



MÁSTER EN DERECHO EMPRESARIAL

MEDIDAS PARA LA PROTECCION DE LOS CRÉDITOS DE LOS TERCEROS FRENTE A LAS

SOCIEDADES ANÓNIMAS EN CRISIS

AUTORA: MAIDA GISELLE KARAGUEZIAN

DNI: 35.067.548

DIRECTOR DE TESIS: DR. CRISTIAN FOX

BUENOS AIRES, 04 DE ABRIL DEL 2022

ÍNDICE TEMÁTICO

- I. Introducción
- II. Objetivo
- III. Análisis normativo
 - A. El rol de los accionistas y directores en las Sociedades Anónimas
 - 1. Accionistas
 - 2. Directores
 - B. Normas Imperativas del derecho societario.
 - 1. Capital Social.
 - 2. Responsabilidad de los directores y accionistas.
 - C. Medidas concursales: Efectos.
 - 1. Concursados/ fallidos
 - 1.1. Concurso preventivo
 - 1.2. Quiebra
 - C.2 Acreedores
 - C.2.1 Concurso preventivo
 - C.2.2 Quiebra
- IV. Mecanismos ineficaces de protección de derechos de terceros y propuestas de cambio.
 - A. Estados contables.
 - B. Capital social
 - C. Responsabilidad de accionistas y directores
 - D. Quitas
 - E. Proceso concursal
 - F. Esperas y suspensión de intereses.
- V. Conclusión.

I. INTRODUCCIÓN

Las sociedades son instrumentos jurídicos y técnicos fundamentales dentro de la actividad económica de un país ya que en líneas generales son quienes (i) coordinan, dirigen y controlan procesos de producción, (ii) crean o aumentan la utilidad de bienes añadiéndoles valor, (iii) generan empleo, (iv) producen riquezas, e (v) impulsan grandes innovaciones que posibilitan el desarrollo económico, entre otras funciones. Pero, ¿qué sucede cuando la sociedad en lugar de generar riquezas y empleo produce daños y/o transmite la responsabilidad de sus socios y administradores a los terceros?

En Argentina, se ha convertido en una práctica habitual que frente a una crisis económico-patrimonial de la sociedad, los administradores y socios o accionistas eludan la funcionalidad societaria, ignorando las normas imperativas que resguardan su uso funcional. Esto se materializa en la práctica generalizada de omitir la confección de los balances anuales o la de ignorar sus resultados, que determinan la insuficiencia patrimonial para afrontar la actividad económica o la existencia de un pasivo que excede las proporciones del activo. Al ignorar los balances y los resultados, las mencionadas figuras incumplen con sus obligaciones relacionadas con la revisión del patrimonio activo y pasivo ordinario corriente para el año inmediato y el mantenimiento del patrimonio activo suficiente para satisfacer el pasivo sin pérdida de capital social.

Con el fin de minimizar el daño a los acreedores y empleados, las normas societarias han impuesto uniformemente en cabeza de los socios o accionistas y administradores la obligación de anticiparse a las crisis y en el caso de que exista insuficiencia patrimonial, proceder a la liquidación, el reintegro o capitalización de la sociedad. Sin perjuicio de ello, la práctica generalizada demuestra que la crisis

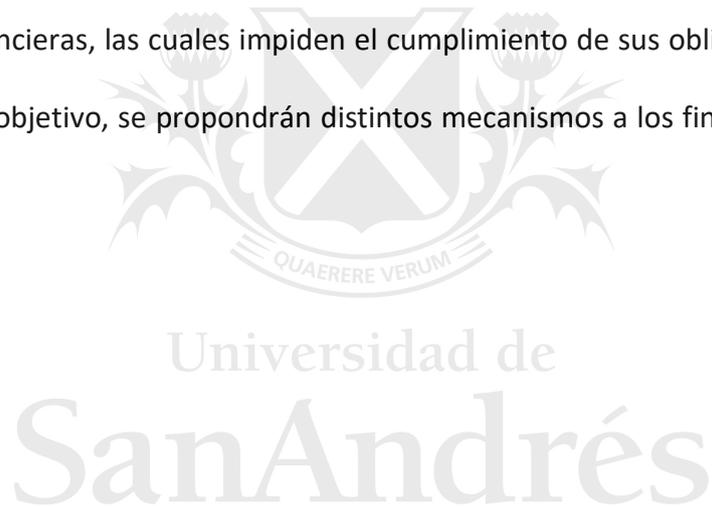
económica societaria termina desembocando en un concurso preventivo cuyos mecanismos tienden a transferir las obligaciones societarias de los accionistas a los acreedores, enriqueciendo a aquellos responsables de la situación y vulnerando los derechos de los terceros que encuentran sus créditos comprometidos. La pretensión de que sean los terceros quienes solucionen el conflicto se puede observar mediante la imposición del sistema de quitas o esperas en derecho concursal, el cual se encuentra justificado mediante la doctrina del esfuerzo compartido.

Por otro lado, la actitud omisiva los creadores de la sociedad o sus titulares, junto con la de los administradores designados por ellos, genera su responsabilidad y la posibilidad de que los terceros lleven a cabo acciones contra ellos. Pero, tanto la responsabilidad de los directores y accionistas, como la solicitud de concurso preventivo, entre otros; son mecanismos poco eficaces para proteger a los terceros dado que tienen lugar una vez que se ha producido el daño.

Es por todo lo expuesto que considero necesario que se determinen mecanismos eficaces de protección de los terceros ante la negligencia en el actuar de los responsables de las sociedades o de aquellos que las han creado y que estos puedan adaptarse a la realidad de la práctica societaria. Como ha sido mencionado, en la actualidad, la mayoría de los mecanismos existentes tienden a responsabilizar y/o intentar paliar daños ya generados, en lugar de focalizarse en su prevención a los fines de proteger a aquellos cuyos derechos terminan siendo vulnerados. Es fundamental para proteger a los terceros y otorgarles seguridad jurídica, la creación de distintos mecanismos eficaces de remediación de la situación a los fines de evitar la insolvencia y el estado de cesación de pago.

II. OBJETIVO

Durante la presente tesis, procederemos a focalizarnos en la situación que atraviesan las sociedades conocidas como Sociedades Anónimas (en adelante, “S.A.” o la “Sociedad”). Realizaremos un análisis normativo de leyes como la Ley General de Sociedades (o “LGS”), la Ley de Concursos y Quiebras (LCQ) y el Código Civil y Comercial de la Nación (CCCN), entre otras. Plantearemos la elaboración una propuesta de lineamientos y directrices que brinden seguridad técnica y jurídica para los terceros involucrados con las Sociedades que atraviesan situaciones de insolvencia o crisis económico-financieras, las cuales impiden el cumplimiento de sus obligaciones. Con el fin de lograr el objetivo, se propondrán distintos mecanismos a los fines de solucionar este conflicto.



III. ANÁLISIS NORMATIVO.

A. EL ROL DE LOS ACCIONISTAS Y DIRECTORES DE LAS S.A.

1. ACCIONISTAS.

El término “Accionista” refiere a aquella persona física o jurídica poseedora de la titularidad de las acciones emitidas por la sociedad, lo cual implica que se los considera como sus propietarios. La propiedad de la sociedad es proporcional a la cantidad de acciones que poseen sobre el total de su capital. La LGS les otorga derechos, facultades y obligaciones.

En cuanto a los derechos de los accionistas, podemos mencionar los siguientes:

- **Derecho de voz y voto:** Es la potestad de dar opiniones y manifestar su voluntad durante las asambleas de accionistas.
- **Derecho de preferencia y acrecer:** Tienen preferencia para suscribir nuevas acciones de la misma clase y acrecer en proporción a ellas (Art. 194 y 195 LGS).
- **Derecho de receso:** Los accionistas tienen la posibilidad de retirarse de la sociedad, obteniendo una contraprestación cuando la asamblea de accionistas apruebe modificaciones estructurales en la Sociedad (Art. 244 y 245 LGS).
- **Derecho a recibir los beneficios y el derecho a la cuota de liquidación.**
- **Derecho a la información:** refiere al derecho de examinar los libros y papeles sociales y solicitar a los directores los informes que estimen pertinentes, (si se ha prescindido de la sindicatura- Art. 55 LGS). Asimismo, el artículo 249 LGS los faculta a solicitar, a su costa, copias firmadas de las actas de asambleas.

