

# CONCURSOS DE SOCIEDADES: 'ACUERDOS' Y CORTE SUPREMA

Efraín Hugo RICHARD

Publicado en **RECURSOS EXTRAORDINARIOS – DOCTRINA Y JURISPRUDENCIA**, AAVV Directora Angelina Ferreyra de de la Rúa, Coordinadora Mariana A. Liksenberg, Edición *Advocatus*, Universidad Empresarial Siglo Veintiuno, Córdoba, diciembre 2016, pág. 461.

**SUMARIO: I – DELIMITACIÓN. II – LA ESTRATEGIA JURÍDICA. III - LAS RESPUESTAS DE LA CORTE Y SU EXPANSIÓN. IV – EL PRELUDIO. EL ABUSO DE DERECHO. LA ILICITUD OPERATIVA. V – OTRA ABUSIVIDAD: TERCEROS Y EL PROCESO. VI – LA PRECONCURSALIDAD SOCIETARIA Y LA CORTE. VII - LA ABUSIVIDAD Y CRITERIOS SUBJETIVOS PARA DETERMINARLA. VIII – EL ELEMENTO OBJETIVO DEL *OBITER DICTUM*: LA PRECONCURSALIDAD SOCIETARIA. IX - ABUSO Y FRAUDE EN PROPUESTAS DE QUITA EN CONCURSO DE SOCIEDADES. X- LAS NOVEDADES DEL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL. XI – MEDITANDO.**

- -----  
Rescatando un *obiter dictum* de la Corte y en análisis de otros pronunciamientos, se advierte de un sistema de preconcursalidad societaria que prevendría las crisis y acotaría los evidentes abusos que hoy se practican en los concursos de sociedades trasladando las responsabilidades y daños que deberían soportar los socios a los acreedores.

**Palabras claves: concurso de sociedades – abuso y fraude a la ley – propuestas ilegales – preconcursalidad societaria**

-----

La distinguida Profesora Dra. Angelina Ferreyra de de la Rúa nos ha invitado a ensayar sobre la doctrina de la Corte en torno a propuestas de acuerdo en concurso de sociedades, lo que nos llevó a encontrar pocas referencias sobre ello, aunque importantes. Las mismas resulta ahora potenciadas por

normas del Código Civil y Comercial (CCC)<sup>1</sup> y de la Ley General de Sociedades (LGS) que regirán a partir del 1° de agosto del corriente año 2015.

Lo haremos en breve ensayo, para provocar mejores análisis, intentando un preludio sobre los abusos en concursos de sociedades.

## I – DELIMITACIÓN.

La sociedad, como persona jurídica privada, es un instrumento jurídico maravilloso para la organización de esfuerzos: técnicos, laborales y de capitales, generando riqueza y puestos de trabajo en la mayoría de los supuestos. Como instrumento técnico de organización brindado por el legislador para su libre uso, no puede convertirse en un medio para generar daño.

En este aspecto apuntamos a su crisis, en cuanto la incapacidad patrimonial puede generar daños a los terceros que se vinculen contractualmente o no con ese patrimonio independiente.

Esa insuficiencia patrimonial suele desembocar en un procedimiento concursal voluntario, o sea generado por la propia sociedad a través de sus órganos de administración y gobierno: Acuerdo Preventivo Extrajudicial o Concurso Preventivo<sup>2</sup>, requiriendo de los acreedores, en propuestas que se les formalizan, importantes quitas, períodos de gracia y espera en escalonadísimos pagos. Esto ha motivado nuestra reacción, sosteniendo el abuso de esos procedimientos, cuando no fraude a la ley.

No somos pioneros en ello. Lo marcó la doctrina española. Remarcan esa posición el Camarista rosarino Dr. Edgar Baracat<sup>3</sup> y el Dr. Marcelo Barreiro<sup>4</sup>, y nos han acompañado Juan Carlos Veiga<sup>5</sup>, y el Abogado y Contador Prof. Jorge Fernando Fushimi<sup>6</sup>. Las normas del CCC y LGS parecerían acentuar esta posición.

---

<sup>1</sup> Como demostró la distinguida Profesora en su discurso de incorporación sobre “Teoría General del Proceso”, como Miembro de Número a la Academia Nacional de Derecho y Cs. Sociales el día 16 de junio de 2015, cuando estábamos gestando este ensayo que debemos entregar antes del 30 de ese mes.

<sup>2</sup> O quiebra pedida por tercero y convertida en procedimiento preventivo.

<sup>3</sup> BARACAT, Edgard “EL DESVANECIMIENTO DE LOS PROCEDIMIENTOS ORTODOXOS PARA ABORDAR LA INSOLVENCIA DE LAS PERSONAS FÍSICAS Y EMPRESAS.- ¿UN GIRO DEFINITIVO HACIA EL PRIVATISMO?-, comunicación a Congreso Nacional de Derecho Procesal, donde apunta “Desde otra dimensión (“no concursal”) se plantea por Efraín Hugo Richard la de desjudicializar la insolvencia de los entes societarios.- Señala que los problemas concursales – o de crisis de empresa – no pueden solucionarse siempre dentro de la legislación concursal, y la problemática de la reparación a los acreedores debe ser afrontada integrando el análisis con las normas sobre responsabilidad general contenidas en el Código Civil y las específicas de la ley societaria”.

<sup>4</sup> Vicepresidente del IIDC, en el ensayo presentado en el Congreso Iberoamericano de Derecho Concursal de Cartagena 2014, organizado por el IIDC.

<sup>5</sup> Miembro también de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba en “EL CONTRADERECHO (EL ABUSO Y EL FRAUDE EN LA HOMOLOGACION DE ACUERDOS CONCURSALES PROPUESTOS POR SOCIEDADES COMERCIALES CON QUITAS), en *Pensar en Derecho*, Nro. 5 Año 3, pág. 257, Buenos Aires, Febrero 2015. Ed. Eudeba, Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires.

<sup>6</sup> FUSHIMI, Jorge Fernando (Miembro del Instituto de la Empresa de esa Academia) – RICHARD, Efraín Hugo “LA QUITA EN CONCURSOS DE SOCIEDADES Y SU TRATAMIENTO FISCAL (y algunos aspectos periféricos)” t. 1 p. 635 de los libros de los Congresos VIIIº CONGRESO ARGENTINO DE DERECHO CONCURSAL VIº CONGRESO IBEROAMERICANO DE LA INSOLVENCIA, Tucumán (R.A.) septiembre de 2012, *POR UN MEJOR DERECHO CONCURSAL*.

## II – LA ESTRATEGIA JURÍDICA.

Se suelen generalizar esos aspectos, al mismo tiempo para minimizarlos, bajo referencias al abuso en los procesos concursales.

Se pone de relieve la astucia legal y la estrategia jurídica: “El sistema legal es una de las condiciones que una empresa en una cualquier plaza utilizará para incrementar su productividad. Tal como señaló Porter ‘las empresas no pueden operar bajo excesiva burocracia regulatoria, que requieren interminables diálogos con el gobierno, ni tampoco pueden operar bajo un sistema judicial que no pueda resolver las disputas de manera rápida y justa’ (1996<sup>a</sup>, 210-211) (...) El enfoque sistémico al derecho y al management explicita el impacto del derecho en las fuerzas del mercado, los recursos de una empresa, y las fuerzas del mercado, los recursos de una empresa, y las actividades que comprenden su cadena de valor. (...) Algunas leyes regulan y constriñen, pero otras permiten y proveen herramientas que los administradores de empresas legalmente astutos pueden usar para administrar una empresa de manera más efectiva. (...) el derecho afecta al ambiente competitivo, a los recursos de la empresa, y a las actividades en su cadena de valor (...) la astucia legal puede ser una capacidad dinámica que ofrezca una ventaja competitiva”.<sup>7</sup>

Equívocamente puede verse como una decisión de esa astucia legal usar el concurso para trasladar los daños de la crisis patrimonial de una sociedad, a cargo de sus socios a los acreedores.

Remarcado el sentido ético se expresa “(...) la vida se desarrolla, de manera consciente o inconsciente, como una gran estrategia (...) una construcción valiosa de la noción de *estrategia jurídica* puede referirse a la *ordenación de los medios* para lograr el *objetivo* general de Derecho perseguido. Remitiéndonos dentro de la especificidad de la táctica a la *táctica jurídica* construimos esta noción abarcando los *medios específicos* para el cumplimiento de la estrategia.(...) Según la propuesta de construcción que sostenemos, el mundo jurídico resulta *integrado* en la *tridimensionalidad* del *mundo político*. El mundo político consta de actos de coexistencia (*dimensión sociológica*) captados por normas (*dimensión normológica*) y valoración por el complejo de los valores de convivencia (*dimensión axiológica*). En una perspectiva más dinámica, se trata de la actividad vinculada al aprovechamiento de las oportunidades para realizar actos de coexistencia captados por normas y valorados por el complejo de valores de convivencia.”<sup>8</sup>

---

<sup>7</sup> BAGLEY, Constance E. “¿Qué tiene que ver el Derecho? Un enfoque sistémico del Management”, traducción autorizada de Sebastián Heredia Querro del artículo de la Profesora de la Escuela de Negocios de Harvard del 10 de abril de 2006.

<sup>8</sup> CIURO CALADANI, Miguel Ángel “La recuperación de la aptitud estratégica, una necesidad de la juridicidad actual”, en *Revista de la Facultad de Derecho Universidad Nacional de Rosario Edición Especial 55º Aniversario de la Creación de la Escuela de Derecho*, n° 21 . tomo I, Rosario, República Argentina 2014, pág. 97 y ss..

