

“¿SALIENDO DE LA PANDEMIA ECONÓMICA EMPRESARIAL?”.

Efraín Hugo RICHARD¹

Publicado en **ESTUDIOS DE DERECHO CONCURSAL URUGUAYO**, tomo VII, pág. 47.
 Coordinador CAMILO MARTÍNEZ BLANCO – Cátedra de Derecho Concursal UNIVERSIDAD DE
 MONTEVIDEO, Facultad de Derecho, Montevideo 2020.

“Ese gallo era como una persona impaciente, una persona de las que vivían en la ciudad, de las que siempre estaban tan atareadas que nunca tenían tiempo de ocuparse de otra cosa que no fuera su propia prisa. No era como aquí en el pueblo, donde todo transcurría tan lentamente como la propia vida. ¿Por qué tenían que correr las personas cuando las plantas de las que se alimentaban crecían tan despacio?”. HENNING MANKELL “La falsa pista”, Maxi Tusquets Editores, Buenos Aires 5ª Ed. 2010, Traducción del sueco por Dea Marie Mansten y Amanda Monjonell Mansten, P. 13

Abstract: Para pensar en medidas legales que deberían adoptar los Gobiernos para asumir ordenadamente la “pandemia económica empresarial” que el confinamiento social ha generado globalmente, aprovechamos la Recomendación I del Instituto Iberoamericano de Derecho Concursal (Sede México).

INDICE: I – ¿MISIÓN IMPOSIBLE? II – MOTIVACIÓN DE ESTE ENSAYO. III - LA DECLARACIÓN DEL INSTITUTO IBEROAMERICANO DE DERECHO CONCURSAL (Sede México) PARA ESTA EMERGENCIA. IV - CONFIGURACIÓN DE UN *DERECHO SOCIETARIO DE CRISIS*. VI - CRISIS Y CONCURSO DE SOCIEDADES. VII – SIGUE LA MADEJA... VIII - LAS “PÉRDIDAS” SOCIALES. EL DAÑO. IX - ¡LOS REYES MAGOS NO EXISTEN! X – LA CRISIS IMPREDECIBLE. XI - ¡EL DESAFÍO! XII - MINIMA ACCION ESTATAL Y MÁXIMA ACTIVIDAD EMPRESARIAL. XIII - ¿UN ESCUDO PROTECTOR? XIV - LA CONSERVACIÓN DE LA EMPRESA. XV - DISOLUCIÓN NO ES LIQUIDACIÓN. XVI - LA BUENA FE. XVII - PRINCIPIOS DE DERECHO COMPARADO APOYANDO ESTAS INTERPRETACIONES. XVIII - LA CRISIS ECONÓMICA DE LA PERSONA HUMANA. XIX - ¿QUÉ PASARÁ?

I - ¿MISIÓN IMPOSIBLE?

¹ Profesor Emérito U.N.C.; Miembro de Número de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba y Director de su Instituto de la Empresa; Miembro del Instituto de Derecho Comercial de la Universidad de la República, Montevideo; Miembro fundador, ex Vicepresidente Académico, Miembro Emérito, beneficiario del Premio Bohmer y actual Coordinador del Comité Académico del Instituto Iberoamericano de Derecho Concursal (Sede México, fundando en 2004).

No seamos impacientes, tomemos el tiempo de tomar resoluciones cuando podamos medir los riesgos que la situación ha dejado. Estamos aislados, no podemos correr, debemos pensar, alejados de intereses individuales y tratando de atender todos los problemas de la comunidad.

En estos días, vertiginosamente se realizan trabajos, se intercambian regulaciones del derecho comparado y se arriesgan opiniones doctrinales –incluso en ámbitos internacionales- en torno a la evidente crisis económica, patrimonial y financiera que se ha desatado sobre las personas humanas y las jurídicas y como abordarlas para tratar de evitar el contagio financiero, el mantenimiento de los puestos de trabajo y su rol en la cadena productiva.

Pero nos permitimos señalar que la situación es impredecible aún, particularmente por los efectos que se producen desde el punto de vista sanitario que genera la confinación social y la contracción económica consiguiente. Al mismo tiempo vemos la capacidad de reconversión o de actividades novedosas –conforme nuevos requerimientos comunitarios- que les permiten incrementar sus resultados patrimoniales y, en muchos casos, justifican las presiones sobre divisas fuertes generando una especial problemática a los Gobiernos. Gobiernos que, a su vez están otorgando ayudas impensadas para ciertos sectores, tanto los marginados como para otros para sostener los empleos. Correlativamente los servicios de transporte privados están asfixiados, al igual que toda la actividad empresarial destinada al turismo o esparcimiento.

Ante lo impredecible, lo inédito, lo global, no se pueden medir riesgos y es muy difícil la estimación del futuro de la actividad empresarial afectada.

II – MOTIVACIÓN DE ESTE ENSAYO.

El jurista uruguayo Camilo MARTÍNEZ BLANCO, amigo respetado, no deja de acosarnos anualmente solicitándonos una colaboración para la prestigiosa Revista uruguaya que dirige. Y a ese pedido -que nos honra y podemos rechazar, con nuestros 87 en la espalda no sabemos si lo podremos satisfacer el próximo año.

Pero a esa petición se unió una circunstancia que aprovechamos poner en relieve. Lo es la Recomendación que recientemente emitió el Instituto Iberoamericano de Derecho Concursal (sede México) hoy bajo la Presidencia del español Aurelio GURREA CHALE y de la Vicepresidente Académica la uruguaya Alicia FERRER MONTENEGRO². En las vertiginosas reuniones virtuales grupales generadas a tal fin, a las que la Comisión Ejecutiva convocó al Comité Académico, intervinieron también tres miembros del Instituto, uno de los cuales fue Camilo Martínez Blanco. Finalmente el 5 se formalizó la “Declaración – Recomendación” que fue subida al muro del Instituto el martes 12 de mayo.

Lo manifestado sobre la intervención de Camilo MARTINEZ BLANCO, además de los uruguayos Alicia FERRER MONTENEGRO e Israel CREIMER y publicitar ello en la siguiente sección de este Ensayo, sería suficiente para cumplir el encargo del primero para su revista uruguaya, pero como siempre nos tentaremos a realizar algunas apostillas y engarces de esa “Recomendación”.

III - LA DECLARACIÓN DEL INSTITUTO IBEROAMERICANO DE DERECHO CONCURSAL (Sede México) PARA ESTA EMERGENCIA.

La misma reza en su integridad:

² Además Miembro Correspondiente en Uruguay de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, y Miembro de su Instituto de la Empresa.

“COLABORACIONES Y RECOMENDACIONES PARA UN DERECHO GLOBAL DE CRISIS

1.- Los Hechos.

El mundo sufre una pandemia que pone en riesgo a la salud humana. El mejor remedio -en realidad el único- para su control es el aislamiento social. Este aislamiento trae como consecuencia inmediata e insoslayable la parálisis de la actividad económica. Los expertos señalan a nivel mundial la irrupción del [coronavirus COVID-19](#) constituye un ‘cisne negro’, entendido como un evento de muy baja probabilidad con un impacto muy elevado.

Para 2020 la [actividad económica](#) enfrenta efectos contractivos como consecuencia del shock originado por la [emergencia sanitaria](#).

Tengamos en cuenta que las cuarentenas, muy necesarias para contener la pandemia, paralizan alrededor del 50% de las actividades económicas. Se registran cierres parciales o totales de plantas de producción; cortes en la provisión de servicios y en las cadenas de suministro; contracción del consumo; reducción drástica de los viajes de negocio y turismo, así como el cierre de servicios de esparcimiento, colegios y universidades. Los sectores productivos más golpeados, y que por lo tanto más debemos proteger, serán las micro, pequeñas y medianas empresas (mipymes), que representan a más del 99% del tejido empresarial en América Latina y generan alrededor del 30% del PIB, según expresa Juan Carlos Elorza Director de Análisis y Evaluación Técnica Sector Privado en CAF – Banco de Desarrollo de América Latina al periódico uruguayo El País 6 de abril 2020.

Idéntico panorama enfrentan las economías desarrolladas de Europa y USA.

En este contexto, se han sancionado normas, algunas transitorias y otras definitivas, tratando de dotar a la crisis económica derivada de la pandemia de los instrumentos que atenúen, corrijan o permitan superar la situación. Del mismo modo, se han propuesto normas aún no sancionadas.

A título de ejemplo, y para poder analizar lo que ya es derecho positivo, mencionamos algunas normas aprobadas: España: Real Decreto 8 de 2020 y Resolución 4070 publicada en BOE 26 de Marzo de 2020; Francia, Ley sobre cesación de pagos del 12/3/20; Colombia: Decreto 560/20 del 15/4/20; Chile: Ley Fogape 2020 del 15/4/20

2.- La propuesta

El Instituto Iberoamericano de Derecho Concursal, se permite aconsejar el dictado de normas mínimas, sin perjuicio de otras de carácter patrimonial, financiero, tributario, concursal o societario que cada país considere conveniente promulgar ante sus particulares realidades.

La pandemia sanitaria y los aislamientos han generado situaciones inéditas, sin precedentes, que nos han llevado a intentar un marco mínimo de sugerencias, tratando de evitar mayores daños y el atascamiento de trámites judiciales o administrativos.

Es necesario preocuparse de las personas humanas y de los **emprendimientos viables**, privilegiando las **soluciones privadas**, la **recomposición de buena fe de las relaciones alteradas** y evitando que la crisis sea invocada innecesariamente.

2.1.- Normas generales anti crisis.

1. Se prorrogarán por 90 y hasta 120 días el vencimiento de todas las obligaciones instrumentadas en cheques de pago diferido u otros títulos valores.

2. Se dejarán sin efecto por el mismo plazo las sanciones por cheques rechazados, reabriéndose las cuentas corrientes, dejándose en suspenso los embargos trabados y los no efectivizados.

3. Suspensión de pagos de tributos durante el período en que se haya impedido por razones de la pandemia sanitaria la actividad gravada. En su defecto, ampliación de los plazos de pago de las obligaciones tributarias.

4. Se analizará la conveniencia de crear Fondos o Fideicomisos de Garantía Bancaria para que sociedades o personas no calificadas con actividad empresarial puedan acceder al crédito. Ello con la posibilidad de que ante el impago esos Fondos o Fideicomisos puedan convertir su acreencia en acciones o participaciones del deudor incumplidor. Se aconseja que en ese caso los créditos, sin riesgo de cobrabilidad, se otorguen a tasa 0 o similar.

5. Las tarjetas de crédito permitirán que los saldos sean satisfechos en 6 meses sin interés.

6. Suspensión de los aumentos de tarifas, salarios, combustibles, alquileres, lo cual sólo puede hacerse por decisión gubernamental. Control administrativo de precios de la canasta básica sanitaria y alimentaria.

2.2.- Para personas físicas sin actividad empresarial.

Se liberarán automáticamente toda retención de sus ingresos mayor al 20%, aunque se hubieren generado voluntariamente o por decisión judicial, no se podrá afectar la vivienda ni el mobiliario de uso ni los objetos afectados a su arte o profesión. Se suspenderán desalojos por cualquier motivo.

Los créditos, con o sin garantía real, de inmuebles o bienes de uso mantendrán el monto de la cuota pagada con anterioridad a la declaración de emergencia sanitaria, como mínimo, no generándose intereses moratorios por demoras de hasta seis meses.

2.3.- Sociedades.

2.3.1. Hasta los 90 días posteriores a que cada país libere la pandemia societaria, las sociedades que tengan dificultades no podrán distribuir dividendos y **deberán renegociar privadamente** sus relaciones:

1. con sus acreedores de cualquier naturaleza la conversión de las obligaciones en préstamos cancelables con los beneficios de la actividad futura, bonos u obligaciones convertibles en acciones, incorporación a fondos de negocios participativos o capitalización con acciones rescatables o no. No se aceptará la negociación de quitas salvo para acreedores financieros no bancarios.
2. Con sus trabajadores, las condiciones laborales hasta recuperar la actividad normal, que podrán ser diferentes conforme el rubro.
3. Con el Estado renegociará planes en torno a impuestos adeudados o que se generen hasta volver a la actividad normal.
4. Quedan suspendidas las previsiones de la legislación societaria en cuanto a causales de disolución y responsabilidad de administradores y socios por causa de los desajustes patrimoniales o financieros generados con posterioridad a la declaración de inactividad en cada país y de la invocación de la afectación de la pandemia.
5. Vencido el plazo de renegociación y habiéndolo intentado con todos sus acreedores, podrán promover las acciones que estimen corresponderles, o presentarse en concurso. Las renegociaciones que hubieren alcanzado mantendrán su validez. Tampoco le podrán pedir medidas cautelares o quiebras en el período obligatorio de renegociación.

2.3.2. Hasta los 90 días posteriores a que cada país libere la pandemia societaria, las sociedades deberán continuar con el funcionamiento regular de sus órganos que actuarán mediante el uso de TIC´s.

2.3.2. Hasta los 90 días posteriores a que cada país libere la pandemia societaria se suspende la obligación de presentar balances antes los órganos de contralor toda vez que las asambleas sociales no puedan reunirse para su aprobación por no contar con normas legales que autoricen su funcionamiento a través de medios tecnológicos

2.4. Normas concursales.

Se recomienda, congruente con el marco de la **renegociación obligatoria**, adoptar algunas de las siguientes propuestas:

- 1.- Suspensión por 90 hasta 120 días de la declaración de concursos necesario.

- 2.- Suspensión por hasta 90 a 120 días de la declaración de quiebra o de liquidación del activo en caso de incumplimiento de convenios o acuerdos privados de reorganización.
- 3.- Analizar las normas sobre acuerdos privados de reorganización, de modo de facilitar los mismos a fin de evitar el colapso de las sedes judiciales frente a la presentación de solicitudes de declaración de concursos, sean voluntarios o necesarios.
- 4.- Generar mecanismos legales –transitorios o definitivos- para lograr el acceso al crédito de las empresas de se encuentren en etapa de convenio concursal o hayan promovido un acuerdo privado de reorganización.
- 5.- No perder de vista que estas soluciones solo deberían aplicarse a aquellas empresas que se amparen en mecanismos concursales de Buena Fe.

IV - CONFIGURACIÓN DE UN *DERECHO SOCIETARIO DE CRISIS*³

La declaración y recomendaciones abarcan un amplio aspecto, vinculando el derecho societario y concursal, sin dejar de abordar la crisis financiera de las personas humanas.

Hace unos años las conversaciones con Martínez Blanco nos motivaron a escribir un ensayo sobre el derecho societario de crisis. “Él sabía de nuestros trabajos sobre ciertas identidades en torno al sistema de crisis de sociedades y congruencias de las legislaciones societaria y concursal tanto en Argentino como en Uruguay, conforme nuestra tesis en homenaje a otro gran jurista uruguayo Siegbert Rippe.⁴ Un punto central se da en el presupuesto objetivo para requerir la apertura de un proceso concursal: “insolvencia” para Uruguay y “cesación de pagos” para Argentina, y hemos destacado la posición de Camilo Martínez Blanco⁵ que acota el tema: “En el derecho concursal, siempre ha sido de sus temas más controversiales el presupuesto objetivo habilitante para la puesta en funcionamiento del concurso, y así lo reafirma la profesora española Juana Pulgar Esquerre⁶ en su profundo análisis del tema que nos ocupa. – Por lo pronto en nuestro derecho mercantil, más precisamente en materia de quiebras siempre había sido la “cesación de pagos” su presupuesto objetivo, concepto tomado del Código francés de 1807, que equiparó su noción a la del incumplimiento de obligaciones.... Históricamente, el primer significado de “cesación de pagos” fue el que emerge de su propio sentido literal: cesar de pagar es igual a incumplir, por lo que cual cesación de pagos e incumplimiento eran términos que no se diferenciaban desde el punto de vista de su significación jurídica en orden a provocar la falencia. – Esas denominadas teorías materialistas sustentadas por los clásicos (Vivante, Bolaffio) identificaban cesación de pagos con incumplimiento. (...) se fue evolucionado hacia estudios más avanzados. – Primero, comenzó la doctrina italiana a sostener que no debía declararse en falencia al sujeto que simplemente había incumplido, (...). Son las *teorías intermedias* las que sostienen que no hay cesación de pago sin incumplimiento, pero no siempre los incumplimientos importan cesación de pagos.(...) el presupuesto objetivo de la apertura

³ RICHARD, Efraín Hugo “CONFIGURACIÓN DE UN *DERECHO SOCIETARIO DE CRISIS*” en *Estudios de Derecho Concursal Uruguayo*, Libro V Coordinador Camilo Martínez Blanco, Universidad de Montevideo Facultad de Derecho, Montevideo 2018, págs. 21

⁴ RICHARD, Efraín Hugo “El equilibrio en la legislación societaria y concursal uruguaya: la preconcursalidad extrajudicial”, en *25 años de la ley de sociedades comerciales. Necesidad de su reforma. Homenaje al Profesor Dr. Siegbert Rippe*, AAVV dirección Eva Holtz y Rosa Piziomek, edición Facultad de Ciencias Económicas y de Administración Universidad de la República, Montevideo 2014, página 415.

⁵ *Manual de Derecho Concursal*, 2ª edición revisada,, actualizada y ampliada, Ed. Fundacion de Cultura Universitaria, Montevideo 2012, pág. 150 y ss..

