

## PROPUESTA O ACUERDO EN CONCURSO DE SOCIEDAD CON FRAUDE A LA LEY

Efraín Hugo RICHARD

*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.*

*Un mal asola a la sociedad contemporánea: el obtener rápidas utilidades, aunque se dañe a otros. Ello no es exclusivo de las sociedades comerciales. Pero éstas tienen un régimen particular que evita o minimiza el daño, a lo que se agregan ahora normas del Código Civil y Comercial tendientes a prevenir dañar, que siempre es una conducta ilícita.*

-----

1. Existe un divorcio doctrinal y jurisprudencial en la aplicación de normas imperativas de la ley societaria argentina (LSA) en el concurso preventivo o acuerdos preventivos extrajudiciales de sociedades, que ahora se magnificará frente a la vigencia del Código Civil y Comercial (CCC) y de la Ley General de Sociedades (LGS), conforme lo hemos puesto de manifiesto en otra comunicación sobre el carácter imperativo de ciertas normas societarias.

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. Incluso se trata de atender la crisis en sus momentos iniciales.

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 un fraude a la ley.

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, pues en tal caso la LGS impone a los socios el reintegro de ese capital o la capitalización de la sociedad. En ambos casos la judicatura no debería homologar tal abuso o fraude generado por administradores y socios, para beneficiarse éstos perjudicando a los acreedores, recordando normas imperativas de la ley societaria.

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, pueden alentar a los acreedores sociales a compartir el riesgo aceptando capitalizar sus obligaciones, frente a la viabilidad de aquellas.

Para ello deberán también asistir a todos estos actores en el desenvolvimiento de la empresa en crisis, en la formulación de planes de factibilidad, reorganización y eventuales resultados.

De no ser la empresa viable, la liquidación es el camino adecuado y si se quiere conservar socialmente puestos de trabajo, la mirada debe ser puesta en los poderes públicos, siempre con un plan para determinar la posibilidad de exenciones, subsidios o incentivos fiscales o crediticios.

4. Desde hace muchos años sostenemos que la conservación de la empresa se tutela en nuestro país en forma inmediata por la legislación societaria y en forma mediata por la legislación concursal<sup>1</sup>.

La preconcursalidad es hoy abordada por especialistas, como forma de paliar la ineficiencia de la legislación concursal, con métodos más inmediatos y de menores costes económicos y sociales<sup>2</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>3</sup>.

Marcando aspectos negativos del patrimonio social, la pérdida del capital social – insolventia- y la cesación de pagos son dos situaciones diferenciables que se entrecruzan. Incluso se diferencia<sup>4</sup>, con buen criterio, la *insolventia negocial* entendiendo por ella la incapacidad de generar recursos, diferenciándola de *insolventia patrimonial*, transitoria o definitiva (activo inferior al pasivo).

Debe tenerse en cuenta que la pérdida del capital social no necesariamente implica la incapacidad de funcionar del ente, ya que si se lleva a cabo una adecuada administración financiera, es posible mantener su capacidad operativa sin que se vean afectadas las posibilidades de cumplir con el objeto social. Es decir que no necesariamente se ve afectada la función de productividad del capital social, pero la continuidad de la actividad como si nada ocurriera encubriría la pérdida del capital social y la posibilidad concreta de dañar.

La pérdida del capital social implica la pérdida de la garantía para terceros e impone la liquidación<sup>5</sup>, salvo capitalización.

Ponemos acento en la causal de disolución de pérdida del capital social que –pese a que la particular legislación no contenga plazos para iniciar la liquidación- genera responsabilidad de administradores –y quizá de socios- de continuar el giro y no poder luego satisfacer el pasivo. La libertad para decidir la continuación del giro, sin capitalizar la sociedad, en la esperanza de un plan de negocios exitoso, no los libera en caso negativo de asumir el pasivo insoluto o la satisfacción de las obligaciones contraídas.

Se trata ni más ni menos de la función de garantía del capital social adecuadamente resguardada en la legislación mundial<sup>6</sup>.