Por otro lado, los accionistas pueden hacer uso de las siguientes facultades:

- **Convocatoria de asambleas ordinarias y extraordinarias:** Los accionistas con al menos 5% del capital social, pueden convocar asambleas, debiendo indicar los temas a tratar durante la misma (Art. 236 LGS).
- La asamblea podrá designar a uno o más síndicos, quienes estarán a cargo de fiscalizar la Sociedad. Las funciones de la **sindicatura** son: (i) fiscalizar la administración de la sociedad, examinando por lo menos una vez cada tres meses los libros, documentación, disponibilidades, títulos valores y el cumplimiento de las obligaciones, (ii) solicitar la confección de balances de comprobación, (iii) asistir con voz, (sin voto) a las reuniones del directorio, comité ejecutivo y de la asamblea, (iv) controlar la garantía de los directores y corregir cualquier irregularidad, (v) presentar a la asamblea un informe escrito y fundado sobre la situación económico-financiera de la Sociedad, dictaminando sobre los estados contables, (vi) suministrar información a los accionistas con no menos del 2% del capital sobre las materias de su competencia, (vii) convocar asambleas cuando omitiere hacerlo el directorio, (viii) incluir puntos que considere pertinentes en el orden del día de las asambleas, (ix) vigilar que los órganos sociales cumplan con la ley, estatuto, reglamento y decisiones asamblearias, (x) fiscalizar la liquidación de la sociedad, (xi) investigar las denuncias formuladas por escrito por accionistas con no menos del 2% del capital. La Sociedad podrá prescindir de la sindicatura por medio del estatuto (Art. 284 y 294 LGS), siempre que no se encuentre comprendida en los supuestos mencionados en el artículo 299 de la LGS.

- Los accionistas podrán incorporar en el estatuto la creación, organización y funcionamiento de un **consejo de vigilancia**, integrado por tres a quince accionistas que hayan sido designados por la asamblea. Estos deberán fiscalizar la gestión del directorio, examinando la contabilidad y bienes sociales, realizando arqueos de caja y recabando informes sobre contratos celebrados o en trámite de celebración. El directorio deberá presentarle, por lo menos trimestralmente, informes de su gestión social. Entre otras funciones del consejo de vigilancia, podemos mencionar la presentación de sus observaciones sobre la memoria del directorio y los estados contables a la asamblea; la convocatoria a asamblea cuando lo estime necesario o sea requerida por accionistas con más del 5% del capital social; la designación de una o más comisiones para investigar cuestiones o denuncias de accionistas o vigilar la ejecución de sus decisiones y en los supuestos en los cuales la Sociedad haya prescindido de la sindicatura, contratar una auditoría anual y someter su informe sobre estados contables en la asamblea. Ahora bien, el estatuto podrá otorgarle otras funciones tales como aprobar o rechazar determinado actos o contratos y/o delegarle la elección de los integrantes del directorio. (Art. 280, 281 y 283 LGS). El Consejo de vigilancia posee además las facultades de los síndicos mencionadas en el punto anterior. La creación de consejo de vigilancia no es obligatoria y la Sociedad puede prescindir de la misma.
- Asimismo, a través de las asambleas, los accionistas pueden considerar y resolver sobre: (i) el balance general, estado de resultados, distribución de ganancias,

memoria e informe del síndico¹, (ii) toda otra medida relativa a la gestión de la Sociedad conforme a la ley y el estatuto o que sometan a su decisión el directorio, el consejo de vigilancia o los síndicos, (iii) designar, reelegir y/o revocar a los miembros del directorio, síndicos o consejo de vigilancia y establecer su remuneración, (iv) aprobar la gestión de los miembros del directorio², (v) aprobar aumentos, reducciones o reintegros del capital social, (vi) el rescate, reembolso y amortización de las acciones, (vii) medidas relacionadas con la fusión, transformación y disolución de la Sociedad, (viii) limitación o suspensión del derecho de suscripción preferente mencionado con anterioridad, (x) emisión de debentures y conversión en acciones y (x) emisión de bonos

En cuanto a sus obligaciones, los accionistas se comprometen a: (1) integrar el **aporte de capital** de la sociedad al momento de su constitución o dentro del plazo para el pago del saldo adeudado, el cual no puede exceder los dos años desde la fecha de constitución de la Sociedad, (2) **soportar las pérdidas** económicas, (3) **obrar con lealtad** hacia la sociedad, absteniéndose de votar en los acuerdos en los que posea un interés contrario al social (Art. 248 LGS), (4) denunciar intereses contrarios a los socios, **impugnando judicialmente** toda resolución de la asamblea adoptada en violación de la ley, el estatuto o el reglamento, siempre que no hubieren votado favorablemente en ella, o que hayan estado ausentes y acrediten su calidad de accionistas a la fecha de la decisión impugnada (Artículo 251 y 252 LGS) o por medio de

¹ Nótese que siempre que mencionamos a la figura del síndico o consejo de vigilancia, nos referimos a aquellos casos en los que no se haya prescindido de su actuación.

² En el caso de que la asamblea no apruebe la gestión del directorio, tanto la Sociedad como los accionistas con el 5% del capital social podrán iniciar la acción social de responsabilidad (Art. 275 y 276 LGS) y acciones individuales contra ellos (Art. 279 LGS).

la solicitud como medida cautelar de la **intervención judicial** de la sociedad cuando el o los administradores de la sociedad realicen actos o incurran en omisiones que la pongan en peligro grave (Art. 113 y 114 LGS) y (5) responder por todos los actos de la sociedad.

A2. DIRECTORES

Son “directores” aquellos que han sido designados por la asamblea de accionistas o el consejo de vigilancia con el objeto de llevar a cabo la administración y representación de la Sociedad a través del órgano social denominado “directorio” (Art. 255 LGS). El directorio puede ser individual o colegiado y su vínculo con la Sociedad se encuentra determinado en el estatuto social. No es obligatorio ser accionista para ser director y su mandato lo determinará el estatuto, no pudiendo exceder los tres ejercicios

El directorio es un órgano de carácter permanente y continuo, sin perjuicio de que sus miembros sean objeto de remoción o reelección por medio de una decisión asamblearia. Al mencionar la función de administración, nos referimos a que este órgano posee el poder de decisión, ejecución y dirección de los negocios y operaciones cotidianas de la Sociedad, mientras que la función de representación implica que el presidente del directorio actúa en nombre y representación de la sociedad de manera vinculante hacia terceros. Para cumplir con las mencionadas funciones, el directorio tiene la obligación de reunirse, por lo menos, una vez cada tres meses, salvo que el estatuto exigiere mayor número de reuniones, sin perjuicio de las que se pudieren celebrar por pedido de cualquier director.

Uno de los principales derechos que poseen los directores refiere a la percepción de honorarios por los servicios otorgados a la Sociedad. El Art. 261 de la LGS establece que los honorarios pueden fijarse por medio de cláusulas estatutarias o por decisión de la

asamblea de accionistas o el consejo de vigilancia. Asimismo, determina los montos máximos que pueden percibir, limitándola a un porcentaje de las ganancias de la Sociedad durante el ejercicio en función y la posibilidad de superar los topes legales en el caso en el cual se den las condiciones establecidas en el mencionado.

Otro derecho que tienen los directores es el de asistir con voz a todas las asambleas. Sólo tendrán voto en la medida que les corresponda como accionistas (Art 240 LGS). Este derecho también tiene carácter de obligación.