⁶ *Derecho concursal. Estudio sistemático de la Ley 22(2003 y de la ley 8/2003 para la reforma concursal*, Directores García Villaverde, Rafael; Alonso Ureba, Alberto; Pulgar Esquerre, Juana. Dilex SL, Madrid 2003.

concurzal debería retrotraerse a los prolegómenos o estadios anteriores del estado de cesación de pagos, etapa a la cual se llamó “estado de crisis”, “estado de preinsolvencia”, “estado de dificultades económicas o financieras de carácter general”(…). De ahí que el estado de insolvencia, condición para la apertura concurzal se puede definir en lenguaje técnico, como la impotencia para satisfacer, con medios regulares (disponibilidades normales o activos corrientes), las obligaciones inmediatamente exigibles (pasivo exigible o pasivo corriente) (...) la mayoría de los autores españoles, admiten el “desbalance” o sobreendeudamiento como un “*desequilibrio patrimonial –pasivo superior al activo- que puede verse solventado a través de la financiación externa, evitando así el concurso, dado que se viabilizan los pagos*”⁷(...) Por ello abogan por “*un concepto de insolvencia de fondo o patrimonial, abandonando o dejando fuera del concurso las situaciones coyunturales de iliquidez*”... reiteramos que para nosotros es importante el “desbalance” como síntoma, aun cuando para otras legislaciones (la española sobre todo) no alcanza. Pero además si los problemas transitorios de liquidez trascienden de la tesorería de la empresa, es señal de un agotamiento del crédito (carece de líneas de financiación para transitar el escollo) por lo que las dificultades son graves... importa mucho el llamado *desequilibrio aritmético* o déficit expresado en términos de pasivo mayor que activo (...) pues en ese caso el cotejo se hace entre activo y pasivo en términos nominales, sin atender a la disponibilidad regular de los medios de pago que integran el primero ni a la exigibilidad corriente del segundo. Basta entonces que el patrimonio del deudor sea materialmente insuficiente para satisfacer el garantía común de los acreedores (...) puede haber insolvencia, incluso cuando el activo es considerablemente superior al pasivo, pero aquel está integrado por bienes de lenta y difícil posibilidad de realización, al paso que éste concentra los compromisos de pagos en el corto plazo(...). De ahí la importancia de introducir el tema de la “*insolvencia negocial*”. La profesora española Marta Prats Marquina⁸ habla con muy buen criterio de la “*insolvencia negocial*” entendiendo por ella la incapacidad de generar recursos, diferenciándola de la “*insolvencia patrimonial*”, ya transitoria (activo superior al pasivo a una fecha determinada), ya definida (activo inferior al pasivo exigible)(...). Resulta muy interesante la aportación que realiza Prats Marquina, (...) ya que es un dato esencial a tener en cuenta cuando de analizar capacidades empresariales se trata”.

Este central comentario de Martínez Blanco es el prelude para distinguir entre el concurso de una persona humana del de una persona jurídica, particularmente una sociedad.

Y las “Consideraciones y recomendaciones para un derecho global de crisis” lo hacen con gran cuidado refiriéndose tanto a la crisis patrimonial de la persona humana, sugiriendo una modalidad simplificada, como a las sociedades, incluso con normas específicas societarias y concursales.

Seguimos específicamente escribiendo en 2017 “Las expresiones anticipadas introducen en el tema central. Desde hace más de 20 años tratamos de reconocer la existencia de un derecho societario para paliar las crisis económico-financieras-patrimoniales.

En dos recientes Congresos Internacionales insistimos sobre ello⁹, uno el del encuentro con Martínez Blanco, donde entregó sobre el tema un particular ensayo Alessandro Nigro, Catedrático italiano, sobre *Il «diritto societario della crisi»: una nuova frontiera?*,¹⁰ aunque nos consta que viene trabajando con esa visión desde hace muchos años (nosotros hemos citado trabajos del mismo del año 1996, que reiteramos ahora), y en el segundo afrontamos “El abuso en el derecho societario y en el proceso concurzal”¹¹.

Obviamente se generó nuestra atención en Punta del Este, lo que se remarcó con el obsequio del jurista uruguayo Daniel Germán, su libro *Insolvencia y cesación de pagos* dedicado a la Persona Jurídica¹², en

⁷ Luis FERNÁNDEZ de la GÁNDARA *Comentarios a la ley concurzal*. Marcial Pons, Colección Garrigues. Madrid, 2004.

⁸ Marta PRATS MARQUINA “*Insolvencia y crisis económico: Su reflejo en el derecho concurzal*” R.G.D. Madrid, 1998.

⁹XIII Congreso del Instituto Iberoamericano de Derecho Concurzal, Punta del Este, República Oriental del Uruguay, y 3er. Congreso Panamericano de Derecho Societario, Concurzal y del Consumo, San José de Costa Rica, ambos en sucesivas fechas del mes de octubre de 2017.

¹⁰ Que disponemos como asistentes a ese Congreso y que se publicará en el próximo número del Anuario de Derecho Comercial uruguayo.

¹¹ Publicado en *Derecho societario, concurzal y del consumo. Panamericano*. AAVV, Directores Gabriela Boquin – Alvaro Hernández Aguilar, pág. 430. Editorial Jurídica Continental, San José de Costa Rica, octubre 2017.

¹² GERMÁN, Daniel *Concurso y Estado de Insolvencia. Efectos sobre los órganos de administración y representación del Personas Jurídicas. Estudios del Derecho Uruguayo y Español*, Ed. La Ley, Uruguay, Montevideo 2016.

cuyo prólogo el jurista español José Antonio SOTILLO expresa “Además, en el caso de personas jurídicas mercantiles deudoras, con las normas concursales se entremezcla la regulación jurídica de las sociedades mercantiles, resultando en ocasiones, difícil de determinar cuál debe ser la norma prevalente. Es necesario, pues el estudio coordinado de ambos conjuntos normativos.... Pues bien, la presente obra se refiere, con extensión y profundidad a las relaciones entre el régimen jurídico de la estructura y funcionamiento de las personas jurídicas, especialmente las sociedades mercantiles, y el régimen concursal, cuando son declaradas en concurso de acreedores. No siempre es fácil coordinar e interpretar armónicamente ambos ordenamientos jurídicos”. Concordamos, obviamente, pero en torno a la crisis de sociedades la cuestión es anticipatoria y opera como preconcursal a nuestro criterio.¹³

Ratificando nuestra concepción sobre el presupuesto objetivo que destacamos en el homenaje a Rippe, señala Germán en su Introducción: “Del mismo modo y también debido a la complejidad y extensión de la materia, esta obra se ocupa principalmente del estudio del Derecho concursal, aunque sin obviar ni desconocer la compleja interacción del mismo con las normas que rigen el funcionamiento orgánico de las personas jurídicas, sobre todo, teniendo presente que muchos de los problemas y dificultades interpretativas que el Derecho concursal plantea, tanto en Uruguay como en España, encuentran su origen, explicación y, en ocasiones solución, en el estrecho y no siempre armónico relacionamiento de ambos conjuntos normativos..... Se pretende contribuir a la explicación del fenómeno concursal siempre con el objetivo de aportar claridad y soluciones ante las extraordinariamente diversas circunstancias fácticas que afectan a los distintos tipos de personas jurídicas declaradas en concurso o que, sin estarlo, se encuentran en estado de insolvencia”¹⁴. Una lúcida presentación del problema que venimos arguyendo y que impone revisar las normas imperativas del derecho societario o de las personas jurídicas.

De la misma editorial, descubrimos en Punta del Este, la tesis de Carlos E. López Rodríguez sobre responsabilidad de administradores por el déficit concursal, que –obviamente- se centra en la Persona jurídica¹⁵, de la cual entresacamos “...la responsabilidad por el déficit concursal sirve para obtener la sujeción del patrimonio de los administradores, liquidadores o apoderados generales del deudor que en razón del incumplimiento de las obligaciones inherentes a sus atribucionales, han colocado a los acreedores y a la sociedad deudora en una compleja situación económica de la que en pocas ocasiones resultan indemnes. En general, una vez promovido un proceso concursal los acreedores deben asumir un empeoramiento de sus créditos sea en cuanto a su monto o en cuanto al tiempo de percepción” (pág. 56), apuntando a página siguiente “No nos referiremos en esta parte al Derecho argentino, en razón de que la LCA (Ley 24522 y reformas, aclaramos) carece de regulación alguna respecto a responsabilidad de los administradores por el déficit concursal”. Esta última apreciación es por no haber conjugado las normas imperativas del derecho societario, que pueden llegar a alcanzar a socios de control, que si trata “el caso en que el deudor sea una persona jurídica, el enjuiciamiento de las condiciones ha de referirse a la actuación de los administradores”¹⁶, y de los socios señalamos, para el caso de quiebra en la ley concursal argentina –LCQ-, pero aún en el concurso preventivo aplicando las normas de las leyes específicas: ley general de sociedades –LGS- y Código Civil y Comercial –CCC-, dentro de la teoría general de responsabilidad, pues el daño es el llamado déficit concursal. Señala el autor que ahora seguimos “En este punto, el legislador español parece haber seguido las orientaciones del Informe Winter, que señala –aunque sólo en relación a las sociedades coizadas- que si los administradores están en condiciones de prever que la sociedad no pueden continuar pagando sus deudas, deben decidir o bien sanear la sociedad, garantizando el pago a los acreedores o liquidarla, de lo contrario, los administradores deben ser

¹³ Como puede verse en el ensayo citado en nota 2.

¹⁴ GERMAN ob. cit págs. XXX y XXXI.

¹⁵ LÓPEZ RODRÍGUEZ, Carlos E. *Responsabilidad concursal de los administradores societarios. Administración de hecho y déficit concursal. Estudio comparado con la legislación española y argentina*, Ed. La Ley Uruguay, Montevideo 2016.

¹⁶ LÓPEZ RODRÍGUEZ ob. cit. en el capítulo inmediato a pág. 59.

responsabilizados, total o parcialmente, frente a los acreedores, por los créditos impagos”. Indica en la cita que ese informe es el resultado del trabajo realizado por el “Grupo de Alto Nivel de Expertos en Derecho de Sociedades, presidido por Jaap Winter, con el doble objetivo de iniciar una discusión sobre la necesidad de la modernización del Derecho de Sociedades y elaborar una serie de recomendaciones destinadas a crear un nuevo marco regularor de las sociedades cotizadas.

No es sino el marco general societario que brindan las normas de los arts. 94.5, 96 y 99 LGS, unidas a otras normas que generan un sistema protectivo. Sigue López Rodríguez “De la tutela de los intereses de los acreedores resulta, indirectamente, una protección de los intereses generales, a través de la aplicación de un régimen agravado de responsabilidad civil a los supuestos de conductas empresariales reprochables (pág. 62)... La insolvencia es un riesgo que las legislaciones concursales distribuyen, imputan o hacen soportar por un lado a los acreedores, por otro, si la concursada fuere una persona jurídica, a los socios... La responsabilidad por el déficit concursal constituye otro de los modos de atribuir o distribuir los costes derivados de la insolvencia” (pág. 63).

Parece fundamental la reflexión conclusiva que el riesgo de insolvencia es de los acreedores en el caso de crisis de persona humana y es de los socios en el caso de crisis de persona jurídica. Ello tal como lo indican los artículos primero de las leyes de sociedades argentina y uruguaya: “soportar las pérdidas” es a cargo de los socios, y normas imperativas posteriores y congruentes se enderezan a ello, como sostenemos hace más de 20 años y lo haremos en este ensayo, que estos comentarios sirven de apertura y tesis central.

Así como existe una tendencia doctrinal que sostiene la necesidad de enfocar el sobreendeudamiento de las personas humanas, particularmente empleados y jubilados, consideramos que es fundamental determinar que, por lo menos en nuestro país, se hace necesario identificar normas que regulan la crisis societarias y que particularmente tienden a evitar las liquidaciones coactivas.

Básicamente consideramos que una empresa debería estar organizada como sociedad persona jurídica, incluso los emprendimientos de una persona humana. Esto es conveniente para permitir múltiples divisiones de su único patrimonio –pues la división patrimonial personificada beneficia a los acreedores prudentes-, favoreciendo la eventual recuperación de las empresas viables frente a la crisis de alguna de ellas, utilizando los sistemas anticrisis de las legislaciones societarias y concursal. En ese sentido las conclusiones adoptadas en la 45ª Sesión de Trabajo de UNICITRAL de 2.014¹⁷, en la que se acordó (1) *“El objetivo de la presente Recomendación es garantizar que las empresas viables con dificultades financieras, cualquiera que sea su ubicación en la Unión, tengan acceso a unos marcos nacionales de insolvencia que les permitan reestructurarse en una fase temprana con el fin de prevenir la insolvencia... también se propone ofrecer una segunda oportunidad a los empresarios honrados incursos en procesos de insolvencia en toda la Unión.*

Señalábamos esa preocupación 34 años atrás en el Discurso de Clausura del III Congreso de Derecho Societario, “La derivación lógica del fluir de nuestro pensamiento nos lleva a partir de este problema –los límites de la responsabilidad- a la concepción interdisciplinaria del derecho. Los problemas de responsabilidad y agrupamiento no deben ser ajenos al sistema concursal, donde se agudizan y realmente se efectivizan las sanciones patrimoniales, en el cual aún cuando corresponda la desestimación de la personalidad, deberían mantenerse los centros diferenciados de derechos y

¹⁷ United Nations Commission on International Trade Law, Grupo 5, Derecho de la Insolvencia, celebrada en Nueva York los días 21 a 25 de Abril.

obligaciones imputados en protección de los terceros que contrataron oportunamente...” (esto ha sido incorporado expresamente al art. 144 CCC¹⁸).

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

Es que frente a una crisis económico patrimonial de sociedades se suelen desenvolver estrategias o planes de insolvencia que infringen las normas específicas, los administradores y socios suelen eludir la funcionalidad societaria, omitiendo la confección de balances, ante resultados que indican que el patrimonio es insuficiente para afrontar la actividad económica o, peor aún, que los activos no satisfacen el pasivo, no capitalizan ni liquidan la sociedad –minimizando el posible daño a los acreedores y empleados-, incluso demorando una presentación en concurso tendiente a reorganizar la situación.

Esta actitud omisiva de quiénes crearon a la sociedad o son sus titulares actuales, unida a la de los administradores designados por ellos, termina desembocando en un concurso donde se pretende –y se obtiene-, vaya a saber por que medios que sean los acreedores los que solucionen la cuestión por medio de esperas y quitas.¹⁹

Un hipergarantismo trata de no advertir esas maniobras artificiosas, aquello que Provinciali señalo como “*ciò 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.

La imperdible presentación del Director en un Tratado²⁰ constituye una autopsia de la legislación concursal: “...todos conocemos lo grave que significó para una comunidad con un nivel de moral colectiva tan bajo como el que ya existía en ese momento en nuestro País, la castración de las acciones de responsabilidad... autores tan serios como Bergel o Maffia hablaron del *réquiem* de estas acciones para beneplácito de los *pillos*. No menos grave fue el mantener *intocada* la normativa referida a la extensión de la quiebra, dejándose librados a síndicos y damnificados a tener que enfrentar a *picaros aggiornados* que utilizan mecanismos de máxima sofisticación para estafar ... ampliando aún más la situación de significativa impunidad que se otorgó a los comerciantes y empresarios inescrupulosos *carta blanca* para delinquir...nadie ignora que su empleo generalmente se ha venido dando desde entonces

¹⁸ PALAZZO, José Luis – RICHARD, Efraín Hugo “EL ART. 144 CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL (inoponibilidad de la personalidad jurídica)”, en LA LEY año LXXX N° 54, TOMO LA LEY 2016-B-diario del lunes 21 de marzo de 2016.

¹⁹ Sobre este aspecto vienen a cuento las expresivas y sinceras manifestaciones *obiter dictum* del camarista Dr. Alfredo A. Kölliker Frers “la realidad cotidiana de nuestros tribunales demuestra que los ‘verdaderos acreedores permanecen ajenos, en general, al trámite de los concursos, ya sea por desconocer siquiera su existencia, por falta de información o por ignorancia sobre como manejarse en ese tipo de contingencias, o incluso por carecer de asesoramiento legal o, simplemente, por fastidio o hastío por un sistema legal que desde la perspectiva popular sólo pareciera proteger a los deudores y desamparar a los acreedores. En fin, cualquiera sea la razón de esta realidad, lo cierto es que estos acreedores “genuinos” –mayormente proveedores, trabajadores y/o genéricamente, acreedores comerciales- deben presenciar como el concursado y sus asesores letrados diseñan estrategias que les posibilitan a estos últimos “manejar” las mayorías concursales para imponerles a aquéllos propuestas abusivas, cuando no irrisorias, para dilatar su pago, o diluir o licuar directamente sus créditos hasta límites inconcebibles. ¿Puede seriamente creerse, entonces, que esos desprotegidos acreedores estarán en condiciones de evaluar si la falta de actividad actual y/o potencial del concursado constituye o no un óbice para el éxito de la solución preventiva, cuando además de carecer por completo de todo tipo de información acerca de la actividad comercial del deudor, se procura por todos los medios que aquéllos no participen del procedimiento concursal (si es que se enteran de su existencia) y son frecuentemente excluidos de la “voluntad” del colegio de acreedores mediante la interposición de acreedores ficticios o ya “desinteresados” deliberadamente para que brinden su connivente complacencia a las estrategias del deudor, situación que se agrava si se tiene en cuenta que ni siquiera este último está obligado por la ley a decir qué se propone hacer con su empresa y de dónde piensa sacar los fondos con los que les va a pagar? Sinceramente creo que no... se tiene la más absoluta certeza desde la perspectiva de juez que el único objeto del deudor es “bicicletear” a los acreedores y/o ganar tiempo para asegurarse un espacio temporal durante el cual poder diluir su responsabilidad patrimonial y garantizar la inmunidad de los responsables de la falencia”. Como compartimos este diagnóstico, tan brutal¹⁹, es que dirigimos nuestros razonamientos a dar una inteligencia constructivista al sistema concursal actual, particularmente en relación a la actividad empresarial organizada como sociedad, integrándolo a la legislación específica de la actual Ley General de Sociedades –LGS-

²⁰ LEY DE CONCURSOS Y QUIEBRA COMENTADA, AAVV, Ernesto E. MARTORELL Director, Ed. La Ley, Buenos Aires, mayo 2012, 5 tomos (págs. 1016, 936, 846, 1129 y 1463 respectivamente).

siempre en situaciones sospechadas de fraude en las que el *cramdista*...por lo común terminaba siendo un allegado al cuasi-fallido *pillo*, que desembarcaba como tal –tras fracasar como concursado –a través de una sociedad *off shore* o de un amigo de turno, cuando no del *testaferro* de estilo...corresponde evaluar qué actitud asumió nuestra veleidosa *comunidad jurídica* frente a aquella crisis, y como acompañó las situaciones posteriores, ante institutos tan bochornosos como el APE...y harto peligrosos... nuevamente recurro a Cámara: *El principio de conservación de la empresa no constituye una patente de corso para la gestión empresarial...* los APE fueron utilizados para convalidar verdaderos despojos...”.

Ante ciertas situaciones generadas a través de sociedades en perjuicio de sus acreedores, ligado en muchos casos a prácticas concursales, parece interesante debatir sobre una teoría general de la funcionalidad de la actividad empresarial con relaciones de organización personificadas a través de la constitución de sociedades.²¹ Intentamos reflexionar para encontrar en esa funcionalidad, en las normas de la ley específica que regulan estas personas jurídicas, una suerte de teoría general, particularmente ante la crisis económico-patrimoniales de las mismas, un equilibrio entre la legislación societaria y concursal, integrando los intereses generales que concurren: públicos de mantenimiento de la empresa, de los socios, de la comunidad donde está asentada la actividad o influye, de trabajadores y sus puestos de trabajo, incluso desde el punto de vista sindical, de los proveedores, de los acreedores profesionales y la de todos los acreedores.

