promover el posible destinatario de una cautelar abusiva, por resultarle particularmente perjudicial para el giro de sus negocios (sea en razón de una medida cautelar precisa, sea porque la cautelar en cuestión compromete la libre disposición de ciertos bienes) y ser fácil e idóneamente reemplazable por otra precautoria” (Peyrano, Jorge W., “Las medidas anticautelares”, LL 2012-B-670).

La medida anticautelar no apunta de ningún modo a proscribir la traba de cualquier diligencia cautelar, sino a proscribir un ejercicio abusivo y excesivo de la potestad cautelar; circunscribiéndose a vedar que se concrete una medida cautelar en particular (una inhibición, por ejemplo) o la traba de una precautoria en relación de determinados bienes (embargos sobre las cuentas de una empresa, comercio o entidad aseguradora), cuando la realización de lo vedado importaría un grave perjuicio para el cautelado por afectar el giro de sus negocios y poder ser reemplazado idóneamente por otra cautelar (Fernández Balbis, Amalia, “El despuntar de las medidas anticautelares”, LL 2015-A-591).

Ahora bien: ¿dónde reside en la especie la verosimilitud acerca de que le asistiría razón al requirente de una anticautelar? Pues en la demostración de que la traba de una medida cautelar en particular le resultaría especialmente gravosa o la de que la afectación cautelar de determinados bienes le sería especialmente perjudicial (Peyrano, Jorge W., “Las medidas anticautelares”, LL 2012-B-670).

En suma, no se trata de vedar la traba de una medida sino de reemplazarla por otra menos gravosa siempre que el derecho del acreedor se encuentre razonablemente garantizado, lo que el juez concursal debe atender.

10. Conclusiones:

Continuando investigaciones anteriores⁸⁶, a título de propuestas sujetas al juego dialéctico del pensamiento y con carácter provisorio, exponemos a la consideración de los lectores⁸⁷ las siguientes conclusiones:

-Se propone considerar como “fondos necesarios” o “cash flow indisponible” (CFI), a aquella porción del activo corriente que permita alcanzar, simultáneamente, tanto el “punto de equilibrio” económico como el “punto de cierre” financiero, y cuidando el capital a mantener.

-La necesidad de tutelar los “fondos necesarios”, y predicar su “intangibilidad” emana en forma directa del principio de la continuación de la empresa, consagrado por el art.100 de la ley 19.550.

-Respecto de los acreedores, y encontrándose la sociedad in bonis, la porción del activo corriente necesaria para que la empresa continúe con sus actividades debe ser considerada, al menos respecto del embargo preventivo, como un “bien inembargable” en tanto “fuente” productora de “frutos”, lo que encuentra apoyo normativo en las disposiciones y principios de los arts. 2573 y 744, inc. b del CCCNI, y de los arts. 219 inc.1º, 206 y 223 del código procesal. En tales casos, lo embargable por el acreedor solo será el excedente de dichos fondos.

-La tutela de los “fondos necesarios” no se limita a su inembargabilidad por terceros sino que se proyecta internamente estableciendo restricciones a los propios administradores y socios, en materia de responsabilidades por continuar girando en situación de “infracapitalización operativa”, y

86 Ver del autor, junto con E.M.Favier Dubois (pater) “Los fondos necesarios para el giro empresarial y su protección jurídica: hacia su intangibilidad externa e interna”, en la obra “III Jornada Nacional de Derecho Contable”, Edit. Universitaria de La Plata, La Plata, 2010, pag.243, y en la obra “XI Congreso Argentino de Derecho Societario y VII Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa, Ed. Fundación para la Investigación y Desarrollo de las Ciencias Jurídicas, Bs.As., 2010, tomo III, pag.267.

87 Agradeceremos remitir cualquier comentario al correo: emfavierdubois@favierduboisppagnolo.com

DECONOMI

estableciendo límites en materia de dividendos de accionistas y remuneraciones de directores de la S.A., que en ningún caso podrán afectar la disponibilidad de tales fondos.

-Igualmente, en materia contractual, los negocios cuya garantía o cuyo repago vaya a resultar de un “flujo de fondos futuros”, deben respetar, como límite natural de los pagos proyectados, que su concreta cuantía no afecte los fondos necesarios para continuar el giro de la empresa, en criterio aceptado por la doctrina especializada.

-Encontrándose la sociedad en cesación de pagos, la tutela de la intangibilidad de los fondos necesarios encuentra fundamento en las limitaciones al pronto pago (art.16) y en el “principio de protección del flujo de fondos en el concurso preventivo” sostenido por doctrina y jurisprudencia.

-Dicho principio autoriza al dictado de medidas cautelares concursales de protección de la caja social entre las que se encuentran las novedosas medidas “anticautelares”.

DECONOMI

“Las nuevas tecnologías frente al blockchain y los contratos inteligentes. (Las necesidades de información de los abogados en la era online).”

por Osvaldo Marzorati

Objeto: Este trabajo ha sido preparado para los estudiantes de derecho y jóvenes abogados interesados en la normativa electrónica argentina que día a día incorpora nuevas aplicaciones o características para adaptarse a programadores, buscadores de información empresas de publicidad o emprendedores, dotándolos de nuevas técnicas para satisfacer las necesidades de información, la puesta en valor de nuevas actividades y servicios “online” Una de ellas es la estructura de los blockchain y su utilización para registros públicos o su uso en la contratación comercial y dentro de esta, los llamados contratos inteligentes, que usan la inteligencia artificial basada en algoritmos para manejar por medio de protocolos contenidos en un software la ejecución de los contratos por cuenta de las partes – No se trata de un nuevo contrato sino de una forma de contratación inteligente, y digital instrumentada en un protocolo (Code), que permite la auto ejecución de los contratos- sin intervención humana directa- , luego de quedar formalizado un convenio entre partes por medios electrónicos. Es lo que probablemente los abogados, a requerimiento de sus clientes, tendrán que ejercitarse para usar en el día de mañana en nuestro país, considerar su validez a la luz de las normas en vigor y eventualmente la conveniencia de su uso y regulación. Me pareció productivo e interesante llamar la atención de los lectores, y espero que estas líneas que brindan una información escueta despierten el interés sobre un tema novedoso.

I) Antecedentes

Este trabajo fue motivado por las novedosas técnicas que componen el título. En los últimos años del siglo XX y en lo que corre del XXI hemos asistido a una revolución tecnológica que ya deja huellas visibles en la comercialización de mercaderías y servicios en la medida que modifica

DECONOMI

prácticas y usos profundamente arraigados en particular en los últimos 10 años. El avance del *e-commerce*, el intercambio electrónico de datos y el creciente uso de Internet facilitaron la posibilidad de llegar a mercados insospechados años atrás, como lo muestra la experiencia europea, que se encuentra periódicamente con encrucijadas en las que debe adoptar medidas para armonizar el sistema de liberación de la circulación de las mercaderías en el territorio de los países miembros, frente a prohibiciones nacidas de las operaciones online.

Pero cuando creíamos que debíamos profundizar los efectos de todos estos cambios que ocurrían ante nuestros ojos, localmente verificamos que en todo el mundo ocurre lo mismo. Está globalizado el uso de teléfonos inteligentes, de computadoras vinculadas a Internet, y de pequeños robots móviles que cumplen servicios de aseo y limpieza en el hogar y en empresas. Luego, sin darnos tiempo para asimilarlos, los sistemas tecnológicos basados en las cadenas de bloques y sus registros coparticipados e inmutables conocidos como *blockchain* y *distribution ledgers*, salieron del gabinete y se abren paso; anticipando y festejando que los mensajes de datos son ordenados electrónicamente por un programa de software que permite que las computadoras de todos los partícipes se conecten entre sí con vistas a ejecutar contratos entre partes que se forman con el intercambio de mensajes de datos, ofertas y aceptaciones cerrando contratos, que luego las protocolos cargados en las computadoras permiten activar el cumplimiento del contrato estrictamente de acuerdo con sus términos sin que intervengan personas humanas.

Estos contratos tipificados por su incipiente uso se denominan hoy *Smart contracts* o contratos inteligentes, técnicamente no constituyen un contrato nuevo sino una forma de contratación nueva, porque el programa de software englobado en el Code lo ejecuta por sí solo, intimando a una parte, notificando a la otra, siguiendo pautas e instrucciones de un protocolo conformado por algoritmos encriptados utilizando la cadena de

DECONOMI

bloques.(blockchain)⁸⁸ En nuestra legislación no está contemplado esta forma de redacción y ejecución de un contrato tipificado, sin que intervenga persona humana en forma directa, en el seguimiento del mismo.

En el derecho comparado, este fenómeno está apuntalado por el reconocimiento de los mensajes electrónicos y los contratos electrónicos con igual validez que los celebrados y firmados en papel en muchos estados de los Estados Unidos,⁸⁹ en Gran Bretaña⁹⁰ que con sus sistema de modificación de la ley por la formulación judicial de un nuevo precedente facilita su incorporación y en la Comunidad Europea desde el año 2000, en que admitió la validez de la contratación electrónica mediante Res. 14/2014 y complementarias, además de que Uncitral aprobó en 1996 la ley modelo sobre contratación electrónica, seguida por Francia, Canadá, Y Australia ⁹¹y China,⁹² que dictaron sus leyes respectivas sobre el mismo tema. Posteriormente, en el año 2005 Uncitral aprobó la Convención sobre la utilización de procedimientos electrónicos en los contratos internacionales, ya en vigencia, por haber sido ratificada

⁸⁸ Sobre blockchain debe tenerse en cuenta que es un sistema encriptado de registro de transacciones que provee información confiable y segura con identificación personal (hash) de cada participante cuya computadora o nodo sigue y registra cada bloque y cada cambio en la cadena de bloques. Los cambios son aprobados por una mayoría de nodos participantes y cada nueva transacción puede ser agregada al blockchain, si incluye una solución o modificación aprobada al bloque, mediante la formulación de algoritmos diferentes.

⁸⁹ Estado unidos ha legislado sobre contratación electrónica para fin de 2016 en 27 Estados, e incluso ha reconocido a la cadena de bloques como tecnología propia de los recursos electrónicos. Como ejemplo Arizona reconoce el blockchain technology como de interés estatal .California creo un grupo para recomendar el uso de blockchain technology. Colorado ha legislado obligando, a todos los participantes en el proceso desde el cultivo hasta la comercializacoin de cannabis, a registrar sus operaciones usando el distributed ledger technology, estableciendo la obligación de del uso de ciber criptología codificada para todos los registros del Estado. Illinois dicto la Blockchain Tehnology Act. Nueva york dicto dos leyes 8780 y 8858 permitiendo firma , registros y contratos asegurados por tecnología blockchain en forma electrónica así como la firma electrónica de Smart contracts en transacciones comerciales, entre otros .

⁹⁰ El Reino Unido sigue aferrado al common law donde los jueces modificando los precedentes crean nuevo derecho que se hace exigible, por lo que el tema se resolvió verificando si un Smart contract cumplía con los requisitos de cualquier contrato en su formación validez y ejecutabilidad en suelo ingles particularmente la "consideration" o contraprestación.llegando, llegando la doctrina a admitir su validez.

⁹¹ Francia admitió la contratación electrónica en la reforma de su código civil de 2016, donde incorporo la firma electrónica con criptografía asimétrica con el mismo valor que la firma manuscrita, Australia lo hizo por vía de una ley específica, la Electronic Trasanction Act (ETA) de 1999; Canada en el mismo año aprobó la UECA o Uniform Electronic Commerce Act y Sudafrica lo Hizo en el 2001 por la denominada Electronic Communication and Trransaction Act ECTA .

⁹² Debe destacarse que la RPChina ha creado recientemente a mediados de 2016 un tribunal para resolver cuestiones planteadas on line a través de Internet. (Beijing Internet Court), que en dos años ha recibido más de 14.000 casos.

DECONOMI

por un número de estados, entre los que no se cuenta la Argentina, que si ha legislado parcialmente sobre los contratos electrónicos en el CCy C.

