

LEGALIDAD DE LA PROPUESTA Y DEL ACUERDO EN EL CONCURSO DE SOCIEDADES Y SU HOMOLOGACIÓN

Dario J. GRAZIABILE – Efraín Hugo RICHARD

Publicado 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.

I. Contenido temático

La doctrina es concordante en que la crisis, especialmente en el caso de sociedades, debe afrontarse lo más tempranamente posible, interna, confidencial, privadamente de ser posible o de no recurriendo al concurso preventivo o al acuerdo preventivo extrajudicial¹. Pero un desencuentro se genera al no distinguir entre el concurso de una persona humana y el de una persona jurídica, particularmente sociedad sujeta a normas específicas y, por tanto, a ciertas complejidades que suelen no abordarse. Esta será nuestra visión en este ensayo.

Muchos de esos desacuerdos doctrinarios, y las continuas reformas a la legislación concursal, se ha acordado en el último Congreso Iberoamericano de Derecho Concursal – Villa Giardino 10/12 de septiembre de 2015- que se generan por una falta de coordinación entre las legislaciones societaria y concursal, y que si esa sistematización –hoy indubitable a tenor del art. 2 del Código Civil y Comercial-, debería empezar por una interpretación congruente de ambas, antes de pensar en una nueva reforma concursal, para determinar claramente que se debe reformar.

La conservación de la empresa, como objetivo para defender el crecimiento económico y los puestos de trabajo, bajo la idea que el bien jurídico tutelado por la legislación concursal es hacer cesar el estado de cesación de pagos o de crisis financiera y/o económica, resulta hoy iluminado por el nuevo art. 100 introducido en la Ley General de Sociedades vigente desde el 1° de agosto de 2015 al igual que el nuevo Código. Este artículo incorpora como necesidad previa a la remoción de alguna causal de disolución –

¹ PACCHI, Stefania “EMPRESA Y CRISIS: EFICIENCIA DE LOS MECANISMOS DE RESOLUCIÓN DE LA CRISIS”, conferencia magistral de apertura del XI CONGRESO IBEROAMERICANO DE DERECHO CONCURSAL, Villa Giardino (Sierras de Córdoba), 10 a 12 de setiembre de 2015. RICHARD, Efraín Hugo “CRISIS ECONÓMICO-PATRIMONIALES DE LAS PERSONAS JURÍDICAS (especialmente societarias) Y EL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL”, en *Derecho Comercial y de las obligaciones (Revista de Doctrina, Jurisprudencia, Legislación y Práctica)*, n° 212 mayo/junio 2015, Edición especial Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires 2015, pág. 613 y ss.

que sin duda en los casos de crisis se trasuntan en el art. 94 inc. 4º y 5º LGS, el dictamen sobre la viabilidad económico y social de la actividad desplegada por la sociedad².

Pero la coordinación de fuentes, del sistema jurídico integral, las referencias generales a la buena fe, el abuso de derecho y fraude a la ley que incorporan el Título Preliminar del Código, impone una nueva visión del sistema concursal –que no puede ser considerado una isla o ley especial-, particularmente frente a la crisis de sociedades, pues el art. 150 CCivCom normando sobre personas jurídicas privadas, determina como normas aplicables a las sociedades en primer lugar las normas imperativas de la ley específica –LGS- y en tercer lugar las normas de las leyes especiales, entre las que sin duda estarían las de la ley 24522 –LCQ- que se consideraran aplicables.

Bajo esta óptica afrontamos la temática de “La legalidad de la propuesta y del acuerdo en concurso de sociedades y su homologación”, que entendemos tiene dos aspectos:

- a) La legalidad en si misma de la propuesta, tanto del órgano que debe proponerla como de su contenido, y
- b) Para su homologación la consideración que en ningún caso implique abuso de derecho o fraude a la ley.

II. Sobre la legalidad formal de la propuesta

El tema ofrece perspectivas diversas en cuanto se trate del concurso de una persona jurídica, particularmente de una sociedad, que tiene una estructura orgánica: ¿Quién o qué órgano debe formalizar la propuesta? El contenido de la propuesta también tiene particularidades, pues una persona humana no tiene otra restricción que las de su propia condición, por lo que no podría proponer por ejemplo la capitalización del pasivo sin formalizar al mismo tiempo la constitución de una sociedad como continuadora de la actividad.

La ley 24.522 y sus reformas es lacónica en torno a ciertos aspectos de la propuesta de acuerdo, limitándose a disposiciones que refieren a deudores concursados, sin detenerse en general a sobre si ellos son personas físicas o jurídicas-, salvo en la necesidad de ratificación de la presentación por el órgano de gobierno –art. 6 LCQ-, y el presupuesto del art. 48 LCQ. Las normas que se concatenan respecto a la propuesta y su homologación son las contenidas en los arts. 43, el 45 - 4º párrafo, 49 y 52. LCQ.

Adviértase que en ningún momento se prevé resolución particular del juez sobre los tres elementos que la integran:

- a) legalidad de la propuesta, en su contenido y por la imputabilidad de la misma a la sociedad concursada;

² La conservación de la empresa es un propósito, pues los socios pueden decidir la disolución de la sociedad libremente –art. 94 inc. 1º LGS, claro que sin dejar deudas, y menos laborales. Por eso se permite el concurso de la sociedad en liquidación, su capitalización sin cambiar ese estado, para cumplir el propósito liquidatorio que es satisfacer el pasivo social. Muchas empresas rentables si son liquidadas abruptamente pueden generar pasivos impensados, pero que deberán ser cancelados pues de no puede surgir responsabilidad a tenor de los arts. 59 y 99 LGS, o dentro de la teoría general de responsabilidad civil de base subjetiva.

- b) presentación y legalidad del “régimen de administración...”,y
- c) configuración del comité de control con aceptación preventiva mayoritaria de acreedores.

En cambio el art. 42 LCQ impone que el juez debe dictar resolución respecto a la propuesta de categorización de acreedores.

Cabe suponer que la judicatura tiene libertad para hacer apreciaciones sobre ello en cada caso, de no deberá hacerlo en el momento de decidir sobre la homologación de la propuesta, para la oponibilidad a todos los intervinientes en este proceso de reorganización del patrimonio del concursado, de intervención múltiple y obligatoria de los acreedores convocados.

El juez debería usar sus facultades de director del proceso tempestivamente para evitar equívocos, pues permitiría que la propuesta fuera formalizada por quién correspondiera y se integrara con los requisitos que exige la ley, integración que no podría acaecer cuando se le somete a homologación, pero que le impone revisar si la propuesta es legal. La decisión tardía de ilegalidad podría frustrar los fines del concurso, al impedir una solución oportuna que no afectara el decurso formal del proceso concursal.

Se ha resuelto que “el control judicial de la propuesta de acuerdo preventivo trasciende la mera legalidad formal, debiendo atenderse a cuestiones que pudieran afectar el interés público y el ordenamiento jurídico en general, ya que de otro modo el sentenciante estaría renunciando a cumplir con los deberes de la función judicial”³. Claro que ello no puede alejar al juez del control formal inicial de la legitimidad e integración de la propuesta, para luego referirse a su contenido y abusividad.

El juez debe ser extremadamente prudente en la evaluación sobre la procedencia del acuerdo considerando que está decidiendo sobre patrimonios ajenos, esto es, el de los acreedores⁴.

1. Órgano legitimado para formalizar la propuesta

En primer lugar el juez debería expedirse sobre si la propuesta incorporada a la causa es imputable a la deudora cuando esta es una sociedad. Ello hace a la legitimación de la persona u órgano que la formalizó –al margen de la representación de quién la haya acercado al juicio universal-, y si aquél órgano de la sociedad tenía competencia para hacerlo.

Miguel RASPALL se ha expedido⁵ marcando la significación de la cuestión. “La propuesta (oferta de acuerdo) implica un nuevo compromiso, una nueva obligación que

³ C.Nac. Com. Sala B 24.11.2005 in re “Ferretería San Telmo S.R.L. JA 2007-IV-síntesis, agregándose “La alusión a la “propuesta abusiva” o en “fraude a la ley” (art. 52 inc. 4º Ley 24522) debe ser evaluada encada caso concreto y desde una perspectiva concursal, no pudiendo ser consideradas las cuestiones generalmente involucradas –cantidad de cuotas concordatarias, quita, espera, tasa de interés- desde el punto de vista meramente matemático ... Al realizarse el control judicial de la propuesta de acuerdo preventivo debe atenderse, entre otros, el principio de conservación de la empresa, cuestión que se proyecta sobre empleados, proveedores y el universo de acreedores”.

⁴ C.Nac. Com. Sala B 16.12.2005 in re PELTZ, Silvia E. s/ quiebra J.A. 2007.IV-síntesis.

asume el deudor con relación a los acreedores en caso que la misma sea aceptada y como tal, quien la formula debe tener la capacidad legal para hacerlo, de tal manera que el acto pueda imputarse válidamente al ente social”, y afronta una cuidadosa investigación recorriendo la opinión de autores clasificando las respuestas, reprochando que “es común ver que en concursos preventivos de sociedades directamente la propuesta la presenta el abogado patrocinante, sin cumplimentar ningún otro recaudo. No es firmada por el representante legal, no se acompañan actas que muestren el tratamiento y aprobación de la misma siquiera por el órgano de administración, etc. Igualmente, frente a determinados tipos de propuestas, no se presenta el acta de reunión de socios o de asamblea que trata la misma y la aprueba por las mayorías legales y estatutarias”. Concluye RASPALL que “Una actuación diligente en esta materia, que...evitará sorpresas desagradables, parte de considerar que no es suficiente con la conformidad o ratificación en su caso, otorgada por el órgano de gobierno con el pedido de presentación en concurso preventivo...”.

Sobre el punto se ha opinado en el Congreso Argentino de Derecho Concursal e Iberoamericano de la Insolvencia de Rosario⁶: “presentar la propuesta de acuerdo a los acreedores, en los concursos de sociedades comerciales, no debe confundirse con su formulación...debe señalarse que la ley concursal dispone en su art. 6 que cuando se trata de una persona de existencia ideal la solicitud de apertura del concurso preventivo la deberá efectuar el representante legal, previa resolución, en su caso del órgano de administración. Pero la resolución de continuar el trámite iniciado que debe presentarse en el expediente dentro del plazo de treinta días de la fecha de presentación, corresponde al órgano de gobierno...A la fecha de la ratificación de la presentación en concurso, el órgano de administración ya debería haber puesto a consideración de los socios la posible propuesta como solución de los problemas patrimoniales de la sociedad, el plan para superarlos y la propuesta que entienden debería formalizarse a los acreedores. Indudablemente se trata de una omisión del legislador, que ya existía en la normativa concursal derogada (Ley N° 19.551), que impone analizar a través de las normas substanciales que órgano puede formalizar para considerar que la propuesta no fue formulada por órgano societario incompetente, y sea imputable a la persona jurídica...Manifestada ya la improcedencia de que la propuesta sea formulada por el representante legal o el apoderado, corresponde establecer cuál es el órgano societario competente para resolver cuál va a ser la propuesta de acuerdo preventivo que formulará la sociedad...No podemos dejar de afirmar que el órgano de administración debe efectuar un análisis pormenorizado de la cuestión...Ese órgano es el que debe convocar, con tales estudios, al órgano de gobierno...Como acertadamente lo señala HEREDIA⁷, citando a

⁵ RASPALL, Miguel *Propuesta de acuerdo en los Concursos Preventivos de las sociedades. Quién es el legitimado, ¿el órgano de administración o el órgano de gobierno?* En Editorial ZEUS, Rosario 25 de febrero de 2008, año XXXV, Revista n° 6 tomo 106, pág. 261.

⁶ BORGARELLO, Luisa Isabel – RICHARD, Efraín Hugo “LEGITIMACIÓN PARA FORMULAR PROPUESTA DE ACUERDO EN EL CONCURSO PREVENTIVO DE SOCIEDADES COMERCIALES” t. 1 p. 763 de los libros del Congreso referido.

⁷ HEREDIA, Pablo, *Tratado exegético de Derecho Concursal. La Ley 24.522 y modificatorias. Comentada, anotada y concordada* tomo 2 arts. 41 a 76, Editorial Ábaco, Buenos Aires julio de 2000, pág. 50.