En cuanto a las obligaciones, los directores tienen la obligación de poner a disposición de los accionistas, con cierta antelación, los estados contables anuales, el compromiso previo de fusión y los balances especiales de fusión para su consideración por las respectivas asambleas (Art. 67 y 83, inc. 2 de la LGS) y cumplir con las decisiones determinadas en la asamblea de accionistas (Art. 233 LGS). Además, el presidente del directorio o su reemplazante deberá presidir las asambleas (Art. 242 LGS).

Al igual que los accionistas, los directores tienen la obligación de **impugnar judicialmente** toda resolución de la asamblea adoptada en violación de la ley, el estatuto o el reglamento (Artículo 251 LGS).

El director puede celebrar con la sociedad los contratos que sean de la actividad en que éste opere y siempre que se concierten en las condiciones del mercado (Art. 271 LGS). No obstante, en los supuestos en los que posean un interés contrario a la sociedad, deberán hacerle saber la situación al directorio y los síndicos, absteniéndose de intervenir en la deliberación (Art. 272 LGS). Asimismo, no pueden participar por cuenta propia o de terceros en actividades que hacen a la competencia de la Sociedad, salvo que estas sean autorizadas por la asamblea (Art. 273 LGS).

Por otro lado, es importante destacar que los directores tienen la obligación de proveer una garantía a favor de la sociedad, dado que el desempeño de sus funciones puede ocasionar graves perjuicios a la sociedad (Art. 256 LGS). La Sociedad determinará la garantía que los directores de deben otorgar por su eventual responsabilidad en el desempeño del cargo. No obstante, la Inspección General de Justicia (IGJ) determina ciertos límites al monto de la mencionada garantía. Por medio de la Resolución General (RG) 15/2021, se modificó el artículo 76 del Anexo “A” de la RG No. 7/2015, determinando que el monto de la garantía deberá ser igual para todos los directores, no pudiendo ser inferior al 60% del monto del capital social en forma conjunta, ni inferior a \$300.000 ni superior a \$1.000.000 por cada director.

En el caso en el cual el director incumpla con las obligaciones mencionadas ut supra, incurrirá en incumplimiento de su deber de obrar con lealtad y diligencia de un buen hombre de negocios, convirtiéndose en responsables solidaria e ilimitadamente ante los daños y perjuicios que resultaren de su acción u omisión (Art. 59 LGS). Procederemos a analizar la responsabilidad de los directores en el próximo considerando.

B. NORMAS IMPERATIVAS DE LA LEGISLACIÓN SOCIETARIA.

A los fines de realizar el análisis normativo, es importante remarcar que las normas se clasifican como imperativas o supletorias. Se consideran imperativas cuando no es posible sustraerse a lo que obliga o prohíbe, no pudiendo ser modificada según la voluntad de las personas intervinientes. Por otro lado, son supletorias cuando lo dispuesto por la norma puede modificarse según la voluntad de las personas intervinientes en la situación jurídica. Frente al supuesto en el que las partes no hayan expresado su voluntad, ambas se someterán a lo dispuesto por la normativa. En conclusión, las normas imperativas se imponen ante la voluntad de las partes y deben ser cumplidas aunque las partes en común acuerdo quisieran que no fuera así, imponiendo obligaciones, responsabilidades o prohibiciones.

Estas normas imperativas, pueden ser consideradas de orden público, el cual se encuentra definido en el artículo 12 del CCCN cuando menciona que “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.”

Las normas imperativas del derecho societario tienden a evitar la insolvencia de la sociedad y, por consiguiente, evitar daños a terceros por incumplimiento de sus obligaciones. La autonomía de la voluntad se encuentra acotada por la existencia de normas imperativas para las personas jurídicas. En este sentido, el Código Civil y Comercial de la Nación establece en su artículo 150 inciso a, que las personas jurídicas

privadas que se constituyen en la República se rigen por las normas imperativas de la ley especial o, en su defecto, de este Código.

Se consideran entonces, normas imperativas del derecho societario a aquellas que prohíben determinadas cláusulas (art. 13 LGS), aseguran la representación orgánica con el régimen de responsabilidad pertinente y la consistencia patrimonial o liquidación en caso de insuficiencia del activo frente al pasivo. Son normas imperativas, de orden público, irrenunciables e inderogables, indisponibles.

1 CAPITAL SOCIAL.

Antes de proceder al análisis normativo del capital social, considero pertinente explicar brevemente el funcionamiento contable de las sociedades.

Habitualmente se logra tener una imagen del estado financiero de la empresa al momento del cierre del ejercicio por medio de la presentación de los balances, los cuales ofrece una fotografía de la estructura económica y financiera en un momento concreto de la vida de la empresa (normalmente al inicio y al cierre del ejercicio). Dentro del balance, se determinan tres grandes masas patrimoniales: (i) activo: son los bienes y derechos que posee la sociedad en un momento determinado y aquellos a partir de los cuales puede generar valor y recursos, (ii) pasivo: son las deudas y obligaciones que ha contraído la empresa para poder financiar los activos que posee en el momento en que se realiza el balance y (iii) patrimonio neto: es el conjunto de bienes y servicios que posee una sociedad en un momento determinado y se encuentra conformado por el capital social (aportes de los accionistas), las reservas (beneficios de años anteriores no distribuidos- art. 70 LGS) y los resultados del ejercicio corriente (art. 64 LGS). El pasivo no puede ser igual o superior que el activo, dado que en este supuesto la sociedad

debería disolverse por el agotamiento de los bienes destinados a sostenerla (art. 163 inciso i CCCN).

Procederemos entonces a focalizarnos en el concepto del capital social, dado que la normativa que se desarrolla en torno al mencionado es considerada imperativa. Se considera capital social al monto establecido en el acto constitutivo de la sociedad, expresado en moneda nacional, que valora los aportes comprometidos por los accionistas.

Cabe destacar que existen distintas corrientes doctrinarias respecto de la importancia del capital social en las sociedades. Por un lado, algunos autores defienden la noción estática del mismo, mientras que otros consideran que el capital social debería ser dinámico.

En cuanto a los autores que defienden la noción estática del mismo, estos consideran que el capital es único, determinado y efectivo, debiendo mantenerse inalterado durante la vida de la sociedad, con excepción de los supuestos de aumentos o reducción de capital. Esta corriente se apoya en determinadas normas de la LGS, tales como los artículos 40, 68, 71, 187, 205, 206 y 220 de la LGS.

Quienes apoyan la segunda corriente, consideran que existe una sobrevaloración del capital social y que su mantenimiento se encuentra relacionado con el cumplimiento de necesidades del pasado, cuando a falta de otros medios para conocer el crédito de la sociedad, se accedía a los estatutos y al monto fijado en concepto de capital social. El capital era considerado intangible, lo que afianzaba la creencia de que ese monto estaría presente si los acreedores y accionistas deseaban acceder al mismo. No obstante, esta corriente considera que el capital no es intangible

sino este es sólo el número que refleja la cantidad de dinero recibido por la sociedad en pago de sus acciones. A poco de iniciadas las operaciones este dinero se convertirá en bienes o en créditos o en cualquier otra cosa integrante del activo (y del pasivo). A partir de ese momento la palabra capital social sirve sólo como recordatorio de las sumas que fueron aportadas por los accionistas y para distribuir las utilidades y pérdidas entre ellos.

Por otro lado, en cuanto a las principales funciones del capital, estas pueden clasificarse en función de garantía, función organizativa y función de productividad.

El capital social constituye una función de garantía patrimonial ante los terceros dado que se considera como la porción del patrimonio social que no puede ser distribuida entre los socios. Las normas societarias al respecto, tienden a evitar daños a terceros y son consideradas de orden público e imperativas, constituyendo su incumplimiento, un abuso de la personalidad societaria.

En cuanto a la función organizativa, se considera que el capital organiza la estructura financiera de la sociedad y precisa la posición jurídica de los socios en la misma, fijando la participación que posee cada uno respecto de las decisiones sociales, la participación de dividendos, composición de directorio, etc.