Toda esta preocupación internacional sobre el tema necesita el conocimiento y la asistencia de abogados y otros especialistas para formular los nuevos contratos inteligentes, pero para ello se hace necesario conocer la mecánica de operación de los *blockchain*, que no están mencionados en nuestro CCyC, como tampoco la expresión “contratos inteligentes”, ni tampoco están en los programas de enseñanza del derecho, que aún están digiriendo los nuevos principios y paradigmas contractuales del CCyC. Concretamente, ambos conceptos no existen en la legislación y por ende no existe regulación de sus efectos. Creo importante proporcionar, a riesgo de aburrimiento, ciertas definiciones técnicas para comprender mejor cómo se aplican y a qué tipo de operaciones, sobre todos para los abogados que según conozcan, admitan o nieguen el uso de estas tecnologías tendrán que subirse al menos a la carretera de la información para entenderlas, aunque como hemos visto algunas de las preocupaciones que origino Internet están siendo enfocadas, como se desprende de las regulaciones dictadas en MejiCo sobre las nuevas tecnologías creando el contrato novedoso.⁹³ Además, debe destacarse la circunstancia de que China, como ya mencionamos, ha creado partir de 2016 un tribunal especializado en Internet para conocer contratos electrónicos y situaciones digitales que han generado los primeros casos donde tal tecnología de blockchain ha sido reconocida en juicio como prueba suficiente de la existencia y condiciones del contrato así como de su fecha y verosimilitud.⁹⁴

⁹³ La secretaria de Hacienda y Crédito Público y la comisión nacional Bancaria y de Valores con fecha 11 y 19 de marzo de 2019 respectivamente dieron a conocer en el diario Oficial de la Federación mejicana las disposiciones de Carácter general aplicables a Modelos Novedosos previstos en la ley que regula la tecnología financiera del 9 de marzo de 2018 y las Disposiciones de carácter general de la CNBV relativas a sociedades autorizadas para operar Modelos Novedosos en el mercado calificando de esa modo a los Smart contracts.

⁹⁴ Asimismo, la RP China ha aprobado la legislación sobre validez de la firma electrónica equiparándolos a los contratos suscritos con firma manuscrita y validando todos los mensajes de datos electrónicos tiene el mismo valor que los firmados por escrito en tanto estén expresado en forma tangible y puedan ser recuperados. los que son los principios de almacenamiento de los registros digitales. Pero para decidir la validez debe estarse tanto a las disposiciones de dos leyes de la RPC: la ley de contratos y la ley de firma electrónica.

DECONOMI

Creo por ello necesario efectuar antes de abordar algunos conceptos cuando nos referimos a los “Smart contracts” o contratos inteligentes, expresiones que usaremos indistintamente, es necesario retener que el contrato inteligente es la instrumentación de una forma o modo de contratar, diferente de la que acostumbramos utilizar para cualquier forma de contratos privados tradicionales.

El resultado ha generado el internet de las cosas donde máquinas hablan con máquinas y celebran contratos inteligentes, porque el programa del *smart contract* encerrado en un código tiene instrucciones precisas para hacer cumplir las pautas contractuales de hacer o no hacer, pagar o no pagar, dar recibo y eventualmente rescindir un convenio por incumplimiento, si las obligaciones de las partes no fueron satisfechas en el tiempo pactado, es decir es un convenio *que se auto-ejecuta*. Estas tecnologías ya están en proceso de desarrollo y se usan en seguros, finanzas, medicina- expedientes médicos digitales-, transporte internacional , operaciones con derivados y operaciones bursátiles, el derecho financiero, o el comercio internacional de mercaderías, eliminando en muchos casos intermediarios y procediendo a cumplir un contrato con pautas previamente establecidas en su origen por seres humanos pero ejecutadas con algoritmos que administran y ejecutan los programas directamente sin asistencia humana, sino basados en el programa de software que la máquina ejecuta por sí mismas siguiendo las instrucciones para su ejecución, que advierten cualquier desvío de las pautas contractuales.⁹⁵

Detengamos un instante en un contrato de suministro, hoy legislado en el CCy C. que consiste en que una persona encarga a otra la provisión de determinado elemento conforme a ciertas especificaciones y cuya fabricación debe ser aprobada y a partir de la misma corren los plazos de entrega al requirente, fábrica de camiones, que necesita cierta cantidad de partes en diferentes fechas para armar eficientemente su línea de

⁹⁵ En cuanto a la bibliografía los Carlo Vivas Augier y Jose Ramon Morales junto con Alex Preukchat, han publicado el Libro Blockchain.com donde abundan al respecto, y que por estar escritos por abogados resultara importante su lectura para no solo entender sino analizar la posibilidad de integrar la autopista de la información como lo predijo Bill Gates en su libro “Camino al Futuro. McGraw-Hill Ed Madrid 1997. Ed original inglesa penguin 1995.-

DECONOMI

producción. Resulta obvio que el plazo de entrega es esencial. Y que la falta del mismo produce efectos y daños al requirente en caso de entrega tardía o falta de entrega. Es dable pensar que el daño puede ser tan grande que un contrato inteligente puede incluir ante determinadas circunstancias la rescisión del contrato y la sustitución del proveedor. Por ende la redacción de todas las cláusulas sobre entrega de las partes en tiempo y forma regula: atrasos, demoras injustificadas que se rechazan por el protocolo contenido en el Code, o se penalizan con multas u otras sanciones, las que deben quedar acordadas ab initio al cerrarse el contrato, para que el Code las haga cumplir, incluyendo la sustitución del proveedor y la rescisión del contrato con reserva de daños y perjuicios. Además de que la cadena de blockchain asienta cada paso que ejecuta registrando lugar y fecha como evidencia de la gestión del Code en la ejecución del contrato. Si pensamos que todos los proveedores de esa fábrica están ligados a un Registro (ledger) virtual y digital, por el que todos los partícipes toman nota de que cierto participante no está cumpliendo con su contrato, en tiempo real. Esto implica que, los efectos de esa noticia en la red de proveedores debe ser contenida de alguna manera, dado que puede ser peligroso que el mercado sepa que la fábrica X se encuentra en incumplimiento. Además, el abogado que redactó el contrato tuvo que tener en cuenta esa circunstancia, al momento de esbozar los términos del mismo para su cliente, antes de que el contrato sea pasado a lenguaje electrónico y se torne irreconocible en manos de un profesional que lo vierte en el software del Code.

Pequeño glosario.-

Smart contracts: (SC) son contratos que mezclan un código de algoritmos y tecnología de registro, conformado electrónicamente, que encierra el potencial previsto por las partes para su auto ejecución, cubriendo por lo tanto a muchos productos y servicios incluso globalmente y muy aptos para ser utilizados en los servicios financieros, acostumbrados durante años a los EDI (intercambio electrónico de datos), maximizando las eficiencias operativas y contando con el potencial de reducir los costos

DECONOMI

regulatorios y ciertos riesgos legales⁹⁶. Ese código y su software deben incluir las cláusulas contractuales que conforman el negocio entre las partes, para que el código los administre y los haga cumplir.⁹⁷

Uno de los fundadores de los *Smart contracts* los definió como un conjunto de promesas, especificadas en forma digital, incluyendo protocolos que hacen que las partes cumplan efectivamente con esas promesas, por aplicación del software del código que forma parte del contrato. En resumen, consisten en:

- i) un código obrante y guardado en una computadora en forma digital conteniendo una base de datos que contiene los mecanismos para tomar acciones preestablecidas.
- ii) En la computadora se insertan en dicha base de datos las cláusulas del contrato que forman parte del software.
- iii) El cumplimiento del contrato se ejecuta por vía electrónica haciendo el pago u otras acciones que dispara el software conforme a las reglas preestablecidas basadas en la aplicación del *code* o tecnología encriptada de procedimientos a un contrato específico actuando conforme a un protocolo que lo administra y que dispone su cumplimiento.
- iv) Una vez iniciado el proceso de cumplimiento, las acciones que el *smart contract* desarrolla conforme a su código de gestión no pueden normalmente ser interrumpidas o detenidas por la voluntad

⁹⁶ Los EDI fueron originariamente aprobados en la UE por el Consejo de Ministros en el programa Trade electronic Data Interchange systems, coordinando las actividades de transmisión electrónica de datos comerciales en la entonces Comunidad Europea- Lo mismo ha sucedido en los Estados Unidos, donde se usan corrientemente en los bancos y revisados por sus asesores legales, en lenguaje encriptado en sistemas cerrados

⁹⁷ Cabe señalar que fue la Corte Suprema alemana que se opuso a la validez de contratos que eran celebrados y auto ejecutados por maquina sentando la doctrina que las maquinas no tienen capacidad en el sistema alemán para contratar negándose a la validez de contratos ofrecidos por máquinas y aceptados por máquinas, enfatizando que solo las personas pueden cerrar contratos, pero por jurisprudencia de la corte suprema del año 2012 revisó su anterior posición y admitió que las maquinas representaban y actuaban como AGENTE de personas humanas que ofrecían un producto on line y otra persona humana o jurídica cerraba ese contrato por aceptación electrónica, siempre que se pudiese identificar claramente al oferente y al aceptante, con lo que dentro del sistema alemán y sin una mención específica se abrió la puerta a la introducción de los contratos inteligentes, operados por un Código electrónico, ya que este era parte del contrato consensuado.

DECONOMI

de las partes, a menos que una de las acciones a cumplir dependa de una condición que no pudo ser cumplida.

- v) Por ese motivo los abogados deben aguzar los sentidos para redactar contratos inteligentes, por las previsiones que deben adoptar y resolver para cada paso del iter contractual.

Distributed ledger: es un registro digital compuesto de un software, incluyendo un código de algoritmos que conforman una base de datos inmutable representando transacciones que mediante la técnica de los *blockchain* se exponen secuencialmente. La voz *distributed* se refiere a que cada una de las partes de dichas transacciones tiene una copia confiable de la misma distribuida en los numerosos nodos (computadoras), perteneciente a cada parte, o a cada miembro de una organización o de una asociación de un país o países, es decir que el *distributed ledger* puede tener alcance global., ya que su información es accesible a un número determinado por el programa de nodos identificado cada uno con un Hash, que es un número alfanumérico que identifica a cada nodo participante dentro del blockchain.

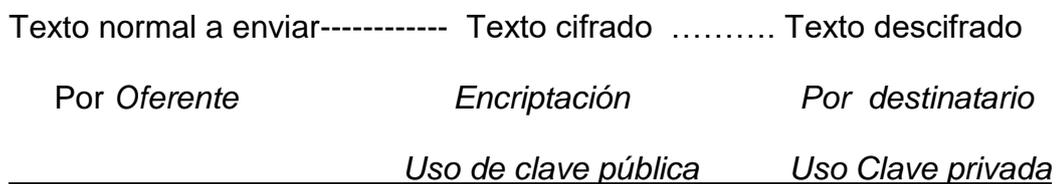
Ese registro puede ser administrado por una persona confiable aceptable *ab initio* por las partes o un número restringido de participantes y se denomina *permissioned ledger*, al registro así manejado, mientras aquellos *ledgers* que dependen del consenso de cualquier participante que desee participar, debe cumplir con los requisitos que se le piden para ingresar mediante un protocolo de admisión, que debe ser aprobado por el 51% del resto de los participantes, y ese registro abierto se denomina *permissionless ledger*. Recién entonces *su contribución aceptada por los restantes participantes ingresa al blockchain y forma parte del mismo*.

Public key: una clave pública que identifica a una persona y que es de conocimiento general, que junto con un clave privada sirve para descifrar o verificar la identidad del oferente o del aceptante y que forma parte del sistema de criptografía pública, basado en una fórmula matemática, basada en un encriptamiento asimétrico, compuesto de una clave pública y otra privada de propiedad de cada beneficiario e identificada con su

DECONOMI

Hash personal. El cruzamiento de la clave pública con la clave privada es lo que dificulta el acceso a personas no autorizadas y da más seguridad a la transacción, particularmente por el largo del algoritmo que utiliza el encriptamiento asimétrico, que requiere computadoras muy especiales para poder identificar las claves públicas y las privadas, que requieren un numero de posibilidades tan alto que su desciframiento podría demorar un tiempo muy considerable con las técnicas actuales.⁹⁸

No deseo abrumarlos con tecnicismos pero me pareció oportuno dar a conocer el mínimo bagaje tecnológico, para que pueden acceder a leer más literatura e informarse., más acabadamente.⁹⁹ A continuación acompaño un grafico de como funciona la criptografía del blockchain.



Los problemas legales que enfrentan los *smart contracts*

El problema de los *smart contracts* en el orden local están determinados en cada jurisdicción por dos o tres grandes temas: la formación del contrato; como se prestó el consentimiento, si el contrato es válido y además vinculante de acuerdo con las leyes en esa jurisdicción; y en tercer lugar cómo trata dicha jurisdicción a un contrato inteligente

⁹⁸ En este sentido cabe destacar la existencia de Ethereum, una plataforma de aplicaciones descentralizada basadas en blockchain., con capacidad para preparar y aplicar los contratos inteligentes a más casos de uso diario, limitados solamente por la madurez que alcance esa tecnología en el futuro. Conf G prisco “Microsoft partners with Ethereum Company 2015, donde la plataforma ofrece preparar a través de protocolo de block chain smart contracts para uso específico de sus clientes a requerimiento. También S Higgins IBM reveals Proof for concept for Blockchain-Powered Internet of things. Htpp://www.coindesk.com/IBM Existe además Corda que es una solución de blockchain privadas, desarrollada especialmente al sector financiero,

⁹⁹ C.Chen Liang “ a next Generation- Smart Contracts and decentralized application platform (2016).F Glatz. What are smart contracts? In search of consensus. (2014 <https://medium.com/heckerhut/> o Laurece Lessig Code versión 2.0 New York basic books 2006 at 5/6

DECONOMI

sometido a una ley extranjera, lo que requiere analizar las normas de derecho internacional privado o convenios internacionales aplicables, si los hubiere y verificar su aplicación conforme a normas de dicha jurisdicción, o de cualquier otra que resulte pactada.