Se explica así que el sistema jurídico es unitario e impone su análisis integral, particularmente ante las nuevas disposiciones del CCC en el art. 2º del Título Preliminar, que refiere a la unidad del sistema jurídico, integrándolo no sólo con normas sino con valores.<sup>9</sup>

“El optar por la naturaleza prudencial del razonamiento jurídico interpretativo, nos pone a cubierto de cierto relativismo en que incurren aquellos que contemporáneamente recurren exclusivamente a la retórica (...) lo retórico implica la necesidad de mostrar la razonabilidad y justicia de la determinación jurídica contenida en la conclusión del silogismo prudencial(...)”.<sup>10</sup>

El uso de la legislación concursal se despliega con retórica y justificativos económicos, pero sin análisis del sistema jurídico integral, incluso con prácticas *contra legem*.<sup>11</sup> “¿Está herido el derecho? No como norma, pero si como precepto rector de la conducta de una comunidad.”<sup>12</sup>

### III - LAS RESPUESTAS DE LA CORTE Y SU EXPANSIÓN.

En específicos aspectos concursales societarios hemos localizado limitados pronunciamientos – en la estricta competencia de la Corte- sobre lo que llamamos “efecto de los contratos respecto de terceros” en la práctica de la cesión de créditos o pago con subrogación para sustituir al acreedor verificado, que motivó el fallo en el caso “Arcángel Maggio”, y sobre la “preconcursalidad societaria” en un *obiter dictum* en el caso “Comercial del Plata”, y alguno más que apuntaremos como marco referencial de ilicitudes.

No investigamos como terminaron esos juicios, pues luego alejados del control de la Corte puede haber ocurrido cualquier cosa, como en el caso “Provincia de Chubut c/ Centrales Térmicas Patagónicas S.A.”<sup>13</sup>, donde se apuntó que "Lo que es inmoral, lo que es contrario al orden social, lo que se reputa inexistente por falta de formas substanciales, no puede subsanarse por el transcurso del tiempo. El acto será siempre inmoral, contrario al orden público o carente de las formas indispensables a su existencia, cualquiera sea el número de años que hayan pasado desde su celebración. El tiempo es impotente para transformar lo inmoral en moral, lo ilícito en lícito, lo informal en formal, y siempre el acto conservará el vicio original". Se juzgó así el apalancamiento financiero que gestó el grupo mayoritario en una privatización perjudicando a la empresa, y a las participaciones del Estado Nacional y las del Programa de Propiedad Participada de los trabajadores, sin reacción alguna de éstos, repetido en muchas de las privatizaciones tramitadas en los 90 e indubitablemente en el caso Aerolíneas

---

<sup>9</sup> Nto. “Sobre el título Preliminar del Proyecto de Código Civil” en EL DERECHO 252-diario del 5 de abril de 2013.

<sup>10</sup> VIGO, Rodolfo L. (h.) “La interpretación de la ley como saber prudencial retórico”, en EL DERECHO, tomo 112, diario del 19 de abril de 1985.

<sup>11</sup> Nto. “Insolvencia societaria en el Proyecto de Código”, La Ley tomo 2013-B-diario del 4 de marzo de 2013.

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

<sup>13</sup> Publicado en: LA LEY2002-E, 863.

Argentinas S.A.. La aplicación del fallo de la Corte con su criterio axiológico valorativo podía –y puede- variar integralmente el futuro económico de nuestro país, pero dudamos lo que pueda haber ocurrido en la continuidad o ejecutividad de ese mismo juicio, y menos esperanza tenemos de la expansión de ese ejemplificador pronunciamiento, cuya expansión habria eliminado los problemas patrimoniales de las empresas privatizadas, aunque no se haya pronunciado en una situación concursal, sino de administración fraudulenta societaria.

Vayamos al análisis que nos hemos propuesto con otros aspectos concursales abusivos.

#### IV – EL PRELUDIO. EL ABUSO DE DERECHO. LA ILICITUD OPERATIVA.

Sobre el uso abusivo de la técnica organizativa, hay que sacarse la venda como lo hizo la Corte en el caso *“Compañía General de Negocios SAIFE s/ pedido de quiebra por Mihanovich, Ricardo L.”*<sup>14</sup>, disponiendo la apertura de la quiebra en el país de sociedad *off shore* constituida en el extranjero, ante la ilegalidad de la operatoria. La Corte reconoció esa operatoria en el pedido de quiebra en el país de la Compañía General de Negocios, domiciliada en Uruguay y ante un documento aparentemente pagadero en ese país. La petición había sido rechazada en primera y segunda instancia, pero la Corte ordenó receptor la petición al haberse acreditado que tal Compañía extranjera operaba casi con exclusividad en el local de la Ciudad de Buenos Aires del Banco General de Negocios, sistema bien conocido en otras bocas de inversión de otras compañías<sup>15</sup>. En el auto de procesamiento de Carlos Rhom la Jueza a cargo de la Instrucción sostuvo que *“...no puede sino considerarse que la operación paralela trasciende los límites del país y que la misma pudo llevarse a cabo mediante una participación activa de los funcionarios y de los directivos del Banco General de Negocios SA y de su estructura, puede concluirse que la misma pone en duda la credibilidad del sistema financiero argentino, de la honestidad de sus banqueros y de la política del "buen administrador" que debe primar en esta actividad fundamental para el desarrollo de un país”*.

Después de varios años del *default* del Banco, el cliente obtuvo un reconocimiento judicial de su derecho, que posiblemente será difícil materializar económicamente, salvo que se asuma lo que expresamos de seguido. Entendemos que el fallo de la Cámara se enrola en lo que ha señalado el Presidente de la Corte, el Prof. Dr. Ricardo Lorenzetti<sup>16</sup> sobre la conveniencia de “tomar decisiones adecuadas y actuar sobre el encauzamiento de la litigiosidad; la orientación del sistema hacia los

---

<sup>14</sup> RICHARD, Efraín Hugo *ACTIVIDAD ILICITA DE SOCIEDAD EXTRANJERA (indirect doing business) Y SU QUIEBRA EN EL PAÍS (en torno a importantísimo fallo de la Corte)*, publicado en *elDial Express* del lunes 16 de marzo de 2009.

<sup>15</sup>Nto. “*ACTIVIDAD ILICITA DE SOCIEDAD EXTRANJERA (“indirect doing business”) Y SU QUIEBRA EN EL PAÍS* (en torno a importantísimo fallo de la Corte)” en *Revista el Dial.Express* del lunes 16 de marzo de 2009, y también en *Doctrina Societaria y Concursal*, Ed. Errepar, 2009, y en [www.acaderc.org.ar](http://www.acaderc.org.ar)

<sup>16</sup> En “Los desafíos de la Justicia” en *La Voz del Interior* 13 de diciembre de 2009 pag. 10 A.

resultados, es decir, decidir los conflictos, lo que requiere fortalecer las decisiones antes que las tramitaciones y las dilaciones”.

La cuestión vincula interdisciplinariamente estudios de Derecho Bancario, Tributario, Internacional Privado y Societario, entre otros, valorizando al derecho como sistema de convivencia, no de conveniencia<sup>17</sup>, como impone ahora en forma indubitada el art. 2 CCC.

Las referencias del caso contienen la calificación de ilicitud. Y tal calificación permite tipificar la sanción por “actividad ilícita” contenida en la Ley de Sociedades Comerciales de nuestro país N° 19.550 (ahora LGS), que autoriza ante tal constatación la actuación oficiosa de cualquier juez para disponer la liquidación de la sociedad, con responsabilidad solidaria de socios y administradores con el alcance previsto en el art. 19 LGS.<sup>18</sup>

Nuestra posición intenta –dentro del sistema legal vigente y más precisamente desde la normativa societaria- dar un principio de solución para que las personas perjudicadas puedan lograr una satisfacción más o menos inmediata a sus reclamos<sup>19</sup>, conforme las previsiones de dicha norma.

Ante estos supuestos –pero también en análisis de la responsabilidad falencial y societaria- cabe apuntar que correspondería por los antecedentes del caso la aplicación del art. 19 LGS atento la actividad ilícita acreditada en los autos. Hemos teorizado sobre la aplicación de la sanción por actividad ilícita a la sociedad que opera antifuncionalmente en el mercado<sup>20</sup>.

Es importante determinar que un acto lícito individualmente puede considerarse, en su reiteración, como actividad ilícita: la actividad de intermediación financiera no autorizada<sup>21</sup>.

La LGS formaliza un catálogo de ilicitudes en relación a la actividad o al objeto, que otras legislaciones no abordan de igual manera<sup>22</sup>.

---

<sup>17</sup> Quién quiera conocer más sobre estos aspectos, la declaración del G 20, el referido fallo, el indirect doing business y la actividad ilícita puede ver nuestros ensayos en la página electrónica de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba [www.acaderc.org.ar](http://www.acaderc.org.ar)

<sup>18</sup> Art. 19 LGS: “Sociedad de objeto lícito con actividad ilícita. Cuando la sociedad de objeto lícito realizare actividades ilícitas, se procederá a su disolución liquidación a pedido de parte o de oficio, aplicándose las normas dispuestas en el art. 18. Los socios que acrediten su buena fe quedarán excluidos de lo dispuesto en los párrafos 3 y 4 del artículo anterior”. Dicho artículo anterior, el 18 LGS dispone: “Objeto ilícito. Las sociedades que tengan objeto ilícito son nulas de nulidad absoluta. Los terceros de buena fe pueden alegar contra los socios la existencia de la sociedad, sin que éstos puedan oponer la nulidad. Los socios no pueden alegar la existencia de la sociedad, ni aun para demandar a terceros o para reclamar la restitución de los aportes, la división de ganancias o la contribución a las pérdidas. “Liquidación. Declarada la nulidad, se procederá a la liquidación por quien designe el juez. 3” Realizado el activo y cancelado el pasivo social y los perjuicios causados el remanente ingresará al patrimonio estatal para el fomento de la educación común de la jurisdicción respectiva. 4” Responsabilidad de los administradores y socios. Los socios, los administradores y quienes actúen como tales en la gestión social responderán ilimitada y solidariamente por el pasivo social y los perjuicios causados”.

<sup>19</sup> Trabajos vinculados y otros pueden verse en [www.acaderc.org.ar](http://www.acaderc.org.ar) de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba.

<sup>20</sup> Nto. “Sociedad en insolvencia y actividad ilícita” en *Doctrina Societaria y Concursal*, Ed. Errepar, Bs. Aires 2004, tomo XV pág. 313.

<sup>21</sup> Nto. “Banca de hecho. Actividad ilícita Comentario a jurisprudencia “Romeo Anunciada M.E. c/ Peña, Jaime y otras s/ Ordinario”, pág. 29 *Revista de las Sociedades y Concursos* n° 7 Noviembre Diciembre 2000, Buenos Aires 2001.