RAGUSA MAGGIORE, no puede reconocerse en el órgano de administración la facultad de decidir la propuesta de acuerdo, cualquiera que sea su contenido...la decisión...debe emanar del órgano de gobierno de la sociedad ya que deviene una cuestión de trascendencia para el derrotero de la vida societaria. Evidentemente la propuesta debe reflejar la voluntad del concursado y la voluntad del concursado cuando se trata de una sociedad, es la voluntad social...La posibilidad que ante el rechazo de la propuesta por los acreedores o su no homologación por abusiva o ilegal, autorice la aplicación del art. 48 LCQ⁸, de la que puede devenir la transferencia forzada de las participaciones de los socios a terceros, como así también la posibilidad de incumplimiento de las normas societarias sobre la patrimonialización de la sociedad que podría autorizar la acción prevista en el art. 54 *in fine*, LS contra los controlantes abusivos o torpes⁹; el costo impositivo que podría generar una propuesta de quita y espera por la ganancia que genera en el patrimonio de la sociedad y de los socios, impone, en una visión societaria, la intervención del órgano de gobierno de la sociedad para formular la propuesta y el plan que la integra por exigencia legal. Incluso, cuando los terceros acreedores afectados por la propuesta írrita homologada –y que no votaron- intentaran accionar contra los socios de control (art. 54 *in fine* LS), estos podrían sostener que no les es imputable la acción, por no haber intervenido al respecto y corresponder al Juez la homologación de un acuerdo en el que no intervinieron. Algunas opiniones doctrinarias sostienen que bastaría la ratificación por parte del órgano de gobierno de la propuesta de acuerdo preventivo presentada por los administradores¹⁰. Resulta claro que esa ratificación de la propuesta por el órgano de gobierno señala la ilegalidad de la formulada con anterioridad por otro órgano, con los riesgos que importa ante los plazos perentorios para presentar una propuesta válida... resultaría conveniente que la decisión del órgano de gobierno sobre estos temas sea debatida en la reunión o asamblea que debe llevarse a cabo a los fines del cumplimiento del art. 6 LCQ...Esa asamblea autorizaría¹¹ modificaciones de la propuesta que fuere menester efectuar en el desarrollo de la negociación con los acreedores durante el período de exclusividad...”.

El órgano que determina la propuesta hace a la responsabilidad de socios en su caso (arg. arts. 99 y 254 LGS y 167 *in fine* CCivCom).

⁸ RICHARD Efraín Hugo “CRISIS DE SOCIEDADES: ACUERDOS CONCURSALES ABUSIVOS Vs. SOLUCIÓN PRIVADA” en RDCO Julio-Agosto 2006, n° 519, dentro de la 9ª parte: “Pero el enriquecimiento de los socios, la posibilidad que ante el rechazo de la propuesta por los acreedores o su no homologación por abusiva, autorice la aplicación de la legitimación para nuevas propuestas, incluso heterónomas (art. 48 LCQ) de la que puede devenir la transferencia forzada de las participaciones de los socios a terceros”

⁹ RICHARD obra y parte citada en nota anterior “El enriquecimiento de los socios ..., el incumplimiento de las normas societarias sobre la patrimonialización de la sociedad que podría autorizar la acción del art. 54 *in fine* LS contra los controlantes, impone, en una visión más estricta, que la propuesta de acuerdo a los acreedores sea formalizada por el órgano de gobierno de la sociedad”.

¹⁰ GARCIA MARTÍNEZ, R. y FERNANDEZ MADRID, J, *Concursos y Quiebras*, Contabilidad Moderna, Bs.As., 1.976, pág.511; FARINA, Juan M., *Concursos de las Sociedades Comerciales*, Zeus, Rosario, 1.972, T.1, pág. 150

¹¹ RICHARD, “CRISIS...” cit.: “Un primer tema de aplicar el derecho societario a la solución de la crisis, es determinar que órgano de la sociedad debe formalizar la propuesta a los acreedores. Sin duda que ella podría ya formalizarse en el mismo acto que el órgano de gobierno ratifica la presentación en concurso decidida por el órgano de administración”.

2. Existencia de un régimen de administración

En segundo lugar el juez debería expedirse sobre la presentación y régimen previsto en el art. art. 45, 4º párr.. LCQ, en relación a que “el deudor deberá acompañar, asimismo, como parte integrante de la propuesta, un régimen de administración y de limitaciones a actos de disposición aplicables a la etapa de cumplimiento”. Subrayamos la expresión “parte integrante de la propuesta”.

HEREDIA señala que “del art. 45, LCQ, resulta que el deudor *debe acompañar como parte integrante de la propuesta un régimen de administración y de limitaciones a los actos de disposición aplicable a la etapa de cumplimiento, así como la conformación de un comité de acreedores que actuará como controlador del acuerdo, que sustituirá al comité provisorio...*”¹².

2.1. Posición de GRAZIABILE con el régimen anterior

El art. 45, LCQ, en su cuarto párrafo dispone que el concursado, como parte integrante de la propuesta, o como parte complementaria de ésta, debe acompañar un régimen de administración y de limitaciones a actos de disposición aplicable a la etapa de cumplimiento y la conformación de un comité de control. Entendemos que estas dos exigencias legales son obligatorias para el concursado, y su incumplimiento acarrearía la caída del concurso preventivo, por la falta de presentación de la propuesta o, mejor dicho, por su presentación incompleta (doctr. art. 43, penúltimo párrafo LCQ)¹³.

La solución legal resulta coherente, pues se concatena con lo normado por los arts. 15 y 16, LCQ, y el desapoderamiento atenuado, el cual se extiende hasta la conclusión del concurso preventivo del art. 59, LCQ, y luego de la homologación del acuerdo queda regido por el régimen incluido en la propuesta.

Reconocemos que algunos otorgan analogía al sistema ideado por la ley 24.522 con el plan de empresa o de administración como autoplanificadores para superar el estado de cesación de pagos¹⁴, lo cual no creemos que sea así *de lege lata*.

Nos parece bien la presentación del régimen de administración y limitaciones a la disposición de bienes, pero hubiera sido preferible exigirle también al concursado que presente un plan de cumplimiento, el que tendrá mayor importancia para los acreedores al momento de prestar conformidad y para que el juez pueda determinar la factibilidad del acuerdo presentado y así evitarse el abuso del derecho o el fraude a la ley. En este orden de ideas, entendemos que sería necesario que se le exija al deudor que presente no sólo un plan de cumplimiento, en el cual determine por qué ofrece lo que ofrece y de qué manera cumplirá con el acuerdo propuesto, sino un integral plan de empresa, donde constarán

¹² HEREDIA, Pablo D *Tratado exegético de Derecho Concursal. La Ley 24.522 y modificatorias. Comentada, anotada y concordada* tomo 2 arts. 41 a 76, Editorial Ábaco, Buenos Aires julio de 2000, pág. 113, donde remata “A todo ello se ha hecho referencia en el par. 11 del comentario al art. 43, al que corresponde remitir”.

¹³ Conf. VAISER, Lidia. "El 'régimen de administración' en la propuesta de acuerdo: ¿plan de empresa?", LL 1999-D-1073.

¹⁴ RICHARD, Efraín H. - JUNYENT BAS, Francisco - MUIÑO, Orlando, "Salvataje de la empresa: ¿una postulación sin respuesta en la ley concursar?", RDCO 1997-30-525.

planificación, coordinación, control y forma de superación de la crisis empresarial. La presentación de este plan, respecto del cual podrán realizar las consideraciones que se crean convenientes, la sindicatura y el comité de control—en similar forma que el saneamiento empresario, *sauvegarde* o *redressement* francés—, posibilitará al juez concursal resolver sobre la homologación del acuerdo¹⁵. De esta manera se permitirá el establecimiento adecuado de pautas de funcionamiento de la empresa del concursado y de control por parte de los acreedores¹⁶.

Concordantemente con lo expuesto, si para la apertura del concurso preventivo se le exige al deudor que explique la forma en que llegó a la insolvencia, no existen reparos para exigirle al momento de presentar la propuesta que explique la forma en que superará aquella crisis a través del plan de empresa o plan de administración. También sería razonable que con la demanda de concurso preventivo se exija como recaudo que el deudor presente un dictamen realizado por un profesional en administración de empresas sobre la viabilidad, en términos económicos, de la empresa en insolvencia¹⁷. A ello debemos sumarle el hecho de que tampoco corresponde exigirle menos al concursado que lo que se le exige al síndico para el caso de la continuación de la explotación de la empresa en quiebra (art. 190, incs. 4º y 6º, LCQ), es decir que debería el concursado presentar no sólo un régimen de administración, sino que también deberá acompañarlo con un plan de explotación de la empresa, un presupuesto de recursos y la explicación de las reorganizaciones o modificaciones necesarias para hacer viable la continuidad empresarial¹⁸.

En definitiva, la exigencia del "plan" de reorganización o reestructuración empresarial es aquel en donde se establece cómo, cuándo y con qué recursos se superará la crisis patrimonial de insolvencia¹⁹, el cual resulta indispensable para el éxito del sistema preventivo concursal ideado por la legislación nacional, sin el cual sus institutos están condenados al fracaso. Así, un acreedor dudará en aceptar una propuesta de acuerdo si no conoce el potencial que permite recuperar la empresa en estado de cesación de pagos, cómo evaluarán aquellos oferentes en el procedimiento de salvataje la posibilidad de mantener la empresa en marcha para continuar con su explotación; no imaginamos cómo el juez concursal podrá resolver sobre la abusividad de una propuesta sin conocer sobre la viabilidad de una propuesta mejor, y, entre otros casos, cómo podrá imponer el acuerdo a categorías disidentes, sin saber si forzándolos de esa manera la reactivación de la empresa posibilitará que reciban algo más que si deviene la quiebra.

¹⁵ GRAZIABILE, Darío J., "Los vaivenes de la homologación del acuerdo preventivo", ponencia al XXXVI Encuentro de Institutos de Derecho Comercial de Colegios de Abogados de la provincia de Buenos Aires, Mar del Plata, 5 y 6 de diciembre de 2002, y "Acuerdo preventivo. Judicial y extrajudicial", DJ 2003-1-442; RIBICHINI, Guillermo E., "El nuevo art. 52 de la Ley de Concursos y Quiebras", LL del 11/12/2002, con cita de CANDELARIO MACÍAS y MAFFÍA, RICHARD, Efraín H. *Insolvencia societaria* Lexis Nexis, 2007 p. 121.

¹⁶ ESCUTI (h.) y JUNYENT BAS. citados por VAISER, Lidia, "El 'régimen...'", cit.

¹⁷ RICHARD, *Insolvencia* cit. p. 121, TEPLITZCHI, *Categorizaciones...*, cit., p. 65, con cita de las insistentes ponencias de RICHARD.

¹⁸ VAISER, "El régimen...", cit.

¹⁹ TEPLITZCHI, *Categorizaciones...*, cit., p. 67, citando a FARHI DE MONTALBAN, VÍTOLO, MICELLI, entre otros.

De *lege ferenda* y a fin de evitar el abuso del proceso concursal debería exigírsele al deudor que presente el plan de empresa al momento de demanda su concurso preventivo. Es necesario que el juez al abrir el concurso preventivo no solamente analice, la concurrencia de los requisitos formales, verifique que sea sujeto concursable y tenga por reconocida la insolvencia a través de la confesión del deudor, el cumplimiento de los recaudos del art. 11 L.C.Q., sino que también debe resolver sobre la viabilidad de la solución preventiva de la insolvencia. En caso de que ella no fuese viable se deberá transitar el proceso liquidativo falencial, es necesario que en dicho plan quede plasmado el resurgimiento empresarial, proyectando la empresa viable hacia el futuro. En la presentación concursal preventiva el deudor no debe limitarse a hacer un relato histórico de las razones que lo llevó al *default* –así lo exige el actual art. 11 L.C.Q.- sino que además debe hacer una proyección hacia el futuro de cómo pretende superar el estado de cesación de pagos que lo afecta. Dicho plan deberá tener en cuenta la actividad empresarial desde el punto de vista financiero y económico, como desde el de la producción y comercialización. Este plan de empresa, implicaría un presupuesto de recursos y la explicación de las reorganizaciones o modificaciones necesarias para hacer viable la continuidad empresarial. Entiendo que sería necesario que se le exija al deudor que al demandar la apertura de su concurso preventivo presente, no sólo un plan de reestructuración o recuperación de la empresa, sino que además al momento de presentar la propuesta debe exigírsele un plan de cumplimiento, en el cual determine porque ofrece lo que ofrece y de que manera cumplirá con el acuerdo propuesto. Ello, conformará un integral plan de empresa, donde constará planificación, coordinación, control y forma de superación de la crisis empresarial, que debe ser adelantado en la demanda de concurso preventivo²⁰.