Veamos ahora si el advenimiento de la figura denominada SC o contratos inteligentes puede suscitar cuestiones jurídicas puntuales como la validez o la obligatoriedad de tal contrato. Por ello haremos un análisis desde el punto de vista doctrinal basado en el análisis de normas aplicables consideradas por la doctrina para determinar su viabilidad, pero es necesario advertir que ese análisis se debe hacer jurisdicción por jurisdicción y contrato por contrato, porque no existe un modelo universal para esta modalidad contractual, cada contrato inteligente depende de un algoritmo que solo sirve para dar cumplimiento a ese contrato.

Dado que la figura no está legislada como tal, es legítimo preguntarnos si el llamado contrato inteligente es realmente una forma de contratar concluida por vía electrónica o simplemente esconde un procedimiento de codificar contratos o documentos de todo tipo en forma electrónica sin la necesidad de la firma escrita y de la utilización de papel como soporte para su almacenamiento. Considero que en este estadio de Internet, el intercambio de correos electrónicos o mensajes de datos conteniendo ofertas con plazo y condiciones dirigidas a persona determinada y su aceptación por el mismo medio ha dejado de ser una cuestión opinable. Sobre ese tema hay jurisprudencia en el derecho comparado y no se discute, su validez una vez que la prueba acredita que las partes estaban conscientes de la contratación, probando ciertos recaudos.

Pero si el contrato es un código conteniendo algoritmos encriptados es otra cuestión, apta para el debate. Para empezar, hay quienes sostienen que los códigos electrónicos son un contrato en sí mismo (*code is contract*), es decir que el código así expresado como se ha explicado precedentemente, puede incluir o contener un acuerdo de voluntades susceptible de crear, modificar o extinguir derechos u obligaciones desde el punto de vista de un abogado. Otra cuestión a tener en cuenta es que un lego no lo puede ni descifrar ni comprender sin ayuda especializada,

DECONOMI

diría muy especializada, ya que la composición y formación de algoritmos no es una materia que se enseña específicamente en las facultades de Derecho, aunque el tema es materia de conferencias o discusiones, pero que los abogados deberán abordar, como toda nueva tecnología, cuando se difunda más su uso, que ya ha comenzado ¹⁰⁰ y sobre la que deberán opinar antes de tener dimensionado el problemas técnico o legal que encierra, como lo fue años atrás la materia contable, disciplina ajena al derecho pero íntimamente vinculada a los efectos fiscales de cualquier solución legal, tema que la gran mayoría tuvo que delegar en terceros por no por no ser los principios de contabilidad un tema relevante, en su momento.¹⁰¹

También se sostiene ,tal vez, con simpleza que tal código de algoritmos generalmente encriptados es un medio de digitalizar el cumplimiento automático de ciertas prestaciones, como un pago, y que a nadie le importa cumplirlas porque sabe que quiere hacerlas, como sucede al comprar un ticket de estacionamiento a una máquina en un estacionamiento público: ésta me entrega un boleto que permite cerrar un contrato de depósito y custodia de dicho vehículo por un precio y un término prefijado, expedido por quien es el operador de ese predio, quien electrónicamente franquea el ingreso por un plazo, y una barrera se levanta al reconocer el software en un código de barras y lo niega si el titular del auto intenta salir vencido el ´plazo. Esta es una operación común y nadie se preocuparía por entender cómo se formó el contrato, aunque en el software que la maquina ejecuta esta todo el software elemental de un contrato inteligente, que auto ejecuta el contrato. El objetivo es dar certeza sobre cuáles son los términos del contrato, es

¹⁰⁰ Mentes, máquinas y matemáticas. (La inteligencia ARTIFICIAL y sus retos Ignasi BELDA.Editado en V. Rodesa villatuerta,Navarra España. 2011 -

¹⁰¹ Nde A: Viene a mi memoria que al estudiar Corporations en la universidad de Columbia alla por 1966, el programa de la facultad de derecho exigía como materia previa y correlativa la aprobación de la materia principios de contabilidad, que debí cursar en un semestre para poder acceder en el siguiente semestre al curso de Corporations que dictaba William Cary ex presidente de la SEC Este profesor me señaló que consideraba imposible que un abogado fuera ducho en Corporations, sino tenía idea de nociones de contabilidad, porque entonces no podía comprender el significado del balance y como debía leerse. La carrera de ciencias económicas hace ya por lo menos 25 años atrás preveía materias de derecho para los contadores, lamentablemente no tuvieron nuestros profesores en este aspecto, ni la visión de los contadores locales, ni el rigor practico de los americanos, de exigirla.

DECONOMI

decir su contenido y si dichos términos son suficientes, no infringen normas imperativas, están proyectados con buena fe y respetan una costumbre establecida que constituye la base de un contrato legalmente exigible en varias jurisdicciones.

- Por último, en el mercado se consideran y se usan los *Split contracts* donde los remedios para solucionar un incumplimiento están escritos y descriptos en lenguaje común y en papel, pero el resto de la actividad codificada y prevista en *Code* se ejecuta electrónicamente por cuenta de las partes, como medio transaccional para salvar escrúpulos legales ante la ausencia de legislación específica.
- Asimismo, también puede existir un contrato en papel con un código encriptado para hacer efectivos los pagos, pero eso no presenta ningún problema porque el consentimiento y la validez del contrato surgen de sus términos, mientras que ambas partes han prestado conformidad a encriptar sus términos. Y, por ende, no puede una de ellas arrepentirse, al menos en contratos paritarios o como lo llama la doctrina B to B contract,- en el exterior. En otras palabras atento la falta de reconocimiento normativo, se utilizan en parte o a medias sistemas tradicionales para evitar la discusión en la prueba en caso de litigio.-
- Las partes necesitan contar con un abogado que les informe que pueden prestar su consentimiento al protocolo electrónico, pero posiblemente pidan el contenido del contrato en soporte papel debiendo el profesional explicarle la finalidad de ese contrato y que por vía electrónica se le exigirá todas las prestaciones que cada parte tiene a su cargo y le impondrá multas en caso de incumplimiento, por así preverlo el protocolo y en caso de pagos deben estar disponibles en cuentas al que el algoritmo tenga acceso, o en su caso prevea la entrega del producto, explicando como por vía electrónica la maquina en forma automática aceptara la entrega y efectuará el pago. Si se requiere la certificación de un tercero estará previsto el plazo en el cual el tercero debe

DECONOMI

expedirse sobre la corrección de la entrega y su ajuste a lo pactado o si faltare cantidad o no ajustare lo recibido a lo entregado, cuáles son sus derechos, que también estarán previstos contractualmente, así como compeler su ejecución.

Problemas eventuales si el contrato no es cumplido.-

Dada la diferencia de criterio y su amplitud para caracterizar contratos inteligentes, nos ceñiremos a la realidad circundante que nos puede indicar que aunque sea posible codificar con algoritmos la totalidad de un contrato complejo, algunas partes dudan de confiar íntegramente sus derechos y obligaciones y recurren a veces a procedimientos ratificatorios como en China o el procedimiento *Split* usando como nexo entre el lenguaje natural que existe por separado un *hash* o *código único* para ligar ciertas obligaciones humanas con la arquitectura de un contrato inteligente. Esa arquitectura digital administra el cumplimiento de los datos registrados correspondiente al contrato. Al respecto es interesante que cuando a los chinos cierran un contrato electrónico inteligente o no, tienen la opción de exigir a la contraparte la firma en un documento, donde reconocen haber cerrado un contrato, identificando a las partes, el objeto, plazo y precio en forma electrónica. Es decir el método chino es simple: curarse en salud, con la finalidad de no incorporar nada que pueda dificultar las relaciones contractuales y sirva como evidencia ante los tribunales especiales de su jurisdicción, ya que cuentan desde el 2016 con el Internet Beijing Court.¹⁰²

Existen en materia internacional varios problemas a resolver en función del derecho aplicable:

- a) Si la firma es vía electrónica o digital.¹⁰³

¹⁰² Recientemente, el Prof Zhang wen ,presidente de la Beijing Internet Court, en ocasión del foro del 2019 sobre protección de la propiedad industrial en china señaló que su Corte usa (AI) y blockchain al dictar sus sentencias. [Htps://963*962Fcointelegraph.com](https://963*962Fcointelegraph.com) señalando que se había usado esas tecnologías para luchar contra piratas cibernéticos a costa de los derechos de autores online. Recurriendo a datos digitales almacenados en la cadena de blockchain.que garantiza que esos datos no fueron alterados. JPmorgan anuncio que expandió sus sistema de blockchain a su red de bancos globales para reducir el número de pagos internacionales rechazados por errores según reporto El Financial Times en su edición del 21 de abril de 2019.

¹⁰³ La firma digital está reconocida en la Argentina por ley 25-506/27446 dec 182/ 2019 (ley de firma digital cuyo artículos 1 y 3 la validan en el país como firma manuscrita y con sus mismo efectos valida la

DECONOMI

- b) Si la ley aplicable al contrato acepta, que el *code* representa todo el contrato pero este no puede ni debe prescindir de las normas mandatorias de la ley que no pueden ser dejadas sin efecto, a mi juicio, por la voluntad de máquinas, aunque actúen por cuenta de instrucciones reformateadas dada por personas humanas. Ya que si éstas no pueden dejar sin efecto normas mandatorias, las máquinas carecen de voluntad para hacerlo y el programa en tal caso contiene un vicio que no puede ser subsanado, sino solo por los jueces o por arbitraje, que será necesario prever en el software.
- c) El objeto de contratar por medio de un smart contract es aplicar un protocolo basado en algoritmos de lectura incomprensible para un lego en un procedimiento de cumplimiento electrónico que no puede ser detenido por una parte que quedara como incumplidora porque así lo decidió el *code en virtud de* las instrucciones que las partes instalaron en el software, para exigir a la parte que corresponda su ejecución y verificar su incumplimiento. Hasta ahí pienso que nuestro sistema de formación del contrato y libertad del contenido basado en los arts.288, 988 y 985 validan y permiten dar efecto vinculante a dicho contrato. Sin embargo las circunstancias de que el algoritmo puede en tal caso, incluso, declarar la rescisión del contrato y reclamar los daños y perjuicios no significa, que esto no pueda ser revisado. Esto es la teoría, pero la realidad es que un Smart Contract, termina allí su cometido. No puede parodiar un proceso judicial ni arbitral, carece de imperio y su declaración de incumplimiento puede también estar viciada por un defecto del protocolo,¹⁰⁴ que exigen por liberal que sea

certificación de la firma por un tercero, la identidad del firmante y certifica cualquier alteración del documento digital posterior a su firma. En cuanto a la firma electrónica están los principios contenidos en los artículos 1106 y 1108 del CCC y su contenido lícito por el 958, así como su efecto vinculante, por lo que la firma electrónica simple con recaudos como la encriptación e intercambio de mails valida a un contrato inteligente muy preciso, que no incumple ninguna norma imperativa.-o simplemente que no sea abusivo en los términos de los arts. 986 a 988 del CCU.

¹⁰⁴ Esto requiere de normativa específica para delimitar hasta donde la autonomía de la voluntad puede valerse de un Smart contract y sobre todo de precisar bajo que condiciones un contrato inteligente puede recurrirse una vez que se cumplió su cometido específico, para permitir y tutelar el principio constitucional de acceso a la justicia y de la defensa en juicio. Conf Koulou Riikka. Blockchain and online dispute resolution. Scripted magl Volume 13 Issue 1 may 2016, pag 55 y sigs. quien señala también los desafíos que traen los Smart contracts en cuanto estos contratos son convenios programados que cambian el entendimiento usual de lo que es un contrato ya que oscurece las diferencias entre un contrato

DECONOMI

la jurisdicción, que el agraviado tenga la posibilidad de acudir a la justicia en aras a la protección de la defensa en juicio, de quien alega que ha sido privado de su derecho de discutir una grave violación de la ley en su perjuicio relacionado, con la ejecución de sus obligaciones contractuales.