Punto central del sistema de las relaciones de organización es el límite de la autonomía de la voluntad y, particularmente respecto al sistema societario, generado por las normas imperativas que resguardan el debido uso de la técnica de organización personificada, particularmente en resguardo de terceros. Los primeros artículos de cualquier ley de sociedades suelen fijar un criterio para caracterizar esta relación jurídica de organización, en interés mutuo, que es para los socios “realizar aportes para aplicarlos a la producción o intercambio de bienes o servicios participando de los beneficios y soportando las pérdidas”²². O sea generando un nuevo patrimonio como prenda común de los acreedores, regulan para que no pueden generar daño si se adoptan las soluciones previstas imperativamente²³, que en su caso –como principio- las pérdidas no deben ser trasladadas a terceros.

Evitar el daño, soportando las pérdidas los socios, se encuentra también inserto “en el principio de integridad del capital y en las funciones que a éste se asignan. En efecto, si la defensa del interés de los acreedores descansa en la función de retención patrimonial que tiene asignada la cifra del capital social, parece razonable que en una situación en la que el patrimonio ha descendido”²⁴ en forma tal que corre peligro la satisfacción del pasivo.

Con estos pensamientos, que no sólo comprende la conservación (o la tardía reactivación de la empresa), y la prudente labor de los administradores sobre el patrimonio de la sociedad, para evitar responsabilidad (correcta preocupación constante de la doctrina), abrimos nuevamente el diálogo siempre

²¹ RICHARD, Efraín Hugo *RELACIONES DE ORGANIZACIÓN – SISTEMA DE DERECHO SOCIETARIO*, Ed. Academia Nacional de Derecho y Cs. Sociales de Córdoba, Córdoba 2007. *LAS RELACIONES DE ORGANIZACIÓN Y EL DERECHO SOCIETARIO Y CONCURSAL*, en *ESTUDIOS DE DERECHO COMERCIAL Y BANCARIO – HOMENAJE A LOS PROFESORES EUGENIO XAVIER DE MELLO E ISRAEL CREIMER*, Coordinadora Adriana Bacchi, Edición Facultad de Derecho de la Universidad Católica del Uruguay, Montevideo 2017, pág. 381.

²² La transcripción encomillada corresponde al art. 1 de la Ley General de Sociedades de la República Argentina.

²³ RICHARD, Efraín Hugo “NORMAS IMPERATIVAS DEL DERECHO SOCIETARIO PARA PREVENIR DAÑOS”, en *Los aspectos empresariales en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación*, Ed. Fidas, Buenos Aires 2015, página 79.

²⁴ GARCIA CRUCES, José Antonio *Derecho de Sociedades Mercantiles*, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia 2016, pág. 479. En el caso de España por debajo de la mitad del capital social –o de un tercio según el tipo-, en Argentina del 100%, pudiendo verse el estudio de derecho comparado RDCCO N° 277, Marzo/abril 2016, pág. 399 investigación “*La Causal de la Disolución de la Sociedad por pérdida del Capital Social y la Convergencia en este aspecto con la Legislación Concursal y Societaria*”. Una apreciación comparatistas entre las legislaciones: colombiana, peruana, uruguaya, argentina y española” Esteban Carbonell O’Brien (Perú), Israel Creimer (Uruguay), German Monroy Alarcón (Colombia) y Efraín Hugo Richard (Argentina) Codirectores; y José Pajares y Jesús Quijano Gonzales (España), Claudia Celmira Quintero y Romeo Pedroza Garcés (Colombia), Teresita Rodríguez Mascardi y Alicia Ferrer (Uruguay).

disponible en nuestra vocación común de perfeccionar las normas y su interpretación en beneficio de la seguridad de nuestras comunidades.

Las tradicionales quitas pueden constituir un despojo cuando afectan el derecho de propiedad o sean cuando son despojatorias del derecho de los acreedores beneficiando indirectamente a los socios en cualquier país del mundo²⁵, pero también una costumbre contra *leggem* frente a normas imperativas como las que existen en la República Argentina.²⁶

En este mismo sentido Karten Schmidt²⁷ 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 Iberoamericano²⁸ expuse el motivo por el cual en Alemania hasta el momento lo vemos así... En la actualidad todavía considero correcta esta apreciación sistemática del Derecho. Los derechos y obligaciones de los cuales hablamos, por cierto no resultan del procedimiento de insolvencia...”. **La doctrina italiana reiteraba que la reforma de la legislación concursal omitió una regulación orgánica de la crisis y de la insolvencia de la sociedad, perpetuando una laguna de la legislación concursal hace tiempo criticada por la doctrina²⁹.**

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

VI - CRISIS Y CONCURSO DE SOCIEDADES.

Casi inmediatamente para el Congreso Iberoamericano de Derecho Concursal de Puerto Rico la ya nombrada Alicia FERRER MONTENEGRO nos propuso codirigir una investigación sobre el tema. Así lo hicimos “CRISIS Y CONCURSO DE SOCIEDADES: LA CAUSAL DE LA DISOLUCIÓN DE LA SOCIEDAD POR PÉRDIDA DEL CAPITAL SOCIAL Y LA CONVERGENCIA EN ESTE ASPECTO CON LA LEGISLACIÓN CONCURSAL Y SOCIETARIA (limitada apreciación comparatista entre las legislaciones argentina, colombiana,****

²⁵ PALAZZO, José Luis – RICHARD, Efraín Hugo “VISION BÁSICA CONSTITUCIONAL DE PROPUESTA ÍRRITA DE QUITA Y ESPERA”, en libros del “VI Congreso Nacional de Derecho Concursal y IV Congreso Iberoamericano de la Insolvencia”, Rosario 2006, Tomo I pág. 715.

²⁶ VEIGA, Juan Carlos – RICHARD, Efraín Hugo “EL CONTRADERECHO: LAS NORMAS IMPERATIVAS DEL DERECHO SOCIETARIO” en *El Derecho Societario y la Empresa en el Tercer Milenio*, XII CONGRESO ARGENTINO DE DERECHO SOCIETARIO, VIII CONGRESO IBEROAMERICANO DE DERECHO SOCIETARIO Y DE LA EMPRESA, 25 al 27 de septiembre de 2013, Ed. Universidad Argentina de la Empresa y Cámara de Sociedades Anónimas, tomo I pág. 161.

²⁷ SCHMIDT, Karten “Responsabilidad de los socios y administradores” en *Derecho Comercial y de los Negocios, Sociedades – Concursos* AAVV siendo compiladores Raúl Aníbal Etcheverry, Héctor Osvaldo Chomer y Luis Mariano Genovesi, Ed. Eudeba, Buenos Aires 2007, tomo I pág. 395 y ss., reproduciendo una conferencia del año 2005..

²⁸ SCHMIDT, Karten “El derecho empresario y el derecho concursal” en *De la Insolvencia Segundo Congreso Iberoamericano* AAVV directores Junyent Bas-Rodríguez Pardina-Richard, Ed. Advocatus, Córdoba 2000, tomo III pag. 751 y ss..

²⁹ NIGRO, A. “Le società per azioni nelle procedure concursali”, in *Trattato delle società per azioni*, diretto da G.E. Colombo e G.B. Portale, 9°, Torino 1993, 209 ss.

española, peruana, y uruguaya)”³⁰, transcribiendo no las respuestas de cada uno de los cinco países, sino la motivación y conclusiones:

“Motivación: Nos unimos a reflexionar sobre las crisis de sociedades entendiendo que éstas constituyen un instrumento maravilloso para el desarrollo privado proyectado al de una comunidad, generando empleo y riqueza distribuible, y que su crisis debiera ser afrontada y avizorada tempranamente. En esa idea advertimos que la función de garantía del capital social tenía consideración en las cinco legislaciones como causal de disolución, considerada originariamente como preconcursal y manteniendo proyecciones en el campo concursal, por lo que convergimos en esta investigación sobre congruencia de las legislaciones societaria y concursal, sin duda muy limitada y que puede abrir nuevos análisis o aconsejar cambios legislativos. Las cuestiones a enfrentar: Las preguntas formuladas para esta investigación fueron:

1.¿Como se determina la existencia de la causal de disolución? 2.¿Cuáles son los mecanismos y plazos para su remediación? 3.¿Cuál es el grado de responsabilidad para los socios y administradores? 4.¿Es posible de que la remediación la establezcan los acreedores? 5.¿La viabilidad de la actividad es un mecanismo complementario a la remediación? 6. El concurso como remediación o eventual posibilidad de sanción al sujeto que incurrió en la infracapitalización. 7.¿Si esta causal –pérdida del capital social- permite o impide la iniciación de un proceso concursal? 8.La conservación de la empresa desarrollada societariamente: ¿debería plantearse como un problema de orden público? 9.¿Es el Estado el que debe solucionar ese tema?

10.Si no es de orden público estatal ¿quien o quienes deben formalizar el diagnostico de viabilidad e intentar solucionar el problema? 11.Ante la viabilidad y la constatación de la crisis ¿cuales son las formas de remediación en el respectivo derecho societario? 12.¿Las previsiones del derecho societario de remediación constituyen normas imperativas? 13.¿Las normas imperativas del derecho societario de remediación pueden ser soslayadas por aplicación del sistema concursal? También se hicieron preguntas periféricas en el diálogo que mantuvimos entre los Directores y Secretaria Académica³¹: 14.¿Constituyen una transferencia de riqueza en todos los países las quitas concursales –decididas por mayoría y homologadas por los jueces, de parte de los acreedores en favor de la sociedad en crisis e indirectamente de sus socios?. 15.¿Como en Argentina las quitas tienen un tratamiento fiscal como ganancia de la sociedad, aunque no se distribuya? Eventualmente que régimen impositivo tienen. 16.¿Existen incentivos para que los acreedores financieros capitalicen sus créditos, extrajudicial o judicialmente, ante sociedades en crisis para ayudar a su recuperación? 17.¿Existen normas para capitalizar los créditos impositivos ante la crisis de la sociedad deudora? 18.Acciones de responsabilidad de acreedores contra administradores y socios. Ante daños concretos ¿que posibilidad tienen acreedores sociales de promover acciones societarias, concursales o dentro de la teoría general de la responsabilidad –posición de Meján en el eCongreso- contra administradores y socios de la sociedad en crisis, sea por vía concursal o extraconcursal? 19.Si la quita representa un daño para los acreedores ¿que posibilidad tienen éstos de promover acciones de responsabilidad, extraconcursales al haberse homologado un acuerdo de quita, contra administradores y socios? 20.Residualmente. ¿existe una acción de enriquecimiento sin causa por parte de acreedores que no prestaron acuerdo en un concurso donde se homologó una propuesta de quita y espera, contra los socios que se beneficiaron?”

En la PRIMERA PARTE de esa investigación, señalábamos todos: “La denominación de Derecho de la Insolvencia, en vez de Derecho Concursal, no es inocente, pues se corresponde a intentar

³⁰ Directores: Efraín Hugo Richard (Argentina) –coordinador-, German Monroy Alarcon (Colombia), Esteban Carbonell O’Brien (Perú) e Israel Creimer (Uruguay); Investigadores participantes: Claudia Celmira Quintero y Romeo Pedroza Garcés (Colombia) Jose Pajares y Jesús Quijano Gonzales (España), Teresita Rodriguez Mascardi y Alicia Ferrer (Uruguay) –secretaria académica-. Se encuentra publicada íntegramente en la Revista Electrónica ESTUDIOS DE DERECHO EMPRESARIO, en el portal de la Universidad Nacional de Córdoba.

³¹ Sólo fueron respondidas por Argentina y Uruguay.

identificar los grados de dificultades económico, financieras, patrimoniales particularmente de las sociedades personas jurídicas privadas, e independizarlas de la vía procesal de abordó.

Hoy las legislaciones y la doctrina, unidas en la idea de tratar la crisis anticipatoriamente para evitar su arraigo y, luego, su difusión en el mercado, y el daño a trabajadores, comunidades y acreedores, se refieren a “avizoración de la crisis, cesación de pagos, dificultades, insolvencia financiera, insolvencia patrimonial o simplemente insolvencia, o su inminencia ante pérdidas cualificadas”.

Esa aparente dificultad terminológica entre crisis e insolvencia –en el campo procesal concursal-, y la constatación mundial que se llegaba tarde –para afrontar las crisis y viabilidad- incluso en juicios concursales de sociedades que intentan evitar la liquidación, nos unió para advertir que la pérdida total o parcial del capital social de las sociedades implicaba medidas, que si bien representan un freno tardío es eficaz para no profundizar aquellos efectos nocivos, imponiendo en todos los casos medidas e incluso responsabilidades, ante el peligro del tráfico de la sociedad insolvente, generando más daño. Es la necesidad de avizarar la integración de normas, en un sistema coherente, partiendo de la normal funcionalidad de las sociedades.

Entrevimos la función de garantía del capital social, la insuficiencia del patrimonio social, el perjuicio a los acreedores y a los trabajadores, y –fundamentalmente- la responsabilidad de administradores y socios que habían creado a la persona jurídica societaria con su autonomía de voluntad, y que no pueden usar esa técnica jurídica de organización para generar daño, si conociendo la insuficiencia patrimonial no adoptan las soluciones previstas por la ley.

La congruencia de la legislación societaria con la concursal es tema del que poco se habla en doctrina y jurisprudencia, y en la práctica se trata de soslayar que la remediación es o debiera ser –por lo menos primariamente- a cargo de los socios guiados por los administradores, que tienen la capacidad de decisión y son titulares de las participaciones societarias y las eventuales cuotas de liquidación. Planificación interna y su viabilidad son determinantes de conductas proactivas de todos los interesados, incluso para informar a acreedores.

Las normas societarias ponen uniformemente en cabeza de los socios una opción, ante la insuficiencia del patrimonio social, la obligación de liquidar si no deciden reintegrar el patrimonio o capitalizar la sociedad. En ese aspecto, las quitas a los acreedores en los concursos –cuando pueden ser tramitables o propuestas-, aparecen como una forma de transferir las obligaciones societarias de los socios a los acreedores, enriqueciendo a aquellos y merecen descalificación ética, cuando no jurídica.

Se atisban, en tales casos, la existencia -o no- de eventuales responsabilidades por el daño que por ello se cause particularmente a los acreedores que no votaron favorablemente el acuerdo de quita, y la posibilidad o no de hacerlo.

También implica un problema didáctico-académico: en la mayoría de las Facultades de Derecho –como en las de Ciencias Económicas- no se enseña el derecho de crisis de sociedades ni en el Derecho Societario ni en el Derecho Concursal, apareciendo como una vocación de este grupo tratar de poner en el tapete la coordinación que debería existir y lo sistemático de su aprendizaje y abordaje. Señala el uruguayo Olivera García “Debemos trabajar en profundidad sobre el régimen de responsabilidad de los administradores en el caso de concurso, donde resulta necesario armonizar adecuadamente las normas societarias con las concursales”³²

No es un tema menor, es un problema axiológico, de valores, de construcción de un sistema normativo apropiado para el capitalismo productivo, que debe generar riqueza y no daño. Es saber quién debe asumir la crisis de una sociedad para tratar de solucionarla, e inmediatamente si ello debe hacerse con gran dispendio de gastos, requerimiento de intervención del Estado, o debe ser privada, casi confidencial para defender el prestigio y el mercado de la sociedad en crisis. Y dentro de ello si los socios pueden transferir la carga-obligación a los acreedores, tratándolos como inversores sin derecho.

³² OLIVERA GARCÍA, Ricardo “Responsabilidad del administrador societario” en *Ley de Sociedades Comerciales – Estudios a los 25 años de su vigencia*, Ed. La Ley Uruguay, Montevideo diciembre 2015, tomo II pág. 891, especialmente 1040.

Puede avizorarse un INSTRUMENTO PRECONCURSAL en la técnica de organización societaria –en su legislación con normas imperativas-, y por ello la pretensión de un análisis comparativo de causales objetivas de disolución de las sociedad por pérdida del capital, o sea por insuficiencia patrimonial y su incidencia en los concursos de acreedores, en las legislaciones colombiana, argentina, uruguaya, peruana y española.

Pocas normas acotan la autonomía de la voluntad en la constitución en cuanto a capital mínimo, pero existen normas imperativas de cierta uniformidad que tienden a evitar esos daños y que se corresponden a lo que suele llamarse “la función de garantía del capital social” que impone conductas, particularmente a los administradores sociales pero también a los socios, cuando se constata –normalmente a través del balance anual de gestión social presentado por el órgano de administración al de gobierno- la pérdida del capital social, que constituye una causal de disolución de la sociedad cuando la pérdida alcanza un porcentaje relevante cuando no la totalidad del capital social. Ello llevó a sostener que la legislación societaria opera en el derecho comparado “como un instrumento preconcursal”³³, “tiene una función preconcursal o paraconcursal, considerándola algún otro como anticoncursal”³⁴. Estamos apreciando el sistema de anticipación y resolución oportuna de crisis, convergiendo con una legislación concursal cada vez más preocupada por la prevención de las crisis empresariales y en la solución de éstas con el menor daño posible a las estructuras productivas, pero no siempre con coordinación y armonización normativa entre las legislaciones societaria y concursal, que no son dos compartimentos estancos. Respecto a la pérdida del capital social y las normas específicas de la legislación del medio técnico organizativo, Emilio Beltrán³⁵ postulaba –antes de la reforma del sistema societario español “...parece razonable pensar que la quiebra de una sociedad anónima –o limitada o comanditaria por acciones- debería convertirse en una institución residual, ya que el sistema preconcursal previsto legalmente debería ser suficiente para impedir que la sociedad llegase a ser insolvente...”. A su vez, el argentino Mauricio Yadarola, desde 1925 postulaba que afrontar la crisis societaria debería serlo a través de normas imperativas preventivas o de normas represivas responsabilizatorias en caso de dañar.

