



ACADEMIA NACIONAL DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES DE CÓRDOBA

ABUSO EN LA FUNCIONALIDAD SOCIETARIA

Efraín Hugo RICHARD

Sesión de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba del 3 de abril de 2018.

La idea es deslizarnos, compartiendo ideas interdisciplinarias, por el “Abuso en la funcionalidad societaria” para mostrar prácticas ilícitas en el desenvolvimiento societario que han ocurrido y se repiten sin encontrar coto eficiente, pese al equilibrio de la legislación. El apalancamiento financiero –que hoy se repite en el caso del llamado “Grupo Indalo”- el tratamiento concursal y societario de la crisis, la alteración de quiénes deben soportar las pérdidas en una sociedad, y las herramientas del legislador que no se usan con eficacia. Trataremos de presentar una visión, sin duda incompleta de prácticas abusivas, aunque sea bosquejándolas –con algo de desaliento- para motivar el diálogo y el debate.

Ayer recordamos el fracaso de una gesta fundada en sólidos principios pero de evidente imposible ejecución exitosa. Con la misma unción siento que trabajamos en profundas apreciaciones jurídicas, con respaldo ético y sólida argumentación, pero con dificultosa aplicación práctica tempestiva. Nada ha variado en torno a las angustias que expresara en varias ponencias y el discurso de clausura en el Congreso de Academias que organizara esta Academia en el año 1998 en Córdoba y Trelew. También he desarrollado una coordinada serie de presentaciones anuales, además de los continuos artículos, en torno a la empresa, desde mi exposición sobre la Conservación de la Empresa al recibir el Premio Academia, hasta hoy. El Código Civil y Comercial ha centrado la unidad de enfoque no en la idea del acto de comercio sino de la empresa, en su art. 320, como base de un sustentable “capitalismo empresario” para atenuar los efectos negativos del “capitalismo financiero”.

Me viene a la mente las palabras de Paulo Freire en “El grito manso”: “... la realidad no es así, la realidad está así. Y está así no porque ella quiera. Ninguna realidad es dueña de sí misma. .. Nuestra lucha es por cambiarla y no acomodarnos a ella...”.

La idea de empresa es coherente con la construcción de una política liberal o un socialismo de estado. Debe basarse en la eficiencia y en la juridicidad.

Justamente se aconseja el reconocimiento de la misma como persona jurídica, lo que así ha sido recogido facilitando la unipersonalidad en el art. 1 LGS y en la llamada Sociedad por acciones simplificada. Claro que aún la doctrina no ha reaccionado con suficiente fuerza para ser oídos por el sistema judicial ante el abuso del medio técnico.

Habíamos fijado el tema Abuso de la Funcionalidad societaria con la señora Secretaria Prof. Dra. Marcela Aspell, pensando en los límites a la autonomía de la voluntad para constituir y dotar

patrimonialmente a la sociedad persona jurídica, y a los desvíos en su funcionalidad que pudieran dañar a terceros, a cierto grupo de socios y a la sociedad misma.

Uno de esos abusos que pensábamos exponer primigeniamente era el llamado apalancamiento financiero o leverage buyout –también LBO, leveraged buy out- o compra apalancada.

Pero hoy parece interesante ilustrar la cuestión con el caso OIL COMBUSTIBLES S.A.

La compra apalancada se practicó impunemente en los 90 en las privatizaciones de empresas públicas, donde los adquirentes lo hicieron del 85% del paquete accionario libre de pasivo, donde subrepticamente esos adquirentes pagaron el precio que debían afrontar con su patrimonio con el patrimonio de la sociedad que controlaban, perjudicando a la propia sociedad, al Estado y al Programa de Propiedad Participada. Todavía arrastrábamos esos daños.

La cuestión toma inmediata actualidad con el caso Oil Combustibles S.A., en un matizado por fallos de hasta la Corte en un prolongado concurso preventivo, hasta disponerse hace pocos días por el Juez del mismo la intervención judicial de la sociedad en grado de su administración total por 180 días. Y al mismo tiempo anunciarse casi inmediatamente por parte de los interventores que la deuda con la AFIP –a la que inmediatamente haremos referencia- no podría ser pagada, salvo que se otorgaran grades quitas y esperas. Y esta manifestación de los administradores judiciales –por lo menos en la forma que ha trascendido a la prensa- motivará otros posteriores comentarios.

El leverage buy out habría sido practicado por los propietarios de la sociedad hoy concursada, antes y durante el trámite del concurso, para apalancar la compra y posterior funcionalidad de varias empresas de un grupo llamado INDALO que pertenecería a los mismos, pero donde habrían actuado múltiples personas físicas. ¿Cómo puede ser que una empresa en cesación de pagos apalanque la compra de otras? Sin duda desviando parte de su patrimonio en perjuicio de la propia sociedad y de sus acreedores –pues no hay socios minoritarios-. Lo paradójico que usaban fondos destinados al Fisco que pasaban por su patrimonio, desviando el destino, perjudicando particularmente a ese acreedor –pero también a otros al generar la insuficiencia patrimonial-, a la misma sociedad y al comprometer su futuro a sus empleados. La concursada acusaba un problema de cesación de pagos o de insolvencia?¹ No es vacua la cuestión.

No nos toca ingresar en la cuestionada calificación penal o impositiva de los fondos distraídos. La situación patrimonial es la que nos interesa calificar.

Esa desviación y el apalancamiento financiero para comprar otras sociedades: ¿que implicancias civiles y comerciales tiene? ¿Constituye una nulidad absoluta o relativa en los términos de los arts. 386 a 388 del Código Civil y Comercial? Y en caso de ser una nulidad absoluta ¿se producirán los efectos allí previstos?

Queremos facilitar el análisis con un fallo de la Corte referido al único caso de las privatizaciones del 90 que fue llevado a juicio. Es el caso de Refinerías Carboníferas Patagónicas S.A.

Fue una práctica en la década del 90, que renace con mayor intensidad.. Por ejemplo la sociedad Aerolíneas Argentinas S.A. el grupo que ganó la licitación pago u\$s 23.50 de los 1.8 millones de dólar por sus obligaciones por adquirir el 85% del paquete accionario al Estado Nacional –el propio Estado y el

¹ Localizamos un reportaje de Jorge Fontevecchia a uno de los socios de control de Oil Combustibles S.A. el Sr. Fabián de Souza, en el diario Perfil del 27 de noviembre de 2017, donde manifestó que se asoció con Cristóbal López, el otro socio, en 1998, y en relación a la situación económica financiera de esa firma adquirida en 2010 y su deuda con AFIP, manifestó “mi grupo factura 30.000 millones por año y tengo 2 meses y medio de deuda”. Y ante la pregunta del periodista “Usted sostiene que es solvente para pagarla?”, de Souza respondió “Totalmente”.

Programa de Propiedad Participada retenía el 15%-, con fondos de esa sociedad poniéndola en insolvencia. Posiblemente ocurrió en varias de las “privatizaciones” realizadas en esa época bajo una similar política y el estado lo consintió ilegalmente, como se reveló en el caso de Refinerías Carboníferas Patagónicas S.A..

Esos fenómenos corresponden a una globalización financiera², no económica que no existe, que se acentuó al final de los 80 y durante los 90, devastando los países periféricos y alterando las políticas en los países centrales que, agravaron más aún la crisis en los periféricos.

Sólo un caso llegó a Tribunales al existir otro socio: la Provincia de Chubut, pues el Estado titular de su participación y representante impuesto de las acciones del Programa de Participación cerró los ojos sospechosamente, como lo hicieron en el caso Aerolíneas Argentinas S.A..

Para no estar al margen de la ley había un camino que depende tanto de la decisión de nuestro Gobierno o de los particulares damnificados, y seguir el criterio de esa Provincia que fue demandar, y en ese juicio se gestó el criterio de nuestra Corte Suprema al expedirse en el caso “Provincia de Chubut c/ Centrales Térmicas Patagónicas S.A.”³, donde se apunta que la situación patrimonial de una empresa cuyo objeto concierne al interés general y se vincula con la prestación de un servicio público ... implica un debate por nulidad absoluta, y la acción tendiente a obtenerla no es susceptible de prescribir ni de caducar, ello con arreglo a la doctrina de esta Corte: "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"⁴.

Es difícil obtener inversiones genuinas cuando existen tentaciones de riqueza desmedida conforme a precedentes. Si alguien quiere pensar en “prescripciones”, logradas por las dilaciones judiciales miremos el referido antecedente.

Una reflexión: El capitalismo productivo impone una visión diferente, de actividad empresarial privada desarrollada dentro de las políticas de objetivos nacionales diseñados establemente, creando empleo, y un Estado que fije esas políticas asegurando el desarrollo social, educativo y sanitario, sin incurrir en déficit fiscal. Quizá utópico frente a la actitud advertible de sólo obtener votos conquistando visualmente y no educativamente. ¿Molinos de viento? No, sólo pensar en los nietos, no en los bolsillos ...

Claro que el fallo de la Corte deja abierta la posibilidad que el Estado reaccione, pese a no haberlo hecho durante más de 20 años. Es sin duda una práctica que generó daños a sociedades que eran de interés público, a sus socios que eran el Estado y los obreros, y al país todo que aún soporta ciertos déficits.

Dudo inclusive que la Pcia. de Chubut haya sido reembolsada y menos Refinerías...

Claro que en ese caso no se trataba de actividad ilícita de la sociedad sino de sus controlantes. Veremos si ello acaece también en el caso Oil Combustibles S.A.. No obstante se aplicaría en forma inmediata a Oil Combustibles S.A., desde hace dos años protegida por la apertura de un concurso en sede espúrea, que ha motivado sesudos fallos de tres jueces de primera instancia, uno de la Cámara Comercial, dos de la Corte y los últimos de la misma Cámara y del juez Cosentino de primera instancia que en el concurso definitivamente –parecería- abierto ha dispuesto como medida cautelar la intervención

² “La mundialización financiera” en Revista de DERECHO COMERCIAL Y DE LAS OBLIGACIONES. Revista de Doctrina, Jurisprudencia, Legislación y práctica, n° 198 p. 351 a 366, Buenos Aires junio 2002; *La crisis argentina y la mundialización financiera* en Revista El Derecho del 6 de marzo de 2002.

³ Publicado en: LA LEY2002-E, 863.

⁴ En “¡Hay que largar los perros! (por los daños de la actividad financiera ilícita)”, en *Revista Foro de Córdoba* n° 165, noviembre 2013, pág. 31. Año XXIII, Córdoba.

administrativa integral por seis meses. Muchos comentaristas ponderan los importantes fallos, particularmente el segundo de la Cámara.

No es mi intención hacer ese tipo de comentario. Aunque me sentiría tentado a comentar el fallo del Dr. Vitale que rechazó la apertura del concurso, por haber tenido la gentileza de citar y concordar con dos ensayos que me pertenecen y están publicados en la página de la Academia.

Mi idea es referirme a lo que no se dijo, a lo que no se trató, pero partiendo de los hechos aludidos, pues no he tenido acceso a los expedientes.

Veamos ahora ese abuso en la funcionalidad societaria hoy. Tomo un caso de la realidad: OIL COMBUSTIBLES S.A.

Nos preocupa que los interventores judiciales, que lo son ante las graves irregularidades imputadas a la representación orgánica natural designada por los accionistas, que piensen en la necesidad para pagar en grandes quitas y esperas, incluso de acreedores privilegiados. Están pensando en un acuerdo homologado en el concurso para pagar a larguísimo plazo con la continuidad de la actual sociedad y, obviamente de los actuales accionistas o de otros accionistas. O sea que están pensando en soluciones concursales tradicionales que, para el caso de sociedades hemos catalogado con el Prof. Emérito Dr. Juan Carlos Veiga como un contraderecho, y venimos considerando como un fraude a la ley societaria. Podemos explayarnos sobre ello si nos lo solicitan, pero se encuentran ese y otros ensayos en el mismo sentido en la página de la Academia.

A su vez ese pensamiento de los interventores no bucea en el derecho argentino. Quizá advierte que no hay un plan de negocios que viabilice la sociedad...

Cada una de la cadena de actos señalados, el manejo de las retenciones impositivas por una parte y por la otra el apalancamiento financiero, son cada uno actos ilícitos –por lo menos civiles, sin entrar en la calificación penal- contrarios a la funcionalidad societaria y en cuanto adoptados desde una sociedad en perjuicio ya no de la misma ni de los socios, sino de terceros acreedores, configuran por tanto actividad ilícita potenciada por ambos procederes.

Similar a los efectos de la nulidad absoluta del art. 397 CCC, y acordes con la existencia de personalidad o sea de relaciones de organización personificadas, aparece la previsión de actividad ilícita.

La misma está contenida en el art. 19 LGS

Se advierte que prevé una actuación de oficio de poner en liquidación a la sociedad, con particulares efectos responsabilizatorios.