Por lo tanto en esa instancia la parte agraviada debe tener regulado en el Contrato Inteligente el plazo en el cual puede plantear judicialmente sus críticas, observaciones o demandas, o plantear una mediación que suspenda todos los plazos y permita una vía transaccional para remediar si fuera posible la diferencia entre las partes, recién cuando el mediador fracasa porque una se niega a transar, se da terminada la mediación y se reanudan los plazos procesales ante el tribunal que ambas partes han pactado, así como la ley aplicable al mismo .-

Algunas reflexiones adicionales.--

- a) Es importante señalar que la tecnología del blockchain ha tenido éxito y es bien conocida porque es la base de las criptomonedas, por la simple razón que permite el almacenamiento seguro, público y transparente de la información, así como su trazabilidad, su verificación y la circunstancia que los bloques no pueden ser borrados y las modificaciones posteriores o cambios se relacionan con el bloque anterior y lo modifican conociéndose fecha, autor y tema de la modificación que quedan registrados en los bloques o en el distributed ledger, si se usa separadamente, que permiten seguir su “iter” en forma cierta.
- b) En cuanto al Smart Contract no es un contrato nuevo es una manera o modalidad de contratar desconocida en nuestro derecho que considero valido pero requiere apoyo normativo para evitar polémicas dogmáticas como ha ocurrido en otras jurisdicciones, dado que como hemos previamente y comentado abrevia tiempos,

corriente y su ejecución entre la autonomía de la voluntad y el derecho procesal que regula la ejecución de un contrato. Por un lado disminuyen la posibilidad de disputas de poco monto pero no puede ignorarse en disputas complejas las incidencias y el resguardo del debido proceso que deben respetarse.-

DECONOMI

prescinde de intermediarios, y delimita lo que cada parte debe hacer para cumplir, de buena fe, el contrato.

- c) La importancia del apoyo normativo es que el contrato inteligente se auto ejecuta, por vía electrónica, de acuerdo al Code, sin necesidad de la actividad o el impulso de conductas humanas subsiguientes, mientras que el SC lo ejecuta un protocolo electrónico, al que las partes autorizaron cuando cerraron el contrato por intercambio de oferta y aceptación.
- d) La modalidad más cuestionable es que el Smart contract es un código formulado sobre un algoritmo que contiene un contrato normal, excepto que todos los hechos subsiguientes a la celebración del contrato son impulsados por el algoritmo, que es un protocolo que cumple instrucciones, basadas en la autonomía de la voluntad de las partes, ejecutadas de buena fe y sin violar normas imperativas. Cada vez que el programa toma una decisión el Code no puede retroceder, a menos que un hecho que debe ocurrir no ocurre o si es subsanable lo subsana y finalmente si una parte incumple por cualquier causa prevista declara rescindido el contrato. En esa hipótesis para que el contrato sea efectivo deberá recurrirse a la justicia, tomando intervención las personas humanas que o deciden una mediación, o recurren judicialmente o por vía arbitral, si estuviera prevista.¹⁰⁵
- e) A mi modo de ver creo que puede incorporarse incluso parcialmente en nuestro sistema sin ninguna norma pero con efecto restringidos, devolviendo el control del contrato, a la tutela

¹⁰⁵ El tema de las características del blockchain ha ocupado mucho tiempo y debate a la UE, que publicó un análisis profundo de la tecnología bajo el título: How blockchain could change our lives. Por Philip Boucher. Informe presentado al Parlamento europeo por el Servicio de Investigación parlamentario en febrero de 2017 PE 581948, cuya lectura es útil y que llega a cuatro opciones a) No usar íntegramente el concepto del blockchain, los ciudadano pueden tener más acceso a datos sin esta tecnología. B) Desarrollar activamente l alentar el uso de blockchain para el sector privado aceptando dar valor a los registros de blockchains. C) el tercer es el opuesto y no reconocer esta tecnología privada como criterio rector permitiendo dejar sin efecto sus cláusulas de auto ejecución. d) la cuarta opción es mantener el sistema de blockchain manteniendo el poder de algunos intermediarios que provean algunas de las facilidades del blockchain sin ofrecer la plena descentralización del sistema y su transparencia. Concluye el informe que no existe una voluntad de intervenir en el sistema por el momento y que una combinación de esa tecnología podría aplicarse para diferentes campos y jurisdicciones en los próximos 10 años, de los que restan 8 , para la discusión.

DECONOMI

humana cuando el contrato sufre una parálisis por ejemplo por la quiebra de una parte, ya que el programa fue pensado para manejarse en forma privada. Así, si cesan los pagos a acreedores quirografarios, el programa se detiene. Pero debe tenerse en cuenta que cuando interviene la justicia el programa por sí mismo, no la tiene en cuenta, porque está diseñado para administrar un contrato, sin interferencia de terceros. Por otra parte los fondos estaban retenidos en una cuenta a disposición del software electrónico constituida con antelación al decreto de quiebra, para atender eventuales incumplimientos, por cualquier causa del deudor, ahora fallido.

- f) La interacción entre la parte humana que recibe un embargo o una intimación de suspensión de una acción debe tenerse en cuenta, si se regula el contrato inteligente, para evitar que una parte quede en estado de indefensión. Esta situación también puede incorporarse en el programa del Code. Admito que es un tema debatible pero si el hecho del cobro ocurre con anterioridad a la declaración de quiebra, esta no lo debiera afectar si el contrato fue real, celebrado con buena fe, la fecha es incontrovertible por el sistema blockchain, de modo que no fue hecho con propósito de defraudar o conociendo el estado de insolvencia de la contraparte.

A modo de conclusión: . En el derecho argentino es posible redactar casi cualquier contrato paritario con estas características y que el mismo controle su auto ejecución, siempre que cada paso cumplido no afecte normas imperativas, ni prive a un parte del derecho al debido proceso.-

Es muy posible que la parte agraviada como incumplidora pretenda demorar o detener con medidas cautelares el procedimiento de ejecución, pero será la justicia que sea llamada a intervenir, quien deberá decidir la legitimidad de que las partes hayan confiado a un proceso electrónico la auto ejecución de un contrato que estaba previamente pactada, salvo si se cuestiona al code por estar mal formulado.

DECONOMI

Al respecto la justicia deberá decidir si la defensa en juicio de la parte agraviada no fue violada y si encuentra reprochable el procedimiento deberá justificarlo o anularlo si hubo efectiva violación de la defensa en juicio, lo que es imposible discutir de buena fe sin precisar un caso concreto. Si el contrato inteligente está bien redactado, el cargo de la prueba lo tendrá quien se agravia por su incumplimiento sea el deudor, el síndico de su concurso o el liquidador en la quiebra.

Creo que con el resumen de los antecedentes, ventajas y prevenciones señaladas una tarea para el lector es tomar un contrato determinado y pensar cómo hacerlo auto ejecutorio. A ese efecto se le deben insertar acciones y pasos precisos, pensando las objeciones del mal cumplidor, las limitaciones legales y las soluciones posibles. Luego un experto deberá generar los algoritmos apropiados para que el Code los ejecute, conforme a las instrucciones acordadas.

Buenos Aires, junio de 2019.-

“El concurso de sociedades”

por Efraín Hugo Richard¹⁰⁶

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.¹⁰⁷

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)

¹⁰⁶ Profesor Emérito de la Universidad Nacional de Córdoba.

¹⁰⁷ 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.

DECONOMI

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*¹⁰⁸, 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 ensayo¹⁰⁹.

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.

¹⁰⁸ 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.

¹⁰⁹ “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.

DECONOMI

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.¹¹⁰

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 ¹¹¹. 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 expresa ¹¹² 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.

¹¹⁰ 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.

¹¹¹ VICARIL, Andrea, “I doveri degli amministratori in caso de insolvenza della società nel diritto statunitense”, *Rivista delle Società*, 1999, ps. 1244 y ss.

¹¹² GIBNEY, Frank, *El milagro programado*, 2ª ed., Sudamericana-Planeta, Buenos Aires, 1987, p. 13.

DECONOMI

Correlativamente, la jurisprudencia belga desde fines del año 1991 extiende la quiebra al *maitre de l'affaire*, persona psíquica — física—¹¹³, 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 lograran 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 las 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

¹¹³ 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 incalculable¹¹⁴.

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 lo 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”

¹¹⁴ 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. +¹¹⁴ 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.

DECONOMI

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. Araya¹¹⁵ 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 derecho¹¹⁶.

Ello llevó a sostener que la legislación societaria opera en el derecho comparado “como un instrumento pre concursal”¹¹⁷, “tiene una función *pre concursal* o *para concursal*, considerando algún otro considerarla como *anticoncursal*”¹¹⁸. 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.

¹¹⁵ “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.

¹¹⁶ STANGHELLINI, Lorenzo *Proprietà e controllo del'impresa in crisis* Rivista delle Societa anno 49° 2004 settembre-ottobre fascicolo 5°, Editorial Giuffrè Milano, pág. 1079.

¹¹⁷ 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.

¹¹⁸ DíEZ ECHEGARAY, J. *Deberes y Responsabilidad de los Administradores de Sociedades de Capital*, 2006, Thomson-Aranzadi 2ª ed., Navarra. p. 387.

DECONOMI

Respecto a la pérdida del capital social y las normas específicas de la legislación del medio técnico organizativo, Emilio Beltrán¹¹⁹ 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 Alemania¹²⁰: “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

¹¹⁹ 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.

¹²⁰ 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.

DECONOMI

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 saneamiento¹²¹.

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

¹²¹ 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.

DECONOMI

examen del rudimentario sistema de alarmas que encuentra su insuficiente acomodo en el art. 209.1.b) LSA¹²² –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*).”¹²²

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

¹²² 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.

DECONOMI

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”¹²³.

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 Jurídica¹²⁴, 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

¹²³ 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.

¹²⁴ 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.¹²⁵

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**”¹²⁶. 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**

¹²⁵ Como puede verse en el ensayo citado en nota 2.

¹²⁶ GERMAN ob. cit págs. XXX y XXXI.

DECONOMI

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 Tratado¹²⁷ 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**

¹²⁷ 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).

DECONOMI

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 patologia 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...”.¹²⁸

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

¹²⁸ 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.

DECONOMI

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 2.014¹²⁹, 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.¹³⁰ 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

¹²⁹ United Nations Commission on International Trade Law, Grupo 5, Derecho de la Insolvencia, celebrada en Nueva York los días 21 a 25 de Abril.

¹³⁰ *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.

DECONOMI

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 descendido¹³¹ 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 Schmidt¹³² 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 Iberoamericano¹³³ 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**

¹³¹ 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).

¹³² 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.

¹³³ 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 doctrina¹³⁴.

No dudamos que corresponde la integración del sistema societario con el concursal para afrontar las crisis¹³⁵.

Emilio Beltrán¹³⁶ 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.

¹³⁴ NIGRO, A. “Le società per azioni nelle procedure concursuali”, in *Trattato delle società per azioni*, diretto da G.E. Colombo e G.B. Portale, 9º, Torino 1993, 209 ss.

¹³⁵ En *Perspectiva del Derecho de la Insolvencia*, Ed. Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales, Córdoba Rep. Argentina 2012.. Comunicación al VIIIº CONGRESO ARGENTINO DE DERECHO CONCURSAL y VIº 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.

¹³⁶ BELTRÁN SANCHEZ, Emilio “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..

DECONOMI

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”¹³⁷.

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 voluntad, el punto está vinculado a acciones de responsabilidad. La propuesta

¹³⁷ 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.

DECONOMI

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?”.¹³⁸

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.¹³⁹

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 incorrecto¹⁴⁰. 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.¹⁴¹

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

¹³⁸ 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.

¹³⁹ 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. Maffía, “Sobre el llamado APE”, Buenos Aires 2005, Lexis Nexis, en libro colectivo “Homenaje al Dr. Osvaldo J. Maffía” 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.

¹⁴⁰ 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.

¹⁴¹ 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.

DECONOMI

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”¹⁴². 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 imperativamente¹⁴³, 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”¹⁴⁴ en forma tal que corre peligro la satisfacción del pasivo sean los

¹⁴² La transcripción encomillada corresponde al art. 1 de la Ley General de Sociedades de la República Argentina.

¹⁴³ 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.

¹⁴⁴ 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,

DECONOMI

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 indisponibles¹⁴⁵.

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

uruguay, 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).

¹⁴⁵ 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.

DECONOMI

los problemas y posibles soluciones a los socios, y estos resolver¹⁴⁶, constituyendo *el plan de negocios*.¹⁴⁷ 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.¹⁴⁸

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)....¹⁴⁹

IX – LA RESPONSABILIDAD.

¹⁴⁶ Nto. “Los administradores societarios y la insolvencia” en SUMMA SOCIETARIA, Ed. Abeledo Perrot, Bs. Aires 2012, t. I p. 1449.

¹⁴⁷ 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)

¹⁴⁸ Nto. “Crisis societaria: integración del sistema concursal con el societario” RDCO 266-243 sección doctrina.

¹⁴⁹ 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](#).

DECONOMI

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.¹⁵⁰

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 disolución¹⁵¹ 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”¹⁵². “...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”¹⁵³. 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

¹⁵⁰ 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.

¹⁵¹ GARRETA SUCH, José María, “La responsabilidad...”, cit., ps. 202 y ss.

