



ACADEMIA NACIONAL DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES DE CÓRDOBA

DERECHO SOCIETARIO DE CRISIS: DE ESO NO SE HABLA!¹

Efraín Hugo RICHARD

Con el agradecimiento siempre viene el recuerdo, gracias Héctor por tu generosa y cálida presentación. En 2007 recordaste mi posición, que calificaste de dura, citando trabajos míos desde 1998 en adelante, te tranquilicé en el ensayo que publiqué en tu libro de homenaje. En 1965 nos conocimos en Córdoba en las Primeras Jornadas de Letra de Cambio, Pagaré y Cheque, en el Aula Magna de Ingeniería, pues habíamos escrito sobre el mismo tema, la cláusula sin protesto, y con Dasso, en los 67 creo que en Abeledo, él buscando bibliografía sobre derecho de receso, sobre el que armó su tesis laureada, y que les aconsejo leer sobre el tema reintegro de capital... Siempre recuerdo nuestras cenas con Julio César Otaegui, y su recomendación que, por lo menos

¹ Desgrabación de la presentación en el Instituto de Derecho Comercial del Colegio de Abogados de CABA, presidido por Héctor Alegría, al que fui invitado a disertar con la presencia de Ariel Angel Dasso, Lorena Schneider, Mangold Moro, Marcos y muchos más, generando un diálogo amable pero controvertido como acostumbro hacerlo.

para el público, mantuviéramos un pensamiento diferente... Es que la disidencia, respetuosa y cuando sabemos escucharnos, construye el derecho, mejora argumentos o nos acerca en las soluciones. Habría tanto para hablar, pero vamos al hueso....

Como demoramos mi intervención hasta después del Congreso de la Insolvencia de Bahía Blanca mucho de lo que aquí apunte no pude dejar de decirlo en aquella ocasión.

Se dice “DE ESO NO SE HABLA” en torno al derecho societario de crisis, escucho conferencias, debates, y no escucho la palabra sociedad, se habla de deudor, que puede ser persona humana o persona jurídica...

Lo que es aceptable en el concurso de una persona humana, empresario, no es admisible en el caso de sociedades, pues no se exige lo que la ley específica requiere. ... Miremos el caso Vicentin S.A.

Traigo a análisis el tema del que “no se habla”. Me refiero a la singularidad de un derecho societario de crisis, y particularmente a la legalidad de las propuestas de quita en los concursos de sociedades, que la práctica acepta sin cuestionamiento alguno, pese a las referencias que he hecho de ello, con el Profesor Emérito tucumano Dr. Juan Carlos Veiga y miembro del Instituto de Derecho Empresario que dirigís Héctor en la Academia, como costumbres contra legem de los procesos concursales de

sociedades, rotulándolo como EL CONTRADERECHO en nuestras publicaciones conjuntas.

Hay que dejar el lenguaje ambiguo. No limitarse a referirse a deudor o deudora, sino precisando si se está frente al concurso de una PH o de una PJ, pues hay enormes diferencias, no sólo la ratificación por el órgano de gobierno.

Creo que todos coincidimos en que los administradores societarios deben actuar frente a alertas tempranas, asegurando la conservación real de la empresa, de la actividad empresarial, de ser posible con el negocio en marcha como señaló la jurista colombiana Diana Rivera en el reciente Congreso de Bahía Blanca. Viable, pues caso contrario es mejor liquidar rápidamente, siguiendo Directivas, recomendaciones, como la de la 45ª Sesión de Trabajo de UNICITRAL de 2.014, o los objetivos que señalan unánimemente el Banco Mundial, las Directivas Europeas y toda posición sensata. La perspectiva que recomendamos en nuestros trabajos, que compartimos con muchos juristas y economistas, y asumida por el IIDC, es similar a la del Considerando 29 de la Directiva Europea 2019/1023 *“Para fomentar la eficiencia y reducir los retrasos y los costes, los marcos nacionales de reestructuración preventiva deben incluir procedimientos flexibles.”*

