

“INSOLVENCIA SOCIETARIA (visión reforzada por el Proyecto de Reformas del Código Civil y Comercial)”¹

Efraín Hugo RICHARD²

Se nos ha invitado a explicitar, vinculadas a las Jornadas de Sindicatura Concursal, nuestra visión sobre la *Insolvencia societaria*, incorporando los reforzamientos que sobre ella generaría el Proyecto de Código Civil y Comercial.

Las cuestiones son muy importantes en la confluencia de apreciaciones de los profesionales de las ciencias económicas y de las jurídicas. Tanto para asesorar a los órganos de administración, fiscalización y gobierno de las sociedades, como para el análisis de planes de negocios y/o de reordenamiento para superar crisis.

I - EL PROYECTO Y SU INFLUENCIA EN LOS CONCURSOS.

Debemos destacar que el Proyecto, desde su Título Preliminar, genera un cambio de óptica que servirá para reorientar ciertas prácticas y doctrinas en materia concursal.

Nos referiremos sintéticamente a la costumbre para recalar luego en el centro de la escena: la conservación de la empresa, su regulación ante la crisis y apostillas sobre la homologación del acuerdo.

II - COSTUMBRE CONTRA LEGGEM

Señalamos sintéticamente, para llamar la atención, la expresa referencia del Proyecto a la costumbre que no puede ser contraria a derecho. Consideramos que similar interpretación cabe en la actualidad, salvo que la ley no prevea sanción o la exigibilidad de sus prescripciones.

El CAPÍTULO 1 “Del derecho”, apunta inicialmente en el ARTÍCULO 1º a “Fuentes y aplicación”. Los casos que este Código rige deben ser resueltos según las leyes que resulten aplicables. La interpretación debe ser conforme con la Constitución Nacional y los tratados en los que la República Argentina sea parte. A tal fin, se tendrá en cuenta la jurisprudencia en consonancia con las circunstancias del caso. Los usos, prácticas y costumbres son vinculantes cuando las leyes o los interesados se refieren a ellos o en situaciones no regladas legalmente, siempre que no sean contrarios a derecho³.

Es congruente con la norma 5 del Código de Comercio que “Los usos, prácticas y costumbres son vinculantes cuando las leyes o los interesados se refieren a ellos o en situaciones no regladas legalmente, siempre que no sean contrarios a derecho”. O sea que se descarta expresamente la costumbre contra leggem, a la que a veces se le ha dado doctrinariamente una consideración derogatoria. Similar al art. 17º del actual CC.

Se afirma que el Proyecto... “prohíbe la costumbre contra legem”. Pese a ello advertimos que se acepta esa “costumbre. Por ejemplo al considerar legales propuestas concursales no integradas debidamente con la designación del comité de control, optando el juez por designar a tal fin al Síndico, en vez de aplicar el procedimiento del art. 48 LCQ o dictar directamente la

¹ Texto de la conferencia de apertura del día 7 de diciembre de 2012 en las 12as. Jornadas de Sindicatura Concursal, organizadas los días 6/7 por el Consejo Profesional de Ciencias Económicas de Córdoba, a la que hemos agregado las notas de control y algunas importantes referencias sobre las conferencias del día 6 y del debate suscitado durante y al término de nuestra exposición.

² Agradeceremos comentarios a hugo@richard-mail.com.ar

quiebra por falta de propuesta., aspecto vinculado a lo que hemos llamado el tanteo de la opinión de los acreedores en la negociación de la aprobación de la propuesta³.

También se acepta al no otorgarse títulos de crédito a los proveedores, conforme la ley de factura de crédito, nuevamente hoy obligatoria. Ni registrar ni presentar al pago de los cheques diferidos, que son usados como el ilegal cheque postdatado, siendo pagados o reemplazados antes de su presentación al Banco⁴. Temas que deberán ser tenidos en cuenta tanto en la verificación de créditos como en las conductas de los administradores de la sociedad concursada, para determinar la legalidad de su actuación. Particularmente ante la obligatoriedad de pago de más de \$ 1.000 por medios acreditables financieramente.

Sin embargo, podemos afirmar que el proveedor está en condiciones legales de exigir la entrega de la factura de crédito o del pago con cheque diferido sino se cancelara dinerariamente la provisión. Claro que no lo hará por la “posición dominante en el mercado” del proveído, que ha impuesto la declinación de un derecho. Posición dominante hoy también sancionada como una forma de abuso de derecho calificada en el Título Preliminar del Proyecto de Código Civil y Comercial⁵.

En la Unión Europea puede verse la estrictez del requerimiento que limita a 30 días el plazo para el pago a proveedores.

Es *contra legem* la aceptación de que cesionarios tardíos de créditos puedan adherir a abusivas propuestas de quitas y esperas en concursos o APEs, pues contradicen las normas de los arts. 1191 CC vigente y siguientes, que los contratos valen entre las partes pero no pueden ser usados para perjudicar a terceros, como nos hemos ocupado⁶. Hoy resultará, además, una conducta abusiva, o sea violatorio del principio de buena fe, especialmente normado en el Título Preliminar del Proyecto.

*Una de las desaprensivas costumbres *contra legem* es el menosprecio a la conservación de los libros al concursar una sociedad, so pretexto de su pérdida o destrucción⁷ incumpliendo así normas imperativas de las leyes societaria y concursal.

Sobre los libros de contabilidad, el actual Capítulo 3 De los libros de comercio del Código de Comercio, regula en torno a ellos del art. 43 en adelante, organizándolos como una carga del comerciante, sin indicar el lugar donde deben encontrarse, se supone que están en el domicilio del comerciante, y conforme el art. 67 en caso de fallecimiento se presume que los tienen sus

³ Nto. “NEGOCIACIÓN Y FORMULACIÓN DE LA PROPUESTA” en *Por un mejor Derecho Concursal*, VIII° CONGRESO ARGENTINO DE DERECHO CONCURSAL - VI° CONGRESO IBEROAMERICANO DE LA INSOLVENCIA, Tucumán (R.A.) 5, 6 y 7 de septiembre de 2012, Ed. Buenos Aires, agosto 2012, tomo 1 pág. 185.

⁴ En el diálogo el Cr. Juan Carlos Ledesma remarcó la existencia de “cuevas” que así actuaban, mientras que el Cr. Raúl Nisman apuntó al importante mercado legal que se ha generado en los Mercados de Valores. El disertante señaló lo positivo y negativo de esas prácticas, apuntando que se había tratado de incentivar ese mercado legal, y que lamentablemente se había frustrado la formulación en el Anteproyecto, de carácter electrónico con sencillísima registración obligatoria.

⁵ Nto. “SOBRE EL TÍTULO PRELIMINAR DEL PROYECTO DE CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL”, texto de la conferencia de apertura en el Primer Congreso Nacional de análisis y debate sobre el Proyecto del Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación – Mar del Plata 4/6 de noviembre de 2012-, en homenaje a Efraín Hugo Richard, con notas, en www.acaderc.org.ar

⁶ Nto. “EXCLUSIÓN DE CESIONARIOS PARA APROBAR LA PROPUESTA” en *Por un mejor Derecho Concursal*, cit. tomo 1. Pág. 177.

⁷ Fueron desopilantes los comentarios de los asistentes a las Jornadas en torno a los subterfugios para justificar la destrucción de los libros y de la documentación respaldatoria en la presentación en concurso de sociedades.

herederos. La ley de sociedades impone la contabilidad como una obligación, y permite su acceso por parte de los socios (art. 55). En la sección de la Documentación y de la contabilidad no indica el lugar donde deben encontrarse, pero es lógico que lo sea en la sede social, que es donde deben estar copias del balance y otra documentación –art. 67 LSA-.

El Proyecto de Código Civil y Comercial regula la Contabilidad y los estados contables, en forma general en los arts. 320 y ss., haciéndolo como una obligación –art. 320-, y el art. 325 dispone en su tercer párrafo que “deben permanecer en el domicilio de su titular” los “Registros indispensables” previstos en el art. 322 o sea el diario, balance y los demás que correspondan a una adecuada integración del sistema de contabilidad, además de los que se exijan en virtud de la actividad.

III - LA INTEGRACIÓN. LA PRECONCURSALIDAD.

Decíamos que la confluencia de opiniones entre abogados y contadores es fundamental en sociedades para tomar decisiones en el nacimiento, funcionalidad y particularmente ante sus crisis, sea para capitalizarlas, invitar a terceros o justificar una propuesta de acuerdo extrajudicial o concursal.

Y en procesos concursales para que se integre adecuadamente el informe general del síndico, como venimos postulando⁸.

Atendiendo a esos fines apuntaremos a lo más representativo de su contenido: “la preconcursalidad societaria”, con particular interés convergente para esos profesionales, y para obtener aportes de las ciencias económicas.

1.*LA CONSERVACIÓN DE LA EMPRESA.

El centro de la cuestión es la “conservación de la empresa”, como un tema de orden público. Y en este aspecto debemos enfatizar que la mayoría de las empresas están organizadas societariamente, lo que impone el análisis, ante la crisis, de ambas legislaciones⁹.

Es advertible que existe una tendencia a simplificar el tratamiento del “proceso concursal” sin distinguir –salvo en aspectos muy puntuales como veremos- entre empresario individual o social. Ello deviene en que el régimen de bancarrotas nace y se desarrolla en torno a la persona humana, incorporándose con posterioridad las figuras organizativas personificadas.

Asegurar la funcionalidad de la actividad societaria aparece como un objetivo de la legislación societaria, a través de la regulación del capital social y de la “conservación” de la empresa”, pues la empresa no es ni sujeto ni objeto de derecho –lo podrá ser el fondo de comercio-, sino actividad organizada¹⁰, una forma de darse el objeto social al decir de Girón Tena y Colombres, y que –como tal- puede tacharse de ilícita cuando encara una actividad prohibida o con patrimonio insuficiente generando daño.

El Proyecto enfatiza en el segundo párrafo que agrega al art. 100 de la ley societaria argentina, en el proyecto de Ley General de Sociedades es suficientemente explícito: se pueden remover las causales de disolución de la sociedad en cualquier momento si la empresa-objeto es económicamente viable y socialmente útil. Son similares en Uruguay las preocupaciones sobre la

⁸ Nto. “Facultades y deberes del Síndico y otros sujetos en los concursos”, documento para la Conferencia en el V Congreso Iberoamericano sobre la Insolvencia y VII Congreso Nacional de Derecho Concursal, a realizarse en Mendoza del 4 al 7 de octubre de 2009, organizado por la Universidad Nacional de Cuyo, que puede verse en el CD del Congreso o en www.acaderc.org.ar

⁹ “LA CONSERVACION DE LA EMPRESA EN LAS LEYES DE SOCIEDADES Y DE CONCURSOS”, nto. con Francisco Quintana Ferreyra, RDCO año 1978 Pág.1373

¹⁰ Tanto disertantes como asistentes a las Jornadas convergieron en que pese a imprecisiones en el Proyecto, como a discusiones dogmáticas, la “idea económica” de actividad organizada era suficientemente representativa del concepto de “empresa”.

conservación de la sociedad en ley 18.930, y de la empresa a través de la venta en block en la liquidación falimentaria frente al derecho de acreedores con derecho real de garantía.

Se debate en la República Argentina frente a la previsible derogación de los restos del Código de Comercio ante un nuevo CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL, la omisión de dar marco al comerciante, mientras es dable advertir que ocupa la escena “la empresa”, su organización y posición en el mercado, tendiente a asegurar su funcionalidad y la liquidación de las sociedades sin afectar a terceros.