Después de las reformas en España que, ante la pérdida del capital social y la no capitalización impusieron a los administradores concursar la sociedad en sesenta días, se ha escrito “Las empresas, antes de estar en crisis, pasan por dificultades económicas de muy diversa índole (...). La literatura comparada suele reconocer este tipo de situaciones que se diferencian de –y preceden a- la crisis empresarial o ‘insolvencia’ en un sentido estricto del término’ (...) una vez resulten notorias las dificultades por las que pasa la empresa (...) se ponen en marcha una serie de fuertes estímulos perversos sobre socios y administradores. Tales estímulos les empujarán a desarrollar ciertas estrategias no ‘cooperativas’ en perjuicio de los acreedores (...). La difusión pública de información (*mandatory disclosure*) permite abaratar los costes de transacción inherentes a la asimetría informativa y, sin embargo, ha sido criticada por quienes sostienen que la publicidad de las señales de alarma produce como efecto indeseable la aceleración del proceso de degradación de la empresa en dificultades. Es la ‘profecía autocumplida’ (*self-fulfilling prophecy*) (...). Todas estas cuestiones son analizadas a partir del examen del rudimentario sistema de alarmas que encuentra su insuficiente acomodo en el art. 209.1.b) LSA anónimas –en España aclaramos- y en una legislación de desarrollo de ínfimo rango normativo.”³⁶

Ese es el valor de este trabajo colectivo: un intento de pensamiento globalizante, con visión axiológica valorativa, como invitación a repensar las crisis de las sociedades, el rol de la legislación

³³ URÍA, R.; MENÉNDEZ, A. y GARCÍA de ENTERRÍA, J.” La sociedad anónima: disolución” Cap. 4, p. 1001 en *CURSO DE DERECHO MERCANTIL* dirigido por Rodrigo URÍA y Aurelio MENÉNDEZ, Ed. Civitas, Madrid 1999, tomo I, esp. “Las pérdidas graves” ps. 1009 a 1013.

³⁴ DÍEZ ECHEGARAY, J. *Deberes y Responsabilidad de los Administradores de Sociedades de Capital*, 2006, Thomson-Aranzadi 2ª ed., Navarra. p. 387.

³⁵ BELTRAN SANCHEZ, E. “La responsabilidad por las deudas sociales de administradores de sociedades anónimas y limitadas incursas en causa de disolución” en libro colectivo *La responsabilidad de los administradores de sociedades de capital* director Juan Bolás Alfonso, Consejo General del Notariado, Madrid 2000 pág. 154.

³⁶ FERNANDEZ DEL POZO, Luis *Posibilidad y contenido de un derecho preconcursal (Auditoría y prevención de la crisis empresarial [art. 209.1.b) LSA]*, Ed. Marcial Pons, Madrid 2001.

societaria en las mismas y la modelación de la legislación concursal, el equilibrio de los intereses en juego en forma sistémica, y la posibilidad de acciones de responsabilidad de los perjudicados contra los beneficiados, o incluso contra los que facilitaron o generaron el perjuicio, que debe actuar más como disuasivo que tardíamente como reparatorio.

Sin duda se afinarán criterios después del Congreso de San Juan de Puerto Rico. Por eso debemos reconocer las experiencias en el eCongreso Internacional de la Insolvencia –en el que participáramos con la faz inicial de nuestra investigación-, donde se fijaron criterios universales, adhiriendo particularmente al rol didáctico de asesores y de la academia en cuanto a asistir a los administradores para no caer en responsabilidad, lo que debería pasar en primer lugar y con su terminología a no comprometer la prenda común de los acreedores, llevando contabilidad, formalizando balances periódicos y de advertir un patrimonio negativo adoptar las medidas previstas en el derecho societario comparado en forma uniforme, receptado también en diversas formas en el derecho concursal: la necesidad de un plan para salir de la crisis asegurando la viabilidad de la empresa, que sin duda pasa por la capitalización de la misma en caso de insolvencia patrimonial, sin perjuicio de las reestructuraciones que aseguren esa viabilidad. Esa viabilidad debe analizarse como empresa, o sea en sus costos, en sus posibilidades en el mercado, pues los problemas patrimoniales o financieros pueden ser afrontados voluntariamente o por disposición estatal, induciendo incluso a los acreedores financieros a la capitalización, no por la autoridad judicial. Generar soluciones preconcursales silenciosas, de las que no existen estadísticas, pero que se generan constantemente conforme la experiencia profesional de todos.

Congruente con ello un desafío a la construcción legislativa. ¿No deberíamos revisar el sistema societario antes que el concursal para atender la crisis de sociedades? Este es un problema axiológico, además de sistemática normativa, sin perjuicio de sincronizar etapas y métodos en ambas legislaciones para atender las crisis de las personas jurídicas societarias, para conservar riqueza, evitar costes innecesarios y mantener puestos de trabajo.”.....Y concluíamos “..... “II - Como se verá la investigación generó dubitaciones para construir las respuestas de cada legislación, imponiendo aclaraciones que imponen leer el informe completo, del que este es simplemente un incentivo para el posterior acercamiento al contenido de aquel. Consecuentemente se nos ocurren algunas reflexiones comunes. La «conservación de la empresa» es una preocupación constante en un tiempo de responsabilidad social empresarial, considerando los costos del concurso para las sociedades, a lo que se agregan los recursos públicos. Es pensar en la salud de la empresa viable –si no es viable no es empresa-, no sólo desde el punto de vista de su rentabilidad, sino en la conservación de los puestos de trabajo, cuando no en su incremento con justa remuneración. La cuestión va más allá de una mera cuestión metodológica, es casi ontológica porque la dotación patrimonial hace al nacimiento y funcionalidad de la persona jurídica societaria, y también a su crisis. Se trata de tutelar a la empresa, no a los socios que no la capitalizaron y recurrieron a que los acreedores soportaran el daño a través de quitas.

Las legislaciones analizadas incorporan esas apreciaciones, de una u otra forma, incluso ante la insuficiencia patrimonial determinada incluso antes de la pérdida total del capital social como valor contable de referencia, imponiendo a los socios la remediación, normalmente capitalización –por diversos sistemas- o la liquidación, generando responsabilidades específicas para administradores y socios, imponiendo, ante la no elección de alguna de esas vías por los socios, el concursamiento preventivo de la sociedad por los administradores, donde si se da el presupuesto objetivo de la apertura parece diluirse el sistema societario y la responsabilidad de administradores y socios.

Al margen de la terminología (cesación de pagos, insolvencia, insolvencia financiera o patrimonial, infrapatrimonialización material) la pérdida –total o parcial- del capital social es una constatación contable que impone conductas.

Es posible que en los tres supuestos referidos las sociedades podrán continuar o no su giro más o menos normalmente, con o sin pérdida del capital social, pero es indudable que si existe esa pérdida se imponen acciones y, de producirse daño por impagos, se planteará la idea de acciones de responsabilidad si puede imputarse su causalidad.

Por eso los socios, con un buen plan de negocios presentado por los administradores, optarán por no liquidar e intentar la patrimonialización de la sociedad por el reintegro del capital o la capitalización. El reintegro supone una entidad que no se limita a reconstruir el monto del capital social, sino que el patrimonio activo supere al pasivo en una cifra igual al capital estatutario.

Se apunta que “El reintegro del capital es un institución de aplicación especialmente en los escenarios de crisis empresarial. Busca eliminar total o parcialmente la pérdida, recomponiendo el capital perdido a través de nuevos aportes. ... Se caracteriza por entonces, por un aumento del patrimonio de la sociedad, aun cuando la cifra de capital social pueda permanecer incambiada”³⁷.

Como se apunta LA RESPONSABILIDAD contra administradores y/o socios, pueden estar expresamente previstas en la legislación societario y/o concursal, pero también pueden responder a la teoría general de la responsabilidad, particularmente dejando abiertas acciones individuales de responsabilidad por el que resulte dañado.

El valor que atribuimos a nuestro trabajo colectivo es generar un intento de pensamiento globalizante, con visión axiológica valorativa, como invitación a repensar las crisis de las sociedades, el rol de la legislación societaria en las mismas y la modelación de la legislación concursal, el equilibrio de los intereses en juego en forma sistémica, y la posibilidad de acciones de responsabilidad de los perjudicados contra los beneficiados, o incluso contra los que facilitaron o generaron el perjuicio, que han tenido diversas respuestas e interpretaciones derivadas de las normas y del pensamiento académico. Así aparece poco clara la diferenciación de si los problemas de la conservación de la empresa son de orden público o de interés público, con respuestas divididas, pero que permiten atisbar que sería un problema de “interés público”, por lo que el Estado no quedaría obligado a afrontarlo en cada caso sino en forma genérica.

En estas MEDITACIONES FINALES incorporamos una preocupación de dogmática pedagógica de revisar como se enseña el Derecho de Sociedades y el Derecho Concursal en nuestras facultades. ¿Hay un intento de generar un estudio de congruencia ante la crisis de sociedades, particularmente ante el principio general de derecho de no generar daño? Y obviamente un tema más para el Derecho de la Responsabilidad, en una teoría general para compatibilizar los escenarios, ante la generación de daño.

Sin duda se afinarán criterios sobre el rol didáctico de asesores y de la academia en cuanto a asistir a los administradores para no caer en responsabilidad, particularmente al advertir un patrimonio negativo, y la necesidad de planificar para salir de la crisis asegurando la viabilidad de la empresa, que sin duda pasa por la capitalización de la misma en caso de insolvencia patrimonial, induciendo incluso a los acreedores financieros a la capitalización. Como así analizar la conveniencia de las soluciones preconcursales silenciosas -de las que no existen estadísticas por su confidencialidad-, basados en los principios del derecho societario que se han desenvuelto.

Congruente con ello un desafío a la construcción legislativa. ¿No deberíamos revisar el sistema societario antes que el concursal para atender la crisis de sociedades? Este es un problema axiológico, además de sistemática normativa.

III - Ante la unidad conceptual de que es de orden o por lo menos de interés público la conservación de la empresa viable, se impone pensar en la necesidad de un plan de negocios conocido por todos los sujetos que se pretenda asuman el problema, y quizá se pueda pensar en una forma de “esfuerzo compartido” consistente en capitalizar socios y acreedores profesionales, proveedores, trabajadores e incluso el estado, alejándose de la práctica tradicional de poner en manos de acreedores financieros, proveedores y trabajadores soportar con quitas y esperas el problema. Sería una forma de comprometer a todos los interesados en asegurar e intervenir en la conservación de la empresa, eventualmente transitoriamente y no tratarlos como únicos socios sin derechos. Sin duda el acreedor involuntario debería tener otro tratamiento, lo que no es difícil en el panorama organizativo que imaginamos.

³⁷ OLIVERA GARCIA, Ricardo “Reintegro del Capital Social – Capital Repayment” en *Revista de Derecho Comercial* Ed. La Ley Uruguay, Quinta Época, año I, n° 1, Enero-Marzo 2016, pág. 3.

Así entregamos nuestra colaboración. En las cinco legislaciones la pérdida del capital social tiene vinculaciones con la legislación concursal y obligan, en forma diferente en cada caso, a especiales conductas. Quedamos pendientes de reflexiones u observaciones.” Y así concluíamos este trabajo, que aconsejamos leer en su integridad.

VII – SIGUE LA MADEJA...

Los distinguidos colegas uruguayos siguieron pretendiendo nuestra particular visión, muy compartida como se podrá advertir. En ese caso lo fue en ocasión de los 10 años de vigencia de la ley concursal, y así entregamos nuestra colaboración “DIEZ AÑOS NO ES NADA, PERO EN DERECHO CONCURSAL ES MUCHO...”³⁸

Engarzando las ideas, particularmente de la unión del derecho societario y el concursal, exponíamos “Ante las continuas crisis expuestas en procesos concursales, particularmente cuando se corresponden a alguna sociedad de grandes dimensiones (muchos empleados, servicio público, connotaciones comunitarias importantes) se produce una sensación de fracaso de la legislación y la presión académica de bucear en otras legislaciones para introducir cambios normativos.

De allí el título que nos guía en ese ensayo, y que esperamos motive a leerlo, en este libro colectivo de reconocimiento a la sobrevivencia por diez años de la ley concursal uruguaya³⁹, que califica la perspicacia del legislador y de la posterior labor doctrinal y judicial.

En marzo de 2010 salió a luz nuestro libro *Perspectiva del Derecho de la Insolvencia*⁴⁰ y en su primer capítulo que se corresponde a una conferencia en el Primer Congreso Iberoamericano de Derecho Concursal “El derecho concursal del Siglo XXI, en Barranquilla (2005), que titulamos “Reforma concursal: ¿de ideas o de normas?” trabajamos sobre la tesis que más que reformas debíamos modificar nuestra forma de pensar, haciéndolo más sistemáticamente en el concurso de sociedades. De esos problemas habíamos presentado una visión sistémica en *Insolvencia societaria*⁴¹ que lo precedió, en la inteligencia que el sistema societario contiene reglas preconcursales de carácter imperativo. Antes lo habíamos enunciado en un prólogo⁴², remarcando: “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 detección de dificultades económicas o afrontar la situación de crisis”.

Pensando ahora para Argentina y Uruguay que debería darse congruencia a la ley de concursos con la ley societaria en orden a prevenir ex ante, o producido el daño, ex post, bucear sobre acciones de responsabilidad.

³⁸“DIEZ AÑOS NO ES NADA, PERO EN DERECHO CONCURSAL ES MUCHO... Concurso de persona jurídica: la función de garantía del patrimonio”, Publicado en *ESTUDIOS DE DERECHO CONCURSAL. DIEZ AÑOS DE LA LEY DE CONCURSOS Y REORGANIZACIÓN EMPRESARIAL, AAVV bajo la Dirección de Alejandro Miller, Alicia Ferrer y Zamira Azul, 2 tomos, 2º t. pág. 1367*. Ed. La Ley Uruguay, Montevideo 2018.

³⁹ Proyecto de Ley de concursos para el Uruguay, colaboración conforme resulta de la PRESENTACION del proyecto (pág. 5), en su edición por la Universidad de Montevideo, Facultad de Derecho, como Anteproyecto de Ley de concursos, Ricardo Olivera García, Montevideo 1999.

⁴⁰ Disponible electrónicamente en la página de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba www.acaderc.org.ar Ed. Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Córdoba 2010, en cuya presentación expresamos que “además de rendir cuentas de nuestra gestión –como ex primer Vicepresidente Académico del Instituto Iberoamericano de Derecho Concursal con sede en México-, tratamos de presentar nuestra sistemática constructivista sobre la insolvencia, particularmente, la societaria...”

⁴¹ Ed. Lexis Nexis, Buenos Aires 2007.

⁴² De la que fuera la tesis de JUNYENT BAS, Francisco A. *Responsabilidad de los Administradores* Ed. Advcatu Córdoba junio 1996, que tuviéramos el honor de dirigir..

Pensamos que el problema central a afrontar por el derecho de crisis o de la insolvencia, debía pasar por la organización societaria, como forma de preconcursalidad o concursalmente para su reorganización interna o externa.

Una empresa debería estar organizada como sociedad persona jurídica, incluso los emprendimientos de una persona humana. Esto es conveniente para permitir múltiples divisiones de su único patrimonio –pues la división patrimonial personificada beneficia a los acreedores prudentes⁴³⁻, favoreciendo la eventual recuperación de las empresas viables frente a la crisis de alguna de ellas, utilizando los sistemas anticrisis de las legislaciones societarias y concursal.

En el VIII° CONGRESO ARGENTINO DE DERECHO CONCURSAL VI° CONGRESO IBEROAMERICANO DE LA INSOLVENCIA, Tucumán (R.A.) septiembre de 2012, con el jurista tucumano Profesor Emérito Dr. Juan Carlos Veiga sostuvimos “LA NECESARIA INTEGRACIÓN DEL SISTEMA CONCURSAL CON EL SOCIETARIO ANTE LA CRISIS DE SOCIEDADES”,

Ese sólido pensamiento que se expandía, fue reflejado en las conclusiones adoptadas en la 45ª Sesión de Trabajo de UNCITRAL de 2014⁴⁴, en la que se acordó (1) *“El objetivo de la presente Recomendación es garantizar que las empresas viables con dificultades financieras, cualquiera que sea su ubicación en la Unión, tengan acceso a unos marcos nacionales de insolvencia que les permitan reestructurarse en una fase temprana con el fin de prevenir la insolvencia...”*.

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 que resguardan el uso funcional del medio técnico organizativo. La tesis que arriesgamos es que la crisis debe ser asumida por administradores y socios inicialmente desde la normativa societaria, similar en todos los países.

VIII - LAS “PÉRDIDAS” SOCIALES. EL DAÑO.

La cuestión lleva a desenvolver un derecho societario de crisis con consideraciones a las acciones a desarrollar cuando, en el seno de una sociedad se la avizora, sus administradores orgánicos, o sus socios, deberían adoptarse las soluciones que señalan las normas cuando el patrimonio esta en cesación de pagos y más aún ante la insolvencia. Es la prevención.

Nos centramos en el derecho argentino para cuestionar las acostumbradas quitas y esperas, que significan también importantísimas afectaciones al derecho de propiedad de los acreedores, para compartir inquietudes y generar un intercambio expansivo con la doctrina uruguaya.

Es que los artículos primero de las leyes de sociedades argentina y uruguaya son fundamentales para el análisis de las crisis de sociedades: los socios deben “soportar las pérdidas”, lo que se soslaya desde los procesos concursales en ambos países, intentando que los acreedores sufran el “problema” de la insuficiencia patrimonial, primero blindando el patrimonio de todo juicio al abrirse el concurso, y luego intentando que no sólo asuman las pérdidas los acreedores sino que enriquezcan a la sociedad, y por consiguiente a los socios, a través de esas transferencias patrimoniales –que son gravadas impositivamente como ganancias aunque tengan diferimentos en su liquidación impositiva-.

Ese blindaje se inicia sin que administradores y socios hayan compartido un plan de negocios que permita apreciar la viabilidad de la empresa para interesar a propios y extraños en el salvataje o reorganización de la sociedad o de su actividad.

Tratamos de poner en claro esos principios básicos de las normas societarias y de la tipicidad de las relaciones de organización personificadas. Hablar de organización implica en el caso de la generación

⁴³ Conforme fundamentos del proyecto de Código Civil y Comercial Argentino, 2012, que mantuvo la edición del Código sancionado en 2015.

⁴⁴ United Nations Commission on International Trade Law, Grupo 5, Derecho de la Insolvencia, celebrada en Nueva York los días 21 a 25 de Abril 2014.

de personas jurídicas dotadas de patrimonio independiente del de los socios, que debería ser suficiente para el negocio pretendido y en ningún caso generarse daño a sabiendas a terceros (acreedores contractuales o involuntarios).

En la organización, conforme principios de la administración, de la buena fe negocial, del principio que no debe dañarse, la planificación es un tema básico. Debe planificarse desde la constitución de la sociedad y su giro en forma constante, no sólo anualmente como resulta obligatorio al confeccionarse el balance. Incluso al aparecer la crisis, antes que se agrave y se transforme en insolvencia, con su correlativa causal de disolución por patrimonio insuficiente o por pérdida del capital social, que impone acciones necesarias de parte de administradores y socios, para no incurrir en responsabilidad –ex post- por el daño que causaren. Lo que suele denominarse como responsabilidad por déficit liquidatorio o deficit concursal.”

Es que uníamos la libertad en generar nuevas personas jurídicas societarias con un principio básico del derecho universal: no dañar.

IX - ¡LOS REYES MAGOS NO EXISTEN!