Conlleva evitar la judicialización, porque entiendo que la mayoría de las situaciones se superaría con herramientas jurídicas disponibles, ...Al mismo tiempo, las empresas no viables sin perspectivas de supervivencia

deben liquidarse lo antes posible. Cuando una sociedad en dificultades financieras no es económicamente viable o no puede recuperar fácilmente la viabilidad económica, los esfuerzos de reestructuración pueden provocar la aceleración y la acumulación de las pérdidas-

Es lo que previmos en 2012 con Manóvil y Roitman, para que se resguarde la viabilidad y no el negocio de los socios. Ayer recibí un excepcional trabajo de Stefania Pacchi sobre la nueva legislación italiana en este mismo sentido...

Enfrentamos una realidad compleja en el escenario de las crisis de sociedades o crisis empresariales. Es indispensable poner en claro ciertos principios, para luego tratar de visualizar el sistema normativo integrado, conforme dispone el Título preliminar del CCC y ofrecer una mirada, quizá distinta de como enfrentar los problemas. Son viejas y firmes ideas, incomprendidas para sostener ciertas costumbres, que intento reformular por los vientos que soplan para hacerlas más aceptables, y siempre en la idea que con la disidencia se construye el derecho, repensando....

Serán muy distintas las tutelas en orden a la intención de proteger la estructura original, las propuestas de la sociedad, o la paridad de los acreedores, o de algunos, o un supuesto interés social, o la conservación de la empresa, o una diversa combinación de aquellos. Quizá la discrepancia o confusión radica en la observación de distintos ordenamientos jurídicos o en el interés de los que amparan en el concurso con la declamación de alguno de esos principios. A su vez me baso en una visión del

comportamiento natural conforme el art. 1725 CCC de administradores y socios. En el mundo globalizado se suponía que al ingresar en zona de crisis los administradores deberían atender el interés de los acreedores. En la realidad nacional es que encubren los intereses de los socios de control. Y en una visión académica actual deberíamos pensar en la conservación de la actividad empresarial, pues así se protegen todos los intereses en juego, incluso el de los trabajadores aunque nada se les adeude.

La libertad en la organización de la sociedad impone que el ordenamiento jurídico proteja determinados valores caros a la comunidad, cumpliendo con una necesidad de bien común o bien jurídico a tutelar, lo que normalmente se genera a través de normas imperativas tratando de evitar que esa libertad funcional genere daño a terceros.

No creo necesario refrescar que el procesalismo concursal pide más plata fresca tanto al concursarse como para el período de cumplimiento, propicia el enriquecimiento de la sociedad, y obviamente de los socios, con quitas confiscatorias y esperas absurdas, niega la presentación de un plan de negocios o el análisis de la viabilidad, por la turbulencia del mercado. ... No sigo... Todo para la deudora desnaturalizando la tipicidad societaria...

Se altera la función del concurso de actuar ante la mera cesación de pagos, incluso no existiendo incumplimientos, buscando un escudo, y se desconocen por administradores y socios las previsiones imperativas

de la ley de sociedades que les generan responsabilidad por los daños a acreedores, incluso a la sociedad y a los socios.

No tengo dudas que el bien jurídico a tutelar es eliminar el contravalor de la cesación de pagos –antes de la insolvencia-, con el objetivo de la conservación de la empresa.

Se trata simplemente de adelantarse a la cesación de pagos, evitar la insolvencia y la infrapatrimonialización, y que los socios transfieran el riesgo a los acreedores, con soluciones abusivas, al decir de la Fiscal General y de varios casos de jurisprudencia.... Interdumentaria S.A. con el voto de Pablo Heredia, Von Saiden... Cada vez aparece más jurisprudencia o dictámenes de Fiscalía que cuestionan la transferencia del riesgo de socios a acreedores, o ante la infrapatrimonialización señalan la responsabilidad del grupo de control,

Bajo esa óptica les propongo bucear sobre el sistema societario de crisis, integrado no sólo por la Ley de Concursos, sino por la de Sociedades y CCC. Mirando la realidad... en el sistema normativo nacional.