En 1995 –en el ámbito del Consejo Profesional de Ciencias Económicas de Córdoba- y al iniciar el análisis de la nueva legislación apuntábamos “...no pretendamos que ese objetivo lo cumpla necesariamente la legislación concursal y nos reduzcamos a un análisis crítico de si la actual legislación mejora a la anterior, o si ésta va a conseguir superar los problemas, o si va a conseguir ese objetivo que es el de mantener las empresas en marcha en cuanto sean viables...la ley concursal no es más que un marco viabilizador de lo que realmente sea también sociológica y económicamente... lo más importante es no pretender la solución sólo de la legislación concursal sino de la integridad del sistema jurídica; y creo que lo muy particularmente interesante de la nueva ley... la autoprogramación, ...(la vieja legislación hacia énfasis en la autoprogramación para solucionar el problema), y la nueva ley incorpora la heteroprogramación, particularmente en orden a las sociedades... Pero lo que es fundamental en este punto y es ajeno a la legislación concursal, es el tema de la responsabilidad de los administradores de una empresa y de los contralores de la misma en orden a haber autoprogramado correctamente, en haber adoptado las soluciones que le legislación prevé en orden al funcionamiento de las sociedades, esa actuación como buen hombre de negocios... su falta de actuación oportuna en orden a los recursos que la ley les impone, que es ... tener capitalizada la sociedad, liquidarla, ajustar el giro de los negocios a sus posibilidades..., y no meramente limitarse a aumentar cuantitativamente, sea por número de acreedores o por monto de las deudas, el pasivo de la empresa, porque eventualmente le transfiere el problema a acreedores”¹¹.

Ya nos habíamos ocupado aún con más anterioridad¹² y los nuevos vientos no hacen sino refrescar viejos pensamientos.

*Tender a ultranza a mantener a la empresa, si no se tiene en claro su viabilidad y el bien jurídico protegido, puede ser sinónimo de proteger al empresario incapaz o fraudulento, como lo señalaba Franceschelli. La responsabilidad social de la empresa, como concepto ético debe restablecerse y no puede sustituirse por un criterio pragmático de respaldo al empresario incapaz de autoprogramación”.

Un hipergarantismo formalista trata de no advertir 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.

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

¹¹ RICHARD, Efraín Hugo “Objetivo de una legislación concursal” en *Nueva legislación concursal y la participación del profesional en Ciencias Económicas. Jornadas de actualización*, Ed. Advocatus Córdoba noviembre 1995, pág. 15. También puede verse nro. “Responsabilidad de administradores societarios por insolvencia” en *Jornadas italoargentinas de derecho Perspectivas del derecho entre Latinoamérica e Italia Córdoba – Argentina 2004 – 2005*, Coordinadores Paolo Comanducci, Hugo A. Aguirre, Cristina Redondo, Ed. Alveroni, Córdoba, 2006, pág. 504.

¹² “El posible futuro del derecho comercial” en Anuario de Derecho Comercial Tomo 2, Montevideo Rep. O. del Uruguay, sección doctrina pág.169 y ss., correspondiente a nuestra incorporación a la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba en el año 1984. Otros trabajos pueden verse en www.acaderc.org.ar

sea patología irreversible”, desjudicializando los procedimientos e imponiendo una planificación o reestructuración, separando incluso al empresario de la empresa viable de ser necesario.

El gran desafío para el derecho es mantener la empresa viable¹³, con pleno empleo, asegurando una inclusión social y evitando más marginación, sin afectar la competitividad ni dañar el mercado. Una administración de eficiencia con los recursos técnicos y económicos disponibles, coincidiendo en la necesidad de planificación para interesar en la inversión de recursos.

La acción de conservar la empresa debe estar a cargo de alguien y en el derecho societario lo es a cargo de los administradores, que deben transmitir los problemas y posibles soluciones a los socios, y estos resolver¹⁴.

2.*LA IMPERATIVIDAD Y EL ORDEN PÚBLICO EN LAS NORMAS DE ORGANIZACIÓN SOCIETARIA.

Un aspecto liminar es si las normas que organizan ese sistema –especialmente las societarias- son de orden público o imperativas.

El proyecto tornaría innecesario distinguir entre orden público y normas imperativas en cuanto a la inderogabilidad de estas últimas por conductas de los administradores o socios¹⁵.

Esto lo determina el Proyecto de Código Civil y Comercial. Su ARTÍCULO 12 del Título Preliminar se refiere al “Orden público” y al “Fraude a la ley”. Dispone en tal sentido “Las convenciones particulares no pueden dejar sin efecto las leyes en cuya observancia esté interesado el orden público. El acto respecto del cual se invoque el amparo de un texto legal, que persiga un resultado sustancialmente análogo al prohibido por una norma imperativa, se considera otorgado en fraude a la ley. En ese caso, el acto debe someterse a la norma imperativa que se trata de eludir”. Se verá que se distingue orden público de normas imperativas. Respecto al primero para impedir pueda dejarse de lado, y respecto a ambos supuestos para sancionar el fraude a la ley. En el mismo sentido el actual art. 21 CC del Título Preliminar.

En cuanto se compromete la continuidad del giro empresario –objeto de la sociedad- aparece un orden público social: la conservación de la empresa por el efecto social y económico en la región, y la conservación del empleo.

¹³ Existió consenso de conferencistas y asistentes a las Jornadas que la “viabilidad económica” era sustrato indispensable para la tutela, a la que se agregaba la utilidad social para descartar las empresas viables contaminantes –por ejemplo-, pero sólo las “socialmente útiles”, de no existir viabilidad” debían canalizarse por atender el desempleo y otras consecuencias negativas a través de subsidios temporales hasta sustituir el cierre de la empresa inviable.

¹⁴ Nto. “Los administradores societarios y la insolvencia” en *SUMMA SOCIETARIA*, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires 2012, t. I pág. 1449.

¹⁵ Ha expresado Otaegui que hay una difundida opinión “consistente en que la Ley de Sociedades Comerciales 19.550 (LSC) es de orden público o al menos de interés público”, frente a lo cual el distinguido jurista opina que “La naturaleza de orden público de la LSC es cuestionable partiendo del supuesto que el orden público es la base esencial de un estado plasmada en su constitución sea esta estatutaria o consuetudinaria. Así en nuestro caso hay un orden público prescripto en la Constitución fincante en los llamados derechos constitucionales de primera generación o sean los derechos constitucionales generales (Constitución Parte Primera), a los que se sumaron los derechos constitucionales particulares de segunda generación o sean los derechos laborales (C. Nacional art. 14 bis) y los derechos constitucionales de tercer generación o sean los derechos sociales (C. Nacional arts. 41, 42). Los derechos constitucionales de primera generación son los atinentes a la libertad (CN arts. 14, 15), **la propiedad (CN art. 17), la seguridad y la justicia (CN art. 18)**, y la vida (CN art. 33) sin él que los anteriores carecerían de razón de ser. ... No hay aquí mención alguna a un orden público societario aunque las relaciones societarias si bien libradas a la autonomía de la voluntad, deben respetar al orden y la moral pública (Constitución Nacional art. 19)... Es por esto que el C. Civil, base del C. de Comercio (C.Com. regla I, art. 207), pone los límites de sus arts. 21 y 953 entre otros....Hay por cierto un orden público laboral y un orden público social pero no hay un orden público societario”.

El orden público es el "conjunto de principios eminentes a los cuales se vincula la digna subsistencia de una organización social establecida" que no pueden ser alterados por la voluntad de los individuos (c.c.: 21, conf. Llambías, J.J. "Tratado de derecho civil- Parte General", t. I, nros. 184, 195 y 197, págs. 158, 163 y 197, ed. 1973)¹⁶.

Coincidimos con Olivera García que el orden público societario consiste en una máxima de inderogabilidad que sustrae de la autonomía de la voluntad ciertas cuestiones¹⁷. La Corte¹⁸ con tal comprensión, ha sostenido que es evidente que los socios de la demandada para justificar un "leverage buy out" en su exclusivo beneficio "no estaban habilitados para deliberar y decidir cuestiones que atentasen contra el interés y orden públicos y las buenas costumbres (art. 21 cit.), o bien que fueran prohibidos por las leyes (art. 953 cit.). "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" (fallo cit. considerando II, págs. 278, último párrafo y 279), criterio éste que reiteró en Fallos: 314:1048, considerando 6°.

Como conclusión: las normas imperativas de la ley societaria –al margen de si constituyen o no reglas de orden público-, son inderogables, y su apartamiento constituye un fraude a la ley.

3*EL PATRIMONIO SOCIAL. LA INSOLVENCIA SOCIETARIA.

Es base de la organización societaria su personificación como centro imputativo autogestante, lo que impone un patrimonio independiente creado genéticamente con el capital constitutivo.

Rescatábamos como función básica del capital la operativa, o sea la de asegurar la funcionalidad de la sociedad, generando responsabilidad a administradores y socios la insuficiencia del mismo en cuanto afecte a tercero. Es el tema de la infrapatrimonialización o infracapitalización material¹⁹.

La cuestión ha sido constante preocupación de juristas. Ricardo Olivera García²⁰, comentando la ley uruguaya "de sociedades comerciales, grupos de interés económico y consorcios" n° 19060²¹, centrándose en "La crisis del concepto de capital social" (ap. XI), sosteniendo la necesidad de su replanteo –entre su vinculación con la aportación o su función de retención- e incorporando la necesidad del "insolvency test" (equity insolvency test) en el análisis

¹⁶ nto. "SOBRE NULIDAD DE RESOLUCIÓN ASAMBLEARIA", en *Derecho Societario y Concursal – Tendencias jurisprudenciales*, Ed. Legis, Buenos Aires 2012. Correspondiendo a la publicación para el Décimo Seminario Anual sobre actualización, análisis crítico de jurisprudencia, doctrina y estrategias Societarias, y Duodécimo Seminario Anual sobre Actualización, análisis crítico de jurisprudencia, doctrina y estrategias concursales, pág. 141.

¹⁷ OLIVERA GARCIA, RICARDO, "Estudios de derecho societario", cit. ps. 92/93.

¹⁸ Corte Suprema de Justicia de la Nación fallo del 07/12/2001, en "Provincia del Chubut c. Centrales Térmicas Patagónicas S.A." en: LA LEY 2002-E, 863 - Colección de Análisis Jurisprudencial Elems. de Derecho Administrativo - Julio Rodolfo Comadira, 597 Cita Online: AR/JUR/25/2001.

¹⁹ Sobre ello se habían exployado el primer día de las Jornadas Antonio Fourcade, Escribano Martínez y José Escandell, incluso sobre los efectos de responsabilidad sobre administradores societarios, como así también sobre los test de operatividad.

²⁰ OLIVERA GARCÍA, Ricardo *ESTUDIOS DE DERECHO SOCIETARIO*, Rubinzal – Culzoni Editores, Santa Fe, Noviembre de 2005, 751 páginas, con prólogo de Héctor Alegría, cuya reseña hemos incorporado a www.acader.unc.edu.ar

de los resultados, vinculado a su “función de productividad”, abordando la infracapitalización y otra visión del concepto de “distribution”. Miguel C. Araya lo hace en similar sentido en los trabajos que referimos en este ensayo.

La noción de capital social es de política legislativa, y de moderna doctrina la idea de "patrimonio suficiente" para afrontar las operaciones sociales.

En el Derecho Europeo se generó la 2ª Directiva respecto a la Sociedad Anónima, aceptando ambos sistemas, afrontando la cuestión bajo la noción de garantía²².

Yadarola se refería a ambos: “Contralor preventivo y represivo que asegure el derecho de las minorías, evite la explotación de empleados y obreros –colaboradores en la obra común- y aleje los perjuicios que para la economía nacional representa siempre el desplazamiento de las economías particulares”²³. A ello adherimos.

Una pregunta es: ¿las crisis deben ser asumidas ex ante o ex post?

La tempestividad es reclamada por toda la doctrina. Es más: anticiparse a la crisis.

Incluso hablar de responsabilidad de administradores societarios, que nunca deben responder por las obligaciones sociales –ni aún en el caso que los socios responden solidariamente sin esos CEOS no son socios-, debemos hablar de “responsabilidades” en sentido lato ex ante y ex post.

Es una responsabilidad del administrador cumplir con sus funciones con la lealtad y diligencia de un buen hombre de negocios. Es una calidad profesional. Y fundamentalmente determinar la posibilidad de la sociedad de cumplir su objeto, como forma de darse la idea de empresa. Hoy la información es on line para determinar no sólo la viabilidad fáctica, sino especialmente la patrimonial y económica para cumplir con sus obligaciones financieras.