2.2. Posición de RICHARD con el régimen anterior y el actual

¿Que es integrar? Conforme el Diccionario de la Real Academia: “Dicho de las partes: integrar un todo. Completar un todo con las partes que faltaban. Hacer que algo pase a formar parte de un todo”. El todo es la propuesta que se integra por varias partes. De no estar integrado, el todo no existe, la propuesta esta insuficientemente formulada y debe ser integrada, o rechazada como tal. La falta de presentación de ese régimen o al no ser imputable a la sociedad, implicaría que no se ha presentado propuesta de acuerdo, al integrarse con el mismo y constituir una unidad.

El tema hace a una visión axiológica del sistema jurídico, conforme el art. 2° CCivCom. Si la sociedad deudora debió expresar en su presentación las razones por las que recurre al concurso preventivo, parecería una incongruencia que allí mismo no anticipara las medidas que ha tomado para atenuar o superar la crisis. Unida a la obligación de los administradores sociales de anticipar el diagnóstico –obligatorio en el

²⁰ GRAZIABILE, Darío J. El plan de empresa y su correlación con la existencia de bienes y actividad de la deudora para presentarse en concurso preventivo Ponencia al VI Congreso Argentino de Derecho Concursal IV Congreso Iberoamericano de la Insolvencia, Rosario, 28 y 29 de septiembre de 2006.

caso de sociedades por acciones: la Memoria anual, que impone diagnosticar sobre las actividades en el año que se inicia-. Conlleva a traer a cuento el tema del “plan de empresa” con cuya consideración se rindió homenaje a Pedro J. FRÍAS²¹, un constante requirente para la sociedad política y empresaria de administradores estratégicos, posición que tuvo el apoyo de JUNYENT BAS y MUIÑO²², recalcando la cuestión, ALBERTI²³ señala “El exigir a los insolventes una concisa exposición de su programa de modificación de la situación empresaria precedente al concursamiento, mediante un plan de aquello por poner en práctica para corregir la pérdida que ha causado los incumplimientos de los pagos, saneará el concurso preventivo de su actual empleo como artificio procedimental destinado simplemente a diferir una fatal liquidación”.

El art. 66 LGS manda cumplir a los administradores con la obligación de "informar en la memoria sobre el estado de la sociedad". La Memoria importa una obligación de los administradores para que "los accionistas de informen adecuadamente no sólo de lo acaecido sino también de lo proyectado por la administración de la sociedad; mediante el uso de esa información, el socio se debe encontrar en condiciones de determinar la congruencia de lo actuado y lo proyectado para la consecución del objeto social, y determinar la posibilidad de acciones de responsabilidad o de impugnación (art. 251 LGS), permitiendo después juzgar si lo actuado fue en cumplimiento de lo comprometido en la memoria, ya que en virtud del principio de veracidad de ella, el apartamiento del camino comprometido permitirá una mejor apreciación sobre el ejercicio de acciones de responsabilidad por mal desempeño del cargo (art. 274 LGS)"²⁴. La omisión de la Memoria implica una violación de la ley de sociedades en su art. 234 inc.1º LGS, por cuanto comporta una falta de integración de la documentación contable obligatoria, explícitamente mencionada en la norma, por lo que "ni la votación unánime aprobando el resto de la documentación, puede purgar el vicio, resultado impugnabile desde la convocatoria a la reunión de socios... no pudiendo descomponerse en partes cumplidas e incumplidas, ni es facultad de los administradores el ejercicio de tales opciones, pues se trata de un complejo informativo necesariamente integrado"²⁵. “¿Para qué perder tiempo si no hay viabilidad económica? El diagnóstico previo fue la savia vivificante del sistema procesal francés que le permitió decir que los procesos llevaban a la solución de los concursos. – La separación del hombre de la empresa, sin que la empresa tuviera que acarrear los errores y las inconductas de sus dirigentes. Si había inconducta de los

²¹ RICHARD, Efraín Hugo *Estudios en honor de Pedro J. Frías*, editado por la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, 1994, “El plan de empresa, Ética y responsabilidad del empresario”, tomo III pág. 1187.

²² “Salvataje de la empresa: ¿Una postulación sin respuesta en la ley concursal?” con Francisco Junyent Bas y Orlando Manuel Muiño, en RDCO año 30 1997 pág-525 y ss., ya citado.

²³ ALBERTI, Marcelo Edgardo “Una contribución de Efraín Hugo Richard al derecho concursal: el plan de empresa como recaudo del concurso preventivo” en *DERECHOS PATRIMONIALES Estudios en Homenaje al Profesor Emérito Dr. Efraín Hugo Richard*, Ed. Ad Hoc, Buenos Aires 2001, tomo II pág. 949.

²⁴ RICHARD, Efraín Hugo *Derecho Societario* con Orlando Muiño, pág. 274, Editorial Astrea, Buenos Aires 1997, donde se remite a “El buen hombre de negocios y el plan de empresa” en *Doctrina Societaria y Concursal Errepar*, abril 93 t. V p. 337 y ss..

²⁵ CARLINO, Bernardo “Genética del plan de negocios (más sobre la contribución de E.H.Richard)” en Abeledo Perrot, Newsletter 20 de marzo de 2009, sección Doctrina, pág. 31.

dirigentes y la empresa era viable, ¿por qué liquidar una empresa por la conducta de los directivos?”²⁶.

Se trata de un aspecto formal-sustancial. Formal la presentación del régimen, sustancial que este se corresponda al contenido exigido.

En este sentido Lidia VAISER²⁷ se refiere al “plan de empresa” –apuntando a la visión globalizante para enfrentar las crisis- y su germen en la ley concursal. Así sostuvo: “VI. Propuesta complementaria eventual. Bajo la óptica recién focalizada, la "reorganización societaria", la "administración de bienes en beneficio de los acreedores"... , nociones desprendidas del texto legal (art. 43, LCQ) no pueden más que considerarse como una "propuesta complementaria eventual". Y la denominamos "eventual" en contraposición a la "necesaria"...que normativamente viene impuesta en punto al "régimen de administración y limitación de los actos de disposición" y a la "constitución del comité definitivo". Habíamos considerado en oportunidad anterior, que en este segmento de la propuesta de acuerdo podría encontrarse en estado embrionario, lo que el derecho comparado ofrece y la doctrina nacional mira con apetencia: "El Plan"²⁸. También podría afirmarse en un plano más profundo, que la aquí denominada "propuesta complementaria eventual", podría llegar a virtualizar las exigencias tenidas en mira para el diseño del "plan"...IX. ¿Qué alcance debe otorgarse al régimen de administración? Considerábamos que la "addenda" introducida por la ley 24.522 al régimen de la propuesta, en punto a la cuestión del epígrafe, tal vez constituía una forma proteica de lo que desde estas latitudes miramos con apetencia (siempre en dirección al norte): el famoso "plan de empresa". Extrañamente, este agregado pasó casi inadvertido para la doctrina local. Los autores refieren de modo genérico a la existencia de recaudos adicionales (BARBIERI) o a la ostensible desubicación sistemática (IGLESIAS), pero sin penetrar en el tema ni en su conflictiva. MAFFÍA, ya sabemos, pregona no sin razón, que el plan de salvataje de la empresa resulta el gran ausente en el sistema concursal vigente...De su lado, en otra ponencia presentada al evento académico antes consignado, RICHARD afirmaba con énfasis que esta nueva exigencia terminaba por insertar el plan de empresa en nuestro sistema concursal. La conclusión podría aparentar un tanto extrema, pero a poco de ver sus contenidos resultan de gran utilidad para fundar ciertas precisiones en torno al tema...XI. El plan y el buen hombre de negocios No pueden existir dudas acerca de que el standard jurídico del buen hombre de negocios obliga a los dirigentes sociales a planificar las políticas empresarias. Un buen ejercicio de la planificación y del control permite detectar a tiempo las dificultades, corregir el rumbo y, si es posible,

²⁶ PALMERO, Juan Carlos “Nuevo enfoque apra empresas en crisis. Modificaciones destacables en relación a la ley 19.551. Apreciación metodológica inicial. Como entender el nuevo régimen concursal” en *Nueva legislación concursal y la participación del profesional en Ciencias Económicas. Jornadas de actualización*”, Ed. Advocatus Córdoba noviembre 1995, pág. 17.

²⁷ VAISER, Lidia “El "régimen de administración" en la propuesta de acuerdo: ¿plan de empresa?”, en LA LEY 1999-D, 1073.

²⁸VAISER, Lidia “Vivisección de la propuesta de concordato” ponencia al III Congreso Argentino de Derecho Concursal, I Congreso Iberoamericano sobre la Insolvencia; Ed. Ad-Hoc, t. I, p. 441, y “El régimen de administración en la propuesta de acuerdo: ¿plan de empresa?” en LL, diario del 05/08/1999.

adoptar los remedios necesarios. Las funciones gerenciales implican tres aspectos básicos de la dirección empresarial: Planificación, control y coordinación. Ninguna empresa o dirigente puede prescindir del planeamiento. En la ciencia de la administración las cuestiones vinculadas al planeamiento empresarial se engloban en el presupuesto y en el control presupuestario. El presupuesto constituye una herramienta indispensable para la dirección de la empresa. ...El presupuesto sirve --en consecuencia-- como un insoslayable instrumento de dirección. Es tan grande su importancia que puede aseverarse que sea la principal herramienta para dirigir eficazmente una empresa mediana o grande. De modo tal que resulta un imperativo para todo dirigente, bajo pena de incurrir por omisión en una grave inconducta. Sabemos que la falta de sujeción de un dirigente empresarial a los *standards* jurídicos de "buena conducta", engendra responsabilidades en el marco del derecho societario. Y en el marco del derecho concursal una conducta violatoria de aquellos parámetros también genera responsabilidad a los administradores (art. 173, LCQ). El art. 59 de la ley de sociedades establece que los administradores y los representantes de la sociedad, deben obrar con lealtad y con la diligencia de un buen hombre de negocios. Los que faltaren a sus obligaciones serán responsables por los daños y perjuicios que resultaren de su acción u omisión. Ahora bien,... RICHARD se preguntaba si a los administradores de la empresa en crisis,-con mayor razón que a los de una empresa en equilibrio-, no habría que exigirles una adecuada planificación para resolver la crisis. Recordemos que en la presentación en concurso la ley impone explicar cómo se llegó a la crisis. En consecuencia, en la formulación de la propuesta parece lógico que deba exigirse una explicación acerca de cómo se va a administrar la empresa durante el período de cumplimiento del acuerdo, cómo se la va a sanear, cómo se van a generar los recursos para hacer frente al pasivo. Según quiera verse, tales temperamentos podían ser considerados un "plan de empresa", dicho en el sentido que la doctrina le acuerda, y ya sea en estado proteico o acabado. Lo que no parece admitir duda es que el cumplimiento de los *standards* de conducta de los dirigentes sociales constituye una exigencia insoslayable, también en el marco de un proceso concursal. La recepción de estos principios, ante la ausencia de prescripciones imperativas muy claras, va a depender de las mayores exigencias que el juez o los acreedores planteen al deudor. De hecho y en la práctica, durante la negociación de la propuesta, los acreedores "institucionales" demandan ciertas precisiones sobre la proyección de los negocios del concursado que pocas veces se transfiere al expediente. Sin embargo su acatamiento, por imperio del poder económico ejercido, resulta irresistible para el convocatario. Existe otro argumento (destacado por RICHARD en el trabajo citado), que puede servir de cartabón para dirimir la cuestión en favor del recaudo de la planificación en la propuesta de concordato. El art. 190 LCQ le impone al síndico presentar, dentro de los veinte días de asumir el cargo, un informe sobre la factibilidad de continuación de la empresa, a lo cual la ley 24.522 - recordemos- le acordó carácter excepcional. En ese informe y de aconsejarse la continuación, según lo expresado por los incs. 4° y 6°, el síndico debe: inc. 4): "...(presentar) el plan de explotación, acompañado de un presupuesto de recursos, debidamente fundado..." inc. 6)"...las reorganizaciones o modificaciones que deban