5.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 constatación de la pérdida del capital social constituye una causal de disolución (aart. 94.5 LGS) impone iniciar un proceso de capitalización o, en su defecto, de liquidación, pues constituye una causal de disolución al constatarse en el balance esa situación, o antes<sup>7</sup>.

<sup>1</sup> “LA CONSERVACIÓN DE LA EMPRESA EN LAS LEYES DE SOCIEDADES 19.550 Y DE CONCURSOS 19.551”, CON FRANCISCO QUINTANA FERREYRA, EN *SUMMA SOCIETARIA* ED. ABELEDO PERROT, BUENOS AIRES 2012, TOMO II PÁG. 1947.

<sup>2</sup> PULGAR EZQUERRA, JUANA *PRECONCURSALIDAD Y ACUERDOS DE REFINANCIACIÓN. ADAPTADO A LA LEY 38/2011 DE 10 DE OCTUBRE, DE REFORMA DE LA LEY CONCURSAL*, ED. LA LEY GRUPO WOLTERS KLUWER, MADRID JULIO 2012.

<sup>3</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>4</sup> PRATS MARQUINA, Marta “Insolventia y crisis económica: Su reflejo en el derecho concursal” R.G.D. Madrid, 1998.

<sup>5</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.

<sup>6</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.

Se trata de las causales de inmediato conocimiento -que suelen referirse como que actúan de pleno derecho, *ipso jure* u *ope legis*, generando la responsabilidad prevista por el art.99 LSA para administradores y socios de no optarse por las soluciones que la misma ley ofrece en el art. 96 para no iniciar la liquidación de la sociedad: “En caso de pérdida del capital social, la disolución no se produce si los socios acuerdan su reintegro total o parcial del mismo o su aumento”.

Procesos necesarios a contar de los propios actos de los órganos de la sociedad: la presentación del proyecto de balance por los administradores y la aprobación del mismo por los socios, del que resulta como declaración de certeza y de verdad esa pérdida del capital social.

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 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.

Vivante entiende a la pérdida del capital social como una causal de disolución que opera de pleno derecho<sup>8</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.

No hay duda que la pérdida del capital social cuando se formaliza o debió formalizar el balance con tal revelación aparece como de inmediata constatación e impone la decisión de los socios.

No existe plazo para remover la causal (art. 96 LGS), por reintegro o capitalización, o iniciar la liquidación, pero la responsabilidad nace en forma inmediata (art. 99 LGS), 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>9</sup> y esperas en un proceso concursal<sup>10</sup>. Quizá así se entienda la repetida “desaparición” de libros y documentación contable en estos procesos, que resultará ahora actuada por la disposición del art. 325 CCC que dispone que “...Los libros y registros del art. 322 deben permanecer en el domicilio de su titular”, en el caso en el domicilio social.

Sobre la cuestión de la preconcursalidad de las normas societarias arroja luz el fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina del 20 de octubre de 2009, mediante el cual la Corte 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”, basado en la afectación del debido proceso y del derecho de propiedad, ordenando que vuelvan los autos al tribunal de origen a fin de que se dicte nuevo pronunciamiento con arreglo

<sup>7</sup> FUSHIMI, Jorge Fernando – RICHARD, Efraín Hugo “EL BALANCE ANUAL DE LAS SOCIEDADES. CONSTATAIONES Y EFECTOS” en prensa.

<sup>8</sup> VIVANTE, CÉSAR *TRATADO DE DERECHO MERCANTIL*, VERSIÓN ESPAÑOLA DE LA QUINTA EADICIÓN ITALIANA CORREGIDA, AUMENTADA Y REIMPRESA, ED. REUS, MADARID 1932. VOLUMEN II “LAS SOCIEDADES MERCANTILES”, PÁG. 483/5.

<sup>9</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>10</sup> Nto. “Los administradores societarios y la insolvencia” en *SUMMA SOCIETARIA*, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires 2012, tomo I pág. 1449.

a lo resuelto. A través del voto de la mayoría- presenta, en torno a la propuesta de acuerdo abusiva, una concordancia con el precedente “Arcángel Maggio S.A.”<sup>11</sup>.