¹⁵² Sentencia de la Apelación de Valencia, sec. 6ª del 30/12/*1992, en *Revista del Derecho de Sociedades*, p. 306.

¹⁵³ 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.

DECONOMI

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”¹⁵⁴.

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

¹⁵⁴ 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,¹⁵⁵ sino que también en la posibilidad de que ciertos créditos resulten minusvalorados en el campo del conflicto de acreedores.¹⁵⁶ 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,¹⁵⁷ aun cuando diversos ordenamientos hayan reconocido la figura mediante

¹⁵⁵ 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).

¹⁵⁶ 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.

¹⁵⁷ 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.

DECONOMI

denominaciones diversas, bajo las nociones análogas de “postergación”¹⁵⁸ 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 una 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,

¹⁵⁸ 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.

DECONOMI

conclusión a la que ha llegado la doctrina extranjera,¹⁵⁹ 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”.¹⁶⁰

“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”¹⁶¹

¹⁵⁹ Por todos, Bermejo Gutiérrez, Nuria, *Créditos y quiebra*, Madrid, Civitas, 2002, p. 436.

¹⁶⁰ Ferré Falcón, Juan, *op. cit.*, nota 56, p. 693.

¹⁶¹ 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).*

DECONOMI

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 quiénes 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 insatisfechos¹⁶².

¹⁶² 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

DECONOMI

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.¹⁶³

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 Alfaro¹⁶⁴ “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 disolutiva de pérdida del capital social”, en *Doctrina Societaria y Concursal ERREPAR* (dsce) tomo/boletín XXVIII, mayo año 2016.

¹⁶³ 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.

¹⁶⁴ 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. ¹⁶⁵

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.¹⁶⁶ Y esto hace a la integración del derecho concursal con el societaria¹⁶⁷, abordando la crisis societaria, los derechos de los terceros acreedores y la viabilidad económica y social en el desempeño funcional de las sociedades.¹⁶⁸

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 caracterizado¹⁶⁹.

¹⁶⁵ 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.

¹⁶⁶ Karsten Schmidt “*Derecho Comercial*”, Edit Astrea, Bs As., 1997, trad. Federico E. G. Werner, Supervisión académica Rafael mariano Manovil, pág. 70.

¹⁶⁷ 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.”

¹⁶⁸ 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.

¹⁶⁹ 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

DECONOMI

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 uruguaya “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”¹⁷⁰. 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 igual calidad de derechos, forma parte de la causa fin de la sociedad”.¹⁷¹

Pero a través del proceso concursal se ha generado la costumbre *contra legem*¹⁷² 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.

¹⁷⁰ COLOMBRES, Gervasio R. *Curso de Derecho Societario, Parte General*, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires 1972, pág. 56.

¹⁷¹ 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.

¹⁷² 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.

DECONOMI

21 de la ley 24522, en su modificación por Ley 26086 del año 2006¹⁷³; 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 centro 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.

¹⁷³ 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 insolvencia¹⁷⁴ 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 ley¹⁷⁵ 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 ley¹⁷⁶.

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.¹⁷⁷

La quita figura en el listado de las soluciones concursales¹⁷⁸, 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

¹⁷⁴ 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.

¹⁷⁵ Previsto en el art. 52.4 LCQ argentina.

¹⁷⁶ 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.

¹⁷⁷ 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.

¹⁷⁸ 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.

DECONOMI

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.*”¹⁷⁹.

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* aceptable 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.¹⁸⁰

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

¹⁷⁹ De FUSHIMI, Jorge Fernando – RICHARD, Efraín Hugo en *Doctrina Societaria y Concursal*, Ed. Errepar, Buenos Aires Diciembre 2018, pág. 1143.

¹⁸⁰ 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.

DECONOMI

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 quiebra”¹⁸¹.

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”.¹⁸²

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.

¹⁸¹ URÍA, R.; MENÉNDEZ, A. y GARCÍA de ENTERRÍA, J. –“La sociedad anónima: disolución” Cap. 4, pág. 1001 en *CURSO DE DERECHO MERCANTIL* citado..

¹⁸² 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.

DECONOMI

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 1º 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.

DECONOMI

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. 1º 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

DECONOMI

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

DECONOMI

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.

DECONOMI

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 confiscatoriedad¹⁸³ por quiénes no aceptaron las quitas –si se considera el derecho de propiedad de orden público sería irrenunciable a tenor del art. 12

¹⁸³ 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.

DECONOMI

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-.¹⁸⁴

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.”¹⁸⁵

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 preconcursales¹⁸⁶, incluso la solución final ante idas y vueltas fue la capitalización del pasivo.

XIII – CONCLUYENDO Y RESUMIENDO.

¹⁸⁴ 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.

¹⁸⁵ 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.

¹⁸⁶ Nto. “¿REORGANIZACIÓN 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.

DECONOMI

Nos esforzamos desde hace muchos años en distinguir la crisis del patrimonio de una persona humana del de una persona jurídica¹⁸⁷, 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.¹⁸⁸

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.

¹⁸⁷ 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.

¹⁸⁸ 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

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

Jurisprudencia Condensada: “Incidencias de índole Societaria en los Procesos Concursales”

por Rodrigo Emmanuel Nasilovsky

Índice alfabético de fallos reseñados.

- Austral Construcciones S.A. s/ Concurso Preventivo. (Sumario 16).
- Belimo S.R.L, le pide la Quiebra Valvtronic S.A. (Sumario 19).
- Carbone Norberto Mauro c/Seguridad y Empaque S.A. y otros s/ordinario. (Sumario 1).
- Cavanagh y Morixe S.A. s/quiebra s/acción de responsabilidad. (Sumario 25).
- Ciccone Calcográfica S.A. s/Concurso Preventivo s/Incidente Transitorio (Sumario 21).
- Ciexai Eventuales S.A. s/ concurso preventivo. (Sumario 7).
- Compañía General de Negocios (Uruguay) Saife s/ Quiebra s/Incidente de Incompetencia Territorial Internacional. (Sumario 3).
- Compañía Neolatina SA s/ Concurso Preventivo (Sumario 17).
- Demont SRL. s/ Quiebra c/ Tegnus SRL y Otros s/ Ordinario. (Sumario 20).
- Domus Robótica Ambiental S.A. S/ Quiebra c/ Robótica Sanitaria SA. y Otros s/Ordinario. (Sumario 24)
- El Palenque S.R.L c/ Ultra Grain Compañía Cerealera S.A. s/ordinario (Sumario 14).
- El Sembrador S.A. s/Concurso Preventivo. (Sumario 15).
- Expreso Uspallata S.A. s/Concurso Preventivo s/ incidente de incompetencia y oposición a medida cautelar por Andesmar. (Sumario 6).
- Fernández Christian Norberto, Le Pide La Quiebra Fernández Rivero (Sumario 11).
- Gómez, Damián, Le pide la quiebra a Guibert Mario Guillermo y otro. (Sumario 9).
- Hostache, Damián, Le pide la quiebra a Lebe S.A. (Sumario 10).
- Marti Juana Rosa c/ Jugos Del Sur S.A. s/ Ordinario. (Sumario 2).

DECONOMI

- Morales Carlos- Felahuer Anildo (S.H.), Le Pide La Quiebra Obra Social Del Personal Grafico. (Sumario 8).
- Oil Combustibles S.A. s/ Concurso Preventivo s/ Recurso De Queja. (Sumario 22).
- Oil Combustibles S.A. s/Concurso preventivo. (Sumario 5).
- Organización Coordinadora Argentina (OCA) s/ concurso preventivo (Grande). (Sumario 23).
- Otaño Moreno Luisa María s/ quiebra c/ La Luisa de Suipacha S.A. s/ordinario (Sumario 13).
- Petroex Uruguay S.A., Le Pide La Quiebra Banco General De Negocios SA. y Otro. (Sumario 4).
- Sal Nave SA, Le Pide La Quiebra, Aguiar Gerardo David. (Sumario 18).
- Storey Andrés Eduardo c/Andbrava SRL s/Ordinario (Sumario 12).

Índice Temático:

- **Competencia:**
 - Fuero de Atracción. Acciones societarias (Sumarios 1 y 2).-
 - Pedido de Quiebra. Sociedades Extranjeras (Sumarios 3 y 4).-
 - Modificación del Domicilio Social antes de la presentación (Sumarios 5, 6 y 7).-
 - Pedido de Quiebra. Sociedad de Hecho. (Sumario 8).-
 - Deudor Persona Física. Carácter de socio o director. Sede de los negocios. (Sumarios 9, 10 y 11).-
- **Asambleas:**
 - Impugnación. Ratificación de presentación en concurso. Derecho a la información del accionista vs. Intereses de los Acreedores y Conservación de la Sociedad. (Sumario 12).-
 - Impugnación. Legitimación de la fallida (Sumario 13).-
 - Impugnación. Legitimación Acreedor verificado. (Sumario 14).-
 - Ratificación de Presentación en Concurso. Recaudos. Herederos del Socio fallecido. (Sumario 15).-
- **Varios:**

DECONOMI

- Concurso Preventivo. Requisitos para la Apertura. Regularidad Societaria. (Sumarios 16 y 17).-
- Pedido de Quiebra. Citación LCQ: 84. Sede Social Inscripta. (Sumarios 18 y 19).-
- Extensión de Quiebra. Vinculación Societaria. (Sumario 20).-
- Quiebra. Socios de la Fallida. Efectos. (Sumario 21).-
- Salvataje. Registro de Terceros Interesados. Exclusión de Socios. (Sumarios 22 y 23).-
- Acciones de Responsabilidad. Concursal vs. Societaria (Sumarios 24 y 25).-

1. Competencia. Fuero de Atracción. Impugnación de Asamblea que ratificó la presentación en concurso (LCQ. 6)-

En la causa -iniciada por un accionista- se persigue la nulidad de la asamblea ordinaria del 17.07.12 y acción de responsabilidad y remoción del presidente y un director que ratificaron la presentación en concurso de la accionada. En ese contexto, y si bien no se soslaya que la cuestión versa sobre un conflicto societario no sujeto al fuero de atracción, no debe perderse de vista que -en lo que aquí interesa- la remoción del directorio de la empresa concursada involucra particular materia que concierne tanto a la vida de la sociedad como a su giro comercial resultando procedente que el juez del concurso preventivo asuma el conocimiento de estas actuaciones. Ello, a fin de mantener la integridad y unidad de conocimiento que impone la cuestión (CCom. B, in re "Nutrimentos SA s/ concurso preventivo s/ incidente de cancelación de hipoteca promovido por Progran SRL", del 30-4-03; idem CCom. B, in re "Camisassa, Eduardo Raúl y otro c/ Efel S.A. s/ amparo" del 22.04.08).

CNCom, Sala B, 16/08/2018, "Carbone Norberto Mauro c/ Seguridad y Empaque S.A., y otros s/ordinario".

2. Competencia. Fuero de Atracción. Actuaciones de índole societaria .

Las demandas y otras actuaciones de índole societaria concernientes al funcionamiento estructural interno de sociedades en situación de concurso preventivo o quiebra, están sujetas al régimen general de asignación de causas, sin radicación en el juzgado de trámite concursal, salvo expresa disposición en contrario de la ley de la materia y sin perjuicio de lo que jurisdiccionalmente pudiera decidirse en particulares circunstancias, que serán interpretadas restrictivamente. El ordenamiento concursal no contempla en ninguna de sus normas la competencia del Juez del concurso en actuaciones de esta naturaleza. Es claro que no se trata de supuestos de competencia del Juez del concurso derivados del fuero de atracción (Rouillon Adolfo, "Régimen de Concursos y Quiebras", pág. 236) en tanto la pretensión trata sobre aspectos de funcionamiento interno de la sociedad que deben enmarcarse en un juicio de conocimiento pleno y no en el marco de este trámite universal. En efecto, se encuentra aquí involucrado, por ejemplo, un conflicto relativo a una nulidad asamblearia y un planteo de remoción del presidente de la demandada, siendo que ambos planteos deben transitar las vías

extrajudiciales y judiciales de la LGS 250, 265 y ccdtes, extrañas a las contingencias de esta causa concursal

CNCom, Sala A, 13/06/17, "Martí Juana Rosa c/ Jugos Del Sur S.A. s/ Ordinario".-

3. Competencia. Pedido de Quiebra. Sociedad Extranjera con objeto destinado a cumplirse en la República (LGS. 124).-

Resulta competente la Justicia Argentina para entender en el caso, toda vez que la sociedad uruguaya tenía su actividad principal en este país donde se encontraba el asiento principal de sus negocios. Dicha sociedad no demostró haber realizado actividad financiera en su país de constitución sino fuera de él y tampoco demostró haberla realizado en otro país distinto a la Argentina -circunstancia que no la habilitaba a operar aquí sin sujetarse a las normas de orden público interno-, por tanto, debe ser considerada como una sociedad local por aplicación de la LS 124 (conf. CNCom, Sala A, "Boskoop SA s/ quiebra s/incidente de apelación" del 18/4/06), sometida, en consecuencia, al contralor de los jueces de esta jurisdicción. Habida cuenta de ello y de conformidad con lo previsto por la LCQ 3- 4°, por tratarse de una sociedad extranjera *in fraudem legis* corresponde que entienda en su proceso de quiebra el juez del lugar de su establecimiento principal.

