

Dos visiones sobre: la discrecionalidad del juez y la necesidad de imponerle limites

Efraín Hugo RICHARD¹

SUMARIO: ADVERTENCIA PRELIMINAR.

PRIMERA PARTE: SOBRE LA DISCRECIONALIDAD DEL JUEZ EN LA HOMOLOGACIÓN DE ACUERDOS. SINTESIS. ABSTRACT. PRESENTACIÓN.

SEGUNDA PARTE: SOBRE EL ABUSO Y EL FRAUDE A LA LEY EN PROPUESTAS CONCURSALES DE SOCIEDADES. I – INTRODUCCIÓN. 1. LA INTERPRETACIÓN ORIGINALISTA Y LA EVOLUTIVA. 2. LA LEY DE CONCURSOS NO ES UNA ISLA. 3. LOS CRITERIOS PROFESIONALES. II – CRITERIO ACTUAL DE EVALUACIÓN JUDICIAL DE LAS PROPUESTAS DE QUITA Y ESPERA. 1. PROPUESTA ABUSIVA Y CRITERIO JUDICIAL. 2. LEGITIMACIÓN PARA CUESTIONAR DE ABUSIVA UNA PROPUESTA. 3. CRITERIOS CUANTITATIVOS. 4. LA INTEGRACIÓN DE LA PROPUESTA. 5. OBLIGACIÓN DEL JUEZ. III – MÉTODO PARA ANALIZAR LAS QUITAS EN CONCURSO DE SOCIEDADES. 1. LA INTEGRACIÓN SISTÉMICA. 2. VISION JURISPRUDENCIAL. 2.1. LA OBLIGACIÓN DE LOS SOCIOS. 2.2. LA SUBORDINACIÓN DEL SOCIO ACREEDOR. 3. PATRIMONIO SOCIAL NEGATIVO. 4. VIABILIDAD DE LA SOCIEDAD. IV - LA RESPONSABILIDAD DE ADMINISTRADORES Y SOCIOS. V - LAS QUITAS EN CONCURSO DE SOCIEDADES. EL ABUSO DE DERECHO Y EL FRAUDE A LA LEY SOCIETARIA. VI. EL “ESFUERZO COMPARTIDO” EN CONCURSO DE SOCIEDADES. VII - EL CRITERIO CUANTITATIVO Y EL SUSTANCIALISTA. VIII - CONCLUYENDO Y RESUMIENDO.

ADVERTENCIA PRELIMINAR.

En el panel que compartimos con el jurista portorriqueño Gerardo Carlo Altieri se nos requería la visión en nuestro país sobre la discrecionalidad del juez en los concursos.

¹ Profesor Emérito Universidad Nacional de Córdoba –República Argentina-.

Se nos otorgó 6 minutos para exponer esa visión, que cumplimos ajustadamente y que ahora reflejamos en la primera parte del ensayo que se nos solicitó por Ana Belén Campuzano y Miguel Raspall, para exponer en la segunda parte una justificación más detallada.

Lo hicimos y lo hacemos en relación al concurso de sociedades, por su complejidad intentando un análisis sistémico de la ley concursal, la Constitución Nacional, el reciente Código Civil y Comercial, y la Ley General de Sociedades con reformas coetáneas, además de su nombre.

PRIMERA PARTE²

Sobre la discrecionalidad del juez en la homologación de acuerdos

SÍNTESIS. La ley 24522 que regula los concursos y quiebras en la República Argentina, dispone en torno a la homologación por el juez del acuerdo logrado en el art. 54 apartado 4 y final: “En ningún caso el juez homologaría una propuesta abusiva o en fraude a la ley”. Resulta así que se ha limitado la discrecionalidad judicial, imponiendo que las propuestas que formule la sociedad deudora no sean abusivas ni en fraude a la ley. Parece fundamental determinar a que ley refiere la norma. Y a esto dedicamos nuestra visión en los concursos de sociedades integrando el sistema jurídico.

On the discretion of the judge in the approval of agreements

ABSTRACT. Law 24522, which regulates bankruptcies in the Argentine Republic, provides for the approval by the judge of the agreement reached in Article 54, Section 4 and final: "In no case would the judge approve an abusive or fraudulent proposal to the law". As a result, judicial discretion has been limited, establishing that the proposals formulated by the debtor company are not abusive or in violation of the law. It seems fundamental to determine to what law the norm refers to. And to this we dedicate our vision in societies bankruptcies integrating the legal system.

PRESENTACIÓN.

La ley argentina del 95 aparentemente cohartó las facultades del juez para no homologar un acuerdo logrado con mayoría de los créditos verificados y declarados admisibles, con muchos de ellos cedidos a terceros posteriormente a su verificación.

² Lo que expusimos en Málaga en los seis minutos que se nos otorgó en el panel.

Los jueces reaccionaron y reclamaron la facultad jurisdiccional de velar por la legalidad de las propuestas y los acuerdos. La ley se reformó y determinó en su apartado 4 y final: “En ningún caso el juez homologaría una propuesta abusiva o en fraude a la ley”. Obviamente comprende al acuerdo con esa propuesta. Texto según art. 17 ley 25589 que reformó la ley 24522 del año 1995, el 15 de mayo de 2002.

La doctrina concursalista y la judicial se detuvo en la abusividad de la propuesta desde su economicidad cuando a la quita –sin límites precisos- se sumaba la espera en un país con alta inflación, generándose diversas formas de posibilidades para mejorar la propuesta ya votada –tercera vía-, llegando a imponer el *quantum* condicionando la homologación a la aceptación de la deudora.

A las quitas sin límites –incluso más allá que lo constitucional permitiría-, se sumaba que el criterio no distinguía entre concurso de persona humana y de persona jurídica sociedad.

A nuestros viejos criterios, que todos ustedes han soportado, donde trataba de fijar principios de cierta universalidad –como se intentará en este Congreso en comunicaciones para nuestro país dentro de investigaciones internacionales que hemos promovido con Alicia Ferrer Montenegro e integrado en la generada por Ana Belén Campuzano y Juan José Rodríguez Maceda, nos hemos referido y logrado algunos apoyos a las críticas sobre las costumbres *contra legem* de la práctica concursal, recogiendo la idea del esfuerzo compartido de capitalización por los socios para compatibilizar las quitas a los acreedores –Truffat, Carlino y Botteri-. Correlativamente se gestó el nuevo Código Civil y Comercial vigente desde el 1º de agosto de 2015, cuyos alcances aún se están interpretando, particularmente en su incidencia en los concursos de sociedades..

Este nuevo Código en su título preliminar impuso la integridad del sistema jurídico - art. 2-, la buena fe –art. 9-, la corrección al abuso de derecho –art. 10- y la reconducción de efectos ante el fraude a la ley –art.12-, para luego imponer en el art. 150 CCC la preminencia e inmodificabilidad de las normas imperativas de la ley específica de cada persona jurídica y en su defecto las del Código, que en nuestro caso se integran, bajo un principio de libertad bajo responsabilidad para evitar daño, para lo cual se permite promover acciones para prevenirlo o atenuarlo –art. 1710-.

En las normas imperativas o indisponibles de la Ley General de Sociedades se reconocen las que previenen efectos nocivos para terceros, donde lucen las causales de disolución, particularmente las de los 94.4 imposibilidad financiera o patrimonial de cumplir el objeto o actividad, y la del art. 94.5 existencia de patrimonio neto negativo. A su vez constatadas esas causales, que en el 99% de los concursos se exteriorizan, el nuevo art. 100 impone la decisión del órgano de gobierno de remover la causal y acreditar razonablemente la viabilidad económica y social de la actividad.

Correlativamente el obiter dictum de la Corte en el caso Comercial del Plata S.A.rechazando recursos para homologar un acuerdo generó la atención sobre el régimen

societario para anticiparse a la crisis y actuar como medios preconcursales³, incluso la solución final ante idas y vueltas fue la capitalización de pasivo que ocupó el 91% del capital social, reteniendo los originales el 19%.

Lo protegible es la empresa viable, y para ello es conveniente su organización como sociedad para facilitar la reorganización, en la idea que hay intereses concurrentes, particularmente de proveedores y trabajadores, subrayando que en materia societaria el riesgo es centralmente de los socios, cuando en la crisis patrimonial de la persona humana es de los acreedores, pues no hay otros patrimonios –por eso cuestionamos el llamado “mejor interés de los acreedores” por lo menos en la inteligencia de la doctrina argentina.

Correlativamente vemos como se esta gestando un llamado derecho societario de crisis, reclamado por Nigro, y con informaciones de Daniele Vattermoli, sobre la congruencia entre la actuación de los socios y la crisis de las sociedades, tema que venimos sosteniendo desde la fundación del IIDC .

Ese criterio aritmético de abusividad nunca fue contrastado con el criterio económico del perjuicio a acreedores frente a quita y espera, y el enriquecimiento indirecto o directo a los socios, que no resistirían ningún test de abusividad, ni considerar el costo para la sociedad de pagar impuesto a las ganancias, aunque en forma diferida. Pero el tema es más grave frente al fraude a la ley societaria.

Algun autor italiano ha señalado que no puede tratarse a los acreedores como socios sin derechos, haciéndoles soportar las pérdidas sin ningún derecho de futuro en caso de éxito de la sociedad viabilizada.

En las homologaciones judiciales se hacen escuetas referencias al abuso, pero ninguan referencia al fraude a la ley, cuyo tratamiento se soslaya aunque se mencione. Y en el derecho argentino, con una visión sistémica el fraude a la ley en caso de quitas lo es a la ley societaria.

Lo explicamos. La ley concursal no es una isla y a las sociedades, conforme el art. 150 del nuevo Código Civil y Comercial se deben aplicar en primer lugar las normas imperativas de la ley específica que las regula y las del Código Civil y Comercial, y recién luego las de la ley especial o sea en el caso la concusal.

Frente a la existencia de causales de disolución de carácter patrimonial, que como normas de protección a terceros son imperativas y que no requieren ser declaradas pero que los administradores deberían poner en conocimiento de los socios, sin plazo deben optar

³ Nto. “¿REORGANIZACION SOCIETARIA O CONCURSAL ANTE LA CRISIS? (UN “OBITER DICTUM” DE LA CORTE)”, en libro colectivo AAVV “Reestructuración y Reorganización Empresarial en las Sociedades y los Concursos”, publicación del Instituto Argentino de Derecho Comercial – 2010, que preside el Dr. Barreiro, y del que son Director Martín Arecha, Vicedirectora Laura L. Filippi, Ed. Legis, Buenos Aires 2010, pág. 3.

imperativamente por reintegrar el capital o patrimonio social –conforme al art. 1° LGS-, capitalizar por sí, terceros o el pasivo, o resolver liquidar la sociedad, conforme las opciones imperativas del art. 96 LGS. Desde aquella existencia o constatación asumiendo responsabilidad por los daños que pudieran generar, al depender de su diligencia evitar daños, ante la inexistencia de plazo para la remediación..

Obviamente la sociedad puede presentarse en concurso, aún en liquidación, pero sería un fraude a la ley societaria, a sus normas imperativas, que los socios intentarán que la pérdida fuera asumida por los acreedores por las quitas o reducciones a sus declarados legítimos créditos.

En suma, el juez debe resolver con sensatez, conforme a esa prohibición de la ley, que se enmarca en libertad bajo responsabilidad: Art. 1 Ley general de sociedades “las pérdidas están a cargo de los socios”, o normas de sociedades con una opción imperativa sin plazo de al haber perdido el patrimonio capitalizar o liquidar –ar. 96 LGS- y art. 99 responsabilidad solidaria de administraciones y socios en su caso, que conforme el art. 167 CCC son los que conociendo o debiendo conocer omitieron sus deberes, en una palabra el grupo de control, no el mero accionista. Claro que, insisto los jueces ignoran esa modificación del Código Civil y Comercial del año 2015 y se limitan a un control de abusividad aritmético midiendo solo la pérdida de los acreedores, y ni siquiera la ganancia de los socios. Del fraude a la ley societaria, al desconocimiento de sus normas imperativas ni una palabra, salvo el atisbo de la Corte que he indicado.