El derecho de la insolvencia o de la crisis no es una isla, lo afirma enfáticamente Daniel TRUFFAT, distinguido colega y amigo con quién hemos tenido muchísimas polémicas a las que todos ustedes pueden haber accedido. Reitero, el derecho de la insolvencia no es una isla, Truffat expresó: *“La pérdida de autosuficiencia del Derecho Concursal y su necesaria integración no solo con normas supra legales, sino con el derecho positivo*

clásico. Claramente con las normas directrices del derecho civil. En el área concursal los jueces se encargaron de remarcar que no es una isla”. Y a su vez, ante nuestras críticas sobre que los socios transferían el riesgo, y más que ello las pérdidas mismas, a los acreedores con las quitas, y las respuestas académicas invocando el esfuerzo compartido, el mismo Truffat ponía las cosas en su lugar: “Es literalmente inmoral que la solución concordataria devuelva al empresario (en general en sociedades de capital, a los accionistas de la concursada) una empresa revitalizada y que todo el daño emergente de la cesación de pagos recaiga “en exclusiva” en los acreedores del sujeto así salvado. Esa posibilidad importaría consagrar el enriquecimiento incausado en favor de los antedichos”.

Apunto a una incursión mirando la legislación actual, no divagando sobre el derecho comparado. Contemplo al art. 100 LGS sobre viabilidad, y al art. 150 del Código Civil y Comercial introducidos en 2015, sobre preeminencia de las normas imperativas del derecho societario que ratifica nuestra anterior interpretación.

La capitalización la imponía la ley argentina de sociedades en el año 72 y la concordancia se mantuvo en las leyes 19551 –contemporánea a la de sociedades- y 24522 de hace 26 años. Me tiento a leerles párrafos de un libro, pero opto por mostrárselos en la pantalla, se trata de Ascensión Gallegos Córcoles en su libro de 2019 referido a la reforma a la ley concursal española de concursos y refinanciación. Si revisan mi disertación reciente en Bahía Blanca podrán acceder a párrafos muy significativos: la reciente legislación española hace

responsables del déficit concursal a los socios que frustren la capitalización de pasivos. Es que conforme el informe de la Comisión Winter ante la crisis patrimonial de la PH el riesgo es de los acreedores, pero ante la crisis de la sociedad el riesgo es de los socios, congruentes con la tipicidad subrayada por el art. 1 LGS.

El concurso atiende la cesación de pagos, incluso al avizorarla, la ley de sociedades regula la infrapatrimonialización, la insolvencia. Esa responsabilidad puede ser previa a través de la constatación de causales de disolución, que no imponen la liquidación, conforme los arts. 96 y 99 LGS. La imposibilidad sobreviniente de cumplimiento del objeto social de origen patrimonial, financiero u económico –art. 94.4 LGS- o la pérdida total del capital social –art. 94.5-, que es más exigente que el derecho comparado que genera la causal sólo frente a pérdidas porcentuales del 33, 50, 66 o 75% y con plazos de actuación- genera en el derecho argentino un sistema equilibrado para que los administradores afronten la infrapatrimonialización, pues es superadora a las nociones de infracapitalización (constitutiva o funcional, formal o material) e incluso a la noción de insolvencia. El art. 96 LGS brinda opciones imperativas para que no nazca la responsabilidad prevista en el art. 99 LGS. Todas de formas de capitalización, salvo disponerse la liquidación.

Sobre la base de la capitalización y sus formas para mantener equilibrio entre socios y los acreedores que se incorporan en ese incremento, con Fushimi hemos trazado un sinnúmero de herramientas. Por otra parte los

derechos crediticios son derechos patrimoniales y, por ello, esencialmente disponibles. Congruentemente nada impide a que un acreedor racional e informado, pueda -voluntariamente- conceder quita. El problema son los acreedores que son arrastrados por la decisión de los acreedores mayoritarios. Esto es superable, al acuerdo de quita y espera aprobado por aparente mayoría, deberá agregarse una opción de capitalización para los demás acreedores. Así la quita no será impuesta sino aceptada libremente.