La contradicción entre la tipicidad de la relación jurídica societaria, donde los socios deben asumir el riesgo y las pérdidas, y la costumbre concursal de homologar quitas que implican trasladar las pérdidas a los acreedores por una decisión de una relativa y ocasional mayoría, nos llevó en una conversación con Camilo MARTÍNEZ BLANCO a responder a su pedido de un nuevo ensayo con el que titulamos de esta forma, y del que copiamos el inicio:

“1 - LOS EMPRENDIMIENTOS.

La similitud de la legislación societaria, y parcialmente la concursal de Argentina y Uruguay, además de la cordial insistencia del jurista oriental Camilo MARTÍNEZ BLANCO para que expresemos nuestras particulares opiniones, nos llevan a discurrir sobre el sistema societario y las crisis de sociedades.

En los emprendimientos tenemos fundadas esperanzas en su resultado positivo, sea por nuestra capacidad o por un aventurado destino sostenido por la comunidad que nos rodea.

Cuando constituímos una sociedad, por decisión unilateral o por acuerdo de los constituyentes, solemos trazar un simplificado plan de negocios, eufóricos por la aventura que vamos a emprender para repartir las utilidades que genere el negocio.

2 – LA CAUSA FINAL EN EL NEGOCIO CONSTITUTIVO DE SOCIEDAD.

Pero olvidamos un elemento caracterizante, causal, de la libertad para generar personas jurídicas societarias: “soportar las pérdidas”, lo que subrayan tanto la legislación uruguaya como la argentina. Es un elemento esencial tipificante, asegurado por normas imperativas de la ley, que hemos caracterizado en artículo “CONFIGURACIÓN DE UN *DERECHO SOCIETARIO DE CRISIS*” para *Estudios de Derecho Concursal Uruguayo*⁴⁵.

Sostenemos que la causa fin del negocio de constitución de una sociedad lo era el advenimiento de una persona jurídica para desarrollar actividad independiente. Se especifica, sin contradecir ello y conforme los arts. 1° de las legislaciones argentina y uruguaya “la característica específica del contrato plurilateral de sociedad que lo distingue netamente de los demás esquemas jurídicos, es la participación en las ganancias y en las pérdidas. Esta nota constituye la causal del contrato de sociedad o sea *la función económico-social* del negocio reconocida por el derecho... La participación en las ganancias y en las pérdidas es la función objetiva que tiene el *negocio jurídico sociedad*, y que el derecho estatuye y reconoce como tal”⁴⁶. Subrayamos la contundencia de esos artículos primero: “soportar las pérdidas”, no es siquiera “participar” en las pérdidas”.

⁴⁵ Libro V Coordinador Camilo Martínez Blanco, Universidad de Montevideo Facultad de Derecho, Montevideo 2018, págs. 21 a 50

⁴⁶ COLOMBRES, Gervasio R. *Curso de Derecho Societario, Parte General*, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires 1972, pág. 56.

Se enfatiza "...es preciso comenzar por recordar que correr el riesgo en común constituye, en el plano jurídico, la *causa-fin* de la sociedad.... El socio no puede ser liberado del riesgo, ni ser investido del derecho a apropiarse de todo el beneficio... interés común derivado del riesgo y de la vocación a soportar las pérdidas y a participar de las utilidades, fundamento de la igual calidad de derechos, forma parte de la causa fin de la sociedad".⁴⁷

3 – LA DESNATURALIZACIÓN EN EL PROCESO CONCURSAL.

Pero a través del proceso concursal se ha generado la costumbre *contra legem* de que las pérdidas las soportan los acreedores, particularmente los proveedores y los trabajadores, pues los financieros han tenido a bien cubrirse con garantías de terceros.

En un acuerdo mayoritario, de los pocos que han conseguido verificar tempestivamente, se impone a la real mayoría quitas y esperas despojatorias que atentan no sólo contra el sistema societario sino con el constitucional de resguardo del derecho de propiedad. Puede verse la falta de universalidad en la concurrencia de acreedores, prevista originariamente en Argentina por el art. 21 de la ley 24522, en su modificación por Ley 26086 del año 2006⁴⁸; además en el injustificado cuestionamiento a la verificación de títulos de crédito basado en la incorrecta aplicación de los plenarios Traslinie y Difry. Con habilidad se lograba –y logra- que sólo unos pocos estén en condiciones de considerar las confiscatorias propuestas de la sociedad deudora, en la que aparecía el tufillo de insostenibles cesiones de crédito, hoy acotadas por el fallo en el caso Mandalunis de febrero de 2014, con el impecable voto de Julia Villanueva.

Esta actitud omisiva de quienes crearon a la sociedad o son sus titulares actuales, unida a la de los administradores designados por ellos, termina desembocando en un concurso donde se pretende –y se obtiene-, vaya a saber por qué medios que sean los acreedores los que solucionen la cuestión por medio de esperas y quitas. Sobre este aspecto vienen a cuento las expresivas y sinceras manifestaciones *obiter dictum* del camarista Dr. Alfredo A. Kölliker Frers **“la realidad cotidiana de nuestros tribunales demuestra que los ‘verdaderos acreedores permanecen ajenos, en general, al trámite de los concursos, ya sea por desconocer siquiera su existencia, por falta de información o por ignorancia sobre cómo manejarse en ese tipo de contingencias, o incluso por carecer de asesoramiento legal o, simplemente, por fastidio o hastío por un sistema legal que desde la perspectiva popular sólo pareciera proteger a los deudores y desamparar a los acreedores. En fin, cualquiera sea la razón de esta realidad, lo cierto es que estos acreedores “genuinos” –mayormente proveedores, trabajadores y/o genéricamente, acreedores comerciales- deben presenciar como el concursado y sus asesores letrados diseñan estrategias que les posibilitan a estos últimos “manejar” las mayorías concursales para imponerles a aquéllos propuestas abusivas, cuando no irrisorias, para dilatar su pago, o diluir o licuar directamente sus créditos hasta límites inconcebibles. ¿Puede seriamente creerse, entonces, que esos desprotegidos acreedores estarán en condiciones de evaluar si la falta de actividad actual y/o potencial del concursado constituye o no un óbice para el éxito de la solución preventiva, cuando además de carecer por completo de todo tipo de información acerca de la actividad comercial del deudor, se procura por todos los medios que aquéllos no participen del procedimiento concursal (si es que se enteran de su existencia) y son frecuentemente excluidos de la “voluntad” del colegio de acreedores mediante la interposición de acreedores ficticios o ya “desinteresados” deliberadamente para que brinden su connivente complacencia a las estrategias del deudor, situación que se agrava si se tiene en cuenta que ni siquiera este último está obligado por la ley a decir qué se propone hacer con su empresa y de dónde piensa sacar los fondos con los que les va a pagar? Sinceramente creo que no... se tiene la más absoluta certeza desde la perspectiva de juez que el único objeto del deudor es “bicicletear” a los acreedores y/o ganar**

⁴⁷ MANÓVIL, Rafael M. “Conflictos y grupos de sociedades”, en AAVV *Tratado de los Conflictos Societarios*, Director Diego A. J. Duprat, Ed. Abeledo Perrot, tomo III, pag. 2642 esp. 2651/2/3. Buenos Aires 2013.

⁴⁸ COSTA, Héctor L. “La importancia de la verificación crediticia” en *Doctrina Societaria y Concursal*, Ed. Errepar, Noviembre 2018, Buenos Aires, pág. 1071.

tiempo para asegurarse un espacio temporal durante el cual poder diluir su responsabilidad patrimonial y garantizar la inmunidad de los responsables de la falencia”. Como compartimos este diagnóstico, tan brutal, es que dirigimos nuestros razonamientos a dar una inteligencia constructivista al sistema concursal actual, particularmente en relación a la actividad empresarial organizada como sociedad, integrándolo a la legislación específica de la actual Ley General de Sociedades –en adelante LGS-.

Aparece así la cobertura de las pérdidas como un regalo de Papa Noel o de los Reyes Magos, tan regalo que es gravado como ganancia por los entes tributarios. Y tenemos para nosotros que esos personajes de la imaginaria no existen.

Recordamos el caso del Acuerdo Preventivo Extrajudicial de un poderoso medio de comunicación que bajo el prestigio del grupo que integraba emitió obligaciones negociables en dólares estadounidenses y que en el año 2002 declaró su cesación de pagos logrando con pocos votos una importantísima quita y espera. A los pocos meses realizó un balance y de esa quita resultó un estado patrimonial que determinaba una multimillonaria ganancia, pagándose de inmediato el impuesto respectivo, distribuyéndose entre sus socios ese inesperado –o cuidadosamente gestionado- lucro, que fue usado aparentemente para adquirir otro medio de comunicación formando un importante centro generador de nuevas utilidades, gracias al regalo impuesto a los acreedores.

La imperdible presentación del Director en un Tratado⁴⁹ constituye una autopsia de la legislación concursal: **“...todos conocemos lo grave que significó para una comunidad con un nivel de moral colectiva tan bajo como el que ya existía en ese momento en nuestro País, la castración de las acciones de responsabilidad ... autores tan serios como Bergel o Maffia hablaron del *réquiem* de estas acciones para beneplácito de los *pill*os. No menos grave fue el mantener *intocada* la normativa referida a la extensión de la quiebra, dejándose librados a síndicos y damnificados a tener que enfrentar a *pícaros aggiornados* que utilizan mecanismos de máxima sofisticación para estafar ... ampliando aún más la situación de significativa impunidad que se otorgó a los comerciantes y empresarios inescrupulosos *carta blanca* para delinquir ... nadie ignora que su empleo generalmente se ha venido dando desde entonces siempre en situaciones sospechadas de fraude en las que el *cramdist*a...por lo común terminaba siendo un allegado al cuasi-fallido *pill*o, que desembarcaba como tal –tras fracasar como concursado –a través de una sociedad *off shore* o de un amigo de turno, cuando no del *testaferro* de estilo....corresponde evaluar qué actitud asumió nuestra veleidosa *comunidad jurídica* frente a aquella crisis, y cómo acompañó las situaciones posteriores, ante institutos tan bochornosos como el APE...y harto peligrosos... nuevamente recorro a Cámara: *El principio de conservación de la empresa no constituye una patente de corso para la gestión empresarial... los APE fueron utilizados para convalidar verdaderos despojos...*”.**

4 - LOS REYES MAGOS

La libertad en la creación de las sociedades es equilibrada con la responsabilidad de administradores y socios si se genera daño. Los Reyes Magos no existen, son los familiares y allegados los que hacen los regalos... Y esto es lo mismo que impone la ley societaria, la ley específica que regula estas personas jurídicas –arg. art. 150 Código Civil y Comercial Argentino, en adelante CCC-, congruente con los artículos pertinentes de las leyes de sociedades que postulan que las pérdidas las soportan los socios.

Concretamente los administradores y socios de una sociedad en insolvencia⁵⁰ al presentarse en concurso soslayan las normas imperativas de la ley societaria y con aparentes mayorías trasladan las pérdidas a los acreedores, no asumiéndolas conforme las mandas legales, trasladándolas sin siquiera ofrecer compartir riesgos mediante una capitalización.”

⁴⁹ LEY DE CONCURSOS Y QUIEBRA COMENTADA, AAVV, Ernesto E. MARTORELL Director, Ed. La Ley, Buenos Aires, mayo 2012, 5 tomos (págs. 1016, 936, 846, 1129 y 1463 respectivamente).

⁵⁰ Como hemos desarrollado en otras oportunidades y siguiendo a Camilo Martínez Blanco, apuntamos a la insolvencia no sólo en su sentido financiero sino particularmente en su versión patrimonial, que significa patrimonio neto negativo y constituye una causal de disolución.

Y esto fue reflejado en la “Recomendación del IIDC” que hemos transcripto.

X – LA CRISIS IMPREDECIBLE.

¿Qué deberá hacer cada Gobierno frente al panorama que bien tratan las “Consideraciones y Recomendaciones” que copiamos nuevamente:

1. 1.- Los Hechos.

2. El mundo sufre una pandemia que pone en riesgo a la salud humana. El mejor remedio -en realidad el único- para su control es el aislamiento social. Este aislamiento trae como consecuencia inmediata e insoslayable la parálisis de la actividad económica. Los expertos señalan a nivel mundial la irrupción del [coronavirus COVID-19](#) constituye un ‘cisne negro’, entendido como un evento de muy baja probabilidad con un impacto muy elevado.
3. Para 2020 la [actividad económica](#) enfrenta efectos contractivos como consecuencia del shock originado por la [emergencia sanitaria](#).
4. Tengamos en cuenta que las cuarentenas, muy necesarias para contener la pandemia, paralizan alrededor del 50% de las actividades económicas. Se registran cierres parciales o totales de plantas de producción; cortes en la provisión de servicios y en las cadenas de suministro; contracción del consumo; reducción drástica de los viajes de negocio y turismo, así como el cierre de servicios de esparcimiento, colegios y universidades. Los sectores productivos más golpeados, y que por lo tanto más debemos proteger, serán las micro, pequeñas y medianas empresas (mipymes), que representan a más del 99% del tejido empresarial en América Latina y generan alrededor del 30% del PIB, según expresa Juan Carlos Elorza Director de Análisis y Evaluación Técnica Sector Privado en CAF – Banco de Desarrollo de América Latina al periódico uruguayo El País 6 de abril 2020.
5. Idéntico panorama enfrentan las economías desarrolladas de Europa y USA.
6. En este contexto, se han sancionado normas, algunas transitorias y otras definitivas, tratando de dotar a la crisis económica derivada de la pandemia de los instrumentos que atenúen, corrijan o permitan superar la situación. Del mismo modo, se han propuesto normas aún no sancionadas.
7. A título de ejemplo, y para poder analizar lo que ya es derecho positivo, mencionamos algunas normas aprobadas: España: Real Decreto 8 de 2020 y Resolución 4070 publicada en BOE 26 de Marzo de 2020; Francia, Ley sobre cesación de pagos del 12/3/20; Colombia: Decreto 560/20 del 15/4/20; Chile: Ley FogaPe 2020 del 15/4/20”.

XI - ;EL DESAFIO;

Frente a ese cuadro parece adecuado para los especialistas en legislación preguntarse que hacer. Legislación de emergencia por un período determinado, hacerlo en forma definitiva? La cuestión se vincula

a la conveniencia o no de normas de emergencia en esta materia o de reformas definitivas a la legislación concursal, correspondiendo a variadas visiones de la cuestión. Sin duda es una compleja decisión.⁵¹

La respuesta del cónclave fue la prudencia, y de allí una propuesta:

“2.- La propuesta

8. El Instituto Iberoamericano de Derecho Concursal, se permite aconsejar el dictado de normas mínimas, sin perjuicio de otras de carácter patrimonial, financiero, tributario, concursal o societario que cada país considere conveniente promulgar ante sus particulares realidades.
9. La pandemia sanitaria y los aislamientos han generado situaciones inéditas, sin precedentes, que nos han llevado a intentar un marco mínimo de sugerencias, tratando de evitar mayores daños y el atascamiento de trámites judiciales o administrativos.
10. Es necesario preocuparse de las personas humanas y de los **emprendimientos viables**, privilegiando las **soluciones privadas**, la **recomposición de buena fe de las relaciones alteradas** y evitando que la crisis sea invocada innecesariamente.

XII - MINIMA ACCION ESTATAL Y MÁXIMA ACTIVIDAD EMPRESARIAL.

Como se advertirá, además de apoyar toda la actividad gubernamental en aspectos sanitarios y dar ayudas puntuales a los marginados, pago de salarios y actividades básicas, se aconseja el dictado de normas mínimas, salvo las necesidades de cada país.

Se advierte el intento de no inducir a procedimientos judiciales que salvando a algunos pudieran agravar o difundir el daño, como así también la saturación de los sistemas procesales, judiciales y administrativos.

Por último recomendar no entretenerse, por la siempre lógica y psicológica reacción de administradores y socios, en las actividades que no serán viables, preocupándose por las que puedan ser viables, o por lo menos se cree que serán viables de buena fe, si se remueven las dificultades patrimoniales y financieras.

Pero el punto central es la recomendación de las soluciones privadas, en trato individual de buena fe de las relaciones alteradas, como se prevé en el Código Civil Argentino en su art. 1011 para el caso de contratos de larga duración, donde ante un intento de resolución se impone la renegociación, solución extendible a situaciones de fuerza mayor o caso fortuito. Hace pocos días se publicó en La Ley un artículo escrito hace un mes con Jorge Fernando ⁵², donde en la misma dirección propiciábamos un escudo protector de las personas, jurídicas especialmente, en crisis, un período de renegociación y una hipótesis

⁵¹ ROJO, Angel “Reflexiones sobre el Derecho Concursal de Emergencia” del 11 de mayo en el blog de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid.

⁵²FUSHIMI, Jorge Fernando – RICHARD, Efraín Hugo “PENSANDO EN LA SALIDA DEL AISLAMIENTO SOCIAL, PREVENTIVO Y OBLIGATORIO. IDEAS PARA MITIGAR LA CRISIS POST-PANDEMIA COVID-19.” PUBLICADO EN DIARIO LA LEY EL 8 DE MAYO DE 2020.

de ayuda estatal-bancaria como aporte dinerario para reestablecer la actividad, tratando de pensar en una norma de emergencia limitando la avalancha de concursos que se predica.

Porque es de toda evidencia la crisis patrimonial financiera que el encerramiento sanitario ha causado en una gran proporción de las actividades económicas de grandes empresas, pero particularmente de la mediana y pequeña. ¿Cómo enfrentar el futuro? ¿Podrán recuperarse? El futuro es impredecible pues nada será igual por mucho tiempo, es posible que las costumbres sociales se modifiquen por necesidad o por el descubrimiento de nuevas formas de convivencia o de comercialización. ¿Cómo medir los riesgos ante esa impredecibilidad? Y este desafío ha desencadenado la actividad de la doctrina comercialista en el mundo entero, ensayos, reuniones virtuales en muchos foros, proyectos de ley y ya concreta legislación en muchos países. Imposible estar al día. A esa faena imposible dedicaremos este ensayo sobre como podría atenuarse los efectos de la evidente crisis.

En esa futurización muy recientemente cerrabamos un locutorio⁵³ pensando en las viejas costumbres mercantiles de componer las diferencias en forma inmediata cara a cara *'a verdad sabida y buena fe guardada'*: “¿Tendrá esa visión de imponer la renegociación nuestro Gobierno, y en su caso seremos capaces de negociar de buena fe? ¡Vaya cuestión!

XIII - ¿UN ESCUDO PROTECTOR?

Una posición, con la preocupación de la saturación tribunalicia, es la de mantener y mejorar el sistema concursal y la libertad para la voluntad de cada sujeto titular de un emprendimiento (persona jurídica o humana) de concursarse, aligerando los requisitos de admisión y la rapidez de la apertura para generar los efectos protectores de esa legislación.

