

## “PRECONCURSALIDAD SOCIETARIA: ¿EXISTE?”<sup>1</sup>

Efraín Hugo RICHARD

La legislación societaria comparada, a la que no es extraña la nuestra, muestra claras normas de prevención de la crisis, basadas en la función de garantía del capital social. Esta es la apertura al análisis de las obligaciones de administradores y socios en la crisis de sociedades, que iremos desarrollando en sucesivas comunicaciones para su abordaje escalonado<sup>2</sup>.

Centramos esta primera comunicación sobre la “preconcurzalidad societaria”, poniendo la atención sobre si el concurso es la “última ratio preventiva”, lo que supone la existencia de otras anteriores, que se encuentran en la ley específica que regula las sociedades.

Para afrontar las crisis de sociedades muchas veces se hace uso de la legislación concursal marginando la que regula a esa persona jurídica privada.<sup>3</sup>

### I – INTRODUCCIÓN.

La doctrina pone de relieve la astucia legal y la estrategia jurídica:

“El sistema legal es una de las condiciones que una empresa en una cualquier plaza utilizará para incrementar su productividad. Tal como señaló Porter ‘las empresas no pueden operar bajo excesiva burocracia regulatoria, que requieren interminables diálogos con el gobierno, ni tampoco pueden operar bajo un sistema judicial que no pueda resolver las disputas de manera rápida y justa’ (1996<sup>a</sup>, 210-211) (...) El enfoque sistémico al derecho y al management explicita el impacto del derecho en las fuerzas del mercado, los recursos de una empresa, y las fuerzas del mercado, los recursos de una empresa, y las actividades que comprenden su cadena de valor. (...) Algunas leyes regulan y constriñen, pero otras permiten y proveen herramientas que los administradores de empresas legalmente astutos pueden usar para administrar una empresa de manera más efectiva. (...) el derecho afecta al ambiente competitivo, a los recursos de la empresa, y a las actividades en su cadena de valor (...) la astucia legal puede ser una capacidad dinámica que ofrezca una ventaja competitiva”.<sup>4</sup>

---

<sup>1</sup> Texto presentado en el marco del X Congreso Argentino de Derecho Concursal VII Congreso Iberoamericano de Insolvencia. Córdoba. Septiembre de 2015.

<sup>2</sup> Conforme el rosario de comunicaciones que presentamos en estos Congresos “EL PRESUPUESTO OBJETIVO EN CONCURSO DE SOCIEDADES: LA CESACIÓN DE PAGOS”, “PRECONCURSALIDAD SOCIETARIA: ¿EXISTE?”, “NORMAS IMPERATIVAS DEL DERECHO SOCIETARIO PARA PREVENIR DAÑOS (art.96 LGS)”; “LA CAPITALIZACIÓN SOCIETARIA COMO PRECONCURSALIDAD” y “Propuestas en concurso de sociedad y el Código Civil y Comercial”.

<sup>3</sup> Con VEIGA, Juan Carlos “EL CONTRADERECHO (EL ABUSO Y EL FRAUDE EN LA HOMOLOGACION DE ACUERDOS CONCURSALES PROPUESTOS POR SOCIEDADES COMERCIALES CON QUITAS), en *Pensar en Derecho*, Nro. 5 Año 3, pág. 257, Buenos Aires, Febrero 2015. Ed. Eudeba, Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires.

<sup>4</sup> BAGLEY, Constance E. “¿Qué tiene que ver el Derecho? Un enfoque sistémico del Management”, traducción autorizada de Sebastián Heredia Querro del artículo de la Profesora de la Escuela de Negocios de Harvard del 10 de abril de 2006.

También puede verse equívocamente como una decisión de esa astucia legal usar el concurso para trasladar los daños de la crisis patrimonial de una sociedad que deberían soportar sus socios a los acreedores.