Por último, la función de productividad hace a la funcionalidad de la sociedad y a la posibilidad de cumplir con el objeto social. Refiere a la aplicación del fondo común para la producción e intercambio de bienes y servicios.

Ahora bien, la LGS establece en su artículo 94 inciso 5 que la Sociedad deberá disolverse en caso de pérdida del capital social a partir de su declaración, que se produce cuando el órgano de gobierno toma conocimiento del balance presentado por la administración, del que resulte patrimonio neto neutro o negativo.

Cabe destacar que el hecho de que la Sociedad tenga alguna causal para su disolución no entraña automáticamente su liquidación y su declaración recae sobre el órgano de gobierno. Sin embargo, las causales de disolución generan una alerta y una alteración del sistema de responsabilidad por la eventualidad de daños para los administradores.

Ahora bien, la LGS determina en su artículo 96 que en los casos en los que se dé lugar a la pérdida del capital social, la disolución no procederá si los socios acuerdan el reintegro total o parcial del mismo o su aumento. Ello implica que les otorga a los accionistas dos opciones imperativas que no pueden ser alteradas: reintegrar el capital o iniciar la etapa liquidatoria. Frente al supuesto en el que los accionistas no tomen alguna de estas medidas, incurrirán en una antijuridicidad y de existir daño deberán satisfacerlo.

En concordancia con éste, el artículo 100 de la mencionada ley determina que las causales de disolución pueden ser removidas por la decisión del órgano de gobierno, siempre que se elimine la causal que le dio origen y en los supuestos en los que exista viabilidad económica y social de la subsistencia de la actividad de la Sociedad. Asimismo, agrega que, ante la duda sobre la existencia de la causal de disolución, se estará a favor de la subsistencia de la sociedad. Esta decisión deberá ser adoptada por el órgano de gobierno de la sociedad.

Frente a supuestos en los que se compromete la viabilidad de las empresas, aparece un orden público social: la conservación de la empresa por el efecto social y económico en la región, y la conservación del empleo, y el derecho constitucional de propiedad de los acreedores y a trabajar de sus empleados.

Cabe destacar que a través de los artículos 94 inciso 5 (causal de disolución por pérdida de capital social), 96 (reintegro total o parcial o aumento de capital ante su pérdida para evitar la disolución) y 100 (remoción de causales de disolución ante la remediación de la causal que le dio origen), la LGS ha intentado generar un régimen de conservación de la sociedad, prevención de crisis y daños a acreedores, imponiendo subsanar la causal de disolución como requisito para continuar con la actividad societaria y respetando el principio de que los socios deben soportar las pérdidas de la sociedad.

En cuanto al régimen de conservación de la sociedad, este se dará en los supuestos en los que haya viabilidad económica y social y cuando sea posible subsanar las causales de disolución y se justifica en priorizar a las sociedades como fuente de trabajo, instrumentos de concentración de capitales y de concentración de negocios y actividades comerciales. La viabilidad económica y social se encuentra vinculada a las facultades y deberes de los administradores de la sociedad, particularmente se denota la misma en la confección de los balances y formulación de la Memoria en su caso.

Ello implica que, ante la existencia de un balance con patrimonio neto negativo y sin reservas, la Memoria deberá considerar la proyección futura anual o la consideración de este en fecha posterior por el órgano de gobierno. Los mismos serán sometidos a aprobación de la asamblea por lo que tanto los administradores como los accionistas serán conscientes de la viabilidad de la sociedad y las posibilidades de consecución del objeto o necesidad de capitalizar la sociedad por pérdida de capital social o disolverla. En caso contrario, serán responsables ante los terceros.

Cabe destacar que la pérdida del capital social no necesariamente imposibilita funcionar al ente, pues con adecuada administración financiera, es posible mantener capacidad operativa sin afectar posibilidades de cumplir el objeto social, pero ello conlleva la posibilidad de dañar, al continuar el giro si luego no se satisface el pasivo.

La libertad para decidir esa continuación sin capitalizar la sociedad, en la esperanza de negocios exitosos, no liberaría de asumir el pasivo insoluto, la satisfacción de obligaciones contraídas y las acciones de responsabilidad si puede imputarse su causalidad. Teniendo en cuenta lo mencionado con anterioridad, los accionistas con un buen plan de negocios presentado por los directores, podrán optar por no liquidar e intentar la patrimonialización de la sociedad por el reintegro del capital

Una opción distinta al reintegro de capital o la liquidación de la sociedad que pueden aplicar los accionistas a los fines de paliar la situación, es por medio de la capitalización de la sociedad por los socios (por medio del derecho de preferencia y acrecer mencionado en el apartado A) o por terceros. Se trata de la capitalización del pasivo, permitiéndoles colocar sus participaciones en el mercado.

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, podemos concluir que 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 que ese accionista-

acreedor ha intentado equipararse a los demás acreedores respecto a su posición frente a la prenda común. En esta situación la sociedad solo puede ser liquidada una vez satisfecho el pasivo social, ya que de otro modo, el déficit societario sería absorbido por los acreedores, con el consecuente enriquecimiento del patrimonio social y por ende de los accionistas.

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).

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 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, pasando a obtener el carácter de créditos subordinados.

Respecto al régimen de prevención de crisis y daño a los acreedores, esto es congruente con el principio de integridad del capital social y sus funciones dado que si la defensa del interés de los acreedores descansa en la función de retención patrimonial que tiene asignada la cifra del capital social, parece razonable que si el mismo se encuentra comprometido, poniendo en peligro a los terceros, se adopte una solución.

En conclusión, son fundamentales las previsiones en torno a cómo debe procederse cuando se detecten o produzca la causal de disolución del art. 94 inc. 5 LGS, imponiendo deberes a los administradores y accionistas, tales como el aumento o reintegración del capital social, capitalización del pasivo o liquidación de la sociedad, como medidas preventivas ante una crisis de insolvencia y apertura de un concurso preventivo.

2. RESPONSABILIDAD DE LOS DIRECTORES Y ACCIONISTAS.

Otra de las normas imperativas que mencionamos con anterioridad refiere al régimen de limitación de responsabilidad, el cual es considerado de orden público, por lo que sus normas son inderogables por los accionistas y constituye un límite respecto de los terceros, independientemente del régimen de limitación de la misma o de las precisiones estatutarias adoptadas. El carácter imperativo es en beneficio de terceros, y su apartamiento constituye una antijuridicidad, por lo que de generarse daño deberán hacerse responsables por el mismo.

2.1. DIRECTORES

El principio general de la responsabilidad de los directores en las S.A. refiere a que estos no contraen responsabilidad personal ni solidaria por los actos válidos y legales que han sido realizados de conformidad con la ley, el estatuto y las resoluciones asamblearias, y en tanto hayan observado el cumplimiento del objeto social. El artículo 58 de la LGS apoya lo mencionado articulando que el administrador o el representante, obliga a ésta por todos los actos que no sean notoriamente extraños al objeto social.

El punto de partida para determinar la forma en la que deben actuar los directores se encuentra establecido en el artículo 59 de la LGS, el cual precisa que los administradores y los representantes de la sociedad deben obrar con la lealtad y con la diligencia de un buen hombre de negocios. La diligencia de un buen hombre de negocios se impone que particularmente ante la crisis y la inseguridad jurídica, donde los administradores deben replantearse los negocios y determinar la aptitud de la organización de la sociedad y de la funcionalidad de sus negocios. Se trata de la planificación, que se trasunta en las sociedades por acciones en la Memoria anual, aunque sea en un mínimo.

En caso de infracción responden ilimitada y solidariamente por los daños y perjuicios que resultaren de su acción u omisión, no solo sus administradores sino también aquellos miembros que, conociendo o debiendo conocer la situación y contando con el poder de decisión necesario para ponerle fin, omitieren adoptar las medidas necesarias al efecto. Cabe destacar, que la responsabilidad ilimitada no queda circunscripta únicamente a la garantía que deben constituir todos los directores, sino que estos responderán también con todo su patrimonio.