Se trata de planificar día a día, pero particularmente con un pulso anual, cual es la confección de la documentación contable como forma específica en que los administradores tienen que rendir cuentas a los socios de la marcha social, de los resultados del negocio, sus posibilidades y dificultades, particularmente en el período que se avecina.

*Ante ello cabe otra pregunta: ¿Quiénes deben negociar en torno a la crisis?”. Una persona individual con sus acreedores, incluso con la posibilidad de organizar una sociedad con ellos o nuevos socios aportantes de capital. Pero en una sociedad, persona jurídica, son los administradores los que deben presentar el problema ante los socios, como sostenemos con Barreiro, Truffat²⁴ y Lorente, y son éstos los que deben proveer en esa negociación a las modalidades de afrontarla, como seguiremos esbozando.

Sobre estos aspectos y en torno al muro de la autosuficiencia con el que alguna doctrina interpreta la legislación concursal, o con la que se pretende su reforma, ha sido derrumbado en el VIII CONGRESO DEL INSTITUTO IBEROAMERICANO DE DERECHO CONCURSAL. MEXICO D.F. (MEXICO), 17 a 19 de mayo de 2012 por Daniel Truffat en su "ponencia no competitiva" sosteniendo "La pérdida de autosuficiencia del Derecho Concursal y su necesaria integración no solo con normas supralegales de base constitucional, sino con el derecho positivo clásico", en síntesis que el derecho es un sistema complejo dentro del que se inserta el derecho

21 Promulgada en el año 1989, que comporta una versión perfeccionada de la ley argentina 19.550 del año 1972, conforme un proyecto de José A. Ferro Astray, Nuri Rodríguez Olivera y Luis A. Delfino Cazet del año 1981, que llegó a tener en cuenta la ley brasilera de sociedades por acciones del año 1976, para luego la Comisión Parlamentaria incorporar alguna solución de la ley chilena de sociedades anónimas de 1981, de la reforma argentina del 83 y del Código de Sociedades Comerciales de Portugal del 1986.

22 ROJO, Angel y BELTRÁN, Emilio *El capital social mínimo* en Revista de Derecho Mercantil, Madrid 1988 Números 187/8 pág. 149 y ss., específicamente pág. 151 refiriéndose al entonces proyecto de ley española sobre sociedades por acciones.

23 YADAROLA, Mauricio *Sociedades Comerciales* tomo II de Homenaje a Yadarola, pág. 349, esp. pág. 353, reproduciendo el prólogo a edición argentina de la obra de Roberto Goldschmidt *Problemas jurídicos de la sociedad anónima*.

concurzal. Incluso el derecho concurzal no se limita al "proceso concurzal" -sea administrativo o judicial- o Formalizó, además una referencia fundamental al "esfuerzo compartido" sobre la asunción de los costos de la crisis.

Antes, el mismo Truffat en el VI Congreso, en Montepulciano, en su comunicación "*EL DERECHO CONCURSAL EN LOS TIEMPOS DE LA "GRAN CONTRACCIÓN"*", expresó: "Hace años que con la colaboración de queridos amigos, venimos señalando que -al menos en el derecho argentino "soplan nuevos vientos". Y, de modo muy notable, ello ocurre en el ámbito societario y concurzal ... Este escenario novedoso ... nos impone: *pensar el derecho*. Pensar en clave colectiva en pos de articular soluciones ...".

Con la corrección de éstas afirmaciones del distinguido colega²⁵, se abre, en la renovada agenda concurzal y para la crisis societarias, un diálogo indispensable entre derecho societario y concurzal. Ello impone que debamos señalar algunas consecuencias en el concurso si no se hubiera atendido la imperatividad de las normas societarias.

4.*INFRACAPITALIZACION MATERIAL. COMPROBACIONES ANUALES. LA MEMORIA. DEBERES DE ADMINISTRADORES Y RESPONSABILIDAD *EX ANTE*.

Recordamos que refiriéndonos a la infracapitalización sosteníamos que "este es un problema de los socios y de los administradores, particularmente de estos últimos. No es un problema de la ley ni del juez que autoriza la inscripción. Son los administradores los que periódicamente tienen la obligación de revisar la suficiencia del capital social para el giro normal de los negocios, la consecución del objeto social"²⁶.

Se trata de introducir formalmente –o funcionalmente como obligación de los administradores- lo que todos los auditores usan, y sin duda informan a los administradores sociales aunque nada de ello aparezca en la Memoria de ejercicio que acompaña al balance anual: el *solvency test*. Las constataciones de un adecuado balance pueden ser suficientes.

En la misma dirección se señala que "el balance, que tiene importancia en cualquier empresa, cobra especial significado en la sociedad anónima para los socios y los terceros, por su triple función de: a) hacer conocer el estado patrimonial de la sociedad, b) asegurar la integridad del capital, con la realización de amortizaciones y formación de reservas, etc., c) dar a conocer los negocios sociales y su consecuencia, la distribución de utilidades o pérdidas"²⁷.

24 Ambos presentes en las Jornadas, ratificaron la posición, y al final de la misma nos sorprendieron entregándonos en acto público un premio?, reconocimiento?, homenaje? del Instituto Argentino de Derecho Comercial que preside Barreiro, del que somos Miembro hace muchos años, expresando que se asignó en la Cena reciente, y ante nuestra ausencia se había solicitado al Consejo Profesional entregarlo en estas Jornadas. El magnífico presente escultórico en vidrio expresa "El Instituto Argentino de Derecho Comercial al Dr. Efraín Hugo Richard un gran maestro del Derecho cuya voz ya no clama en el desierto 7/12./2012". Lo agradecemos sorprendidos y emocionados, sabedores que la expresión no es de mi silencio –la prueba era esta disertación- sino una cálida respuesta a nuestro artículo "¡Esta lloviendo! ¡Se acabó la sequía! de hace varios años respondiendo a un enjundioso artículo de ambos, desde el cual iniciamos un continuado intercambio escrito de asentamiento de ideas, respetuosas polémicas e intercambios en pro de la construcción de un derecho mejor para la sociedad, imbuido no sólo en la integración sistémica de normas sino de principios de equidad y justicia social. Nuestro reiterado reconocimiento a ese Instituto y a sus Autoridades y Miembros.

25 Quién presente en la Jornada ratifico esta posición.

26 Nto. "La sociedad de responsabilidad limitada en los tiempos actuales" en Jurisprudencia Argentina 2000-II doctrina pág. 954. El disertante en las Jornadas Dr. Antonio Fourcade insistió en la responsabilidad de los administradores en mantener dotada la sociedad para que no se convirtiera en una técnica de perjudicar a terceros, sosteniendo que el problema no era distinto al de la sociedad unipersonal de responsabilidad limitada, pues la condición de esa limitación era el no abusar del instrumento técnico, abogó además –y en igual sentido del que venimos sosteniendo- que había que buscar mecanismos que actuaran anticipatoriamente para evitar la cosumación o continuidad del daño de sociedades infrapatrimonializadas, considerando que esta era una misión de los legisladores..

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 derecho²⁸, que no tuvieron en cuenta cuanto contrataron sin la información de esa situación o antes que se produjera esa situación..

De no existir normas claras que impidan la continuación de la empresa en crisis –en nuestro país causales de disolución como la imposibilidad sobreviniente de cumplimiento del objeto social o la pérdida del capital social- aumentando la posibilidad de fracaso ante una prospectiva incierta, la tutela de acreedores impone responsabilidad para cubrir daños²⁹.

Al respecto recordamos nuestra posición que "la obligación de un buen hombre de negocios es planificar para el cumplimiento del objeto social de la sociedad que administra. Aun planificando existen riesgos, pero actuar sin planificación es de por sí generador de responsabilidad por no adoptar la actitud profesional que el art. 59 LSA exige. La cuestión se potencia cuando actúa un órgano colegiado, que desenvuelve su actividad a través de resoluciones que importan un acto colegial colectivo imputable a la sociedad"³⁰; y que "en la realidad económica de hoy la responsabilidad de los administradores societarios, situación calificada en el caso de grupos societarios, toma especial relevancia por las crisis que han llevado, incluso, a pergeñar una nueva legislación concursal. Pero consideramos que la cuestión no se solucionará con esa legislación concurrencial, sino previniendo sobre la misma sociedad, imponiendo una adecuada inteligencia del rol de sus administradores y particularmente de su responsabilidad frente a la crisis preanunciada y no afrontada"³¹.

Centremos la cuestión: 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 acreedores³². 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

27 CNCom en "Palmeiro Guillermo c/ Parador Norte S.A. s/ Medida Precautoria, del 14.8.2012, en Derecho Societario – Newsletter Semanal del 3.12.2012.

28 STANGHELLINI, Lorenzo "Proprietà e controllo dell'impresa in crisi" Rivista delle Società anno 49° 2004 settembre-ottobre fascicolo 5°, Editorial Giuffrè Milano, pág. 1079. Los socios minoritarios, ajenos al grupo de control y dirección de la sociedad están casi en la situación de inversores, hasta pudiendo constituir una clase de socios, pero siempre tienen derecho a una información sobre el estado de la sociedad y una preferencia ante el aumento del capital, directamente vinculado a su derecho al resultado social; sobre este punto puede verse SPOLIDORO, Marco Saverio "El capital sociale", pág. 59 y especialmente pág. 67 en *Il Diritto delle società per azioni: Problema, Esperienze, Progetti* collana della Rivista delle Società, Ed. Giuffrè 1993.

29 MIOLA, Massimo "Il sistema del capitale sociale e le prospettive di riforma nel diritto europeo delle società di capital" en Rivista delle Società, anno 50, 2005, Editor A. Giuffrè – Milano, noviembre-diciembre 2005, fascicolo 6° p. 1199, especialmente pág. 1310.

30 Nto. "El plan de empresa, Ética y responsabilidad del empresario", en *Estudios en honor de Pedro J. Frías*, Ed. de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, 1994, t. III, pág. 1187; y en similar sentido junto con JUNYENT BAS, Francisco y MUIÑO, Orlando, "Salvataje de la empresa: ¿una postulación sin respuesta en la ley concursal" en Rev. del Derecho Comercial y las Obligaciones, Ed. Depalma, Bs. As., 1997, pág. 525. Todos los asistentes y conferencistas acordaron en que era una obligación de los administradores sociales, cuando no de los socios, responder a un plan de negocios. Incluso se acentuó que ello debía ocurrir en el caso de concurso no sólo en la presentación sino como formando parte de la propuesta.

31 Nuestro prólogo a *Responsabilidad de los administradores*, de JUNYENT BAS cit..

sociales. Y en tal supuesto los administradores asumirán responsabilidad por los principios generales previstos en el art. 59 (con su casi equivalente art. 83 LSU) y 99 LSA.

De su diligencia es afrontar la crisis, no necesariamente solucionarla.

La técnica societaria de organización en todos los países reconoce la libertad de asociación, de determinar la técnica de esa organización y de la dotación patrimonial constitutiva y de su funcionalidad, normalmente planificando cuanto de capital propio y de terceros será necesario para el normal desenvolvimiento.

“¿Para qué perder tiempo si no hay viabilidad económica? El diagnóstico previo fue la savia vivificante del sistema procesal francés que le permitió decir que los procesos llevaban a la solución de los concursos. – La separación del hombre de la empresa, sin que la empresa tuviera que acarrear los errores y las inconductas de sus dirigentes. Si había inconducta de los dirigentes y la empresa era viable, ¿por qué liquidar una empresa por la inconducta de los directivos?”³³.

Los resultados que prometa el plan de negocios permitirán analizar a los socios³⁴ la conveniencia de reintegrar o aumentar el capital social. A su vez la posibilidad de invitar a terceros a integrarse a la sociedad por una buena inversión que resulta el adecuado cumplimiento de su objeto, la rentabilidad esperada, lo que puede permitir atender o reorganizar el pasivo exigible.