Por otra parte Ciuro Caldani ha expresado “(...) la vida se desarrolla, de manera consciente o inconsciente, como una gran estrategia(...)una construcción valiosa de la noción de *estrategia jurídica* puede referir a la *ordenación de los medios* para lograr el *objetivo* general de Derecho perseguido. Remitiéndonos dentro de la especificidad de la táctica a la *táctica jurídica* construimos esta noción abarcando los *medios específicos* para el cumplimiento de la estrategia.(...) Según la propuesta de construcción que sostenemos, el mundo jurídico resulta *integrado* en la *tridimensionalidad del mundo político*. El mundo político consta de actos de coexistencia (*dimensión sociológica*) captados por normas (*dimensión normológica*) y valoración por el complejo de los valores de convivencia (*dimensión axiológica*). En una perspectiva más dinámica, se trata de la actividad vinculada al aprovechamiento de las oportunidades para realizar actos de coexistencia captados por normas y valorados por el complejo de valores de convivencia.”<sup>5</sup>

Se explica así que el sistema jurídico es unitario e impone su análisis integral, particularmente ante las nuevas disposiciones del Título Preliminar, en su art. 2º que se refieren a la unidad del sistema jurídico, integrándolo no sólo con normas sino con valores.<sup>6</sup>

“El optar por la naturaleza prudencial del razonamiento jurídico interpretativo, nos pone a cubierto de cierto relativismo en que incurren aquellos que contemporáneamente recurren exclusivamente a la retórica (...) lo retórico implica la necesidad de mostrar la razonabilidad y justicia de la determinación jurídica contenida en la conclusión del silogismo prudencial(...)”<sup>7</sup>

El uso de la legislación concursal se despliega con retórica y justificativos económicos, pero sin análisis del sistema jurídico integral, incluso con prácticas *contra legem*.<sup>8</sup> “¿Está herido el derecho? No como norma, pero sí como precepto rector de la conducta de una comunidad.”<sup>9</sup>

## II – LA PRECONCURSALIDAD SOCIETARIA.

Resaltando la cuestión y transfiriendo decididamente el sistema de preconcursalidad a la legislación societaria, se ha sostenido que “...parece razonable pensar que la quiebra de una sociedad anónima –o limitada o comanditaria por acciones- debería convertirse en una institución residual, ya que el sistema preconcursal previsto legalmente debería ser suficiente para impedir que la sociedad llegase a ser insolvente.”<sup>10</sup>

La legislación societaria opera en el derecho comparado “como un instrumento preconcursal”<sup>11</sup>, “tiene una función *preconcursal* o *paraconcursal*, considerando algún otro considerarla como *anticoncursal*”<sup>12</sup>, y ante los estudios que tratan de rescatar esas normas, desde lo concursal se ha

---

<sup>5</sup> CIURO CALADANI, Miguel Ángel “La recuperación de la aptitud estratégica, una necesidad de la juridicidad actual”, en *Revista de la Facultad de Derecho Universidad Nacional de Rosario Edición Especial 55º Aniversario de la Creación de la Escuela de Derecho*, n° 21 . tomo I, Rosario, República Argentina 2014, pág. 97 y ss..

<sup>6</sup> Nto. “Sobre el título Preliminar del Proyecto de Código Civil” en EL DERECHO 252-diario del 5 de abril de 2013.

<sup>7</sup> VIGO, Rodolfo L. (h.) “La interpretación de la ley como saber prudencial retórico”, en EL DERECHO, tomo 112, diario del 19 de abril de 1985.

<sup>8</sup> Nto. “Insolvencia societaria en el Proyecto de Código”, La Ley tomo 2013-B-diario del 4 de marzo de 2013.

<sup>9</sup> Nto. “La economía del Derecho” en La Ley Actualidad del 18 de abril de 1989, Comunicación presentada a la 7ª. Reunion Conjunta de Academias de Derecho (Córdoba, 10/12 de noviembre de 1988) sobre “Economía y Derecho”.

<sup>10</sup> BELTRAN SANCHEZ, Emilio “La responsabilidad por las deudas sociales de administradores de sociedades anónimas y limitadas incursas en causa de disolución”, en BOLAS ALFONSO, Juan (dir.) *La responsabilidad de los administradores de sociedades de capital*, Consejo General del Poder Judicial, Consejo General del Notariado, Madrid, 2000, p. 133, especialmente a pág. 154 parágrafo “5. Responsabilidad de los administradores por las deudas sociales e insolvencia de la sociedad”.