<sup>22</sup> Tales como la francesa, alemana e italiana. En el Derecho Italiano, el Código Civil integra el sistema en el art. 2084, en vez de remitir como lo hace el art. 20 LS a disposiciones de otras leyes. Dicho artículo dispone “Condiciones para el ejercicio de la empresa. La ley determina las categorías de empresa cuyo ejercicio está subordinado a concesión o autorización administrativa. Las otras condiciones para el ejercicio de las diversas categorías de empresas son establecidas por la ley y por las normas corporativas”. La ley uruguaya n° 16060 de “Sociedades comerciales, grupos de interés económico y consorcios” del año 1990, aborda la cuestión dentro de la sección IV, “Régimen de nulidades” para los supuestos de los arts. 18 y 20 de nta. Ley de sociedades, y dentro de la sección XIII “De la disolución” el supuesto

De esta forma ninguna sociedad constituida en el extranjero podrá prevalerse de la no inscripción en el país, violando las normas de orden público interno de publicidad, para evitar ser fácilmente ser citados a juicio. Como decía Calamandrei no es justicia la que llega tarde, como lo hace siempre la guardia en la “ópera bufa” cuando el “héroe” escapa después de una larga aria.

Esa declaración sobre la actividad ilícita tendrá en todos los casos un efecto contaminante de responsabilidad. Efectivamente, si se da por acreditado que la actividad ilícita se desarrollaba en la sede de un banco argentino corresponderá aplicar a éste –al margen de su situación falencial- la norma del art. 19 LGS a cualquier evento, tanto sobre responsabilidad de socios y administradores, como de un eventual destino de los activos en caso de existir sobrante en la liquidación.

La justicia se sacó la venda de los ojos, pero no para mirar al justiciable, sino para mirar la prueba y la realidad de los negocios como requería Joaquín Garriguez. Lo importante es la manda legal del art. 19 LGS para aplicarse de oficio, suerte de penas patrimoniales ante la ilicitud acreditada, pero dentro de la teoría general de la responsabilidad civil con base subjetiva, previsiones por actividad ilícita deberá ser expansiva a otras modalidades en que las sociedades causan daño a sabiendas.

#### V – OTRA ABUSIVIDAD: TERCEROS Y EL PROCESO.

Otro abuso es la intervención de terceros ajenos al concurso en la aprobación de la propuesta de acuerdo formalizada en el concurso de una sociedad.

La Corte se expresó en contra del criterio de la Cámara y de la Procuradora el 15 de marzo de 2007 en "Recurso de hecho deducido por Arcángel Maggio S.A. en la causa Arcángel Maggio S.A. s/ concurso preventivo s/ incidente de impugnación al acuerdo preventivo", anate que “la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, Sala A, por mayoría, revocó la sentencia de la instancia anterior e hizo lugar a la impugnación que, en los términos del art. 50 de la ley 24.522, opusieron diversas firmas acreedoras respecto del acuerdo preventivo logrado en autos por Arcángel Maggio S.A. En la misma decisión, el tribunal de grado ordenó al juez de la causa que adecuara el procedimiento de conformidad con lo dispuesto por el art. 48 de la ley citada”.

O sea que terceros negociaron con los acreedores, por lo que se había declarado la quiebra llegando a la Corte por recurso de la concursada, expresándose “3) extemporaneidad por parte de cesionarios de créditos privilegiados a la preferencia de los créditos cedidos con el objeto de formar la mayoría necesaria para aprobar el acuerdo dirigido a los acreedores quirografarios; 4) existencia de

---

del art. 19, con particulares notas características que la aparta de nuestras soluciones, pese a haber seguido el sistema de la ley argentina, sus experiencias jurisprudenciales y sus críticas doctrinarias. RICHARD, Efraín Hugo *Actividad ilícita de sociedades* I Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa, Córdoba 1992 tomo II p. 575.

acuerdos paralelos negociados por fuera del expediente a través de testafierros, que respondían a los intereses de la concursada, violatorios de la par condicio creditorum”.

El análisis de la Cámara pasó por criterios subjetivos en torno a la abusividad de la propuesta.

“12) Que, independientemente de lo anterior, la cámara de apelaciones consideró incurso a la concursada en la hipótesis de fraude contemplada por el art. 52, inc. 4, de la ley 24.522, con apoyo en el dictamen fiscal a cuyos términos remitió y a un desarrollo argumental propio, que refiere a concretas circunstancias de la causa”, suscribiéndolo los Dres. LORENZETTI, HIGHTON de NOLASCO (según su voto), FAYT, PETRACCHI (en disidencia), MAQUEDA (en disidencia), ZAFFARONI (en disidencia) y ARGIBAY (según su voto)<sup>23</sup>.

1. Como se advertirá el tema central pasó sobre la consideración de la Cámara sobre fraude generado por la intervención de cesionarios, y la exclusión de revisión por recurso extraordinario.

Formalizamos una referencia complementaria, vinculado a la aplicación de normas imperativas del Código Civil, vinculándola al “negocio” del concurso de sociedades, señalando introductoriamente que la quita es cuando menos un abuso de derecho si sólo existe activo corriente menor que el pasivo corriente, que sólo ameritaría una espera, sino un fraude a la ley societaria si existiere un patrimonio neto neutro o negativo, pues se imponía que los socios reintegraran o capitalizaran por sí o terceros – incluso capitalizando el pasivo- o liquidaran la sociedad, en vez de patrimonializar a “su” sociedad a través de lograr el sacrificio de los acreedores. Ello se lograba tratando de que se verificara la menor cantidad de créditos –facilitado por la reforma del art. 21 ley 24522 (art. 1774 ley F 0064 Código de Comercio en el Digesto Jurídico Argentino)-, que eran los habilitados a expresar su conformidad con la propuesta –votar- y con la aparición de un cesionario o subrogatario alcanzar la mayoría exacta para imponer acuerdos con quitas y esperas ajenas a las prácticas comerciales, generando con esa pérdida en el patrimonio de los acreedores un importante incremento en el patrimonio social.

Nadie se sustituye en la titularidad de un crédito para empeorar a sabiendas, pues no se realizan las cesiones o los pagos con subrogación –usaremos en más la expresión “cesionario” para abarcar los dos supuestos- antes o inmediatamente de la presentación en concurso, sino luego de concluido el período de verificación tempestiva de créditos y formalizada la propuesta, normalmente pocos días antes de expirar el período de exclusividad. Allí el cesionario ya conoce cuanto y cuando cobrará si “adquiere” el crédito verificado. Y nadie va a menos, no se trata de un mercado de créditos dudosos. Se

---

<sup>23</sup> Recurso de hecho interpuesto por Arcangel Maggio S.A., representado por el Dr. Francisco Pablo Maggio, patrocinado por el Dr. Rodolfo C. Barra Tribunal de origen: Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, Sala A Tribunales que intervinieron con anterioridad: Juzgado Nacional en lo Comercial N. 5.

trata de la precisa sustitución de créditos para lograr ajustada mayoría para la aceptación de la propuesta confiscatoria.

2. Hemos sostenido que en los concursos no puede aceptarse que la convocada, especialmente cuando se trata de una sociedad, enriquezca a sus socios a través de la transferencia de la propiedad de los acreedores por medio de quitas y esperas ilegales, además obtenidas por un sistema ajeno al de la concursabilidad, a través de cesión o subrogación de créditos y el consiguiente uso del mismo por un tercero, sin interés ni causa similar al de los demás convocados (concurrentes y admitidos), en perjuicio de los acreedores que no pueden votar o de los que votaron en contra.

La cesión o subrogación implican negocios jurídicos que no pueden afectar a terceros. Cuando se practican en un concurso y luego votan sin duda lesionan intereses de terceros. Justamente el perjuicio a terceros es lo que destierra el sistema del Código Civil, aún dentro de las relaciones de cambio. Así los arts. 1195 in fine CC “*Los contratos no pueden perjudicar a terceros*”, reforzado por el art. 1199 CC. “*Los contratos no pueden oponerse a terceros, ni invocarse por ellos, sino en los casos de los arts. 1161 y 1162*”, particularmente con la previsión impuesta por el art. 1198 C.C.. No es tercero el deudor en el caso de la cesión o subrogación, por la noticia que se le da, pero si son terceros los acreedores convocados a un concurso<sup>24</sup>. No hace a la buena fe (art. 9 CCC).

Aún en la hipótesis de la absoluta autonomía de la voluntad, incompatible con el sistema concursal preventivo, la cesión de créditos a los terceros no convocados o no verificados no podría perjudicar a terceros, por lo que no podrían con su voto generar la mayoría que imponga a los que no adhieren o no pueden expresar su voluntad, acuerdos que afectaren sus derechos –arg. Art. 1195 CC.<sup>25</sup>.

3. Jurisprudencia reciente permite presumir la marginación de las prácticas actuales en los concursos. Se trata de la causa "MANDALUNIS, TOMAS EDUARDO S/ Concurso preventivo", fallado por la Cámara Comercial de la Capital el 25 de febrero de 2014, donde se hallaba “en tela de juicio la validez de un pago con subrogación realizado por un tercero ..., quien, pocos días antes de la expiración del período de exclusividad, dió en pago en este concurso preventivo una suma destinada a cancelar” un crédito verificado por otro acreedor.

---

<sup>24</sup> Ntos. “EXCLUSIÓN DE CESIONARIOS PARA APROBAR LA PROPUESTA”, en eMercantil n°9 de 2013, en boletín del 28 de febrero de 2013. “LEGITIMACIÓN PARA VOTAR EL ACUERDO CONCURSAL (¿NEGOCIO COLEGIAL COLECTIVO?)” en La Ley del 13 de marzo de 2006 y particularmente en ¿SANTIFIQUEMOS LA CESIÓN DE CRÉDITOS EN LOS CONCURSOS PREVENTIVOS?, Publicada en JURISCONCURSAL n° 5, Mayo 2007 San Miguel de Tucumán. Año II Publicación de Sindicaturas y Derecho Concursal pág. 95 contestando la polémica sobre el punto de E. Daniel Truffat en la misma publicación pág. 85 La cesión de créditos en los concursos preventivos.