realizarse en la empresa para hacer económicamente viable su explotación...". Concluyendo: el síndico debe elaborar una verdadera planificación. Se impone preguntarse entonces, si es dable exigir menos al concursado que al síndico. Y se impone concordar con RICHARD cuanto por respuesta da un no rotundo. De allí, que esta cuña injertada por la ley 24.522, este "plan de administración" adosado como componente necesario de la propuesta concordataria, puede llevar al planteo de mayores exigencias para el deudor cuando propone la solución concordataria. Y a la vez puede paliar en alguna medida los defectos perniciosos del régimen concursal, tantas veces señalados por la crítica doctrinaria. ... Ya sabemos que la de "interés público" es de aquellas locuciones a las cuales, -como alguna vez dijo MAFFÍA-, hay que pedirles cartas credenciales. Sin embargo, la necesidad de contemplar una razonable planificación empresaria como parte integrante de la propuesta concordataria, parece un criterio que, apuntando al saneamiento empresario y por ende al del crédito bien puede esgrimirse como representativo de intereses superiores. En la deliberación de los "operadores jurídicos" se encuentra la posibilidad de acordar mayor sentido a la normativa vigente, aun reconociendo sus marcadas limitaciones".

Sobre el punto en aquel Congreso de Rosario se ha dicho "La propuesta de acuerdo preventivo que debe presentar la sociedad concursada juntamente con el régimen de administración y de limitaciones a los actos de disposición aplicable a la etapa de cumplimiento, va a determinar los derroteros de la vida societaria por un largo tiempo ...que seguramente excederá con creces el período por el cual se designaron los administradores sociales, que desempeñan sus funciones en ese momento y además puede contener cuestiones cuya aprobación exceda las atribuciones que la ley le confiere a los administradores societarios, como emisión de bonos y debentures, reorganización, constitución de sociedad con los acreedores, etc.. Tales resoluciones corresponden al órgano de gobierno....un régimen de administración y de disposición de bienes diferente al que resulte del estatuto social implica su modificación, con efectos para la sociedad, los socios y terceros contratantes, por lo menos por el largo período de cumplimiento de los llamados acuerdos írritos -con larguísimas esperas-, no lo puede realizar imputativamente a la sociedad un representante legal ni un mandatario, ni un órgano de administración efímero siempre en el sistema societario -particularmente en la sociedad anónima-, sino que debe ser adoptado por el órgano de gobierno de la sociedad, incluso con inscripción del mismo cuando fuere aprobado...Por otra parte y analizando la cuestión desde una faz pragmática, los socios deben conocer e intervenir en la decisión acerca de la propuesta y el régimen de administración por los efectos y consecuencias que pueden llegar a producirse, sobre la sociedad de la que ellos son partícipes como de sus propias participaciones....obviamente deben revisar y aprobar todas las cuestiones fundamentales atinentes al proceso del concurso preventivo de la sociedad donde se intenta superar el estado de cesación de pagos. No solo sobre la continuación del trámite iniciado, sino

respecto al plan de empresa y las estrategias a seguir, que incluyen el contenido de la propuesta a formularse, evitando la disolución de la sociedad”²⁹.

No puede pensarse que en la propuesta heterónoma (la de los intervinientes en la vía abierta por aplicación del art. 48 LCQ) –al igual que en la autónoma- disvaliosamente no se exija “El plan de explotación, acompañado de un presupuesto de recursos, debidamente fundado” que se requiere al síndico en el supuesto del art. 190 inc. 4º LCQ que se mantiene en forma idéntica en el nuevo texto fijado por la ley 25.589. Ello impone con más razón que ese régimen de administración tenga cierta racionalidad, como se exigía en la reforma del año 83 a la ley 19551 en los acuerdos concursales para juzgar la validez de los actos con posterioridad, que el plan presentado conforme el art. 125-1 no fuera irracional (125-2).

Se trata a la postre que el órgano de gobierno prevea la funcionalidad de la sociedad, como forma de conservación de la empresa, durante todo el lapso de cumplimiento de la propuesta, imponiendo ciertas conductas a futuros administradores o socios. Incluso deberá analizarse si el plazo de duración de la sociedad es coherente con el plazo de pago del acuerdo, y en un todo lo que prevé ahora imperativamente el art. 100 LGS.

HEREDIA, anticipándose al comentario que hemos transcripto, reseña las facultades del síndico frente a la continuidad de la administración por parte del concursado, y correlativamente al homologarse el acuerdo se impone una continuidad, señalando “En esa inteligencia, la ley *ordena* que el deudor acompañe como parte integrante de la propuesta de acuerdo un “régimen especial” de administración y de limitaciones a los actos de disposición aplicable a la etapa de cumplimiento”³⁰. Continúa “Es decir, a partir del régimen especial que el deudor proponga, los acreedores conocerán cómo será el *management* de la empresa en la etapa de cumplimiento del acuerdo, lo que constituye dato de significativa relevancia a los efectos de que definan el sentido de su sufragio acerca de la propuesta que los concierna. Es claro, en este aspecto, que la aprobación de la propuesta depende, en buena medida, de que se asegure a los acreedores que la gestión empresarial luego de la homologación del acuerdo será eficiente. – Desde tal punto de vista, se ha postulado que el régimen de administración contemple no menos que lo que la ley exige en los incs. 4º y 6º del art. 190 LCQ, en lo relativo al informe del síndico previo a la autorización de continuación de la actividad de la empresa en la quiebra. Es decir, el concurso preventivamente debería presentar un régimen de administración que indique el plan de explotación de la empresa, acompañado de un presupuesto de recursos debidamente fundado, y la explicación de las reorganizaciones o modificaciones necesarias para hacer viable tal explotación”, con cita del trabajo de Lidia VAISER que hemos ponderado.

No pueden desoírse estas visiones de la obligación del concursado, de los administradores de la sociedad concursada, de integrar la propuesta con un plan de

²⁹ BORGARELLO, Luisa Isabel – RICHARD, Efraín Hugo “LEGITIMACIÓN PARA FORMULAR PROPUESTA DE ACUERDO EN EL CONCURSO PREVENTIVO DE SOCIEDADES COMERCIALES” t. 1 p. 763 de los libros del Congreso.

³⁰ HEREDIA, ob. y tomo citados, pág. 77 y ss..

empresa³¹, por cuanto son lógicamente integrables con la presentación en concurso de una sociedad y los imperativos tanto de la legislación societaria como de la concursal. Agregamos lo expuesto CASADÍO MARTÍNEZ³²: “III. Falta de información. Estimamos que uno de los mayores problemas del régimen actual para analizar si una propuesta supera el "test de abusividad" radica en la carencia de información veraz sobre la viabilidad y razonabilidad de la misma. Repárese que en la ley 19.551 se preveía como un capítulo del Informe General que el Síndico debía emitir "opinión fundada sobre la posibilidad del cumplimiento de la propuesta de acuerdo y si ella es susceptible de ser mejorada" (art. 40 inc. 6) LCQ, informe que en el actual marco legal se torna inviable —y por ello fue derogado—, en virtud de que, entre otras cosas, el cronograma previsto por la ley concursal establece que la propuesta del deudor debe ser dada a conocer en una etapa posterior a la presentación de aquel informe. En la actualidad Richard sostiene que todo análisis sobre una propuesta abusiva deviene en inconcluso, si no incluye la "justificación de la propuesta" para dotar a ésta de una justificación económica que la respalde y evite el enriquecimiento injustificado de la concursada en detrimento de sus acreedores, también llamado "plan de empresa en la propuesta de acuerdo" por VAISER, sin que, claro está, esto sea un reemplazo de aquel informe del síndico.” CASADÍO MARTÍNEZ esboza una fórmula: “No obstante estimamos que un adecuado análisis de la cuestión no puede soslayar la consideración de otros factores tales como el plan de reorganización empresarial, flujo de fondos futuros, acreedores que conforman la mayoría, entre muchos otros, es decir la "justificación de la propuesta" a que alude Richard en sus trabajos.... Si bien compartimos el criterio de RICHARD que debería considerarse el plan de empresa y de STOLKINER sobre los distintos elementos a considerarse para evaluar la misma, estimamos que la utilización del VAN —en muchas ocasiones desconocido por los juristas— es una herramienta que nos permitirá en cierta medida arrojar luz sobre algunas propuestas”.

MUSSI³³, refiere una posición también globalizante: “V. La homologación. Instancia judicial que ha sufrido múltiples variantes a través del tiempo; muchas de ellas influidas por el contexto u orientación económico social, oscilando entre un juez dotado de múltiples atribuciones o restringido al mero control formal del acuerdo. Mucho se ha discutido sobre el punto: si el juez debe o no controlar el mérito del acuerdo, atento los amplios intereses afectados, más allá de los meramente privados. Es muy lúcida, al respecto, la expresión de RIBICHINI³⁴, cuando se refiere a la necesidad de prever "instancias de asesoramiento y discusión previas a la homologación. Y fundamentalmente, en la exigencia legal insoslayable, de que el acuerdo propuesto repose sobre un plan concreto y detallado a presentarse por el concursado, que posibilite ese análisis y dé sentido a esa valoración" Cierra con esta certera definición: "condición mínima para que el magistrado no convalide o desapruebe a ciegas lo que han acordado el

³¹ RICHARD, Efraín Hugo *SOBRE LA HOMOLOGACIÓN DE LA PROPUESTA DE ACUERDO* en libro colectivo XIV Jornadas de Institutos de Derecho Comercial de la República Argentina –Paraná, Pcia.de Entre Ríos 30/31 de agosto de 2007- página 261, edición de Fundación para la Investigación y Desarrollo de las Ciencias Jurídicas, Buenos Aires agosto 2007.

³² CASADÍO MARTÍNEZ, Claudio Alfredo “Propuesta abusiva en el concurso preventivo” en LA LEY 2007-C, 560

³³ MUSSI, Alberto P. “El cramdown power o la imposición de las categorías disidentes” LA LEY 05/01/2005, 1.

³⁴ El nuevo artículo 52 de la ley de Concursos y Quiebras”, RIBICHINI, Guillermo Enrique, La Ley, 2003-A, 1084 y sigtes.

deudor y la mayoría de los acreedores". Se trata del tan mentado "plan de empresa", o "plan de rehabilitación", pieza medular en el derecho comparado, ausente en nuestra legislación³⁵. Se trata, insisto, de que el deudor explique cómo va a hacer para cumplir lo que está prometiendo, habida cuenta que deberá atender, a más del pasivo corriente, el que motivó el juicio concursal”.

Existen suficientes elementos para sostener que el plan de negocios no es una pretensión de *legge ferenda*, sino de la ley actual específicamente para sociedades y un requerimiento doctrinal uniforme, tanto respecto a la tempestividad para afrontar la crisis (el “*timing problem*”) como en la explicitación del plan de negocios para obtener la conformidad de los acreedores y la homologación por el juez.³⁶

Ahora, la nueva redacción del art. 100 LGS impone el análisis de la viabilidad económica, que el juez deberá tener en cuenta para no disponer la liquidación. Esa necesaria información tiene por efecto equilibrar la información asimétrica de acreedores y puede potenciar soluciones legales como la capitalización del pasivo (arts. 96 y 197 LGS).

3. Comité de control

En tercer lugar, el juez deberá constatar “la conformación de un comité de control que actuará como controlador del acuerdo... La integración del comité deberá estar conformada por acreedores que representen la mayoría del capital”, además de los representante de los trabajadores de la concursada que permanecerán en su cargo si conformaban ya el comité de control.