La extinción de pasivo por capitalización es superior a la por quita. Primero por su licitud dentro del sistema de normas imperativas del derecho societario, segundo por no tener carga impositiva alguna frente a la quita que impone el 35% por ganancias, aunque diferida, a su vez libera a fiadores o garantes, elimina el pasivo facilitando el desenvolvimiento futuro, incluso la obtención de nuevos créditos por el saneamiento logrado.

En muchos casos la pretensión de imponer quitas a los acreedores va unida a un incumplimiento de los administradores –y socios- a aquellas previsiones imperativas de la LGS y del CCC, en cuanto a la presentación de la contabilidad, necesaria para la formulación de la propuesta, impeditivos de la homologación de un acuerdo –lo acabamos de ver en el caso Vicentin S.A.-. Es la falta de contabilidad o al menos la falta de presentación de libros, documentación y registraciones contables incluyendo balances y demás estados contables, que hemos tratado. La cuestión no es menor, por cuanto se plantea una situación que Gebhardt desde 2009 denomina “asimetría informativa”.

¿Los he sorprendido?

Analizando esa posición, que tiende al abordaje extrajudicial de las crisis societarias, recuerdo al art. 125. En su reforma del año 83 LCQ, pergeñado por Héctor Alegría se incorporaron esos acuerdos, que personalmente use... y con mucho éxito...

Luego ya en este siglo las prácticas inglesas y americanas, puestas de manifiesto por Juana Pulgar y que rescate en artículos, tendían a las mismas soluciones, las que Karsten Schmidt tituló como exitosas por lo confidenciales y eficaces.

La documentación contable y la Memoria impone el análisis de la prospectiva del año en curso, si sólo hay cesación de pagos, o sea activos corrientes insuficientes, sólo es necesaria la espera en el concurso o lograda con la renegociación prevista en el art. 1011 CCC.

Pero si hay insolvencia, patrimonio negativo o infrapatriponialización, se presentan las opciones imperativas del referido art. 96 sobre capitalización, que no fija plazo pero genera, ante daños, la responsabilidad del art. 99 LGS solidaria de administradores y socios en su caso, daño del que deben responder frente a la sociedad, los socios y terceros, superando las previsiones de los arts. 277 y 279 LGS que con anterioridad al Código Civil y Comercial generaban una controversia tratando de resguardar a los administradores de la acción de accionistas minoritarios “por no haber sufrido daño directo”, que siempre cuestionamos. Desde antes del 2000

no hablamos ni de infracapitalización ni de insolvencia, sino de infrapatrimonialización.

Cuando se afronta de buena fe la renegociación, como prevé el art. 1011 CCC, incluso quizá pensando en alcanzar un acuerdo preventivo extrajudicial, puede darse validez a cada acuerdo que valen de por sí conforme el art. 71 in fine LCQ, y hasta podrían unirse a Smartcontracts para asegurar su ejecución... Y es posible que con los logrados sea viable la continuidad empresarial ... y recompuesta la funcionalidad....

Estoy apuntando a algo conocido: quién daña debe responder por acción u omisión. Claramente apuntado en el art. 99 LGS, pero los socios inversores deben estar tranquilos, no se altera la responsabilidad por el tipo, sino bajo la teoría general de la responsabilidad. Los “socios en su caso” a que refiere esa norma, son individualizados a través de la integración por el art. 150 y 167 in fine CCC en los socios de control, sea por acción u omisión no actúan para evitar la situación de infrapatrimonialización.