<sup>25</sup> Nto. “EL EFECTO DE LOS CONTRATOS RESPECTO DE TERCEROS Y LA CESIÓN DE CRÉDITOS EN CONCURSOS”, en libro colectivo “Liber Amicorum. En homenaje al Prof. Dr. Luis Moisset de Espanés”, Córdoba, noviembre 2010, 2 tomos Ed. Advocatus, en tomo I pág. 515 a 552.

Los Vocales se expidieron por unanimidad con el análisis tradicional sobre la abusividad con criterio subjetivo, o sea sobre aspectos específicos del caso, pero la Vocal Julia Villanueva amplía fundamentos generando una pieza de doctrina que excluye la legalidad de ese pago por razones sustanciales y procesales de carácter general y objetivo. Expresó la Dra. Villanueva: “... 5. *En ese contexto, debe entenderse probado: a) que el importe que alegó haber pagado el señor (...) para poder subrogarse en el crédito de (...) es muy superior al que, de admitirse esa subrogación, le habría de ser reembolsado en virtud de la propuesta concordataria ofrecida por el deudor (...) b) Desde esa perspectiva, la operación –endeudarse con intereses, para obtener el pago fraccionado del crédito cancelado en varios años y sin réditos- carece de explicación económica posible, y se presenta ruinosa(...). 6. Pero la cuestión va más allá, desde que se vincula con el conocido debate doctrinario acerca de si corresponde o no admitir el voto de quienes han devenido acreedores por cesión o por pago con subrogación de créditos ya verificados en el concurso. (...) Toda la doctrina –aun la de aquellos autores que propician la utilización indiscriminada de estos institutos en el ámbito concursal coincide en lo señalado, es decir, en que esas figuras son propicias para la consumación de maniobras fraudulentas, o para negocios del cesionario que se practican a expensas de los intereses de los acreedores –e incluso del deudor- por los que debe velarse en el concurso. En tal sentido, ha sido expresado que el cuestionamiento levantado en contra de la viabilidad de utilizar a la cesión en el concurso ha tenido ‘(...)como causa mediata, y telón de fondo, la catarata de abusos y deslealtades que la ley 24.522 facilitó y fomentó(...),’ destacándose que ‘la trapisonda’ que suele encubrirse mediante el llamado “tráfico de voto” es algo que “puede ocurrir, por cierto (...) ha ocurrido muchas veces (...) (MORO, Carlos E., *El pago por subrogación no genera ope legis el derecho de voto en quien lo efectúa, libro de ponencias del VI Congreso de Derecho Concursal y IV Congreso Iberoamericano de la Insolvencia, Rosario, T I, p. 541 y ss.; VITOLLO, Daniel R., Transferencia de créditos en el concurso y sustitución concursal, La Ley 2006-F, 1375; OTAEGUI, Julio C., Voto concordatario. Desplazamiento, vía y oportunidad procesal, en AAVV El voto en las sociedades y los concursos, Legis, Buenos Aires, 2007, p. 189 y ss.; RICHARD, Efraín H., “Voto o aceptación de propuestas concursales írritas: legitimación e interés contrario”, en AAVV El voto en las sociedades y los concursos, Legis, Buenos Aires, 2007, p. 206 y ss.; JUNYENT BAS, Francisco, En torno al concordato: a propósito de la sustitución subjetiva de los acreedores y la eventual validez de las cesiones de créditos y/o pagos por subrogación, Semanario Jurídico, Fallos y Doctrina, Córdoba, 2008-A). Esa posibilidad, en cambio, debe por principio ser descartada: el acto de cesión habilitará al cesionario a cobrar, pero no a ‘votar’, por no hallarse acreditado que el voto a ser emitido en esas condiciones se adecue a los principios y normas que guían el proceso concursal, (...). Así surge de**

*cuanto venimos diciendo y ratificamos a continuación mediante el aporte de nuevos argumentos.(...)*

*La operatividad de la mayoría se halla condicionada, entonces, a que las decisiones se adopten de acuerdo a un procedimiento que provea una estructura formal que garantice el ejercicio de los derechos de las minorías y la homogeneidad o comunidad de intereses de los votantes (conf. Sacchi, R.: *Il principio di maggioranza nel concordato*, Giuffrè, Milán, 1984, p. 41; Fargosi, Horacio: "Algunas notas sobre los acuerdos preventivo-extrajudiciales", LL, 2002-D-1074, citados en el dictamen de la Fiscalía General ante esta Cámara producido en los autos "Romi S.A. s/ concurso preventivo", del 13.09.05). ... De lo dispuesto en el art. 37 LCQ surge que lo decidido en los términos del art. 36 es definitivo a los efectos del cómputo de las mayorías. (...) Y no podrá, porque, lo que él pretende mediante su intervención, no es sólo gestionar un derecho propio, sino también incidir en el derecho ajeno, como se incide cuando se aprueba un concordato. Quien pretende tener esa incidencia, lo menos que debe hacer es cumplir con la elemental regla de exteriorizar transparencia, siendo esa terceros (art. 1195 del código civil) (RICHARD, Efraín H., *El efecto de los contratos respecto de terceros y la cesión de créditos en concursos*, AAVV Libro en Homenaje al Dr. Moisset de Espanés, *Advocatus*, 2010, p. 515 y ss.). Si, por hipótesis, se aceptara que tal contrato pudiera ser opuesto aquí tras la aplicación de las reglas procesales que rigen la sustitución en juicio, debería procederse al cumplimiento de tales reglas, no sólo con el deudor, sino también con los demás acreedores, dado que son todos ellos –no sólo el deudor- quienes cuentan con título para contradecir tal sustitución. Y es claro que esto no es posible, dado que, como se reitera más abajo, la demora –eventualmente importante- que ello acarrearía no es compatible con el trámite del concurso, tal como ese trámite ha sido diseñado. 16. En fin: si es claro que el acuerdo no puede ser obtenido en fraude a la ley, y si igualmente claro es –porque así lo acepta pacíficamente la doctrina- que ese fraude concursal se configuraría si la propuesta fuera votada por quienes no revistieran la calidad de verdaderos acreedores, forzoso es concluir que, ante la aparición de un acreedor que ha devenido tal por subrogación o cesión, el juez debe extremar las medidas tendientes a evitar la consumación del fraude por tal vía.(...)"*. Julia Villanueva.

Hasta aquí el profundo voto de la distinguida Profesora que recomendamos leer y no hemos querido alterar, pues repasa todas las posiciones en torno al "voto" del cesionario o subrogante.

## VI – LA PRECONCURSALIDAD SOCIETARIA Y LA CORTE

Hasta aquí la Corte sólo se había referido a la existencia de fraude por la presencia de terceros aceptando la propuesta o por la abusividad subjetiva de la propuesta, como hemos relacionado precedentemente. En efecto, sobre la cuestión de la prevención, pero más precisamente sobre la

prevención de las crisis, específicamente la preconcursalidad de las normas societarias arroja luz el fallo de la Corte del 20 de octubre de 2009, en el cual formula un *obiter dictum* sobre el punto, al acoger planteos de arbitrariedad contra la sentencia homologatoria en el concurso de “Sociedad Comercial del Plata S.A. y otros s/ concurso preventivo”<sup>26</sup>, basado en la afectación del debido proceso y del derecho de propiedad, ordenando que vuelvan los autos al tribunal de origen a fin de que se dicte nuevo pronunciamiento. A través del voto de la mayoría- presenta, en torno a la propuesta de acuerdo abusiva, una concordancia con el precedente “Arcángel Maggio S.A.”<sup>27</sup>.

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

El calificar al concurso como “**última ratio preventiva que procura remediar el estado de cesación de pagos**”, reconoce directamente que existen otros remedios para afrontar la crisis en forma preventiva. Atiende fundamentalmente a los recursos societarios para afrontar la crisis que registra imperativamente la ley societaria específica, confirmando la tesis que venimos sustentado<sup>28</sup>, por lo que el concurso aparece –cuando no se ha intentado previamente aquél- como abusivo. No debe olvidarse que una quita implica un empobrecimiento de los acreedores –como señala la Corte- y un enriquecimiento para el patrimonio social, y por ende de accionistas– particularmente los de control-<sup>29</sup>.

1.El fallo:“Buenos Aires, 20 de octubre de 2009. Vistos los autos: "Sociedad Comercial del Plata S.A. y otros s/ concurso preventivo". Considerando: 1) Que contra la sentencia de la Sala D de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial que, al confirmar la de primera instancia, homologó el acuerdo preventivo presentado por Sociedad Comercial del Plata S.A. y autorizó la enajenación del 81% del paquete accionario de la concursada en Compañía General de Combustibles a favor de un tercero, interpusieron sendos recursos extraordinarios el Banco de la Provincia de Buenos Aires y la Fiscal General ante la Cámara Nacional en lo Comercial (...) 2) Que la Fiscal General ante la Cámara

---

<sup>26</sup> S. 620. XLII. S. 467. XLII. RECURSO DE HECHO Sociedad Comercial del Plata S.A. y otros s/ concurso preventivo.

<sup>27</sup> BOQUIN, Gabriela y NISSEN, Ricardo Augusto Nissen “UN EJEMPLAR FALLO EN MATERIA DE TRANSPARENCIA DE LOS PROCESOS CONCURSALES”, en “El Cronista Comercial” 21 de octubre de 2009, pág. 3.

<sup>28</sup> Se puso de relieve en el prólogo al libro del Prof. Dr. Francisco Junyent Bas “Responsabilidad de los Administradores”, Ed. Advocatus, Córdoba 1996, págs. 3 a 10, publicación de su tesis, que dirigió, calificada como sobresaliente en defensa oral realizada el 22 de noviembre de 1995.

<sup>29</sup> FUSHIMI, Jorge Fernando – RICHARD, Efraín Hugo “LA QUITA EN CONCURSOS DE SOCIEDADES Y SU TRATAMIENTO FISCAL (y algunos aspectos periféricos)” t. I p. 635 de los libros de los Congresos VIIIº CONGRESO ARGENTINO DE DERECHO CONCURSAL VIº CONGRESO IBEROAMERICANO DE LA INSOLVENCIA, Tucumán (R.A.) septiembre de 2012, *POR UN MEJOR DERECHO CONCURSAL*.