<sup>11</sup> URÍA, R.; MENÉNDEZ, A. y GARCÍA de ENTERRÍA, J. “La sociedad anónima: disolución” Cap. 4, pág. 1001 en *CURSO DE DERECHO MERCANTIL* dirigido por Rodrigo URÍA y Aurelio MENÉNDEZ, Ed. Civiltas, Madrid 1999, tomo I, especialmente “Las pérdidas graves” págs. 1009 a 1013.

<sup>12</sup> DÍEZ ECHEGARAY, José Luis *Deberes y Responsabilidad de los Administradores de Sociedades de Capital*, 2006, Ed. Thomson-Aranzadi 2ª edición, Navarra. p. 387.

avanzado en las recientes reformas española de la ley de sociedades y la italiana<sup>13</sup>, en una compatibilización que no estamos en condiciones de juzgar. 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 doctrina<sup>14</sup>. Reformas en España, para acelerar el tratamiento de la crisis han tenido que modificar la ley societaria imponiendo la tempestiva apertura del concurso sino se capitaliza la sociedad o se resuelve su liquidación. Pero no alteraría las obligaciones de los administradores y socios, y la consiguiente responsabilidad. No obstante la doctrina sigue manteniendo la existencia de un derecho societario preconcursal.<sup>15</sup>

Recordando algo aparentemente olvidado, se ha dicho “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”<sup>16</sup>, como consagra claramente ahora el art. 2 CCC.

En materia concursal E. Daniel Truffat se ha enrolado en esa posición integradora del sistema jurídico<sup>17</sup>: *“La pérdida de autosuficiencia del Derecho Concursal y su necesaria integración no solo con normas supralegales de base constitucional, sino con el derecho positivo clásico y con los “nuevos derechos” (defensa del consumidor, normas de prevención de origen espurio de los capitales, defensa de la competencia, etc.), impacta radicalmente sobre los criterios y enfoques que deben presidir el “diseño” de cada solución concursal y de los acuerdos que a través del concordato se busquen instrumentar”. (...) Mi generación se formó con ciertas teóricas ideas (que eran más “prejuicios” que auténticas expresiones de racionales) sobre la completividad de tales cuerpos normativos. (...) Claramente se integró el derecho concursal con las normas directrices del derecho civil. (...) En el área concursal los jueces nacionales se encargaron de remarcar que el derecho concursal “no es una isla”. (...) Todo ello con el detalle, tantas veces remarcado, de la “constitucionalización” de las relaciones patrimoniales”*.

Como señaló la jurisprudencia<sup>18</sup> “la suficiente capitalización de la sociedad al momento de su constitución y posteriormente, durante todo el desarrollo de la actividad empresarial es la mejor manera de evitar la insolvencia de la sociedad, atento que ésta cuenta con mecanismos para obtener la

---

<sup>13</sup> STRAMPELLI, Giovanni “Capitale sociale e struttura finanziaria nella società in crisis, en *Rivista delle Società*, anno 57, 2012, luglio-agosto 2012, fascicolo 4, pág. 605, Ed. Giuffrè Editore, Italia 2012, donde se analiza la disposición contenida en el decreto ley del 22 de junio de 2012, n. 83, donde se impone la reconstrucción del capital social o el concurso de la sociedad, en forma similar a lo previsto en la última reforma española.

<sup>14</sup> 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.

<sup>15</sup> FERNÁNDEZ DEL POZO, Luis *Posibilidad y contenido de un derecho preconcursal – Auditoría y prevención de la crisis empresarial (art 209.1.b LSA)*, Editorial Marcial Pons, España Madrid 2001.

<sup>16</sup> 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.