Veamos los problemas y efectos de aplicación de dicha norma al caso:

La actuación de oficio, en paralelo, está prevista por el caso de las nulidades absolutas y, en el caso de sociedades personas jurídicas, la liquidación implica respetar los derechos de terceros. Podrían pedirla los interventores o sea la propia sociedad? Puede ser opinable, pero no hay duda que el juez concursal podría disponerla de oficio, y el derecho de defensa se practicaría no sólo por la representación legal sino por los accionistas en la apelación.

¿Es compatible la liquidación con una situación concursal y la conservación de la empresa? No tenemos duda de la respuesta afirmativa.

El concurso es como un “due diligence”, una auditoría sobre los créditos titulares del derecho sobre el patrimonio del deudor común, unificados en un mismo proceso. Proceso que a su vez les permite

formalizar acuerdos con los acreedores, pero en forma alguna alterar el principio que la pérdida en una sociedad comercial la deben soportar los socios, conforme previsiones imperativas de la ley societaria.

Lo que puede ocurrir es que se produzca un gran déficit concursal. Y aquí concurren normas de la ley general de sociedades que hacen a la teoría general de la responsabilidad específicamente para esas relaciones personificadas. Y a su vez es congruente con otra norma de la ley general de sociedades que es el 54 ter por abuso de la personalidad jurídica, que concurren con el art. 19: responsabilidad solidaria de los socios de control y de los administradores sociales. Y quizá allí alcance....

Claro que estando en liquidación, pero en cualquier caso debería ser lo mismo, debe acreditarse la viabilidad económica y social del negocio, no necesariamente de la sociedad, pues estamos pensando en liquidar separando empresas en actividad para maximizar valores. Esa viabilidad esta impuesta por el art. 100 LGS.

Sin duda el caso desatará comentarios variados y desde distintos ángulos sobre las resoluciones judiciales y el marco de actos de la sociedad en crisis, con visiones de pasado, presente y futuro.⁵

2. BLINDAJE JURIDICO. ESTRATEGIAS SOCIETARIAS. El concursamiento de una sociedad supone blindarla contra juicios de cualquier naturaleza, incluso con garantías reales pues se impone la previa verificación de las mismas. No suspende acciones contra deudores solidarios, garantes, fiadores, avalistas, endosantes, etc.. Pero el patrimonio de la sociedad queda resguardado como garantía común de sus acreedores, más no de las propias decisiones de administradores y socios de la persona jurídica societaria. Tampoco el blindaje de la sociedad no incluye el blindaje de sus administradores y eventualmente de socios de control en caso de ilícitos penales.

Sin duda se sacudirá la jurisprudencia y doctrina argentina al señalar maniobras que importaron un blindaje de casi dos años. El trámite procesal iniciado ante Juez incompetente significó una demora mayor a la tramitación regular toda de un concurso preventivo. Claro que la tramitación regular sólo se produce cuando a la estrategia de la “concurada” le deviene conveniente, pues de no hay múltiples formas en lograr la dilación, como lo hemos referido en uno de los ensayos que el Dr. Vitale refiere y cuyas apreciaciones dice compartir⁶. Allí también apuntábamos “II – OTRAS SOMBRAS EN LOS PROCESOS CONCURSALES DE SOCIEDADES. Interesa explicar el abuso del y en el proceso concursal en los casos de crisis de sociedades comerciales⁷, que se agregan a los aspectos de fondo que acabamos de presentar en el punto anterior, sobre lo cual hemos hecho referencias particulares con anterioridad, por lo que nos limitaremos a breves análisis sobre cuestiones puntuales, tendiendo a que los jueces tengan otra perspectiva de las estrategias de la sociedad concursada. - 1. Ha sido Jorge W. Peyrano quien ha sugerido considerar la *prohibición del abuso del derecho* como un nuevo principio en el ámbito del proceso civil⁸- un tema propio de la Teoría General del Derecho-. Señala Peyrano que la repulsa del accionar procesal abusivo es una aplicación del *principio de moralidad*, que en los ordenamientos adjetivos se traduce en deberes procesales con contenido ético, como el que manda actuar en el proceso con *lealtad, probidad y buena fe* (art. 34 inc. 5°, ap. d, del CPCC de la Nación) sin incurrir en *temeridad* ni en *malicia* (arts. 45 y cc. del mismo Código). La *moralidad* es un postulado que debe presidir todas las conductas de los hombres en los distintos ámbitos en los que les toque actuar. El *principio de moralidad* rige también en el

⁵ El día que cerramos esta nota (20/12/2017 se publicó en La Ley una importante opinión del jurista amigo Daniel Roque Vitolo, centrada particularmente –en la rápida lectura que hicimos- en memorar los recursos correctivos que el juez pudiera haber impuesto junto con la ratificación de la apertura del concurso por haber existido cesación de pagos, y las soluciones que brinda la ley de concursos para la conservación de la empresa, particularmente los arts. 48 y 48 bis.

⁶ RICHARD, Efraín Hugo “SOMBRAS EN EL CONCURSO PREVENTIVO DE SOCIEDADES”, publicado en Foro de Córdoba, publicación de Doctrina y Jurisprudencia, año XXIV, Febrero 2014, n° 168 pag. 65.

⁷ “EL ABUSO DEL PROCESO CONCURSAL (alternativa para abordar crisis societaria)” en RDCO año 44, t. 2011 B, pág. 655.

⁸ PEYRANO, Jorge Walter: “Otro principio procesal: ¿la proscripción del abuso del derecho en el campo del proceso civil?”, en “Procedimiento Civil y Comercial 1 - Conflictos Procesales”, Rosario, Juris, 2002, pág. 153; E.D. 159-925.

ámbito procesal y una de sus manifestaciones o derivaciones es, precisamente, el principio que prohíbe el accionar procesal abusivo. Se trata de un supuesto de abuso del "derecho".

Hace muchos años vimos algo así en un caso tramitado en Mendoza, ante la negativa de apertura de un concurso por no haberse cumplimentado todos los requisitos previstos que debía cumplir la sociedad deudora, aunque allí no se discutía el estado de cesación de pagos. Se trató del caso Bodegas Filippini S.A., opinábamos “Pragmáticamente es mejor abrir el concurso y dejar al sujeto bajo el control judicial, que rechazarlo permitiendo el recurso y la imposibilidad de una declaración de quiebra a pedido de un tercero, por pender la solicitud de apertura del concurso. Esa situación apegada a la interpretación formal de la Ley de Concursos, pero enfrentando la realidad comercial se vivió en la petición de concurso preventivo por parte de Bodegas Filippini S.A. ante la justicia mendocina: rechazada la petición del concurso, se apeló tal resolución por parte de la concursada. ... Varios años de pleito que, por apego a criterios formales, impidieron la tramitación del concurso bajo el control jurisdiccional.

3. EL PLAN DE INSOLVENCIA. En relación con el concurso preventivo –y en caso de un acuerdo preventivo extrajudicial- debe señalarse como preludio del abuso, el plan de insolvencia que alguien señaló en la causa de Oil Combustibles S.A..

A partir de la opinión de Carlos Palacio Laje⁹ “se introducen como defraudación distintas modalidades de acción por las cuales el agente logra un resultado en la empresa (afectan el normal desenvolvimiento o disminuyen parte del activo) que constituyen un subgrupo de delitos de intención”. Hay que destacar que la persona jurídica “subsiste intacta como entidad ideal, pero comprometido el desenvolvimiento de su actividad”. Constituyen una “garantía brindada al derecho creditorio” y resulta que el legislador se refiere a “infracciones a deberes ya confirmados jurídicamente, en el ámbito extra penal”. Se refiere a las sociedades que se generan sin capital suficiente, “con capitales de humo”, “con los vencimientos del pasivo que se van postergando y se obtiene refinanciamiento mediante la exhibición de un “gran patrimonio”, aunque total o parcialmente impago. Con este ardid se obtiene también crédito por parte de los proveedores comerciales que aumentan el pseudo patrimonio o el stock de mercadería, con una descripción que se corresponde con los informes generales que los síndicos que presentan en la mayoría de los concursos preventivos (no quiebras) de sociedades que han venido operando en insolvencia. Ello se califica como “ardid”, cometido a través de un plan, que consiste en tornar a la empresa incapaz de cumplir sus deudas, frustrando las expectativas de los patrimonios de los acreedores. La existencia de una tercera empresa a quien se ha transvasado total o parcialmente el contenido de la empresa originaria, puede descubrir la modalidad típica de los hechos punibles que analizamos, refiriéndose a la figura del art. 174, 6º, CP. que tipifica el delito penado con 2 a 6 años que consagra en su primera parte como “el que maliciosamente afectare el normal desenvolvimiento de un establecimiento o explotación comercial, industrial, agropecuaria, minera, o destinada a la prestación de servicios”, con afectación del patrimonio como prenda común.

Desde antiguo la Corte había puesto el acento en la existencia de fraude o abuso en los cambios de domicilio. En esa línea se inscriben las conclusiones del fallo “Curi” - CSJN, 6/4/2004, ED-209-534, JA-2004-III-101-. Se dijo allí que toda vez que la concursada cambió su domicilio social de la provincia de Santiago del Estero a la jurisdicción de la Capital Federal inmediatamente antes de iniciarse su concurso preventivo, corresponde que éste proceso tramite en la jurisdicción provincial, dado que no puede tenerse por válido el cambio de domicilio social cuando con ello se altera el sentido mismo de la legislación, creando un domicilio que no se corresponde con la realidad de la actividad económico comercial de la sociedad en concurso.

Este precedente parece el más acertado en tanto más allá de la conceptualización del domicilio como ficticio, pone foco en los fines del cambio de domicilio, en la tutela de la buena fe y, **en definitiva**

⁹ PALACIO LAJE, Carlos *Delitos de vaciamiento de empresas*, Ed. Marcos Lerner, Córdoba 2002, 153 páginas.

en la conjura del abuso y del fraude. Es claro, entonces, que como cualquier otro derecho, la modificación del domicilio social debe realizarse en el contexto de un ejercicio regular de tal facultad y no puede hacerse un análisis puramente mecanicista sino que debe indagarse en la realidad económica de la sociedad mudada y si existe justificación en base a ella para la mudanza. Sobre el abuso de derecho en la mudanza del domicilio social puede verse SCJ, Mza., Sala I, 23/10/2002, in re “Prinze”¹⁰.

Sobre el punto expresa Otaegui “La ley, LCQ art. 36, faculta al juez para descartar el *jus cedendi* de un acreedor que a la postre puede resultar legítimo (LCQ 37 párr. 2do.) pero que no puede ejercer su *jus votandi*. Así entendida la opción por el art. 36 LCQ, presenta la ventaja de impedir la promoción de incidentes (LCQ art. 280) sobre exclusión de voto, cesión de créditos y pago por subrogación que alteran el colegio creditorio y con las consiguientes apelaciones (LCQ art. 285) concedidas en ambos efectos demoran la formación de dicho colegio... La demora en la formación del colegio creditorio conlleva la consiguiente prolongación del trámite concursal... Sin crédito no hay comercio ni empresa comercial. Ni hablar de las malas intenciones que so pretexto de conservar la empresa apuntan a burlar a los acreedores”¹¹....

En materia concursal se ha dicho que: “A los efectos de la exclusión del voto previsto en la ley 24.522 Art. : 45, ha quedado fuera de la previsión expresa legal, diversos supuestos como la "cesionaria de la controlante de la controlante", "controlada" y "accionista minoritario", considerados supuestos propios del escenario de una interacción societaria vertiginosa que no fue expresamente receptada por el legislador que parece haber contemplado la problemática en vista a un concursado "persona física" sin atender que las sociedades y los grupos societarios ocupan el primer plano en la importancia de la actividad empresarial (Maffia, Osvaldo, "El no logrado régimen de exclusiones sobre votación de la propuesta de acuerdo preventivo", ll 1996-e-745). (en igual sentido: sala d, 31.3.08, "Cablevisión sa s/ acuerdo preventivo extrajudicial")”¹².

4. EL RÉGIMEN SOCIETARIO. Hemos sostenido que “Básicamente consideramos que una empresa debería estar organizada como sociedad persona jurídica, incluso los emprendimientos de una persona humana. Esto es conveniente para permitir múltiples divisiones de su único patrimonio –pues la división patrimonial personificada beneficia a los acreedores prudentes-, favoreciendo la eventual recuperación de las empresas viables frente a la crisis de alguna de ellas, utilizando los sistemas anticrisis de las legislaciones societarias y concursal. En ese sentido las conclusiones adoptadas en la 45ª Sesión de Trabajo de UNCITRAL de 2.014¹³, en la que se acordó (1) “El objetivo de la presente Recomendación es garantizar que las empresas viables con dificultades financieras, cualquiera que sea su ubicación en la Unión, tengan acceso a unos marcos nacionales de insolvencia que les permitan reestructurarse en una fase temprana con el fin de prevenir la insolvencia... también se propone ofrecer una segunda oportunidad a los empresarios honrados incursos en procesos de insolvencia en toda la Unión.”.