Si una sociedad no obtiene capital de sus propios socios o de terceros, es porque no existe un adecuado plan que determine la viabilidad y la rentabilidad de la empresa. hubiere perdido y se optare por no liquidar la sociedad.

El sistema de derecho societario argentino atiende –supone, reiteramos- que los constituyentes de una sociedad y sus administradores operarán como buenos hombres de negocio con el patrimonio suficiente, y cuando este no permita sobrevinientemente el cumplimiento del objeto social procederán a su disolución si, al convocar a los socios, éstos no pueden o no quieren aumentar la dotación patrimonial, por ellos o por terceros. Se trata de poner la cuestión en la decisión de los socios³⁵.

Claro que ante la negativa o imposibilidad de los accionistas y no deseando liquidar la sociedad, se abre la solución de invitar a terceros a capitalizar o la del art. 197 LS de capitalizar el pasivo, y en ciertos casos traspasar la sociedad a los acreedores, o su control. La capitalización del pasivo trae un beneficio inmediato a los accionistas³⁶, directores o terceros que hayan garantizado una obligación capitalizada, pues se liberarán de esa obligación de garantía. Adviértase los

³² Sobre el punto también hemos trabajado con anterioridad, p.ej. *Insolvencia societaria y responsabilidad* pág. 380 y ss. en JURISPRUDENCIA ARGENTINA libro en Conmemoración de su 80º Aniversario, 1918-1998; y en *Las relaciones de organización y el sistema jurídico del derecho privado*, Córdoba 2000, ed. de la Academia de Córdoba, Capítulo XI Insolvencia societaria y responsabilidad, pág. 481 y ss..

³³ PALMERO, Juan Carlos “Nuevo enfoque para empresas en crisis. Modificaciones destacables en relación a la ley 19.551. Apreciación metodológica inicial. Como entender el nuevo régimen concursal” en *Nueva legislación concursal y la participación del profesional en Ciencias Económicas. Jornadas de actualización*, Ed. Advocatus Córdoba noviembre 1995, pág. 17.

³⁴ 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.

³⁵ MILLER, Alejandro *Sociedades Anónimas – Directorio – Síndico* pág. 119 y ss., Editorial AMF, Montevideo 2005. Pueden consultarse nuestras opiniones en este y otros aspectos en www.acader.org.ar

sistemas que en situaciones semejantes autorizan a los administradores a emitir acciones sin autorización de los socios³⁷.

El plan de negocios es el que puede interesar a socios, terceros o acreedores a confiar en la viabilidad de la empresa y las utilidades que de ello devendrían.

Violar el imperativo legal a la continuidad de la actividad normal de la sociedad, ante una causal de disolución constatada, importa no atender una norma imperativa – quizá de orden público- pudiendo generar daño.

5. *OPERATORIA EN INSOLVENCIA. *RESPONSABILIDAD EX POST*.

La base de la contratación no dolosa (arts. 902, 931 y 1072 C.C. Argentino) es que no exista una reticencia o falsa información, como que uno de los contratantes no se encuentra ya en condiciones patrimoniales de cumplir el contrato. En el actual contexto económico, caracterizado por la apertura y la competitividad, la confianza presenta un valor económico indudable. Como recurso productivo es acumulable, y conlleva un fuerte ahorro en los costos de transacción especialmente en situaciones caracterizadas por la información asimétrica, esto es, cuando una de las partes involucradas en un contrato no dispone de toda la información relevante acerca de las características del otro contratante³⁸.

Llegamos así a un punto central: ¿será responsable el administrador si la sociedad es patrimonialmente inepta para el cumplimiento del objeto social? ¿Deberá someter la situación a consideración de los socios? La sociedad es un sujeto de derecho –persona jurídica- que el sistema jurídico entrega (como técnica de organización) para que los fundadores de una empresa puedan generar un centro de imputación autogestante³⁹ y con responsabilidad limitada. Esa funcionalidad es el bien jurídico tutelado por el sistema societario, que otorga a la autonomía de la voluntad la capacidad jurígena de gestar personas jurídicas. Se ha venido opinando sobre la tutela de los acreedores no informados a través de la información, perfilando claramente lo que son las obligaciones de los administradores⁴⁰.

36 “LA QUITA EN CONCURSOS DE SOCIEDADES Y SU TRATAMIENTO FISCAL (y algunos aspectos periféricos)” nto. con Jorge Fernando FUSHIMI en *Por un mejor Derecho Concursal*, cit. tomo 1 pág. 635.

37 MIOLA, Massimo “Il sistema del capitale sociale e le prospettive di riforma nel diritto europeo delle società di capital” en *Rivista delle Società*, anno 50, 2005, Editor A. Giuffrè – Milano, noviembre-diciembre 2005, fascicolo 6° p. 1199.

38 BEBCZUK, Ricardo N., *Información asimétrica en mercados financieros*, Cambridge University Press, Madrid, 2000, p. 9 s.

39 Centros de imputación no autogestantes lo constituyen los patrimonios destinados a un específico negocio incorporado en Italia (BIANCA, Mirzia *La reforma italiana al régimen de sociedades comerciales* LL 20 junio 2005), y que se encuentran regulados en la mal llamada sociedad accidental o en participación en el art. 361 de la ley de sociedades argentina, y como negocios en cuenta de participación en otras legislaciones, como la española.

Los empresarios han protagonizado “una exigencia cada vez más extensa y apremiante... de condiciones de favor, de inmunidad respecto del derecho común, reclamados como incentivos a la actividad productiva”⁴¹

Desde ese punto de vista, la protección a la empresa debe verse externamente y no internamente. La apreciación debe ser genérica para tutelar la empresa como organización económica, limitando los efectos externos de su cesación de pagos y permitiendo que, en ese contexto, la “empresa” puede solucionar su problema *ex ante*. Se genera un deber en orden a la conservación del patrimonio social, la continuación de la actividad de la empresa viable ante la existencia de una causal de disolución.

Los remedios deben buscarse en los sistemas responsabilizatorios *ex post*, hoy agravados por el Proyecto de Código Civil y Comercial, tema que excluimos de este ensayo. La adopción tardía de medidas internas o la presentación extemporánea en concurso, continuando la sociedad su giro en insolvencia, lleva a la destrucción de la estructura empresarial, impidiendo la rehabilitación de la actividad ordenada o permitiéndolo sólo ante un sacrificio exagerado de sus acreedores, quizá transmitiéndoles el estado de insolvencia al hacer irrecuperable parte del activo de propiedad de esos acreedores.

Los administradores societarios deben asumir su rol *ex ante* en la funcionalidad societaria, so riesgo de generar algún daño y caer *ex post* en la previsión del art. 59 LS.. No se pretende ampliar la responsabilidad de esos administradores en cuanto al riesgo empresario, pero podrá imputárseles responsabilidad si no aseguran la autosuficiencia de la sociedad, generando, a partir de su patrimonio y el plan o directriz de desarrollo de sus actividades, los medios para su manutención económica; o la viabilidad de la empresa. La empresa viable es la única que merece conservarse, sea por disposiciones concursales, pre concursales o extraconcursoales⁴².

El eje de la cuestión es que los administradores deberán determinar si la sociedad es patrimonialmente apta para el cumplimiento del objeto social, aun frente a la pérdida del capital social. Y a su vez lo deberán someter a la consideración de los socios o accionistas. La integral 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 acreedores⁴³.

40 SPOLIDORO ob. cit. pág. 99. Recientemente la Resolución 6/2006 de la Inspección General de Justicia de la Nación, B.O. 31 de julio de 2006 imponiendo un contenido serio a la Memoria de las Sociedades Anónimas, normalmente con información confusa y difusa, norma que fue modificada al corto tiempo para hacerla menos exigente, sin atender a una adecuada sistematización.

41 GALGANO, Francesco *Las instituciones de la economía capitalista* Ed. Ariel, Barcelona 1990, pág. 79, en traducción de Carmen Alborch Batalles y M. Broseta Pont.

42 Ntos. “LA CONSERVACION DE LA EMPRESA EN LAS LEYES DE SOCIEDADES Y DE CONCURSOS”, con Francisco Quintana Ferreyra, RDCO año 1978 Pág.1373; “LA CONSERVACION DE LA EMPRESA”, Anales de la Academia Nacional de Derecho de Córdoba tomo XXV Pág.107 y ss. .

43 Nto “Insolvencia societaria y responsabilidad” pág. 380 y ss. en JURISPRUDENCIA ARGENTINA Número Especial CINCUENTENARIO, y en *Las relaciones de organización y el sistema jurídico del derecho privado*, Córdoba 2000, ed. de la Academia de Córdoba, Capítulo XI Insolvencia societaria y responsabilidad, pág. 481 y ss..

En ese prólogo a la tesis de Francisco Junyent Bas remarcábamos “4. No puede haber duda de responsabilidad societaria, rayana en el delito, cuando los administradores no aplican las normas societarias sobre liquidación en caso de pérdida de capital social”, para después ingresar en los temas de “subcapitalización material aumentando el pasivo sin que razonablemente se avizore la posibilidad de su pago... la inexistencia de planificación o de contabilidad para anticipar la detectación de dificultades económicas o afrontar la situación de crisis... Debe darse congruencia a la ley de concursos con la ley societaria en orden a acciones de responsabilidad”⁴⁴.

5.*LA PRECONCURSALIDAD.

“La solución negociada de la crisis” –o preconcursalidad- impone la pregunta ¿Esperamos ello del derecho concursal? La doctrina postula la reforma continua de ese derecho, y reafirma su posición en la continuidad y periodicidad de las reformas en el derecho comparado.

Todos los concursalistas abogan hoy por un sistema de preconcursalidad, desde el sistema concursal, para actuar más rápidamente con menores costes. Pero paradójicamente se olvidan del sistema societario, similar en todo el mundo, y tratan la cuestión como si se tratara de insolventes personas físicas –de cuya atención nació el sistema de bancarrotas-.

Nosotros, desde una escuela distinta, en orden a la crisis de las sociedades sostenemos una posición diferente. La posición es que la legislación societaria –que no ha sufrido las modificaciones generadas en la concursal- contiene previsiones imperativas para asumir la crisis tempestivamente y a bajo coste, sin generar daños.

No puede pretenderse que el derecho concursal resuelva las crisis societarias al margen de las previsiones de la ley específica para afrontarlas.

Consideramos ciertas previsiones imperativas de la ley societaria como “preconcursoales”.

En este mismo sentido Karten Schmidt⁴⁵ 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

⁴⁴ Sobre la imperiosa necesidad de la planificación y de la realización de test sobre la situación patrimonial coincidieron Antonio Fourcade, Florencio Escribano Martínez y José Escandell, incluyendo el primero la responsabilidad de los administradores y la necesidad de normas preventivas judiciales en caso de desvío.

⁴⁵ “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..

Iberoamericano⁴⁶ 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....”.

En similar posición Miguel C. Araya⁴⁷ remarcando el carácter preconcursal de las normas del derecho societario sobre pérdida del capital social “que es un concepto jurídico/contable y *la ley impone* que los administradores disuelvan; el otro es un concepto financiero/económico: es la crisis/insolvencia generada por la cesación de pagos... El derecho de sociedades no es ajeno a la crisis económica de la empresa. El régimen de pérdida de capital social... y la exigencia de adoptar medidas alternativas ante esa pérdida... revelan esa preocupación del legislador societario, al imponer deberes a los administradores y accionistas, como prevención a la crisis de insolvencia.

6.*INFRAPATRIMONIALIZACIÓN Y PÉRDIDA DEL CAPITAL SOCIAL.

Desde hace algún tiempo señalamos que en la preconcursalidad debemos poner el acento ya no en la infracapitalización –sin abandonar esa teoría, ni su influencia disuasoria de conductas como veremos-, zona gris, sino en una línea roja indubitable: la pérdida del capital social y sus consecuencias en el sistema societario y concursal.