Para RICHARD, se trata también de un requisito integratorio de la propuesta de acuerdo, con aspecto formal y sustancial. Formalmente debe acompañarse esa integración y la aparente conformación por acreedores. Y sustancialmente que esos acreedores representante la mayoría del capital.

Se solían omitir los comentarios en torno a la integración de la propuesta de acuerdo con el régimen de administración y la conformación del comité de acreedores. Hoy el tema toma especiales características al imponer la ley que ese comité este integrado por un trabajador. En efecto, el comité de control inicial se encuentra integrado por los tres acreedores de mayor monto denunciados por el deudor en su presentación en concurso preventivo y por un representante de los trabajadores (art. 14 inc. 13 LCQ). Al dictar la sentencia de categorización –art. 42 LCQ-, el juez debe sustituir los acreedores

³⁵ MAFFIA, Osvaldo, "Si no salvamos a la empresa, salvemos aunque sea al empresario". En este artículo, cita algunos ejemplos." en Bélgica, en Estados Unidos, en España, recientemente en Francia y en Alemania con sus leyes del 10 de junio y del 5 de octubre de 1994, el empresario que procure superar sus dificultades debe elaborar un "plan de salvataje" o "plan de resanamiento", que deberá ser aprobado por el Juez si estima que de ese modo la empresa podrá salir a flote.....Nuestra ley omite no solo el requisito concerniente a la ecuación financiera de la recuperación, sino el propio plan, exigencia ya consagrada y, según dijimos, vista como la piedra miliar del instituto". A pesar de que esta publicación tiene algunos años, guarda a mi juicio, rigurosa actualidad.

³⁶PACCHI, Stefania “EMPRESA Y CRISIS: EFICIENCIA DE LOS MECANISMOS DE RESOLUCIÓN DE LA CRISIS”, Conferencia de apertura del XI CONGRESO IBEROAMERICANO DE DERECHO CONCURSAL, Villa Giardino, 10 a 12 de setiembre de 2015, en *Estudios de Derecho Empresario*, n° 5, Revista Digital de la Universidad Nacional de Córdoba.

designados por los concurrentes en su caso, continuando el representante de los trabajadores, a quién el juez oportunamente deberá incorporar otros dos designados por la representación gremial³⁷. Luego, el concursado como parte integrante de la propuesta de acuerdo debe presentar la conformación del comité de control, atento a que en los grandes concursos actuará como controlador del cumplimiento del acuerdo. Para RIBICHINI³⁸ este comité quedará integrado por los elegidos por los acreedores que representen la mayoría de capital, permaneciendo en su cargo los representantes de los trabajadores. Como mínimo serán tres integrantes (art. 160, LCQ).

HEREDIA³⁹ explica, con la vigencia del antiguo comité de acreedores, que “del mismo art. 45 LCQ, surge también que la propuesta debe contemplar la conformación de un comité de acreedores que actuará como controlador del acuerdo, que sustituirá al comité provisorio...En este sentido, el art. 45 LCQ, textualmente alude a la “conformación de un comité de acreedores que actuará como controlador del acuerdo”, cuya integración “deberá estar conformada por acreedores que representan la mayoría del capital”. El art. 260 LCQ, lo repite al decir que “la propuesta de acuerdo preventivo debe incluir la conformación y constitución del comité definitivo de acreedores”... La ley tiende a que el comité controlador tenga la integración que los propios acreedores resuelvan aceptar en función del tipo de acuerdo que ofrezca el deudor, con la sola limitación de que tal integración sea representativa de, cuanto menos, la mayoría del capital comprendido en la propuesta, y que no sean menos de tres acreedores. Así lo expresa claramente el art. 260, LCQ, al decir que “sus integrantes son elegidos por los acreedores por mayoría de capital, y el comité debe ser integrado por un número mínimo de tres acreedores”. Como se ve –sigue HEREDIA-, a diferencia de los comités de acreedores anteriores, el comité que controle la ejecución del acuerdo no tiene un número determinado de participantes, pero sí un número mínimo. Basta que la propuesta de integración del comité reúna las exigencias indicadas, para que el juez deba proceder a su designación en ocasión de dictar la resolución del art. 52 del cuerpo legal en examen”.

Se ha resuelto que la exigencia al deudor de que agregue la conformación de un comité de acreedores, como integrante de la propuesta debe ajustarse a los términos del art. 260 LCQ que prevé que los integrantes del mismo son elegidos por los acreedores por mayoría de capital⁴⁰.

Para RICHARD, no basta en el supuesto la voluntad de la deudora, sino que debe existir una conformidad no sólo de los integrantes del comité, sino de esa mayoría de acreedores (por capital), lo que supone un análisis previo de la propuesta a presentar por parte de acreedores representantes de la mayoría del capital. Si bien no representa aún la mayoría necesaria para aprobar la o las propuestas, presupone una negociación seria y fundada de la factibilidad de la propuesta entre los administradores de la concursada y sus

³⁷ DI LELLA, Nicolás *CONCURSO PREVENTIVO*. Leyes 24.522, 25.563, 25.589, 20.086, 26.684 y Código Civil y Comercial de la Nación, Ed. Advocatus, junio 2015, págs.780 y ss. donde se podrá ver un mejor desarrollo.

³⁸ RIBICHINI, *Acuerdo...* cit. p. 33.

³⁹ Ob y tomo citados pág. 78.

⁴⁰ CNCVom. Sala E. 10.09.98 in re “La Ganga S.A., s/ concurso preventivo”, señalada por Heredia.

acreedores quirografarios. Se trata de una suerte de “tanteo” de la voluntad de los acreedores. Esa negociación debería estar acompañada de adecuada información sobre la magnitud de la crisis y la posibilidad de cumplimiento, o sea la forma de superar la crisis (arg. art. 100 LGS).

HEREDIA acepta la posibilidad de no cumplimiento del requisito: “La cuestión se complica en los casos en que el deudor omite acompañar como parte de su propuesta de acuerdo la “conformación” del comité controlador “conformada” (aprobada) por acreedores que representen la mayoría del capital. Ante todo, debe decirse que ello no es causal para decretar la quiebra, porque tal consecuencia no está legalmente prevista. Por tanto, la omisión debe ser corregida mediante el dictado de las medidas judiciales que fueran pertinentes.- Pero ¿cuáles serían tales medidas? En un caso judicial, partiendo de la base interpretativa de que la designación de los integrantes del comité debe emanar de la decisión de los propios acreedores y recaer en ellos mismos, se resolvió –ante la omisión indicada- que debía convocarse a una audiencia especial para la constitución del comité definitivo controlador, en la que se votaría la cuestión⁴¹. En otro antecedente, en cambio, se decidió que la integración del comité debía incluir a todos los acreedores a contar desde el que tenga la acreencia de mayor monto hasta el que permita arribar a la mayoría de capital⁴²”. Insiste HEREDIA en su visión sobre la integración de la propuesta, que limita luego en sus efectos, señalando “La circunstancia de que en la propuesta de acuerdo se hubiera omitido incluir el régimen de administración y control para la etapa de cumplimiento, no configura fundamento para la declaración de quiebra, sino que procede arbitrar los medios para salvar la omisión, v.gr. intimándose al concursado para que integre la propuesta de acuerdo y designe el comité definitivo de acreedores⁴³”.

RICHARD discrepa –parcialmente- con tales criterios, particularmente con el penúltimo que como bien señala HEREDIA debe distinguirse integrada por aceptada, en el uso del sinónimo “conformada”. Si el régimen de administración y la exposición del comité de control formado por acreedores quirografarios que representen la mayoría de capital *integran* la propuesta, la falta de ellos hace aparecer como no presentada la propuesta en forma. No dudamos de la conveniencia –y así lo sugerimos- de una rápida respuesta judicial intimando a la integración –como se señala en el último párrafo-, particularmente para imponer el diálogo necesario entre deudora concursada y acreedores. Ante el privatismo del sistema, debe incentivarse la idea del legislador de imponer que sea la propia concursada la que aporte al expediente el fruto de esas tratativas generadas por la conformación y aprobación del comité por los acreedores. Particularmente en los casos de sociedades, que es donde centramos nuestra atención, conforme la diligencia que deben tener los administradores de la concursada, la falta de integración hace suponer que no existen esos contactos, que los acreedores no se interesan en la obtención de un acuerdo

⁴¹ Cita Heredia el precedente del Juz. Procs. Concus. Y Registro n° 3 Mendoza, 22.05.97, in re “Martín S.A., Pedro y José s/ Conc.”, LL t. 1997-F, p. 183, es. Consid. 11.

⁴² Cita HEREDIA la resolución del Juz. Civ. Y Com. n°7 Córdoba del 17.6.97 en la causa “Minetti, José y Cía. Ltda. s/ Conc. LL 1197- F, pág. 125, esp. Consid. VI.

⁴³ Cita HEREDIA la resolución del Juzg. Civil y Com. n° 13 Rosario del 4.6.96 en el caso “Massey Ferguson Argentina S.A.”, en LL Litoral, t. 1998, pág. 308.

preventivo, y debe darse lugar a las propuestas heterónomas, de donde hoy no se excluyen las nuevas propuestas de la concursada, conforme la previsión del art. 48 LCQ. Pero tal integración debe ser inmediata a la presentación de la propuesta incompleta y no debe dilatar el trámite del proceso, y la sanción por incumplimiento debe ser clara.

Para RICHARD, esta cuestión se encuentra ratificada por el art. 260 LCQ. Adviértase allí el énfasis del legislador respecto a la integración de la propuesta de acuerdo con la designación del comité controlador “necesario en la etapa del cumplimiento del acuerdo”, y la obligatoria mención en la propuesta de la periodicidad de la información “que se indique en el acuerdo, la que no deberá ser inferior a 4 meses”, lo que contrasta con las predatorias propuestas de acuerdo que se pusieron de moda sin tener en cuenta las previsiones concursales, constitucionales y del derecho privado para tornar viable una propuesta. Énfasis que se recoge desde el Capítulo II Funcionarios y empleados de los concursos. Sección I, Designación y Funciones, cuando en la “Enunciación” que contiene el art. 251 LCQ además del síndico y el coadministrador incorpora “los controladores del cumplimiento del acuerdo preventivo”, que –como ya hemos visto- su designación se integra en la propuesta de acuerdo, debiendo contener la conformidad de la mayoría de capital de acreedores, lo que comporta un verdadero “tanteo” de la voluntad de los acreedores de aceptar la propuesta que allí se les presentará. Conformidad con la designación de los controladores que no debe entenderse como conformidad con la propuesta, que deberán expresar los acreedores en forma separada e individualizada.

Para GRAZIABILE, el concursado debe presentar la propuesta de conformación del comité, individualizando quiénes serán los acreedores que lo integren, pero el hecho de que efectivamente dicho comité no quede integrado no acarrea consecuencia alguna para el concursado. También reconoce que en alguna oportunidad se ha planteado la declaración de quiebra por no lograr el deudor concursado la conformación del comité de acreedor, de acuerdo con la conformación propuesta como parte integrante de la propuesta de acuerdo, en los siguientes términos “La única carga exigible al concursado por el art. 45 4to. párr. de la LCQ, es la de proponer la conformación del comité de acreedores que vigilará el cumplimiento del acuerdo, requisito que en la especie ha sido satisfecho por la convocataria. En modo alguno resulta de tal dispositivo que deba además obtener la conformidad de los propuestos, ni mucho menos que la homologación de un acuerdo votado favorablemente y no impugnado quede supeditado a su consecución, desde que...nada habría que controlar si el acuerdo no obtiene la aprobación judicial (art. 49, 52, 53 LCQ.). Por lo demás la ley no ha previsto consecuencia jurídica alguna para la imposibilidad de su constitución, por lo que resulta palmariamente irrazonable el condicionamiento establecido en la resolución recurrida”⁴⁴.

4. Legitimados para expresar aprobación

⁴⁴ Cám. Civ. Com. Bahía Blanca, sala I, 25/8/1999 “Compañía de Ómnibus La Unión SRL”.