4.1. Afrontando estas cuestiones señalábamos que “Mauricio Yadarola en el año 1925 expresaba que un sistema concursal debe tener un “plan o método”, conforme el cual las normas “puedan ser armonizadas en todo momento, mediante la obra de una sabia jurisprudencia”, proyectando en torno a la situación en “que puede hallarse un comerciante: simplemente en dificultades para afrontar sus compromisos, más o menos próximos, o ya en estado de cesación de pagos; para el primer caso el pedido

¹⁰ ED-202-135; LLGran Cuyo 2003 (febrero)-53.

¹¹ OTAEGUI, JULIO “Voto concordatario desplazamiento, vía y oportunidad procesal” en *El voto en las sociedades y los concursos AAVV*. Edición Lexis del Instituto Argentino de Derecho Comercial, Buenos Aires 2007, pág. 187 y ss., especialmente págs. 203/4, con una más amplia explicitación a pág. 193 sobre la cesión de créditos y a pág. 195 sobre el pago con subrogación legal.

¹² Autos: “*Inversora Electrica Buenos Aires SA s/ Conc. Prev. s/ Inc. Art. 250*”. - Cámara Nacional de Comercio Sala B. - Diaz Cordero - Bargallo. 13/07/2006.

¹³ United Nations Commission on International Trade Law, Grupo 5, Derecho de la Insolvencia, celebrada en Nueva York los días 21 a 25 de Abril 2014.

de convocatoria es facultativo, ya que conviene dejar librado al propio criterio del deudor, la apreciación de si podrá o no salir de esas dificultades. En el segundo caso, es cuando la cesación de pagos se ha producido, cuando la exigencia amenazante de un acreedor puede llevarlo a pagar a éste, en perjuicio del resto de sus acreedores para evitar un pedido de quiebra, o a realizar operaciones desastrosas con el mismo fin, se hace necesario obligar al deudor a convocar judicialmente a sus acreedores para que, sin más dilaciones resuelvan éstos lo que más convenga a sus intereses comprometidos”. O sea entre la prevención –por medio del control jurisdiccional- y la punición, a través del resarcimiento, pero prefiriendo la prevención a cargo de los que serían responsables”.

A veces no se advierten esas maniobras artificiosas, aquello que Provinciali señalo como “*ció que segna el confine tra fisiología e patologia nella vita del patrimonio*”, lo que es hoy habitual que el estado de cesación de pagos –cuando no la insolvencia- se produjo hace muchos años, o sea que el patrimonio arrastraba una situación terminal dentro de la fisiología o funcionalidad de la sociedad.

4.2. En esto de las estrategias desarrolladas en una sociedad en crisis, la imperdible presentación del Director en un Tratado¹⁴ constituye una autopsia de la legislación concursal: “...todos conocemos lo grave que significó para una comunidad con un nivel de moral colectiva tan bajo como el que ya existía en ese momento en nuestro País, la castración de las acciones de responsabilidad... autores tan serios como Bergel o Maffia hablaron del *réquiem* de estas acciones para beneplácito de los *pillos*. No menos grave fue el mantener *intocada* la normativa referida a la extensión de la quiebra, dejándose librados a síndicos y damnificados a tener que enfrentar a *picaros aggiornados* que utilizan mecanismos de máxima sofisticación para estafar ... ampliando aún más la situación de significativa impunidad que se otorgó a los comerciantes y empresarios inescrupulosos *carta blanca* para delinquir...nadie ignora que su empleo generalmente se ha venido dando desde entonces siempre en situaciones sospechadas de fraude en las que el *cramdista*...por lo común terminaba siendo un allegado al cuasi-fallido *pillo*, que desembarcaba como tal –tras fracasar como concursado –a través de una sociedad *off shore* o de un amigo de turno, cuando no del *testaferro* de estilo...corresponde evaluar qué actitud asumió nuestra veleidosa *comunidad jurídica* frente a aquella crisis, y como acompañó las situaciones posteriores, ante institutos tan bochornosos como el APE...y harto peligrosos... nuevamente recorro a Cámara: *El principio de conservación de la empresa no constituye una patente de corso para la gestión empresarial*... los APE fueron utilizados para convalidar verdaderos despojos...”.

Sobre este aspecto vienen a cuento las expresivas y sinceras manifestaciones *obiter dictum* del camarista Dr. Alfredo A. Kölliker Frers “la realidad cotidiana de nuestros tribunales demuestra que los ‘verdaderos acreedores permanecen ajenos, en general, al trámite de los concursos, ya sea por desconocer siquiera su existencia, por falta de información o por ignorancia sobre como manejarse en ese tipo de contingencias, o incluso por carecer de asesoramiento legal o, simplemente, por fastidio o hastío por un sistema legal que desde la perspectiva popular sólo pareciera proteger a los deudores y desamparar a los acreedores. En fin, cualquiera sea la razón de esta realidad, lo cierto es que estos acreedores “genuinos” – mayormente proveedores, trabajadores y/o genéricamente, acreedores comerciales- deben presenciar como el concursado y sus asesores letrados diseñan estrategias que les posibilitan a estos últimos “manejar” las mayorías concursales para imponerles a aquéllos propuestas abusivas, cuando no irrisorias, para dilatar su pago, o diluir o licuar directamente sus créditos hasta límites inconcebibles. ¿Puede seriamente creerse, entonces, que esos desprotegidos acreedores estarán en condiciones de evaluar si la falta de actividad actual y/o potencial del concursado constituye o no un óbice para el éxito de la solución preventiva, cuando además de carecer por completo de todo tipo de información acerca de la actividad comercial del deudor, se procura por todos los medios que aquéllos no participen del procedimiento concursal (si es que se enteran de su existencia) y son frecuentemente excluidos de la “voluntad” del colegio de acreedores mediante la interposición de acreedores ficticios o ya “desinteresados” deliberadamente para que brinden

¹⁴ LEY DE CONCURSOS Y QUIEBRA COMENTADA, AAVV, Ernesto E. MARTORELL Director, Ed. La Ley, Buenos Aires, mayo 2012, 5 tomos (págs. 1016, 936, 846, 1129 y 1463 respectivamente).

su connivente complacencia a las estrategias del deudor, situación que se agrava si se tiene en cuenta que ni siquiera este último está obligado por la ley a decir qué se propone hacer con su empresa y de dónde piensa sacar los fondos con los que les va a pagar? Sinceramente creo que no... se tiene la más absoluta certeza desde la perspectiva de juez que el único objeto del deudor es “bicicletear” a los acreedores y/o ganar tiempo para asegurarse un espacio temporal durante el cual poder diluir su responsabilidad patrimonial y garantizar la inmunidad de los responsables de la falencia”. Como compartimos este diagnóstico, tan brutal¹, es que dirigimos nuestros razonamientos a dar una inteligencia constructivista al sistema concursal actual, particularmente en relación a la actividad empresarial organizada como sociedad, integrándolo a la legislación específica de la actual Ley General de Sociedades –LGS-.

Y así están las cosas. “Se advierte... una tónica uniforme que exterioriza disconformidad frente a la insatisfacción de los sistemas destinados a regular las crisis empresarias, y en suma, el fracaso de la legislación, lo que constituye una causa determinante de sucesivas reformas en búsqueda irrenunciable de la estrella polar de una solución imposible”¹⁵, es que ante la crisis económico-patrimonial-financiera de las sociedades, la misma debe ser asumida desde el derecho societario. Sólo fracasadas las acciones previstas en el mismo, para conservar la empresa podrá afrontarse el camino concursal, con el debido equilibrio entre acreedores y socios. El derecho societario iberoamericano es suficientemente uniforme para admitir (e imponer) estas conductas.

Resaltando la cuestión y transfiriendo decididamente el sistema de preconcursalidad a la legislación societaria, se ha sostenido que “Después de todo lo que se ha indicado, 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.”¹⁶.

La meditación que fluye es que -ante la afirmación de la Corte en el citado caso “Comercial del Plata S.A.”-, la sociedad que se concursara sin intentar los remedios societarios de bajo coste -asegurando la continuidad de la empresa y del empleo, aunque pueden comprometer parcialmente la titularidad de las participaciones sociales-, si intentara la homologación de un acuerdo de quita y espera se debería encontrar con una tacha inicial, metódica, de abusividad.

Como bien señala Dasso “... la persecución de la eficiencia se ha centrado en el resguardo de la empresa, motor de la economía capitalista instaurada en el mundo, y el nuevo objetivo, focalizado en el diagnóstico temprano de sus dificultades en forma de intervenir antes que la crisis sea patología irreversible”, desjudicializando los procedimientos e imponiendo una planificación o reestructuración, separando incluso al empresario de la empresa viable de ser necesario.

Hasta aquí viejas meditaciones.

5. DERECHO SOCIETARIO DE CRISIS. NORMAS IMPERATIVAS DE LA LEY SOCIETARIA. Lo que nos llamó la atención en ambas piezas judiciales es no haberse referido a las normas sobre crisis contenidas en la legislación societaria, aunque indirectamente se vincula la causa con la organización societaria de la concursada y actividades de administradores y sociedades vinculadas.

Venimos abogando desde hace 20 años a lo menos –y antes- sobre la necesidad de advertir que las personas jurídicas y particularmente las sociedades tienen un régimen especial de crisis. Pero dejaremos marginalmente las viejas referencias, para converger en algo que fue expresado un par de meses atrás por Alessandro Nigro en el Congreso del Instituto Iberoamericano de Derecho Concursal en Punta del Este,

¹⁵ DASSO, Ariel Ángel *Tendencias actuales del derecho concursal*, Editorial Ad Hoc, Bs. As. 1999, p.49.

¹⁶ 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”.

sobre el «diritto societario della crisi»: una nuova frontiera? Este es un tema que venimos afrontando hace más de 20 años. Consumidores y sociedades. El reciente libro del jurista uruguayo Daniel German “Insolvencia y cesación de pagos” dedicado a la PJ, y la tesis de Carlos E. López Rodríguez sobre responsabilidad de administradores por el déficit concursal se centra en las sociedades.

En este mismo sentido Karten Schmidt¹⁷ exponía “En la mayoría de los países del mundo muchas de nuestras cuestiones de responsabilidad son tratadas como elementos del Derecho Concursal. En parte eso se basa en la observación correcta, que las cuestiones de responsabilidad entran en vigencia en los casos de insolvencia. La calificación de Derecho Concursal de las reglas de responsabilidad tiene en tanto razones más fenomenológicas que motivos sistemáticos de Derecho. En Alemania, donde prevalecen los pensamientos sistemáticos en el Derecho, la tendencia hasta ahora era la contraria: la mayoría de nuestras cuestiones actuales de responsabilidad son clasificadas como elementos del Derecho Societario –no del Derecho Concursal-, aun si como parte actora comparece un síndico de concurso. En el año 2000, en el Segundo Congreso Iberoamericano¹⁸ expuse el motivo por el cual en Alemania hasta el momento lo vemos así... En la actualidad todavía considero correcta esta apreciación sistemática del Derecho. Los derechos y obligaciones de los cuales hablamos, por cierto no resultan del procedimiento de insolvencia....”.

La Corte se refiere a normas imperativas, de un orden público indisponible en materia procesal, aplicando el art. 12 CCC, y esto nos tienta a nosotros a referirnos a esas normas a partir del art. 150 CCC para abordar aquellas normas contenidas en la ley específica o sea la Ley General de Sociedades. Los problemas societarios se centran en la prelación e integración de normas en torno a las personas jurídicas y específicamente de la sociedad sujeto de derecho, conforme determinación del art. 150 CCC dentro del título 2 Persona Jurídica, Sección 2 Clasificación: “Leyes aplicables. Las personas jurídicas privadas que se constituyen en la República, se rigen: a. por las normas imperativas de la ley especial o, en su defecto, de este Código...”.