Creo que sobre las acciones de responsabilidad no hay dudas, Mariano Gagliardo, Miembro de Número de la Academia de Buenos Aires, desde hace años aseguraba tres vías...: *“la naturaleza de la acción del artículo 173 es típicamente concursal y en modo alguno significa alterar la regulación de la ley de sociedades. Es más, la autonomía de tal acción, no guarda necesaria relación con la responsabilidad prevista por los arts. 59, 274,276,279 y 298 de la ley 19.550 de modo que la deducción de una no importa incoar la otra y es posible la deducción acumulada de ambas pretensiones, pues ellas pueden derivar de los mismos*

hechos cualificados diversamente”. Obviamente ninguna acción de responsabilidad queda impedida por el concurso preventivo, y en la quiebra se abre otra vía además de las que autoriza la LGS o el CCC.

Rescato la función del sistema concursal como escudo protector ante la cesación de pagos, pero si en la idea de baja de costes y cierta confidencialidad podemos pensar en la prevención del daño con las normas de los arts. 1710 y ss. CCC, “Art. 1712 “Legitimación. *Están legitimados para reclamar quienes acreditan un interés razonable en la prevención del daño*”, para asumir las acciones previstas en el art. 96 LGS. También la podría intentar la propia sociedad que está gestionando acuerdos privados para resolver la crisis, dentro del sistema del art.1011 CCC o art. 72 LCQ sin llegar al acuerdo preventivo extraconcursal, para asegurar su viabilidad ante el bloqueo de la AFIP o de la cuenta corriente bancaria. Es importante advertir los efectos de la acción revelados en el Art. 1713: “Sentencia. *La sentencia que admite la acción preventiva debe disponer a pedido de parte o de oficio, en forma definitiva o provisoria, obligaciones de dar, hacer o no hacer, según corresponda, debe ponderar los criterios de menor restricción posible y de medio más idóneo para asegurar la eficacia en la obtención de la finalidad*”. Podría brindar un plazo protector para devolver uso de cta. Cte., clave de AFIP y servicios por un plazo breve que permitiera concluir esa negociación anticipada al juez.

Claro está que –reafirmo- no todos los socios serán responsables. El socio inversos puede dormir tranquilo. No así los que componen el grupo de control con el alcance

que proporciona, integrando el art. 99 LGS a través del art. 150 CCC, el art. 167 in fine del CCC. Rojo en el 93 señaló en Rosario que la batalla de la sociedad unipersonal se había perdido, y ahora se afrontaría la de la responsabilidad limitada. No hay tal, ni Paz Ares, ni Jesús Alfaro Aguila Real ni nosotros lo hemos sostenido, sino la responsabilidad de los socios de control si se genera daños en las sociedades de responsabilidad limitada.

Estamos empleando la expresión fraude en lo que sería una segunda acepción dada por la Real Academia Española, es decir, *acto tendiente a eludir una disposición legal en perjuicio del Estado o de terceros*". O sea la previsión normativa contenida en el art. 12 CCC

En ese sentido el dictamen de la Fiscal Boquin en el juicio tramitado por ante el Juz.17 - Sec.33 - Sala C n° 29680/2010, "Vial 3 S.A. s/concurso preventivo" (FG n° 131.895) habría impuesto unilateralmente quitas y esperas a sus acreedores con fraude. El ya referido caso Interindumentaria SRL en fallo del 4.2.2020 con el voto de Pablo Heredia, la Cámara Nacional en lo Comercial remarcó la infrapatrimonialización como factor de imputación del daño, el déficit en la liquidación, a los socios de control en el incidente respectivo en la quiebra. Lo que aparece como interesantísimo en el caso "Birlen" es una suerte de síntesis de ese orden, rescatando la aplicación del art. 54

Y esa capitalización es expresamente prevista.

La ventaja para la sociedad es que además de evitar el pago de impuestos libera a los fiadores que la hayan apoyado en la etapa preconcursal.

Como Karsten Schmidt, Gallego Corcóles y tantos otros apostamos al análisis de la problemática en un derecho societario de crisis poco enseñado ¿O se pretende preparar la legislación para generar concursos de sociedades para que los acreedores asuman la pérdida sin recibir ninguna contraprestación? Recurrimos a Héctor Cámara que apostillaba “El principio de conservación de la empresa no constituye una patente de curso para la gestión empresarial”. La obstaculización de administradores y socios a la capitalización de créditos para evitar la crisis les genera responsabilidad.