Sobre esa básica posición, que respeta la libre renegociación –no obligatoria-, se sugiere el dictado de un régimen de emergencia que respetando el sistema concursal básico impida la petición de quiebras⁵⁴ durante un período, se alarguen los plazos de los procesos en marcha, se abra la renegociación de acuerdos ya logrados pero no satisfechos, etc.. Marcelo Barreiro, meibmro del IIDC ha hecho una inobjetable descripción de esta tendencia.⁵⁵

Todos convergemos en buscar ideas creativas para evitar avalanchas de juicios y soluciones individuales a través del sistema concursal, sin perder de vista el sistema jurídico general, en la idea prevista por el art. 2 del Código Civil y Comercial Argentino –CCC-.

En otra línea, en la inteligencia que la crisis existente en nuestro país –que motivó ya una ley de emergencia⁵⁶ se sumó la pandemia globalizante que infectó a muchas –quizá la mayoría- de personas físicas y jurídicas, se busca ofrecer soluciones genéricas, sin perjuicio que quién lo necesite recurra al sistema concursal. Se entiende que el escudo protector que brinda individualmente cada concurso debería

⁵³ “SALIENDO DE LA PANDEMIA ECONÓMICA EMPRESARIAL” (DESENVOLVIMIENTO EMPRESARIAL Y SUSPENSIÓN DE CAUSAL DE DISOLUCIÓN DE SOCIEDADES POR LEY 27541 DE EMERGENCIA, Y AHORA LA PANDEMIA SANITARIA) en página web de la Academia Nacional de Derecho y Cs. Sociales de Córdoba, www.acaderc.org.ar, como versión escrita de la disertación de apertura del año académico el 5 de mayo de 2020.

⁵⁴ Hoy 15 de mayo se cerró un coloquio virtual en el espacio denominado ElArca, dirigido por Daniel Truffat, donde se expusieron 6 proyectos, que se suman a los 6 proyectos que están ingresados a la Cámara de Diputados, y los seis de la Cámara de Senadores, aclarando que 3 de estos últimos son de la primera semana del mes de Marzo. Los pedidos de quiebra en Argentina han iniciado siempre un oscuro trámite procesal que hemos criticado duramente, particularmente porque la eventual declaración hoy en Argentina permite la conversión en proceso de concurso preventivo. Una forma similar señalaba Maffia en el 2009 a la posibilidad de petición de concurso por los acreedores proponiendo un acuerdo para mantener la empresa en marcha –(en *Perspectiva del Derecho de la Insolvencia*”, Córdoba 2012 Edición de la Academia Nacional de Derecho y Cs. Sociales de Córdoba, pág. 633 y ss..

⁵⁵ BARREIRO, Marcelo “La pandemia y el intento de regular la crisis (una utopía necesaria)” que compartió en el grupo de whatsapp El Arca –dirigida por Daniel Truffat- en el día de ayer de cuando escribimos estas notas 14 de mayo.

⁵⁶ RICHARD, Efraín Hugo “DERECHO SOCIETARIO: AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD Y NORMAS IMPERATIVAS. LAS CRISIS. Y UNA APOSTILLA SOBRE LA LEY DE EMERGENCIA” en La Ley, 20 de Enero de 2020.

—a través de una norma de emergencia- extenderse a todos los que estén en cesación de pagos o avizoran la inmediatez de su crisis, permitiendo reaperturas de cuentas corrientes bancarias, recuperación de servicios, no sanciones penales por aspectos impositivos, obtención de ayudas financieras.

Ello porque habría que evitar que todos se sientan tentados, económica y psicológicamente, a concursarse para repetir historias. Nos preocupa que, como aparece en el Proyecto Legislativo más completo⁵⁷, se presente como la única salida concursarse, incluso para obtener crédito. La llamada “renegociación obligatoria” tiene el sentido de remarcar que el período de protección invite a una renegociación de las múltiples relaciones incumplidas o de las de larga duración, en la forma que impone el referido art. 1011 CCC, dejando firmes los acuerdos logrados, y quizá demostrando la mala fe de algún acreedor o de algún deudor, para enervar posiciones en un posterior concurso. Se trata de estimular, no obligar, a renegociar de buena fe, sin intervención judicial ni mediadores impuestos, cara a cara motivados por intereses comunes: que la actividad empresarial continúe y que el acreedor no se vea contagiado.

La situación es inédita y quizá inéditas deben ser las respuestas legales. Como integrar ideas para encontrar el equilibrio y la solución —siempre imperfecta- pero que resulte más beneficiosa para nuestra comunidad puede ser una buena tarea grupal, abandonando preconceptos, pues enfrentamos algo totalmente nuevo, y todos están intentando sugerir medidas o imaginar soluciones. Y en eso estamos unidos.

Esta inmovilización social, cuarentena se la ha llamado, ha implicado no sólo los cierres de fronteras nacionales, sino la generación de fronteras sanitarias internas, y ha paralizado gran parte de la actividad económica, particularmente la comercial dirigida al trato directo, incluso entre empresas, limitando también las actividades de éstas, salvo las destinadas al abastecimiento de insumos sanitarios y de alimentación, o los servicios de venta por vía electrónica, con entrega en la puerta. Los cambios en el consumo los habíamos abordado en Asunción preanunciando los cambios de conducta en la comercialización⁵⁸, y esto último ha crecido inesperadamente por una cuestión sanitaria, recogida debidamente por una imposición legal, los DNU 260 y 297 de mediados de marzo.

Esta paralización del tráfico económico, a su vez ha acentuado la crisis que estábamos enfrentando, e impone nuevos desafíos para evitar la quiebra o por lo menos el concursamiento generalizado de sociedades, y el efecto arrastre que ello significaría, además de saturar los tribunales generaría un alargamiento de plazos, con pretendidas aperturas y otras derivaciones, sin alcanzar soluciones generales.

El concurso preventivo o los acuerdos preventivos extrajudiciales normados en nuestra ley 24522 son tentadores para las soluciones individuales. Generan un escudo protector que el P.L o el P.E. debería extender automáticamente a todos. No somos ciegos en señalar que muchas sociedades, aún algunas en concurso actualmente, se han beneficiado con la situación por los insumos que producían o por la rápida adaptación a ofrecer los productos que el sistema sanitario requería. La situación es aún incierta por los acontecimientos y las ayudas estatales comprometidas.

⁵⁷ De los Senadores Bulrich y otra. Pero también otros Anteproyectos están en la misma línea de favorecer el concursamiento con efectos protectorios inmediatos, incluso antes de que el Juez lo admita, con promesas de incentivos crediticios y de trato privilegiado a financiamientos, incluso de los mismos socios.

⁵⁸ RICHARD, Efraín Hugo “SOBRE LA CONTRATACIÓN ELECTRÓNICA EN LOS CONTRATOS INTERNACIONALES, PARTICULARMENTE DE COMPRAVENTA Y LOS DERECHOS DEL CONSUMIDOR, LA JURISDICCIÓN Y EL ABRITRAJE”, publicado en libro colectivo *Academias Jurídicas y Sociales Iberoamericanas – Ponencias y conclusiones*, Ed. Corte Suprema de Justicia, Institutos de Investigaciones Jurídicas, IX Congreso de Academias Jurídicas y Sociales de Iberoamérica. Asunción Paraguay, 2017, págs. 469 a 609, como relator internacional del tema.

Pero, una extensión de concursos individuales podría aumentar la pandemia patrimonial de los peces chicos, esto ya ocurrió en el 2002 donde pícaros se beneficiaron, eludiendo sus obligaciones y haciéndoselas asumir a sus acreedores por las fáciles argucias que la práctica procesal concursal permite, particularmente al haberse acotado la universalidad con la reforma del art. 21 ley 24522.

El IIDC recomendó como un escudo protector el dictado de normas de emergencia:

“2.1.- Normas generales anti crisis. 1. Se prorrogarán por 90 y hasta 120 días el vencimiento de todas las obligaciones instrumentadas en cheques de pago diferido u otros títulos valores. 2. Se dejarán sin efecto por el mismo plazo las sanciones por cheques rechazados, reabriéndose las cuentas corrientes, dejándose en suspenso los embargos trabados y los no efectivizados. 3. Suspensión de pagos de tributos durante el período en que se haya impedido por razones de la pandemia sanitaria la actividad gravada. En su defecto, ampliación de los plazos de pago de las obligaciones tributarias. 4. Se analizará la conveniencia de crear Fondos o Fideicomisos de Garantía Bancaria para que sociedades o personas no calificadas con actividad empresarial puedan acceder al crédito. Ello con la posibilidad de que ante el impago esos Fondos o Fideicomisos puedan convertir su acreencia en acciones o participaciones del deudor incumplidor. Se aconseja que en ese caso los créditos, sin riesgo de cobrabilidad, se otorguen a tasa 0 o similar. 5. Las tarjetas de crédito permitirán que los saldos sean satisfechos en 6 meses sin interés. 6. Suspensión de los aumentos de tarifas, salarios, combustibles, alquileres, lo cual sólo puede hacerse por decisión gubernamental. Control administrativo de precios de la canasta básica sanitaria y alimentaria.”.

XIV - LA CONSERVACIÓN DE LA EMPRESA.

Se coincide así como bien jurídico tutelado la necesidad de conservar la actividad empresarial y los puestos de trabajo o empleos que genera. Ello no necesariamente importar conservar la sociedad que la realiza ni mantener la misma posición de los socios originales. La capitalización que se requiere en estos casos permite una percepción rápida de ello, pese a que la costumbre intenta que los originales socios se abroquen en la propiedad de la sociedad, trasladando el problema a los acreedores.

No nos desentendemos del problema de la marginalidad social que existía y que ahora se ha incrementado y ha quedado en evidencia insoslayable. Algún aporte haremos sobre el punto.

Pero la primera cuestión a abordar ante el cambio social y la crisis: ¿toda empresa debe conservarse? Quede en claro que debemos distinguir aclaratoriamente que “empresa” no es sujeto en nuestro derecho. Es una “actividad empresarial” que desenvuelve una persona humana o una jurídica, normalmente una sociedad, o un fideicomiso en algunos supuestos.

Al margen de las importantes ayudas que está intentando efectivizar el Gobierno y las que pueda otorgar en el futuro, debemos afrontar tres problemáticas para el desenvolvimiento empresario. Se trata de la insolvencia⁵⁹ a la que se suma la cesación de pagos⁶⁰ –a las que referíamos- y la disposición de fondos para mantener la viabilidad de la empresa, si la misma es viable.

Fundamental resulta como primer paso pensar en la viabilidad futura de la sociedad que explota la empresa. ¿La actividad es posible? Suponiendo que el problema se iniciare en este momento: ¿la actividad será viable en el mundo cambiado? Nada será igual en el futuro. Han nacido empresas nuevas, se han enriquecido muchos y deberán otras deberán ser desguasadas.

⁵⁹ La expresión es usada en el CCC en los arts. 191, 339, 808, 1692, 2456, 2528. También como título en el 191, refiriéndose a la insuficiencia de los bienes. Esta última expresión “Insuficiencia de bienes” está referida en ese artículo del CCC y en los arts. 1687 y 2318. En cambio la expresión “imposibilidad sobreviniente” de bienes aparece en los arts. 163 y 1461 CCC y en art. 94.4 LGS.

⁶⁰ La expresión es usada en el CCC en los arts. 1478 y 2579.

Personalmente no descartamos la participación obrera o del Estado, pero debe hacerse sobre otras bases, no sobre las falsas que se edificaron las privatizaciones en 1992/3 y de las que es muestra Aerolíneas Argentinas, y da cuenta el fallo de la Corte en el caso Provincia de Chubut c/ Refinerías Carboníferas Patagónicas-. Lamentablemente el “accionariado obrero” regulando en Perú en los 70 no prosperó, ni tampoco los bonos de goce previstos en la ley 19550 desde el año 1972. Resistencia de los CEO y falta de educación sindical han contribuido a ello. ¿Podrá el nuevo escenario acercar a los que intervienen activamente en la producción de bienes y servicios? Creemos que es un ideal que no alcanzaremos a ver en nuestro limitado futuro.

A su vez el requisito de la viabilidad, obvio para no dañar, es resistido por la doctrina concursalista. Sobre el punto aconsejamos la lectura de la tesina de la Mgter. Alicia Kurlat.⁶¹ Se ha referido a ello en los 90 el Prof. Dr. Jaime Anaya sobre “El mito de la empresa inmortal” y lo hemos recordado con el similar título de “La Empresa Inmortal” en el III Encuentro de Institutos de la Academia, dedicado al rol de la empresa⁶².

La viabilidad no sólo es un requisito organizacional sino una exigencia jurídica –art. 100 LGS-, también contenida en la LCQ, aunque desoída procesalmente. Esos disensos cordiales se revelan gracias a la generosidad del distinguido tratadista Dario Graziabile en los artículos que compartíramos en dos de sus libros colectivos.⁶³

Si hoy los administradores de una sociedad negocian con sus acreedores pasados o futuros a conciencia de que la actividad no es viable, no lo están haciendo de buena fe –requisito del art. 9 CCC-.

Formando parte de la visión del IIDC como escudo protector, recomendó:

“2.3.- Sociedades.

2.3.1. Hasta los 90 días posteriores a que cada país libere la pandemia societaria, las sociedades que tengan dificultades no podrán distribuir dividendos y deberán renegociar privadamente sus relaciones:

11. con sus acreedores de cualquier naturaleza la conversión de las obligaciones en préstamos cancelables con los beneficios de la actividad futura, bonos u obligaciones convertibles en acciones, incorporación a fondos de negocios participativos o capitalización con acciones rescatables o no. No se aceptará la negociación de quitas salvo para acreedores financieros no bancarios.
12. Con sus trabajadores, las condiciones laborales hasta recuperar la actividad normal, que podrán ser diferentes conforme el rubro.
13. Con el Estado renegociará planes en torno a impuestos adeudados o que se generen hasta volver a la actividad normal.

⁶¹ Del año 2010 no ha perdido actualidad. La prestigiosa síndica concursal tuvo a bien hacernos llegar una copia. Aconsejamos su lectura en torno al plan de negocios y viabilidad. Su título “Aplicación de herramientas de evaluación de proyectos de inversión a los procesos concursales y liquidativos”.

⁶² “LA EMPRESA INMORTAL” encuadrándonos en la “VISIÓN JURÍDICA Y SOCIAL y SUS CONTRIBUCIONES AL CRECIMIENTO GLOBAL”, tema del III Encuentro de Institutos de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba”, Noviembre 2029 con el consiguiente libro electrónico, que codirigíramos con la Prof. Emérita Dra. Marcela Aspell, Vicepresidente de la Academia.

⁶³ GRAZIABILE, Dario J. – RICHARD, Efraín Hugo “EFECTO DE LA SENTENCIA DE VERIFICACIÓN EN RELACIÓN A LA CONFORMACIÓN DEL ACUERDO” Publicado en *Verificación Concursal de Créditos*, AAVV dirección de Darío J. Graziabile, Ed. Erreius, Buenos Aires, junio 2015, página 162 a 185; y “Legalidad de la propuesta y del acuerdo en el concurso de sociedades y su homologación”, Publicado en libro *AAVV DERECHO CONCURSAL EN EL NUEVO CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL*, dirigido por Darío J. Graziabile, pág. 371 a 415 en el Cap. III Modificaciones al régimen obligacional: “VI. Legalidad de la propuesta y del acuerdo en el concurso de sociedades y su homologación”, Ed. Erreius, Buenos Aires 2016.

14. Quedan suspendidas las previsiones de la legislación societaria en cuanto a causales de disolución y responsabilidad de administradores y socios por causa de los desajustes patrimoniales o financieros generados con posterioridad a la declaración de inactividad en cada país y de la invocación de la afectación de la pandemia.
15. Vencido el plazo de renegociación y habiéndolo intentado con todos sus acreedores, podrán promover las acciones que estimen corresponderles, o presentarse en concurso. Las renegociaciones que hubieren alcanzado mantendrán su validez. Tampoco le podrán pedir medidas cautelares o quiebras en el período obligatorio de renegociación.

2.3.2. Hasta los 90 días posteriores a que cada país libere la pandemia societaria, las sociedades deberán continuar con el funcionamiento regular de sus órganos que actuarán mediante el uso de TIC´s.

2.3.3. Hasta los 90 días posteriores a que cada país libere la pandemia societaria se suspende la obligación de presentar balances antes los órganos de contralor toda vez que las asambleas sociales no puedan reunirse para su aprobación por no contar con normas legales que autoricen su funcionamiento a través de medios tecnológicos”.

Remata el IIDC su esquema protector con las siguientes recomendaciones en torno a concursos:

“2.4. Normas concursales.

Se recomienda, congruente con el marco de la renegociación obligatoria, adoptar algunas de las siguientes propuestas:

- 1.- Suspensión por 90 hasta 120 días de la declaración de concursos necesario.
- 2.- Suspensión por hasta 90 a 120 días de la declaración de quiebra o de liquidación del activo en caso de incumplimiento de convenios o acuerdos privados de reorganización.
- 3.- Analizar las normas sobre acuerdos privados de reorganización, de modo de facilitar los mismos a fin de evitar el colapso de las sedes judiciales frente a la presentación de solicitudes de declaración de concursos, sean voluntarios o necesarios.
- 4.- Generar mecanismos legales –transitorios o definitivos- para lograr el acceso al crédito de las empresas de se encuentren en etapa de convenio concursal o hayan promovido un acuerdo privado de reorganización.
- 5.- No perder de vista que estas soluciones solo deberían aplicarse a aquellas empresas que se amparen en mecanismos concursales de Buena Fe.”

XV - DISOLUCIÓN NO ES LIQUIDACIÓN.

En nuestro país, la República Argentina, se ha suspendido la causal de disolución por pérdida del capital social, o sea que la sociedad puede seguir operando –si le es posible- con patrimonio negativo, o sea más pasivos que activos –por lo menos contablemente-. Antes de la pandemia sanitaria, por la crisis económica se suspendió la causal de disolución de sociedades “por pérdida del capital social” por un año a través de la Ley de Emergencia N° 27.541 del 23 de diciembre de 2019, imponiendo referirse al léxico jurídico “disolución” y “liquidación”. En nuestro sistema de la Ley General de Sociedades –LGS- esas palabras componen dos locuciones “causales de disolución” y “etapa de liquidación”. La constatación de una causal de disolución no impone la etapa de liquidación, se otorgan medios para solucionarla, generando una modificación del sistema de responsabilidad.