Se ha trabajado sobre la infracapitalización como un elemento decisivo para determinar la responsabilidad de administradores. Se ha discutido, en torno a ello, cuanto de capital propio y cuanto obtenido de financiación es lo más adecuado, o si el capital fundacional debía ser suficiente para la explotación del objeto de la sociedad –empresa-, y si ello debía ser controlado o determinado por el funcionario de control o por los administradores. Entendemos que ello corresponde a los administradores por su responsabilidad *ex ante*, o sea por sus deberes de diligencia, para evitar que se genere una responsabilidad resarcitoria *ex post*.

Se trata a la postre de la función de operatividad del capital social.

Sobre ello se remarca que “La presencia en la ley uruguaya del instituto de la infracapitalización como presunción absoluta de culpabilidad del concurso consagra finalmente la necesidad de que los operadores económicos cuente con recursos suficientes para desarrollar su actividad. La decisión del legislador –que comienza a plasmarse en sentencias- nos parece positiva, en cuanto contribuye a prevenir la insolvencia y el traspaso indebido de riesgos a los acreedores, así como a evitar abusos y mecanismos perversos que debilitan el crédito, el tráfico comercial y la economía en general”⁴⁸.

Pero en relación a la insolvencia lo que adquiere relevancia es la función de garantía del capital social.

No descartamos referirnos a la infrapatrimonialización y a las responsabilidades que de ello resulta por la función operativa que debe tener el capital y patrimonio social.

⁴⁶ “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..

⁴⁷ “La función preconcursal del régimen de pérdida del capital social” en *VI Congreso Argentino de Derecho Concursal IV Congreso Iberoamericano sobre la Insolvencia*, Rosario 27/29 de septiembre de 2006, Rosario 2006/8, tomo II págs.. 25/32, y luego el debate en tomo IV pag. 286.

Pero estamos tratando de rescatar la desleída función de garantía del capital social en las legislaciones societarias, configurando la causal disolutoria de pérdida del capital social, imponiendo la capitalización o liquidación, y el apartamiento de esas soluciones deviene en responsabilidades por los daños que se causaren, fundamentalmente los eventuales saldos insolutos o impago de créditos posteriores.

Hemos tenido reciente acceso a un importante ensayo de Eva Holz⁴⁹ que nos impone algunas reflexiones. Resalta la distinguida jurista la cita de Miguel C. Araya⁵⁰ donde afirma “Esa pérdida de capital, no debe ser confundida con la insolvencia, ya que no son conceptos idénticos. La pérdida de capital social se caracteriza por la disminución del patrimonio neto, precisamente en razón de las pérdidas del ejercicio, que cuando alcanzan cierta envergadura (art. 206 LSC), imponen su reducción y si son totales, la disolución de la sociedad salvo medidas alternativas (art. 94 inc.5 LSC)”. Obviamente la pérdida total del capital social dispara la responsabilidad prevista en el art. 99 LSA, si no se opta por los caminos señalados en el art. 96 LSA.

Coincidimos en que es cuestionable la responsabilidad de administradores en caso de infracapitalización, y nula la de los socios salvo casos de fraude y abuso de derecho. Por eso hemos puesto el acento en el mismo libro colectivo donde escribe Araya⁵¹ la causal de disolución de pérdida del capital social que –pese a que la particular legislación no contenga plazos para iniciar la liquidación– dispara la responsabilidad de administradores –y quizá de socios– de continuar el giro y no poder luego satisfacer el pasivo. La libertad para decidir la continuación del giro, sin capitalizar la sociedad, en la esperanza de un plan de negocios exitoso, no los libera en caso negativo de asumir el pasivo insoluto o la satisfacción de las obligaciones contraídas. En ese sentido Fourcade apunta que la sociedad puede continuar operando pese a la pérdida del capital social, porque puede apreciar revertirla con las operaciones en curso⁵². Ello además de deber

48 CHALAS SANZ, Laura L. “La infracapitalización como presunción de culpabilidad del concurso en la ley uruguaya” en Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones n° 253, marzo/abril 2012 pág. 531 y ss. Indicando que el numeral 2 del art. 193 de la ley concursal uruguaya establece la siguiente presunción absoluta: “Cuando durante los dos años anteriores a la fecha de declaración del concurso de acreedores los fondos o los bienes propios del deudor hubieran sido manifiestamente insuficientes o inadecuados para el ejercicio de la actividad o actividades a las que se hubiera dedicado”. Sobre sanciones a socios y administradores por infracapitalización puede verse JUNYEN BAS, Francisco – CHIAVASSA, Eduardo N. “La infracapitalización societaria y las alternativas sancionatorias a socios y administradores en libro de ponencias de las Jornadas Internacionales de *Derecho Económico Empresarial en Homenaje al Dr. Héctor Alegría*, Buenos Aires 2011, pág. 30.

49 “La infracapitalización societaria en el derecho y doctrina uruguaya” –pág. 89 y ss. en Anuario de Derecho Comercial, Montevideo, 2012.

50 “Debate actual sobre el capital social” en *Derecho económico empresarial. Estudios en homenaje al Dr. Héctor Alegría*, Buenos Aires 2011, tomo II págs. 1109, donde ahonda en los temas que hemos tomado de su pluma más arriba..

51 En “Responsabilidad de socios por pérdida del capital social”, libro en Homenaje citado en nota anterior tomo II pág. 1435.

52 FOURCADE, Antonio “Sociedades comerciales. Parte especial”, Ed. Advocatus, Córdoba 2001, pág. 114.

expresarse en la primer Memoria –conforme el tipo social- deja en claro el riesgo de responsabilidad de administradores y socios por las nuevas operaciones conforme el art. 99 LSA.

Obviamente que es la “insolvencia” la que dispara las acciones de responsabilidad, no siendo obligatoria –aunque si natural- la existencia de un proceso liquidativo –societario o concursal- que determine la pérdida (daño), aunque la mera “desaparición” de la sociedad, *rectius*: de su patrimonio ejecutable, generará la legitimación activa y pasiva.

Apunta la jurista uruguaya que en ese derecho es causal de disolución la pérdida que reduzca al capital a menos del veinticinco por ciento “Lo cual no se produce de pleno derecho, arts. 159 No. 6, sino que puede ser evitada en tanto los socios resuelvan reducir o reintegrar capital, art. 160 –refiriendo a un artículo de su autoría: “Orden público en la ley No. 16.060, Montevideo 2006, pág. 33-. No obstante, la colega entiende que “ante situaciones de pérdida patrimonial de las sociedades, todos los integrantes de los órganos societarios (incluso de las reuniones o asambleas de socios o accionistas) de las mismas, estarán en el futuro alertas y serán proactivos en la búsqueda de soluciones que eviten la continuación del drenaje de recursos. Y ello por la sola existencia de las graves consecuencias que apareja dicha pérdida, según se ha expuesto precedentemente, cuando la misma pueda conducir a que en situación concursal el patrimonio neto social sea negativo”. Se verá así, en definitiva, la concordancia con nuestras opiniones.

Recordemos algunas de las normas del derecho uruguayo. La ley de sociedades dispone en su art. 159 ap. 6° que es causal de disolución por pérdidas que reduzcan el patrimonio social a una cifra inferior a la cuarta parte del capital social integrado; el art. 160 que no se disolverá si los socios reintegran total o parcialmente ese capital. Congruentemente el art. 164 determina la responsabilidad de administradores si continúan el giro en esas condiciones, sin reintegrarse el capital social, señalando que ello es sin perjuicio de la responsabilidad de los socios. Y es probable que el grupo de control que no reintegró el capital y continúe el giro se vea afectado por las previsiones del art. 189 sobre inoponibilidad de la personalidad jurídica. Otra norma coherente con el art. 159 es la reducción obligatoria del capital social si la pérdida alcanza el 50% del capital social. En cuanto al aumento del capital social se determina el derecho de preferencia de los accionistas en el art. 319, y la posibilidad de dejar de lado ese derecho en el caso de capitalización de obligaciones, conforme al art. 330.

A su vez la ley de concursos dispone su aplicabilidad en caso de insolvencia, la que determina entre otros supuestos del art. 4 en su apartado 1° como la pérdida del capital social cuando exista un pasivo superior al activo comprobado por “normas contables adecuadas”, imponiendo a los administradores la presentación en concurso dentro de los 30 días de haberse advertido tal situación por los administradores societarios, previsto por el art. 10: “conocido o debido conocer su estado de insolvencia”. A su vez dispone que en el caso de sociedades la propuesta de acuerdo debe estar ratificada por el órgano de gobierno.

El art. 92 de la ley de sociedades regula la Memoria de los administradores y en su punto 4° requiere informar sobre “explicación y orientación sobre la perspectiva de las futuras operaciones”, generando así la obligación de revisar el futuro y planificación de los negocios.

En el VIII° CONGRESO ARGENTINO DE DERECHO CONCURSAL VI° CONGRESO IBEROAMERICANO DE LA INSOLVENCIA, Tucumán (R.A.) septiembre de 2012, con el distinguido catedrático tucumano Dr. Juan Carlos Veiga sostuvimos “LA NECESARIA INTEGRACIÓN DEL SISTEMA CONCURSAL CON EL SOCIETARIO ANTE LA CRISIS DE SOCIEDADES”, en forma simiolar a la requerida por Schmidt.

Respecto a la pérdida del capital social y las normas específicas de la legislación del medio técnico organizativo, la doctrina española –Emilio Beltrán en 1991- calificó la solución como preconcursal, sosteniendo que para evitar que la sociedad llegue al estado de insolvencia, el legislador ha establecido un mecanismo preventivo consistente en obligar a la sociedad a disolverse o adoptar medidas sustitutorias de saneamiento financiero cuando se produzcan pérdidas graves, amenazando con graves sanciones a los administradores si esto no se produce –sustancialmente ello no ha cambiado pese a las posibilidades de concursarlas-. La solución con matices especiales no es muy diferente en nuestro país.

“La suficiente capitalización de la sociedad al momento de su constitución y posteriormente, durante todo el desarrollo de la actividad empresaria es la mejor manera de evitar la insolvencia de la sociedad, atento que ésta cuenta con mecanismos para obtener la financiación interna”⁵³, y –eventualmente- la capitalización del pasivo⁵⁴.

7.*LA CUESTIÓN EN UN FALLO DE LA CORTE ARGENTINA.

Con posterioridad al fallo referido en el párrafo anterior, La Suprema Corte de la Nación Argentina avala nuestra visión. En sentencia del 20 de octubre de 2009 formuló un *obiter dictum* al acoger planteos de arbitrariedad contra la sentencia homologatoria en el concurso de “Sociedad Comercial del Plata S.A., al expresar: “El proceso concursal, como última ratio preventiva que procura remediar el estado de cesación de pagos, atendiendo coetáneamente la protección de la empresa y la satisfacción del derecho de los acreedores”. El calificar al concurso como “última ratio preventiva que procura remediar el estado de cesación de pagos”, reconoce que existen otros remedios para afrontar la crisis en forma preventiva. La jurisprudencia está despertando a este indebido soslayamiento de las normas imperativas de la ley societaria⁵⁵, rescatando la función de garantía del capital social.

Esas normas imperativas de la ley societaria no pueden ser soslayadas. A los efectos de burlar esas normas nos referiremos, previo algunas puntualizaciones económico patrimoniales.

La funcionalidad y la legislación societaria tienen hoy normas y recursos que permiten reencauzar las crisis patrimoniales. Son fundamentales las previsiones en torno a cómo debe procederse cuando se detecten o produzcan causales de disolución,

⁵³ Cám. Trabajo y Minas 4ª Nominación de Santiago del Estero, República Argentina, con fecha 15 de junio de 2005, en la causa “Salazar, Oscar E. c/ Forestal El Milagro SRL”, LLNOA 2005-1446

⁵⁴ FIMMANO, Francesco, “L’ allocazione efficiente dell’ impresa in crisi mediante la trasformazione dei creditori in soci”, en Rivista delle società, 2010, páginas 57 y siguientes.

facilitando la remoción de las vinculadas a aspectos patrimoniales, con el aumento o reintegración del capital social, solución que debería anticiparse a la apertura de cualquier concurso. La capitalización del pasivo es la forma societaria de afrontar la crisis. Un acuerdo expropiatorio –sin indemnización- de quita y espera para ser constitucional debería ir unido a que los acreedores compartieran el patrimonio social, como una forma de compensación.