O sea que para las sociedades la ley especial es la LGS, imponiendo sus normas no dispositivas “o en su defecto” –de sus normas- por las normas imperativas del CCC. Las normas se clasifican en imperativas y supletorias, siendo indispensable reconocerlas para interpretar y aplicarlas. Una norma es imperativa cuando no es posible substraerse a lo que obliga o prohíbe, es supletoria cuando lo dispuesto por la norma se aplica a falta de previsión del contrato o estatuto, o sea cuando puede ser cambiada o modificada según esa voluntad de las personas intervinientes en el negocio jurídico en cuestión. Son imperativas para sus destinatarios las que se les imponen a quienes están en una situación jurídica determinada sin posibilidad de pacto o decisión en contra pues sus efectos deben producirse con independencia del querer de las personas. Son imperativas también las opcionales, esto es, las que permiten a los individuos escoger, según su deseo y conveniencias, entre dos o más posibilidades reguladas por la misma ley en cuanto a los efectos de las opciones consagradas. La ley imperativa se impone ante la voluntad de las partes. Se cumple aunque las partes en común acuerdo quisieran que no fuera así. La norma imperativa generalmente impone obligaciones o establece prohibiciones. La norma supletoria, en cambio, brinda la posibilidad de que las partes fijen los efectos o consecuencias, o las obligaciones y prohibiciones que gobiernen su relación jurídica, y si las partes nada dicen al respecto la norma entra a suplir esa indefinición, de modo que la ley sólo tendrá efecto si las partes no han expresado su voluntad, por lo que se puede afirmar que una norma supletoria permite que la voluntad de las partes prevalezca.

¹⁷ SCHMIDT, Karten “Responsabilidad de los socios y administradores” en *Derecho Comercial y de los Negocios, Sociedades – Concursos* AAVV siendo compiladores Raúl Aníbal Etcheverry, Héctor Osvaldo Chomer y Luis Mariano Genovesi, Ed. Eudeba, Buenos Aires 2007, tomo I pág. 395 y ss., reproduciendo una conferencia del año 2005..

¹⁸ SCHMIDT, Karten “El derecho empresario y el derecho concursal” en *De la Insolvencia Segundo Congreso Iberoamericano* AAVV directores Junyent Bas-Rodríguez Pardina-Richard, Ed. Advocatus, Córdoba 2000, tomo III pag. 751 y ss..

En Salta. 34 años atrás en el Discurso de Clausura del III Congreso de Derecho Societario, expresaba: “La derivación lógica del fluir de nuestro pensamiento nos lleva a partir de este problema –los límites de la responsabilidad- a la concepción interdisciplinaria del derecho. Los problemas de responsabilidad y agrupamiento no deben ser ajenos al sistema concursal, donde se agudizan y realmente se efectivizan las sanciones patrimoniales, en el cual aun cuando corresponda la desestimación de la personalidad, deberían mantenerse los centros diferenciados de derechos y obligaciones imputados en protección de los terceros que contrataron oportunamente (esto ha sido incorporado expresamente al art. 144 CCC). ... Quizá el tema esté vinculado, en una visión aún más amplia, a toda una nueva apreciación de nuestro derecho, sobre el que nos hemos expedido conjuntamente con el Profesor Palmero, en la reciente Conferencia de Rosario sobre la Unificación del Derecho Privado” en 1982.

La función del jurista es construir con vista a la Nación y a su realidad, sirviendo diariamente los principios de la justicia conforme los valores éticos irrenunciables propios de la condición humana y particularmente de los auxiliares de esa Justicia.

Un punto de partida hemos fijado con el Académico Correspondiente Prof. Emérito Dr. Juan Carlos Veiga en un ensayo que nominamos “EL CONTRADERECHO” sobre las costumbres contra legem en los juicios concursales de sociedades.¹⁹

La enseñanza centrada en las normas de las leyes de sociedades o de concursos, sin integrarlas, dificulta una visión sistémico constructivista sobre las crisis de sociedades comerciales. La legislación de sociedades contiene adecuadas normas imperativas para enfrentar esas crisis. Posteriores juicios o trámites concursales omiten, normalmente, toda referencia a esas normas incumplidas. La investigación también está alejada de esa visión integral de la crisis de las personas jurídicas societarias.²⁰ La enseñanza de las materias con contenido del derecho societario y del derecho concursal, cualquiera que sea el nombre con las que se las rotule en el Plan de Estudios de las Facultades de Derecho y de Ciencias Económicas, no genera interacción entre las mismas para afrontar las crisis societarias. En la segunda materia se trata en forma semejante –con pocas aclaraciones- el concurso de una persona humana que de una persona jurídica.

Las diferencias son notables. Lo que es aceptable en el concurso preventivo y en la quiebra del patrimonio de una persona humana, es inaceptable en similares situaciones para una sociedad, concretamente por violar normas imperativas contenidas en la legislación societaria o de derecho privado, particularmente basadas en la función de garantía del capital social, o en la regulación de las personas jurídicas, particularmente por el art. 1 LGS.

Planificar, analizando la crisis y las medidas para superarla es el mínimo a requerir de la conducta de un buen hombre de negocios, que actúa con deslealtad si continúa operando contagiando la insolvencia.

De ninguna forma pretendemos que el administrador asuma el riesgo del mercado o del error en la planificación²¹, sino que tome conciencia que de una actitud omisiva o desleal puede resultar responsabilidad.

¹⁹ “EL CONTRADERECHO (EL ABUSO Y EL FRAUDE EN LA HOMOLOGACION DE ACUERDOS CONCURSALES PROPUESTOS POR SOCIEDADES COMERCIALES CON QUITAS)”, con Juan Carlos VEIGA, publicado en *Pensar en Derecho*, Nro. 5 Año 3, pág. 257, Buenos Aires, Febrero 2015. Ed. Eudeba, Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires.

²⁰ RICHARD, Efraín Hugo “TEORIZACIÓN SOBRE SOCIEDADES COMERCIALES EN CRISIS ECONÓMICO-PATRIMONIAL”, en *Derecho Concursal, 10 años de reflexiones*, Instituto Colombiano de Derecho Concursal, Bogotá 2017, pág. 195 y ss..

²¹ Es el parámetro que fijaban los arts. 125-1 y 125-2 incorporados en el año 1983 a la ley de concursos 19.551 entonces vigente, disponiendo que la razonabilidad de un plan debía juzgarse en relación a la fecha en que había sido formulado, descartando así los avatares del mercado, de la política o de la globalización.

La Memoria que acompañe un Balance del que resulta la pérdida del capital social –causal de disolución uniforme en el derecho comparado- o un pasivo corriente mayor que el activo corriente impone una explicitación sobre las conductas a seguir por socios o previsiones de los administradores. ¿Se puede suponer que no es dolosa la actuación de administradores societarios que continúan el giro, y contratan con terceros a sabiendas de las dificultades de cumplir las obligaciones conforme los están asumiendo?

Con esta visión se construye un sistema de preconcursalidad desde el derecho societario²². La preconcursalidad ha sido materia de nuestra preocupación²³.

5.1. Prevención societaria. Se ha sostenido que la legislación societaria es preconcursal, paraconcursal o anticoncursal, cuya normativa opera en el derecho comparado “como un instrumento preconcursal”²⁴, “tiene una función *preconcursal* o *paraconcursal*, considerandola algún otro como *anticoncursal*”²⁵, 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 italiana²⁶, 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 doctrina²⁷.

Recordando algo aparentemente olvidado, se ha dicho “La normativa societaria ha tenido, desde siempre, la preocupación de la defensa y protección del crédito y, por esta vía, de la prevención de las crisis empresariales. Con herramientas y procedimientos diferentes ha ido convergiendo con una legislación concursal cada vez más preocupada por la prevención de las crisis empresariales y en la solución de éstas con el menor daño posible a las estructuras productivas. Esta comunidad de objetivos entre ambas ramas del ordenamiento mercantil hacen necesaria una coordinación y armonización normativa, de modo que su objetivo común pueda ser logrado en forma segura y eficiente, derecho concursal y derecho societario no son dos compartimentos estancos. Ambas disciplinas deben perseguir, desde una concepción integral del sistema jurídico, una armonización de sus sistemas normativos en orden a la tutela del crédito, a la anticipación de las crisis y a evitar su profundización y propagación”²⁸.

5.2. La responsabilidad por el déficit concursal. Es en realidad por daño causado., sigue al informe Winter “si los administradores están en condiciones de prever que la sociedad no puede continuar pagando sus deudas, deben decidir o bien sanear la sociedad, garantizando el pago a los acreedores o liquidarla. De lo contrario los administradores deben ser responsabilizados, total o parcialmente, frente a los acreedores por los créditos impagos” Es el régimen del art. 99 LGS.

²² RICHARD, Efraín Hugo en *DE LA INSOLVENCIA, In Memoriam de Héctor Cámara y Francisco Quintana Ferreyra*, Editorial Advocatus, Córdoba 2000, comunicaciones al II Congreso Iberoamericano de la Insolvencia “En torno a responsabilidad y concurso. Un “embrión” de proyecto” Tomo III pág. 313. y “Daños causados por la insolvencia: Acciones individuales de responsabilidad contra administradores de sociedades” Tomo III pág. 549; “Ausencia de sede y responsabilidad de administradores (II)” Tomo III pág. 579; “Pretensiones patrimoniales y contratos comprendidos en art. 20 ley 24.452, Competencia de árbitro frente al concurso”, Tomo IV pág. 243.

²³ RICHARD, Efraín Hugo “Notas en torno a la preconcursalidad Societaria” ANUARIO XIV (2012) pág. 377, del Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba.

²⁴ 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. Civitas, Madrid 1999, tomo I, especialmente “Las pérdidas graves” págs. 1009 a 1013.

²⁵ DÍEZ ECHEGARAY, José Luis *Deberes y Responsabilidad de los Administradores de Sociedades de Capital*, 2006, Ed. Thomson-Aranzadi 2ª edición, Navarra. p. 387.

²⁶ 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.

²⁷ 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.

²⁸ 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.

Es una protección no sólo de los acreedores, sino del interés general, motivando contratar con las sociedades. En eso esta el art. 1710 y sss. CCC.

La insolvencia es un riesgo para los acreedores en el concurso de persona humana, y de los socios y administradores en la PJ²⁹ Responsabilizar por el déficit es una forma de distribuir los costes de la insolvencia. Y tutela ex ante la eficiencia del sistema jurídico.

El Art. 94.5 LGS prevé una causal de disolución imperativa y el 96 LGS configura una opción imperativa para afrontar esa causal. El art. 99 LGS determina supuestos de responsabilidad, aclarado conforme el art. 150 CCC por el art. 167 in fine CCC.

Ejemplifiquemos sobre la prelación de normas cuando coexisten dos normas indisponibles: el art. 99 LGS preceptúa imperativamente: *“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”*. Aunque la expresión final respecto a la responsabilidad de los socios señalando “en su caso”, es imprecisa y ha dado lugar a diversas posiciones que enfrentamos con Luisa Borgarello en ponencia a tratada favorablemente en Congreso -.

A su vez, en norma similar respecto a todas las personas jurídicas privadas, el art. 167 CCC dispone “Liquidación y responsabilidades” y especifica al final “En caso de infracción responden ilimitada y solidariamente sus administradores y aquellos miembros que, conociendo o debiendo conocer la situación y contando con el poder de decisión necesario para ponerle fin, omiten adoptar las medidas necesarias al efecto”.

La integración de esas previsiones de los arts. 99 LGS y 167 in fine CCC es perfecta y absolutamente autorizada por el art. 150 CCC, cuando en su inc. a expresa “Por las normas imperativas de la ley especial, o en su defecto, de este Código”, conforme a la previsión integrativa referida del Diccionario de la lengua castellana.

Asegurar la funcionalidad de la actividad societaria es un objetivo de su legislación específica, a través de la regulación del capital social, tendiente a asegurar la organización, la funcionalidad y la liquidación de las sociedades sin afectar a terceros, un verdadero orden público societario. La autonomía de la voluntad para organizar actividades constituyendo sociedades personas jurídicas tiene el límite de normas que aseguran una base patrimonial para no dañar a terceros. ...Rescatamos la función básica del capital, cual es la faceta operativa, o sea la de mantener la funcionalidad de la sociedad, generando responsabilidad a administradores y socios la insuficiencia del mismo en cuanto afecte a terceros, pero ello no importa menoscabar la función de garantía, particularmente en el caso de crisis y más aún en el concurso de sociedades.

La viabilidad debe ser expresada, en la Memoria, conforme los LCQ 11 y 45 régimen de administración durante el cumplimiento del acuerdo, o inicialmente que piensa el concursado... es la viabilidad durante el cumplimiento. Lo explicita con claridad Bernardo Carlino³⁰, alejándolo de la crisis: *“Origen del plan de negocios: la etapa pre contractual. Adhiriendo al enfoque societarista de la prevención de la crisis económica de la empresa, que postula sin descanso hace más de una década Efraín H. Richard³¹, no caben dudas que la ley de sociedades provee y prevé mecanismos suficientes para conjurarla exitosamente”*.

²⁹ LOPEZ RODRÍGUEZ, Carlos E. *Responsabilidad Concursal de los administradores societarios – Administración de hecho y déficit concursal (Estudio comparado con la legislación española y argentina)*, Ed. La Ley, Uruguay, 2016, pag. 63.