Pero a mediados de marzo del corriente año se generaron no sólo una pandemia sanitaria, sino – también- social y económica, de carácter global, imponiendo cierres de fronteras y aislamiento social, con efectos auspiciosos en demorar la velocidad de contagio pero con marcada generación de un desequilibrio en las transacciones económicas, cuando no la inactividad total de muchas, y puesto de relieve la marginalidad y necesidades de grandes grupos de conciudadanos.

Cabe agregar que dos meses de “cuarentena social”, ha generado la cesación de pagos de muchísimos emprendimientos de múltiple naturaleza.

Esa causal de disolución suspendida hace a la “insolvencia”, por lo que corresponde explicar que como “cesación de pagos” debemos señalar la falta de medios para satisfacer las obligaciones dinerarias o no que le son exigibles, normalmente a un emprendimiento organizado como sociedad.

Dejemos de lado la insolvencia y vayamos a la cesación de pagos. El miembro del IIDC en conferencia en la UBA el día 7 de mayo⁶⁴ Daniel Roque Vitolo auspiciaba una renegociación impuesta, emitiendo el Gobierno dos bonos de suscripción obligatoria por los acreedores y voluntaria por los deudores que estuvieran en cesación de pagos. Nosotros abogaríamos, si se estudia esa interesante salida, que esos títulos sean obligaciones negociables convertibles en acciones a opción del acreedor ante el impago del deudor. Ello no cambia que el titular pueda ser un fondo.

Otro aspecto problemático, para el desenvolvimiento de la sociedad en crisis, lo es la disponibilidad de fondos nuevos para el desarrollo normal de su actividad, sobre lo que hemos trabajado recientemente en una propuesta, que puede ser base de ideas que la mejoren.⁶⁵ Aunque concursándose y desligándose de atender sus obligaciones, con stock suficiente podrá quizá asumir con más holgura que antes ese desenvolvimiento. A su vez hay muchas otras formas de superar la cesación de pagos con esfuerzo compartido, pues las quitas –que cuestionamos en los concursos de sociedades- es sólo en beneficio de la sociedad deudora y –obviamente- de sus socios. El art. 43 LCQ es abierto a otras formas de acuerdo, y entre ellas podríamos señalar a las “acciones relacionadas, sectoriales o direccionadas” contenidas en el Anteproyecto de Ley General de Sociedades que se presentó el año pasado. El “Crowdfunding” receptado por la ley 27.349; Por qué no usarlo de una buena vez? El beneficiario tendrá que mostrar que la propuesta es viable y presentar un plan de negocios, recurriendo al financiamiento colectivo con micromecenazgo.⁶⁶ Y por supuesto la reconversión: en Internet en las últimas semanas, en

⁶⁴ Realizada el 7 de mayo en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, abriéndola brillantemente su Vice Decano Marcelo Gebhardt que manifestó su preocupación por la saturación del Poder Judicial que se podría generar, coincidiendo en ello con el Director del Departamento de Derecho Empresario Héctor Chomer, que también sugirió unas medidas de aligeración de proceso. Marcelo Genovese sugirió un interesante plan de prevención, y Alfredo Rovira con su particular experiencia mostró los riesgos de una inadecuada funcionalización del sistema societario y sus normas frente a la responsabilidad concursal. Mostraron todos una preocupación fundamental centrada en la habilidad para enfrentar lo impredecible.

⁶⁵ Ensayo conjunto con Jorge Fernando Fushimi publicado en La Ley el 8 de mayo.

⁶⁶ Recordamos nuestros ensayos con Jorge Fernando Fushimi sobre estos temas innovando: “La ineficiencia de la quita como financiación de la empresa concursada. Algunas propuestas” en *Doctrina Societaria y Concursal*, Ed. Errepar, Diciembre 2018. “EL CROWDFUNDING COMO PROPUESTA ALTERNATIVA A LA QUITA. UNA PROPUESTA A PARTIR DEL CASO YAGISAWA SHOUTEN Co.”, en tomo 2 “El concurso preventivo y otros medios de prevención de la quiebra” en X Congreso Argentino de Derecho Concursal – VIII Congreso Iberoamericano de la Insolvencia, Santa Fe Octubre 2018, página 109.

En el VIº CONGRESO IBEROAMERICANO DE LA INSOLVENCIA: “LA QUITA EN CONCURSOS DE SOCIEDADES Y SU TRATAMIENTO FISCAL (y algunos aspectos periféricos)” t. 1 p. 635; “LA INFORMACIÓN: LIBROS DE CONTABILIDAD E INFORME GENERAL DEL SÍNDICO” tomo 1 pág. 795; “EL BALANCE Y LA QUITA EN CONCURSOS DE SOCIEDADES Y SU TRATAMIENTO CONTABLE Y FISCAL (con algunos aspectos periféricos)” en Congreso Argentino de Derecho Societario y VI Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa; “NEGOCIOS EN PARTICIPACIÓN GESTADOS POR SOCIEDAD ANÓNIMA COMO FORMA DE FINANCIAMIENTO DE NEGOCIOS ESPECÍFICOS”; y “ACCIONES SECTORIALES EN EL PROYECTO DE REFORMAS A LA LEY GENERAL DE SOCIEDADES” Ponencia al XIV Congreso Argentino de Derecho Societario y X Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa, organizado por la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario, Rosario (provincia de Santa Fe), 4, 5 y 6 de septiembre de 2019. Publicada en el Libro de Ponencias del Congreso (“Hacia Un Nuevo Derecho Societario”), editado por Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario y editorial Advocatus, Córdoba, 2019-Tomo I, Pags. 725-734.

el rubro indumentaria hubo incremento de ventas de productos para estar dentro de casa.... pijamas, batas, pantuflas, joggings. Una fábrica de bebidas en crisis pasó a ser la mejor proveedora de alcohol.

Hace muchos años presentamos la solución con el “lease back” en favor de los acreedores, y el negocio en participación ha estado siempre a disposición de los emprendedores para obtener financiamiento.

Estos aspectos llevan a pensar si este es el momento de trabajar en un “derecho societario de crisis”, integrando el sistema concursal con el plexo normativo.

Sobre ello, las formas de los acuerdos concursales, modalidades de capitalización de pasivos unidos a derechos de opción, vale traer apreciaciones del jurista alemán Karsten Schmidt⁶⁷ sobre el *Debt-to-Equity Swap* como prueba de fuego de esa integración, y su pensamiento sobre la reestructuración de empresas. Destaca la interacción entre el Derecho Societario y el Derecho Concursal y su conferencia aborda la creciente influencia del Derecho Concursal sobre el Derecho Societario, pues a la inversa, durante 100 años no existió una cátedra de Derecho Societario en que se enseñara Derecho Concursal. Había coincidencia de que la apertura de un concurso sobre el patrimonio de una sociedad disuelve esta sociedad, porque así lo decía la ley. Pero lo que sucede luego con esta sociedad quedaba en manos de los especialistas en Derecho Concursal. Para la práctica, la situación era mala. La liquidación o reestructuración de compañías insolventes es una tarea genuina del Derecho Empresarial. Y esta tarea exige respuestas integradas a múltiples cuestiones, y se preguntaba ¿Qué ha cambiado? Apuntando “el *Debt-to-Equity Swap*: el ingreso de los acreedores a la sociedad de sus deudores. Entre muchos métodos de saneamiento, el *Debt-to-Equity Swap* es un ejemplo particularmente apto para mi observación. ... La parte dispositiva del plan puede prever que los créditos de los acreedores se conviertan en intereses o derechos de membresía en el deudor. Se excluye la conversión contra la voluntad de los acreedores afectados. En particular, el plan podrá prever una reducción o ampliación de capital, el pago de aportaciones en especie, la exclusión del derecho de suscripción o el pago de indemnizaciones a los accionistas salientes.

Lo conocimos a Karsten Schmidt junto a Jesús Sanguino Sanchez en el año 2000 en La Cumbre, con motivo del II Congreso Iberoamericano y IV Congreso Nacional de Derecho Concursal. De allí nuestra incorporación al Instituto Iberoamericano de Derecho Concursal – sede México- en 2004 cuando lo creó Jesús, acompañándolo como Vicepresidente Académico por cuatro años. Seguimos en 2008 con nuestro libro *Insolvencia Societaria*, del cual diría Osvaldo Maffia: Lo importante es la solución, “*ante la morosidad del empresario insolvente en promover su concurso los acreedores están facultados para pedir la quiebra proponiendo al par la fórmula concordataria. Es llamativa la audacia de esa innovación, ... El tema de la "conservación de la empresa" ... ocupa a Richard desde hace años. ... se apoya en las enseñanzas del brillante jurista español Ángel Rojo, quien habla del bien jurídico tutelado del derecho concursal, y lo relaciona con la eliminación del estado de cesación de pagos, precisando luego que es necesario actuar anticipadamente "frente a la mera crisis financiera o económica general" reitera su reclamo de "actuar anticipatoriamente a la instalación de la crisis" como presupuesto de "la conservación de la empresa"*.

Ese comentario corresponde a nuestro *Insolvencia Societaria*, editado en 2008, Y luego seguimos editado en 2012 por esta Academia con nuestra Perspectiva del Derecho de la Insolvencia, que pueden encontrar en su web.

⁶⁷ SCHMIDT, Karsten “El Derecho Societario y la intromisión del Derecho Concursal. El caso alemán” en: RDCO 297, 09/08/2019, 987,

Además, como Karsten Schmidt, Alessandro Nigro y tantos otros seguimos apostando al análisis de la problemática dentro de un derecho societario de crisis. Lo afrontamos en “Enseñanza del enseñanza del Derecho Societario de crisis”, sosteniendo que “La enseñanza centrada en las normas de las leyes de sociedades o de concursos, dificulta una visión sistémico constructivista sobre las crisis de sociedades. La ley de sociedades contiene adecuadas normas imperativas para limitar esas crisis.”⁶⁸

Ya nos referimos el libro del jurista uruguayo Daniel Germán de su libro *Insolvencia y cesación de pagos*, dedicado a la Persona Jurídica⁶⁹, y al prólogo del español José Antonio Sotillo.

La preocupación de ese abordaje integral –societario y concursal- se evidenció en el XV Congreso Iberoamericano de Derecho Concursal realizado en Viña del Mar en 2019 y el inmediato “Primer Congreso Internacional de Derecho Empresarial” realizado en Buenos Aires en ocasión de los 80 años del Instituto Iberoamericano de Derecho Concursal, imponiéndonos intervenir en paneles en ambas ocasiones.⁷⁰

Lo que preocupa es el “canto de sirena” de la homologación de acuerdos concursales, donde el Juez conforme el art. 52 ap. 4 de la ley 24522 no podría homologarlo si existe abuso de derecho y fraude a la ley⁷¹.

Si se opta directamente por facilitar el concurso como único escudo protector, las soluciones no pueden ser en favor del empresario sino de la empresa, y allí indicar las soluciones que recordas y alguna otra. Señalando que la quita cambia la naturaleza de la relación societaria: las pérdidas son a cargo de los socios, pero pueden compartirlas en el futuro haciéndolos socios –Karsten Schmidt así lo sostiene como comentamos-, pero que si quieren continuar con la ilegalidad de las quitas tienen que modificar el art. 1° de la ley de sociedades, y si el P.L. lo hace, adelante....

Conscientes de esa ilicitud enfrentamos la cuestión con el Miembro Correspondiente de la Academia Prof. Dr. Juan Carlos Veiga⁷² cuestionando las costumbres contra legem en los procesos concursales, y lo hacíamos antes del advenimiento del CCC y particularmente de su art. 150 que fija la primacía de normas. Sin nuestros argumentos⁷³ pero en la misma línea de libertad sin dañar, en incidente en el caso Interindumentaria SRL en fallo del 4.2.2020 con el voto de Pablo Heredia remarcó la

⁶⁸ Publicado en *Doctrina Societaria y Concursal*, Ed. Errepar, Buenos Aires, n° 364 Marzo 2018, pág. 165 y ss..

⁶⁹ GERMÁN, Daniel *Concurso y Estado de Insolvencia. Efectos sobre los órganos de administración y representación del Personas Jurídicas. Estudios del Derecho Uruguayo y Español*, Ed. La Ley, Uruguay, Montevideo 2016, ya citado.

⁷⁰ “Interacciones entre el derecho societario y el derecho concursal”, panel el 16 de octubre de 2019 en Viña del Mar con la intervención de Juan Esteban PUGA (Chile), Mariano Möller (México), Israel CREIMER (Uruguay), Daniele VATTERMOLI (Italia) y Efraín Hugo RICHARD (Argentina); y “UNA APROXIMACIÓN AL DERECHO MERCANTIL DEL SIGLO XXI” Israel CREIMER, Ariel Angel DASSO y Efraín Hugo RICHARD, Panel coordinado por Osvaldo Chomer en “Primer Congreso Internacional de Derecho Económico y Empresarial” en Homenaje a los 80 años del “Instituto Argentino de Derecho Comercial”, Buenos Aires – República Argentina 21 de octubre de 2019. Ambos conversatorios se han publicado en el n° 20 de *Estudios de Derecho Empresario*, Revista Electrónica del Instituto de la Empresa de la Academia Nacional de Derecho y Cs. Sociales de Córdoba y del Departamento de Derecho Comercial de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Córdoba, que puede consultarse en su portal electrónico.

⁷¹ RICHARD, Efraín Hugo “50 AÑOS NO ES NADA: DESAFÍO EN BÚSQUEDA DE MÉTODO SOBRE ABUSO EN PROPUESTAS EN CONCURSO DE SOCIEDADES”, publicado en RDCO Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones, Fundada por Isaac Halperin en 1968, Edición 50° Aniversario “Desafíos presentes y futuros del Derecho Comercial”, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires 2018, en SOCIEDADES, Doctrina, pág. 239.

⁷² Los ya citados con VEIGA, Juan Carlos – RICHARD, Efraín Hugo “EL CONTRADERECHO (EL ABUSO Y EL FRAUDE EN LA HOMOLOGACION DE ACUERDOS CONCURSALES PROPUESTOS POR SOCIEDADES COMERCIALES CON QUITAS) Publicado en *Pensar en Derecho*, Nro. 5 Año 3, pág. 257, Buenos Aires, Febrero 2015. Ed. Eudeba, Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires. En el VI° CONGRESO IBEROAMERICANO DE LA INSOLVENCIA “NUEVA VISIÓN EN TORNO A LA HOMOLOGACIÓN DE ACUERDOS CON QUITAS EN CONCURSO DE SOCIEDADES. EL ABUSO Y EL FRAUDE” tomo I pág. 367; “LA NECESARIA INTEGRACIÓN DEL SISTEMA CONCURSAL CON EL SOCIETARIO ANTE LA CRISIS DE SOCIEDADES” tomo II pág. 815.

⁷³ RICHARD, Efraín Hugo “PERSONALIDAD JURIDICA Y RESPONSABILIDAD DE SUS MIEMBROS”, en “Revista del Código Civil y Comercial”, mensual de editorial La Ley, primera sección “En Debate”, tema específico “Personas Jurídicas” desde la perspectiva del nuevo Código Civil y Comercial, Co Director Pablo Heredia, año IV número 4 mayo 2018 página 67 a 107, Buenos Aires.

infrapatrimonialización como factor de imputación del daño, el déficit liquidatorio, a los socios de control en el incidente respectivo en la quiebra.

El embate desintegrador se hace desde el derecho de crisis, el derecho concursal, para tratar de transferir el riesgo societario a los acreedores, olvidando aquello que los socios “soportarán las pérdidas” –art. 1° LGS-, como elemento esencial y caracterizante de una relación societaria. Tanto es así que la legislación impositiva grava la “quita” considerándola ganancia para la sociedad⁷⁴ y, obviamente, para los socios.

En nuestra República el sistema de las personas jurídicas y de las sociedades es muy equilibrado y diferente a otros. El art. 94 LGS desenvuelve simples causales de disolución, que no implican generar la liquidación de la sociedad, ni fijan plazo para ello, pero generan una alerta y una previsión de especiales responsabilidades para administradores y socios. Es muy particular y coherente la sistemática de nuestra ley de sociedades, pues las causales de disolución no entrañan automáticamente una liquidación de la sociedad, para lo cual debe existir normalmente otra declaración del órgano de gobierno de la sociedad⁷⁵, pero si genera la constatación de la causal una alteración de las reglas de responsabilidad que referiremos.

Esa sistemática respeta la tipicidad del negocio societario y sus normas imperativas. El art. 1, 94, 96, 99 y 100 LGS, 150 y 167 CCC, y para la integración prevista en el art. 2 CCC.

La base es el art. 1° LGS, que conceptualiza la relación societaria, disponiendo que las pérdidas deben ser afrontadas por los socios, coherente con la legislación comparada y el informe Winter⁷⁶, ratificado por el art. 106 LGS. Aún en liquidación la sociedad podrá concursarse –art. 5 Ley 24522CQ-. El ejercicio de la opción esta a su vez condicionado por el art. 100 de la misma ley a la “viabilidad económica” de la sociedad. No son normas disponibles que puedan ser alteradas por el Estatuto social o una resolución de su órgano de gobierno.⁷⁷ **Los riesgos de la actividad societaria no pueden ser transferidos por los socios a terceros.**⁷⁸

Las soluciones societarias permiten integrar socios interesados en el plan de negocios, en reflotar la actividad afectada, compartiendo con los originales socios –que son los que tratan de impedir esa integración con las quitas, contrarias al sistema societario.

XVI - LA BUENA FE.

La recomendación del IIDC pone especial énfasis en “negociar de buena fe”, aspecto señalado por la jurista argentina Lidia VAISER, atendiendo a la dificultad que podría ser afirmar la “viabilidad” de la actividad ante lo impredecible de la situación, que impide hoy evaluar riesgos.

Esa negociación de buena fe implica que administradores que sepan ya de la inviabilidad estarán negociando de mala fe. No es el caso de profundizar sobre la “buena fe”⁷⁹, definida por la Real Academia como “rectitud, honradez, criterio de conducta al que ha de adoptarse el comportamiento honesto de los sujetos de derecho. En las relaciones bilaterales, comportamiento adecuado a las

⁷⁴ Así lo expusimos en RICHARD, Efraín Hugo; FUSHIMI, Jorge Fernando: “La quita en concursos de sociedades y su tratamiento fiscal (y algunos aspectos periféricos)”, en Revista Electrónica Microjuris.com, producto Sociedades (revista electrónica por suscripción). Datos para citar: MJ-DOC-6053-AR| MJD6053. Buenos Aires, 1 de diciembre de 2012,

⁷⁵ Aún en las causales que permitirían suponer el inmediato ingreso a la etapa de liquidación, como podría entenderse en el caso de vencimiento del plazo, se hace necesaria una declaración sobre el cambio de rol del órgano encargado de la liquidación –art. 102 LGS-.