Para que la responsabilidad de los administradores opere, es necesaria la existencia real de culpa o dolo por parte del administrador. Esta culpa puede ser: (i) cuando se ejecutan decisiones que violan disposiciones legales o estatutarias, (ii) cuando no se cumple con las obligaciones que emanan de la ley, el estatuto o las resoluciones asamblearias o (iii) cuando se admite que se cometan faltas, descuidos o inobservancias de funciones en perjuicio de la sociedad.

Asimismo, el Código Civil y Comercial de la Nación en concordancia con la norma mencionada, agrega en su artículo 159 que “los administradores de la persona jurídica deben obrar con lealtad y diligencia. No pueden perseguir ni favorecer intereses contrarios a los de la persona jurídica. Si en determinada operación los tuvieron por sí o por interpósita persona, deben hacerlo saber a los demás miembros del órgano de administración o en su caso al órgano de gobierno y abstenerse de cualquier intervención relacionada con dicha operación. Les corresponde implementar sistemas y medios preventivos que reduzcan el riesgo de conflictos de intereses en sus relaciones con la persona jurídica”; y el 160 “Los administradores responden en forma ilimitada y solidaria frente a la persona jurídica, sus miembros y terceros, por los daños causados por su culpa en el ejercicio o con ocasión de sus funciones, por acción u omisión”.

También consideramos pertinente destacar que los directores se encuentran alcanzados por la teoría general de la responsabilidad del art. 1710 del Código Civil y Comercial de la Nación, el cual determina que “toda persona tiene el deber, en cuanto de ella depende, de: a) evitar un daño no justificado; b) adoptar, de buena fe y conforme a las circunstancias, las medidas para evitar que se produzca un daño, o disminuir su magnitud, si tales medidas evitan o disminuyen la magnitud de un daño del cual un tercero sería responsable, tiene derecho a que éste le reembolse el valor de los gastos en que incurrió conforme a las reglas del enriquecimiento sin causa; y c) no agravar el daño si ya se produjo”. Es por ello que concluyo que el deber de actuar con lealtad y con la diligencia de un buen hombre de negocios, incluye el deber de prevención del daño y reparación del mismo en el caso de que ya se haya producido. Ello implica que no solo deben evitar causar un daño no justificado por medio de la adopción de medidas para

prevenirlo, sino que una vez que el daño sea causado, deben no agravarlo, adoptando medidas a los fines de mitigarlo.

Por otro lado, la normativa mencionada ut supra indica que los directores deberán hacer prevalecer el interés social sobre cualquier otro interés. De esta forma, se encuentran imposibilitados de realizar cualquier tipo de operación que genere conflicto de intereses con la Sociedad, prohibiéndoles, por ejemplo, la utilización/afectación de activos sociales y el aprovechamiento de información u oportunidades de negocios para beneficio propio o de terceros. La LGS dispone en su artículo 272 de la LGS, que los administradores o representantes que tuviera un interés contrario al interés social deberán hacérselo saber al órgano que integra, si fuese colegiado, y al de fiscalización en su caso y abstenerse de intervenir en la deliberación; y en el artículo 273 LGS que los directores se encuentran imposibilitados, ya sea por cuenta propia o de terceros de realizar actividades en competencia de la sociedad, salvo autorización expresa de los socios.

Ahora bien, ¿Qué sucede en el supuesto en el que los directores realicen un mal desempeño en su cargo? El artículo 274 de la LGS responde responsabilizándolos en forma ilimitada y solidaria para con la Sociedad, los accionistas y los terceros perjudicados tanto por el mal desempeño en sus funciones, como por la violación de la ley, el estatuto o reglamento y por cualquier daño producido por dolo, abuso de facultades o culpa grave. No obstante, la imputación de responsabilidad considerará la actuación individual quedando exento de responsabilidad el director que participó en la deliberación o resolución o que la conoció, si deja constancia escrita de su protesta y

diera noticia al síndico antes que su responsabilidad se denuncie al directorio, al síndico, a la asamblea, a la autoridad competente, o se ejerza la acción judicial.

Por otro lado, consideramos pertinente remarcar que los accionistas de la sociedad poseen la facultad de aprobar la gestión del directorio durante las asambleas. En el supuesto en el que se dé lugar a su aprobación se produce la extinción de la responsabilidad del director, siempre que esa responsabilidad no sea por violación de la ley, del estatuto o reglamento o si no mediara la oposición de los accionistas poseedores del 5 % del capital social. Sin perjuicio de ello, cabe destacar que la aprobación de los estados contables no implica la de la gestión de los directores, administradores, gerentes, miembros del consejo de vigilancia o síndicos, hayan o no votado en la respectiva decisión, ni importa la liberación de responsabilidades (Art. 72 LGS). La gestión de los directores deberá ser aprobada en un punto del orden del día independiente de la aprobación de los estados contables, a los fines de ser considerada válida para la extinción de responsabilidad.

Por otro lado, a los fines de preservar a la Sociedad de las consecuencias de una mala gestión de sus administradores, la LGS ha conferido a los accionistas, a título personal, y a los terceros la posibilidad de accionar contra los directores de la sociedad, por los daños sufridos a título personal. La regulación de la responsabilidad de los administradores de una sociedad anónima por su gestión operativa y empresaria admite la promoción de las siguientes acciones sociales: la mayoritaria de responsabilidad (puede ser articulada por el representante legal de la sociedad y, en su defecto, por cualquier accionista, previa decisión al respecto una asamblea ordinaria -arts.234 inc. 3º, 274, 276 y 277 LGS); la minoritaria de responsabilidad (deducida por los

accionistas que representen por lo menos el 5% del capital social - arts. 274, 275 y 276 LGS); la subrogatoria concursal de responsabilidad (sucede en caso de quiebras donde la extinción de responsabilidad es ineficaz - art. 175, ley 24.522, y arts. 275 y 278, LGS); y la acción de responsabilidad concursal (art. 166, ley 24.522). En cuanto a los terceros, estos pueden accionar contra los directores por medio de las acciones individuales de responsabilidad determinadas en los artículos 274 y 279 LGS.

En conclusión, el primer principio para evitar generar daño y las consiguientes acciones de responsabilidad a quiénes lo hubieren causado, directa o indirectamente es asegurar la viabilidad del negocio. Los administradores deberán determinar si la sociedad es patrimonialmente apta para el cumplimiento del objeto social. Una vez determinado, deberán someterlo a la consideración de los accionistas a los fines de prevenir la insolvencia de las mismas e impedir la transferencia de los daños a los acreedores. Si los administradores continúan la operación de una sociedad, ello se advertirá rápidamente en la no satisfacción de las obligaciones sociales. Frente a este supuesto, los administradores asumirán la responsabilidad. Los acreedores sociales que acrediten haber sufrido daño por el accionar de administradores de sociedades que hubieran asumido esas obligaciones en conocimiento del estado de cesación de pagos, pueden promoverles acciones individuales de responsabilidad.

B.2 ACCIONISTAS.

La LGS establece en su artículo 163 el principio sobre el que versa la responsabilidad de los accionistas, disponiendo que “el capital se representa por acciones y los socios limitan su responsabilidad a la integración de las acciones

suscriptas”. La ampliación de responsabilidad del socio tiene alcance en los supuestos en los que la actuación de la sociedad encubra la consecución de fines extrasocietarios constituyendo un mero recurso para violar la ley, el orden público o la buena fe o para frustrar derechos de terceros. En estos casos, se imputará directamente a los accionistas o a los controlantes que la hicieron posible, quienes responderán solidaria e ilimitadamente por los perjuicios causados. La ampliación de responsabilidad no resulta aplicable frente al mero incumplimiento de una norma específica o la comisión de actos ilícitos aislados por parte de la Sociedad.