³⁰ “Genética del plan de negocios (más sobre la contribución de E.H.Richard)” en Abeledo Perrot, Newsletter 20 de marzo de 2009, sección Doctrina, repetido el 23 de marzo.

³¹ El más reciente de los cuales se puede encontrar en “Notas en torno a la conservación de la empresa: ¿principio concursal o del derecho societario?”, en “Ensayos de Derecho Empresario” N° 4, Director: E.H. Richard, págs. 56 y ss., FESPRESA, Córdoba, 2008

Un plan de negocios permitirá analizar a los socios³² la conveniencia de reintegrar o aumentar el capital social. A su vez la posibilidad de invitar a terceros a integrarse a la sociedad por el buen negocio que resulta el adecuado cumplimiento de su objeto, la rentabilidad esperada, lo que puede permitir atender o reorganizar el pasivo exigible. Es una anual obligación de resultados formalizar el balance, con la Memoria con test de viabilidad anual, y ante causal de disolución de patrimonio insuficiente, corregimos pérdida total del capital social, que no impone tiempos de liquidación y que por tanto no se suspende por presentación en concurso, pero que ahora obliga conforme el art. 100 LGS.

La existencia de la cesación de pagos debería resultar de la propia Memoria que debe acompañar necesariamente al Balance anual. No basta, a nuestro entender, pronunciar en la demanda de concurso las palabras “la sociedad esta en cesación de pagos”, una suerte de las palabras mágicas que pronunciaba Alí Baba con sus 40 ladrones para entrar en la cueva de la impunidad: “Ábrete Sésamo”.... El art. 66 LGS señala “Memoria. Los administradores deberán informar... su juicio sobre la proyección de las operaciones y otros aspectos que se consideren necesarios para ilustrar sobre la situación presente y futura de la sociedad. Del informe debe resultar:... 5. Estimado u orientación sobre perspectivas de las futuras operaciones; 6. Las relaciones con las sociedades controlantes, controladas o vinculadas y las variaciones operadas en las respectivas participaciones y en los créditos y deudas;...”.

A su vez en ensayo en homenaje a Rippe “Una sociedad puede estar operando aparentemente con el capital estatutario previsto y no obstante ello estar en insolvencia. No existe un paralelismo entre ambas nociones, ni aún en los sistemas de sociedades sin capital social, cuya dotación patrimonial es analizada anualmente antes de distribuir utilidades –sólo si hay capital operativo suficiente- o de disponer la liquidación u otra solución en caso de capital insuficiente. Los deberes fiduciarios del administrador societario aumentan en esta situación frente a los acreedores y terceros. Ello está mejor delineado en las legislaciones donde no existe capital fijo, por lo que el administrador debe anualmente determinar el capital necesario para afrontar la continuidad de la sociedad (*solvency test*), tutelando así a potenciales nuevos acreedores. En legislaciones como la del Código Californiano se impone la imposibilidad de distribuir utilidades, entre otros actos, sino se somete a dos exámenes las cuentas sociales: *Quantitative Liquidity Test* y *Quantitative Solvency Test* ó de un simplificado *Equity Insolvency Test*³³.

La tensión aumenta –y los problemas se suscitan- cuando el valor patrimonial de la sociedad no permite satisfacer su pasivo, los accionistas pierden interés en la gestión, y los acreedores en cambio pasan a tener interés fundamental en la prosecución exitosa de la actividad. Los acreedores de una empresa en crisis se encuentran en la misma situación de inversores sin derecho, que no tuvieron en cuenta cuando contrataron sin la información de esa situación o antes que se produjera esa situación.

Coincidimos con el uruguayo Camilo Martínez Blanco³⁴, quién acota el tema: “*En el derecho concursal, siempre ha sido de sus temas más controversiales el presupuesto objetivo habilitante para la puesta en funcionamiento del concurso, y así lo reafirma la profesora española Juana Pulgar Esquerra*³⁵ *en su profundo análisis del tema que nos ocupa. – Por lo pronto en nuestro derecho mercantil, más precisamente en materia de quiebras siempre había sido la “cesación de pagos” su presupuesto objetivo,*

³² Y también a los terceros, acreedores o no. Se nos dirá que se los trata de hacer socios “a palos”, pero peor es quitarle los créditos a palos para patrimonializar a la sociedad. La información leal, un plan de negocios coherente, hace atractiva una propuesta en beneficio de la conservación de la empresa y no del enriquecimiento de los socios. Si parecería necesario, al margen de las obligaciones de los socios conforme la ley societaria, quitas importantes –por ejemplo 30%- , se podría invitar a los acreedores a capitalizar sus acreencias con un pacto de recompra pagando el 100% de la capitalización dentro de un plazo prudencial, y a su vez un compromiso de adquisición pagando el 70% si el acreedor ahora socio decidiera tal cosa después de un tiempo de espera (por supuesto en ambos casos a cargo del grupo de control al tiempo del concurso). De no, los acreedores serían tratados como socios sin derechos, imponiéndoles las contribuciones que deben hacer los socios con derechos.

³³ Rosario C. ESCRIBANO GÁMIR. *La protección de los acreedores sociales* Editorial Aranzadi, Navarra 1998, Monografía de Revista de Sociedades nº 10, pág. 44 y ss..

³⁴ *Manual de Derecho Concursal*, 2ª edición revisada,, actualizada y ampliada, Ed. Fundacion de Cultura Universitaria, Montevideo 2012, pág. 150 y ss..

³⁵ *Derecho concursal. Estudio sistemático de la Ley 22(2003 y de la ley 8/2003 para la reforma concursal*, García Villaverde, Rafael; Alonso Ureba, Alberto; Pulgar Ezquerra, Juana. Dilex SL, Madrid 2003.

concepto tomado del Código francés de 1807, que equiparó su noción a la del incumplimiento de obligaciones.... Históricamente, el primer significado de “cesación de pagos” fue el que emerge de su propio sentido literal: cesar de pagar es igual a incumplir, por lo que cual cesación de pagos e incumplimiento eran términos que no se diferenciaban desde el punto de vista de su significación jurídica en orden a provocar la falencia. – Esas denominadas teorías materialistas sustentadas por los clásicos (Vivante, Bolaffio) identificaban cesación de pagos con incumplimiento. (...) se fue evolucionado hacia estudios más avanzados. – Primero, comenzó la doctrina italiana a sostener que no debía declararse en falencia al sujeto que simplemente había incumplido (...). Son las teorías intermedias las que sostiene que no hay cesación de pago sin incumplimiento, pero no siempre los incumplimientos importan cesación de pagos.(...) el presupuesto objetivo de la apertura concursal debería retrotraerse a los prolegómenos o estadios anteriores del estado de cesación de pagos, etapa a la cual se llamó “estado de crisis”, “estado de preinsolvencia”, “estado de dificultades económicas o financieras de carácter general”.(...) De ahí que el estado de insolvencia, condición para la apertura concursal se puede definir en lenguaje técnico, como la impotencia para satisfacer, con medios regulares (disponibilidades normales o activos corrientes), las obligaciones inmediatamente exigibles (pasivo exigible o pasivo corriente)... la mayoría de los autores españoles, admiten el “desbalance” o sobreendeudamiento como un desequilibrio patrimonial –pasivo superior al activo- que puede verse solventado a través de la financiación externa, evitando así el concurso, dado que se viabilizan los pagos.(...) Por ello abogan por “un concepto de insolvencia de fondo o patrimonial, abandonando o dejando fuera del concurso las situaciones coyunturales de iliquidez”(...) reiteramos que para nosotros es importante el “desbalance” como síntoma, aun cuando para otras legislaciones (la española sobre todo) no alcanza. Pero además si los problemas transitorios de liquidez trascienden de la tesorería de la empresa, es señal de un agotamiento del crédito (carece de líneas de financiación para transitar el escollo) por lo que las dificultades son graves... importa mucho el llamado desequilibrio aritmético o déficit expresado en términos de pasivo mayor que activo ... pues en ese caso el cotejo se hace entre activo y pasivo en términos nominales, sin atender a la disponibilidad regular de los medios de pago que integran el primero ni a la exigibilidad corriente del segundo. Basta entonces que el patrimonio del deudor sea materialmente insuficiente para satisfacer el garantía común de los acreedores... puede haber insolvencia, incluso cuando el activo es considerablemente superior al pasivo, pero aquel está integrado por bienes de lenta y difícil posibilidad de realización, al paso que éste concentra los compromisos de pagos en el corto plazo.(...). De ahí la importancia de introducir el tema de la “insolvencia negocial”. La profesora española Marta Prats Marquina³⁶ habla con muy buen criterio de la “insolvencia negocial” entendiendo por ella la incapacidad de generar recursos, diferenciándola de la “insolvencia patrimonial”, ya transitoria (activo superior al pasivo a una fecha determinada), ya definida (activo inferior al pasivo exigible).... Resulta muy interesante la aportación que realiza Prats Marquina,(...) ya que es un dato esencial a tener en cuenta cuando de analizar capacidades empresariales se trata”.

Podríamos indicar la situación como de “insolvencia”, convencionalmente, para distinguirla de la “cesación de pagos” que puede derivar simplemente de que el activo ordinario es menor al pasivo ordinario, y aún en casos puede ser el activo ordinario mayor que el pasivo ordinario, pero tener la sociedad patrimonio neto negativo.

Nos apoyamos en el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española para comparar las referencias y usar una terminología concursal-societaria de compatibilización: Insolvencia: “Falta de solvencia, incapacidad de pagar una deuda. Insolvente que no tiene con qué pagar”. Solvencia en ese Diccionario es “Acción y efecto de solver o resolver. Carencia de deudas. Capacidad de satisfacerlas. Cualidad de solvente”. “Solvente” “Desempeñado de deudas. Capaz de satisfacerlas. Que merece crédito. Capaz de cumplir una obligación... y más en especial, capaz de cumplirlas cuidadosa y celosamente”.

³⁶ “Insolvencia y crisis económico: Su reflejo en el derecho concursal” R.G.D. Madrid, 1998.

Parecería que se envuelven dos conceptos el de no tener medios para pagar una deuda, aunque se priorizaría la imposibilidad patrimonial de satisfacerlas todas.

También el valor contable podría ser superior al de efectiva realización de los bienes. Lo cierto es que, al margen de las disposiciones de la ley concursal, la pérdida contable del capital social dispara en ambas legislaciones societarias –la argentina y la uruguaya- una causal de disolución que impone capitalizar o liquidar, so pena de responsabilidades por el eventual pasivo insoluto. Y esto vale para las ayudas financieras a los integrantes del grupo, como en el caso Oil Combustibles S.A.

Bastará advertir que no se adoptaron soluciones societarias, que no se afrontó la crisis oportunamente, que sólo se exige un sacrificio a los acreedores, para que la propuesta pueda ser cuestionada por abusiva³⁷ y en fraude a la ley al haberse omitido las soluciones societarias.

6.1. En el caso en comentario no se advierte ni la cesación de pagos ni la insolvencia.

Los administradores deberán determinar –por lo menos anualmente- si la sociedad es patrimonialmente apta para el cumplimiento del objeto social, pese a la pérdida del capital social. Y a su vez lo deberán someter a la consideración de los socios o accionistas. La aplicación de las normas sobre sociedades, como de otras del sistema jurídico, debe permitir prevenir su insolvencia e impedir la transferencia de los daños a los acreedores. Si los administradores continúan la operación de una sociedad, con pérdida del capital social y el patrimonio no es apto, ello se advertirá rápidamente en la no satisfacción de las obligaciones sociales.

Un desafío a la imaginación ante las conductas desviadas y un aporte a soluciones de bajo coste de transacción.

La legislación debe desalentar dañar y privilegiar la buena fe. Correlativamente la ley no debe alentar la generación de perjuicios o generar beneficios espurios, si se tutelan ciertas estructuras, como la empresa –que se consideran valiosas por los intereses concurrentes-, y ante ello no puede dañarse a otras empresas que convergen en el mercado. Ello, a nuestro entender quizá con visión alejada, se ha logrado en la congruencia de normas en la legislación uruguaya, y ello lo debemos a los numerosos juristas que han intervenido en la gestación de esas leyes, uno de ellos el maestro que homenajeamos.”