<sup>17</sup> En el VIII CONGRESO DEL INSTITUTO IBEROAMERICANO DE DERECHO CONCURSAL, MEXICO D.F. (MEXICO), 17 a 19 de mayo de 2012, su magistral conferencia con el título “SOBRE LOS CONCURSOS “A MEDIDA”, A LA LUZ DE LA ACTUAL REALIDAD NORMATIVA”

<sup>18</sup> Cám. Trabajo y Minas 4ª Nominación de Santiago del Estero, República Argentina, con fecha 15 de junio de 2005, en la causa “Salazar, Oscar E. c/ Forestal El Milagro SRL”, LLNOA 2005-1446.

financiación interna”, y –eventualmente- la capitalización del pasivo.<sup>19</sup> Se trata ni más ni menos de la función de garantía del capital social adecuadamente resguardada en la legislación mundial<sup>20</sup>.

La preconcursalidad es hoy abordada por especialistas, como forma de paliar la ineficiencia de la legislación concursal, con métodos más inmediatos y de menores costes económicos y sociales<sup>21</sup>. Pero esos especialistas en el derecho concursal suelen no abordar la preconcursalidad prevista en las legislaciones societarias, que tienen soluciones uniformes en el derecho comparado<sup>22</sup>.

*“La sociedad siempre debe liquidarse in bonis. La ley 24522 menciona a los sujetos de los concursos preventivos en la enumeración del artículo 2º, a la que debe agregarse un tipo que son las sociedades en liquidación, conforme artículo quinto (5º) de la misma normativa. Quiere decir que el liquidador de una sociedad está legitimado para hacer todo el procedimiento liquidatorio de los artículos 102 y siguientes de la Ley de Sociedades Comerciales, balances periódicos, etc., y terminar con la inscripción definitiva de extinción social (artículos 111 y 112, LSC) en la medida que le alcancen los bienes para honrar las obligaciones. Todos sabemos que una liquidación societaria se hace de muchas formas, una, dejándola morir. – El capital social tiene la función de garantía. Pero nuestro régimen societario establece, con relación a la sociedad, que el nivel de pérdida del capital se tiene que recuperar mediante el reintegro de los aportes que hacen los socios. Por eso, entonces, es una causal de disolución de la sociedad la pérdida de capital social (art. 94, inciso 5º ley 199550). Como afirma el Dr. Efraín Hugo Richard (con razón), son normas imperativas, indisponibles para los socios según recta interpretación del artículo 99 de la Ley de Sociedades Comerciales, y los liquidadores son responsables solidaria e ilimitadamente de todas las obligaciones que contraigan en tanto y en cuanto no estén enderezadas a la liquidación”<sup>23</sup>.*

Nuestro criterio es que ello ocurre por otorgarse una preeminencia formal a las normas concursales, que son meramente ordenadoras de la concurrencia, por sobre la aplicación de las normas societarias que tienen en sí mismas, o en su congruencia con el sistema normativo general, respuestas preventivas, manteniendo un patrimonio suficiente o adoptando inmediatamente las medidas para ello.

Se trata de tomar conciencia e insistir que la empresa esta normalmente organizada como sociedad<sup>24</sup> y dentro de la regulación de estos centros imputativos debe encontrarse la solución, no en el sistema concursal que implica una simplificación de procedimientos.

### III - LA PRECONCURSALIDAD SOCIETARIA Y NUESTRA CORTE.

Sobre la cuestión de la prevención, pero más precisamente sobre la prevención de las crisis, incluso desde la estrategia unida a las normas jurídicas y los valores, específicamente la preconcursalidad de las normas societarias, arroja luz el fallo de la Corte Suprema de Justicia de la

---

<sup>19</sup> Los profesionales de las ciencias económicas y jurídicas debemos explicar a administradores y socios la función de garantía del capital social y sus obligaciones de, ante su pérdida, de capitalizar o liquidar. Y si no desean capitalizar pero quieren continuar, de la conveniencia de incorporar a acreedores, capitalizando el pasivo. Ello debe estar contextualizado con informarles que de no pueden incurrir en responsabilidades por el pasivo insoluto. Correlativamente, ante la crisis de las sociedades, deben alentar a los acreedores sociales a compartir el riesgo aceptando capitalizar sus obligaciones.

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

<sup>21</sup> PULGAR EZQUERRA, Juana *Preconcursalidad y acuerdos de refinanciación. Adaptado a la ley 38/2011 de 10 de octubre, de reforma de la ley concursal*, Ed. La Ley grupo Wolters Kluwer, Madrid julio 2012.