Comercial alega la existencia de cuestión federal(...) 3) Que el Banco de la Provincia de Buenos Aires invoca igualmente la arbitrariedad del fallo (...) que lo resuelto se traduce en la afectación confiscatoria de su derecho de propiedad, a la vez que soslaya la realidad económica resultante del pronunciamiento(...) 5) Que, por otra parte, la cámara de apelaciones confirmó la decisión de primera instancia que había homologado(...) 6) Que la Fiscal General ante la Cámara Nacional en lo Comercial cuestiona el pronunciamiento recurrido por haber omitido el debido tratamiento del planteo introducido en el punto 5.5 de su dictamen, en cuanto argumenta que las decisiones recaídas las que puntualiza desnaturalizaron la conformación de la asamblea de bonistas. Asimismo se agravia contra la autorización concedida ex post facto por la cámara a la concursada, con respecto a la decisión de aumentar el capital de Compañía General de Combustibles y no suscribir ese aumento, operación que considera una verdadera licuación del paquete accionario de Sociedad Comercial del Plata. Imputa al a quo haber incurrido en contradicción porque, a pesar de que tenía presente que el valor de esa tenencia accionaria era muy superior al pagado, autorizó, sin pruebas, la transferencia”.

Vuelve sobre el comentado tema de presencia de terceros o la limitación de “voto” por parte de los acreedores preconcursales: “11) Que la tutela del debido proceso, en este caso, significa que los jueces deben dedicar especial cuidado a garantizar los procedimientos destinados a obtener la expresión del consentimiento positivo o negativo, pero con información transparente, comprensible y sin obstáculos para expresarla, de una mayoría sustancialmente representativa de la voluntad de los acreedores(...)”

Y aquí aparece el Considerando con una opinión calificada relevante sobre los procesos concursales “13) Que los planteos efectuados por la Fiscal General al respecto, resultan relevantes **en tanto el proceso concursal, como última ratio preventiva que procura remediar el estado de cesación de pagos, atendiendo coetáneamente la protección de la empresa y la satisfacción del derecho de los acreedores, requiere indispensablemente de una absoluta transparencia en los actos que lo conforman (...)**”.

La Corte, en el voto mayoritario remata sobre lo que venimos exponiendo “y, particularmente, en todo aquello que hace a la captación de buena fe del voto de los acreedores, de manera que no puede convertirse en una carrera de obstáculos para quienes deben concurrir a fin de ejercer sus derechos, en la que se introducen imprevistamente exigencias que no han sido exteriorizadas con la publicidad propia a la naturaleza del andamio, y restringen los medios tendientes a consumir, acabadamente, las facultades inherentes a la decisión de aceptar o no la propuesta. Que, en ese orden, todo aquello que informa al procedimiento previo y tiene como punto culminante la expresión de la libre voluntad de los acreedores reviste una trascendental relevancia, en la medida que constituye uno de los pilares atinentes

a la protección del crédito y, como tal, atiende al derecho de propiedad contemplado constitucionalmente (art. 17 de la Constitución Nacional). Estos institutos resultan afectados cuando se implementan arbitrios que persiguen un orden meramente ritual y desvirtúan la posibilidad del ejercicio del derecho a conformar o no el acuerdo, pues en la realidad implica una lesión a la defensa en juicio y al debido proceso (art. 18 de la Constitución Nacional) que arrojaría serias dudas sobre el resultado aparentemente obtenido, situación que no se compadece con aquello que, en forma prístina, el ordenamiento concursal exige”, suscribiéndolo LORENZETTI, HIGHTON de NOLASCO (según su voto), FAYTm PETRACCHI (en disidencia), MAQUEDA (en disidencia), ZAFFARONI, y ARGIBAY (en disidencia).

De esos fundamentos se advierte un *obiter dictum* y varias aseveraciones sobre violaciones constitucionales

Las aseveraciones en torno ya al proceso que se desgranar sobre la transparencia, “captación de buena fe”, no convertir en “una carrera de obstáculos” para ejercer derechos, calificando los abusos rutinarios en los procesos concursales de sociedades donde se olvidan las previsiones que concreta al condicionar al concurso como la “*ultima ratio* preventiva”.

Todos esos fundamentos coordina con lo anticipado en los caso “Arcángel Maggio” y de una Cámara en “Mandalunis”.

2. Pero hay más en el voto de la Dra. HIGHTON de NOLASCO, en el Considerando 4 de su voto: “(...) Que en la sentencia recurrida (fs. 7945/7980) la cámara comercial resolvió que estaba sujeta a autorización judicial, en los términos del art. 16 de la ley 24.522, la decisión de la concursada de autorizar un aumento de capital en Compañía General de Combustibles S.A. y no ejercer el derecho de suscripción preferente respecto de dicho aumento, por lo cual su tenencia accionaria quedó reducida del 99,9% al 19%. (...) Agregó que no surgía de las actuaciones que la concursada pudiese presentar una propuesta más beneficiosa para los acreedores que la formulada y que, por el contrario "surge como dato palmario acerca de su flujo de fondos que ha declinado su participación de control en CGC S.A. Compañía General de Combustibles para capitalizarla con la integración de un nuevo socio" (...) Todavía es del caso agregar que Explore sólo aportará los fondos si la propuesta es homologada, y que ésta será cumplida mediante un pago único, definitivo y cancelatorio, a los diez días de la homologación (cláusula 6), es decir que su ingreso se produce solamente cuando la empresa encuentra su situación financiera totalmente saneada, (...) 27) Que, al resolver de tal modo, el a quo se apartó de la norma legal aplicable, con apoyo en un supuestamente alto grado de adhesiones al acuerdo, expresado por los acreedores en moneda extranjera. Tal conclusión colisiona con la doctrina de este

Tribunal establecida en la causa "Arcángel Maggio S.A." (Fallos: 330:834), en cuanto advierte que la conformidad de los acreedores a la propuesta de acuerdo ofrecida por el deudor es condición necesaria pero no suficiente para obtener la homologación, pues el juez puede ejercer un control sustancial de la propuesta, pudiendo denegar su aprobación si la considera abusiva o en fraude a la ley (art. 52, inc. 4, de la ley 24.522). Desde dicha perspectiva, y tal como señaló el Tribunal en el citado precedente, el criterio adoptado por la cámara "directamente no se adecua a la legislación vigente" (considerando 10). (...) en tanto existe relación directa entre lo decidido y las garantías constitucionales que se dicen afectadas".<sup>30</sup>

## VII - LA ABUSIVIDAD Y CRITERIOS SUBJETIVOS PARA DETERMINARLA.

Los criterios jurisprudenciales sobre la abusividad de las propuestas en concursos de sociedades es subjetivo, o sea según el caso, sin seguir criterios objetivos. Ello sería aceptable en el concurso de personas humanas, más no en el de personas jurídicas, conforme lo referido por la Corte.

En el caso "FACHADAS EMPRESARIAS .SRL"<sup>31</sup> Claudio Casadio Martínez justifica el fallo revocatorio de la Cámara de la quiebra declarada por el *a quo*, a tenor de su "test de abusividad", en cuanto "No surgiría de precedente analizado que se hubiera incurrido en algunas de las maniobras que consideramos podrían llegar a viciar el acuerdo (v.gr. cesiones de créditos, categorización injustificada, propuesta residual, cesiones de créditos o renunciaciones de privilegios).

Esa abusividad se juzga con criterios subjetivos, así recientemente Barcat.<sup>32</sup>

En cuanto a la abusividad de la propuesta puede verse la opinión de Arcanán, Juez de Mendoza, sobre la indeterminación del plazo: a partir de la homologación<sup>33</sup>, para evitar el abuso de dilatarlo por imperio de aplicación del sistema recursivo, convirtiéndolo en plazo incierto, y su criterio de considerar que afecta el derecho de propiedad la propuesta misma, ante su mera presentación.

---

<sup>30</sup> Recursos extraordinarios deducidos por: el Banco de la Provincia de Buenos Aires, representado por el Dr. Patricio Enrique Langner, con el patrocinio letrado del Dr. Gonzalo Oscar Pérez, y Alejandra M. Gils Carbó, en su carácter de Fiscal General ante la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial. Traslado contestado por: Sociedad Comercial del Plata, representada por el Dr. Jorge O. López; Gerardo José Faletty, síndico verificante, con el patrocinio letrado de los Dres. Miguel Eduardo Rubin y Oscar José Pezzana; Marta Cecilia Estevez y Juan Lázaro Musante, síndicos verificantes; Jorge Carlos Risso, síndico controlador, con el patrocinio letrado de la Dra. Marina Cecilia Risso y el Dr. Juan Antonio Vergara del Carril y Alejandra M. Gils Carbó, en su carácter de Fiscal General ante la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial. Recurso de hecho deducido por Alejandra M. Gils Carbó, en su carácter de Fiscal General ante la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial. Tribunal de origen: Sala D de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial. Tribunales que intervinieron con anterioridad: Juzgado Nacional en lo Comercial n. 15.

<sup>31</sup> Nto. "FACHADAS EMPRESARIAS y PREOCUPANTE MENSAJE JURISPRUDENCIAL: vale todo para homologar una propuesta", en [www.acaderc.org.ar](http://www.acaderc.org.ar)

<sup>32</sup> "Prevención del recrudescimiento del daño que produce la insolvencia" en LA LEY, 11 mayo 2015, pág. 5 y ss., como nota a fallo. LA LEY 2015- C -.

<sup>33</sup> Fallo y comentario RICHARD, Efraín Hugo *Integración de la propuesta de acuerdo en concurso societario (en torno a reciente fallo señero)* en Jurisprudencia anotada de RDCO n° 234, Enero Febrero 2009, Ed. Abeledo Perrot, pag. 79.

Ni hablar del argumento subjetivo de que el resultado de la liquidación en cuanto el dividendo sería inferior al del acuerdo ofrecido. Sobre el punto existe un excelente trabajo de Casadio Martínez<sup>34</sup>, pero en el caso de sociedades debe integrarse sin duda con el resultado de las acciones de responsabilidad contra los socios y administradores<sup>35</sup> –cuando no de integración patrimonial-, previstos por normas imperativas de la ley societaria para evitar la liquidación.