SEGUNDA PARTE⁴

SOBRE EL ABUSO Y EL FRAUDE A LA LEY EN PROPUESTAS CONCURSALES DE SOCIEDADES

I – INTRODUCCIÓN.

Ahora corresponde que nos explayemos en torno a cómo se determina el abuso de derecho o fraude a la ley en una propuesta formalizada por una sociedad en su concurso. Se trata justamente de demarcar las facultades judiciales homologatorias en el concurso de sociedades como hemos atisbado en la primera parte.

La jurisprudencia se limita a formalizar esa consideración con criterios cuantitativos, complicados con desvalorización de moneda, tiempo de cumplimiento y rol de intereses.

⁴ Lo que habíamos preparado para la intervención en el panel, que ahora ampliamos y anotamos para justificación.

Consideramos que la cuestión debe afrontarse con un cambio metodológico que relegue aquella consideración a concursos de personas humanas pero use criterios sistémicos normológicos para el caso de personas jurídicas, centrándonos en las sociedades.

Ello permitirá a los jueces cumplir el rol que les impone el art. 52 ap. 4 ley 24522 (en adelante LCQ) de no homologar propuestas o acuerdos con abuso de derecho o fraude a la ley.

Si bien realizamos estas apreciaciones desde la legislación societaria y concursal de la República Argentina, el tema no debería ser extraño al análisis en otros sistemas jurídicos, pues la base de la organización societaria es que las pérdidas sean soportadas por los socios (primer artículo de las leyes argentina y uruguaya de sociedades), y a través de las quitas no sólo las pasan a soportar los acreedores sino que enriquecen el patrimonio social y por ende el de los socios.

1. LA INTERPRETACIÓN ORIGINALISTA Y LA EVOLUTIVA

Para esta explicitación se nos ocurrió una pequeña disquisición inspirada en un reciente artículo⁵ que introduce en la interpretación o análisis de la norma, una suerte de teoría de la verdad, pues el método intenta la universalización del fenómeno interpretativo desde lo concreto.

El autor de ese artículo, aceptando distintas doctrinas de interpretación y atendiendo a un problema que enfrenta a alguna de las mismas apunta a “cual es –adelantando conceptos de la hermenéutica de Gadamer- la distancia en el tiempo existente entre los textos normativos y la actualidad del intérprete...”. Y luego explicita la interpretación originalista vs. Interpretación progresiva o evolutiva, enmarcando doctrinalmente, sin quererlo, el problema que hoy tenemos entre manos con la abusividad y fraude de las propuestas.

2. LA LEY DE CONCURSOS NO ES UNA ISLA. Parece que se ha anclado el análisis de la legitimidad de las quitas y de la eliminación de todo tope en los concursos – inclusive de sociedades-, limitando la interpretación a la ley de concursos, incluso excluyendo textos constitucionales o la integración del sistema normativo, lo que aparece contrario a la evolución generada por lo menos ante el nuevo Código Civil y Comercial –en adelante CCC-, aunque ya lo advertíamos desde antes. Por eso sumamos a las apreciaciones que vamos deslizando y a las que corresponde en torno a las relaciones de organización, al deber de no dañar, a la buena fe negocial, a la protección del mercado y a las prácticas concursales contra leggem⁶, las que expresamos de seguido. La ley de concursos no es una isla.

⁵ GORDILLO SARAVIA, Francisco Matías “Interpretación originalista vs. Interpretación evolutiva. Crítica y propuesta a través de la hermenéutica de Gadamer”, en Revista de la facultad, Vol. VII n°! nueva serie II 2016 pág. 169, Universidad Nacional de Córdoba, Facultad de Derecho, Directora Zlata Drnas de Clément.

⁶ 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. De los

3. LOS CRITERIOS PROFESIONALISTAS. Abordar académicamente esta cuestión entraña una misión casi imposible, pues se ha entronizado profesional y judicialmente la licitud de quitas y esperas desmesuradas en los concursos preventivos, particularmente en nuestro país. Así, la visión se enturbia por supuestos conflictos sociales, valores insoslayables de la conservación de la empresa y exitosas maniobras dilatorias que suelen poner la cuestión en aspectos procesales y concursales alejados del sistema jurídico y axiológico integral. Por ahora el CCC ha sido ignorado en los cambios que, a nuestro entender incorpora⁷.

Por eso trataremos de introducir finamente el bisturí como una suerte de autopsia, pero con la esperanza que el resultado anatomopatológico sirva para salvar empresas, y más que ello un sistema macroeconómico de lealtad comercial, buena fe en las relaciones comerciales y correcto desenvolvimiento de las sociedades comerciales, respetando la autonomía de la voluntad en su constitución.

II – CRITERIO ACTUAL DE EVALUACIÓN JUDICIAL DE LAS PROPUESTAS DE QUITA Y ESPERA.

Para asegurar lo acotado nos referimos a criterios jurisprudenciales actuales, porque nuestra preocupación ya la hicimos presente hace muchos años.⁸

En este nuevo trabajo, así motivado, apuntamos sólo algunos fallos y doctrina recientes, omitiendo muchísimos otros antecedentes, incluso propios.

1. PROPUESTA ABUSIVA Y CRITERIO JUDICIAL.

Sobre propuesta abusiva y su configuración, la Sala D de la CNCom, en fallo de Diciembre 27 de 2016, en la causa “Amancay SAICAFI sobre concurso preventivo”, o sea en el concurso de una sociedad, expresaba: “...con relación a la denunciada situación de “abusividad” cabe repasar aquí que la oferta original de la deudora consistió básicamente en pagar el 45% del capital verificado y declarado admisible de los créditos quirografarios, en ocho anualidades consecutivas (10% las primeras seis y 20% las dos últimas), con dos años de gracia a contar desde que quedara firme la homologación; y a partir de la

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

⁷ Esto lo hemos anticipado en “METODOLOGÍA SOBRE ABUSIVIDAD DE LAS PROPUESTAS EN CONCURSO DE SOCIEDADES”, publicado en *Revista de la Facultad*, Vol VIII, N°1- Nueva Serie II (2017), *Revista de la Facultad de Derecho U.N.C.*, Córdoba 2017 pág. 69.

⁸ “FACHADAS EMPRESARIAS y PREOCUPANTE MENSAJE JURISPRUDENCIAL: ¿vale todo para homologar una propuesta?” en *La Ley* 15 de abril de 2009 y “LAS LIQUIDACIONES SOCIETARIA, LA CONCURSAL Y EL ARGUMENTO DEL RESULTADO DE ESTA ÚLTIMA PARA HOMOLOGAR UNA PROPUESTA ABUSIVA”, en *Zeus Córdoba*, n° 353, Año VIII, 18 de agosto de 2009, tomo 15 pág. 169, Doctrina, y en *Editorial Zeus*, 10 de agosto de 2009, año XXXVI, *Revista* n° 15, tomo 110, pág. 785. Doctrina.

finalización del período de gracia, cada cuota pagaría un interés, no capitalizable, equivalente al 18% anual sobre créditos en moneda local y del 4% sobre los créditos en moneda extranjera; y contemplándose una cláusula de aceleración (fs. 6486/6496). - Además, que un poco más adelante y tras la primera intervención del Ministerio Público, la concursada propuso una mejora: abreviar el plazo de gracia (de dos años a uno); modificar el dies a quo de los intereses (desde la homologación y ya no desde el vencimiento del plazo de gracia); y pagar un adicional con cada cuota equivalente al porcentaje de inflación proyectada en la Ley de Presupuesto. - Finalmente, y tras justificar su presentación en los cambios micro y macro operados en la economía del país, la concursada terminó por formular una última mejora, en la cual redujo la quita (de un 55% a un 35%), adelantó el dies a quo de los intereses (no ya desde la homologación sino de la presentación en concurso), aclaró los términos del adicional en base a la inflación, y mantuvo la originaria cláusula de aceleración (fs. 10625/10630 pto. 5). - Efectuada esa descripción es menester recordar que -según ya ha sido esclarecido en un caso análogo- a partir de la reforma operada por la ley 25.589, lo atinente al carácter abusivo de la propuesta de acuerdo, fundado en lo establecido por el art. 52 inc. 4° de la LCQ, es materia que, ciertamente, puede invocarse como causal de impugnación en el marco del art. 50 de esa normativa (esta Sala, 18.6.12, “Sucesión de Rodríguez, Juan Carlos s/concurso preventivo”). - Es que una interpretación integral de la legislación concursal permite sostener que los sujetos agraviados por el acuerdo y legitimados para formular impugnación pueden censurar el concordato esgrimiendo las nuevas causales virtualmente incorporadas por la reforma relativas al abuso y fraude en el acuerdo (conf. Di Tullio, J., Macagno, A. y Chiavassa, E., Concurso y quiebras - reformas de las leyes 25.563 y 25.589, Buenos Aires, 2002, p. 192; Graziabile, D., Breve comentario a la nueva ley concursal -la de la ley 25.589, porque la de la ley 25.563, ya es vieja-, Doct. Jud., t. 2002-2, p. 725). - Sentado ello, también es necesario mencionar aquí que la conformidad de la mayoría de los acreedores a la propuesta de acuerdo ofrecida por el deudor es condición necesaria pero no suficiente para obtener la homologación judicial de aquél, pues el juez puede -y debe- ejercer un control sustancial de la propuesta, pudiendo denegar su aprobación si la considera abusiva o en fraude a la ley (CSJN, 15.3.07, “Arcángel Maggio S.A. s/incidente de impugnación al acuerdo preventivo”; y esta Sala, 19.9.07, “Editorial Perfil S.A. s/concurso preventivo”). - Desde luego que la voluntad de los acreedores que prestaron conformidad con la propuesta del deudor no puede ignorarse, pero no debe perderse de vista que ella constituye una pauta valorativa complementaria y no dirimente (conf. Truffat, D., Algunas pautas para el empleo de la facultad de no homologar un concordato presuntamente abusivo -LCQ: art. 52, inc. 4°-, ED, t. 198, p. 760, espec. p. 764). - Es claro, entonces, que la cuestión de que se trata, esto es, la "abusividad" de la propuesta, es un aspecto muy conflictivo del actual derecho concursal argentino, que ha colocado a jueces y litigantes en el trance de dar concreción, en cada caso, a un concepto jurídicamente indeterminado como es el del abuso del derecho, con el grave riesgo del relativismo que todo juicio de esa índole lleva en su seno, al punto de ser dificultosa -sino imposible- la construcción de una jurisprudencia que defina cuándo es y cuándo no es abusiva una propuesta. Es que, como lo observa la doctrina especializada, en materia de descalificación de una propuesta de acuerdo, la palabra "abusiva" es un término omniabarcativo: todo cabe en él (conf. Maffía, O., La homologación en la ley 24.522 modificada por la ley 25.589, JA 2002-IV, p. 1292, espec. p. 1302), habiendo señalado otro autor, con igual sentido crítico, que la referencia al abuso del derecho constituye "...una pauta cuya vaguedad produce vértigo..." (ver Ribichini, G., El nuevo