<sup>22</sup> Nto. “NOTAS EN TORNO A LA PRECONCURSALIDAD SOCIETARIA: UN ESTUDIO COMPARADO”, en Revista de Derecho concursal y Paraconcursal, Editorial La Ley, RPC 20/2014, Reseña Legislativa española y comparada. Madrid 2014, págs.. 423 a 446.

<sup>23</sup> FIORENZA, Alejandro “El fideicomiso ante la insolvencia patrimonial y su liquidación en la ley 24441, ¿es la mejor alternativa?” Segunda parte, en Semanario Jurídico, Fallos y Doctrinas, 6 de marzo de 2014, año XXXV, n° 1945, doctrina pág. 305, especialmente pág. 310.

<sup>24</sup> No se trata de equiparar sociedad con empresa, la primera una institución jurídica en cuanto dotada de personalidad y la segunda una acción o actividad organizativa cfme. nto. “Persona Jurídica y Empresa” en *DERECHO PRIVADO, libro homenaje al Profesor Dr. Alberto J. Bueres*, Ed. Hamurabbi, Buenos Aires 2001 pág. 341.

Nación Argentina del 20 de octubre de 2009, por el cual formula un *obiter dictum* sobre el punto, al acoger planteos de arbitrariedad contra la sentencia homologatoria en el concurso de “Sociedad Comercial del Plata S.A. y otros s/ concurso preventivo”<sup>25</sup>, basado en la afectación del debido proceso y del derecho de propiedad, ordenando que vuelvan los autos al tribunal de origen a fin de que se dicte nuevo pronunciamiento con arreglo a lo resuelto. A través del voto de la mayoría- presenta, en torno a la propuesta de acuerdo abusiva, una concordancia con el precedente “Arcángel Maggio S.A.”<sup>26</sup>.

El *obiter dictum* es expresado contundentemente en un párrafo del voto mayoritario. Es iluminada la afirmación: “El proceso concursal, como última ratio preventiva que procura remediar el estado de cesación de pagos, atendiendo coetáneamente la protección de la empresa y la satisfacción del derecho de los acreedores”.

El calificar al concurso como “última ratio preventiva que procura remediar el estado de cesación de pagos”, reconoce directamente que existen otros remedios para afrontar la crisis en forma preventiva. Atiende fundamentalmente a los recursos societarios para afrontar la crisis que registra imperativamente la ley societaria específica, confirmando nuestra tesis., por lo que el concurso aparece –cuando no se ha intentado previamente aquél- como abusivo. No debe olvidarse que una quita implica un empobrecimiento de los acreedores –como señala la Corte- y un enriquecimiento para el patrimonio social, y por ende de los accionistas– particularmente los de control-<sup>27</sup>.

Se advierte no sólo un *obiter dictum* sino varias aseveraciones sobre violaciones constitucionales, abuso del precio y mala fe que “resultan relevantes en tanto el proceso concursal, como última ratio preventiva”, y las aseveraciones que se desgranar a continuación: “requiere indispensablemente de una absoluta transparencia en los actos que lo conforman y, particularmente, en todo aquello que hace a la captación de buena fe del voto de los acreedores, de manera que no puede convertirse en una carrera de obstáculos para quienes deben concurrir a fin de ejercer sus derechos, en la que se introducen imprevistamente exigencias que no han sido exteriorizadas con la publicidad propia a la naturaleza del andamio, y restringen los medios tendientes a consumir, acabadamente, las facultades inherentes a la decisión de aceptar o no la propuesta”.

Pero el centro de la atención es si el concurso es la “última ratio preventiva”, lo que supone la existencia de otras anteriores soluciones, que sin duda se encuentran en las sociedades en la ley específica que las regula.