5.2. Subordinación. La protección a los acreedores ante la falta de capitalización por los socios, es la de subordinar ciertas contribuciones de los mismos a la sociedad. “El Derecho Concursal protege a los acreedores imponiendo la obligación de solicitar el concurso cuando la sociedad no puede hacer frente a sus obligaciones definiendo con mucha mayor precisión el riesgo de que continúen actuando en el tráfico empresas insolventes (v., [art. 5 LC](#)); subordina los créditos de las personas especialmente relacionadas con el deudor para desincentivar las “resurrecciones” artificiales de empresas insolventes a base de créditos concedidos por los socios ([art. 92.5 LC](#)) y declara la responsabilidad de los administradores y socios de control por el déficit concursal en caso de concurso culpable ([art. 164 LSC](#)), además de los efectos protectores de las acciones revocatorias. La amenaza de ver relegados los créditos otorgados por los socios de control; la eventualidad de tener que responder del pasivo no satisfecho en el procedimiento concursal si se retrasa la declaración de concurso o se ha distraído el patrimonio social en perjuicio de los acreedores, constituyen mecanismos mucho más ajustados a las circunstancias de cada caso”³⁸

Esa referencia a la subordinación de los créditos de los socios al no capitalizar la sociedad ha sido proveída en la jurisprudencia argentina en la Sentencia del Tercer Juzgado de Procesos **Concursales 1^a**.

³⁷ Nto. “Crisis de sociedades: Acuerdos concursales abusivos vs. Solución privada” en *SUMMA CONCURSAL*, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires 2012, tomo II pág. 1945.

³⁸ ALFARO AGUILA-REAL, Jesús “Concurso culpable y responsabilidad por el déficit concursal”, Jun 1, 2015 | [Derecho Mercantil](#), en Almacén de Derecho: La [STS de 21 de mayo de 2015](#) decide sobre un concurso declarado culpable y la consiguiente responsabilidad de los administradores por el déficit concursal. El Supremo confirma la sentencia de la Audiencia que había considerado el concurso culpable por dos causas: ocultar gravámenes que pesaban sobre el único inmueble propiedad de la sociedad concursada y el retraso en la solicitud de concurso (dos años)... *De tal forma que el agravamiento de la insolvencia, como consecuencia del retraso en la solicitud, constituye uno de los elementos objetivos y subjetivos de esta causa de calificación culpable, en realidad el más preponderante, con arreglo al cuál podía articularse la justificación de la responsabilidad por déficit del art. 172.3 LC (en su redacción original, aplicable al caso).*

Circunscripción Judicial del Poder Judicial de Mendoza, , en la causa “KLP Emprendimientos S.A. s/ Megaconcurso”, del 22 de Abril de 2016 del Juez de Mendoza Pablo Gonzalez Masanes, y en la sentencia recaída en la causa "Diaz y Quirini SA s/ concurso preventivo s/ incidente de revisión (promovido por Quirini Augusto)" de la CNCOM – SALA C del 31/05/2012.

Malas noticias para los propietarios de Oil Combustibles S.A. difícilmente podrán recuperar los fondos apalancados a otras sociedades de su grupo, particularmente en caso de concurso, y obviamente no podrán votar para imponer sacrificios a los acreedores “reales”.

Adviértase que la representación de la concursada pidiendo la aplicación anticipada del salvataje previsto por el art. 48 LCQ ha señalado un estado de “insolvencia”, que en derecho societario, como hemos visto tiene soluciones imperativas a cargo de los socios y cuyo soslayamiento implica, en principio, abuso de derecho y fraude a la ley societaria, si se intenta no capitalizar a la sociedad, obteniendo quitas. Y de todos modos responsabilidad. Pero también habla de “asfixia financiera” que si configuraría el estado de cesación de pagos.

No hay plan de viabilidad.

Claro que hay salidas sólo si existiere viabilidad.

7. ACTIVIDAD ILÍCITA. Ante ello se nos ocurre que el Juez podía abrir el concurso, manteniendo el blindaje, -hasta eventualmente intervenir la sociedad en los términos del art. 17 LCQ, o abortar el plan de “insolvencia” preconcebido reteniendo los montos de impuestos y derivarlos como ayudas financieras a otros integrantes del grupo. Abortar el plan es lo que decidió. Siempre teorizando podemos ponderar que el Juez podría haber ido más allá, al considerar que la actividad desplegada era ilícita –a nuestro entender lo es a partir de las manifestaciones judiciales-.

Volvemos a manifestaciones efectuadas en el año 2002 al referirnos al comentado caso Filippini, cuando agregábamos “Abierto el concurso, el Juez puede disponer en forma inmediata la sustitución de la administración, en cuanto se sospeche la realización de una actividad no autorizada o prohibida, impidiendo su continuidad y aplicando las sanciones previstas en el sistema jurídico (p.ej. art. 19 LS si se tratare de una sociedad).” Agregamos ahora que no se usó en el caso de Oil Combustibles S.A. de ese recurso aplicable de oficio. Seguíamos “La no apertura del concurso no permite la declaración de la quiebra de oficio, y la falta de actividad fiscalizadora del BCRA hace presumir la total impunidad. Pero si es factible que el Juez que rechaza la petición de concurso, resuelva la disolución de oficio, siendo para ello indispensable la conclusión que seguimos en este trabajo de que la actividad es ilícita³⁹. ...No sería un dislate pensar en la aplicación de la normativa de la actividad ilícita cuando la planificación de la administración incluya una actividad importante de incumplimiento de la normativa que regula las relaciones bancarias, asegurativas o laborales y el cumplimiento de las obligaciones previsionales, rompiendo los sistemas de competencia y las reglas de organización. - Sin llegar a sostener que la actividad de una sociedad en claro estado de cesación de pagos es ilícita, se abre un campo de análisis muy interesante ante situaciones que deriven de la insolvencia, tales como el no registro de seguros, o de depósitos de ahorristas, o las relaciones laborales, o retenciones previsionales. En algunos casos nos hemos referido a ello y nos remitimos a esos trabajos⁴⁰”.

³⁹ Rainsberg de Merenzon, Claudia "Solución preventiva y entidades financieras no autorizadas" en RDCO año 23 pág. 372.

⁴⁰ RICHARD, Efraín Hugo “Sociedad con actividad no autorizada y actividad ilícita” en *“Anomalías Societarias”* Ed. Advocatus, Córdoba, JULIO 1992, pág. 163, Libro colectivo bajo su dirección, con 1a. reimpresión, 1996, nuevo prólogo y artículos. pag.175, y “Responsabilidad de los administradores societarios por relación laboral no registrada” en Revista de la Responsabilidad Civil n° 4 agosto 1999 pág. 59.

Apuntemos sobre actividad ilícita⁴¹: “2. Se aplicó la norma en la causa "Ballester Rolando Alberto y otros c/ Vigarita S.A. s/ sumario", en la cual la Cámara Comercial de la Capital, con fecha 23 de junio de 2004, confirmó el sólido fallo de primera instancia (de fecha 3 de abril de 2001, Juzgado n° 11 a cargo del Dr. Bargallo, sec. N° 21), que dispuso aplicar las previsiones del art. 19 de la entonces ley de sociedades por actividad ilícita.⁴²

Ese fallo sobre actividad financiera ilícita y las circunstancias tienen varias connotaciones que califican lo que venimos expresando en torno a cómo calificar una actividad de ilícita, hoy aplicable a varias causas de exposición pública en los medios judiciales:

a. Determinar que se trata de un tema de interés público, cuando no de orden público, por lo que el Tribunal puede actuar de oficio, lo que indirectamente señala en torno a la legitimación activa.

b. Respecto al tema de la actividad ilícita en sí mismo, distingue entre acto y actividad; que no necesita ser genérica, sino que la sociedad puede asumir posteriormente una actividad ilícita, no necesariamente total sino de importancia en la genérica que desarrolla.

c. La ponderación de actividad ilícita que debe cumplir una sociedad para que sea aplicable el art. 19 LS ¿El *indirect doing business* cumplido por la actividad financiera en el año 2001, y que se sigue desarrollando, tipifica la actividad ilícita? Es una clara actividad off shore practicada por o a favor de sociedades constituidas en el extranjero.

d. Que no se trata de actividad prohibida, regulada por el art. 20 LGS.

La antijuricidad se objetiva y la responsabilidad sancionada es automática, con el alcance que veremos hacia el final.

En los casos previstos en ambos proyectos se estaría sancionando una clara actividad ilícita, alcanzada también por el art. 19 LGS⁴³.

Hemos teorizado también sobre la aplicación de la sanción por actividad ilícita a la sociedad que opera antifuncionalmente en el mercado⁴⁴. En algunas causas, más que sancionar el abuso de la personalidad jurídica o la responsabilidad de administradores y controlantes, debería sancionarse a la propia sociedad, por su gestión antifuncional, por actividad ilícita.

⁴¹ Reproduciendo solo lo comentado en un reciente artículo “PROYECTOS DE RESPONSABILIDAD PENAL DE SOCIEDADES Y DE EXTINCIÓN DE DOMINIO: ¿Y EL ART. 19 DE LA LEY DE SOCIEDADES VIGENTE DESDE 1972?” “... la realidad no es así, la realidad está así. Y está así no porque ella quiera. Ninguna realidad es dueña de sí misma. .. nuestra lucha es por cambiarla y no acomodarnos a ella...” de Paulo FREIRE en *El grito manso*. Publicado en Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones N° 285, Julio-Agosto 2017 pág. 1035 (Sociedades - Sección Doctrina).

⁴² Nto. “SOCIEDADES CONSTITUÍDAS EN EL EXTRANJERO (En torno al efecto del incumplimiento del orden público interno: ¿actividad ilícita?)”, en libro colectivo “La estructura societaria y sus conflictos” Director Daniel R. Vitolo, Editorial Ad Hoc, Buenos Aires 2006, pág. 101 y siguientes.

⁴³ Cfme. ntos. *Actividad ilícita de sociedades* en Primer Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa, Huerta Grande, octubre de 1992 Actas tomo II Pág. 575; *Actividad ilícita y actividad prohibida de sociedades: La empresa de seguros* en “Derecho y Empresa” Revista de la Universidad Austral, Facultad de Ciencias Empresariales, Año 1997 números 7 y 8, Rosario marzo de 1998, pág. 175. Número en homenaje del Prof. Dr. Juan Carlos Félix Morandi; en Libro colectivo de nta. coordinación ANOMALIAS SOCIETARIAS, Ed. Advocatus. *Actividades ilícitas - banca de hecho*. Ed. Advocatus julio 1992; *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, Bs. Aires febrero 2001.

⁴⁴ Cfme. nto. *Sociedad en insolvencia y actividad ilícita* en Doctrina Societaria y Concursal, Ed. Errepar, Buenos Aires 2004, tomo XV pág. 313.

La actividad ilícita es sancionada⁴⁵, y es importante determinar que un acto lícito individualmente puede considerarse en su reiteración, como actividad ilícita: p.ej. la actividad de intermediación financiera no autorizada⁴⁶. En muchos casos, como en el caso Romeo⁴⁷, el Tribunal imputó la responsabilidad del Directorio, como accionistas controlantes de la Institución Bancaria que creó una mesa de dinero, como banca de hecho. El tema es opinable, pues el mismo resultado pudo alcanzarse a través de la imputación de responsabilidad a través de los arts. 59, 274 y 279, pues importaba un daño generado a terceros que genera una acción individual de responsabilidad⁴⁸, y por aplicación del art. 19 LS.

El art. 19 LGS es técnica y doctrinariamente correcto. No procede la nulidad absoluta como sanción. El vicio aparece en la funcionalidad del contrato. Es una forma de desestimación de la personalidad por nulidad. Pero la remisión al art.18 LS y las consecuencias llevan a la misma conclusión: efecto disolutorio -e iniciación del proceso de liquidación-, responsabilidad solidaria de todos los que no demuestren buena fe, alterando parcialmente las relaciones tipológicas, que -al referirse a la actividad- afectan a los que la cumplieron o aceptaron, y el idéntico efecto de pérdida de los derechos sobre el remanente de liquidación. En cuanto a la responsabilidad nos permitiríamos identificar el efecto sobre los socios que no demuestren mala fe con las previsiones del art. 54.3 LS, como hemos señalado precedentemente⁴⁹.

El socio de buena fe se vería arrastrado a tener responsabilidad solidaria en el caso que se catalogara la actividad, debiendo cargar con la prueba de exoneración por esa causal.

Dentro de una actividad catalogable como ilícita puede tipificarse dentro del sistema argentino aquella dirigida a violar las leyes de resguardo de la competencia, anti monopolio o anti trust, como también la destinada a violar leyes impositivas o previsionales, o registrales de publicidad. Estas reflexiones lo son sin perjuicio de que esa actividad pudiera tipificar un ilícito penal del régimen general o especial.

Los actos integrantes de la actividad pueden ser lícitos y no serlo la actividad vista en su conjunto⁵⁰. Los actos tienen autonomía de la actividad como conjunto, y pueden ser en sí mismos ilícitos o no. La sucesión de actos coordinados entre sí y orientados en una finalidad o funcionalidad común representan la actividad, que a su vez puede ser lícita o ilícita con independencia relativa de los actos que la componen.