*Enfrentamos un problema metodológico. No podemos exigir eficiencia al sistema concursal si los administradores de la sociedad en crisis no han satisfecho las previsiones de las normas imperativas que resguardan el uso funcional del medio técnico organizativo. Nuestra tesis es que la crisis debe ser asumida por administradores y socios inicialmente desde la normativa societaria, similar en todos los países.

En el derecho argentino los socios tienen el deber de reintegrar el capital si este se hubiere perdido y se optare por no liquidar la sociedad., Se trata a toda costa de evitar que la sociedad siga contagiando en el mercado. Obviamente que de no desear reintegrar el capital social, la ley les brinda la posibilidad de recurrir al aumento de ese capital, con la intervención eventual de terceros, incluso a través de la solución normativa del art. 197 LSA de capitalizar el pasivo.

No hay duda que podrían continuar el giro de la sociedad descapitalizada, quizá con el albur de un buen negocio, pero ello es sin perjudicar a los acreedores a quienes deberán responder en caso de insolvencia.

Ahondemos, en otras legislaciones, sobre lo señalado en la legislación uruguaya: En México la Ley de Sociedades de los 30, con sus modificaciones, impone como causal de disolución en su art. 229 la pérdida de los 2/3 del capital social -67%?-, agravando la

55 Aunque tímidamente y sin subrayar que el préstamo del socio, sin asumir la reintegración del capital social, le habría generado responsabilidad, puede verse el caso: Díaz y Quirini SA s/concurso preventivo. Incidente de revisión (promovido por Quirini, Augusto): Cám. Nac. Com. SALA: C FECHA: 31/05/2012. I. Viene apelada la sentencia de fs. 192/196 por medio de la cual el señor juez de la anterior instancia rechazó el recurso de revisión instado por el Sr. Quirini contra la sentencia del art. 36 L.C.Q, que había declarado inadmisibile su crédito.... Aquí no sólo la deudora reconoció el crédito de que se trata, sino que el apelante acreditó haber hecho la entrega efectiva del dinero que se alegó prestado a la concursada, lo cual habilita a tener por perfeccionado el contrato respectivo a la luz de lo dispuesto en el art. 2242 del Código Civil. ... La circunstancia -señalada en la sentencia de grado- de que el ingreso de los fondos en la sociedad no haya podido ser constatado contablemente y se desconozca cuál fue su destino, no es elemento suficiente para decidir en sentido diverso ..., extremo que habilita al Tribunal a considerar diluida la posibilidad de que el crédito del apelante sea ficticio o destinado a constituir falsas mayorías....III. 3. Así las cosas, corresponde que la Sala se expida en cuanto a la graduación del crédito admitido. Está fuera de cuestión que el prestamista de cuyo crédito se trata es socio de la concursada. ...Pues bien: cualquiera que sea el alcance que se otorgue -y aún cuando se la niegue- a la obligación de los accionistas de dotar a la sociedad que integran de un capital suficiente para cumplir su objeto, parece claro que el socio que, sabiendo que el ente se halla insolvente, se aviene a prestarle dinero en vez de arbitrar los mecanismos para capitalizarlo, no puede quedar en el concurso de la sociedad, en igualdad de condiciones con los demás acreedores. Cuando se verifica -como debe entenderse ocurrido en el caso a la luz del mismo reconocimiento del interesado- un supuesto de infracapitalización formal de la sociedad del que se desprende que, pese a haber perdido su capital de riesgo, la sociedad siguió operando en plaza gracias a los fondos entregados, no a título de aporte, sino en calidad de préstamo por los socios, éstos no pueden aspirar en dicho concurso a disputar derechos a los referidos acreedores. Es decir: si la sociedad ha perdido su capital de riesgo debe ser disuelta (art. 94 inc. 5 LS) o capitalizada (art. 206, misma ley). Con esta aclaración, que no es sino una reiteración: si, sabiendo que el ente se encuentra en tales condiciones, el socio decide prestarle en lugar de aportar a título de capital, tal decisión no podrá, sobrevenido el concurso, servir de mecanismo para frustrar la función de garantía que a la noción de capital resulta inherente. Lo contrario importaría tanto como admitir la posibilidad de trasladar el riesgo comercial propio a terceros, lo cual es inadmisibile y justifica que los créditos así nacidos, sólo puedan ser admitidos con el carácter de subordinados....Eduardo R. Machin - Juan R. Garibotto - Julia Villanueva.

solución argentina que requiere el 100% de la pérdida (patrimonio social neutro), haciendo responsables solidariamente a los administradores por la continuidad del giro.

En la ley colombiana, imponiendo las normas societarias preventivas, se dispone en el art. 10° que la solicitud de reorganización debe presentarse con la acreditación de “No haberse vencido el plazo establecido en la ley para enervar las causales de disolución, sin haber adoptado las medidas tendientes a subsanarla”.

El rol del capital social, la importancia de actuar tempestivamente para solucionar la crisis desde el derecho societario, ha sido recogida en el “Derecho Concursal Peruano” en 1999. Explica Dasso en su libro “Derecho Concursal Comparado”: “La entidad de las pérdidas (mayor al tercio del capital social integrado) tiende parejamente, en primer término a evitar el abuso de una presentación que tiene el efecto de paralizar los derechos individuales de los acreedores, cuando la situación económica es considerada a través de la ecuación legal todavía superable y de otro lado, a descartar el uso de la reestructuración como instrumento meramente dilatorio cuando el deterioro económico asume tal magnitud que, en el caso de pérdidas mayores al tercio del capital la ley considera insuperable para la recuperación. En el otro extremo, cuando las pérdidas adquieren mayor importancia (superiores al total del capital social integrado), cuya medida se reputa *ex lege* como impeditiva de la recuperación, queda vedada esa vía y al deudor sólo le queda la vía liquidativa. Vale decir que la franja económica de la crisis que habilita al deudor a acogerse al concurso ordinario, conservativo, es el de pérdidas acumuladas no inferiores a la tercera parte del capital social, pero no superiores a su monto total”. Entre ambos límites (un tercio y el total) son los socios los que deben resolver la liquidación o la capitalización.

8.*CESACION DE PAGOS E INSOLVENCIA.

La doctrina concursalista argentina usa la terminología “cesación de pagos” en sentido amplio. La legislación uruguaya engloba ambos conceptos bajo la palabra “insolvencia”. Tomando de ejemplo la legislación de dos países vecinos, que usan distinta terminología para referirse a las crisis societarias: cesación de pagos en nuestro país e insolvencia en Uruguay, como similar expresión de una idea económica⁵⁶. En el año 2007, trabajamos sobre aspectos vinculados a “El capital social y la responsabilidad limitada”. Nuevos vientos doctrinarios en Argentina⁵⁷, y en Uruguay la Ley de concursos 18387 de noviembre de 2008, introducen nuevas meditaciones para la polémica y el desarrollo.

¿De qué crisis estamos hablando?

En el derecho argentino de “cesación de pagos”, y en ciertos supuestos de crisis económico-financiera de carácter general. En el derecho colombiano de “amenaza de insolvencia. En el derecho uruguayo de esa amenaza y también de la “insolvencia”.

Y para desbrozar el camino corresponde referir si es lo mismo cesación de pagos que insolvencia.

⁵⁶ JUNYENT BAS, Francisco – MOLINA SANDOVAL, Carlos *Ley de Concursos y Quiebras*, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires 2011, tomo I pág. 43.

⁵⁷ Nto. *Perspectiva del derecho de la insolvencia*, Ed. Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales, Advocatus, Córdoba 2010.

La doctrina argentina desde hace años equipara ambos conceptos, al igual que la mayoría de la doctrina extranjera. Había adherido a tal tesitura hasta que comencé a distinguir la insolvencia societaria de la de las personas físicas, poniendo el acento en su legislación específica como preconcursal, como lo hacen –entre otros, Emilio Beltrán, Nigro, Massimo Miola, Ricardo Nissen, Juan Carlos Veiga y Gabriela Boquin estos tres últimos en nuestro país.

Cotejando los trabajos de Siegbert Rippe⁵⁸ y los referidos de Miguel C. Araya es claro que no es fácil definir o converger en la idea de insolvencia (“No resulta necesariamente claro e indubitable el sentido de la palabra *insolvencia* en la normativa hasta aquí considerada” –la ley concursal uruguaya-), particularmente por su definición en el Diccionario, pero la “pérdida total del capital social”, pese a que podría darse que la sociedad cumple con los pagos actuales, es claro que su patrimonio activo en ese momento determinado no es solvente para atender o afrontar la totalidad del pasivo. Por ello 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.

Efectivamente en el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española puede verse: Insolvencia: “Falta de solvencia, incapacidad de pagar una deuda. Insolvente que no tiene con qué pagar”. Solvencia en Diccionario “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 cuidosa y celosamente”.

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

Rippe señala que “...tal cesación o suspensión de pago no implicaba necesariamente que el deudor estuviere en estado de insolvencia”...”podría sostenerse que insolvencia podría asimilarse a un estado de inexistencia o insuficiencia de activos para el pago total o parcial de pasivos, con indiferencia, sea de la capacidad de pago oportuno y adecuado por manejo ordenado de activos o de ingresos para el pago de pasivos, sea de la disponibilidad de efectivo y valores de fácil realización, esto es, de liquidez para el mismo propósito. 21. Ello significa, por una lado, que una persona física o jurídica puede tener un activo superior a su pasivo, esto es, ser solvente, y sin embargo no tener posibilidad de manejo de recursos realizables para el pago de su pasivo en tiempo y forma, o no tener efectivo o valores líquidos para tal fin; o viceversa, tener capacidad de pago oportuno y adecuado o disponer de recursos líquidos a tal fin, y ser, no obstante insolvente, parcial o totalmente”, Y luego estudia a fondo la legislación concursal que opta por el estado de insolvencia –que abarca el sentido de la cesación de pagos en nuestra ley-, disponiendo en el inc. 1° del art. 4 de la ley 18.387 que determina

⁵⁸ RIPPE, Siegbert “Aproximación crítica al presupuesto objetivo del *estado de insolvencia* y de sus manifestaciones y efectos en la normativa concursal” en *ANUARIO DE DERECHO COMERCIAL* n° 14, Ed. Fundación de cultura universitaria, Montevideo, marzo de 2012, pág. 9 y ss., que nos fuera obsequiado por su Director Ricardo Olivera García en ocasión de mi disertación en Montevideo en la Semana Académica, 23 de noviembre de 2012 en que nos referimos a la preconcursalidad en análisis de la legislaciones societaria y concursal uruguaya y latinoamericana, dejando trabajo para su publicación sin conocer los trabajos de este Anuario.

“Cuando exista un pasivo superior al activo, determinado de acuerdo a normas contables adecuadas”, que considera una presunción relativa, a las que la ley agrega otras. Relativiza esa situación de insolvencia señalando “...una cosa es la fijación de valor, particularmente de activos, conforme a criterios contables y otra cosa, distinta, es el valor real de los mismos en el mercado, valor que, por su parte, podría ser eventualmente superior al contable e idóneo, incluso, para revertir la ecuación activo-pasivo inicialmente expresada”.

No hay duda que 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 las legislaciones societarias una causal de disolución que impone capitalizar o liquidar, so pena de responsabilidades por el eventual pasivo insoluto.

Justamente Rippe señala –pág. 19- “a) El art. 24 de la ley de referencia admite, en el caso de concurso necesario de las personas jurídicas, y siempre que resulte de un examen preliminar del estado patrimonial del deudor que su activo no es suficiente para satisfacer su pasivo, el embargo preventivo de los bienes de sus administradores, liquidadores e integrantes del órgano de control interno. b) El art. 25 de la misma ley recoge una solución similar, habilitando el embargo preventivo sobre bienes de personas vinculadas anteriormente por ejercicio de aquellos cargos sociales, cuando de un examen preliminar de los hechos surja su conocimiento del estado de insolvencia de la persona jurídica, durante los dos años anteriores a la declaración judicial del concurso”. Reflejo concursal de la pérdida de la función de garantía del capital social.