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

El calificar al concurso como “última ratio preventiva que procura remediar el estado de cesación de pagos”, reconoce directamente que existen otros remedios para afrontar la crisis en forma preventiva. Atiende fundamentalmente a los recursos societarios para afrontar la crisis que registra imperativamente la ley societaria específica, confirmando nuestra tesis., por lo que el concurso aparece –cuando no se ha intentado previamente aquél- como abusivo. No debe olvidarse que una quita implica un empobrecimiento de los acreedores –como señala la Corte- y un enriquecimiento para el patrimonio social, y por ende de los accionistas– particularmente los de control-<sup>12</sup>.

Como señaló la jurisprudencia<sup>13</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.

Si fracasara la tratativa extrajudicial de la 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 acreedores, un verdadero abuso de derecho y fraude a la ley, reafirmado en el Proyecto de Código Civil y Comercial en análisis<sup>14</sup>.

Nada obsta a que se aumente el capital o se reintegre en etapa de liquidación para evitar acciones de responsabilidad satisfaciendo el pasivo<sup>15</sup>. Pero, reiteramos, la existencia de normas imperativas y de orden público en el derecho societario: la ley societaria imperativamente impone ante la pérdida del capital social la disolución salvo la reintegración o aumento del capital, que devuelva un estado patrimonial que al formalizar un nuevo balance determine que el capital social estatutario se ha reconstruido.

## 6. ABUSO Y FRAUDE EN PROPUESTAS DE QUITA EN CONCURSO DE SOCIEDADES.

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.

<sup>11</sup> BOQUIN, Gabriela y NISSEN, Ricardo Augusto Nissen “UN EJEMPLAR FALLO EN MATERIA DE TRANSPARENCIA DE LOS PROCESOS CONCURSALES”, en “El Cronista Comercial” del 21 de octubre de 2009, pág. 3.

<sup>12</sup> FUSHIMI, Jorge Fernando – RICHARD, Efraín Hugo “LA QUITA EN CONCURSOS DE SOCIEDADES Y SU TRATAMIENTO FISCAL (y algunos aspectos periféricos)” t. 1 p. 635 de los libros de los Congresos VIIIº CONGRESO ARGENTINO DE DERECHO CONCURSAL VIº CONGRESO IBEROAMERICANO DE LA INSOLVENCIA, Tucumán (R.A.) septiembre de 2012, *POR UN MEJOR DERECHO CONCURSAL*.

<sup>13</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.

<sup>14</sup> El art. 12 del Código Civil y Comercial, cfme. nto. “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.

<sup>15</sup> 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 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.

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<sup>16</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.

La solución es la capitalización e pasivos que hoy se aconseja en las reformas en la legislación de crisis, como la del año pasado 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.

Otro camino para evitar la declaración de quiebra sería imponer como “tercera vía” a la sociedad concursada 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.

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<sup>1</sup>.

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<sup>1</sup> 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 via” que supongan quitas, enriqueciendo así a los socios y perjudicando a los acreedores, cuando el equilibrio se logra como hemos señalado en el párrafo anterior. La cesación de pagos que autoriza el concurso de las sociedades en un mero desequilibrio entre pasivos y activos corrientes<sup>1</sup>.

Al mismo tiempo recordando los deberes que para con la comunidad tenemos los profesionales de las ciencias económicas y jurídicas para asesorar, como señalamos inicialmente, a administradores, socios y acreedores de las sociedades en crisis, cuando no a sindicatos y poderes públicos para salvaguardar la empresa y puestos de trabajo posibles.

El fallo “Baugruppe S.R.L. s/ quiebra, dictado por la Cámara Nacional del Comercio, Sala F. de la Cámara Nacional Comercial de la Capital Federal tiene de interés que se había obtenido mayoría ante una propuesta de capitalización del pasivo para acreedores quirografarios y similar para los laborales pero con una quita del 20%.

Tanto la primera como la segunda instancia negaron esa homologación por abusiva, atento a que la sociedad estaba inactiva –en una suerte de causal de disolución prevista por el art. 94.4. LS-, sin empleados, destinada únicamente a cobrar créditos insatisfechos y que dos de los acreedores eran sociedades anónimas que no podrían pasar a ser socias de una SRL en virtud de lo previsto por el art. 30 LSC.