Fargosi⁵¹, uno de los firmantes del proyecto de la ley 19.550, señaló al respecto: "... el limitar la consideración al objeto ilícito... significa, por la pasiva, dificultar el perseguimiento y sanción de aquellas sociedades que, cumpliendo formalmente con el requisito del art. 1655 C.C., sustancialmente frustran la finalidad de licitud que se consustancia con la noción genérica del acto jurídico, a tenor de los arts. 944, 953 y concordantes del C.C.- Esa es la razón de ser del art. 19, aun cuando en una lectura ligera,

⁴⁵ Nto. "La conservación de la empresa" al recibir el Premio Academia, Anales de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales. El reconocimiento de la noción "actividad"..

⁴⁶ Nto. "Banca de hecho. Actividad ilícita Comentario a jurisprudencia "Romeo Anunciada M.E. c/ Peña, Jaime y otras s/ Oredinario", pág. 29 Revista de las Sociedades y Concursos n° 7 Noviembre Diciembre 2000, Buenos Aires febrero de 2001.

⁴⁷ Revista de las Sociedades y Concursos, Ed. Ad Hoc, n° 7 nov.-diciembre 2000, pág. 23 con nuestra nota.

⁴⁸ Puede consultarse nuestra opinión en el libro colectivo *ANOMALIAS SOCIETARIAS*, y en *Doctrina Societaria y Concursal*, Editorial Errepar marzo 2002.

⁴⁹ Ntos. "Banca de hecho. Actividad ilícita", Revista de las Sociedades y Concursos, Buenos Aires, 2000; "Nulidad absoluta de sociedades", RDPC, 1997-274; "Actividad ilícita de sociedad extranjera (indirect doing business) y su quiebra en el país (en torno a importantísimo fallo de la Corte)", el Dial. Express, Lunes, 16 de Marzo de 2009 - Año XI - N° 2739, www.eldial.com. SOCIEDADES CONSTITUÍDAS EN EL EXTRANJERO (En torno al efecto del incumplimiento del orden público interno: ¿actividad ilícita?) en libro colectivo "La estructura societaria y sus conflictos" Director Daniel R. Vitolo, Editorial Ad Hoc, Buenos Aires 2006, pág. 101 y siguientes.

⁵⁰ cfme. OTAEGUI, Julio César *Invalidez de los actos societarios* p.365.

⁵¹ FARGOSI, Horacio P. en "Estudios de Derecho Societario", Editorial Ábaco Buenos Aires 1978, el artículo *Sociedad y actividad ilícita* pág. 49 y ss, particularmente p. 59 en adelante.

superficial y prescindente del contexto general del orden jurídico, pueda aparecer como no conjugado con axiomas preestablecidos”. Centrando la discusión, Fargosi enfatizó: “Corresponde a Ascarelli el haber introducido una noción de actividad enderezada a integrar la teoría general de los negocios jurídicos.- Señaló este autor que “actividad no significa acto, sino una serie de actos coordinados entre sí para una finalidad común” y cuya valoración debe ser hecha autónomamente, o sea, independientemente de la que corresponda a cada uno de los actos individuales, singularmente considerados... Obviamente la actividad se presenta como un comportamiento que debe ser continuado y orientado... La valoración de la actividad, entonces, debe responder a criterios axiológico-jurídicos, sea para reprimirla o para permitirla....” De este modo⁵² cuando en un supuesto concreto se trate de establecer si se configuran actividades ilícitas subsumibles en el dispositivo a que nos referimos, la valoración debe ser hecha objetivamente y teniendo en vista sí, por con conjunto de actos teleológicamente vinculados y coordinables entre sí, se persigue una finalidad antijurídica. Los actos integrantes de la actividad pueden ser lícitos y no serlo la actividad vista en su conjunto⁵³. La sucesión de actos coordinados entre sí y orientados en una finalidad o funcionalidad común representan la actividad, que a su vez puede ser lícita o ilícita con independencia relativa de los actos que la componen.

Obviamente la antijuridicidad, que es presupuesto de la sanción prevista por el art. 19 LGS, debe ser referida –lo reiteramos- respecto del derecho objetivo en su totalidad, cualquiera de sus áreas o sectores sea el lesionado. En el ámbito civil⁵⁴, y como siempre se ha señalado, cuando la conducta no se ajusta a la previsión normativa (en el caso no ya el objeto formalmente lícito sino la licitud de las actividades), se impone una sanción, que nada obsta a que sea de naturaleza represiva. En el caso lo que se trata de impedir es que las sociedades mercantiles sean utilizadas en detrimento del orden jurídico, aprehendido en su completividad...”.

Betti⁵⁵ remarca esa concepción de la ilicitud. Sostiene que frente a la autonomía de la voluntad, la legislación puede reaccionar de dos maneras: con indiferencia o con una actitud normativa; en este último supuesto, la misma puede ser positiva o negativa; en el supuesto de atribución de eficacia positiva, se confiere a los particulares una competencia dispositiva que puede estar condicionada por el derecho al cumplimiento de ciertas cargas y a la actuación dentro de ciertos límites, fuera de los cuales se configura el negocio ilegal; si la norma atribuye trascendencia negativa al negocio se genera la ilicitud. Petrocelli⁵⁶ distingue entre actos que no van contra el derecho, sino que no van por el camino por donde obtiene la protección del derecho. Y en tal categoría encuadramos a las sociedades constituidas en el extranjero que no cumplen con la obligación de inscribirse, o a las que actuando en el país violan el sistema normativo argentino simulando haber realizado las operaciones en el exterior.

La doctrina es terminante en que un acto aislado no es suficiente, salvo que ese acto aislado sea de magnitud (o complejo, al implicar una serie de actos). Se requiere habitualidad en la operatoria o una serie repetida de actos, con cierta frecuencia⁵⁷, como se señala. A modo reiterativo de nuestra

⁵² FARGOSI ob. cit. p. 66.

⁵³ OTAEGUI, Julio César *Invalidez de los actos societarios* p.365; ESCUTI, Ignacio *Sociedad e invalidez: algunos aspectos* RDCO VI n.53.

⁵⁴ Sigue FARGOSI ob. cit. p. 67.

⁵⁵ BETTI, Emilio *Teoría General del Negocio Jurídico*, p.93.

⁵⁶ *L'antigiuridicità* parte 1 p.7 entendiendo que "un acto puede ser ilegal, por no responder en todo o en parte a las condiciones fijadas por la ley para su validez, sin que por ello pueda decirse que es antijurídico...; el autor del acto ilegal no va contra el derecho sino que va por un camino por donde no obtiene la protección del derecho; no se dirige contra otro interés jurídicamente tutelado sino que omite la realización de las condiciones indispensables para conseguir la tutela jurídica del interés propio...". Esto se compadece con el criterio que hemos sostenido en cuanto a la validez de los actos individuales, sin perjuicio de rescatar la sancionabilidad de la actividad.

⁵⁷ Zunino, Jorge *Disolución y liquidación de sociedades* t. II p. 208 y ss., Buenos Aires De. Astrea.. Ver nota anterior. Rubén R. Pardo "Acerca del Banquero de Hecho" *Doctrina Societaria y concursal*, t. III p. 15 y ss.. Carlos R. Freschi *La sanción por actividad ilícita de las sociedades comerciales* en RDCO año 1978 página 1531, en particular p. 1542. VERON, Alberto Víctor *Sociedades Comerciales*, Ed. Astrea, Bs. Aires 1987, tomo I p. 128 y ss. .VITOLLO, Daniel R. *La ley Sarbanes-Oxley de los Estados Unidos, la realidad de la República Argentina y la prevención de los fraudes societarios* Errepar diciembre 2002 p. 854 tomo XIV.

posición, traemos a Horacio ROITMAN y coautores⁵⁸: “La ilicitud en este caso no se refiere al objeto social, sino a la actividad desplegada para su cumplimiento⁵⁹. Se ha definido⁶⁰ “actividad” como una serie de actos coordinables entre sí para una finalidad común. La actividad ilícita a la que se refiere el artículo que comentamos, es la realización frecuente⁶¹ (sin que sea necesaria la habitualidad.), de actos ilícitos dolosos por los socios en calidad de tales, los administradores, y quienes actúen en la gestión como si lo fueran⁶². ... Dado el tenor amplio de su redacción, resulta indiferente a los fines del artículo el hecho de que la actividad ilícita haya sido planeada originariamente o la ilicitud sea sobreviniente⁶³. ... Normalmente no es suficiente un solo acto ilícito, pero podría llegar a serlo atento su magnitud⁶⁴ o significado jurídico^{65/66}. A decir de RICHARD, un acto lícito individualmente puede considerarse en su reiteración, como actividad ilícita: v.gr. la actividad de intermediación financiera no autorizada⁶⁷. Agrega FARGOSI, que la actividad no requiere estar dirigida a sujeto o sujetos determinados y esto marca una diferencia significativa con el acto jurídico, que naturalmente supone un destinatario, lo que hace necesario el establecimiento de pautas especiales de interpretación ya que se trata de precisar los alcances de un comportamiento y no de una declaración de voluntad⁶⁸. Por ello, al tratarse de un caso de desviación del objeto social⁶⁹, no se declara la nulidad de la sociedad, sino que la misma se disuelve y se procede a su liquidación⁷⁰. ... A decir de RICHARD, los efectos

⁵⁸ *Ley de Sociedades Comerciales*, Ed. La Ley 2ª. ed. Buenos Aires, tomo I.

⁵⁹ ZALDIVAR, ENRIQUE, MANOVIL, RAFAEL, RAGAZZI, GUILLERMO, ROVIRA, ALFREDO, SAN MILLAN, CARLOS, “Cuadernos de derecho societario”, Ed. Macchi, Buenos Aires, 1973, t. 1, p. 259.

⁶⁰ ASCARELLI, TULLIO, “Iniciación al estudio del derecho mercantil”, Ed. Bosch, Barcelona, 1962, p. 139.

⁶¹ ZALDIVAR, ENRIQUE, MANOVIL, RAFAEL, RAGAZZI, GUILLERMO, ROVIRA, ALFREDO, SAN MILLAN, CARLOS, “Cuadernos...”, op. cit. p. 259, ESCUTI, IGNACIO (h.), “Sociedad e invalidez: Algunos aspectos”, LL, 1976-C-49.

⁶² HALPERIN, ISAAC, “El régimen de nulidad de las sociedades”, RDCO, 1970, Año 3, p. 560.

⁶³ HALPERIN, ISAAC, “Curso de derecho comercial”, Ed. Depalma, Buenos Aires, 197, p. 343.

En sentido contrario: CNCom., 23/06/2004, Ballester, Rolando Alberto y otros c. Viparita S.A. s/ sumario, www.microuis.com: Tratándose de una sociedad que, al intermediar con habitualidad en la oferta y demanda de recursos financieros desarrolló una actividad ilícita, no puede disponerse la nulidad como en el caso del objeto ilícito, porque el vicio no es contemporáneo a la constitución, sino que resulta del funcionamiento del ente; no se trata de un vicio del contrato, sino de una desviación del objeto social.

⁶⁴ Ej: Una enorme operación de contrabando.

⁶⁵ Ej: Un monopolio prohibido.

⁶⁶ HALPERIN, ISAAC, “El régimen...”, op. cit., p. 560.

⁶⁷ RICHARD, Efraín HUGO “Actividad ilícita de sociedad extranjera (indirect doing business) y su quiebra en el país (en torno a importantísimo fallo de la Corte)”, El Dial. Express, Lunes, 16 de Marzo de 2009 —Año XI— N° 2739, www.eldial.com. CNCom., 23/06/2004, Ballester, Rolando Alberto y otros c. Viparita S.A. s/ sumario, www.microuis.com: La actividad de intermediación en la oferta y demanda de recursos financieros desarrollada por la demandada sin que mediare autorización de la autoridad de aplicación, en tanto prohibida por la ley, ha devenido ilícita y, por tanto, subsumible en la normativa del art. 19 de la LS.

⁶⁸ FARGOSI, HORACIO, “Nota sobre Sociedades Comerciales y Personalidad Jurídica”, LL, 1988-E, p. 66.

⁶⁹ COLOMBRES, GERVASIO, “Curso de derecho societario”, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1972, p. 167; FARGOSI, HORACIO, “Sociedad...”, op. cit.; ESCUTI, IGNACIO, “Sociedad e invalidez...”, p. 496.

Juzgado 6° en lo Comercial de la Capital, Firme, 20/07/1978. - Nieto Rivera, Eduardo c/ Termofer SCA, Manual de Jurisprudencia LL, Ley de Sociedades Comerciales, 1984, p. 47: Cuando el art. 19 LS sanciona con la disolución a aquellas sociedades que teniendo un objeto lícito ejerzan actividad ilícita, además de proceder en consecuencia con los principios que informan la normativa del art. 953 del CC, está sancionando un proceder no computable como actividad societaria a tenor de lo dispuesto por su objeto lícito, pues esa serie de actos no estarían contribuyendo al fin propuesto por los socios al crear el ente.