## VIII – EL ELEMENTO OBJETIVO DEL *OBITER DICTUM*: LA PRECONCURSALIDAD SOCIETARIA.

Resaltando la cuestión y transfiriendo decididamente el sistema de preconcursalidad a la legislación societaria, se ha sostenido que “...parece razonable pensar que la quiebra de una sociedad anónima –o limitada o comanditaria por acciones- debería convertirse en una institución residual, ya que el sistema concursal previsto legalmente debería ser suficiente para impedir que la sociedad llegase a ser insolvente.”<sup>36</sup>

La legislación societaria opera en el derecho comparado “como un instrumento concursal”<sup>37</sup>, “tiene una función *preconcursal* o *paraconcursal*, considerando algún otro considerarla como *anticoncursal*”<sup>38</sup>, y ante los estudios que tratan de rescatar esas normas, desde lo concursal se ha avanzado en las recientes reformas española de la ley de sociedades y la italiana<sup>39</sup>, en una compatibilización que no estamos en condiciones de juzgar. La doctrina italiana reiteraba que la reforma de la legislación concursal omitió una regulación orgánica de la crisis y de la insolvencia de la sociedad, perpetuando una laguna de la legislación concursal hace tiempo criticada por la doctrina<sup>40</sup>.

Recordando algo aparentemente olvidado, se ha dicho “La normativa societaria ha tenido, desde siempre, la preocupación de la defensa y protección del crédito y, por esta vía, de la prevención de las crisis empresariales. Con herramientas y procedimientos diferentes ha ido convergiendo con una

<sup>34</sup> “Propuesta concordataria: el test de abusividad y el síndico (un modelo en construcción)” en *Doctrina Societaria y Concursal*, Errepar, Bs.As.2009 p. 115

<sup>35</sup> Nto. “RESPONSABILIDAD DEL DIRECTORIO POR OMISIÓN (no liquidarla ni presentarla en concurso y no llevar contabilidad en forma)”, en *Revista de las Sociedades y Concursos*, Ricardo Nissen Director, n° 43 año 2007 noviembre-diciembre año 9, pág. 127.

<sup>36</sup> BELTRAN SANCHEZ, Emilio La responsabilidad por las deudas sociales de administradores de sociedades anónimas y limitadas incursas en causa de disolución, en BOLAS ALFONSO, Juan (dir.) “La responsabilidad de los administradores de sociedades de capital”, Consejo General del Poder Judicial, Consejo General del Notariado, Madrid, 2000, p. 133, especialmente a pág. 154 parágrafo “5. Responsabilidad de los administradores por las deudas sociales e insolvencia de la sociedad”.

<sup>37</sup> URÍA, R.; MENÉNDEZ, A. y GARCÍA de ENTERRÍA, J.” La sociedad anónima: disolución” Cap. 4, pág. 1001 en *CURSO DE DERECHO MERCANTIL* dirigido por Rodrigo URÍA y Aurelio MENÉNDEZ, Ed. Civiltas, Madrid 1999, tomo I, especialmente “Las pérdidas graves” págs. 1009 a 1013.

<sup>38</sup> DÍEZ ECHEGARAY, José Luis *Deberes y Responsabilidad de los Administradores de Sociedades de Capital*, 2006, Ed. Thomson-Aranzadi 2ª edición, Navarra. p. 387.

<sup>39</sup> STRAMPELLI, Giovanni “Capitale sociale e struttura finanziaria nella società in crisi, en *Rivista delle Società*, anno 57, 2012, luglio-agosto 2012, fascicolo 4, pág. 605, Ed. Giuffrè Editore, Italia 2012, donde se analiza la disposición contenida en el decreto ley del 22 de junio de 2012, n. 83, donde se impone la reconstrucción del capital social o el concurso de la sociedad, en forma similar a lo previsto en la última reforma española.

<sup>40</sup> NIGRO, A. *Le società per azioni nelle procedure concursuali*, in *Trattato delle società per azioni*, diretto da G.E. Colombo e G.B. Portale, 9ª, Torino 1993, 209 ss.

legislación concursal cada vez más preocupada por la prevención de las crisis empresariales y en la solución de éstas con el menor daño posible a las estructuras productivas. Esta comunidad de objetivos entre ambas ramas del ordenamiento mercantil hacen necesaria una coordinación y armonización normativa –que impone ahora el art. 2 CCC, agregamos-, de modo que su objetivo común pueda ser logrado en forma segura y eficiente, derecho concursal y derecho societario no son dos compartimentos estancos. Ambas disciplinas deben perseguir, desde una concepción integral del sistema jurídico, una armonización de sus sistemas normativos en orden a la tutela del crédito, a la anticipación de las crisis y a evitar su profundización y propagación”<sup>41</sup>.

Señaló la jurisprudencia<sup>42</sup> “la suficiente capitalización de la sociedad al momento de su constitución y posteriormente, durante todo el desarrollo de la actividad empresarial es la mejor manera de evitar la insolvencia de la sociedad, atento que ésta cuenta con mecanismos para obtener la financiación interna”, y –eventualmente- la capitalización del pasivo.

Es que si el patrimonio de la sociedad sólo está en cesación de pagos, la quita en la propuesta o en el acuerdo logrado por mayoría implica, cuando menos un abuso de derecho y un fraude a la ley si se ha perdido el capital social. En ambos casos la judicatura no debería homologar tal abuso o fraude generado por administradores y socios, recordando normas imperativas de la ley societaria. Ese “negocio” suele calificarse en su ilegalidad por la participación de terceros por cesiones o subrogación que contrarían normas sustanciales.

1. Existe un divorcio doctrinal y jurisprudencial en la aplicación de normas imperativas de la ley societaria argentina (LGS) en el concurso preventivo o acuerdos preventivos extrajudiciales de sociedades. En relación a sociedades, debe distinguirse entre la insolvencia o falta de patrimonio activo para atender el patrimonio pasivo, de la cesación de pagos que se genera por un activo corriente menor al pasivo corriente, sin que exista la anterior situación. La ley de sociedades tiene un sistema imperativo para asumir la insolvencia de esas personas jurídicas, esto es la pérdida del capital social.

2. 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, en este caso.

---

<sup>41</sup> OLIVERA AMATO, Juan M. *Herramientas societarias para la solución y prevención de las crisis empresariales* en Situaciones de crisis en las sociedades comerciales” AAVV directores José Miguel Embid Irujo, Daniel Roque Vitolo, Ed. Ad Hoc, Buenos Aires 2010, pág.31 y ss., esp.35.

<sup>42</sup> Cám. Trabajo y Minas 4ª Nominación de Santiago del Estero, República Argentina, con fecha 15 de junio de 2005, en la causa “Salazar, Oscar E. c/ Forestal El Milagro SRL”, LLNOA 2005-1446.

Esta es la base normativa de la atención de la crisis de las sociedades que, en casos, puede tener aplicaciones ambiguas pero que, en ningún caso, pueden llegar al abuso de derecho, o peor aún configura fraude a la ley.

Debe distinguirse el mero desequilibrio en medios de pago de la insolvencia patrimonial para satisfacer el pasivo. La especialista en Sindicatura Concursal, Prof. Celina Mena<sup>43</sup>, con visión contable-económica, señala que “cesación de pagos” e “insolvencia” “no es lo mismo porque la insolvencia se manifiesta en el patrimonio, es este el que no puede hacer frente al pasivo y el remedio en principio es liquidativo. La cesación de pagos es un problema financiero y económico. Este problema se manifiesta por la falta de capital de trabajo. Esto se puede revertir o agravar según la empresa sea viable o no, es decir de acuerdo a sus resultados.... En definitiva la jurisprudencia y la doctrina no advierten una diferencia entre ambos conceptos y los usan indistintamente, sin embargo a nuestro entender, existe una diferencia importante adquiriendo un grado mayor de gravedad la insolvencia. El estado de cesación de pagos se refiere a la incapacidad de pagar en tiempo y forma y la insolvencia cuando además del estado de cesación de pagos, no hay patrimonio neto”.

Ese último aspecto describe una causal de disolución: pérdida del capital social<sup>44</sup>. Y este es el centro de la cuestión para objetivar el fraude a la ley.

Marcando aspectos negativos del patrimonio social, la pérdida del capital social –insolvencia- y la cesación de pagos son dos situaciones diferenciadas que se entrecruzan. Se apunta<sup>45</sup> con buen criterio de *insolvencia comercial* entendiendo por ella la incapacidad de generar recursos, diferenciándola de *insolvencia patrimonial*, transitoria o definitiva (activo inferior al pasivo).

La pérdida del capital social implica la pérdida de la garantía para terceros e impone la liquidación<sup>46</sup>, salvo capitalización.

Si el patrimonio de la sociedad sólo está en cesación de pagos, la quita en la propuesta, o en el acuerdo logrado por mayoría, implica cuando menos un abuso de derecho, y un fraude a la ley si se ha perdido el capital social, por violación de los arts. 94.5, 96 y 99 LGS. En ambos casos la judicatura no debería homologar tal abuso o fraude generado por administradores y socios, recordando normas imperativas de la ley societaria.

---

<sup>43</sup> MENA, Celina María “CESACION DE PAGOS VS. INSOLVENCIA”, en libro colectivo *Homenaje al Dr. Osvaldo J. Maffia*, Ed. Lerner Córdoba 2008, Instituto Argentino de Derecho Comercial y Fundación para la Investigación del Derecho Concursal y la empresa en crisis Pablo Van Nieuwenhoven. Coordinadores E. Daniel Truffat – Marcelo Barreiro – Carlos Roberto Antoni Piossek – Ramón Vicente Nicastro. En igual sentido CASADIO MARTINEZ, Claudio Alfredo *Informes del síndico concursal*, Ed. Astrea, Buenos Aires 2011, págs.. 170 y ss., correspondiendo la jurisprudencia citada corresponde a CNCom, Sala B 24.3.81 LL 1981-C-615.

<sup>44</sup> Nto. “La empresa: su organización y crisis” en RDCO n° 253 marzo-abril 2012 p.407.