En tal orden Karsten Schmidt 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. ...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 Iberoamericano 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.”*

Recuerdo como se suelen lograr las mayorías. Sobre esas maniobras vienen a cuento las expresivas y sinceras

manifestaciones *obiter dictum* del camarista Kölliker Frers “la realidad cotidiana de nuestros tribunales demuestra que los ‘verdaderos acreedores permanecen ajenos, en general, al trámite de los concursos...”, o la imperdible presentación de Martorell como Director en un Tratado que constituye una autopsia de las prácticas concursales, recurriendo 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...*. Y también las expresiones de Juan Anich en el II Iberoamericano en La Cumbre año 2000. El tema fue acotado por Julia Villanueva en el caso Mandalunis.

La base es el art. 1º LGS, que conceptualiza la relación societaria, disponiendo que las pérdidas deben ser afrontadas por los socios.

Las sociedades son un instrumento maravilloso para la organización empresarial y el desarrollo productivo, pero... no para que hagan negocio los socios traspasando los riesgos a los acreedores y generando utilidades con un origen de enriquecimiento sin causa, que pueden dividirse en alteración del art. 1 LGS y de las normas imperativas que impiden el fraude...

Con el respeto a las disidencias, que sin duda generaré por mi visión sistemática, agradezco la atención de haber soportado la catarata de ideas, y les invito en octubre de 2022 a seguir trabajando en Córdoba, bajo el palio de la Universidad y la Academia en un nuevo Congreso Iberoamericano de

Derecho Societario y de la Empresa bajo el lema “Libertad bajo responsabilidad”.

Inmediatamente Héctor Alegría abrió un rico diálogo donde Dasso, sin duda para cuestionarme, leyó tres páginas que atribuyó a Paz Ares de un trabajo suyo: *“Caracterizada doctrina considera que no es correcto concluir que la infracapitalización externaliza en todos los casos sobre sus acreedores sus costes. Paz Ares llama a esa literatura “espejismo de la externalización”. “Los costos que se supone soportan los acreedores son soportados en realidad por los socios y ello por la sencilla razón de que aquellos al formalizar sus contratos anticipan la conducta futura de estos.” Puede decirse por ello que los costes de supervisión, de incentivos perversos y de quiebra asociados a la infracapitalización son costes en que incurren los acreedores pero que pagan los socios. En efecto, en el caso de que estos logren obtener un préstamo de aquellos, o bien los conseguirán prestando sus garantías personales u otro tipo de garantías o cautelas o bien a una tasa de interés más alta que incluye una prima de riesgo para remunerar esos costes. Hay que tener en cuenta que en ocasiones los acreedores, básicamente los acreedores financieros, sienten menos aversión al riesgo (pues pueden diversificar sus riesgos) (así por ejemplo los bancos) y consiguientemente pueden estar dispuestos -como una compañía de seguros- “a comprar riesgos”. En el coste del crédito el tomador paga el riesgo de su incumplimiento. En realidad, los distintos acreedores de*

la sociedad pedirán una compensación adecuada al riesgo que han de soportar y establecerán las cautelas que consideren oportuna. Ese ajuste contractual logrará un acuerdo eficiente. Obsérvese que no hay externalización puesto que todos los riesgos están internalizados, es decir contratados o asumidos voluntariamente”. Por primera vez fueron, otra vez, los tribunales alemanes que en el derecho europeo introdujeron la distinción entre infracapitalización material y nominal que fue el modelo ordenador en otros países. Los socios financiadores de la sociedad podrían en su caso exigir la restitución anticipada de sus créditos lo que significara el deterioro del patrimonio empresarial frente a la situación de crisis concursal cuando estarán habilitados para verificar su crédito e integrar el pasivo en concurrencia y paridad con los acreedores externos y más aún si hubieren pactado con la sociedad garantías reales para su préstamo, en posición preferente a aquellos. Los intereses de los acreedores no contractuales y de los contractuales involuntarios -laborales-, se resuelve, más bien complica el alcance de la responsabilidad que, como vimos en los supuestos de infracapitalización material supone la insuficiencia de recursos propios significada por un capital social exiguo frente a las necesidades financieras desde el momento mismo de constitución -infracapitalización originaria- o ulteriormente, en el desarrollo de la actividad social -infracapitalización sobreviniente-. Las características propias de la “infracapitalización nominal” por parte de los socios, que se concreta asumiendo la condición de capital de