artículo 52 de la ley de concursos y quiebras, LL 2003-A, p. 1084). - Lo más que puede decirse es que, caso por caso los jueces habrán de decidir lo que en conciencia crean "justo", sin que sus fallos sirvan de guía para otros supuestos, ya que estos tendrán sus propios presupuestos fácticos y circunstancias, siendo por ello imposible la traslación de una solución determinada de una hipótesis a otra. En efecto: no existen parámetros estandarizados para mensurar la razonabilidad o, su contracara, la abusividad de una propuesta concursal. Y ello aleja toda posibilidad de ensayar interpretaciones rígidas. El análisis -y en esto ha coincidido la doctrina- variará según cada circunstancia (conf. Molina Sandoval, C., Facultades homologatorias del juez concursal y cramdown power en la ley 25.589, RDPC, t. 2002-3, p. 103, espec. p. 116; Junyent Bas, F. y Molina Sandoval, C., El informe general del síndico y las nuevas facultades homologatorias del juez concursal. Reflexiones en torno a las modificaciones introducidas por la ley 25.589, ED, t. 198, p. 674; Di Tullio, J., Macagno, A., y Chiavassa, E., Concursos y quiebras, reformas de las leyes 25.563 y 25.589, Buenos Aires, 2002, p. 186; Villanueva, J., Concurso preventivo, Buenos Aires, 2003, p. 504). - Siendo ello así, la diversidad de soluciones, empero, puede tener coto a la luz de ciertas pautas de delimitación negativa de lo que sería una propuesta abusiva; por ejemplo, habrá de verse que la propuesta: 1) no proponga la remisión total de los créditos; 2) traduzca alguna ventaja o beneficio a favor de los acreedores; 3) no implique una promesa del deudor de pagar menos de lo que puede pagar; 4) no prometa un dividendo inferior al que los acreedores podrían obtener si se liquidasen los bienes; 5) no imponga sacrificios desmedidos a los acreedores disidentes; 6) no difiera el pago sin fecha, o a época indeterminada; 7) no discrimine a los acreedores de una misma categoría por su calidad de concurrentes (verificados o declarados admisibles) o no concurrentes, prometiéndoles a aquellos una prestación que se niega a estos últimos; 8) no desnaturalice el derecho de los acreedores o imponga a algunos pautas arbitrarias aceptadas por la mayoría; 9) no desatienda el contexto económico y social del país; etc. (esta Sala, 19.12.14, "IIG.TOF. B.V. y otro c/ Fibra Papelera S.A. s/concurso preventivo s/ incidente de impugnación" y sus citas de doctrina y jurisprudencia). - Asimismo, debe ponderarse en cada caso, no sólo la propuesta en sí, sino también la subsistencia de la concursada como fuente generadora de puestos de trabajo, esto es, si el deudor es o no dador de empleo, pauta que cobra especial relevancia en los tiempos actuales pues es un hecho público y notorio la problemática de la desocupación laboral (en similar sentido, esta Sala, "Editorial Perfil"). - En síntesis, las pautas que pueden concurrir para determinar la existencia de abuso en una propuesta de acuerdo preventivo son multifacéticas, conjugando no solo el punto de vista de los acreedores sino también la situación y actuación del deudor, más allá de la mirada que puede darse a partir de porcentajes de recupero de créditos y plazos de espera. Y, ciertamente, en todo ello debe campear la misma esencia de lo que puede considerarse abusivo a la luz del art. 1071 del Código Civil, en el sentido de que se considera tal al acto contrario a los fines que la ley tuvo en mira para reconocer el derecho de que se trate, o el que exceda los límites impuestos por la buena fe, la moral y las buenas costumbre. - Con tales parámetros, ponderando el "valor presente" informado en fs. 10691, y considerando especialmente el interés de los acreedores (quienes en un 61,475%, representativo de un 70% del capital computable, prestaron su conformidad), el rol de la concursada como fuente generadora de riqueza y empleos (lo cual ha sido especialmente ponderado por la Fiscal ante la Cámara, pto. 5, fs. 10674/10678) y el interés general que siempre subyace en mayor o menor medida en estos procesos, se juzga que la propuesta actual (pto. 5, fs. 10625/10630), cuya formulación es posible en esta instancia y en el

estado del trámite -como se ha admitido en casos análogos (esta Sala, 19.12.14, “IIG.TOF. B.V. y otro c/ Fibra Papelera S.A. s/concurso preventivo s/ incidente de impugnación” y sus citas de doctrina y jurisprudencia)-, no resulta abusiva ni irrazonable, en tanto se advierte que la deudora ha efectuado una mejora sustancial respecto de la propuesta originaria (v. especialmente, cuadro comparativo de la sindicatura en fs. 10699). - Todo ello en el entendimiento de que el ofrecimiento de que se trata es a priori demostrativo de un mayor sacrificio de su parte, configura una mejora de las posibilidades de recupero crediticio de sus acreedores, y que en estos casos deben considerarse también la multiplicidad de intereses involucrados y que frente a la posibilidad de una eventual quiebra no obtendrían suma superior en concepto de dividendo; de allí que, como consecuencia de lo expuesto, no cabe sino desestimar también los agravios desarrollados a este respecto”. Suscriben este fallo los Dres. Pablo D. Heredia, Gerardo G. Vassallo y Juan R. Garibotto; Julio Federico Passarón Secretario de Cámara.⁹

2. LEGITIMACIÓN PARA CUESTIONAR DE ABUSIVA UNA PROPUESTA. A su vez sostuvo la Sala F de la misma Cámara que “La atribución legal de rechazar la propuesta abusiva de acuerdo preventivo debe ser ejercida sea a instancia de parte o aún de oficio. De allí que procede siempre, en uso de las facultades legales que ostenta el juez al momento de decidir la homologación, juzgar la presencia o ausencia de “... todos los elementos que hacen a la corrección procedimental y la concreción de los valores superiores del ordenamiento jurídico”.... Como reza el art. 52 inc. 4 de la ley 24.522, en ningún caso el juez homologará una propuesta abusiva o en fraude a la ley”; y ello viabiliza ingresar en el análisis del caso efectuando un control que trascienda la mera legalidad formal, lo que viene impuesto por los principios que fluyen de los arts. 279,958 y1004 del CCCN y el hecho de que la ley concursal no es un compartimento estanco separado del resto del ordenamiento jurídico.... Si a la fecha del presente decisorio la deudora ha presentado una mejora sustancial de sus anteriores propuestas, en tales condiciones y por aplicación de la regla según la cual, los pronunciamientos judiciales deben atender las circunstancias actuales al tiempo de dictar sentencia, corresponde que oportunamente se consideren las constancias producidas con posterioridad a la interposición del recurso, pues según los propósitos preventivos que guían la ley de concursos y quiebras, y teniendo en cuenta que el rechazo del acuerdo originalmente propuesto encuentra fundamento en aspectos que pueden ser mejorados, una adecuada interpretación de las normas aplicables aconseja ponderar tales circunstancias de manera de agotar los medios para dar acabada respuesta a los fines que el instituto del acuerdo preventivo persigue en el sistema”, resolviéndolo el 29 de Diciembre de 2016, en el caso “Resingel SA sobre quiebra”.

Apuntamos de los mismos las referencias a valores, al sistema jurídico extraño a la ley concursal, a que se trata en todos los casos de apreciaciones sobre la abusividad y no sobre el fraude a la ley, a esfuerzos, etc..

3.CRITERIOS CUANTITATIVOS.

Como se verá se trata de apreciaciones cuantitativas, elásticas, tendientes todas a la conservación de la empresa, sin consideración de a cargo de quién es esa conservación.

⁹ Los subrayados nos corresponden.

A su vez anotamos en la doctrina más próxima la tendencia evaluativa de la propuesta de quita y espera como legítima formalmente, pero vinculada a su análisis cuantitativo. En ese sentido el excelente trabajo de Romina CELANO “Las propuestas abusivas en el concurso pereventivo. Herramientas de análisis e incidencia de la inflación”¹⁰. Artículo muy actual aunque las dos jurisprudencias precedentes son posteriores, no agregan nada nuevo al análisis doctrinal.

La autora citada repasa la obligación del juez impuesta en el año 2002 por la ley 25589 que en ningún caso debía homologarse una propuesta abusiva o en fraude a la ley. Después del análisis en el que parte de que no existen límites en cuanto al tiempo y porcentaje de espera, no distinguiendo entre concurso de personas humanas y jurídicas – como nosotros lo hacemos constantemente- se refiere a los diversos elementos a tener en cuenta para determinar esa abusividad, siempre desde el punto de vista cuantitativo, refiriendo a la mejora de la propuesta o tercera vía como remedio, con despliegue de citas, con reflexiones críticas sobre intereses e inflación, la tasa que puede pagar el concursado sin entrar en una nueva cesación de pagos, concluyendo que no ha sido incorporada la presentación de un “plan de empresa” ni el flujo de fondos futuros como una exigencia formal. Un elemento más para configurar el panorama clásico.

4. LA INTEGRACIÓN DE LA PROPUESTA.

Sobre el punto escribimos con Graziabile “**Existencia de un régimen de administración.** En segundo lugar el juez debería expedirse sobre la presentación y régimen previsto en el art. art. 45, 4º párr.. LCQ, en relación a que “el deudor deberá acompañar, asimismo, como parte integrante de la propuesta, un régimen de administración y de limitaciones a actos de disposición aplicables a la etapa de cumplimiento”. Subrayamos la expresión “parte integrante de la propuesta”.

HEREDIA señala que “del art. 45, LCQ, resulta que el deudor *debe acompañar como parte integrante de la propuesta un régimen de administración y de limitaciones a los actos de disposición aplicable a la etapa de cumplimiento, así como la conformación de un comité de acreedores que actuará como controlador del acuerdo, que sustituirá al comité provisorio...*”¹¹.

Esto ha sido motivo de análisis, aunque resulta periférico a la cuestión central en debate. Pero viene al caso “**Posición de RICHARD con el régimen anterior y el actual** ¿Que es integrar? Conforme el Diccionario de la Real Academia: “Dicho de las partes: integrar un todo. Completar un todo con las partes que faltaban. Hacer que algo pase a formar parte de un todo”. El todo es la propuesta que se integra por varias partes. De no estar integrado, el todo no existe, la propuesta esta insuficientemente formulada y debe ser integrada, o rechazada como tal. La falta de presentación de ese régimen o al no ser imputable a la sociedad, implicaría que no se ha presentado propuesta de acuerdo, al integrarse con el mismo y constituir una unidad.

¹⁰ En Doctrina Societaria y Concursal n° 347, octubre 2016 pág. 1037.

¹¹ HEREDIA, Pablo D *Tratado exegético de Derecho Concursal. La Ley 24.522 y modificatorias. Comentada, anotada y concordada* tomo 2 arts. 41 a 76, Editorial Ábaco, Buenos Aires julio de 2000, pág. 113, donde remata “A todo ello se ha hecho referencia en el par. 11 del comentario al art. 43, al que corresponde remitir”.

Se continua en el libro colectivo¹² “En la actualidad Richard sostiene que todo análisis sobre una propuesta abusiva deviene en inconcluso, si no incluye la "justificación de la propuesta" para dotar a ésta de una justificación económica que la respalde y evite el enriquecimiento injustificado de la concursada en detrimento de sus acreedores, también llamado "plan de empresa en la propuesta de acuerdo" por VAISER, sin que, claro está, esto sea un reemplazo de aquel informe del síndico.” CASADIO MARTINEZ esboza una fórmula: “No obstante estimamos que un adecuado análisis de la cuestión no puede soslayar la consideración de otros factores tales como el plan de reorganización empresarial, flujo de fondos futuros, acreedores que conforman la mayoría, entre muchos otros, es decir la "justificación de la propuesta””.