Se agregan las referencias al agravio constitucional: “Que, en ese orden, todo aquello que informa al procedimiento previo y tiene como punto culminante la expresión de la libre voluntad de los acreedores reviste una trascendental relevancia, en la medida que constituye uno de los pilares atinentes a la protección del crédito y, como tal, atiende al derecho de propiedad contemplado constitucionalmente (art. 17 de la Constitución Nacional). Estos institutos resultan afectados cuando se implementan arbitrios que persiguen un orden meramente ritual y desvirtúan la posibilidad del ejercicio del derecho a conformar o no el acuerdo, pues en la realidad implica una lesión a la defensa en juicio y al debido proceso (art. 18 de la Constitución Nacional) que arrojaría serias dudas sobre el resultado aparentemente obtenido, situación que no se compadece con aquello que, en forma prístina, el ordenamiento concursal exige”.

Claro que el fallo de la Corte abre la atención a otros dos aspectos: a. la referencia a la prevención de la cesación de pagos, y b) la defensa del derecho de propiedad.

---

<sup>25</sup> S. 620. XLII. S. 467. XLII. RECURSO DE HECHO Sociedad Comercial del Plata S.A. y otros s/ concurso preventivo.

<sup>26</sup> BOQUIN, Gabriela y NISSEN, Ricardo Augusto Nissen “UN EJEMPLAR FALLO EN MATERIA DE TRANSPARENCIA DE LOS PROCESOS CONCURSALES”, en “El Cronista Comercial” del 21 de octubre de 2009, pág. 3.

<sup>27</sup> FUSHIMI, Jorge Fernando – RICHARD, Efraín Hugo “LA QUITA EN CONCURSOS DE SOCIEDADES Y SU TRATAMIENTO FISCAL (y algunos aspectos periféricos)” t. 1 p. 635 de los libros de los Congresos VIIIº CONGRESO ARGENTINO DE DERECHO CONCURSAL VIº CONGRESO IBEROAMERICANO DE LA INSOLVENCIA, Tucumán (R.A.) septiembre de 2012, *POR UN MEJOR DERECHO CONCURSAL*.

#### IV – EL SISTEMA.

El tema está íntimamente ligado a cómo se organiza un sistema jurídico, sea en un sistema de mercado -contratos de cambio- (intereses particulares o concretos), o en un sistema de empresa, con intereses generales comprometidos que halla su expresión en las diversas formas asociativas o en los contratos de organización<sup>28</sup>.

La crisis ha puesto en evidencia las carencias del derecho concursal<sup>29</sup>. Como señalaba Bolaffio al referirse a la quiebra de la quiebra, particularmente cuando se ha perdido el capital social, lo que impide acceder al concurso preventivo en muchas legislaciones. El concurso preventivo o formas similares deben atender la crisis rápidamente.

Es fundamental señalar que su comprobación directa -en nuestro sistema jurídico- es inadmisibles pues importaría una invasión en la esfera jurídica del empresario -"consulta técnica o examen de su actividad económica-, atentando contra la libertad individual y el secreto de los negocios, con inevitable y grave repercusión sobre el crédito y lo cual se presta a infinidad de abusos"<sup>30</sup>.

Esa preservación de la libertad y secreto de los negocios, debe tener como contrapartida el cumplimiento de sus obligaciones en el caso de sociedades, de sus administradores y controlantes. La responsabilidad que se genera (motivo de otra comunicación) actúa como preventiva o disuasiva.

Halperin refiriéndose a la eficacia expresa que "La legislación francesa que responsabiliza al director por el pasivo social, ha sido criticada porque podrá ser eficaz en la pequeña y mediana sociedad, pero no en la gran sociedad, en la que el director generalmente tiene un patrimonio relativamente pequeño en proporción a la importancia del pasivo social. La crítica es exacta si se analiza desde el punto de vista del fin reparatorio total, pero tanto la indemnización que se traduce en el empobrecimiento del director como las consecuencias personales (art. 264 L.S.), satisfacen la función preventiva perseguida por la ley"<sup>31</sup>.

"Muchas otras deficiencias acusa el derecho de la quiebra. La falta de un sistema de detección de dificultades y el retardo en la promoción...traen como consecuencia que muchas empresas soliciten su concurso cuando ya hace tiempo que están en situación desesperante"<sup>32</sup>, y ello acaece por falta de cumplimiento de normas societarias preventivas.

Los medios de tutela no deben ser buscados en la ley concursal, sino en la prevención interna societaria. La cuestión debe ser resuelta en forma práctica y sencilla, advirtiendo que los mayores daños resultan no de la presentación del deudor persona individual sino de la insolvencia societaria.