⁷⁰ HALPERIN, ISAAC, “El régimen...”, cit., p. 560. Richard, Efraín, 21/05/2010, “La sociedad civil y el objeto comercial”, www.micrjurs.com: el supuesto penal del art. 19 LSC, sobre actividad ilícita que autoriza declarar de oficio la disolución y la responsabilidad de socios y administradores. En contra: NISSEN, RICARDO A., “Ley de sociedades comerciales 19.550 y modificatorias, Comentada, anotada y concordada”, 3° ed., Ed. Astrea, Buenos Aires, 2010, t. 1, p. 358. Resol. IGI 51, 09/01/2006, en el expte. Biasider SA s/ denuncia, RSyC, N° 37, Nov./Dic. 2005, p. 335. Si tanto la sociedad local participada, como las sociedades del exterior han compartido conductas que han importado una desnaturalización funcional que ha tenido la virtualidad del completo desbaratamiento del régimen de publicidad comercial querido por el art. 123 de la ley 19.550, ello importa una actuación que, por su coherencia en la constante inobservancia de ese régimen de orden público, cabe sean asimiladas a una actividad ilícita en los alcances del art. 19 de la ley 19.550, tanto más por haberse tratado de la permanente infracción de un régimen de orden público, lo que autoriza la disolución y liquidación de las entidades, de oficio o a instancia de parte. CNCom., 23/06/2004, Ballester, Rolando Alberto y otros c. Viparita S.A. s/ sumario, www.microuis.com: A la sociedad que, al intermediar con habitualidad en la oferta y demanda de recursos financieros desarrolló una actividad ilícita, cabe aplicar como sanción el efecto disolutivo y liquidatorio; debiendo descartarse que se trate de un supuesto de nulidad. Juzg. N° 2 de Concursos y Sociedades, Córdoba, 26/05/1986 cit.: La fuerza coactiva de la sanción prevista por el art. 19 de la ley 19.550, radica en la misma disolubilidad, que implica la desaparición de la sociedad y la consecuente privación, a todos los socios, del medio jurídico instrumentalmente apto para desarrollar su

respecto de ellos pueden ser identificados con las previsiones del art. 54, tercer párrafo, LGS⁷¹. Es decir que la responsabilidad dispuesta en el artículo en comentario corresponderá a los socios, a los administradores y a quienes actúen como tales en la gestión social⁷² en la medida en que no acrediten su buena fe. Respecto a las sociedades extranjeras cabe agregar que constatada la ilicitud de su actividad, corresponde la aplicación del art. 19 LGS, no sólo por el negocio ilícito en sí mismo sino también por la actuación irregular de la sociedad extranjera violando las disposiciones del art. 124 LGS⁷³.”

Se nos ocurren varias cosas. En primer lugar que es de incumbencia de cualquier juez que conozca o se le haga conocer una “actividad ilícita” de una Sociedad, puede disponer incluso de oficio la aplicación del art. 19 LGS que implica disponer la liquidación de la misma, satisfaciendo los legítimos créditos de terceros, requiriendo la satisfacción de los créditos que componen su activo, no necesariamente extinguiendo las empresas –una o más que compongan la actividad-, con pérdida del remanente para los socios o accionistas que no acreditaran buena fe –una forma de extinción del dominio-. Y ello sin perjuicio de las acciones de responsabilidad para satisfacer el déficit liquidatorio si lo hubiere. Sobre la responsabilidad de administradores todos hablan, pero muy poco sobre la responsabilidad de los accionistas.

Decíamos que esa liquidación no necesariamente extingue actividades empresarias, que pueden transferirse por un monto de dinero, satisfaciendo así la previsión de la Corte sobre que el Juez “debe apreciar objetivamente si el deudor ha contrariado la finalidad económico-social del concurso preventivo, que está dada no solo por la conservación de la empresa como fuente de producción y trabajo sino que también está definida por el logro de una finalidad satisfactiva del derecho de los acreedores ...”.

7.1. El Dr. Vitale en su fallo revocado nos apunta “...comparto la interpretación que da el Dr. Efraín Hugo Richard en el sentido que cuando se acude al fraude concursal se presenta una situación que formaría parte de un plan de insolvencia (“Primera visión cualitativa de propuestas írritas en concursos de sociedades comerciales”, en VI Congreso Argentino de Derecho Concursal, Rosario, 2006, T° I, pág. 727).

Volvemos al plan de insolvencia⁷⁴: “En el estado actual de la visión doctrinaria, y algunas resoluciones judiciales, no aparece como posible se reiteren homologaciones de acuerdos que sólo propongan quitas y esperas predatorias, imponiendo perjuicios al patrimonio de los acreedores, al haberse determinado que ello implica un enriquecimiento directo de los socios de la concursada. Esa constatación conlleva a considerar que es abusiva. - No es razonable ni congruente ese tipo de acuerdos con la conservación de la empresa, pues ella resulta mejor servida con la capitalización del pasivo, prevista por la ley de sociedades y receptada también por la ley de concursos, incluso incorporando otras formas de participación de los acreedores en el futuro de la empresa. - Nuestro rol: mostrar sin hipocresías la realidad, para intentar afrontarla en beneficio de la República y asegurando la vigencia del sistema jurídico integral. (micro/macro). Se verá que, a la postre, sólo **tratamos de disuadir a los administradores**

actividad económica, lo cual lleva después a un régimen específico de liquidación que se aplicará a todos los socios que no logren acreditar su buena fe.

⁷¹ Nto. “Actividad...”, op. cit.

⁷² GRISPO, JORGE D., “Tratado...”, op. cit., p. 240: el legislador, con buen criterio ha incluido en esta regla a quienes actúen como administradores sociales, sin que, en lo formal lo sean”.

⁷³ Nto. “Actividad...”, op. cit.

⁷⁴ “PRIMERA VISIÓN CUALITATIVA DE PROPUESTAS ÍRRITAS EN CONCURSOS DE SOCIEDADES COMERCIALES” (Concursos con propuestas írritas - Enriquecimiento sin causa de socios) Publicado en libro colectivo “VI CONGRESO ARGENTINO DE DERECHO CONCURSAL - IV CONGRESO IBEROAMERICANO SOBRE LA INSOLVENCIA” (Santa Fe 2006), tomo I MORALIZACION DE LOS PROCESOS CONCURSALES, pág. 723.

societarios –y a los socios- de la perniciosa costumbre de trasladar el problema a los acreedores: sin duda la cuestión es sencilla –volver a los principios rectores del sistema concursal-, pero..... Si la sociedad hubiera arrastrado un largo período en cesación de pagos, que ha generado tal descalabro que impone una quita importantísima y largas esperas, no descartamos la posibilidad de presentar y homologar esa propuesta, pero la misma debería introducir el “esfuerzo compartido” de los socios, transfiriendo participaciones a los acreedores en forma proporcional a la quita. Caso contrario aparecería como un enriquecimiento sin causa a favor de quiénes usaron indebidamente un instrumento de organización, como es la sociedad, de quiénes contrataron dolosamente –en estado de cesación de pagos, sin darles información- con acreedores, generándoles un perjuicio. - Los que no supieron dirigir la sociedad, los que asumieron los riesgos de operar con la sociedad en cesación de pagos durante mucho tiempo, son beneficiados. Los acreedores son despojados y no existe ninguna posibilidad que la gestión útil de la sociedad pueda mejorar lo homologado, novando los créditos. - Incluso la presentación de esas sociedades en concurso suele estar ligada a una transferencia del paquete de control de la misma, coetáneo o inmediato posterior, que genera utilidades millonarias a los socios, expoliadas a los acreedores⁷⁵.

Así se dibuja el balance, lo que describimos alguna vez en “Economía del Derecho”⁷⁶, una suerte de ganancia posiblemente inexistente si los créditos a las vinculadas o controlantes o controladas eran total o parcialmente incobrables, pues se había estado ocultado algo más grave que es el “estado de insolvencia”, evitando la aplicación de las normas imperativas de los arts. 94.5, 96 y 99 LGS, con la interpretación que ahora apoya y clarifica en su defecto el art. 167 CCC. En ese ensayo nos referíamos al balance del BCRA, que ocultaba el llamado déficit cuasi fiscal, que intentamos poner de resalto en el caso Centro Financiero S.A..

8. LA ACTIVIDAD ILÍCITA

Desde la óptica de la referida norma del art. 19 LGS si un tercero adquiriera las acciones de la concursada, podría invocar la situación de tercero de buena fe para no ser alcanzado por la sanción económica en la misma prevista: pérdida de la cuota de liquidación, o de la imputación de responsabilidad en otros supuestos.

Si tenían excedentes de caja volvemos a la idea que no existía la cesación de pagos, y el patrimonio se volvió insolvente no por el reclamo del Fisco, sino por los préstamos a los socios o sociedades del grupo. Cuando los socios deberían haberse asegurado que su operatoria no perjudicaba a terceros configurando así un obrar ilícito.

9. RESUMAMOS.

Es un abuso en la funcionalidad societaria que el grupo de control asuma por un acto o resolución un apalancamiento financiero para adquirir su propia participación mayoritaria como indicó la Corte. Constituye una actividad tachable de ilegal la continua disposición de apalancar la funcionalidad de otras sociedades de un grupo económico.

Ese apalancamiento financiero, ilícito, se potencia por prevalerse de su condición de retenedor impositivo para no depositar los montos así obtenidos y destinarlos a comprar o capitalizar otras sociedades.

Los actos así cumplidos estarían afectados por nulidad absoluta declarable de oficio.

⁷⁵ Informó Ámbito Financiero del 25 de abril de 2006, págs. 6/7, sobre compra de empresas particularmente que han reestructurado sus deudas, en las que advertimos el 50% de las acciones de Supercanal.

⁷⁶ “LA ECONOMÍA DEL DERECHO en Revista LA LEY, Sección Actualidad Pág.2 y ss., día 18 de abril de 1989

Esa actividad contraria al orden público es calificable como plan de insolvencia, particularmente por las connotaciones de esos actos y el posterior concursamiento donde continuaron esas actividades. Es interesante advertir que tales “ayudas” financieras a terceros podrían ser calificadas como “créditos subordinados” a los de otros terceros quirografarios.

Ello tipificaría el delito del art. 174, 6º, CP, para los socios que autorizaran tal gestión como de sus administradores, penado con 2 a 6 años que consagra en su primera parte como “el que maliciosamente afectare el normal desenvolvimiento de un establecimiento o explotación comercial, industrial, agropecuaria, minera, o destinada a la prestación de servicios”, con afectación del patrimonio como prenda común.

Frente a la peregrina idea sobre que para conservar la empresa es necesario quitar importantes de los acreedores, debe apuntarse que conforme el art. 1º LGS las pérdidas las soportan los socios, lo que es congruente con distinguir cesación de pagos –mero desequilibrio entre activos y pasivos disponibles en el próximo año- ver art. 66 LGS sobre Memoria, e insolvencia –patrimonio neto negativo evidenciado con la causal de disolución de pérdida íntegra del capital social del inc. 5 art. 94 LGS-, que impone liquidación o responsabilidad –art. 99 LGS-, remediable sin plazo pero manteniendo responsabilidad conforme la opción imperativa del art. 96 LGS: reintegro por los socios o capitalización por socios, terceros o de deudas –art. 197 LGS-.

Ante la falta de acción de los socios, si se produjera daño: por imposibilidad de asunción de deudas en la liquidación o deficit concursal se genera una responsabilidad de todos los socios que por acción u omisión hubieran permitido el giro social después de generarse el patrimonio neto negativo –integración arts. 1, 99 LGS y 150, 167 CCC-.

La jurisprudencia suele resolver esta cuestión de responsabilidad solidaria de los socios que abusan de la funcionalidad societaria conforme la previsión del art. 54 ter LGS llamado de inoponibilidad de la personalidad societaria, pero que en forma alguna importa desconocerla de acuerdo a la aclaración integradora del art. 144 CCC.

Frente al desaliento que anticipe, sobre las costumbres contra legem en los procesos concursales y la lentitud de los juicios de responsabilidad, advierto que la solución se engloba en la previsión del art. 19 LGS que dispone la oficiosidad, al igual que las previsiones sobre nulidad absoluta, para el caso de actividad ilícita –como la que creo se tipifica en los casos aludidos-, con responsabilidad solidaria por daño y extinción de dominio si hubiere sobrante en la liquidación dispuesta. El derecho de defensa esta cubierto por el recurso de apelación y la intervención de una Cámara.

De no sigamos despotricando contra la ineficiencia del sistema jurídico –falso- o del procesal –probable-, echando la culpa a los jueces y a los poderes de la Nación. Es la hipocresía de nuestro propio fracaso, de nuestra acomodación a una realidad que destruye los vínculos sociales.

Con estas preocupaciones los invito a meditar....