Lo interesante del fallo es que casi insólitamente en la jurisprudencia concursal homologatoria se incorporan para fundar el rechazo normas del derecho societario.

A su vez lo que no se dice: que homologar hubiera significado liberar a obligados solidarios y encubrir la responsabilidad de administradores y quizá de socios.

En Talleres Reunidos Italo Argentino S.A. s/ concurso preventivo no se hace lugar a la propuesta de acuerdo, pese a la conformidad de los acreedores laborales, en tanto vulnera el orden

<sup>16</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.

público económico, daña la protección del crédito y se trata de una cuestión que afecta el interés general, señalándose en su síntesis (confeccionada por el Prof. Nissen), que “El juez es hoy parte fundamental en el proceso concursal; no resulta un mero controlador de su corrección formal ya que tiene facultades para evaluar la pertinencia del acuerdo no sólo sobre la base de su conveniencia económica -respecto de la cual los acreedores son, en principio, los mejores árbitros- sino, fundamentalmente, que la propuesta no constituya un abuso a los acreedores que no vean otra forma de procurarse, cuanto menos, un magro dividendo. El texto del art. 52, apartado 4 de la ley 24522, según el criterio de la ley 25589, impone al juez la obligación de no homologar en ningún caso una propuesta abusiva o en fraude a la ley. Aún bajo el régimen originario de la ley 24522 no era tolerable el abuso del derecho ni el fraude, por lo que el magistrado debía abstenerse de homologar el acuerdo obtenido si el mismo violaba los estándares de los arts. 953 y 1071 del CCiv. y normas concordantes. El ejercicio antifuncional que configura el abuso puede presentarse tanto frente a la licuación de los pasivos concursales, como en caso de carencia de adecuada proporción entre la solución preventiva que la ley dispensa al insolvente y el sacrificio patrimonial que este ofrece (e impone) a sus acreedores, y aunque conceptualmente puede distinguirse entre ambos institutos, parece que en algún punto el abuso y el fraude a la ley se confunden, se vinculan tan estrechamente que no es posible escindirlos. El abuso debe consistir en la producción de algún perjuicio a los acreedores, intencionalmente, con el propósito de infligirles un detrimento patrimonial y su contrapartida, el beneficio consiguiente para el deudor concursado. (Buenos Aires, 24 de abril de 2012. Alejandra N. Tevez (en disidencia), Juan Manuel Ojea Quintana, Rafael F. Barreiro. Ante mí: Silvina D.M. Vanoli).

7. Esta interpretación que hemos sostenido antes de la reforma, se agudiza con los principios sostenidos por el CCC, en su “ARTÍCULO 9º.- Principio de buena fe. Los derechos deben ser ejercidos de buena fe”. Y la disposición del “ARTÍCULO 10.- Abuso del derecho. El ejercicio regular de un derecho propio o el cumplimiento de una obligación legal no puede constituir como ilícito ningún acto. La ley no ampara el ejercicio abusivo de los derechos. Se considera tal el que contraría los fines del ordenamiento jurídico o el que excede los límites impuestos por la buena fe, la moral y las buenas costumbres. 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”.

O sea que un juez, incluso el que entienda en el concurso de una sociedad, de oficio o ante el planteo del Síndico o de un acreedor, podría cuestionar por abusiva la propuesta de acuerdo y, obviamente no homologar el acuerdo que implicara un fraude a la ley societaria, particularmente en cuanto a las normas de garantía del capital social. Sea por abuso sino se perdió el capital social o por fraude si esa pérdida existió y los socios no la atendieron en la forma prevista imperativamente por la norma específica.

Corona esta interpretación el “ARTÍCULO 12.- Orden público. Fraude a la ley. Las convenciones particulares no pueden dejar sin efecto las leyes en cuya observancia está 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”.

Súmese a ello las disposiciones en torno a la “Responsabilidad civil y la función preventiva disuasiva”, prevista en los arts. 1710 y subsiguientes que hemos referido en otra comunicación. 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).