En concordancia con lo mencionado ut supra, la LGS dispone en su artículo 144 que cualquier tipo de actuación que se realice con fines ajenos a la persona jurídica, constituyendo un recurso para violar la ley, el orden público o la buena fe o para frustrar derechos de cualquier persona, se imputará en forma solidaria e ilimitada a aquellos que la hicieron posible (socios, asociados, miembros o controlantes directos o indirectos). perjuicios causados.

Ello implica que si los accionistas incumplieron una norma, ya sea implicando culpa o dolo, deberán reparar el daño efectivamente sufrido. El alcance de la reparación va a depender del factor de atribución en el que incurrieron (dolo o culpa).

Frente al supuesto de darse lugar a una causal de disolución de la sociedad y es acreditada pero decide continuarse con el giro normal de los negocios, incluso ratificando una presentación en concurso, la responsabilidad por daños pesaría sobre los socios que mayoritariamente soslayaron las soluciones imperativas de la ley societaria y, en abuso de derecho, intentaron que los acreedores cubrieran el exceso de

pasivo, siempre que los directores hayan gestionado correctamente sus deberes. De no ser así, estos también deberán responder ante los terceros.

Por otro lado, la responsabilidad de socios nacerá indubitablemente cuando aquellos soslayando la opción del art. 96 LGS ratifiquen la presentación en concurso prevista por art. 6 de la ley 24522 (LCQ).

Además, la LGS establece en su artículo 56 que “la sentencia que se pronuncie contra la sociedad tiene fuerza de cosa juzgada contra los socios en relación a su responsabilidad social y puede ser ejecutada contra ellos, previa excusión de los bienes sociales, según corresponda de acuerdo con el tipo de sociedad de que se trate”.

Asimismo, los accionistas que votaren favorablemente por resoluciones declaradas nulas, responderán ilimitada y solidariamente ante las consecuencias que la aprobación haya generado, independientemente de que también responderán los directores, síndicos o integrantes del consejo de vigilancia (si no se prescindo de los mismos).

Ahora bien, ante el supuesto de insolvencia de la Sociedad, consideramos pertinente remarcar que la responsabilidad limitada y solidaria de los accionistas desaparece. Frente a estos supuestos, la responsabilidad de los accionistas no será exigible por los acreedores sino sólo por la sociedad, a través de sus administradores o liquidadores que advierten la insolvencia o por el síndico en caso de quiebra decretada, por ser los momentos legales en los que se comprueba la insuficiencia del pasivo.

Por último, considero importante remarcar la existencia de la Ley de Responsabilidad Penal Empresarial, la cual se expide acerca de los casos de responsabilidad penal aplicable a las sociedades en los supuestos en los cuales hayan incurrido en: (a) cohecho y tráfico de influencias, nacional y transnacional, (b)

negociaciones incompatibles con el ejercicio de funciones públicas, (c) concusión, (d) enriquecimiento ilícito de funcionarios y empleados y (e) confección de balances e informes falsos agravados. Frente a estos supuestos, se considera a las personas como responsables ya sea que los mismos hayan sido realizados directa o indirectamente, con su intervención o en su nombre, interés o beneficio. La persona jurídica quedará exenta de responsabilidad sólo si la persona humana que cometió el delito hubiere actuado en su exclusivo beneficio y sin generar provecho alguno para aquella.



C. MEDIDAS CONCURSALES: EFECTOS.

Ante el incumplimiento de las obligaciones contraídas por la Sociedad, el acreedor puede iniciar una acción individual contra la misma. Sin embargo, esto plantea una problemática en el supuesto de existencia de varios acreedores e insuficiencia patrimonial para la satisfacción de todos los créditos, dado que algunos acreedores cobrarían la totalidad del crédito mientras que otros no cobrarán nada, dependiendo de cuán rápido haya actuado cada uno.

Frente a esta situación, la Ley de Concursos y Quiebras propone a los procesos concursales como una opción para proteger los intereses de todos los acreedores, asegurándoles el cobro de sus créditos en igualdad de condiciones. Entre los mecanismos concursales, se destaca el concurso preventivo, la quiebra y el acuerdo preventivo extrajudicial (APE).

Se considera concurso preventivo a aquel proceso tendiente a lograr un acuerdo entre el deudor y los acreedores a los fines de superar el estado de cesación de pagos, permitiendo al deudor continuar con sus actividades y evitar la liquidación de su activo, es decir, la quiebra. Este debe ser solicitado por el representante legal, previa resolución del órgano de administración y posterior ratificación del órgano de gobierno para continuar con el mismo.

Mientras que la quiebra es un proceso que tiene como objetivo liquidar todos los bienes del deudor para hacer frente al cumplimiento de sus obligaciones.

Por otro lado, La LCQ agrega como proceso al APE, definiéndolo como un acuerdo por el cual el deudor ofrece a todos o parte de sus acreedores diferentes

propuestas (quita, espera, entrega de bienes, emisión de obligaciones negociables, etc), tendientes a superar el estado de cesación de pago o las dificultades económicas o financieras de carácter general de manera rápida, económica, discrecional y con menor formalismo que el resto de los procedimientos concursales (Art. 69 LCQ). Este acuerdo se somete a mediación judicial logrando los mismos efectos que el acuerdo obtenido en un concurso preventivo. El APE requiere las mismas mayorías de conformidad y posee los mismos efectos que el acuerdo preventivo en el concurso.

La LCQ determina que para que se dé lugar a la apertura de cualquier procedimiento concursal es indispensable que el deudor se encuentra en estado de cesación de pagos (Art. 1 LCQ), entendiéndose este como la impotencia de un patrimonio para hacer frente en forma regular a las obligaciones que lo agravan. Un simple incumplimiento no es suficiente para iniciar un procedimiento concursal.

A continuación se procederá a analizar los efectos que generan los procedimientos concursales.

1. CONCURSADO/ FALLIDO.

1.1 CONCURSO PREVENTIVO

Una vez declarada la apertura del **concurso preventivo**, el concursado conserva la administración de su patrimonio bajo la vigilancia del síndico (Art. 15 LCQ). Ello implica que continua en posesión de sus bienes, pero limitado a la facultad de administración y disposición de los mismos (desapoderamiento atenuado). El síndico deberá denunciar ante el juez cualquier comportamiento del concursado que perjudique evidentemente a los acreedores o aquellas irregularidades graves que puedan ocasionar la separación

del concursado de la administración. Asimismo, el artículo 16 de la LCQ determina que el concursado no podrá realizar actos a título gratuito o que alteraren la situación de los acreedores por causa o título anterior a la presentación del concurso ni podrá efectuar actos que excedan la administración ordinaria del giro comercial. Para poder llevar a cabo estos últimos, deberá contar con autorización judicial.

Frente al supuesto en el que el socio con responsabilidad ilimitada incumpla con lo mencionado ut supra, los actos serán considerados ineficaces de pleno derecho, siendo el acto inoponible a los acreedores. El juez podrá ordenar que se lo separe de la administración de sus bienes designando un reemplazante cuando este haya ocultado bienes, omitido información al juez o al síndico, incurrido en falsedad ocasionando algún perjuicio evidente para los acreedores, entre otras causales. No obstante, si el juez considere que su conducta no es de tal gravedad como para separarlo de la administración, podrá designar un coadministrador, un veedor o un interventor controlador (Art. 17 LCQ).

Una vez homologado el acuerdo preventivo del concurso, el juez deberá declarar su finalización (Art. 59 LCQ) y desaparecerán las limitaciones impuestas al concursado por la apertura del concurso preventivo.

D.1.2. QUIEBRA

En los casos de quiebra de sociedades, cuando los accionistas con responsabilidad ilimitada, los representantes y los terceros inciden en la quiebra de la misma incurriendo en alguna de las causas de los artículos 160 o 161 LCQ, deberán responder por ello soportando la extensión de dicha quiebra, aun si estos no se

encuentran en estado de cesación de pagos. La normativa tiene por objetivo responsabilizar a aquellas personas que tuvieron incidencia en la quiebra de la sociedad, logrando ampliar las expectativas de cobro de los acreedores. Además, con la quiebra los acreedores podrán exigir a los accionistas la integración de los aportes debidos a la sociedad hasta la concurrencia en interés de los acreedores y los gastos del concurso.