Este tema lo hemos tratado en otro ensayo los mismos autores de esta nota, con criterios parcialmente disidentes, y al mismo remitimos⁴⁵

5. El contenido de la propuesta en si o aspectos económicas que se requiere a los acreedores

El art. 43 segunda párrafo LCQ enumera en forma enunciativa sobre en que pueden consistir las propuestas. En materia de sociedades pensamos que alguna de ellas puede ser ilegales en cuanto ponen el peso de todo el daño en los acreedores, por lo que algunos autores como TRUFFAT y CARLINO las aceptan siempre que exista “esfuerzo compartido” - tema que también abordaremos en la segunda parte-. Varias de ellas pudieron ser adoptados privadamente por previsiones de la ley societaria: reintegro, capitalización de pasivo, reorganización de la sociedad, emisión de obligaciones negociables o debentures, emisión de bonos convertibles en acciones o en un programa de propiedad participada.

6. En resumen

La cuestión escapa así a un mero análisis formal de la existencia de una oferta de acuerdo –propuesta-. La misma debe ser, en primer lugar, imputable a la sociedad concursada, y por otra parte debe estar adecuadamente integrada conforme la unidad que representa para solucionar la crisis que llevó a la apertura del procedimiento concursal, con sus costes de transacción.

No podrá aceptarse que el juez se limite a la homologación con las formulaciones lacónicas de que se alcanzaron las mayorías, si es que hay cesionarios o subrogados; que lo hace para la conservación de la empresa si no existe una presentación coetánea sobre el plan de cumplimiento y la integración del comité; y las expresiones sobre que no se alcanzaría más en la liquidación, y en observación del informe general no toma en cuenta las posibles acciones de ineficacia y responsabilidad, e incluso atento la fecha de la cesación de pagos las acciones individuales de responsabilidad de acreedores quirografarios vinculados con posterioridad a esa fecha.

El tema de la abusividad es harina de otro costal que debería engarzarse inmediatamente después que el juzgador afronte las declaraciones precedentes, y a lo que nos referiremos de seguido.

El principio de conservación de la empresa merece un mejor análisis y, particularmente, de la integración de las normas concursales a las que han recurrido los administradores y socios de la sociedad en dificultades, como las normas societarias imperativas que pudieran soslayarse.

III. La homologación de la propuesta

⁴⁵ GRAZIBILE, Darío J. – RICHARD, Efraín Hugo “EFECTO DE LA SENTENCIA DE VERIFICACIÓN EN RELACIÓN A LA CONFORMACIÓN DEL ACUERDO”, en *Verificación Concursal de Créditos*, AAVV dirección de Darío J. Graziabile, Ed. Erreius, Buenos Aires, junio 2015, página 162 a 185.

Nos referimos ahora, existiendo propuesta formalmente homologable, a las previsiones del art. 52 inc.4º LCQ, que dispone que en ningún caso el Juez homologará una propuesta con abuso de derecho o fraude a la ley. Intentaremos fijar criterios objetivos sobre ese aspecto.

Ya no existe duda de esa facultad del juez del concurso. Las facultades de homologación del convenio del juez han sido muy debatidas, pero en la actualidad existe un consenso generalizado amparado por la práctica y la jurisprudencia según el cual el juez no debe homologar de forma automática los acuerdos, sino que puede verificar ciertos aspectos de su contenido para no vulnerar los límites básicos del ordenamiento jurídico⁴⁶, y justamente es sobre lo que estamos volviendo particularmente ante las normas del Código Civil y Comercial, considerando la unidad del sistema jurídico. Intentaremos apartarnos de criterios subjetivos, que se mantendrán en el concurso de la persona humana, para fijar ciertos criterios objetivos en torno a abuso de derecho y fraude a la ley que obstan a la homologación de ciertos acuerdos con propuestas de sociedades concursadas.

Para formalizar un juicio lógico sobre esos aspectos, se hace necesario algunas precisiones en materia de personas jurídicas privadas, específicamente sociedades –a las que dedicamos específicamente este ensayo–, particularmente frente a nuevas normas aunque reconocen viejos principios, como los arts. 10, 12, 150, 167 y cc CCivCom.

El Código Civil y Comercial y la integración de la Ley General de Sociedades, por ley 29.994, abre una nueva etapa de reflexión, con una visión jurídica para cambios en paz en el país que pretendemos, con mayor inclusión, puestos de trabajo, expansión del capitalismo productivo, menos burocracia e intervenciones judiciales. Al mismo tiempo de reconocer nuevos recursos para la esforzada labor de la judicatura, para evitar la proliferación del daño, permitir la predictibilidad en las relaciones comerciales, asegurando la buena fe y bajando costes de transacción, acotando el abuso de derecho y fraudes a normas imperativas del sistema societario que aseguran su dotación patrimonial. Es la base de posiciones que abogan por el sistema jurídico integrado, conforme al art. 2 CCivCom. y las demás normas de su Título Preliminar.

1. Normas imperativas

Se impone abordar este tema conforme la disposición del art. 12 CCivCom “Orden público. Fraude a la ley... 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”.

⁴⁶ Esta cuestión generó una abundante literatura: MONTI, José Luis “El concordato como negocio jurídico (sobre la homologación del acuerdo y las atribuciones del juez del concurso)”, *Revista Jurídica Argentina La Ley* 2000, no. F (Septiembre 11, 2000): 1089–98.

La existencia de normas imperativas para las personas jurídicas privadas está reconocida en el art. 150 inc. a CCivCom⁴⁷.

En tal sentido las que prohíben ciertas cláusulas –art. 13 LGS- o aseguran la representación orgánica y la consistencia patrimonial o imponen la liquidación *in bonis*, o sea con activo suficiente para satisfacer el pasivo –que es la función de garantía del capital social-⁴⁸.

Pese a que la doctrina nacional, de manera reiterada ha tratado sobre la crisis del concepto del capital social⁴⁹, se acepta que el capital social cumple al menos tres funciones:

- a) Función de productividad;
- b) Función de garantía;
- c) Función de determinación de los derechos del socio.

La base de la constitución y reconocimiento de una persona jurídica privada es el patrimonio separado para el cumplimiento de su finalidad, apuntado por el art. 154 CCivCom, y a la determinación del capital social en LGS. No nos estamos refiriendo ahora a la apreciación sobre infracapitalización –o infrapatrimonialización- material, que hace más a la función de productividad del capital social y tantas discusiones ha traído sobre si el juez puede apreciar al tiempo del registro la existencia de una dotación suficiente de ese capital social, sino a su función de garantía, específicamente en cuanto se constituye en una causal de disolución de la persona jurídica.

Las normas imperativas del derecho societario tienden particularmente a asegurar la solvencia del patrimonio social y consecuentemente a evitar la insolvencia de la sociedad y daños a terceros por incumplimiento de sus obligaciones.

E. Daniel TRUFFAT⁵⁰ se ha enrolado en esa posición integradora del sistema jurídico hoy reforzada por el contenido del art. 2 Título Preliminar del CCivCom: “La pérdida de

⁴⁷ Art. 150 CCivCom. Leyes aplicables. Las personas jurídicas privadas que se constituyen en la República, se rigen: a) por las normas imperativas de la ley especial o, en su defecto, de este Código;...”

⁴⁸ RICHARD, Efraín Hugo “La función de garantía del capital social frente a la agenda concursal –estudio comparativo-“ en *Libro homenaje al profesor Emilio Beltrán*, edición del Instituto Iberoamericano de Derecho Concursal, Cartagena de Indias, Colombia, octubre 2014, pág. 279.

⁴⁹Podemos citar, entre otros: LE PERA, Sergio: “Sobre la futilidad de la noción de capital social” LL, T.1986-b, Pág. 972; ARAYA, Miguel C. “El Capital Social” DPyC – Sociedades, Ed. Rubinzal Culzoni, Sta. Fe 2003, Pág. 213; ARAYA, Miguel C. “Capital y patrimonio” JA-1996, t. IV. Pág. 676; FOURCADE, Antonio Daniel, en “El patrimonio neto en las sociedades comerciales” Ed. Osmar D. Buyatti, Buenos Aires 1998; RAMÍREZ BOSCO, Lucas: en “Responsabilidad por infracapitalización societaria”, Ed. Hammurabi Bs. As. 2004 NISSEN, Ricardo en el prólogo a la obra de Ramírez Bosco citada; LE PERA, Sergio en prólogo a la obra “Régimen de Utilidades en las Sociedades Anónimas” de la autora CHINDEMI, Marcela H., Ed. Ad-Hoc, Bs. As. 2004. VERLY, Hernán: “Apuntes para una revisión del concepto de capital social” LL-1997-A, Pág. 756; LISDERO, Alfredo R. “Una posible solución al problema de la infracapitalización societaria” ED t.191, pág. 804; GALIMBERTI, María Blanca: “El capital social en una era de grandes cambios” DSEyCERrepar, T.IX, 1998; BOLLINI SHAW, Carlos (h): “Capital y patrimonio en las sociedades anónimas. El principio de la intangibilidad del capital social” ED-1976, T.65, Pág. 813; REINOSO, José L. “Capital social: mínimo legal y suficiente para el cumplimiento del objeto social” JA-1997. t.IV, Pág. 731; JURADO, María A. “El Capital Social y la Realidad Económica actual”, en la obra colectiva: “CUESTIONES DE DERECHO SOCIETARIO. EN HOMENAJE A HORACIO P. FARGOSI”, VÍTOLO, Daniel R. Director. Ed. Ad-Hoc. Bs. As. 2004, pág. 333; RICHARD, Efraín Hugo: “Sobre el Capital Social”, en “Jornadas Nacionales de Derecho Societario en Homenaje al Profesor Enrique M. Butty, Buenos Aires, 2007, pág. 107 y en <http://www.acader.unc.edu.ar>.-

autosuficiencia del Derecho Concursal y su necesaria integración no solo con normas supra legales 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”. Sin duda comprende al derecho societario cuando se trate de la crisis de este tipo de persona jurídica privada.

2. La función de garantía del capital social

Es necesario determinar si las normas de Ley 19.550 sobre la función de garantía del capital social son imperativas. Ello es congruente con la idea que la sociedad debe ser viable y no puede convertirse en un instrumento para dañar a terceros y al mercado en general⁵¹. Correlativo con ello la disposición del art. 99 LGS, vinculado a la causal de disolución de pérdida del capital social (94.5 LGS), que protege a terceros sin perjuicio de la remediación autorizada taxativamente por el art. 96 LGS.

Esa estructura fundante del derecho societario, con normas uniformes en el derecho comparado –al igual que en el nacional-, se reafirma en la nueva concepción del art. 100 introducido en LGS⁵² ampliando el vigente, en un todo congruente con los arts. 2 y 150 a) CCivCom.

En cuanto se compromete la continuidad del giro empresario –objeto de la sociedad- aparece un orden público social: la conservación de la empresa por el efecto social y económico en la región, y la conservación del empleo, y el derecho constitucional de propiedad de los acreedores y a trabajar de sus empleados. En tal sentido los referidos arts. 154 CCivCom sobre el patrimonio de las personas jurídicas privadas, 163 ap. c) e i) CCivCom sobre imposibilidad sobreviniente de cumplimiento del objeto por incapacidad patrimonial o el agotamiento de los bienes destinados a sostener la persona jurídica, y 11

⁵⁰ 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”

⁵¹ RICHARD, Efraín Hugo “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.

⁵² 2.21.- Sustituyese el artículo 100 de la ley 19.550, T.O. 1984, por el siguiente: Artículo 100.- Remoción de causales de disolución. Las causales de disolución podrán ser removidas mediando decisión del órgano de gobierno y eliminación de la causa que le dio origen, si existe viabilidad económica y social de la subsistencia de la actividad de la sociedad. La resolución deberá adoptarse antes de cancelarse la inscripción, sin perjuicio de terceros y de las responsabilidades asumidas. *Norma de interpretación*. En caso de duda sobre la existencia de una causal de disolución, se estará a favor de la subsistencia de la sociedad.

inc. 4° LGS sobre la constitución del capital social o patrimonio fundacional, el art. 94 inc. 5° LGS que impone la disolución de la sociedad ante su pérdida

El art. 12 CCivCom distingue orden público de normas imperativas. Respecto al primero para impedir puedan dejarse de lado, y respecto a ambos supuestos para sancionar el fraude a la ley. La distinción es superflua en cuanto a la existencia de fraude a la ley

No creemos haya duda de la imperatividad de las normas societarias en caso de pérdida del capital social y de los efectos que se producen. Es casi dialéctica la determinación sobre si esas normas son también de orden público.