CNCom, Sala E (Integrada), 13/12/2017, "Compañía General De Negocios (Uruguay) Saife s/ Quiebra S/Incidente De Incompetencia Territorial Internacional".

4. Competencia. Pedido de Quiebra. Sociedad Extranjera con objeto destinado a cumplirse en la República (LGS. 124).-

El "principal objeto", al que alude la LGS. 124 es la actividad concreta y primordial que realiza la sociedad. En dicho contexto, "la actividad es la manera a través de la cual la sociedad cumple con su objeto social"; y el principal objeto de una sociedad comercial se cumple en la República cuando la mayor parte de su actividad se desarrolla y cumple efectivamente en ella. (Vitolo Daniel, Sociedades Constituidas en el Extranjero con sede o principal objeto en la República", pág. 51, El Derecho, 2005). En ese contexto la sociedad demandada de quiebra, atendiendo a sus características -principalmente que no puede realizar actividad en su país de constitución (Uruguay) y que no demostró haberla realizado en otro país distinto a la Argentina-, debe ser considerada como una sociedad local por aplicación de la LS 124 (conf. CNCom, Sala A, "Boskoop SA s/ quiebra s/ incidente de apelación" del 18/04/06), sometida, en consecuencia, al contralor de los jueces de esta jurisdicción. Ello, no obstante la forma en que fue inscrita en nuestro país (LS 118), pues si bien no adaptó su inscripción a las normas de la IGJ, claramente se trata de una persona jurídica que no tiene los rasgos propios que se le asignan a la figura de sucursal. En efecto, se ha dicho sobre el particular que una sucursal se caracteriza, entre otras cosas, por ser una "mera descentralización administrativa de la matriz" (Roitman Horacio, "Ley de Sociedades Comerciales" tomo II, pág. 792, La Ley y jurisprudencia allí citada) y en el caso no existe una casa matriz o central de la cual dependa la sociedad inscrita en nuestro país.

CNCom, Sala E (Integrada), "Petroex Uruguay S.A Le Pide La Quiebra Banco General De Negocios Sa Y Otro".

5. Competencia. Modificación del Domicilio Social antes de la presentación en concurso.-

Las normas atributivas de competencia concursal y especialmente la que determina la competencia del juez del domicilio inscripto de la persona jurídica (art. 3, inc. 3°, LCQ), han

sido pensadas para la protección de los acreedores y de los intereses públicos y privados que convergen en los procesos concursales. De ahí que el cambio de domicilio engañoso para acudir a una jurisdicción distinta y quizás distante de los domicilios de los acreedores, obstaculizando el ejercicio de sus derechos, o para eludir la competencia de determinados tribunales direccionando la causa hacia otros juzgados, como modo de modificar la competencia del juez natural, representa un fraude (conf. Prono, R., Competencia territorial concursal – algunas cuestiones de actualidad, LL 16.7.16, cap. V). (...).

En Derecho Concursal, la cuestión es conocida como creación de “domicilio ficticio” y a ella ha hecho referencia reiteradamente la doctrina y la jurisprudencia para restituir la competencia al juez natural cuando se ha trasladado el domicilio inscripto a otra jurisdicción al solo efecto de dificultar la acción de los acreedores, o para eludir la competencia de determinados tribunales. (...).

Se trata, en todo caso, de una aplicación del principio de la realidad del domicilio que la doctrina se ha encargado de destacar (conf. Zaldívar, E. y otros, “Cuadernos de Derecho Societario”, Buenos Aires, 1973, t. I, p. 228, nº 15), y que surge como respuesta a la necesidad de prevenir las consecuencias que nacen cuando los estatutos fijan un domicilio totalmente simulado y ajeno a la labor de administración y dirección del ente (conf. Spota, A., “Tratado de Derecho Civil – Parte General”, Buenos Aires, 1951, t. I, vol. 3-3, nº 1251; Borda, G., “Tratado de Derecho Civil - Parte General”, Buenos Aires, 2006, ps. 337/338, nº 368).-

CNCom, Sala D, 27/12/2016, “Oíl Combustibles S.A. s/concurso preventivo”.

6. Competencia. Modificación del Domicilio Social antes de la presentación en concurso.-

Conforme fue reiteradamente sostenido por nuestro más alto tribunal, no corresponde tener por válido el cambio del domicilio social mediante una nueva inscripción en otra jurisdicción, efectuado inmediatamente antes de iniciar el concurso preventivo cuando con ello se altera el sentido mismo de la legislación, creando un domicilio legal que no se corresponde con la realidad de la actividad económico comercial de la sociedad en concurso (CSJN in re “Frigoríficos Mediterráneos S.A.I.C.I.F.A.” del 01.01.85; id. id. in re “San Nicolás Refrescos S.A. s/ pedido de quiebra por Lucro Hilario Federico” del 27.10.88; id. id. in re “Trillagro S.A. s/ pedido de quiebra por Finagri S.A.” del 09.04.91; id. id. in re “Salto Grande Automotores S.A. s/ quiebra” del 10.08.95; id. id. in re “Tubos Prodinco S.A. s/ concurso preventivo” del 14.02.06).

CNCom, Sala B, 24/06/2013, “Expreso Uspallata S.A. S/Concurso Preventivo s/ incidente de incompetencia y oposición a medida cautelar por Andesmar”

7. Competencia. Modificación del Domicilio Social antes de la presentación en concurso.-

Sabido es que el juez competente para entender en el caso de concurso de personas de existencia ideal de carácter privado regularmente constituidas, es el del lugar del domicilio social inscripto (LCQ: 3:3, art. 5, art. 11 inc. 2 Ley General de Sociedades). En el caso el actual domicilio inscripto por la concursada se encuentra en la ciudad de Salto, Provincia de Buenos Aires y de ello se sigue que parecería resultar competente para entender en el presente concurso la Justicia Civil y Comercial de Mercedes (art. 3 inc. 3, ley 24.522). No obstante, no puede soslayarse que el cambio de domicilio de la sociedad fue efectuado meses antes a la presentación en concurso de la sociedad. Ello así, con más otros elementos de entidad que emergen de las constancias de la causa, tornan aconsejable apartarse de las normas de competencia arriba señaladas. (...).

Pues no torna verosímil la justificación del cambio de domicilio de la sociedad máxime cuando además como dato llamativo también se modificó el nombre originario de la sociedad con fecha próxima a la presentación en concurso. En el marco apuntado, la conducta desplegada por la convocatoria permite presumir una actitud societaria orientada a soslayar la acción de los acreedores, por lo cual cabe prescindir de las normas legales que rigen y asignan competencia al domicilio social.

CNCom, Sala F, 22/11/2016, “Ciexai Eventuales S.A. s/ concurso preventivo”.-

8. Competencia. Pedido de Quiebra. Sociedad de Hecho.

Procede revocar la resolución mediante la cual el magistrado se declaró incompetente para intervenir en el pedido de quiebra a una sociedad de hecho. Ello por cuanto, las personas no constituidas regularmente, carecen de domicilio registrado por no estar inscriptas o, en su caso, por no haberse completado el iter de registración. Por lo tanto, en supuestos como el que aquí se trata, a los efectos de la competencia, el domicilio determinante es, en primer lugar, el social y, únicamente en defecto de éste último, para casos en los que no puede determinarse su sede (lugar donde dirige sus negocios), se fija, como elemento relevante, el establecimiento o actividad principal -LCQ 3, 4º. Por lo tanto, en supuestos como el que aquí se trata, a los efectos de la competencia el domicilio determinante, es, en primer lugar, el social y, únicamente en defecto de éste último, para casos en los que no puede determinarse su sede (lugar donde dirige sus negocios), se fija, como elemento relevante, el establecimiento o actividad principal.

CNCom, Sala A, 18/09/2018, “Morales Carlos - Felahuer Anildo (S.H.) S/ Le Pide La Quiebra Obra Social Del Personal Grafico”

9. Competencia. Pedido de Quiebra. Deudor Persona Física. Carácter de socio o director.

El art. 3, inc. 1 de la Ley 24.522 establece como principio que será competente para entender en la quiebra de personas de existencia visible el juez del lugar de la sede de la administración de sus negocios, y sólo a falta de éste el correspondiente al de su domicilio, lo cual se fundamenta en el carácter publicístico del procedimiento en aras a la protección del correcto ejercicio de los derechos de los acreedores, y de los múltiples intereses de las partes (C.S.J.N., en autos “Gowland Carlos Luis s/ quiebra del 31/05/2005, Fallos: 328:1797). Asimismo, el máximo Tribunal tiene resuelto que la referencia “lugar de la sede de administración de sus negocios” debe entenderse como no relativa a los concursos de los no comerciantes (C.S.J.N., 13/06/1985, ED, t. 115, p. 312). Por lo tanto, si no se demuestra la calidad de comerciante, corresponde aplicar la última parte de la norma antes referida, para establecer la competencia (Conf. esta Sala 27/04/2010, “Piccinali Rubén J. s/ ped. de quiebra por Piccolo Silvia E.”; íd. 11/05/2010, “Marshall Juana Magdalena s/ pedido de quiebra por Mikom S.A.”). Tal parece ser el caso de autos, donde no ha sido debidamente acreditado tal carácter, sin que ello pueda necesariamente derivarse de la mera inscripción en la AFIP o de la circunstancia de que el presunto deudor hubiere sido presidente o socio gerente de las sociedades, por cuanto lo cierto es que el ser socio o administrador de una sociedad no convierte a esa persona en comerciante (cfr. CN. Com., Sala E, 16/07/2004, “González Urrutia José s/ pedido de quiebra por Ybarra Edeberto”; íd., Sala A, 02/03/2010, “Lucione Patricia Inés s/ concurso preventivo”); carácter que se adquiere por el ejercicio de actos mercantiles por

cuenta propia y en forma habitual (cfr. esta Sala, 02/08/2012, “Pérez D’Esposito Viviana Claudia s/ pedido de quiebra por Azzi Carlos Maria”).

CNCom, Sala F, 12/07/2016, Gómez, Damián le pide la quiebra a Guibert, Mario Guillermo y otro.-

10. Competencia. Deudor Persona Física. Carácter de socio o director. Sede de los Negocios.-

La demandante invocó la calidad de comerciante del supuesto deudor para justificar la competencia de este Fuero, en razón de que era en esta jurisdicción donde se encontraba la sede de una sociedad anónima de la cual aquél habría sido director. Pero ello no alcanza para asumir que el demandado haya tenido o tenga actualmente la sede de la administración de sus negocios en esta Ciudad Autónoma de Buenos Aires. La propia recurrente adjuntó a su memorial transcripción de un informe relativo a la persona cuya falencia solicitó que fue obtenido de la base de datos de una empresa de archivo de información patrimonial y crediticia y de ese informe se desprende como domicilio fiscal del supuesto deudor uno ajeno a esta ciudad, mientras que también muestra como actividades de aquél la de prestación de servicios de asesoramiento, dirección y gestión empresarial, consignándose como principal la actuación en la categoría de integrante de órgano de administración y/o fiscalización en sociedades anónimas. Nótese que el domicilio que se lee en dicho informe respecto de la mencionada persona —cuando describe su participación societaria— es en Villa Maipú (o sea, Prov. de Buenos Aires), sin perjuicio de indicar como su domicilio especial el de la sede de la sociedad anónima.

Concurren todos los extremos de hecho descriptos para concluir, con los elementos con que se cuenta, que no es válidamente posible tener por cierto que el emplazado tenga —o haya tenido— en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires la sede de la administración de sus negocios. Ello no se ve desmentido por la circunstancia de que haya podido constituir domicilio en esta ciudad en su rol de director de la aludida sociedad, ni por las demás contingencias aludidas en el memorial.-

CNCom, Sala C, 18/08/2016, “Hostache, Damián M. le pide la quiebra a Lebe S.A”.

11. Competencia. Deudor Persona Física. Carácter de socio o director. Sede de sus negocios.-

En tanto existe una razonable duda respecto a la efectiva sede de sus negocios, dicha situación motiva la aplicación del segundo criterio de atribución que impone LCQ 3, es decir, que la competencia del juez se rige por el lugar del domicilio del presunto deudor (v. CNCom, Sala E, "Molinas Fernando Horacio le pide la quiebra Gambarin Norberto Gabriel" del 5/12/14). El hecho de detentar el demandado el carácter de socio gerente de dos sociedades no permite inferir que el domicilio social de éstas sea la sede de su administración (Conf. CNCom, Sala B, "Martínez Ernesto Martín s/ pedido de quiebra por Cooperativa Concred de Crédito y Vivienda Ltda" del 12/6/09).