⁷⁶ Ese informe es el resultado del trabajo realizado por el “Grupo de Alto Nivel de Expertos en Derecho de Sociedades”, presidido por Jaap Winter, con el doble objetivo de iniciar una discusión sobre la necesidad de la modernización del Derecho de Sociedades y elaborar una serie de recomendaciones destinadas a crear un nuevo marco regulador de las sociedades cotizadas.

⁷⁷ “EL LABERINTO DE LA PÉRDIDA DEL CAPITAL SOCIAL Y SU REMEDIACIÓN”, citado.

⁷⁸ STANGHELLINI, Lorenzo “Proprietà e controllo dell’impresa in crisi” en *Rivista delle Società* anno 49° 2004 settembre-ottobre fascicolo 5°, Editorial Giuffrè Milano, pág. 1079.

⁷⁹ RICHARD, Efraín Hugo “SOBRE EL TÍTULO PRELIMINAR DEL PROYECTO DE CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL” En El Derecho, diario del 5 de abril de 2013, Buenos Aires.

expectativas de la otra parte” y como contra valor la “mala fe” es definida como “doblez, alevosía. Malicia o temeridad con que se hace algo o se posee o detenta alguna cosa. “De buena fe” con verdad y sinceridad”, “de mala fe” “con malicia o engaño”. Nos viene a la cabeza máximas orientales de orientación a los reyes que no sabían leer ni escribir: “sé bueno y no dañes”⁸⁰.

Bajo el principio de buena fe que recomienda el art. 9 CCC, Daniel Truffat –otro Miembro del IIDC- escribió⁸¹ “Con respeto a la propuesta concordataria propiamente dicha, extraigo ...tres consecuencias básicas, en tanto y en cuanto se pretenda preservar la moralidad de tal medio de superación de la cesación de pagos: La necesidad de que la solución preventiva a obtener importe aquella que la doctrina argentina –tomando una frase feliz de la ley de emergencia 25.561- denomina: “*el esfuerzo compartido*”. Es literalmente inmoral que la solución concordataria devuelva al empresario (en general en sociedades de capital, a los accionistas de la concursada) una empresa revitalizada y que todo el daño emergente de la cesación de pagos recaiga “en exclusiva” en los acreedores del sujeto así salvado. Esa posibilidad importaría consagrar el enriquecimiento incausado en favor de los antedichos”. Acepta que “el derecho concursal no es una isla, pero sí es un derecho especial”, lo que permite ubicar el problema dentro de lo previsto por el art. 150 incs. a y c CCC.

Todo buen hombre de negocio debería negociar de buena fe ante los incumplimientos que se hayan, se estén o se generen por las actuales circunstancias. La hoy Camarista Prof. Verónica Martínez excluyó el voto de un acreedor que había negociado de mala fe con la concursada.

La buena fe implicaría unir a los enfrentados en el emprendimiento en que están interesados que sobreviva, aumentando automáticamente su valor y/o capacidad operativa y competitividad. Con bajo costo operativo o inclusive sin ningún costo operativo, o con bajos gastos de concreción. No debe ser un negocio de algunos. Estamos pensando en un nuevo capitalismo: el emprendedor, alejándonos del capitalismo financiero. En los 90 intentábamos en ambientes nacionales e internacionales impedir que el capitalismo financiero prestara dinero a los gobiernos para cubrir déficit operativo, sosteniendo que debía serlo para financiar obras de infraestructura, en forma similar a lo que se aceptó para el mutuo en el art. 1531 CCC.

Se impone negociar de buena fe, y esto lleva a convocar a los penalistas para que traten de imaginar en nuestra civilización judeo cristiana, la legislación cuáquera que sanciona penalmente el perjurio y el desacato ante mentiras...⁸². Algunos penalistas apuntan a la tipificación del delito previsto en el art. 173 del Código Penal, y no se duda de la penalización en el caso de alteración de registros impositivos.

¿O se pretende preparar la legislación para generar concursos de sociedades para que los acreedores asuman la pérdida sin recibir ninguna contraprestación? Recurrimos a Héctor Cámara que apostillaba “El principio de conservación de la empresa no constituye una patente de corso para la gestión empresarial”.

⁸⁰ Como señalamos más arriba, dentro del libro *Comentarios al Proyecto...* citado, también accedimos a una lectura a vuelo de pájaro (viernes 2 de noviembre) al excelente artículo de Renato Rabbi-Baldi Cabanillas “Colnsideraciones filosófico-jurídicas en torno del título preliminar del proyecto de Código Civil y Comercial de 2012”, pág. 23 y ss..

⁸¹ TRUFFAT, Daniel “La abusividad de la propuesta y la moralización de los concursos en lo atinente –precisamente- a la oferta del deudor”, en Segundo Congreso Iberoamericano de Derecho Concursal, Mérida, Estado de Yucatán, México.

⁸² Solo nos limitamos a advertir que se sintetizan conductas en “buena fe”, definida por la Real Academia como “rectitud, honradez, criterio de conducta al que ha de adoptarse el comportamiento honesto de los sujetos de derecho. En las relaciones bilaterales, comportamiento adecuado a las expectativas de la otra parte” y como contra valor la “mala fe” es definida como “dobleza, alevosía. Malicia o temeridad con que se hace algo o se posee o detenta alguna cosa. “De buena fe” con verdad y sinceridad”, “de mala fe” “con malicia o engaño”. Nos viene a la cabeza máximas orientales de orientación a los reyes que no sabían leer ni escribir: “sé bueno y no dañes”.

XVII - PRINCIPIOS DE DERECHO COMPARADO APOYANDO ESTAS INTERPRETACIONES.

La perspectiva que recomendamos en nuestros trabajos, que compartimos con muchos juristas y economistas, y asumida por el IIDC, es similar a la del Considerando 29 de la Directiva Europea 2019/1023⁸³, tiende a generar un escudo de no agresión por el tiempo que se fijara, de mantenimiento de la administración y de los bienes, de la eliminación de las medidas cautelares que trabajaran el mantenimiento de la actividad. Conlleva evitar la judicialidad, porque entendemos que la mayoría de las situaciones se superaría con herramientas jurídicas disponibles, y eventualmente ara que el sistema procesal y de administración de justicia se prepara, como ahora la “cuarentena” intenta preparar el sistema hospitalario. De alguna manera, esa Directiva hace mención a este fenómeno, cuando expresa que (3) *Los marcos de reestructuración preventiva deben evitar, asimismo, la acumulación de préstamos dudosos. La disponibilidad de marcos eficaces de reestructuración preventiva permitiría tomar medidas antes de que las empresas dejen de poder hacer frente a sus préstamos, lo que contribuye a reducir el riesgo de que los préstamos se conviertan en préstamos no productivos durante las recesiones cíclicas, reduciendo así las repercusiones negativas en el sector financiero. Se podría salvar un porcentaje significativo de empresas y puestos de trabajo si existiesen marcos preventivos en todos aquellos Estados miembros en los que las empresas tienen establecimientos, activos o acreedores. En los marcos de reestructuración deben protegerse los derechos de todos los implicados, incluidos los trabajadores, de manera equilibrada. Al mismo tiempo, las empresas no viables sin perspectivas de supervivencia deben liquidarse lo antes posible. Cuando un deudor en dificultades financieras no es económicamente viable o no puede recuperar fácilmente la viabilidad económica, los esfuerzos de reestructuración pueden provocar la aceleración y la acumulación de las pérdidas en detrimento de los acreedores, los trabajadores y otros interesados, así como de la economía en su conjunto. La Directiva expresa que “Toda operación de reestructuración, en particular cuando es de gran envergadura y conlleva repercusiones importantes, debe basarse en un diálogo con los interesados. Dicho diálogo debe abordar tanto la elección de las medidas previstas en relación con los objetivos de la operación de reestructuración como las opciones alternativas, y debe existir una adecuada participación de los representantes de los trabajadores tal como se dispone en Derecho de la Unión y nacional”.* Pero las Directivas son actos legislativos en los cuales se establecen objetivos que todos los países de la UE deben cumplir. Sin embargo, corresponde a cada país elaborar sus propias leyes sobre cómo alcanzar esos objetivos, por lo que los criterios pueden divergir. Nosotros, también divergimos en relación a que no es necesario que la reestructuración sea de gran envergadura, y/o que conlleve repercusiones importantes. La preservación de la empresa viable, cualquiera sea su dimensión, desde la microempresa hasta la empresa multinacional, requieren del diálogo y la negociación de buena fe, para superar la situación de quiebra.

En similar sentido la exposición de motivos del Real Decreto-Ley 16/2020 del 28 de abril de 2020 dictado en España y publicado en el Boletín Oficial del Estado el día 29 de abril de 2020, establece a modo de principio y reconocimiento que: *“La crisis sanitaria del COVID-19 constituye un obstáculo adicional a la viabilidad de las empresas concursadas que puede determinar, bien la imposibilidad de*

⁸³ El considerando 29 de la Directiva (UE) 2019/1023 del Parlamento Europeo y del Consejo de 20 de junio de 2019, expresa: *Para fomentar la eficiencia y reducir los retrasos y los costes, los marcos nacionales de reestructuración preventiva deben incluir procedimientos flexibles. Cuando la presente Directiva se aplique mediante más de un procedimiento en un marco de reestructuración, el deudor debe poder acogerse a todos los derechos y garantías previstos por la presente Directiva con el fin de lograr una reestructuración efectiva. Salvo en aquellos casos en que la participación de las autoridades judiciales o administrativas sea obligatoria con arreglo a la presente Directiva, los Estados miembros deben poder limitar la participación de esas autoridades a aquellas situaciones en las que sea necesario y proporcionado, teniendo a la vez en cuenta, entre otras cosas, el objetivo de proteger los derechos e intereses de los deudores y de las partes afectadas, así como el objetivo de reducir los retrasos y los costes de los procedimientos. Cuando los acreedores o los representantes de los trabajadores estén autorizados a iniciar un procedimiento de reestructuración con arreglo a la normativa nacional y el deudor sea una pyme, los Estados miembros deben exigir el consentimiento del deudor como condición previa para iniciarlo, y también deben poder ampliar dicho requisito a los deudores que sean grandes empresas.*

suscribir o cumplir un convenio, abocando a las empresas a la liquidación, o bien una mayor dificultad de enajenar una unidad productiva que pudiera resultar viable". Pero, amén de ello, también trata de *"mantener la continuidad económica de las empresas, profesionales y autónomos que, con anterioridad a la entrada en vigor del estado de alarma, venían cumpliendo regularmente las obligaciones derivadas de un convenio, de un acuerdo extrajudicial de pagos o de un acuerdo de refinanciación homologado"*. Más adelante, la norma española trata de *"evitar el previsible aumento de litigiosidad en relación con la tramitación de concursos de acreedores en los Juzgados de lo Mercantil y de Primera Instancia"*. Reconoce así, aquellos problemas que estamos vislumbrando a modo de prognosis, pero todos los remedios van impulsados a la faz judicial, procesal y concursal.

Y diariamente accedemos a cambios en la legislación comparada que no sabemos si responden a las necesidades de la comunidad nacional.

XVIII - LA CRISIS ECONÓMICA DE LA PERSONA HUMANA.

Lo que nos preocupa es que se ha *"puesto de relieve la marginalidad y necesidades de grandes grupos de conciudadanos"*.

Centremos nuestros esfuerzos en el encuentro de la justicia global dentro de la planetización económica que genera la marginalidad y la negación al hombre de hasta derechos de primera generación, en la convicción que el derecho representa una técnica para el desarrollo humano, pues lo importante son los hombres, y sí no hay crecimiento si no existe desarrollo social, los logros no pueden medirse sólo desde el punto de vista económico si no se visualiza un resultado en el mejoramiento de las condiciones de vida.... Enfrenta esa visión advertir que cada vez más personas quedan marginadas del sistema jurídico: los poderosos que lo ignoran, los pobres que careciendo de todo bien no tienen acceso a través del sistema jurídico a ningún disfrute, y lo más peligroso, los que voluntariamente se marginan del sistema para violarlo -que en número cada vez mayor son individualizables por la inseguridad reinante (tanto en la seguridad física como en la negocial).⁸⁴

Debemos enfrentar esa realidad social y recuperar no sólo la solidaridad sino la buena fe.

Destacamos las ayudas que están prestando las organizaciones sociales y estatales –nacional, provincial y municipal-, y también la que se le reclama que aumente.

La cuestión está indisolublemente ligada -ante nuestra crisis original- a la emisión de moneda y a la posibilidad de inflación, que descartamos en estas circunstancias por la situación del mercado consumidor y la inalterabilidad de tarifas, combustibles, salarios e impuestos. Eventualmente hay normas que permitirían al Estado actuar enérgicamente, como la vieja Ley de Abastecimiento, de lealtad comercial, antimonopolios y otros controles, particularmente con el actual despliegue tecnológico. No somos ingenuos de advertir que muchas personas físicas y jurídicas están haciendo grandes negocios e intentan violar las restricciones para posesionarse en dólares, como la intervención de ilícitos intermediarios que podrían fácilmente ser sancionados por la norma del art. 19 LGS que hemos traído a análisis con los penalistas en esta Academia y en los Congresos Iberoamericanos de Academias que hemos intervenido.

Esperamos que los poderes públicos sigan prestando ayuda en nuestra República para paliar aunque sea parcialmente los efectos de las crisis que se han acumulado. Decíamos que debe combatirse la inflación especulativa, inducida y no real. A su vez mejorar la recaudación sin aumentar los impuestos. Una línea de trabajo es el dinero electrónico –no de las cripto monedas que merecen observación-, vinculado al uso de instrumentos de pago bancarios o de tarjetas de crédito, quizá resucitando el vigente

⁸⁴ Decíamos en 1998 en el discurso de clausura del Congreso Iberoamericano de Academias de Derecho realizado ese año en Córdoba. Más de 20 años después la situación se ha agravado.

art. 1° de la ley 25345 del 19 de octubre del año 2000, que limita el pago en efectivo a \$1.000, si bien sus efectos fiscales ha sido limitados por algunos individuales fallos judiciales. Resulta paradójico que alejándose de esa línea el Gobierno habría decidido emitir billetes de \$ 5.000, en vez de incentivar las modalidades de pago que aseguran la percepción de los tributos y el blanqueo de operaciones económicas. Gran impulsor de desajustes cambiarios es la presión del dinero “negro” circulante.

Pero la gran cuestión es ¿como generar puestos de trabajo que ya se requerían antes de la pandemia societaria?

Habrá que ser creativos. Hemos visto que la confinación social, en el mundo ha bajado la contaminación, se han aclarado cielos y aguas, los bosques se han acentuado y los animales han recuperado territorio, que no les va a durar demasiado....

Y uniendo aquella cuestión y estos aspectos, pensemos en los efectos ecológicos, en los bosques, en la deforestación y soñemos... ¿Porque no crear puestos de trabajo para que a mano y en todo el país los desocupados en condiciones de trabajar no sean contratados para plantar barreras forestales a lo largo de los caminos? Ya se hizo en los 50-, para evitar erosión y accidentes por la pérdida de visión ante tierra levantada por el viento. Y si sobra mano de obra hacerlo también en los linderos de todas las propiedades rurales. Plantar y mantener lo plantado puede ocupar millones de puesto de trabajo bajo la mirada eficiente de las municipalidades, comunas y consorcios camineros.

También el IIDC se preocupó de la situación a las personas humanas con empleo, jubilación o pensión afectados por la crisis, recomendando un sistema simple, eficiente y prácticamente sin costo:

“2.2.- Para personas físicas sin actividad empresarial. Se liberarán automáticamente toda retención de sus ingresos mayor al 20%, aunque se hubieren generado voluntariamente o por decisión judicial, no se podrá afectar la vivienda ni el mobiliario de uso ni los objetos afectados a su arte o profesión. Se suspenderán desalojos por cualquier motivo. - Los créditos, con o sin garantía real, de inmuebles o bienes de uso mantendrán el monto de la cuota pagada con anterioridad a la declaración de emergencia sanitaria, como mínimo, no generándose intereses moratorios por demoras de hasta seis meses.”

La situación patrimonial de la persona humana sin emprendimiento debe tener una solución jurídica inmediata y eficiente, mucho más simple que los proyectos en curso. La persona humana titular de un emprendimiento debería poder transferir el patrimonio afectado a ello a una SAS para facilitarle esa renegociación.

XIX - ¿QUÉ PASARÁ?

Cuando se publiquen estas líneas tendremos muchas novedades, en la legislación y en tribunales, aunque también sorpresas en nuevos o recuperados emprendimientos. Recordamos el salvataje de General Motors hace 10 años en Estados Unidos de América con una inserción de capital. Destacamos la reciente presentación de la cadena minorista estadounidense en los tribunales de Virginia pidiendo su quiebra pero acompañando ya un acuerdo con sus acreedores financieros para traspasarles las acciones o sea la propiedad de la sociedad. Lo que propiciamos y señalaba ya Maffia en 2009 y Schmidt el año pasado en Buenos Aires... También los que se preanuncia de Lufthansa solicitando que el Gobierno alemán capitalice en un 30% la sociedad.

¿Tendrás esa visión de favorecer la renegociación los Gobiernos, y en su caso seremos capaces de negociar de buena fe? Cualquier regulación enfrentará problemas imponderables, y quizá las salidas deban ser insólitas, mirando las sociedades en su estructura de persona jurídica pero con las herramientas que la cibernética nos está proporcionando.

Por eso transcribimos parte del encabezamiento de las recomendaciones del IIDC:

“Es necesario preocuparse de las personas humanas y de los emprendimientos viables, privilegiando las soluciones privadas, la recomposición de buena fe de las relaciones alteradas y evitando que la crisis sea invocada innecesariamente.”

En la sesión del día de la fecha del IIDC, del Comité Ejecutivo, Comisión Académica y algunos miembros quedó en claro que la recomposición de buena fe podría llegar a alcanzar a acuerdos homologados con anterioridad, pero no sólo a pedido de la concursada sino también de acreedor. Y al lado de ello las problemáticas de las calificaciones bancarias y el acceso al crédito.

Todo un desafío ante lo impredecible... Pero también un homenaje al grupo humano que pensó desde el II Congreso Iberoamericano de la Insolvencia, realizado por nuestra Academia y Universidad en La Cumbre en 2002, apoyando la iniciativa del inolvidable Jesús SANGUINO SANCHEZ, que concretó hace 16 años en Barranquilla, Colombia fundando el Instituto Iberoamericano de Derecho Concursal (sede México), que nunca ha dejado de crecer en sus aportes e incorporación de notables juristas.

CÓRDOBA, 19 de mayo de 2020.