<sup>45</sup> PRATS MARQUINA, Marta “Insolvencia y crisis económica: Su reflejo en el derecho concursal” R.G.D. Madrid, 1998.

<sup>46</sup> NISSEN, Ricardo Augusto: “LA PÉRDIDA DEL CAPITAL SOCIAL COMO CAUSAL DE DISOLUCIÓN DE LAS SOCIEDADES COMERCIALES”. Ed. Ad-Hoc, Bs.As. 2002 pág. 47 y 48.

3. Los profesionales de las ciencias económicas y jurídicas debemos explicar a administradores y socios la función de garantía del capital social y sus obligaciones de, ante su pérdida, de capitalizar o liquidar. Y si no desean capitalizar pero quieren continuar, de la conveniencia de incorporar a acreedores, capitalizando el pasivo. Ello debe estar contextualizado con informarles que de no pueden incurrir en responsabilidades por el pasivo insoluto.

Correlativamente, ante la crisis de las sociedades, deben alentar a los acreedores sociales a compartir el riesgo aceptando capitalizar sus obligaciones.

La preconcursalidad es hoy abordada por especialistas, como forma de paliar la ineficiencia de la legislación concursal, con métodos más inmediatos y de menores costes económicos y sociales<sup>47</sup>. Pero esos especialistas en el derecho concursal suelen no abordar la preconcursalidad prevista en las legislaciones societarias, que tienen soluciones uniformes en el derecho comparado<sup>48</sup>.

*“La sociedad siempre debe liquidarse in bonis. La ley 24522 menciona a los sujetos de los concursos preventivos en la enumeración del artículo 2º, a la que debe agregarse un tipo que son las sociedades en liquidación, conforme artículo quinto (5º) de la misma normativa. Quiere decir que el liquidador de una sociedad está legitimado para hacer todo el procedimiento liquidatorio de los artículos 102 y siguientes de la Ley de Sociedades Comerciales, balances periódicos, etc., y terminar con la inscripción definitiva de extinción social (artículos 111 y 112, LSC) en la medida que le alcancen los bienes para honrar las obligaciones. Todos sabemos que una liquidación societaria se hace de muchas formas, una, dejándola morir. – El capital social tiene la función de garantía. Pero nuestro régimen societario establece, con relación a la sociedad, que el nivel de pérdida del capital se tiene que recuperar mediante el reintegro de los aportes que hacen los socios. Por eso, entonces, es una causal de disolución de la sociedad la pérdida de capital social (art. 94, inciso 5º ley 199550). Como afirma el Dr. Efraín Hugo Richard (con razón), son normas imperativas, indisponibles para los socios según recta interpretación del artículo 99 de la Ley de Sociedades Comerciales, y los liquidadores son responsables solidaria e ilimitadamente de todas las obligaciones que contraigan en tanto y en cuanto no estén enderezadas a la liquidación”<sup>49</sup>.*

---

<sup>47</sup> PULGAR EZQUERRA, Juana *Preconcursalidad y acuerdos de refinanciación. Adaptado a la ley 38/2011 de 10 de octubre, de reforma de la ley concursal*, Ed. La Ley grupo Wolters Kluwer, Madrid julio 2012. Nto. “Las soluciones negociadas como respuesta a la insolvencia empresarial. Visión desde el derecho argentino. La preconcursalidad societaria” en *Las soluciones negociadas como respuesta a la insolvencia empresarial*” AAVV bajo la dirección de José Antonio GARCÍA-CRUCES, Ed. Thomson Reuters Aranzadi, España 2014, pág. 33 y ss..

<sup>48</sup> Nto. “NOTAS EN TORNO A LA PRECONCURSALIDAD SOCIETARIA: UN ESTUDIO COMPARADO”, en *Revista de Derecho concursal y Paraconcursal*, Editorial La Ley, RPC 20/2014, Reseña Legislativa española y comparada. Madrid 2014, págs.. 423 a 446.

<sup>49</sup> FIORENZA, Alejandro “El fideicomiso ante la insolvencia patrimonial y su liquidación en la ley 24441, ¿es la mejor alternativa?” Segunda parte, en *Semanario Jurídico, Fallos y Doctrinas*, 6 de marzo de 2014, año XXXV, n° 1945, doctrina pág. 305, especialmente pág. 310.

Hablamos de criterios objetivos basados en normas imperativas de la legislación aplicable a la sociedad concursada<sup>50</sup>: *“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 del C. Civil). (...) Dentro de las normas imperativas (de orden público) se encuentran las referidas a la tipicidad societaria y las que hacen a la organización de la persona jurídica. Dentro de esta categoría de normas podríamos afirmar que todos aquellos elementos configuradores del tipo quedan fuera de la autonomía contractual no pudiendo ser derogadas. Ejemplo lo encontramos en algunos institutos societarios: 1) el capital social, 2) la representación del capital en acciones o cuotas, 3) la asamblea como órgano de gobierno, 4) el directorio como órgano de administración, 5) el régimen de limitación de responsabilidad; 6) la liquidación de la sociedad por pérdida total del patrimonio; 7) el régimen de reorganización societaria vía fusión, escisión o transformación; 8) el régimen de disolución y liquidación; entre otros dispositivos. Nadie puede negar que el capital social constituya 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... Ellos son de orden público. No importa la escuela donde nos enrolemos (BORDA o LLAMBIAS) 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”*.

Todo lo referido a causales de disolución, liquidación, como la falta de capital social son normas imperativas, de orden público, irrenunciables e inderogables. A salvo la autonomía de la voluntad de remover la causal reintegrando el capital social en el caso.

Esa situación de impotencia económica de la sociedad frente a los acreedores potencia la responsabilidad de administradores y socios prevista en el art. 99 LSA<sup>51</sup>, por el daño generado a los acreedores si existía una causal de disolución evidenciada o que debieron advertir, responsabilidad que ahora es determinada por el art. 167 in fine CCC.

---

<sup>50</sup> VAN THIENEN, Pablo Augusto (Director y colaboradores) “Orden público societario... ¿estás ahí? En Lax & Finance, Working Paper n° 20, 2008.

<sup>51</sup> “Art. 99. Administradores: facultades y deberes. Los administradores, con posterioridad al vencimiento del plazo de duración de la sociedad o al acuerdo de disolución o a la declaración de haberse comprobado alguna de las causales de disolución, sólo pueden atender los asuntos urgentes y deben adoptar las medidas necesarias para iniciar la liquidación. - Responsabilidad. Cualquier operación ajena a esos fines los hace responsables ilimitada y solidariamente respecto a los terceros y los socios, sin perjuicio de la responsabilidad de éstos”.

La pérdida y su cuantía, en el caso de concurso de la sociedad sin haberlo afrontado, resultará de la documentación con la que los administradores societarios acrediten en la presentación a ese trámite la existencia de la “cesación de pagos” como estado patrimonial, de cuyas propias manifestaciones resultará la profundidad del mismo, la falta de tempestividad en afrontarlo y las responsabilidades consiguientes. Los accionistas o socios podrán asumir las responsabilidades previstas en el art. 99 LGS al ratificar la presentación en concurso, apartándose de la liquidación de la sociedad sin optar por la reintegración ni el aumento de capital, por los daños que se puedan generar, obviamente entre otros a acreedores –con especial atención a los nacidos con posterioridad a la pérdida del capital social o a la cesación de pagos-.

4. El art. 99 LGS y causales de disolución de sociedades. El inicio de la liquidación no importa el cese de la actividad, que podría llevar a consecuencias funestas para acreedores y socios, no satisfaciendo a todos pese a un aparente activo superior al pasivo, al generarse un incremento exponencial de este último por indemnizaciones por despido, rupturas de contratos, etc..

La liquidación puede comportar una larga etapa, conforme a un plan concebido de acuerdo a las características del negocio, a las cualidades del activo a liquidar y la minimización de nuevas cuentas de pasivo. Justamente Bernardo Carlino<sup>52</sup> expresa: “*Final: el procedimiento liquidatorio es un plan de negocios ad-hoc. De igual modo puede analizarse la liquidación de la empresa: todo el proceso liquidatorio (Secc. XIII-Cap. I, LSC) debe responder a un plan, y aunque parezca impropio llamarlo de “negocios”, lo cierto es que el liquidador debe finiquitar los negocios pendientes, aunque ello signifique llevar a cabo algunas actividades propias de un administrador, sea para no malvender las existencias de bienes de cambio, para finalizar los procesos productivos en curso de ejecución, para no interrumpir abruptamente la provisión ya convenida a terceros y generar litigios, etcétera*”.

La constatación de la pérdida del capital social constituye una causal de disolución (art. 94.5 LSA) impone iniciar un proceso de capitalización o, en su defecto, de liquidación, pues constituye una causal de disolución al constatar en el balance esa situación, o antes<sup>53</sup>.

La causal por pérdida del capital social hace a la función de garantía del mismo, y la referida a la imposibilidad sobreviniente de cumplimiento del objeto social por causas patrimoniales (art. 94.4 LGS) hace a la función de operatividad del patrimonio social, aunque en muchos casos se advertirá su convergencia. Pero esa última causal es de constatación más dificultosa.

---

<sup>52</sup> CARLINO, Bernardo GENETICA DEL PLAN DE NEGOCIOS (MÁS SOBRE LA CONTRIBUCIÓN DE E. H. RICHARD) en *Jurisprudencia Argentina, Newsletter del 20 de marzo de 2009*

<sup>53</sup> FUSHIMI, Jorge Fernando – RICHARD, Efraín Hugo “EL BALANCE ANUAL DE LAS SOCIEDADES. CONSTATAACIONES Y EFECTOS” en prensa.

Cuestionamos la calificación de las causales de disolución en las que operan de pleno derecho, *ipso jure* u *ope legis*, dentro de las que se señala el vencimiento del término<sup>54</sup>. No nos parece una clasificación adecuada y así lo hemos sostenido<sup>55</sup>. Vivante entiende a la pérdida del capital social como una causal de disolución que opera de pleno derecho<sup>56</sup>. Aún en la causal de vencimiento del término la sociedad podría seguir operando –otro tema es la responsabilidad si ello generara daño-. Es valiosa la clasificación entre causales imperativas y voluntarias, y en relación a las primeras las de inmediata constatación o que deben ser declaradas. Todo en vista a la sanción: la responsabilidad.