crédito, préstamos o preferencias en el cobro en situaciones de crisis, viola la disciplina del capital social de responsabilidad limitada al aporte. De tan complejo escenario surgen debates en que la doctrina no logra consenso, respecto de la obligación legal de capitalización suficientes agravadas con la limitación del capital a un determinado monto mínimo inadecuado a las necesidades financieras que el instituto del capital mínimo, de ordinario asentado en el acto constitutivo significa la elusión del concepto de garantía de los acreedores societarios atribuido al capital social. La tutela de los acreedores a través de la garantía del capital social mínimo se revela lisa y llanamente inexistente en la doctrina europea, que fundada en el principio de la responsabilidad limitada de los socios, y la consecuente libertad en materia de determinación del capital a aportar queda reducida a la publicidad registral constituida en el residuo de la inexistente función de garantía del capital. Menester es advertir que constituyen excepción supuestos ostensibles de capitalización escandalosa que por el nivel de su insuficiencia deja al desamparo a los acreedores extracontractuales, y a los pequeños acreedores englobados en la calificación de “acreedores no informados” o “acreedores ignorantes”. Con la venia de Héctor contesté de inmediato: querido Ariel muchas gracias, has creído contradecirme como caractericé al principio nuestra relación de amistad, pero acabas de ratificar todo lo que señalé, descartando la infracapitalización, constitutiva y evolutiva, formal o material y acentuando la infrapatrimonialización. La

función de garantía e incluso de productividad del capital social se ha diluido y sólo sirve para determinar la participación de los socios, como lo hicimos al pergeñar la simple sociedad, en la reforma de los arts. 21 y ss. donde no aparece la palabra “capital” sino sólo la expresión “participación”. Así que gracias por reforzar el engarce con todo lo que habíamos expresado. También tengo en claro el tema “Créditos Abusivos. Sobreendeudamiento de Estados, empresas y consumidores” de Juan Pablo Bohoslavsky, pues lo prologué. Sugiero que accedan a mi intervención, en panel con Héctor, en el Congreso Iberoamericano de Derecho de la Insolvencia de Bahía Blanca donde apunto a los beneficios de la capitalización de deuda como propuesta de acuerdo, pues libera a fiadores y otros deudores solidarios, tema que señala como negativo Ariel en la lectura que ha producido, les marco el vínculo y coloco en nota una transcripción de Asención Gallegos Córcoles que les cité². Mangold

² Mi ensayo de Bahía Blanca pueden verlo en la página electrónica de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba www.acaderc.org.ar Lo leído por mi distinguido amigo y eximio jurista Ariel Angel Dasso, que he transcripto después que el me lo remitiera al día siguiente del encuentro de Buenos Aires, no corresponde a Paz Ares, si citados en su trabajo “Pandemia. La prededucción y sus nudos” publicado en la Revista DECONOMI, del Departamento de Derecho Empresarial de la UBA, año IV n° 11, que me pareció contrario a su opinión y que abonaba mis argumentaciones desde otras perspectivas, que en el tema son multifacéticas. Por eso, y para facilitar mi sugerencia, me permito incluir en esta nota lo que leí en Bahía Blanca de Asención Gallegos Córcoles de su libro “La capitalización de créditos mediante aumento del capital social”, ed. Arnzadi 2019, en torno a la reorganización y reajuste de pasivo, textual se incentiva “la puesta en marcha de mecanismos encaminados tanto a prevenir o superar la situación de insolvencia, eludiendo, en la medida de los posible, la declaración de concurso (los conocidos como institutos preconcursales...) Precisamente... la expresa previsión en nuestra LC de la capitalización de créditos o, en su terminología anglosajona, *debt equity swap*, como posible integrante de los acuerdos preconcursales.... Ahora bien, este expreso reconocimiento en la normativa,