CNCom, Sala E, 19/09/17 “Fernández Christian Norberto Le Pide La Quiebra Fernández Rivero).-

12. Asamblea. Impugnación. Ratificación de presentación en concurso. Derecho a la información del accionista vs. Intereses de los Acreedores y Conservación de la Sociedad.-

La peculiar naturaleza de la decisión social referida al cumplimiento del art. 6 LCQ, alcanza proyecciones externas que exceden con mucho los intereses individuales y el atribuido a la sociedad demandada. En efecto, la resolución de continuar la tramitación del concurso preventivo (...), en atención al grado de avance de ese proceso, ha colocado actualmente en un segundo plano los defectos que pudieran haber sido eficaz fundamento de la invalidez argüida. Téngase en cuenta que se han incorporado al debate -como consecuencia necesaria de esta decisión que no puede ignorarse- otros intereses diversos que son los que asisten a los acreedores concursales. La apreciación de esos intereses, derechos y facultades debe hacerse a través de las reglas que establece el último apartado del art. 16 LCQ: la conveniencia para la continuación de las actividades del concursado y la protección de los intereses de los acreedores (Moro, Carlos Emilio, Cap. XII de la obra de Cámara, Héctor, El concurso preventivo y la quiebra, E.E. Martorell –director-, Lexis-Nexis, Bs. As., 2004, p. 449). Un primer aspecto, entonces, conduce a examinar cuál sería la consecuencia de admitir el planteo de nulidad, claro está, si se estimara vulnerado algún derecho –en el caso el de información- del socio impugnante. Evidentemente la declaración de la nulidad de la decisión de continuar el proceso concursal (art. 6 LCQ), impondría estimar incumplido ese requisito, con el efecto de operarse de pleno derecho la cesación del procedimiento, asimilable al desistimiento de la petición, que podría derivar en la quiebra de la sociedad si hubiera pedidos de quiebra en trámite, a la vez que determinaría la imposibilidad de una nueva presentación durante el plazo de un año. En otros términos, el fracaso de la vía preventiva así supuesto afectaría directamente a la sociedad y sus acreedores y mediatamente a sus integrantes.

La incorrecta valoración de las presunciones que demostrarían la vulneración del derecho a la información que constituyó el restante basamento de los agravios, carece en esta causa de la centralidad que pretendió asignarle el apelante, pues aunque el derecho de información sea considerado como inderogable, de orden público o no, o bien se lo conciba como un derecho disponible, la decisión de continuar el trámite en sede concursal resultó formalmente adecuada y, por consecuencia, justificó su avance. Admitir la pretensión impugnatoria significaría frente a ello instalar a los acreedores sociales en situación de desprotección, evaporando la cobertura concursal diseñada para la tutela de sus intereses y los de la propia entidad concursada.

Debe quedar en claro que no desconozco que la sentencia revisada juzgó que el derecho de información del actor fue desconocido, pero el contexto fáctico y jurídico que el proceso ofrece, junto con los derechos relacionados imponen una solución heterodoxa. Por lo demás, cualquier daño causado al socio impugnante podrá resarcirse, si así se estimara pertinente, por la vía que contempla el art. 157, LGS. Por ese motivo, y también para evitar la introducción en el cauce concursal de equívocos elementos de ponderación a los fines de la obtención de las mayorías legales para acceder al acuerdo y su homologación, creo atinado mantener la decisión social cuestionada. Debo destacar que la conservación del acto jurídico ni la estabilidad de las decisiones sociales resultan aquí dirimientes, sino que son simples elementos de juicio que corroboran la decisión que propongo. Acaso sería más oportuno referir al principio de conservación de la sociedad que, como es generalmente aceptado en la interpretación más usual, deriva de la regla del art. 100 LGS, aunque en este caso en su redacción originaria.

CNCom, F, 2/5/2017, “Storey Andrés Eduardo c/Andbrava SRL s/Ordinario”,

13. Asamblea. Impugnación. Legitimación de la fallida.-

De la norma contenida en el art. 110 de la LCQ, resulta -en principio- la pérdida de legitimación procesal del fallido. Sin embargo la ley 24.522 puso de manifiesto la ampliación de supuestos de esa limitación, pudiendo ceder tal restricción, en los casos en que la ley le acuerda esa

facultad cuando se torna necesaria para la mejor defensa de la masa o cuando el fallido debe defender su interés subjetivo o bien -en general- cuando su actuación no enerve la efectividad de la liquidación concursal (CNCom. esta Sala in re "Negro, Celia s/ quiebra s/ incidente de revisión promovido por la fallida al crédito de Asltschuller de Strauch, Ana", del 15.10.01; id. in re "Guix, Alberto Damián s/ quiebra s/ incidente de verificación de crédito promovido por Egues de Grandi, Beatriz y otros" del 25.10.02; id. in re "Noel Martín Benito y otros c/ Romero Julio y otro s/ordinario" del 28.04.03).-En tal inteligencia la posibilidad de cuestionar la validez de una asamblea de accionistas -y la prueba producida para obtener la sentencia pretendida- encuadra dentro de la autorización conferida en el párrafo segundo del art. 110 de la LCQ, que es una facultad otorgada a aquél para la protección jurídica de sus intereses. Así resulta procedente admitir la intervención de la fallida en la causa, cuando -como señala la sindicatura- el objeto del reclamo tiende en definitiva a proteger también los intereses de los bienes de la quiebra.-

CNCom, Sala B, 23/10/2014, "Otaño Moreno Luisa Maria s/ quiebra c/ La Luisa de Suipacha S.A. s/ordinario".-

14. Asamblea. Impugnación. Legitimación Acreedor verificado.-

La posibilidad que terceros ajenos a la sociedad puedan pedir la nulidad de una decisión asamblearia, si bien no está contemplada en el art. 251 LGS, con sustento en el art.1071 CC -vigente al momento de la traba de la litis- se ha admitido de forma excepcional para ciertos acreedores, que son los terceros con un interés concreto, pero además éstos tienen las acciones del derecho común contra las consecuencias de las decisiones asamblearias, (Otaegui Julio, Invalidez de actos societarios, pág.423, Abaco; Halperín Isaac, Sociedades Anónimas, pag.653; Verón Alberto V., "Sociedades Comerciales"; t.3, pág.925). Ahora bien no debe perderse de vista que a partir del precedente "Vistalba SA y otros c/ Banco de Galicia y Buenos Aires" (CNCom, sala A, 11/12/196 LL-1987-B-346) se considera que en este tipo de procesos, se aplica también la regla general que afirma que no puede iniciarse una acción cuya finalidad es la nulidad por la nulidad misma (vide Nissen Ricardo Augusto LL1987-D-1173, sec.doctrina). Todo impugnante debe demostrar la afectación al interés social, entendiendo por tal el "interés objetivo común a los socios conforme al fin social y en un momento histórico dado" (Halperin Isaac , RDCO, 1972 pág.611, Odriozola Carlos JA-1973-249 Secc. Doctrina; Otaegui Julio C., Administración Societaria, pág.63, Abaco) y no solo de un interés subjetivo en concreto (Cód. Comercio Comentado, T.III, Dir. Roullión, pag.626; Nissen Ricardo A., Impugnación Judicial de Actos y Decisiones Asamblearias, pag.132, Depalma), y tratándose de un tercero si bien la admisión no es uniforme (Vítolo Daniel R, Sociedades Comerciales, T.IV, 287) se consideran que debe probar estos requisitos, y además señalar qué daño -aún de rebote- le ocasiona tal decisión, o "los efectos ulteriores de tal decisión" (Nissen Ricardo A., Impugnación Judicial de Actos y Decisiones Asamblearias, pag.132, Depalma; Verón Alberto V., "Sociedades Comerciales"; t.3, PÁG.925; Cód. Comercio Comentado, T.IV, Dir. Roullión, pag.627). Y podemos agregar además que bien puede señalarse por qué motivos constituye la vía adecuada, la más idónea, lo única o la mejor vía que las demás ordinarias que posee como cualquier acreedor, pues en principio él, como sujeto externo de la sociedad tiene la protección primaria de la inoponibilidad del acto.-

Cámara Segunda de Apelaciones Civ y Com. De Paraná, Sala III, 31/05/2017, "El Palenque S.R.L c/ Ultra Grain Compañía Cerealera S.A. S/ ordinario (conc. y quiebra)"

15. Asamblea. Ratificación de Presentación en Concurso (LCQ: 6). Recaudos. Herederos del Socio fallecido.-

Procede confirmar la resolución que rechazo la apertura del concurso preventivo de la sociedad reclamada. Ello así cabe señalar que la LCQ 6 dispone que tratándose de personas de existencia ideal, la apertura debe solicitarla el representante legal, previa resolución, en su caso, del órgano de administración, debiendo acompañarse dentro de los treinta (30) días de la presentación, constancia de la resolución de continuar con el trámite, adoptada por la asamblea, reunión de socios u órgano de gobierno que corresponda, con las mayorías necesarias para resolver asuntos ordinarios. Entonces, tratándose, como en el caso, de una sociedad anónima, el pedido de apertura del concurso preventivo debe estar firmado por el presidente del directorio, debidamente autorizado para ello por una decisión previa del órgano de administración. Ello así, en el caso, la pretensa concursada, es una sociedad anónima cuyo paquete accionario aparece registrado en cabeza de un matrimonio habiendo fallecido uno de ellos. En el marco señalado, la socia sobreviviente debió proceder a la convocatoria asamblearia prevista por la LGS 236 para regularizar el órgano de administración de la sociedad satisfaciendo los recaudos exigidos por el ordenamiento legal, los cuales no fueron cumplimentados. Y si bien la posesión hereditaria se adquiere de pleno derecho desde el instante mismo de la muerte del causante (CCCN 2337), la manera legal de acreditar la calidad de herederos del socio fallecido es presentando la declaratoria de herederos emitida en el respectivo juicio sucesorio (conf. arg. Veron, "Sociedades Comerciales", T.", págs. 891 y ss; CNCom, Sala A, 20.09.11, "Alfombras 3020 SRL s/ concurso preventivo"). Ergo, hasta tanto aquéllos no ostenten título para ejercer o pretender derechos de socios, su lugar debe ser ocupado por la sucesión en su representación. En suma, la sociedad solo puede reconocer legitimación como nuevo accionista en reemplazo del socio fallecido al heredero declarado judicialmente, luego de que el juez de la sucesión ordene la inscripción respectiva en el registro de accionistas (CNCom, Sala A, 14.04.11, "Fatracco de Vázquez Adela c/ Vázquez SACI e I").

CNCom, Sala A, 31/05/16, "El Sembrador S.A s/ Concurso Preventivo".

16. Concurso Preventivo. Requisitos para la Apertura. Regularidad Societaria.-

Lo que hace que una sociedad sea regular es la inscripción del estatuto en el registro público y no la de sus posteriores modificaciones. Es decir que la falta de registración de una modificación estatutaria no convierte a la sociedad en irregular. No obstante ello, y de acuerdo con la regla que la misma normativa establece para las sociedades no constituidas regularmente, éstas igualmente deberán acompañar los instrumentos modificatorios que aún no estuvieran inscriptos. Es decir que la falta de inscripción del aumento de capital no es obstáculo para el acceso a la solución concursal siempre que la decisión asamblearia que incrementó el capital social esté debidamente informada al petionar la apertura del concurso preventivo.

CNCom, Sala E, 21/04/17, "Austral Construcciones S.A. s/ Concurso Preventivo".

17. Concurso Preventivo. Requisitos de Apertura. Regularidad Societaria.-

Se ha dicho, en relación a la sociedades -conforme la LCQ 11- y otras personas jurídicas que, la ley exige que se adjunten los instrumentos constitutivos y los modificatorios, empero la doctrina entiende que ello no puede interpretarse estrictamente (Cámara, El concurso

preventivo y la quiebra, vol. I, pág. 406; Quintana Ferreyra, Concursos, T. 1. comentario al art. 11, pág. 163, cfr. citas en "Concursos y Quiebras", Comentario Exegético de la ley 24522 y jurisp. aplicable de Santiago C. Fassi y Marcelo Gebhardt, 6ta edic, Editorial. Astrea). Es claro que la designación o cesación de los administradores no constituye una modificación del contrato social en los términos de la ley 19550: 12, por que la remisión que hace el art. 60 de ese ordenamiento sólo provoca la inoponibilidad del cambio de los integrantes del órgano gestor. Tampoco la sociedad regular pierde su calidad de tal porque sus modificaciones posteriores al contrato social no hayan sido inscriptas.

CNCom., Sala F, 7/07/16, "Compañía Neolatina SA. s/ Concurso Preventivo".