5.No existe plazo para remover la causal (art. 96 LSA), por reintegro o capitalización, o iniciar la liquidación, pero la responsabilidad nace en forma inmediata (art. 99 LSA), y la obligación de resarcir está ligada a la existencia de daño.

Si hay “recomposición” del capital social o su reintegración o aumento desaparece todo problema, aunque hubiere demora, pues ningún daño se ha generado manteniéndose la garantía de los acreedores.

Si esa recomposición no se decide y continúa operando la sociedad la cuestión de la responsabilidad se retrotrae a la fecha en que se acredite que administradores y socios conocieron o debieron conocer la situación o si aprobaron un balance donde se registró –o debió registrar- la pérdida del capital social. Ello se deberá presumir si hay acreedores insatisfechos, incluso los que resultan afectados por quitas<sup>57</sup> y esperas en un proceso concursal<sup>58</sup>. Quizá así se entienda la repetida “desaparición” de libros y documentación contable en estos procesos.

La conservación de la empresa estructurada societariamente es un problema de los administradores y de los socios<sup>59</sup>. Es una cuestión de derecho privado, y así lo impone el art. 100 LGS.

6. Una apostilla marginal. El supuesto valor liquidatorio de los bienes en un concurso suele usarse como límite de la abusividad de un acuerdo y justificativo para la homologación, en aplicación

---

<sup>54</sup> Sobre este aspecto nos hemos explayado en “Disolución y liquidación de sociedades” en *Derecho y principios societarios*, Ed. Tapas, Córdoba 1982, pág. 223, apuntando que en el caso los socios han deliberado y constatado la causal al aprobar el balance con el patrimonio neto neutro o negativo.

<sup>55</sup> RICHARD, E.H. y MUIÑO O.M. *Derecho Societario*, 2ª edición ampliada y actualizada, Ed. Astrea, Bs. As. 2007, pág. 365 y ss..

<sup>56</sup> VIVANTE, César *Tratado de Derecho Mercantil*, versión española de la quinta edición italiana corregida, aumentada y reimpressa, Ed. Reus, Madrid 1932. Volumen II “Las sociedades mercantiles”, pág. 483/5.

<sup>57</sup> La quita es una propuesta esencialmente poco equitativa desde el momento que implica una transferencia de riqueza del acreedor al deudor, a título gratuito - RICHARD, Efraín Hugo: “¿Capitalismo de reposición vs. Capitalismo donatario?” en *Doctrina Societaria y Concursal*” ERREPAR (DSCE) Tomo XXIII Pág.:933 Setiembre 2011, y el consecuente enriquecimiento del segundo a costas del empobrecimiento del primero.

<sup>58</sup> Nto. “Los administradores societarios y la insolvencia” en *SUMMA SOCIETARIA*, Ed. Abeledo Perrot, Bs. Aires 2012, t. I pág. 1449.

<sup>59</sup> Nto. “La conservación de la Empresa” en *Anales de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba* tomo XXV pág. 107 y ss. correspondiendo a nuestra comunicación en ocasión de recibir el Premio Academia en el año 1981; “Los administradores societarios y la insolvencia” RDCO n° 203 pág. 553 y ss..

de un supuesto para el caso de no obtenerse las mayorías necesarias en todas las categorías (art. 52 inc. 2 ap. B, requisito iv LCQ) “que el pago resultante del acuerdo impuesto equivalga a un dividendo no menor al que obtendrían en la quiebra los acreedores disidentes”.

Podría llegar a aceptarse ese criterio en el concurso de una persona física, pero nunca en el de una sociedad, pues ello sería olvidar los principios del régimen societario –la función de garantía del capital social-, y la elección de ese medio de organización formalizado por los fundadores, mantenido por los socios actuales y al que se encuentran unguidos los administradores elegidos, socios o no.

#### IX – ABUSO Y FRAUDE EN PROPUESTAS DE QUITA EN CONCURSO DE SOCIEDADES.

A esta altura e iluminados por el *obiter dictum* de la Corte la apreciación lógica es simple: 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 pues generaría un beneficio patrimonial a los socios, hasta permitiéndoles obtener dividendos, en detrimento de los acreedores. Esto resulta claramente sancionado ahora por el art. 10 CCC<sup>60</sup>.

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 LS). De no resulta responsabilidad de administradores, y quizá de socios como hemos visto<sup>61</sup>, 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 a tenor del art. 52 ap. 4 LCVQ? 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.

Es que la solución es la capitalización de pasivos que hoy se aconseja en las reformas en la legislación de crisis, como la del año corriente en España, particularmente refiriéndose a 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. Respecto a la pérdida del capital social y las normas específicas de la legislación del medio técnico organizativo, Emilio

---

<sup>60</sup> Nto. “El abuso de derecho y fraude a la ley en materia comercial y los principios generales del nuevo Código Civil y Comercial” en Revista Electrónica ESTUDIOS DE DERECHO EMPRESARIO, n° 5 abril 2015, Universidad Nacional de Córdoba.

<sup>61</sup> Nto. “EL ART. 99 LEY 19.550 Y CAUSALES DE DISOLUCIÓN DE SOCIEDADES (De cómo evitar responsabilidad ante la insolvencia societaria)”, en Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones (RDCO) 2013-A- pág. 663, año 46, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires 2013.

Beltrán<sup>62</sup> 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...”. En el derecho argentino este camino aparece obligado, conforme se consideraba en el derecho comparado, particularmente ante las nuevas normas que recuerdan la existencia de normas imperativas (art. 150 a CCC) entre las cuales aparecen indubitables las que tutelan la función de garantía del capital social para evitar daños a terceros, potenciándose la norma responsabilizatoria del art. 99 LGS cuando perdido el capital social se mantiene el giro sin capitalizar, conforme el tercer párrafo del art. 167 CCC.

Si la sociedad ha perdido su capital, pues el patrimonio pasivo es igual o superior al patrimonio activo, son los administradores y socios los que deben atender el problema conforme marca el referido art. 96 LGS y no tratar de trasladar esa obligación legal resultante de norma imperativa a los acreedores tratando de imponerles una quita que, a todas luces resultaría en fraude a la ley de acuerdos al claro contenido hoy del art. 12 CCC. Ni pensar que la quita pudiera ser superior al 35% pues sería confiscatoria<sup>63</sup>, para quiénes no la aceptaron o no pudieron aceptarla por su condición concursal. Pero cualquier quita será una forma de burlar las normas imperativas societarias.

## X- LAS NOVEDADES DEL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL

La interpretación que hemos sostenido antes de la reforma, se afirma con los principios sostenidos por el CCC referidos, a lo que se agregan el “ARTÍCULO 9º.- Principio de buena fe. Los derechos deben ser ejercidos de buena fe”, y las disposiciones en torno a la “Responsabilidad civil y la función preventiva disuasiva”, prevista en los arts. 1710 y subsiguientes. Así los efectos de la acción revelados en el Art. 1713: “Sentencia. La sentencia que admite la acción preventiva debe disponer a pedido de parte o de oficio, en forma definitiva o provisoria, obligaciones de dar, hacer o no hacer, según corresponda, debe ponderar los criterios de menor restricción posible y de medio más idóneo para asegurar la eficacia en la obtención de la finalidad”. Sin duda sería la de convocar a los socios a adoptar los criterios previstos en el art. 96/100 LGS, sin perjuicio de la responsabilidad que ya hubieran asumido (arts. 99/100 LGS).

## XI - MEDITANDO

---

<sup>62</sup> 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.

<sup>63</sup> “VISION BÁSICA CONSTITUCIONAL DE PROPUESTA ÍRRITA DE QUITA Y ESPERA”, José Luis PALAZZO - Efraín Hugo RICHARD, en libros del “VI Congreso Nacional de Derecho Concursal y IV Congreso Iberoamericano de la Insolvencia”, Rosario 2006, Tomo I pág. 715.

El *obiter dictum* de la Corte en Comercial del Plata S.A. aparece como fundamental para entender la congruencia de la legislación societaria y la concursal, en soluciones privadas, que alejan las cuestiones de los juzgados, conforme a acuerdos privados que son hoy ponderados por la doctrina y la legislación comparada<sup>64</sup>, ahora acentuado por normas del CCC.

Se atiende particularmente a la capitalización de pasivos financieros y de proveedores, como forma de conservación de la empresa útil –art. 100 LGS- y de mantener los puestos de trabajo, incluso sancionando duramente a los socios que dificulten la capitalización<sup>65</sup>

No descartamos el concurso de una sociedad, pero las propuestas no podrían ser otras que esperas acordes a necesidades o la capitalización del pasivo, que puede tener múltiples matices –pero sin quitas-.

Este es nuestro aporte, desde la doctrina y una visión positiva del derecho para un cambio en paz, para intentar que nuestro país sea confiable para las inversiones productivas, evitando sospechas de incumplimientos programados que llevan a concursos ruinosos para los acreedores con buenos resultados para los socios y administradores.

Es que no puede transformarse abusivamente al acreedor en un socio sin derechos<sup>66</sup>.

**BIBLIOGRAFÍA:** La citada a pie de página y en [www.acaderc.org.ar](http://www.acaderc.org.ar) página web de la Academia Nacional de Derecho y Cs. Sociales de Córdoba.

---

<sup>64</sup> PULGAR EZQUERRA, Juana *Preconcuralidad 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. Nto. “NOTAS EN TORNO A LA PRECONCURSALIDAD SOCIETARIA: UN ESTUDIO COMPARADO”, en *Revista de Derecho concursal y Paraconcursal*, Editorial La Ley, RPC 20/2014, Reseña Legislativa española y comparada. Madrid 2014, págs.. 423 a 446.

<sup>65</sup> “Los efectos de los acuerdos de refinanciación en un posterior concurso: la responsabilidad”, en prensa, del Prof. Dr. José Antonio García-Cruces. Catedrático de Derecho Mercantil. Universidad de Zaragoza

<sup>66</sup> MIOLA, MASSIMO “Il sistema del capitale sociale e le prospettive di riforma nel diritto europeo delle società di capitali” en *Rivista delle Società*, 2005-50-1199, fasc. 6. pág. 1310.