En la doctrina argentina se ha identificado cesación de pagos e insolvencia desde los trabajos de Yadarola y Fernández, y en eso estábamos cómodos hasta que especialistas contables nos hicieron ver lo contrario. Hoy existen métodos que dan inmediata cuenta de una crisis y de su intensidad. De si es una mera y transitoria merma de flujos de caja, o de si se trata de un estado de cesación de pagos por insuficiencia de activos corrientes para satisfacer pasivos corrientes, o si estamos frente a insolvencia, o sea con patrimonio neto neutro o negativo.

Ahondemos: la especialista en Sindicatura Concursal, Prof. Celina Mena⁵⁹, con una visión contable-económica, señala en relación a “cesación de pagos” e “insolvencia” que: “*En definitiva la jurisprudencia y la doctrina no advierten una diferencia entre ambos conceptos y los usan indistintamente, sin embargo a nuestro entender, existe una diferencia importante adquiriendo un grado mayor de gravedad la insolvencia. El estado de cesación de pagos se refiere a la incapacidad de pagar en tiempo y forma y la insolvencia cuando además del estado de cesación de pagos, no hay patrimonio neto...*”. Obviamente el último aspecto destacado por la distinguida profesional describe una causal de disolución: pérdida del capital social⁶⁰.

⁵⁹ MENA, Celina María “CESACION DE PAGOS VS. INSOLVENCIA”, en libro colectivo “Homenaje al Dr. Osvaldo J. Maffia”, Ed. Lerner Córdoba 2008, Instituto Argentino de Derecho Comercial y Fundación para la Investigación del Derecho Concursal y la empresa en crisis Pablo Van Nieuwenhoven. Coordinadores E. Daniel Truffat – Marcelo Barreiro – Carlos Roberto Antoni Piossek – Ramón Vicente Nicastro. Presente em lãs Jornadas, ante El rico diálogo constructivo que se gênero, aclaro los grados de la gravedad de la situación patrimonial de lãs sociedades, com la que concordamos.

⁶⁰ Nto. “La empresa: su organización y crisis” en RDCO n° 253 marzo-abril 2012 p.407.

Casadio Martínez, con su doble perspectiva profesional, se refiere a esa cuestión: “postulando que *no cabe confundir cesación de pagos con insolvencia. Aquella constituye el fundamento para la declaración de quiebra pero no necesariamente implica que el deudor sea insolvente, entendiéndose por tal un pasivo superior al activo...*”⁶¹. Marcando aspectos negativos del patrimonio social, la pérdida del capital social – insolvencia-, y la cesación de pagos son dos situaciones diferenciadas que se entrecruzan.

Nos inclinamos por estas interpretaciones contables, y teniendo en claro que se trata de un problema meramente terminológico, convengamos que las dos situaciones patrimonialmente distinguibles son en las sociedades: 1. El patrimonio activo inferior al patrimonio pasivo, o sea patrimonio neto neutro o negativo que exterioriza la pérdida del capital y reservas⁶², y 2. El activo corriente inferior al pasivo corriente, que exterioriza una imposibilidad transitoria de pago con medios normales⁶³. A lo primero cataloguémoslo a los fines de la comunicación como “insolvencia” y a lo segundo como “cesación de pagos”.

Esa pérdida del capital social opera como causal cuando ha sido aprobado un balance del que resulte la constatación. La preparación del balance impone a los administradores la situación, que deberían llevar a conocimiento y resolución de los socios coetáneamente a la aprobación del balance.

9.*CONSECUENCIAS DE LA PÉRDIDA DEL CAPITAL SOCIAL EN EL CONCURSO PREVENTIVO DE LA SOCIEDAD: SOBRE EL INFORME GENERAL Y SOBRE LA HOMOLOGACIÓN DE UN ACUERDO DE QUITA.

¿Cuales son las incidencias concursales de distinguir entre insolvencia y cesación de pagos? Insolvencia se corresponde con la pérdida del capital social. Una sociedad puede actuar con aparente solvencia por disponer de crédito ilimitado y tener una productividad rápida que genera un constante y renovado flujo de caja, y haber perdido el capital social. El pasivo sería muy superior al activo, o sea que no existiría patrimonio neto y por tanto se habría producido la pérdida del capital social, y serían aplicables las normas imperativas sobre disolución o reintegración (por los propios socios o

⁶¹ CASADIO MARTINEZ, Claudio Alfredo *Informes del síndico concursal*, Ed. Astrea, Buenos Aires 2011, págs. 170 y ss., correspondiendo la jurisprudencia citada corresponde a CNCom, Sala B 24.3.81 LL 1981-C-615.

⁶² En el debate en las Jornadas la distinguida Profesora mendocina Dolly Bauzá expresó que respecto a la pérdida del capital social debía entenderse todas las diversas cuentas que compnen en el balance ese rubro y no sólo al capital constitutivo, incluyendo a los aportes irrevocables. No coincidimos con esta última precisión sobre los aportes irrevocables, y recordamos el fallo citado en la exposición del caso “Días y Quirini S.A.”, pues el aporte irrevocable no era una cuenta irreversible que integrara el capital social. Apuntábamos que nos habíamos referido a cuenta capital y reservas, y a la postre al balance confeccionado técnicamente por profesionales en las ciencias económicas que dieran cuenta que existía patrimonio neto neutro o negativo. Hubo coincidencia sobre el punto.

⁶³ Sobre este punto, en su análisis en las Jornadas, Raúl Nisman acotó que podría haber cesación de pagos en supuestos en que el activo corriente era superior al pasivo, pero imposible de hacer efectivo por razones de mercado o estacionales, con lo que coincidimos al igual que los asistentes. Aquella base doctrinaria debe ser flexibilizada ante situaciones de cada caso, entendiéndose que tales circunstancias deberían ser referidas en la Memoria.

capitalización). Y además, en caso de posterior quiebra, la responsabilidad previstas en el art. 99 LSA.

Se trata, ni más ni menos, que el Síndico en los concursos analice los balances y señale si la crisis era una mera cesación de pagos, por desbalance entre activos y pasivos corrientes, o si se había perdido el capital social, con patrimonio neto negativo. Y en este último supuesto si se convocó a los socios o estos tomaron conocimiento de ese estado patrimonial a fin de adoptar las soluciones previstas por el art. 96 LSA. En caso afirmativo el Síndico debería informar sobre los daños generados y las responsabilidades a tenor del art. 99 LSA.

Sin pérdida del capital social –insolvencia-, puede haber cesación de pagos por un activo inmovilizado no corriente y un pasivo menor pero corriente. En tal supuesto la propuesta en el concurso de esa sociedad no debería proponer nada más que una espera, pues una quita sería innecesaria y abusiva⁶⁴. La causal de disolución por pérdida del capital social se produce cuando el pasivo alcanza el mismo monto del activo en un balance, y es declarada por la resolución social que aprueba ese balance.

Al comparar las vías de abordaje de la “Insolvencia Societaria” conviene preguntarse: debe estarse a las normas societarias que imponen acciones a administradores y socios? O soslayándola, ignorándola puede recurrirse –incluso tardíamente- al proceso concursal para lograr una planificada quita y espera?

La primera acción se corresponde a las soluciones societarias previstas en el art. 96 LSA, permitiendo enervar la causal de disolución por pérdida del capital social.

La segunda, vía concurso, intenta una “donación”⁶⁵ a través de las soluciones concursales ante la insolvencia societaria, que impone que el problema lo asuman los acreedores. Ello con quitas desmesuradas y esperas, con incidencia impositiva de las quitas, al considerárselas ganancia, observación que desaparecería si –pese a no asumir los socios la recapitalización- en el “esfuerzo compartido” se capitalizan los pasivos, operación neutra para la sociedad, pero que modifica profundamente su patrimonio, además de la afectación del derecho de propiedad al imponer quitas no aceptadas individualmente a los acreedores, enriqueciendo a los socios que intentan así sustituir su obligación de reintegro del capital social.

Si se han ocultado estas cuestiones en un procedimiento concursal, el Síndico funcionarios deberían informar sobre tales cuestiones, advirtiendo si se produjo una mera crisis, una cesación de pagos o se está ante una insolvencia, ello para determinar las conductas que debieron seguirse en una sociedad. Ante la crisis económico-patrimonial-financiera de las sociedades, la misma debe ser asumida inicialmente desde el derecho

⁶⁴ El Dr. Vicente Aznar en su exposición en el día de ayer sobre “Acuerdos abusivos” consideró a las quitas como abusivas y en fraude a la ley por perjudicar a los acreedores y generar una transferencia patrimonial de los acreedores a los socios de la concursada. Se verá que compartiendo ese efecto abonamos la solución con otros argumentos, como lo hicimos con el Dr. Juan Carlos Veiga en el Congreso Iberoamericano de la Insolvencia en septiembre de 2012 en Tucumán. Nos alentó muchísimo la posición académica del distinguido Profesor concursalista.

⁶⁵ Nto. “SOBRE EL PATRIMONIO SOCIAL: ¿CAPITALISMO DE REPOSICIÓN O DONATARIO?” en Revista del Derecho Comercial del Consumidor y de la Empresa, Ed. La Ley, Buenos Aires, año II n° 5 Octubre de 2011, pág. 151 y ss..

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 informe general del síndico no sólo debe referir esas circunstancias sino indicar cuanto debieron desembolsar los socios para reintegrar el capital social y así seguir operando, ante la norma imperativa violada.

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 no pueda sea homologada, por abusiva⁶⁶ u en fraude a la ley al haberse omitido las soluciones societarias. Allí se abrirá –pues estamos ensayando sobre sociedades- el proceso previsto en el art. 48 LCQ⁶⁷.

El abuso de derecho y el fraude a la ley resultará claro cuando, en caso de sociedades, los administradores no hayan cumplido con las previsiones del derecho societario, trasladando el problema a la decisión de los socios y éstos no hubieren intentado superar la pérdida del capital social (conservación de la empresa), con desembolsos propios o invitando a los acreedores a compartir el riesgo –capitalización del pasivo art. 197 LS-, que en el concurso conllevan a integrar la propuesta.

Si ello no ha ocurrido, el Juez no puede dejar de ver que a través de la homologación ha empobrecido a los acreedores y ha enriquecido a los socios, que no realizaron el esfuerzo que les impone la ley societaria, ni afrontaron el esfuerzo compartido que imponen reglas de equidad y de repartos dikelógicos, usando del sistema jurídico y judicial –aparentemente disponible- para enriquecerse.

Por supuesto que estas apostillas son para la meditación, pues muchos las profundizarán y otros las cuestionarán. Pero ese es el método de construir un sistema jurídico y judicial más eficiente, particularmente respetando los criterios de equidad, justicia y esfuerzo compartido (*absolute equity rule*).

De no estaría afectado el orden público, al conformar la violación de normas inderogables de la ley societaria.

En el Proyecto la situación y la solución se perfilan más claramente a través de los instituciones del abuso de derecho y el fraude a la ley.

La cuestión encuentra aspectos valorativos congruentes a la posición esbozada sobre

el abuso de derecho y el fraude a la ley en el Título Preliminar del Proyecto de Código Civil y Comercial⁶⁸. Su referido ARTÍCULO 12 impone que “el acto debe someterse a la norma imperativa que se trata de eludir”. Correlativamente el ARTÍCULO 10º, titulado “Abuso del derecho”, descalifica el mismo como contra valor de la siguiente manera “El ejercicio regular de un derecho propio o el cumplimiento de una obligación legal no

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

67 La abusividad es calificada si para imponer la mayoría aparece un tercero adquirente de un crédito que se “despoja” de su derecho, que no aparece ningún elemento de seriedad –ni antes ni después de la apertura del concurso- para enfrentar la crisis, ni plan ni régimen de administración y disposición para cumplir el acuerdo, ni libros, ni conformación del comité de control.

puede constituir como ilícito ningún acto. La ley no ampara el ejercicio abusivo de los derechos. Se considera tal el que contraría los fines del ordenamiento jurídico o el que excede los límites impuestos por la buena fe, la moral y las buenas costumbres. El juez debe ordenar lo necesario para evitar los efectos del ejercicio abusivo o de la situación jurídica abusiva y, si correspondiere, procurar la reposición al estado de hecho anterior y fijar una indemnización”.