Ahora, la nueva redacción del art. 100 LGS impone el análisis de la viabilidad económica, que el juez deberá tener en cuenta para no disponer la liquidación. Esa necesaria información tiene por efecto equilibrar la información asimétrica de acreedores y puede potenciar soluciones legales como la capitalización del pasivo (arts. 96 y 197 LGS).”

5. OBLIGACIÓN DEL JUEZ.

Los fallos destacan “En todos los casos y aún en ausencia de cuestionamiento alguno, el juez está obligado a examinar si la propuesta es abusiva o importa un fraude a la ley. La solución contraria conllevaría la renuncia al cumplimiento de deberes propios de la función jurisdiccional. Es que le cabe siempre al Poder Judicial decidir si la solución consensuada a que se arribara con las conformidades de la mayoría, lo es sin los vicios descalificantes establecidos por criterios éticos y de equidad” .

En los casos atendidos se trataba de concurso de sociedades. Cuando cerrábamos este ensayo se conoció el trabajo de Daniel Roque VITOLO¹³ también cerrado en el análisis cuantitativo para determinar la abusividad de la propuesta, citando a todos los autores que habrían escrito sobre la abusividad de las propuestas, sin mencionarnos ni a los autores que hoy hablan del esfuerzo compartido. A su vez analiza la abusividad en forma similar en concursos de personas humanas como de sociedades.

Claro que el tema cuantitativo es importante, pero el enfoque también debería ser legal –no formal sino sustancialmente-, cuando no constitucional que es el aspecto mayor de lo legal.

III – MÉTODO PARA ANALIZAR LAS QUITAS EN CONCURSO DE SOCIEDADES.

¹² “Legalidad de la propuesta y del acuerdo en el concurso de sociedades y su homologación” por Dario J. GRAZIABILE – Efraín Hugo RICHARD, en libro AAVV DERECHO CONCURSAL EN EL NUEVO CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL, dirigido por Dario 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.

¹³ “EL CASO DEL CORREO ARGENTINO ¿PUZZLE O UN COMPLEJO MODELO PARA ARMAR EN VARIOS AÑOS?”, publicado en *Revista Doctrina Societaria y Concursal*, Ed. Errepar, Buenos Aires, Marzo 2017, y difundido por el incansable motivador de Cofradía Concursal el mendocino Ricardo Ruiz Vega el 7 de marzo.

Debemos introducirnos, si bien en forma sintética, en el problema de método, que ya hemos abordado en varias ocasiones, particularmente con el advenimiento del Código Civil y Comercial¹⁴.

El tema hace a una visión axiológica del sistema jurídico, conforme el art. 2° CCivCom. Si la sociedad deudora debió expresar en su presentación las razones por las que recurre al concurso preventivo, parecería una incongruencia que allí mismo no anticipara las medidas que ha tomado para atenuar o superar la crisis. Unida a la obligación de los administradores sociales de anticipar el diagnóstico –obligatorio en el caso de sociedades por acciones: la Memoria anual, que impone diagnosticar sobre las actividades en el año que se inicia-. Resulta pertinente, en consecuencia, a traer a cuento el tema del “plan de empresa” con cuya consideración se rindió homenaje a Pedro J. FRÍAS¹⁵, pues la **viabilidad económica debe mantenerse durante toda la vida de la sociedad, incluso durante el concurso es obligación de los órganos sociales de administración formalizar el balance y presentar la memoria anual, que es un plan de negocios, incluso durante el concurso.**

La cuestión conlleva a que el sistema concursal no es una isla y que debe integrarse con todas las normas. Inicialmente señalando que el análisis cuantitativo no está vinculado a un problema constitucional de confiscatoriedad, o sea atentando contra el derecho de propiedad, como hemos sostenido con Palazzo¹⁶ y hemos escuchado en conferencias a Vitolo al sostener el límite de validez de las quitas –por lo menos frente a los que no expresaron opinión, no podían hacerla o formalizaron posición negativa-, sin distinguir en este supuesto entre concurso de personas humanas y jurídicas.

1. LA INTEGRACIÓN SISTÉMICA.

Ahora lo impone el CCC, la unidad del derecho, el derecho especial de las personas jurídicas, las normas imperativas, el rol de garantía del patrimonio social –seudo capital social-, y las demás normas integratorias que tienden a prevenir cuando no a eliminar la crisis de las sociedades. Son imperativas aquellas que ordenan sin facultar una conducta diversa, aludidas en el adagio latino *Ius publicum privatorum pactis mutari nequit*, a las que **DEL VECCHIO** llama taxativas, en latín *normae cogenti o ius cogens*: mandan o imperan independientemente de la voluntad de las partes de manera que no es lícito derogarlas, ni absoluta, ni relativamente en vistas al fin determinado que las partes se propongan alcanzar; porque la obtención de éste fin está cabalmente disciplinada en la

¹⁴ Ntos. “SOBRE EL TÍTULO PRELIMINAR DEL PROYECTO DE CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL”, en El Derecho, diario del 5 de abril de 2013, Buenos Aires; “INTEGRACIÓN DE LA LEY GENERAL DE SOCIEDADES CON EL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL Y RESPONSABILIDAD, INCLUSO DE SOCIOS NO SOLIDARIOS” en *Revista de las sociedades y Concursos*, Director Ricardo A. Nissen, año 17, 2016-3 pág. 3 a 42, Buenos Aires, entre otros.

¹⁵ RICHARD, Efraín Hugo *Estudios en honor de Pedro J. Frías*, editado por la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, 1994, “El plan de empresa, Ética y responsabilidad del empresario”, tomo III pág. 1187.

¹⁶ PALAZZO, José Luis y nosotros “VISION BÁSICA CONSTITUCIONAL DE PROPUESTA ÍRRITA DE QUITA Y ESPERA” en libros “VI Congreso Nacional de Derecho Concursal y IV Congreso Iberoamericano de la Insolvencia”, Rosario 2006, Tomo I pág. 715.

norma misma¹⁷. No es la voluntad de las partes la que constituye el derecho aplicable sino la voluntad de la ley coincidente o no con aquella de las partes. El fin de la norma es de interés público y se identifica con su contenido.

Como normas imperativas en la LGS hemos referido las que aseguran al patrimonio social, que integran lo que sería la función de garantía del capital social¹⁸, y que han sido reconocidas por la jurisprudencia concursal que en seguida referiremos, atendiendo el requerimiento de verificación de créditos y derecho de votar de socios y vinculados.

El tema se centra obviamente en la prelación e integración de normas en torno a las personas jurídicas y específicamente de la sociedad sujeto de derecho, conforme determinación del art. 150 CCC dentro del título 2 Persona Jurídica, Sección 2 Clasificación: “Leyes aplicables. Las personas jurídicas privadas que se constituyen en la República, se rigen: a. por las normas imperativas de la ley especial o, en su defecto, de este Código...”.

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

¹⁷ COLOMBRES, GERVASIO: “*Curso de Derecho Societario*”, Parte General, ed. Abeledo Perrot, 1972, p. 84, siguiendo a GEORG HENRIK VON WRIGHT, “*Norm and action a logical enquiry*”, Londres, 1963.

¹⁸ De “Crisis Patrimoniales de Sociedades Mercantiles” Efraín Hugo Richard (Argentina) –coordinador-, Alicia Ferrer Montenegro (Uruguay) –secretaría académica-, German Monroy Alarcon (Colombia), Esteban Carbonell O’Brien (Perú) e Israel Creimer (Uruguay) –codirectores-, participando José Pajares y Jesús Quijano Gonzales (España) y Teresita Rodríguez Mascardi (Uruguay)-, Publicado en ESTUDIOS DE DERECHO EMPRESARIO, n° 8, octubre 2016, Revista Electrónica en Portal de la Universidad Nacional de Córdoba, donde pueden verse mayores referencias de esta problemática.

El conjunto de leyes integra un sistema jurídico conforme el art. 2 CCC.¹⁹

2. VISION JURISPRUDENCIAL.

Podemos ver esa integración como natural pero a su vez legal, de la legislación societaria y concursal en un par de análisis jurisprudenciales respecto verificación de créditos y voto de acreedores.

2.1. LA OBLIGACIÓN DE LOS SOCIOS.

Son sentencias que hacen referencia a las obligaciones de los socios de dotar el patrimonio de la sociedad, correspondiéndonos los subrayados: Sentencia del TERCER JUZGADO DE PROCESOS CONCURSALES PRIMERA CIRCUNSCRIPCION JUDICIAL, del PODER JUDICIAL MENDOZA, en la causa “KLP EMPRENDIMIENTOS SOCIEDAD ANONIMA P/ MEGACONCURSO”, fechada en Mendoza, 22 de Abril de 2016 del Juez de Mendoza Pablo GONZALEZ MASANES: ANÁLISIS DE LOS CRÉDITOS INSINUADOS...Las constancias de autos demuestran – y la incorporación de este importante crédito en el pasivo concursal, implica reconocer – que la asistencia económica de este acreedor ha sido determinante para el mantenimiento de la actividad de la concursada en orden al cumplimiento de su objeto social. En sentido similar ha concluido Sindicatura y resulta también de las manifestaciones de los órganos de la concursada, conforme ha sido transcripto anteriormente. Si el auxilio económico de un accionista es constante durante varios ejercicios y de tal relevancia que sin él no hubiese resultado posible el sostenimiento de la sociedad o la realización del objeto social (en los términos de los arts. 163 inc. i CCC y 94 inc. 5 LGS, respectivamente), resulta evidente que bajo el ropaje de operaciones de mutuo se encuentra funcionando lo que debió operar como aportes de capital. En otras palabras, **si la sociedad se encontraba infra capitalizada y quería evitar encontrarse en situación de disolución por pérdida del capital social, lo que necesitaba no era la asistencia económica de un socio, sino el aporte de capital suficiente para la consecución de su propósito empresarial (art. 96 LGS)**. Aun cuando se asumiera una perspectiva de menor rigor, que entiende que el capital social funciona de modo intra societario en la determinación de los derechos patrimoniales y políticos de los socios y que su incidencia es irrelevante respecto de los terceros; en el caso no es posible sino arribar a la misma conclusión. En efecto, desde la postura comentada se señala que la función de garantía directa respecto de terceros se encuentra reservada al patrimonio neto, con lo cual la situación de infra capitalización o – como sostiene esta visión – infrapatrimonialización, consiste en la deficiencia del patrimonio para cumplir el objeto social (Dasso Ariel A., Disolución y quiebra de la sociedad: infra capitalización, IX Congreso Argentino de Derecho Concursal – VII Congreso Iberoamericano de la Insolvencia, Crisis y Derecho, Tomo I, p. 164). Como fue expuesto, si el auxilio financiero de un socio resultó determinante para la continuación del giro de la empresa, es simplemente porque la sociedad carecía de los recursos propios y necesarios para sostenerse; o, en otros términos, porque su patrimonio era insuficiente para cumplir con el objeto social. Nada impide que la sociedad recurra al crédito, pero cuando la vital y continua asistencia financiera es prestada por un socio...forzoso es desembocar en dos

¹⁹ Nto. “INTEGRACIÓN DE LA LEY GENERAL DE SOCIEDADES CON EL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL”, en *Revista de las sociedades y Concursos*, Director Ricardo A. Nissen, año 17, 2016-3 pág. 3 a 42, Buenos Aires.