No obstante, si el accionista se retiró de la sociedad o fue excluido, solo procederá la extensión cuando la fecha de inicio de la cesación de pagos de la sociedad fuera anterior al retiro o exclusión del este, debiendo únicamente responder por deudas existentes en la fecha de la inscripción del retiro en el Registro Público de Comercio. Asimismo, si un accionista ejerció el derecho de receso cuando la sociedad se encontraba en cesación de pagos, deberá reintegrar lo percibido (Art. 149 y 150 LCQ).

Asimismo, la LCQ determina que los representantes, administradores, mandatarios o gestores de negocios del fallido que dolosamente hubieren producido, facilitado, permitido o agravado la situación patrimonial del deudor o su insolvencia tienen el deber de indemnizar por los perjuicios ocasionados (Art. 173 LCQ). Ello se extiende a todos los que haya tenido facultades sobre el patrimonio del fallido y pueden reclamarse los actos practicados hasta un año antes de la fecha de cesación de pagos.

En cuanto a los terceros, son responsables aquellos los que de cualquier forma participen dolosamente en actos tendientes a la disminución del activo o exageración del pasivo, antes o después de la declaración de quiebra. Deberán reintegrar los bienes que aún tengan en su poder e indemnizar los daños causados a los acreedores del fallido, no pudiendo tampoco reclamar ningún derecho en el concurso (Art. 173 LCQ).

Habiendo aclarado la situación relacionada con la extensión de la quiebra, remarcaremos cuales son los principales efectos que genera la misma sobre los fallidos.

En primer lugar, el fallido se encuentra imposibilitado para ejercer el comercio (por si o por interpósita persona), integrar sociedades y para ser apoderado, administrador, gerente, sindico, liquidador o fundador de sociedades, asociaciones, mutuales y fundaciones (inhabilitación- art. 234 y ss LCQ). Únicamente conserva la facultad de realizar tareas artesanales profesionales o en relación de dependencia (Art. 104 LCQ). Los ingresos percibidos estarán sometidos a desapoderamiento, respetando el tope a la embargabilidad salarial.

En los supuestos de personas jurídicas, su inhabilitación es definitiva, mientras que para las personas físicas integrantes de los órganos de administración y accionistas con responsabilidad ilimitada, la inhabilitación es de un año desde la sentencia de quiebra, pudiendo el mismo ser reducido o dejado sin efecto por el juez cuando el inhabilitado no hubiese incurrido en delitos penales o, por el contrario, retomar su vigencia o prorrogarse si el inhabilitado es sometido a proceso penal. En este supuesto la inhabilitación durará hasta el dictado del sobreseimiento o absolución.

La inhabilitación cesa (“rehabilitación”) para las personas jurídicas únicamente cuando se produce la conversión de la quiebra en concurso preventivo o por conclusión de la quiebra sin liquidación. Para las personas físicas mencionadas, cesará automáticamente al cumplirse el año o plazo fijado por el juez. Si se producirse la rehabilitación, cesan las inhabilitaciones y los bienes adquiridos por el fallido no quedarán sujetos a desapoderamiento y liquidación.

Por otro lado, la quiebra produce el desapoderamiento del patrimonio del fallido (Art. 106 a 109 LCQ). A partir de la sentencia de quiebra el fallido no puede ni disponer ni administrar sus bienes. Cualquier acto de disposición o administración llevado a cabo por el fallido sobre dichos bienes resultará ineficaz.

Asimismo, inmediatamente después de la sentencia de quiebra se procederá a la incautación de los bienes y documentación desapoderada (Art. 177 LCQ). La incautación se llevará a cabo a través de la clausura del establecimiento del deudor, sus oficinas y demás lugares donde se encuentren en sus bienes y documentos; y la entrega directa de los bienes al síndico previa descripción e inventario de los bienes. Luego de tomar posesión de los bienes deberá encargarse de la conservación, administración y en ciertos casos de la disposición de los mismos.

Posteriormente se procederá a la venta de los bienes del deudor. Sin embargo ante determinadas situaciones el síndico puede continuar con la explotación de la empresa -sin autorización previa del juez- cuando la interrupción de la explotación de la empresa pudiera causar un daño evidente y grave al interés de los acreedores y a la conservación del patrimonio, cuando el síndico considere que se trata de un emprendimiento económicamente viable o cuando las 2/3 partes del personal en actividad de la empresa o de los acreedores laborales organizados en cooperativas soliciten la continuación al síndico o al juez.

2. ACREEDORES

2.1 CONCURSO PREVENTIVO

En los **concursos preventivos**, los acreedores de causa o título anterior a la su presentación, deben presentarse ante el síndico para que éste verifique la causa (negocio jurídico que dio origen al crédito), el monto (suma adeudada más los intereses devengados hasta el momento de la presentación en concurso) y el privilegio (quirografario o privilegiado) de sus créditos.

Como mencionamos anteriormente, los créditos se clasifican por ley en privilegiados y quirografarios. Se llaman acreedores privilegiados a aquellos que poseen créditos con preferencia en el cobro. Estos pueden tener privilegios especiales (cuando la preferencia en el cobro recae sobre un bien determinado), o generales (cuando la preferencia en el cobro recae sobre todos los bienes del concursado). Por otro lado, son quirografarios aquellos acreedores cuyos créditos que no tienen ninguna preferencia de cobro ni privilegio. Esta clasificación determina el orden de pago de los créditos.

En primer lugar, se apartará el monto correspondiente a la reserva de gastos (Art. 244 LCQ), refiriéndose esta al importe correspondiente por la conservación, custodia, administración, realización de un bien y la cantidad necesaria para pagar los honorarios de los funcionarios del concurso por las diligencias realizadas sobre este.

Luego se abonará el crédito de aquellos acreedores que gocen del privilegio especial. A continuación, se los enumeraran los créditos de privilegio especial de acuerdo con la prioridad en el orden de pago: (i) gastos realizados por el deudor para la construcción, mejora o conservación de una cosa en su poder; (ii) las remuneraciones debidas al trabajador por 6 meses y por indemnizaciones (accidentes de trabajo, antigüedad o despido, falta de preaviso y fondos desempleo), tienen privilegios sobre

mercaderías, materias primas y maquinarias del concursado y preferencia temporal en el cobro, pudiendo percibirse de inmediato a través del procedimiento pronto pago (pueden cobrar sin necesidad de verificar sus créditos ni de obtener sentencia en juicio laboral previa); (iii) los acreedores tienen privilegio sobre los bienes a los que se aplican impuestos y tasas; (iv) a los créditos garantizados con hipoteca, prenda, warrant y los correspondientes a debentures y obligaciones negociables con garantía especial o flotante, tienen privilegios sobre los bienes afectados a la garantía y preferencia temporal de cobro; (v) crédito del retenedor a causa de la cosa retenida a la fecha de sentencia de quiebra, (vi) créditos sindicados en la Ley de Navegación, el Código Aeronáutico, la Ley de Entidades Financieras y en la Ley de Seguros. Si los créditos con privilegio especial no pueden ser satisfechos en su totalidad, serán considerados créditos quirografarios por el monto insatisfecho, con excepción del punto II, quien por el monto insatisfecho tendrá privilegio general (Art. 246 inciso 1 LCQ).

Saldada la reserva de gastos y los privilegios especiales, se abonarán gastos de conservación y de justicia. Son los créditos originados luego de la apertura del concurso o la declaración de quiebra por la conservación administración y liquidación de los bienes del concursado o el trámite del concurso.