18. Pedido de Quiebra. Citación LCQ: 84. Sede Social Inscripta.

Sabido es que, en materia de sociedades comerciales, el domicilio social inscripto constituye un domicilio legal en el que resultan válidas y vinculantes para la sociedad todas las notificaciones efectuadas en la sede inscripta (LSG 11-2º *in fine*). De ahí que la notificación efectuada en el domicilio social inscripto es válida a los efectos de la LCQ 84, pues aquella tiene el efecto vinculante que prescribe a su vez el CCCN 153 (cfr. CNCom. Sala E, "Denbau SA s/ le pide la quiebra (Prisma Construcciones SA)", del 23.5.14; *íd.* Sala D, "Nadal Toledano e Hijos SA s/ pedido de quiebra por Ozan Sandra Fabiana", del 22.9.06). Pretender -así- que el peticionario de la quiebra, aparente titular de un crédito laboral con sentencia a su favor, encare dichas medidas de ubicación de la sociedad deudora, provocaría innecesariamente la demora del curso del proceso, pudiendo posibilitarse el agravamiento de la insolvencia. Así, cumplida la notificación del emplazamiento en el domicilio social inscripto de la presunta deudora, no resulta ajustado, conforme al estado de la petición falencial, disponer diligencias alternativas.

CNCom, E, 30/09/16, "Sal Nave SA, Le Pide La Quiebra Aguiar Gerardo David".

19. Pedido de Quiebra. Citación LCQ: 84. Sede Social Inscripta.

Procede revocar la resolución que rechazó el pedido de notificar el emplazamiento previsto por la LCQ:84 al domicilio social inscripto del presunto quebrado, librando la cédula con carácter de "constituido". Pues en materia de sociedades comerciales el domicilio social inscripto constituye un domicilio legal en el que resultan válidas y vinculantes para la sociedad todas las notificaciones efectuadas en la sede inscripta (artículo 11, inciso 2 *in fine*, LGS). Tiene dicho esta Sala que la norma citada consagró una prerrogativa en favor del tercero, esto es, la posibilidad de notificar a la sociedad en la sede inscripta de manera vinculante para ésta (CNCom, esta Sala, "Coop. de Seguros Ltda. Seguridad c. Rubio, Antonio C. y otro s/ ordinario", del 12/08/1998; *íd.*, *íd.*, "Bayer Argentina SA c. Yedinol SACIFIA s/ ejecutivo", del 09/03/1999; *íd.*, *íd.*, "De Raíces SA s/ quiebra" del 22/04/2005; *íd.*, *íd.*, "Agroversatil SA" del 22/04/2008). No se soslayan las diferencias con el *ad litem*, pero, en el marco referido, el domicilio legal debe ser asimilado con el que la Corte Suprema de Justicia ha calificado como "constituido" a los efectos de la confección de la cédula de notificación (Acordada 22/91); interpretación que resulta más acorde con los efectos vinculantes que la ley ha otorgado (CNCom, Sala E, "Players Development SA c. Rodríguez Patricio J. s/ ejecutivo" del 13/11/2015; *íd.*, Sala A, "BCA Trading Co. SA s/ le pide la quiebra Pesquera Cruz del Sur SA", del 25/10/2011).

CNCom, Sala B, 28/06/2018, "Belimo S.R.L le pide la Quiebra Valvtronic S.A.".-

20. Extensión de Quiebra. Vinculación Societaria.-

Se encuentra configurada, en el caso, la causal de la ley 24522: 161-3º. (En igual sentido, CNCom, Sala E, "Bulonera San Martín SA c/ Armecca SA s/ Ordinario", del 4/07/08; Sala C en "De Carlo,

Norma c/ Jesús y Cervetto SH s/ Ordinario", del 6/11/07). Ello por cuanto se encuentra probada: (i) una gestión promiscua del patrimonio; (ii) la similitud entre los objetos de ambas sociedades; (iii) el hecho de que los bienes muebles de una se encontraban en la sede de la otra; (iv) que en la constatación llevada a cabo en la sede de una sociedad la funcionaria fue atendida por empleados de la otra; (v) que intervino en la confección de ambos estatutos el mismo contador; (vi) que ambas sociedades compartían algunos clientes/ proveedores; y (vii) el vínculo marital entre el socio gerente de una y la socia gerente de la otra.

CNCom, Sala F, 19/12/17 "Demont SRL S/ Quiebra C/ Tegnus SRL Y Otros s/ Ordinario"

21. Quiebra. Socios de la Fallida. Efectos.-

En las sociedades por acciones y de responsabilidad limitada no quiebra más que la sociedad, porque el patrimonio social es exclusivamente de la persona jurídica, sin nexo alguno con el de los socios. Así, de las obligaciones sociales no responde más que la sociedad y exclusivamente con su propio patrimonio. Los accionistas y los socios de la sociedad de responsabilidad limitada, no pueden quedar afectados por la quiebra de la sociedad bajo ningún aspecto: se trata de resinter alios (conf. Provinciali, R., Tratado de Derecho de Quiebra, Editorial AHR, Barcelona, 1959, T. III, pág. 261, n° 443).

CNCom, Sala D, 5/9/16, "Cicccone Calcografica S.A. s/ Concurso Preventivo s/ Incidente Transitorio.-

22. Salvataje. Tercero Inscripto. Exclusión de Socios.-

Si bien el registro previsto por el art. 48, inc. 1º, de la ley 24.522 (texto según ley 25.589) está abierto in genere a "...los acreedores y terceros interesados...", no es verdad que no existan exclusiones tácitas. Por el contrario, las hay de tipo subjetivo que resultan de las reglas de la lógica y de la sistematización jurídica. Al respecto, la doctrina ha sostenido, por ejemplo, que no pueden inscribirse para participar en el "salvataje" los directores, gerentes, administradores o síndicos de la sociedad concursada (conf. Rivera, J., Derecho Concursal, Buenos Aires, 2010, t. II, p. 394; Di Lella, N., Concurso preventivo, Tucumán, 2015, p. 1090), pues es un contrasentido que los sujetos que la llevaron al estado de cesación de pagos, pretendan presentarse en el salvataje y obtener de los acreedores sociales las conformidades necesarias para que le sean transferidas la totalidad de las participaciones sociales (conf. Junyent Bas, F. y Chiavassa, E., El salvataje de la empresa, el cramdown en la ley 25.589, Buenos Aires, 2004, p. 188). Asimismo, tras la sanción de la ley 25.589 debe entenderse que, como regla, tampoco pueden inscribirse los socios o accionistas de la sociedad sujeta a "salvataje", toda vez que no es razonable que resulten con derecho a adquirir entre sí las acciones o cuotas representativas del capital social, siquiera parcialmente, ya que ello se puede prestar a todo tipo de abusos, resultando asimismo inaceptable que un socio o accionista pueda concurrir a formar la voluntad social la insolvente en orden a la formulación o

negociación de una propuesta de acuerdo y, a la vez, negociar una propuesta diferente por su cuenta (conf. Di Tullio, J.A., Macagno, A. y Chiavassa, E., Concursos y quiebras, reforma de las leyes 25.563 y 25.589, Buenos Aires, 2000, p. 105; Rouillón, A. y Alonso, A., Código de Comercio comentado y anotado, Buenos Aires, 2007, t. I, p. 598, n° 17; Graziabile, D., Cuestiones prácticas del cramdown argentino, en la obra coordinada por Truffat, E. y Molina Sandoval, C., "Dinámica judicial y acciones en las sociedades y concursos", Córdoba, 2007, p. 527, espec. p. 536).

CNCom, Sala D, 19/4/2018, "Oil Combustibles S.A. s/ Concurso Preventivo S/ Recurso De Queja".-

23. Salvataje. Tercero Inscripto. Exclusión de Socios.-

El elemento fáctico de que la titularidad directa e indirecta del capital social de la fallida coincida con la composición de la empresa inscripta en el salvataje, importa a mi modo de ver un típico impedimento para participar en el procedimiento. Es que no es atinado señalar que no existen exclusiones legales tácitas, pues las hay de tipo subjetivo que resultan de las reglas de la lógica y de la sistematización jurídica; así, no pueden inscribirse para participar en el salvataje los directores, gerentes, administradores o síndicos de la sociedad concursada, como tampoco pueden inscribirse los socios o accionistas de la sociedad, ya que puede prestarse a todo tipo de abusos. Con computar los que disponen los artículos 271, 272 y 274 de la ley general de sociedades, se advierte que en materia de responsabilidad de estos funcionarios resulta casi una obviedad que estos pretendan ser los "enmendadores" de los errores que ellos mismos provocaron (Verón, Alberto V., "Salvataje y quiebra", la ley 11/07/2018, la ley 2018-c, 1276; cita online ar/doc/1289/2018).

Juzgado Civil y Comercial 10 de Lomas De Zamora, 01/04/2019, "Organización Coordinadora Argentina S/ Concurso Preventivo (Grande)"

24. Acciones de Responsabilidad. Concursal vs. Societaria. Finalidad

Procede revocar la resolución que tuvo por desistida la acción de responsabilidad societaria y ordenó el levantamiento de la inhibición general de bienes decretada. Ello por cuanto, en el caso, la acción que fue desistida ha sido la de "responsabilidad concursal". Así, el desistimiento de la acción de responsabilidad concursal no conlleva el levantamiento de la cautelar trabada ya que la sindicatura accionante mantiene la acción de responsabilidad societaria contra las personas físicas demandadas. Desde tal sesgo, el dictado de la medida cautelar ha sido sustentada en la LCQ 176 lo que determina que el levantamiento oficioso de la inhibición general de bienes haya sido improcedente, pues esa decisión no se ajustó a los antecedentes de la causa. Corrobora lo expuesto, el hecho de que la propia requirente solicitó la cautelar con el objeto de resguardar los derechos de la quiebra ante la promoción de la acción de responsabilidad societaria contra los accionistas de la fallida imputándoles a éstos haber permitido, prima facie, la desaparición de todo el activo falencial.

A mayor abundamiento, apúntase que la acción de responsabilidad societaria prevista en la LCQ 175 no es una acción autónoma creada por la ley, sino que la finalidad de la misma ha sido la de otorgar al síndico falencial legitimación procesal para ejercer y/o continuar la acción social de responsabilidad de los arts. 274 a 278 LGS (cfr. Cámara-Martorell "El concurso preventivo y la quiebra", T. IV, pág. 369). Súmese a ello, por un lado, que la LCQ 176 ha establecido en lo pertinente que "En los casos de los artículos precedentes, bajo la responsabilidad del concurso y a pedido del síndico, el juez puede adoptar medidas

DECONOMI

precautorias por el monto que determine, aún antes de iniciada la acción..." y, por otro, que la sindicatura requirió la autorización de los acreedores en los términos del art. 119 de la ley falimentaria, debido a la promoción de la acción de responsabilidad por aplicación de la LCQ 173 -extremo que está cumpliendo-.

CNCom, Sala A, 14/06/2018, "Domus Robótica Ambiental SA S/ Quiebra c/ Robótica Sanitaria SA. y Otros s/ Ordinario".

25. Acciones de Responsabilidad. Concursal vs. Societaria. Finalidad y Factor de Atribución.-

La acción interpuesta por los síndicos se fundó en los artículos 59 y 274 de la ley 19.550, y en el art. 173 de la ley 24.522. Ambas acciones (responsabilidad social y concursal de los directores) deben armonizarse pero no confundirse, pues si bien pueden contener el mismo legitimado pasivo, se diferencian principalmente en las conductas reprochables y en el factor de atribución (CNCom, Sala E, "López, Mabel c/ Hapes Farid y otro s/ ordinario, 10-8-09).- Para ello debe meritarse que la promoción de la acción concursal no implica incoar acciones sociales si bien es posible la deducción de ambas pretensiones, pues pueden originarse en los mismos hechos.- Ambas acciones persiguen un resarcimiento, pero la acción concursal tiende a reparar los daños derivados de una acción perjudicial que produjo la quiebra en función de ciertas circunstancias (vgr. la disminución patrimonial o la insolvencia de la sociedad).- La acción societaria, por el contrario, tiende a la reparación de los daños e intereses causados al ente, con independencia de que resultaren o no causa eficiente del daño o hubieran contribuido a la cesación de pagos de la sociedad, o a cualquier débito patrimonial sin causa justificada que la afecte. Por tanto, fácil es advertir la inexactitud del magistrado al sentenciar. Puesto que para condenar a los coaccionados a resarcir por la diferencia resultante entre el pasivo verificado en la quiebra y el monto de la venta de los bienes que componen el activo falencial, el factor de atribución de responsabilidad que debió considerar es el dolo y no la culpa grave; ya que sin dolo no hay responsabilidad concursal.

CNCom, Sala B, 28/06/2013, "Cavanagh y Morixe S.A. s/quiebra s/acción de responsabilidad".-