conclusiones: **a) la operación de crédito se hizo eludiendo o remplazando la norma que impone adecuar el patrimonio en cuanto prenda común de los acreedores al objeto social (arts. 12, 154, 163 inc. i y cc. CCC; arts. 94 inc. 5 y 96 LGS) y b) ese accionista- acreedor ha intentado equipararse a los demás acreedores respecto a su posición frente a la prenda común....Es que más que ante una relación acreedor-deudor, nos encontramos frente a una relación sociedad-accionista. Esta relación intrasocietaria sólo puede ser liquidada una vez satisfecho el pasivo social; de otro modo el déficit societario sería absorbido por los acreedores, con el consecuente enriquecimiento del patrimonio social y por ende de los accionistas – particularmente los de control –. (conf. Richard Efraín Hugo, Preconcurso societaria: ¿existe?, IX Congreso Argentino de Derecho Concursal – VII Congreso Iberoamericano de la Insolvencia, Crisis y Derecho, Tomo I, p. 152)....”**

2.2. LA SUBORDINACIÓN DEL SOCIO ACREEDOR.

Ilumina aquél fallo con referencia a la sentencia recaída en la causa "Díaz y Quirini SA s/ concurso preventivo s/ incidente de revisión (promovido por Quirini Augusto)" de la CNCOM – SALA C del 31/05/2012¹, de donde extractamos para nuestro ensayo aspectos de una verificación de créditos en una quiebra de un préstamo de un socio cuando la sociedad estaba insolvente, declarándolo subordinada. Advertimos que de las propias confesiones judiciales nacieron las responsabilidades previstas en el art. 99 LGS, que parece que no se ejercitaron: “Pues bien: cualquiera que sea el alcance que se otorgue –y aún cuando se la niegue- a la obligación de los accionistas de dotar a la sociedad que integran de un capital suficiente para cumplir su objeto, **parece claro que el socio que sabiendo que el ente se halla insolvente, se aviene a prestarle dinero en vez de arbitrar los mecanismos para capitalizarlo, no puede quedar en el concurso de la sociedad, en igualdad de condiciones con los demás acreedores.-** Cuando se verifica –como debe entenderse ocurrido en el caso, a la luz del mismo reconocimiento del interesado- un supuesto de infra capitalización formal de la sociedad del que se desprende que, **pese a haber perdido su capital de riesgo, la sociedad siguió operando en plaza gracias a los fondos entregados, no a título de aporte, sino en calidad de préstamo por los socios,** éstos no pueden aspirar en dicho concurso a disputar derechos a los referidos acreedores.- **Es decir: si la sociedad ha perdido su capital de riesgo debe ser disuelta (art. 94 inc. 5 LS) o capitalizada (art. 206, misma ley).** Con esta aclaración, que no es sino una reiteración: **si, sabiendo que el ente se encuentra en tales condiciones, el socio decide prestarle en lugar de aportar a título de capital, tal decisión no podrá, sobrevenido el concurso, servir de mecanismo para frustrar la función de garantía que a la noción de capital resulta inherente.- Lo contrario importaría tanto como admitir la posibilidad de trasladar el riesgo comercial propio a terceros, lo cual es inadmisibles** y justifica que los créditos así nacidos, sólo puedan ser admitidos con el carácter de subordinados.”...Firman E. R. Machin, Juan R. Garibotto, Julia Villanueva.²⁰

Queda así plasmada una corriente evolutiva, integradora entre la legislación concursal y la societaria frente a la crisis de sociedades.

3. PATRIMONIO SOCIAL NEGATIVO.

La causal de disolución de pérdida del capital social es en realidad la determinación de patrimonio insuficiente para satisfacer el pasivo social, o lo que es lo

²⁰ En ambos casos los subrayados nos corresponden.

mismo la constatación de la inexistencia de valor de la eventual cuota de liquidación para los socios.

Aparece claro frente al género personas jurídicas privadas, dentro de las cuales la sociedad es una especie, que no pueden ser dejadas de lado las normas imperativas de la ley general de sociedades (LGS) en ningún supuesto, conforme determina el art. 150 inc. a CCC.

La ley de concursos y quiebras (LCQ) como todas las regulaciones similares del derecho comparado tienden a atender la crisis apenas se avizora, para la conservación de la empresa y de los puestos de trabajo y la proliferación del daño. En similar sentido se aconsejan las acciones privadas y confidenciales que deben realizar los administradores de la persona jurídica sociedad, conforme su diligencia, tratando de preservar los intereses de los socios, de los trabajadores y de evitar daño a terceros acreedores.

Cuando la crisis se profundiza afectando el equilibrio patrimonial de la sociedad, o sea cuando el patrimonio neto de la misma pasa a ser negativo, la LGS impone conductas a administradores y socios.

El art. 99 LGS fija criterios con “la declaración de haberse comprobado” la causal. Pero ¿cuándo se “declara” la existencia de la causal de disolución de desbalance patrimonial que contablemente se determina como pérdida total del capital social?

Zunino²¹ si bien señala que la causal no opera ipso jure en vinculación con la previsión del art. 235 inc. 4º LGS por “la posibilidad de evitar la disolución si se decide el reintegro total o parcial del capital o su aumento”, en realidad tanto la norma como la opinión parece vinculada a la liquidación. Adviértase que la norma no hace referencia a “causales de disolución”, sino a “disolución de la sociedad; nombramiento, remoción y retribución de los liquidadores”. No hay duda que aquí se refiere a las previsiones de la liquidación de los arts. 101 y ss. LGS. El uso ambiguo de las expresiones “disolución” y “liquidación”, imponen referirse claramente a causales de liquidación (art. 94 LGS) y etapa de liquidación (arts. 101 y ss. LGS). Por otra parte ¿como se evidenciaría para las otras sociedades?

Ratificando nuestra observación, el mismo Zunino páginas antes²² se refiere a “Momento en que puede comprobarse válidamente la causal. Instrumento idóneo. Constatación y presunción.”... “no son censurables, en primera instancia, aquellas opiniones que admiten la constatación por medio de cualquier documento contable que refleje fehacientemente el estado económico-patrimonial de la sociedad... la tesis mayoritaria propende, directa o indirectamente, a establecer en un ejercicio económico anual el lapso a través del cual puede evaluarse concretamente la descapitalización, y por el balance del ejercicio como documento contable adecuado para juzgar sobre el tema...”, haciendo luego consideraciones sobre anticipación por otros medios o relatividad frente a circunstancias especiales.

En nuestro criterio un balance anual aprobado sin observaciones donde aparece un patrimonio neto negativo, sin notas aclaratorias sobre la infravalorización del activo o expresiones en la Memoria que disipen la apreciación contable sobre el patrimonio neto negativo o sea de la insuficiencia de la prenda común de los acreedores, importa una

²¹ ZUNINO, Jorge O. *Sociedades Comerciales – Disolución y liquidación*” tomo 2 Causales y procedimiento. Ed. Astrea, Buenos Aires 1987, tomo II pág. 105.

²² ZUNINO, ob. cit. pág. 101.

declaración de “verdad” del órgano de gobierno, constatando la pérdida del capital social a través de la expresión de patrimonio negativo.

Un jurista que se ha preocupado desde hace muchos años de distintos aspectos del capital social, Miguel C. Araya²³, expresa “Cuando el patrimonio neto de la sociedad se ve afectado por pérdidas hasta alcanzar ese valor que llamamos capital social, el derecho de sociedades reacciona, consagrando medidas que inicialmente son de alerta y generan la necesidad de adoptar prevenciones en relación a ese capital y, más tarde, si esa pérdida se extiende, manda derechamente a disolver la sociedad.... Este esquema constituye uno de los ejes del modelo clásico del capital social, centrado básicamente en su función de garantía... Si la pérdida de capital es total, corresponde la disolución... La pérdida grave es la que se manifiesta en el balance anual de ejercicio, o sea debe surgir de un estado patrimonial por los accionistas, que revele que no se trata de un resultado transitorio. A partir de dicha aprobación, nace la obligación de los directores de la sociedad de convocar a asamblea extraordinaria, a fin de considerar la posible recomposición del capital o la disolución de la sociedad. A diferencia de otras legislaciones, el régimen argentino no fija plazo para el cumplimiento de este deber”.

No hay duda que la pérdida del capital social cuando se formaliza o debió formalizar el balance con tal revelación aparece como de inmediata constatación e impone la convocatoria a los socios. Si hay “recomposición” o reintegración del capital social o su aumento desaparece todo problema aunque hubiere alguna demora, pues ningún daño se generó manteniéndose la garantía de los acreedores.

Si la recomposición no se decide y continúa operando la sociedad, la cuestión de la responsabilidad se retrotrae a la fecha en que se acredite que administradores y socios conocieron o debieron conocer la situación si como debemos presumir, hay acreedores insatisfechos²⁴.

Correlativamente: ¿quién debe darle solución? Sin duda los socios con la opción prevista en el art. 96 LGS²⁵, incluso con la colaboración privada o concursal de los acreedores “capitalizando el pasivo” (arts. 96 y 197 LGS), también previsto en el art. 43 2º párrafo LCQ “capitalización de créditos, inclusive de acreedores laborales, en acciones o en un programa de propiedad participada...”.

Pero siempre son los socios los que deben atender a la solución, no transfiriéndoles el problema a los acreedores con quitas. La quita concursal es un fraude a la ley societaria

²³ ARAYA, Miguel C. “Pérdida del capital social” en *LEY DE SOCIEDADES COMERCIALES – ESTUDIOS A LOS 25 AÑOS DE SU VIGENCIA*, AAVV Director Ricardo Olivera García, Ed. La Ley Uruguay, Montevideo 2015, tomo II pág. 205 y 210.

²⁴ Nto. “Remoción de causales disolutorias y responsabilidad de administradores (y socios) de sociedades: la función de garantía del capital social”, en *Cuestiones Mercantiles en el Código Civil y Comercial de la Nación*, Ed. Fundación para la Investigación y Desarrollo de las Ciencias Jurídicas, Buenos Aires abril 2016, pág. 279. En el debate de esta comunicación en el III Congreso sobre los Aspectos Empresarios en el Código Civil y Comercial de la Nación, realizado en ese mes en Mar del Plata, cuando insistimos que la responsabilidad se generaba al día siguiente de constatada la insuficiencia patrimonial, se debatió unánimemente que no, que esa responsabilidad se generaba al minuto siguiente –corrección que aceptamos-. Posteriormente lo hicimos en “La causal disolutoria de pérdida del capital social”, en *Doctrina Societaria y Concursal ERREPAR* (dsce) tomo/boletín XXVIII, mayo año 2016.

²⁵ Que sin duda es una norma que contiene una opción imperativa, tema que hemos analizado en “EL LABERINTO DE LA PÉRDIDA DEL CAPITAL SOCIAL Y SU REMEDIACIÓN”, publicado a pág. 111 del n° 7 de ESTUDIOS DE DERECHO EMPRESARIO, julio de 2016, en portal de la Universidad Nacional de Córdoba.

en los términos del art. 12 CCC, pues se soslaya la norma imperativa del art. 96 LGS, lo que impediría al juez homologar el acuerdo en los términos del art. 52.4 LCQ.

La quita figura en el listado del art. 43 LCQ, pero no en forma imperativa sino potestativa y como varias otras propuestas que corresponden al concurso de personas humanas como la “constitución de sociedad con los acreedores”, así como varias posteriores son exclusivamente potestativas para sociedades. Si no hay déficit patrimonial una quita sería abusiva, pues la sociedad solo necesitaría espera. Pero si hay déficit patrimonial –evidenciado en un balance con patrimonio neto negativo– son los socios los que deben reintegrar o capitalizar la sociedad por sí o acercando a terceros, compartiendo la propiedad. La quita devendría en un enriquecimiento para ellos violando normas imperativas de la ley societaria.

4. VIABILIDAD DE LA SOCIEDAD.

La empresa viable debe ser conservada como generadora de riqueza y puestos de trabajo. La sociedad es el vehículo jurídico de la actividad empresarial. Esta previsión normativa es aplicable a todos los supuestos, previstos específicamente o **que** se trate de causales a las que la ley no les otorga tratamiento, incluso a las particulares previstas en los estatutos sociales, si los socios acreditan el cumplimiento de los extremos legales para continuar con la actividad de la empresa.