Defensores de la autonomía de la voluntad en la generación y funcionalidad de sociedades⁵³ reconocen esos límites “La ley 19.550 posee normas de tipo imperativas y normas de tipo dispositivas. Dentro de las primeras coexisten las normas que tutelan intereses patrimoniales y aquellas que protegen un llamado: orden público. A éstas últimas podemos catalogarlas como: normas imperativas (de orden público). Atento el interés jurídico tutelado, las normas de orden público no pueden ser derogadas por contrato. Hasta aquí llega la autonomía de las partes. Siendo esto así, la cuestión de fondo es saber qué normas de la ley de sociedades son imperativas y cuáles de orden público. Esta distinción es vital para comprender el marco contractual (art. 21 CCiv.Com)”.

Estos autores sostienen que no hay derechos patrimoniales individuales inderogables por razón de orden público si todos están de acuerdo en dejarlos de lado. Lo que es obvio. Pero, como anticipan, aceptan la existencia de un orden público societario, con normas inderogables. Así concuerdan en la imperatividad de: “8) el régimen de disolución y liquidación; entre otros dispositivos. Nadie puede negar que el capital social constituye un elemento esencial del tipo pues hace al patrimonio neto mínimo de retención que el sistema jurídico exige como atributo de la personalidad y del régimen de limitación de responsabilidad.(...) Nadie podría válidamente constituir una sociedad sin capital social; ... No importa la escuela donde nos enrolemos (BORDA o LLAMBÍAS) el intento por derogarlos dará lugar a la nulidad absoluta. Nos animamos a decir que este tipo de normas son imperativas (de orden público) y que su violación da lugar a una nulidad”.

Como se verá esta línea de doctrina sostiene que todo lo referido a las causales de disolución, y referido a la liquidación, como la falta de capital social son normas imperativas, de orden público, irrenunciables e inderogables, indisponibles.

Es nada menos que la “función de garantía del capital social” a la que estamos poniendo de resalto como una línea roja que impone conductas. Es una función distinta a la de “productividad o funcionalidad” del capital social sobre la que se ha escrito mucho a través de la teoría de la “infrapatrimonialización material”. Pero la función de garantía hace a un problema patrimonial: el pasivo social no puede ser igual o superior al activo social. Esta función de garantía funciona también en las legislaciones que autorizan la

⁵³ VAN THIENEN, Pablo Augusto (Director y colaboradores) “Orden público societario...¿estás ahí? En Lax & Finance, Working Paper n° 20, 2008.

“one dollar corporation” o “one pound company”. Esa función de garantía del capital social esta adecuadamente resguardada en la legislación mundial⁵⁴.

A salvo la autonomía de la voluntad de remover la causal reintegrando el capital social en el caso o capitalizando (art. 96 LGS). Atento a que la función de garantía del capital social es de orden público y las normas que lo tutelan en resguardo de terceros y del mercado son imperativas, esa norma de remoción del art. 96 LGS, para no liquidar ni asumir responsabilidad: ¿puede ser desoída?

¿Podrían los constituyentes de una sociedad pactar en el estatuto que si la persona jurídica societaria pierde el capital social, esa causal de disolución deberá ser afrontada por los acreedores? ¿Se aceptaría por los órganos de control (administrativos o judiciales) inscribirla con tal cláusula? Y si se la hubiera rechazado, eliminándola del Estatuto, podrían los socios en el momento de aprobarse un balance del que surgiera la constatación de la pérdida del capital social –sin ninguna observación contable- decidir que continuarían el giro sin reintegrar ni capitalizar por si, por terceros y acreedores, disponiendo que la sociedad sea concursada y se requiera una quita a los acreedores?

Tema fundamental es si una sociedad en causal de disolución puede intentar un concurso preventivo, sin perjuicio de aceptarlo en el caso que se encuentre en liquidación (art. 5 LCQ). En las Jornadas de Sindicatura Concursal, de noviembre de 2013 organizadas por el Consejo Profesional de Ciencias Económicas de Córdoba, la respuesta fue negativa, siguiendo criterios como los de la leyes colombianas, peruanas y uruguayas, entre otras⁵⁵. La posición se repitió en las 15ª Jornadas de Sindicatura Concursal (Córdoba, 19 y 20 de noviembre de 2015) bajo el lema “*Aggiornemos* el derecho concursal al nuevo Código”, cuando en su conferencia de apertura el Prof. Dr. Vicente AZNAR reiteró, con más énfasis, la ilegalidad de las quitas en los concursos de sociedades por transferir los socios sus obligaciones a los acreedores.

Se plasma así para las personas jurídicas, y particularmente para las societarias, un sistema de prevención de sus crisis, acotando el daño de una insuficiencia patrimonial.

El punto ha sido subrayado por la doctrina: “Este enfoque debería ser central dentro de una legislación concursal y su apreciación jurisprudencial, es decir poner los esfuerzos

⁵⁴ RICHARD, Efraín Hugo “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.

⁵⁵ Esto viene a cuento por la contundencia del Prof. Dr. Vicente Aznar en la conferencia de apertura de las “13º Jornadas de Sindicatura Concursal”, fustigara la “tercera vía” y las quitas, al distinguir con precisión entre problemas patrimoniales que hacen a la insolvencia, y problemas entre activo corriente y pasivo corriente, con un lenguaje apoyado por los Contadores, especialmente por la tucumana Celina Mena, una de las prestigiosas asistentes a esas Jornadas, lo que impone hacer un par de preguntas: ¿Si los administradores de una sociedad solicitan la apertura del concurso preventivo aduciendo estar la sociedad en insolvencia, el Juez debería abrir ese procedimiento? En esas Jornadas el Cr. Raúl Nisman –con un coro de apoyo- señaló que no, pues lo que corresponde es la liquidación, la sociedad no es recuperable. ¿Y si esa misma sociedad pronunciara las palabras mágicas de “estar en cesación de pagos”, aunque la documentación contable ratificara la insolvencia? Claro que sí, sería factible la apertura del concurso preventivo de una sociedad, pues es posible que el Juez sea sorprendido y abra el concurso. Y quizá también lo hubiera abierto indebidamente en el caso anterior, pero aquí la labor del Síndico y en su informe general debería informarlo al Juez, para que éste recibiera las fundadas apreciaciones del Prof. Aznar sobre abusividad y no homologara el acuerdo.

y la atención en las causas que han llevado a la sociedad a una situación de falencia y no limitarse a prever y ordenar los efectos que la misma produce”.⁵⁶

Antes de la insolvencia –pérdida del capital social-, en grados menores de crisis debería actuar el derecho concursal, incluso los acuerdos privados⁵⁷. 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 sociales⁵⁸. Pero esos especialistas en el derecho concursal suelen no abordar la preconcursalidad prevista en las legislaciones societarias, que tienen soluciones uniformes en el derecho comparado⁵⁹, basadas en esa función de garantía.

La realidad: se intenta aplicar o encontrar normas concursales para atender situaciones más graves que las previstas en la ley societaria. De esta forma se están desconociendo las normas imperativas del derecho societario, uniformes en el derecho comparado, incluso las que impiden el concurso preventivo en caso de pérdida total del capital social, como Colombia, Perú y Uruguay⁶⁰.

Aquí comienza el desencuentro. No se aplican las normas societarias. Se intentan quitas como técnica abusiva, se soslaya la posibilidad de una capitalización, y entonces el Derecho Concursal, los procedimientos concursales, llegan tarde y fracasan, y por eso se tiende a modificar constantemente la ley que los regula.

Si se atiende la crisis antes de la pérdida del capital social, cuando los administradores avizoran la crisis no habrá juicios –salvo por obligaciones extracontractuales y laborales-, y no será necesario pensar en un trámite judicial para paralizar de ejecuciones, ni respecto a la problemática de la invulnerabilidad de arreglos, extensión del acuerdo a los que no lo aceptaron, y la protección de la moneda fresca. Claro que la exteriorización de la crisis tiene un costo, no sólo de mediación sino de pérdida de confianza.

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

⁵⁶ RIPPE, Siegbert “Aproximación crítica al presupuesto objetivo del *estado de insolvencia* y de sus manifestaciones y efectos en la normativa concursal” en *ANUARIO DE DERECHO COMERCIAL n° 14*, Ed. Fundación de cultura universitaria, Montevideo, marzo de 2012, pág. 9 y ss..

⁵⁷ RICHARD, Efraín Hugo “Las soluciones negociadas como respuesta a la insolvencia empresarial. Visión desde el derecho argentino: la preconcursalidad societaria”, en libro colectivo *LAS SOLUCIONES NEGOCIADAS COMO RESPUESTA A LA INSOLVENCIA EMPRESARIA*, Director José Antonio GARCÍA-CRUCES, Ed. Departamento de Derecho de la Empresa, Univ. de Zaragoza, Thomson Reuters Aranzadi, pág. 33 y ss..

⁵⁸ 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.

⁵⁹ RICHARD, Efraín Hugo “NOTAS EN TORNO A LA PRECONCURSALIDAD SOCIETARIA: UN ESTUDIO COMPARADO”, en *Revista de Derecho concursal y Paraconcursal*, citado.

⁶⁰ RICHARD, Efraín Hugo “El equilibrio en la legislación societaria y concursal uruguaya: la preconcursalidad extrajudicial” en *25 años de la ley de sociedades comerciales. Necesidad de su reforma. 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.

posible a las estructuras productivas. Esta comunidad de objetivos entre ambas ramas del ordenamiento mercantil hacen necesaria una coordinación y armonización normativa –que impone ahora el art. 2 CCivCom, 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”⁶¹.

Respecto a la pérdida del capital social y las normas específicas de la legislación del medio técnico organizativo, Emilio BELTRÁN⁶² postulaba “...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...”.

3. La homologación, la profundidad de la crisis, abuso de derecho y fraude a la ley

La ley de concursos atiende la cesación de pagos de las sociedades, o sea la situación en que el activo corriente es insuficiente para satisfacer el pasivo corriente, a través de los medios preventivos –concurso preventivo, quiebra convertida en concurso o acuerdo preventivo extrajudicial- que frenan las acciones individuales y permiten la reorganización de la sociedad. Incluso se trata de atender la crisis en sus momentos iniciales.

Los socios abusarían del derecho si en vez de reintegrar el capital o capitalizar la sociedad la concursaran para que los acreedores asuman la pérdida. En tales casos, si el Juez no lo advierte y adopta las medidas del caso, el síndico debería remarcarlo en el informe general del síndico, conforme lo previsto en el inc. 7º del art. 39 LCQ, refiriéndose no sólo a la integración del capital social, sino ante la pérdida del capital social –antes de convocarse o después y antes del informe general-, señalando tal circunstancia y si administradores y socios han adoptado las previsiones de los arts. 96 y 99 LGS.

Si fracasara la tratativa extrajudicial de esa capitalización, o la liquidación privada se considerara inviable, recién aparecería lógica la presentación en concurso, formalizada temporáneamente con ese proceso. Y la capitalización de los créditos quirografarios puede ser la propuesta superadora para lograr un acuerdo. Quita y espera impuestas en acuerdo concursal importan enriquecimiento para los socios y empobrecimiento para los

⁶¹ 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.

⁶² BELTRAN 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.

acreedores, un verdadero abuso de derecho y fraude a la ley, reafirmado en el Código en análisis.⁶³

Ante propuestas de quita en concurso de sociedades se abren nuevas posibilidades a la judicatura para evitar el daño y encauzar la cuestión, conservando la empresa.

El Código Civil y Comercial, en su Título Preliminar⁶⁴ se refiere a un eje normativo, donde el mismo hace a la centralidad del derecho privado, imponiendo el derecho como sistema sobre las normas individuales, tanto por su art. 2° “coherente con todo el ordenamiento”, como por los arts. 10 y 12 CCivCom en cuanto refieren a las normas imperativas y la aplicación de la teoría del abuso del derecho y fraude a la ley si se intenta evitarlas a través de la aplicación de otras normas, apareciendo por la invocación a la “buena fe” en el art. 9° CCivcom, como un Código para la seguridad jurídica de las transacciones comerciales.