---

<sup>28</sup> GUAL DALMAU, María Asunción *Las cuentas en participación*, Ed. Civitas, 1a. Ed. Madrid 1993.

<sup>29</sup> PAILLOSEAU, Jean (traducción del francés de Antonio Tonón) *Del derecho de la quiebra al derecho de las empresas en dificultades. O algunas reflexiones sobre el renacimiento (?) de un derecho a la deriva* en R.D.C.O. año 17 pág. 654, específicamente pág. 658 donde cita a otros autores.

ob. cit. pág. 656 con cita de varios autores.

<sup>30</sup> Apoyándonos en la opinión de CAMARA, Héctor *El concurso preventivo y la quiebra. Comentario de la ley 19.551*, Editorial Depalma, Volumen I pág. 244, Buenos Aires 1978.

<sup>31</sup> *Sociedades anónimas. Examen crítico del dt.o. ley 19550*, editorial Depalma, Buenos Aires 1974, pág. 466 nota 243.

<sup>32</sup> PAILLOSEAU ob. cit. pág. 659.

La conservación de la empresa estructurada societariamente es un problema de los administradores y de los socios<sup>33</sup>. Es una cuestión de derecho privado, y así lo remarca el nuevo art. 100 LGS.

Edgard Baracat<sup>34</sup> y Marcelo Barreiro<sup>35</sup>, sin expedirse sobre la cuestión, han reconocido su existencia en nuestros planteos.

El llamado de atención es la prevención, contenido en normas imperativas de la ley de sociedades, particularmente ante la disposición de los arts. 2 y 150 a. CCC, y continua el ingreso al análisis de la llamada “preconcurzalidad societaria”: la detección de esas normas imperativas del sistema de prevención de las crisis, particularmente de las más profundas, pues el derecho concursal debe centrarse en afrontar anticipatoriamente las crisis societarias y no ante su consolidación como es la pérdida del capital social<sup>36</sup>.

No hay duda que la prevención existe en el sistema societario, y es la comunidad jurídica la que debe atender la corrección y alcance del mismo, particularmente para colaborar con la esforzada labor jurisdiccional en los concursos de sociedades para determinar la posibilidad de homologación de acuerdos en los mismos, conforme la previsión del art. 52.4 LCQ.

---

<sup>33</sup> Nto. “La conservación de la Empresa” en Anales de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba tomo XXV pág. 107 y ss. correspondiendo a nuestra comunicación en ocasión de recibir el Premio Academia en el año 1981; “Los administradores societarios y la insolvencia” RDCO n° 203 pág. 553 y ss..

<sup>34</sup> BARACAT, Edgard “EL DESVANECIMIENTO DE LOS PROCEDIMIENTOS ORTODOXOS PARA ABORDAR LA INSOLVENCIA DE LAS PERSONAS FÍSICAS Y EMPRESAS.- ¿UN GIRO DEFINITIVO HACIA EL PRIVATISMO?-, comunicación a Congreso Nacional de Derecho Procesal, donde apunta “Desde otra dimensión (“no concursal”) se plantea por Efraín Hugo Richard la de desjudicializar la insolvencia de los entes societarios.- Señala que los problemas concursales – o de crisis de empresa – no pueden solucionarse siempre dentro de la legislación concursal, y la problemática de la reparación a los acreedores debe ser afrontada integrando el análisis con las normas sobre responsabilidad general contenidas en el Código Civil y las específicas de la ley societaria”.

<sup>35</sup> En el ensayo presentado en el Congreso Iberoamericano de Derecho Concursal de Cartagena 2014.

<sup>36</sup> NTO. “El equilibrio en la legislación societaria y concursal uruguaya: la preconcurzalidad extrajudicial”, en *25 años de la ley de sociedades comerciales. Necesidad de su refojma. Homenaje al Profesor Dr. Siegbert Rippe*, AAVV dirección Eva Holtz y Rosa Piziomek, edición Facultad de Ciencias Económicas y de Administración Universidad de la República, Montevideo 2014, página 415.