De allí el requisito de viabilidad. Analizamos²⁶ el art. 100 LGS también modificado por la reforma unificadora, concretamente y efectivizando el principio de Conservación de la Empresa, que era sólo una pauta interpretativa en la vieja ley, pero que ahora se lo ha receptado con carácter firme posibilitando la remoción de la causal disolutoria una vez que esta se ha producido. La reforma ha introducido un cambio significativo al texto del artículo 100, de manera tal de promover la conservación de la empresa y de su actividad cuando existe viabilidad económica y social en la sociedad disuelta, permitiendo la remoción de la o las causales disolutorias acaecidas, desde luego sujetas a ciertos requisitos previstos por la propia ley. Sostenemos que la entrada triunfal específica del principio de conservación de la empresa a la ley, que permite la *subsistencia de la actividad de la sociedad cuando hay viabilidad económica y social* es acertada, por cuanto posibilita subsanar causales de disolución cuando ocurren, dejándolas de lado, priorizando a las sociedades comerciales como fuente de trabajo, instrumentos de concentración de capitales y de concertación de negocios y actividades económicas y comerciales con la importancia que esto trae aparejado para la economía de su zona de actuación. En síntesis, la tendencia de la conservación de la empresa que marcó toda una época del Derecho Concursal²⁷ se expande al Derecho Societario.

Su condición de oportunidad es no haber concluído la liquidación y ser decidido por el órgano de gobierno de la sociedad en todo momento, esto es a partir del acaecimiento o la declaración del hecho disolutorio y hasta el momento mismo en que no hubiere operado

²⁶ El art. 100 LGS. BALDUZZI, Leonardo David “La disolución de la persona jurídica como causal de extinción del contrato de agencia” en *El Derecho Societario y de la Empresa en el Nuevo Sistema del Derecho Privado*. Tomo I Ed. XIII Congreso Argentino de Derecho Societario, IV Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa, Universidad de Mendoza – Universidad Nacional de Cuyo, Editorial Advocatus, Córdoba, agosto 2016, pág. 317.

²⁷ ROJO, Ángel en Prólogo de “El INREC en devenir pretérito y actual del Derecho Concursal Comparado”, de BARO, Alejandro y otros. Ed. Inca, Mendoza, República Argentina, p. 17.

la inscripción cancelatoria en el registro público, con dos requisitos “*eliminación de la causa que le dio origen*” y además “*si existe viabilidad económica y social de la subsistencia de la actividad de la sociedad*”.

Corresponde la decisión de sus miembros **adoptada por unanimidad o la mayoría requerida por la ley o el estatuto** (solución que resulta del silencio que guarda el art. 100 LGS).²⁸

No deben necesariamente coincidir temporalmente la remoción de la causal disolutoria y la reactivación o retorno a la actividad social.

No se piense que el Juez debe juzgar sobre el punto. No lo hemos pensado así, como no pensamos que el Juez de Registro tenga que analizar si el capital constitutivo de una sociedad es suficiente o no, como piensa alguna doctrina.

Lo pensamos como Héctor Alegría construyó en el 83 los acuerdos parajudiciales de los arts. 125-1 y 125-2 de la ley de concursos. Una forma de imponer el análisis de la viabilidad económica (la social esta vinculada a cuando es necesario el dictamen sobre impacto ambiental) a administradores para los socios, para que la sociedad inviable no vuelva al mercado a generar problemas. Así como en la Memoria los administradores tienen que prever el normal desenvolvimiento el año siguiente. Como opina Ricardo Olivera García una suerte de “insolvency test” (equity insolvency test). En realidad, es un problema interno de la sociedad, que el registrador debe recibir y asegurar su conocimiento y resguardo, bajo la responsabilidad de socios y administradores en caso de perjuicio a terceros.

Requisito que puede ser anterior, coetáneo o posterior a la resolución de los socios de continuar el giro social²⁹, y frente a lo cual el Juez sólo debe asegurarse del cumplimiento del requisito, que quedará como elemento de convicción si luego se generaran daños en el obrar social. Justamente el art. 100, en su último párrafo³⁰ establece una última condición de admisibilidad: la resolución de reactivación societaria por vía de remoción del hecho disolutorio que hubiera determinado el estado de disolución “*deberá adoptarse sin perjuicio de terceros y de las responsabilidades asumidas*”.

²⁸ Artículo 100.- Remoción de causales de disolución. Las causales de disolución podrán ser removidas mediando decisión del órgano de gobierno y eliminación de la causa que le dio origen, si existe viabilidad económica y social de la subsistencia de la actividad de la sociedad. La resolución deberá adoptarse antes de cancelarse la inscripción, sin perjuicio de terceros y de las responsabilidades asumidas. *Norma de interpretación.* En caso de duda sobre la existencia de una causal de disolución, se estará a favor de la subsistencia de la sociedad.

²⁹ MILLER, Alejandro “La reactivación societaria y la exigencia de viabilidad económica y social” en *El Derecho Societario* Publicado en *El Derecho Societario y de la Empresa en el Nuevo Sistema del Derecho Privado*. Tomo I Ed. XIII Congreso Argentino de Derecho Societario, IV Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa, Universidad de Mendoza – Universidad Nacional de Cuyo, Editorial Advocatus, Córdoba, agosto 2016, pág. 371.

³⁰ Artículo 100.- Remoción de causales de disolución. Las causales de disolución podrán ser removidas mediando decisión del órgano de gobierno y eliminación de la causa que le dio origen, si existe viabilidad económica y social de la subsistencia de la actividad de la sociedad. La resolución deberá adoptarse antes de cancelarse la inscripción, sin perjuicio de terceros y de las responsabilidades asumidas. *Norma de interpretación.* En caso de duda sobre la existencia de una causal de disolución, se estará a favor de la subsistencia de la sociedad.

Si la sociedad es viable económicamente deberá satisfacer todas las obligaciones, pero si ello no acaeciere las responsabilidades generadas se mantienen, y de ello hemos hecho referencia en el inicio de este ensayo.

La responsabilidad contraída por administradores y socios subsiste, como regla de buena fe, pues si la sociedad es económicamente viable no hay duda que su patrimonio generará los medios voluntarios o compulsivos para satisfacer las obligaciones contraídas, sin necesidad de ejercitar la responsabilidad subsidiaria de socios o administradores. Si no es viable no es empresa, no hace falta que genere dividendo, pero si debe tener sustentabilidad para no dañar.

IV - LA RESPONSABILIDAD DE ADMINISTRADORES Y SOCIOS.

La responsabilidad por daños es la consecuencia del incumplimiento de normas imperativas, que hace a la compatibilidad de los arts. 99 LGS y 167 in fine CCC.

No hay duda que las normas sobre responsabilidad no son imperativas, pero si lo es la obligación de obrar que tienen administradores y socios, por lo que la responsabilidad derivará de esa violación de normas imperativas de resultar algún daño.

La responsabilidad se genera ante daño concreto a terceros, incluso a la sociedad y a socios minoritarios, por el actuar de administradores y de ciertos socios, aún en las personas jurídicas con limitación de responsabilidad por no actuar conforme a normas imperativas de la ley y generar ese daño. De todos modos la responsabilidad frente a terceros es siempre subsidiaria, o sea a falta de patrimonio social para satisfacer la obligación, conforme prevén los arts. 143, 242 y 743 CCC.

No hay duda que el poder de decisión acerca de la viabilidad constituye una decisión empresarial, similar a la que sin duda tomarán en cuenta los socios cuando adopten la opción imperativa que les impone el art. 96 LGS si han aprobado un balance con patrimonio neto negativo- que debe asignarse o reconocerse en quien se encuentre interesado en adoptar correctas decisiones.

Los jueces y organismos de control carecen de conocimientos y experiencias para tomar una decisión relativa a esa viabilidad. Ese pronóstico compete exclusivamente a la esfera interna de la sociedad sobre cuyo mérito no deben inmiscuirse ni la autoridad de control ni los jueces, salvo para constatar la existencia del plan como de su resguardo por posibles responsabilidades.

El debido contrapeso al control preventivo lo constituyen, al decir de Mauricio Yadarola, las acciones de responsabilidad contra administradores y socios de corroborarse que arguyeron la viabilidad de mala fe causando daño.

En cuanto a esa viabilidad social la vinculamos casi exclusivamente con los supuestos en que otras normas legales requieren dictámenes de viabilidad ambiental o excluyen ciertas actividades en zonas urbanas. O sea al cumplimiento de otras normas preexistentes.

V. LAS QUITAS EN CONCURSO DE SOCIEDADES. EL ABUSO DE DERECHO Y EL FRAUDE A LA LEY SOCIETARIA.

Las quitas implican un menoscabo al patrimonio de los acreedores que significa un enriquecimiento del patrimonio de la sociedad concursada, pues su pasivo se reduce. Genrando de esa manera una ganancia de este patrimonio concursado que está gravado por el impuesto correspondiente, o sea que implica un costo para la concursada, aunque ese pago se difiera. Nos hemos referido a todo ello, particularmente con el Profesor Jorge Fushimi, abogado y contador.³¹

Los socios abusarían del derecho si en vez de reintegrar el capital o capitalizar la sociedad la concursaran para que los acreedores asuman la pérdida. En tales casos, si el Juez no lo advierte y adopta las medidas del caso, el síndico debería remarcarlo en su informe general, conforme lo previsto en el inc. 7° del art. 39 LCQ, refiriéndose no sólo a la integración del capital social, sino ante la pérdida del capital social –antes de convocarse o después y antes del informe general-, señalando tal circunstancia y si administradores y socios han adoptado las previsiones de los arts. 96 y 99 LGS.

Si fracasara la tratativa extrajudicial de esa capitalización, o la liquidación privada se considerara inviable, recién aparecería lógica la presentación en concurso, formalizada temporáneamente con ese proceso. Y la capitalización de los créditos quirografarios puede ser la propuesta superadora para lograr un acuerdo. Quita y espera impuestas en acuerdo concursal importan enriquecimiento para los socios y empobrecimiento para los acreedores, un verdadero abuso de derecho y fraude a la ley, reafirmado en el Código en análisis.³²

Ante propuestas de quita en concurso de sociedades se abren nuevas posibilidades a la judicatura para evitar el daño y encauzar la cuestión, conservando la empresa.

El CCC en su Título Preliminar³³ se refiere a un eje normativo, donde el mismo hace a la centralidad del derecho privado, imponiendo el derecho como sistema sobre las normas individuales, tanto por su art. 2° “coherente con todo el ordenamiento”, como por los arts. 10 y 12 CCivCom en cuanto refieren a las normas imperativas y la aplicación de la teoría del abuso del derecho y fraude a la ley si se intenta evitarlas a través de la aplicación de otras normas, apareciendo por la invocación a la “buena fe” en el art. 9° CCivcom, como un Código para la seguridad jurídica de las transacciones comerciales.

La apreciación lógica es simple y la reiteramos: si la sociedad tiene un mero problema de cesación de pagos, un activo corriente inferior al pasivo corriente, una espera –corta o muy larga- solucionará el problema. Si tiene patrimonio neto positivo no se advierte la necesidad de una quita.