La apreciación lógica es simple y la reiteramos: si la sociedad tiene un mero problema de cesación de pagos, un activo corriente inferior al pasivo corriente, una espera –corta o muy larga- solucionará el problema. Si tiene patrimonio neto positivo no se advierte la necesidad de una quita.

Si la sociedad tiene un patrimonio neto neutro o negativo se ha producido una causal de disolución que impone su liquidación salvo que los socios decidan reintegrar el capital social o capitalizar, sea ellos mismos o terceros, incluso por la capitalización de pasivo (arts. 96 y 197 LGS). De no resulta responsabilidad de administradores, y quizá de socios⁶⁵, si el pasivo no resultara satisfecho. Intentar una quita en el concurso, cuya presentación es ratificada por los socios, implica un fraude a la ley societaria intentando que los acreedores asuman las obligaciones que tienen los socios, y los enriquezcan.

¿Esto no es impeditivo de la homologación de una propuesta en concurso de sociedad a tenor del art. 52 ap. 4 LCQ? Recuértese: impone al juez no homologar en ningún caso frente a abuso de derecho o fraude a la ley.

No tenemos duda que un juez deberá afrontar esta lógica y descartarla expresamente si decide homologar un acuerdo de quita en el concurso de una sociedad. Lo que podría ser aceptable en el concurso de una persona humana –salvo confiscatoriedad- difícilmente pueda catalogarse como que es un fraude a normas imperativas de la ley societaria.

Ante ciertos criterios que reducen la juricidad de las quitas al valor recibido por debajo de lo que correspondería en liquidación (“*the best interest of creditors*”) apuntamos que ello es lógico en el caso de personas humanas, pero descartable para personas jurídicas, especialmente societarias, por la función de garantía del capital social

⁶³ RICHARD, Efraín Hugo “Insolvencia societaria en el Proyecto de Código”, en diario La Ley del 4 de marzo de 2013, pág. 1 y ss..correspondiente al tomo La Ley 2013-B.

⁶⁴ RICHARD, Efraín Hugo “SOBRE EL TÍTULO PRELIMINAR DEL PROYECTO DE CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL”, en El Derecho, diario del 5 de abril de 2013, Buenos Aires.

⁶⁵ RICHARD, Efraín Hugo “EL ART. 99 LEY 19.550 Y CAUSALES DE DISOLUCIÓN DE SOCIEDADES (De cómo evitar responsabilidad ante la insolvencia societaria)”, en RDCO 2013-A- pág. 663, año 46, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires 2013.

que hemos analizado. Se sostenía que los límites de la legalidad se entienden traspasados cuando existe afectación del interés u orden público⁶⁶.

Parte de la doctrina clásica ha intentado morigerar la interpretación de la legislación societaria sosteniendo la legalidad del “esfuerzo compartido”. TRUFFAT ha escrito⁶⁷ “Con respeto a la propuesta concordataria propiamente dicha, extraigo –como consecuencia de lo antedicho- tres consecuencias básicas, en tanto y en cuanto se pretenda preservar la moralidad de tal medio de superación de la cesación de pagos: La necesidad de que la solución preventiva a obtener importe aquella que la doctrina argentina –tomando una frase feliz de la ley de emergencia 25.561- denomina: “*el esfuerzo compartido*”. Es literalmente inmoral que la solución concordataria devuelva al empresario (en general en sociedades de capital, a los accionistas de la concursada) una empresa revitalizada y que todo el daño emergente de la cesación de pagos recaiga “en exclusiva” en los acreedores del sujeto así salvado. Esa posibilidad importaría consagrar el enriquecimiento incausado en favor de los antedichos”. Lo ha vuelto a reiterar en un ensayo en prensa en la Revista de Derecho Concursal de la Fundación para la Investigación y Desarrollo de las Ciencias Sociales, bajo el título “el derecho concursal no es una isla, pero sí es un derecho especial”, lo que permite ubicar el problema dentro de lo previsto por el art. 150 incs. a y c CCivCom. A su vez sostuvo similar posición el especialista tucumano Bernardo CARLINO⁶⁸.

La solución es la capitalización de pasivos que hoy se aconseja en las reformas en la legislación de crisis, de acreedores profesionales, pero porque no incluir a los proveedores que ven vinculado su futuro con la sociedad proveída en crisis, compartiendo así un proyecto productivo en común.

Pero la capitalización de pasivo también puede implicar un abuso en ciertos casos, particularmente cuando la viabilidad de la sociedad está comprometida, esas dudas sobre las ventajas de la capitalización han sido expresadas por la jurisprudencia, en el caso “Baugruppe S.R.L. s/ quiebra” rechazando la homologación de un acuerdo que ofrece la capitalización de créditos ante el dudoso y reducido valor de las participaciones en el capital de la empresa insolvente: “Es que, como bien se sostuvo en el dictamen que antecede, no explicitó la deudora cuál es el beneficio que obtendrían los acreedores en adquirir cuotas partes de una sociedad sin actividad alguna, que no genera ganancias, siendo su única actividad el recupero de créditos litigiosos. Así, la propuesta de acuerdo formulada resulta por demás escabrosa al no existir elementos que permitan evaluar la rentabilidad de la empresa, ni siquiera el valor de las cuotas partes ofrecidas”.

⁶⁶ Numerosas sentencias destacan la afectación del interés público, así, entre otras, CNCom., sala B, 3-9-96, “Covello, Francisca s/Quiebra s/Incidente de apelación y CNCom., sala A, 9-4-97, “Btsh, José David s/Quiebra s/inc. (art. 250)”, CNCom., sala B, 8-3-2002, “Jorsar SA s/Concurso preventivo” y CNCom., sala C, 4-9-2001, “Línea Vanguard SA s/Conc. prev”.

⁶⁷ TRUFFAT, Daniel “La abusividad de la propuesta y la moralización de los concursos en lo atinente –preisamente- a la oferta del deudor”, en Segundo Congreso Iberoamericano de Derecho Concursal, Mérida, Estado de Yucatán, México.

⁶⁸ CARLINO, Bernardo “Las quitas a los pasivos deben ser proporcionales o menores a la inyección de fondos de los socios (art. 96 LGS)”, en *CRISIS Y DERECHO* IV Congreso Argentino de Derecho Concursal – VII Congreso Iberoamericano de Derecho de la Insolvencia, Córdoba, septiembre 2015, Ed. Fespresa, tomo III El sistema concursal, pág. 48.

Particularmente la capitalización de pasivos en casos de inexistencia de posibilidades de la sociedad de generar utilidades o sea de satisfacer los recaudos previstos en el art. 100 LGS, obligatorio si hubiera pérdida del capital social, se calificaría porque al haber pago total por compensación se eliminan acciones contra fiadores y deudores solidarios, como así también acciones de responsabilidad.

Recuérdese que la quita es tratada impositivamente como ganancia, aunque se difiera su pago.

De la exposición anterior resulta que el derecho concursal ofrece herramientas adecuadas para evitar las quitas y esperas desmesuradas impuestas con mayorías artificiales. Para impedir las quitas basta con tratarlas correctamente desde la normativa concursal, acudiendo a los propios criterios contenidos en la normativa falencial (art. 52 inc. 2, b) apartado (iv) LCQ) y a principios generales del ordenamiento como la proscripción del fraude de ley y del abuso de derecho⁶⁹

Otro camino para evitar la declaración de quiebra sería imponer a la sociedad concursada como “tercera vía” atender la cuestión por la vía de aplicación de normas imperativas de la ley societaria ante la presencia de causales de disolución que debieron enfrentar, según el caso, concordante con las vías de la norma imperativa del art. 96 LGS, que prevé la capitalización de pasivo⁷⁰, pero no la quita. Los socios deberían “compartir” el riesgo pero no enriquecerse so pretexto de la conservación de la empresa.

El enriquecimiento por quitas es claro en el beneficio de los socios, el pasivo se contrae, el activo insuficiente pasa a ser mayor lo que podría llegar hasta para permitir distribuir utilidades. Por ello la quita es imponible como ganancia, difiriendo su pago hasta 4 años o antes si se reparten utilidades.

Es una colaboración con el esforzado trabajo de la judicatura, imponiéndose recordar que ante la insolvencia o sea la pérdida del capital social de las sociedades previenen los arts. 94 inc. 5°, 96, 99 y 100 LGS, que aseguran la capitalización o la liquidación de la sociedad. Esas previsiones imperativas no podrán ser soslayadas por la homologación de un acuerdo o la imposición de condiciones como “tercera vía” que supongan quitas, enriqueciendo así a los socios y perjudicando a los acreedores, cuando el equilibrio se logra como hemos señalado.

El tema se perfila de otra manera si alcanza a formalizarse propuesta de quita, sea que no se haya producido la pérdida del capital social, caso en que habría abuso de derecho pues sólo sería necesaria una espera⁷¹, o que se hubiera producido la pérdida del

⁶⁹ Esta es la solución propuesta por Monti acogida por jurisprudencia reciente, así CNCom., Sala F, “Baugruppe S.R.L. s/ quiebra” que explícitamente señala: “Así pues, los magistrados siempre se encuentran facultados -y aún constreñidos- a valorar los principios que informan el orden jurídico en su integridad, porque la legislación concursal no es una isla o un compartimiento estanco, circunstancia que conduce a que deba siempre prevalecer el interés general del comercio, del crédito y de la comunidad en general por sobre el individual de los acreedores o del deudor”.

⁷⁰ La capitalización del pasivo puede sugerirse como equilibrio con las quitas, introduciendo cláusulas de compra forzosa de las acciones entregadas con la quita prevista, decidida por el acreedor ahora accionista, o por decisión de los socios pagando por las acciones el cien por ciento de la acreencia dentro de un periodo determinado.

⁷¹ Eventualmente sin intereses o con un ajuste de intereses.

mismo y se intentara violar las normas de la función de garantía del capital social, lo que implicaría un fraude a la ley.

Si hay abuso el juez debería aplicar la norma del art. 10 del Título Preliminar: “... El juez debe ordenar lo necesario para evitar los efectos del ejercicio abusivo o de la situación jurídica abusiva y, si correspondiere, procurar la reposición al estado de hecho anterior y fijar una indemnización”. En el caso una sociedad continúa su operatoria en el mercado contrariando normas imperativas de la ley y transfiriendo el riesgo, cuando no generando daño, o intentando obtener quitas en un concurso preventivo no habiendo perdido el capital social.

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 se 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 confiscatoriedad⁷² por quiénes no aceptaron las quitas –aunque si se considera el derecho de propiedad de orden público sería irrenunciable a tenor del art. 12 CCivCom, 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-.

No se trata de responsabilizar a nadie, ni administradores ni socios, que para ello tiene que haber daño, estamos tratando 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, y no se sorprenda a la judicatura por medio de abusos en procesos concursales de sociedades.

Pero aunque un juez no entendiera que cada uno de esos aspectos hace ilegítima la homologación por falta de propuesta o de requisitos que la integran, no podrá dejar de analizarlos individual y conjuntamente al revisar tradicionalmente la abusividad de la propuesta⁷³.

⁷² 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, Tomo I pág. 715.

⁷³ “Si bien es cierto que la insolvencia no concede al deudor una irrestricta facultad para ofrecer cualquier plan de pagos, que expolie a los acreedores o les imponga sacrificios desmedidos, pues un concurso preventivo es, entre otras cosas, una herramienta al servicio de un reparto equitativo de los sacrificios que deudor y acreedores deben hacer en aras de principios superiores, no lo es menos que en casos de convocatorias de acreedores vinculadas material y fácticamente a hechos económicos y financieros que llevaron a la declaración oficial de emergencia productiva y crediticia dispuesta por la ley

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.

23.561 (art. 1°), el criterio de la judicatura no puede ser el mismo que en situaciones de estabilidad y normalidad.” Del fallo en la causa "Editorial Perfil SA s/ concurso preventivo" de la CNCOM de fecha 19/09/2007, en la forzada homologación del acuerdo propuesto.