Moro señaló su posición con el juez Butty en el caso Veca Construcciones y el capital constitutivo, y otros intervinieron, Fernando Javier Marcos, con breves comentarios sobre las modernas técnicas de financiación, que integran mi pensamiento y pueden

en los términos previstos actualmente... alguna *atención debe darse* a los requisitos que, desde un punto de vista societario, ha de revestir el acuerdo de aumento de capital necesario para la capitalización de créditos prevista. Pero yendo más allá, ... también se introdujo el controvertido régimen de responsabilidad de los socios del deudor, que puede resultar en su condena a la cobertura, total o parcial, del déficit concursal resultante de la liquidación”. Esto podría creerse de mi pluma, pero corresponde a la española Sigue en su apología la colega española “...pone de manifiesto cómo la intención de nuestro legislador es impulsar, casi a toda costa, la capitalización tanto en sede concursal como preconcursal, ya que la misma se ha mostrado particularmente idónea como medida de saneamiento financiero... especialmente idónea para la superación de crisis empresariales. ... En efecto, además de producirse un incremento del patrimonio neto que lo acerca al capital social, evitando caer en una situación de disolución por pérdidas..., la misma genera un incremento de liquidez, reduce los costos financieros derivados de la satisfacción de los créditos y mejora la *ratio* de endeudamiento de la sociedad, por cuanto permite a ésta, aplicar para otros fines los fondos que habría de destinar al pago de las deudas que se extinguen como consecuencia de la capitalización. Cuando quizás es prácticamente imposible obtener financiación ajena, de ello se derivan *nuevas disponibilidades financieras* para las sociedades que le permiten la continuación del ejercicio de la actividad empresarial...La continuación del desarrollo de la actividad empresarial que de esta forma se posibilita puede generar los ingresos necesarios para la satisfacción de sus créditos. A su vez ello se sitúa en la base de las expectativas de beneficios para los socios...”. Hay alguna duda de identidad con nuestro sistema jurídico-económico? Sigo leyendo “... Mencionable, es también, la eventual responsabilidad del socio a cubrir total o parcialmente el déficit concursal en caso de rechazar a la capitalización a la que acabamos de referirnos. Sin prejuzgar, por el momento, la medida, su previsión pone claramente de manifiesto cómo el legislador busca fomentar las capitalizaciones de créditos por la vía en este caso de *disuadir* al socio de votar en contra ante la *amenaza* de verse sujeto a responsabilidad.” La reducción de la deuda es buscada no a través de la quita sino por instrumentos de capitalización, en soluciones de equidad tendientes a la conservación de la empresa, pero no a coste de los acreedores en favor de los socios, sino de equilibradas soluciones. La renegociación de buena fe... Sigue la española “Al margen... también es posible que surja un auténtico mercado de créditos que lleve a la adquisición derivativa de éstos por parte de quien persigue a través de ello rentabilizar dicha adquisición una vez restablecida la viabilidad económica de la sociedad deudora...” No hay duda que los acreedores podrían obtener algo más que sus menguados créditos por quitas y esperas, en ese mercado, sobre todo por la viabilidad lograda, y el despeje financiero.

motivar otro encuentro. Cierro con un grato abrazo de ideas que nos seguirán motivando, y recuerdo que en el 92 la Comisión que integré con Fargosi, Le Pera, Araya gestó la sociedad por acciones simplificada donde se prohibía la noción de capital social, superando las cuestionadas funciones de garantía y productividad, y reitero que con Manóvil y Roitman en la Sección IV LGS no se requiere determinar el capital social, sino únicamente la proporción de la participación de cada uno de los socios, que es la única función restante de la clásica visión. Gracias, muchas gracias.