Resulta clarísima del Proyecto de Código Civil y Comercial el abuso de derecho y el fraude a la ley en la propuesta, y en el acuerdo mismo que obsta a su homologación.

Por otra parte, impone al Juez conductas oportunas y efectivas “para evitar los efectos del ejercicio abusivo o de la situación jurídica abusiva”, para inmediatamente prever las medidas preventivas llamadas autosatisfactivas disponiendo “la reposición al estado de hecho anterior” y calificamos esa acción preventiva en la imposición de fijar una indemnización.

Esta es una verdadera revolución y desafío para los jueces.

Reforzando el CAPÍTULO 3 del Título Preliminar que versa sobre “Del ejercicio de los derechos”, donde aparece el ARTÍCULO 9º, titulado “Principio de buena fe”, otro de los “principios jurídicos”, normando “Los derechos deben ser ejercidos de buena fe”.

Así el aumento de capital de la sociedad, cuando patrimonialmente no es necesario, puede constituir un acto de mala fe y de abuso de derecho contra socios que no pueden ejercer su derecho de suscripción preferente. Y, en cambio, si el aumento de capital es patrimonialmente necesario para la viabilidad económica del cumplimiento del objeto social, y particularmente si se ha perdido el capital social, el no aumento de ese capital importa un acto de mala fe y de abuso de derecho en perjuicio de acreedores y del mercado, al soslayar la obligación de los socios de reintegrar el capital social o propiciar su aumento, que es calificado cuando en una presentación en concurso intentan imponer el reequilibrio patrimonial a los acreedores afectando sus patrimonios con quitas.

*Ante la constitucionalización del sistema, de no aceptarse lo relatado en cuanto a abuso de derecho y fraude a la ley por las quitas propuestas por sociedades y su confiscatoriedad, aparece como un obstáculo insalvable⁶⁹. La referencia a la Constitución Nacional. En el Proyecto se recoge las críticas de Alberdi a Vélez Sarsfield, aunque nadie puede dudar actualmente de la preeminencia de la Constitución sobre cualquier ley, y el recurso judicial para asegurar ello. Se trata de la llamada constitucionalidad del Derecho Privado, lo que es claro, se declare o no. Esa referencia se repite en el art. 7º⁷⁰. ¿Qué casos rige este Código? ¿Esta normativa es también aplicable a situaciones regidas por leyes especiales como la ley de sociedades y concursos? Pese a su expresión limitativa no tenemos duda de ello, justamente por la expresión “las leyes que resulten aplicables” y en

68 Este ensayo se escribe el 5 de diciembre de 2012, cuando aparece como muy posible la sanción inmediata del Proyecto manteniendo las normas de su Título Preliminar que dejamos expuestas –Cfme. nto. “SOBRE EL TÍTULO PRELIMINAR DEL PROYECTO DE CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL”, Conferencia de apertura en el Primer Congreso Nacional de análisis y debate sobre el Proyecto del Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación – Mar del Plata 4/6 de noviembre de 2012-, en homenaje a Efraín Hugo Richard, con notas, en www.acaderc.org.ar

69 Nto. “Confiscatoriedad de la propuesta de quita abusiva en los concursos” en ZEUS, 1 de octubre de 2007 tomo 105 pág. 2, y los trabajos con el constitucionalista Prof. Dr. José Luiz PALAZZO allí citados.

consonancia “con la Constitución Nacional”, y las consideraciones o fundamentos del Anteproyecto a que hemos hecho referencia.

La respuesta surge indubitable de los fundamentos que copiamos: “Desde otra perspectiva, es necesario que los operadores jurídicos tengan guías para decidir... así porque, sea cual fuere el grado de centralidad que se le reconozca al código, una norma de este tipo tiene un efecto expansivo indudable. La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha sostenido: “...la regla de interpretación prevista en el artículo 16 (del Código Civil) excede los límites del derecho privado, puesto que los trasciende y se proyecta como un principio general vigente en todo el orden jurídico interno” (Fallos, 312:957)”. No obstante los concursualistas no tratan la confiscatoriedad de la propuesta o del acuerdo⁷¹.

En ese mismo sentido el Juez Arcaná en “VILLAFañE, JUAN AGUSTIN P/ CONC. PREV.”, en Mendoza, el 10 de Julio de 2.008⁷², particularmente con las expresiones sobre la legalidad de la propuesta económica: “*ha contrariado la finalidad económico-social del mismo que, en la especie, no está solamente dada por la conservación de la empresa como fuente de producción y trabajo, sino también por el logro de una finalidad satisfactiva del derecho de los acreedores, la cual naturalmente resulta negada cuando la pérdida que se les impone es claramente excesiva.*” (“ARCANGEL MAGGIO SA p/Conc. Prev.” Suplemento LL “Concursos y Quiebras” 24/04/2.007, pág.48 y ss.).- La propuesta presentada, tanto en su ínfimo porcentaje (10 %), como en el plazo de pago, el plazo de gracia, la indeterminación del comienzo del término y la falta de contabilización de intereses por el lapso de espera a que se somete el pago de los créditos, resulta en rigor una quita superior a la mera expresión de la merma prevista, una licuación total del pasivo y una clara afectación del derecho de propiedad de los acreedores. Un verdadero abuso del Derecho⁷³.

⁷⁰ Cuando concluíamos este ensayo llegó a nuestro poder el libro colectivo *Comentarios al Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación 2012* –en el que colaboráramos- dirigido por Julio César Rivera y Coordinado por Graciela Medina, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires septiembre 2012, donde sobre este aspecto lucen dos capítulos el I “La constitucionalización del código como constitución a la Constitución como fuente del derecho privado. Síntesis de una evolución” a cargo del Director, donde pone el acento en el Código Civil (ahora también Comercial) como centro del sistema jurídico, pág.1 y ss., y el LXXI “Constitucionalización del derecho Privado. Algunos aspectos constitucionales del Proyecto de Reforma y Unificación del Código Civil y Comercial de la Nación” de Marcela I. Basterra, pág. 1383 y ss..

⁷¹ Así, en un magnífico ensayo Mauricio Boretto se refiere a “El fenómeno de la *constitucionalización* del derecho privado en la Argentina y su impacto en el ordenamiento jurídico falencial” (RDCO n° 256 pág. 341), ampliando una importancia ponencia a la que otorgamos uno de los premios en el VIII Congreso Iberoamericano de Derecho Concursal –México, mayo 2012-, sin mencionar la posible inconstitucionalidad de la propuesta o acuerdo por confiscatorio de la propiedad de los créditos de quienes no votaron la propuesta.

⁷² Nto. “INTEGRACIÓN DE LA PROPUESTA DE ACUERDO EN CONCURSO SOCIETARIO (en torno a reciente fallo señero)” en Jurisprudencia anotada de RDCO n° 234, Enero Febrero 2009, Ed. Abeledo Perrot, pag. 79.

⁷³ Múltiples artículos en torno a la confiscatoriedad de los porcentajes de la Resolución n° 125/08 del 11 de marzo de 2008 del Ministro de Economía liberan de más comentarios de quitas tendientes a soslayar la capitalización de la sociedad, sencillo método societario para superar las crisis económico-financieras de la sociedad de la que son propietarios.

Hemos abordado las implicancias de todas estas teorizaciones en el reciente Congreso de Tucumán con el Profesor Juan Carlos Veiga, refiriéndonos a la propuesta y al acuerdo homologable en el concurso de sociedades⁷⁴.

10.* ¿Y LA TERCERA VÍA?

Hemos teorizado sobre la aplicabilidad de la llamada “tercera vía”⁷⁵ por la que los jueces tratan de homologar acuerdos ilegales o abusivos con leves modificaciones.

Frente a lo expresado en el párrafo anterior, si no hay insolvencia deberían impedir cualquier acuerdo de quita, aceptando las esperas necesarias para reequilibrar los medios de pagos.

Y si hubiera insolvencia exigiendo que los socios asumieran la capitalización de pasivo o la capitalización de las quitas para eliminar el fraude a la ley.

Tal actitud debería ser congruente con lo informado al respecto por el síndico – como hemos referido- o por las observaciones que introdujeran acreedores.

11*MEDITACIONES FINALES Y CUESTIONES PERIFÉRICAS.

Como contrapartida de la libertad para asociarse y ejercitar actividades empresarias a través de una persona jurídica, en la mayoría de los casos con limitación de responsabilidad de los socios –y siempre de los administradores no socios-, existe la obligación de no dañar, particularmente asegurada por la función de garantía del capital social, aunque fuera en la llamada “one libra corporation” que refiere Schmidt.

Este cuadro del repaso de normas societarias y concursales frente al concursamiento preventivo, genera una serie de preguntas, difíciles de contestar frente a la actuación irregular de administradores y, a veces, de socios: de la necesidad de conservar la empresa viable y que generó empleo; del concursamiento de las sociedades con pérdida del capital social sin haber transitado el camino de las normas imperativas, y de la imposibilidad que un juez pueda homologar un acuerdo con quitas si se hubieran violando las normas imperativas de la ley societaria, más en conciencia que la quita implica un enriquecimiento de los socios de la concursada, como resulta del mismo tratamiento impositivo. Todo un desafío a la imaginación ante las conductas desviadas.

Obviamente que estas consideraciones tienen importancia vital para los profesionales en las ciencias económicas y jurídicas. Para los primeros por su especial aptitud en la confección e interpretación de los estados contables, como en el concurso para la preparación de su informe general, introduciendo el análisis de las medidas societarias adoptadas *ex ante* de la presentación de la sociedad en concurso, y cuya propuesta requiere la conformidad de los socios, expresada por acto colegial por el órgano de gobierno, que los vincula con responsabilidad.

⁷⁴ “NUEVA VISIÓN EN TORNO A LA HOMOLOGACIÓN DE ACUERDOS CON QUITAS EN CONCURSO DE SOCIEDADES. EL ABUSO Y EL FRAUDE”, nto. con Juan Carlos VEIGA, en *Por un mejor Derecho concursal*, cit. tomo I pág. 367.

⁷⁵ Nto. “LA TERCERA VIA Y EL CONCURSO DE SOCIEDADES”, en *Por un mejor Derecho Concursal*, cit. tomo I pág. 361.

Por ahora es importante centrar la discusión en los aspectos que hemos puesto de resalto para la meditación y el análisis, para el disenso y la construcción de un sistema anticrisis societario integrado.

Las consideraciones aportadas descartan la aplicación a las sociedades de aceptación de propuestas confiscatorias bajo el argumento que en la liquidación percibirían menos (“the best interest of creditoris” aceptando para deudores individuales-, pues las normas imperativas societarias descartan tal situación, eventualmente a través de acciones de responsabilidad. Es conocida nuestra posición sobre acciones de responsabilidad ejercidas individualmente en caso de homologación de este tipo de acuerdos.

Por último la preocupación de la “fresh money” a que atienden normas de “preconcurso”. Como ex funcionario bancario –y ahora en la práctica profesional- sea con posterioridad a la homologación de un acuerdo legal, como en casos de soluciones por reorganización societaria, jamás se niega apoyo a la sociedad que presenta un equilibrado plan de negocios y exhibe documentación contable aceptable, particularmente cuando vincula el aporte económico –al estilo de lo autorizado por la reforma societaria italiana- a negocios participativos, alejadas las incorrectas dudas sobre el alcance del art. 30 LSA, o en la nueva modalidad aceptada por el art. 1531 del Proyecto de Código Civil y Comercial.

Nos interesa la opinión crítica y técnica de los profesionales de las ciencias económicas.