Si la sociedad tiene un patrimonio neto neutro o negativo se ha producido una causal de disolución que impone su liquidación salvo que los socios decidan reintegrar el capital social o capitalizar, sea ellos mismos o terceros, incluso por la capitalización de pasivo (arts. 96 y 197 LGS). De no hacerlo, resulta responsabilidad de administradores, y

³¹ FUSHIMI, Jorge Fernando – RICHARD, Efraín Hugo “EL BALANCE Y LA QUITA EN CONCURSOS DE SOCIEDADES Y SU TRATAMIENTO CONTABLE Y FISCAL (con algunos aspectos periféricos)”, en *ASPECTOS CONTABLES, IMPOSITIVOS Y PREVISIONALES EN LAS SOCIEDADES Y LOS CONCURSOS*, Obra colectiva, Director Martín Arecha, Págs. 153 a 162. Publicación del Instituto Argentino de Derecho Comercial. Editorial Legis Argentina SA, Buenos Aires, Abril de 2013.

³² Nto. “Insolvencia societaria en el Proyecto de Código”, en diario La Ley del 4 de marzo de 2013, pág. 1 y ss..correspondiente al tomo La Ley 2013-B.

³³ Nto. ya citado “SOBRE EL TÍTULO PRELIMINAR DEL PROYECTO DE CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL”, en El Derecho, diario del 5 de abril de 2013, Buenos Aires.

quizá de socios³⁴, si el pasivo no resultara satisfecho. Intentar una quita en el concurso, cuya presentación es ratificada por los socios, implica un fraude a la ley societaria intentando que los acreedores asuman las obligaciones que tienen los socios, y los enriquezcan.

¿Esto no es impeditivo de la homologación de una propuesta en concurso de sociedad a tenor del art. 52 ap. 4 LCQ? Recuérdense: impone al juez no homologar en ningún caso frente a abuso de derecho o fraude a la ley.

No tenemos duda que un juez deberá afrontar esta lógica y descartarla expresamente si decide homologar un acuerdo de quita en el concurso de una sociedad. Lo que podría ser aceptable en el concurso de una persona humana –salvo confiscatoriedad- difícilmente pueda catalogarse como que es un fraude a normas imperativas de la ley societaria.

Ante ciertos criterios que reducen la juricidad de las quitas al valor recibido por encima de lo que correspondería en liquidación (“*the best interest of creditors*”) apuntamos que ello es lógico en el caso de personas humanas, pero descartable para personas jurídicas, especialmente societarias, por la función de garantía del capital social que hemos analizado. Se sostenía que los límites de la legalidad se entienden traspasados cuando existe afectación del interés u orden público³⁵. Con criterios bivalentes se ha expresado recientemente “*Su* frente a un pedido de homologación judicial de una propuesta de acuerdo preventivo, donde se han cumplido las debidas formalidades del proceso y obtenido las mayorías exigidas por la LCQ, cuál es el aspecto que debe observar un juez para homologarla o no. No cabe duda que el aspecto económico de dicha propuesta es el centro de la cuestión, es decir el ofrecimiento que la concursada hace a sus acreedores. Frente a ello la doctrina y la jurisprudencia han realizado un gran esfuerzo semántico, pero poco preciso y racional en términos de realidad económica. - Es decir, el juzgador debe observar la propuesta económica que formula la concursada desde un doble punto de observación. El primero, que el ofrecimiento sea razonable en términos financieros para ambas partes (deudor y acreedor), y tal vez nos inclinamos a señalar que debe ser más favorable para el acreedor, ya que el concursado, se benefició con la quita y espera del concurso preventivo. El segundo, que la propuesta sea igual o mejor que el dividendo liquidativo de la quiebra. Porque es fácil advertir, que entonces es más conveniente al acreedor que la empresa quiebre y su acreencia sea satisfecha con el producido falencial.”³⁶

VI. EL “ESFUERZO COMPARTIDO” EN CONCURSO DE SOCIEDADES.

Parte de la doctrina clásica ha intentado morigerar nuestra interpretación interativa de la legislación societaria sosteniendo la legalidad del “esfuerzo compartido”.³⁷

³⁴ Nto. “EL ART. 99 LEY 19.550 Y CAUSALES DE DISOLUCIÓN DE SOCIEDADES (De cómo evitar responsabilidad ante la insolvencia societaria)”, en RDCO 2013-A- pág. 663, año 46, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires 2013.

³⁵ Numerosas sentencias destacan la afectación del interés público, así, entre otras, CNCom., sala B, 3-9-96, “Covello, Francisca s/Quiebra s/Incidente de apelación y CNCom., sala A, 9-4-97, “Btsh, José David s/Quiebra s/inc.” (art. 250)”, CNCom., sala B, 8-3-2002, “Jorsar SA s/Concurso preventivo” y CNCom., sala C, 4-9-2001, “Línea Vanguard SA s/Conc. prev”.

³⁶ BARREIRA DELFINO, Eduardo A. – CAMERINI, Marcelo A. “EL DIFUSO Y ABSTRUSO CONCURSO DE CORREO ARGENTINO S.A.”, publicado en El Derecho 8 de marzo de 2017.

³⁷ “Si bien es cierto que la insolvencia no concede al deudor una irrestricta facultad para ofrecer cualquier plan de pagos, que expolie a los acreedores o les imponga sacrificios desmedidos, pues un concurso preventivo es, entre otras cosas, una herramienta al servicio de un reparto equitativo de los sacrificios que

Empiezan juristas especializados en concursos, como Truffat, Botteri³⁸ y Carlino³⁹, a aceptar que para la quita no configure una ilegalidad debe existir “esfuerzo compartido”, o sea quitas equivalentes a los aportes de los socios. De todas formas esto significa un enriquecimiento ilegal de los socios, con una carga impositiva para la sociedad –Impuesto a las Ganancias- que desaparecería si el porcentaje de quita ingresa como capitalización a la sociedad. Sobre la ilegalidad de las quitas hemos mantenido respetuosas polémicas.⁴⁰

TRUFFAT ha escrito⁴¹ “Con respeto a la propuesta concordataria propiamente dicha, extraigo –como consecuencia de lo antedicho- 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.

La solución es la capitalización de pasivos que hoy se aconseja en las reformas en la legislación de crisis, de acreedores profesionales, pero porque no incluir a los proveedores que han vinculado su futuro con la sociedad proveída en crisis, compartiendo así un proyecto productivo en común.

Pero la capitalización de pasivo también puede implicar un abuso en ciertos casos, particularmente cuando la viabilidad de la sociedad está comprometida, esas dudas sobre las ventajas de la capitalización han sido expresadas por la jurisprudencia, en el caso “Baugruppe S.R.L. s/ quiebra” rechazando la homologación de un acuerdo que ofrece la

deudor y acreedores deben hacer en aras de principios superiores, no lo es menos que en casos de convocatorias de acreedores vinculadas material y fácticamente a hechos económicos y financieros que llevaron a la declaración oficial de emergencia productiva y crediticia dispuesta por la ley 23.561 (art. 1°), el criterio de la judicatura no puede ser el mismo que en situaciones de estabilidad y normalidad.” Del fallo en la causa "Editorial Perfil SA s/ concurso preventivo" de la CNCOM de fecha 19/09/2007, en la forzada homologación del acuerdo propuesto. Ante la práctica expropiatoria en los concursos de sociedades, el “reparto equitativo de los sacrificios” del considerando es la idea del esfuerzo compartido de algunos autores para aceptar las quitas, que referimos.

³⁸ BOTTERI, José David “Notas sobre las quitas concursales, acuerdos abusivos y la integración entre el nuevo Código Civil y la Ley de Concursos y Quiebras 24.522”, en *Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones* Nro. 278, (Mayo/Junio de 2016).

³⁹ CARLINO, Bernardo “Las quitas a los pasivos deben ser proporcionales o menores a la inyección de fondos de los socios (art. 96 LGS)”, en *CRISIS Y DERECHO* IV Congreso Argentino de Derecho Concursal – VII Congreso Iberoamericano de Derecho de la Insolvencia, Córdoba, septiembre 2015, Ed. Fespresa, tomo III El sistema concursal, pág. 48.

⁴⁰ Ntos. ¿CAPITALISMO DE REPOSICIÓN vs. CAPITALISMO DONATARIO?, en *Doctrina Societaria y Concursal*, Ed. Errepar, Buenos Aires n° 286 año xxv, tomo XXIII pág. 933 septiembre 2011; el ya mencionado “EL LABERINTO DE LA PÉRDIDA DEL CAPITAL SOCIAL Y SU REMEDIACIÓN”, publicado a pág. 111 del n° 7 de ESTUDIOS DE DERECHO EMPRESARIO, julio de 2016, en portal de la Universidad Nacional de Córdoba; y “ANTE LAS CRISIS SOCIETARIAS CONSULTAMOS LA LEY ESPECIFICA”, publicado en RDCO, 2016.

⁴¹ 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.

capitalización de créditos ante el dudoso y reducido valor de las participaciones en el capital de la empresa insolvente: “Es que, como bien se sostuvo en el dictamen que antecede, no explicitó la deudora cuál es el beneficio que obtendrían los acreedores en adquirir cuotas partes de una sociedad sin actividad alguna, que no genera ganancias, siendo su única actividad el recupero de créditos litigiosos. Así, la propuesta de acuerdo formulada resulta por demás escabrosa al no existir elementos que permitan evaluar la rentabilidad de la empresa, ni siquiera el valor de las cuotas partes ofrecidas”. Particularmente la capitalización de pasivos en casos de inexistencia de posibilidades de la sociedad de generar utilidades o sea de satisfacer los recaudos previstos en el art. 100 LGS, obligatorio si hubiera pérdida del capital social, se calificaría porque al haber pago total por compensación se eliminan acciones contra fiadores y deudores solidarios, como así también acciones de responsabilidad.’

Recuérdese que la quita es tratada impositivamente como ganancia, aunque se difiera su pago.

De la exposición anterior resulta que el derecho concursal ofrece herramientas adecuadas para evitar las quitas y esperas desmesuradas impuestas con mayorías artificiales. Para impedir las quitas basta con tratarlas correctamente desde la normativa concursal, acudiendo a los propios criterios contenidos en la normativa falencial (art. 52 inc. 2, b) apartado (iv) LCQ) y a principios generales del ordenamiento como la proscripción del fraude de ley y del abuso de derecho⁴²

Otro camino para evitar la declaración de quiebra sería imponer a la sociedad concursada como “tercera vía” atender la cuestión por la vía de aplicación de normas imperativas de la ley societaria ante la presencia de causales de disolución que debieron enfrentar, según el caso, concordante con las vías de la norma imperativa del art. 96 LGS, que prevé la capitalización de pasivo⁴³, pero no la quita. Los socios deberían “compartir” el riesgo pero no enriquecerse so pretexto de la conservación de la empresa.

El enriquecimiento por quitas es claro en el beneficio de los socios, el pasivo se contrae, el activo insuficiente pasa a ser mayor lo que podría llegar hasta para permitir distribuir utilidades. Por ello la quita es imponible como ganancia, difiriendo su pago hasta 4 años o antes si se reparten utilidades.

Es una colaboración con el esforzado trabajo de la judicatura, imponiéndose recordar que ante la insolvencia o sea la pérdida del capital social de las sociedades previenen los arts. 94 inc. 5°, 96, 99 y 100 LGS, que aseguran la capitalización o la liquidación de la sociedad. Esas previsiones imperativas no podrán ser soslayadas por la homologación de un acuerdo o la imposición de condiciones como “tercera vía” que

⁴² Esta es la solución propuesta por Monti acogida por CNCom., Sala F, en el referido caso “Baugruppe S.R.L. s/ quiebra” que explícitamente señala: “Así pues, los magistrados siempre se encuentran facultados -y aún constreñidos- a valorar los principios que informan el orden jurídico en su integridad, porque la legislación concursal no es una isla o un compartimiento estanco, circunstancia que conduce a que deba siempre prevalecer el interés general del comercio, del crédito y de la comunidad en general por sobre el individual de los acreedores o del deudor”.

⁴³ La capitalización del pasivo puede sugerirse como equilibrio con las quitas, introduciendo cláusulas de compra forzosa de las acciones entregadas con la quita prevista, decidida por el acreedor ahora accionista, o por decisión de los socios pagando por las acciones el cien por ciento de la acreencia dentro de un periodo determinado.

supongan quitas, enriqueciendo así a los socios y perjudicando a los acreedores, cuando el equilibrio se logra como hemos señalado.⁴⁴

VII. EL CRITERIO CUANTITATIVO Y EL SUSTANCIALISTA.

Con el decurso de este análisis, la propuesta concursal –que únicamente se cuestiona por abusividad frente a la cuantificación de quitas más esperas- debería analizarse desde la abusividad sustancial hasta el fraude a la ley societaria, conforme el estado patrimonial de esta persona jurídica privada.

El tema se perfila así de otra manera si se formalizan propuestas de quita en concurso de sociedades: si no se ha producido la pérdida del capital social habría abuso de derecho pues sólo sería necesaria una espera⁴⁵; y si se hubiera producido la pérdida del mismo y se intentara violar las normas de la función de garantía del capital social y consistencia del patrimonio social, implicaría un fraude a la ley societaria en sus normas imperativas.

Si hay abuso el juez debería aplicar la norma del art. 10 del Título Preliminar CCC: “... El juez debe ordenar lo necesario para evitar los efectos del ejercicio abusivo o de la situación jurídica abusiva y si correspondiere, procurar la reposición al estado de hecho anterior y fijar una indemnización”. Es el caso de una sociedad que continúa su operatoria en el mercado contrariando normas imperativas de la ley y transfiriendo el riesgo, normalmente generando daño, intentando obtener quitas en un concurso preventivo para que los socios ni reintegren el capital ni acepten nuevos socios con la capitalización de pasivo.

Si hay fraude, la norma será la del artículo 12 del Título Preliminar del Código Civil y Comercial se refiere al “Orden público” y al “Fraude a la ley”: *“Las convenciones particulares no pueden dejar sin efecto las leyes en cuya observancia esté interesado el orden público. El acto respecto del cual se invoque el amparo de un texto legal, que persiga un resultado sustancialmente análogo al prohibido por una norma imperativa, se considera otorgado en fraude a la ley. En ese caso, el acto debe someterse a la norma imperativa que se trata de eludir”*.

Obviamente la disposición del art. 52 inc.4 LCQ le impondrá la indubitable resolución pues “En ningún caso el juez homologará una propuesta abusiva o en fraude a la ley”, y en el caso de concurso de sociedades, se entenderá que la propuesta que contenga quitas es por lo menos abusiva si no se ha perdido el capital social y si se lo ha perdido, es en fraude a normas imperativas de la ley específica. A su vez también pueden ser abusivas o en fraude al derecho de propiedad constitucionalmente protegido por confiscatoriedad⁴⁶ por quiénes no aceptaron las quitas –si se considera el derecho de propiedad de orden público sería irrenunciable a tenor del art. 12 CCC, particularmente por estar destinado a

⁴⁴ Nto. AMANECE, QUE NO ES POCO... (Sobre crisis societarias), en *Revista de las Sociedades y Concursos*, Editorial FIDAS, Director Ricardo A. Nissén, año 16, 2015 Nos. 2/3, pág. 99, Buenos Aires abril 2016.

⁴⁵ Eventualmente sin intereses o con un ajuste de intereses.

⁴⁶ El citado ensayo con PALAZZO, José Luis y nosotros “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, T. I pág. 715.

beneficiar a los socios que justamente han soslayado el cumplimiento de una norma imperativa de la ley –art. 96 LGS y 167 CCC-.⁴⁷

No se trata de responsabilizar a nadie, ni administradores ni socios, que para ello tiene que haber daño, tratamos de alertar para que no se genere daño, o se acote ante un evento impensable, conforme las previsiones imperativas de la ley de sociedades en torno a la función de garantía del capital social como forma de tutelar su patrimonio y a los terceros que contratan en la misma, y no se sorprenda a la judicatura por medio de abusos en procesos concursales de sociedades.

Pero aunque un juez no entendiera que cada uno de esos aspectos hace ilegítima la homologación, no podrá dejar de analizarlos individual y conjuntamente al revisar tradicionalmente la abusividad de la propuesta.

Bastará advertir que no se adoptaron soluciones societarias, que no se afrontó la crisis oportunamente, que sólo se exige un sacrificio a los acreedores, que para imponer la mayoría aparece un tercero adquirente de un crédito que se “despoja” de su derecho, que no aparece ningún elemento de seriedad –ni antes ni después de la apertura del concurso- para enfrentar la crisis, para que la propuesta no sea homologada. Allí se abrirá –pues estamos ensayando sobre sociedades- el proceso previsto en el art. 48 LCQ.”⁴⁸

Recuérdese que la Corte en el caso Comercial del Plata inició la atención sobre el régimen societario para anticiparse a la crisis y actuar como medios preconcursales⁴⁹, incluso la solución final ante idas y vueltas fue la capitalización del pasivo.

VIII – CONCLUYENDO Y RESUMIENDO.

En el Instituto Iberoamericano de Derecho Concursal aparece un interés cada vez mayor en el análisis sistémico, en animarse a zonas extrañas frente a las crisis concursales de sociedades. Llevaría a un equilibrio de derechos, a mejorar costos y asegurar la eficiencia, pero creemos difícil que ciertos cenáculos acepten un cambio de su visión originalista encerrada en las soluciones concursales, en apoyar a la concursada a cualquier efecto, tratando de evitar la quiebra, aún ante la inviabilidad económica que desencadeará nuevas crisis, eventualmente no concursales sino sociales.

Nos esforzamos desde hace muchos años en distinguir la crisis del patrimonio de una persona humana del de una persona jurídica⁵⁰, y seguiremos haciéndolo, nos hace bien el diálogo, sobre todo tan respetuoso en las diversas polémicas que hemos mantenido. Vovemos al artículo sobre hermenéutica en torno a la interpretación originalista vs.

⁴⁷ Nto. “EL LABERINTO DE LA PÉRDIDA DEL CAPITAL SOCIAL Y SU REMEDIACIÓN” en pág. 111 del n° 7 de ESTUDIOS DE DERECHO EMPRESARIO, julio de 2016, en portal de la Universidad Nacional de Córdoba.

⁴⁸ Cfme. “Legalidad de la propuesta y del acuerdo en el concurso de sociedades y su homologación” por Dario J. GRAZIABILE – Efraín Hugo RICHARD, en libro AAVV DERECHO CONCURSAL EN EL NUEVO CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL, dirigido por Dario 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.

⁴⁹ Nto. “¿REORGANIZACIÓN SOCIETARIA O CONCURSAL ANTE LA CRISIS? (UN “OBITER DICTUM” DE LA CORTE)”, en libro colectivo AAVV “Reestructuración y Reorganización Empresarial en las Sociedades y los Concursos”, citado 3.

⁵⁰ En *Perspectiva del Derecho de la Insolvencia*, edición de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Ed. Advocatus, Córdoba 2010, y algunos trabajos que hemos citado en el decurso de este ensayo.

Interpretación progresiva o evolutiva, que si bien explica que no intenta un “método” ese último párrafo será orientador: “hemos aclarado que no estamos frente a un método de interpretación, sino ante una explicación de las condiciones para acercarnos a una comprensión del objeto en cuestión. Consideramos que la aceptación por parte del intérprete de tales condiciones lo pondrá, sin lugar a dudas, en una mejor posición, de entendimiento, apertura y amplitud de horizonte, que le permitirá *luego* aplicar herramientas o métodos científicos del derecho para lograr la interpretación más adecuada al caso, considerando las expectativas de equidad dominante en la comunidad jurídica”, aunque la cuestión no se corresponda a textos constitucionales –aunque si también– “sancionados en tiempos de considerable antigüedad en relación al presente”. El juez debe afrontar el problema.

Por eso en este panel sobre las facultades del órgano judicial, no tenemos duda que el juez concursal debe asumir con criterio sustancialista el análisis de la legalidad de las quitas en los procesos concursales de sociedades. Aunque sea para rechazar nuestra posición y señalar la legalidad de la propuesta y el consiguiente acuerdo.

Esto no excluye la preocupación que hemos formalizado sobre la enseñanza del derecho societario y el concursal en torno a la crisis de las sociedades: es nuestra obligación pensar, y enseñar a pensar y no meramente a repetir, como hemos visto ocurre con jurisprudencia y doctrina.⁵¹

Como bien señala Julio Chiappini, aún si la enseñanza mostrara todo el panorama y no sólo la que el docente repite: “El estudiante de derecho o el profesor habitan sobre todo el mundo del derecho pensado: *law in books* (Roscoe Pound). El abogado o el juez habitan más bien el mundo del derecho vivido: *law in act*”. Los teóricos moran, en general los más panchos, en el séptimo cielo, que Dante reservó a los contemplativos. Y los que se dedican a los litigios suelen yacer en el séptimo círculo, que Dante reservó a los violentos... el ejercicio profesional en cualquiera de las materias siempre está un poco o mucho sometido al lobby... En la Argentina no hemos institucionalizado los lobbys. No los que se involucran en los procesos legislativos. El problema es que de hecho sobrellevamos lobistas que pasean en los tribunales de justicia. Gestores VIP. Algunos de veras y, otros, claro, vendedores de humo. Bailan la danza de la lluvia. Creo que cuando la litigiosidad en materia comercial sea tribunalicia, en cámaras arbitrales y demás pulularán más los lobistas. Por ejemplo, los que quieren acercarse al síndico en los concursos y quiebras. O al juez de comercio. O los supuestamente enviados por el Poder Ejecutivo o por grandes empresas. Urden en trámites...”⁵².

Parece motivante que la doctrina colabore, y no sólo en Argentina, en la difícil tarea de la magistratura para encontrar el equilibrio de las sociedades en el sistema jurídico, desde su nacimiento como personas jurídicas, hasta sus crisis previstas en las normas del

⁵¹ Nto. “LA ENSEÑANZA Y LA INVESTIGACIÓN DEL DERECHO SOCIETARIO DE CRISIS”, en *Anuario XV (2013-2014)* del Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba, pág. 351, editado en Córdoba diciembre 2015.

⁵² CHIAPPINI, Julio “El Derecho pensado y el Derecho vivido. Por ejemplo, el Derecho Comercial” en *Doctrina Societaria y Concursal*, Ed. Errepar, n° 350, Enero 2017, Buenos Aires, pág. 65 y ss, sugiriendo leerlo sin desperdicio como así también el artículo publicado en la misma Revista en el pasado mes de Diciembre.

CCC y en la específica LGS, inclusive con algunos reflejos en la legislación concursal⁵³, imponiendo una visión sistémica de las crisis de esas personas jurídicas.

⁵³ Nto. “LA FUNCIÓN DE GARANTÍA DEL PATRIMONIO: CONEXIÓN DEL SISTEMA SOCIETARIO CON EL CONCURSAL. CRISIS Y TERMINOLOGÍA” en *El Derecho Societario y de la Empresa en el Nuevo Sistema del Derecho Privado*. Tomo III, XIII Congreso Argentino de Derecho Societario, IV Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa, Universidad de Mendoza – Universidad Nacional de Cuyo, Ed. Advocatus, Córdoba agosto 2016, pág. 2017; y “EL EQUILIBRIO DE LAS SOLUCIONES SOCIETARIAS PARA EVITAR SU CRISIS Y DAÑAR. INTERPRETACIÓN CONGRUENTE CON LA LEY CONCURSAL” en la misma publicación y tomo pág. 2025.