En cuarto lugar, se abonarán los créditos con privilegio general (Art. 246 LCQ), siendo estos: (i) los créditos originados por remuneraciones y subsidios familiares de subsidios al trabajador por 6 meses y por indemnizaciones, vacaciones, el sueldo anual complementario, fondo de desempleo y cualquier otro derivado de la relación laboral (tienen preferencia temporal en el cobro a través del pronto pago); (ii) créditos por

prestaciones adeudadas a organismos de los sistemas de Seguridad Social, los subsidios familiares y fondos de desempleo (únicamente por el capital); (iii) créditos fiscales por impuestos y tasas adeudadas que no recaigan sobre bienes determinados (si recaen sobre bienes determinados tienen privilegio especial); (iv) créditos por facturas de crédito aceptadas hasta \$20.000 por cada vendedor o locador (solo por el capital).

Por último, se abonarán los créditos quirografarios y luego los subordinados (aquellos cuyo pago se posterga hasta el pago total o parcial de las deudas).

Una vez presentados los créditos, el síndico deberá presentar el informe individual en el juzgado donde dará su opinión fundada aconsejando la procedencia de cada uno de los créditos y privilegios reclamados; posteriormente el juez emitirá una resolución judicial sobre los créditos (art. 36, 37 y 38 LCQ) expresando la verificación, no verificación, admisibilidad o inadmisibilidad de cada uno de ellos. Esta resolución es fundamental dado que determina cuales son los acreedores que pueden decidir sobre la propuesta de acuerdo (verificados y admisibles) a los fines del cómputo de las mayorías necesarias para votar en el acuerdo. Luego de la resolución, el síndico presentara el informe general con su visión sobre el estado del concurso, aportando a los acreedores datos objetivos para que evalúen las propuestas de acuerdo.

Para lograr el acuerdo preventivo, el concursado deberá presentar a sus acreedores con derecho a voto una propuesta pago a los fines de obtener las conformidades necesarias para su aprobación. El concursado podrá ofrecer a todos sus acreedores la misma propuesta o clasificarlos en diferentes categorías (categorización de acreedores- Artículo 41 LCQ) y ofrecer una propuesta distinta a cada una. El

concurado deberá presentar al menos una propuesta a los acreedores quirografarios en cambio con respecto a los acreedores privilegiados no pesa dicha obligación, dado que los últimos gozan de otros medios para obtener su pago (Art. 44 LCQ).

La propuesta de acuerdo preventivo puede construir en quitas, espera, entrega de bienes a los acreedores, otorgamiento de calidad de socios de la sociedad a los acreedores quirografarios, reorganización de la sociedad deudora, administración de todos o parte de los bienes el interés de los acreedores, emisión de obligaciones negociables o debentures, emisión de bonos convertibles en acciones, construcción de garantías sobre bienes de terceros, cesión de acciones de otras sociedades, capitalización de créditos inclusive de crédito de acreedores laborales en acciones o en un programa de propiedad participada, entre otras.

Como mencionamos con anterioridad, solo se tiene en cuenta el voto de los acreedores quirografarios para computar las mayorías necesarias para la aprobación del acuerdo preventivo. Para lograr el acuerdo con los acreedores quirografarios la ley exige una doble mayoría: de acreedores y de capital. Ello implica que dentro de todas y cada una de las categorías, la propuesta debe ser aprobada por la mayoría absoluta de los acreedores que a la vez representan las 2/3 partes del capital computable. Si hay conformidad de acreedores se logra el acuerdo preventivo y la resolución del juez sobre la existencia del acuerdo (Art. 48 y 49 LCQ) mientras que la no conformidad da lugar a la quiebra indirecta o al salvataje de la empresa (Art. 48 LCQ).

El acuerdo preventivo se homologa cuando no se presentan impugnaciones o estas son improcedentes. Una vez homologado, el acuerdo se torna obligatorio para

todos los acreedores. Ahora bien, frente al incumplimiento total o parcial del acuerdo preventivo (Art. 63 LCQ) se produce la quiebra indirecta.

En cuanto a los efectos que produce el concurso preventivo sobre los acreedores, podemos mencionar la suspensión de intereses (Art. 19 LCQ). Desde la presentación del concurso preventivo, se **suspenden los intereses** de los créditos de causa o título anterior a la presentación. No obstante, existen excepciones a este supuesto, tales como: (i) los créditos anteriores garantizados con prenda hipoteca y (ii) los créditos laborales. Cabe destacar que la presentación en concurso implica la suspensión de los intereses no su extinción. Al momento de celebrar el acuerdo entre los acreedores y el concursado, este determinará qué hacer con los intereses posteriores a la presentación del concurso, por ejemplo, pactando tasas inferiores de intereses.

Otro efecto que podemos mencionar es la conversión de deudas no dinerarias en su valor en moneda de curso legal al día de la presentación del informe individual del síndico.

D.2.2. QUIEBRA.

Desde la sentencia de quiebra, se impide al fallido realizar actos en perjuicio de los acreedores, prohibición que observa en inhabilitación y el desapoderamiento. Si el fallido realiza los mencionados, el juez podrá revisarlos a los efectos de declarar su ineficacia.

Los actos ineficaces pueden ser de pleno derecho si desde la exteriorización del estado de cesación de pagos hasta la sentencia de quiebra, el fallido realizó actos a título gratuito, pago anticipado de deudas, constitución de hipoteca o prenda respecto de las obligaciones no vencidas que no tenían esa garantía, entre otras. También pueden ser

ineficaces por conocimiento de la cesación de pagos, incluyendo los demás actos realizados por el deudor durante ese período que perjudican a los acreedores. En ambos casos deberá probarse que el tercero conocía el estado de cesación de pagos del deudor.

Si el acto perjudicial a los acreedores fuera anterior a la exteriorización de la cesación de pagos podrá interponerse la acción civil de fraude o acción revocatoria ordinaria, pero debe probarse: (i) fraude del deudor, (ii) estado de insolvencia al momento de realizar el acto, (iii) perjuicio a los acreedores y (iv) que el crédito de quien intenta la acción es anterior al acto que se cuestiona (Art 120 LCQ).

Por otro lado, la quiebra produce el sometimiento de todos los acreedores al régimen concursal (Art. 125 y 126 LCQ), quienes podrán ejercitar sus derechos sobre los bienes desapoderados debiendo presentarse a verificar sus créditos y privilegios en la quiebra a excepción de los créditos con garantía real.

Los acreedores hipotecarios y prendarios (Art. 126 LCQ), poseen dos opciones para cobrar sus créditos: (i) esperar la liquidación general de bienes y cobrar con preferencia sobre el precio obtenido por la venta del bien gravado, en cuyo caso deberán presentarse a verificar el crédito (si la quiebra surge como consecuencia de un concurso preventivo frustrado, se utilizará la información obtenida del mismo, sin necesidad de presentarse a verificar el crédito) o (ii) reclamar en cualquier momento el pago mediante la venta del bien gravado, evitando la verificación de sus créditos, pero presentando los títulos para su comprobación. Sin embargo, cuando la conservación del bien gravado importe un beneficio evidente para los acreedores, el síndico podrá pedir

autorización judicial para pagar íntegramente el crédito con fondos líquidos de la quiebra o autorizar a construir otra garantía o disponer la venta de otros bienes.

En cuanto a los acreedores de prestaciones no dinerarias, de las contraídas en moneda extranjera o aquellos cuyos créditos en dinero debe calcularse con relación a otros bienes, están obligados a verificar sus créditos por el valor correspondiente en moneda en curso en la República Argentina, calculado a la fecha de la declaración de quiebra o a opción del acreedor a la del vencimiento de la obligación si esta fuera anterior a la quiebra. (Art. 127 LCQ)

En cuanto a los intereses, la declaración de quiebra los suspende (incluidos los punitivos). Sin embargo, los intereses compensatorios para los créditos con garantías reales y créditos laborales son una excepción (Art. 129 LCQ). Los acreedores con créditos de garantías reales podrán percibir los intereses compensatorios devengados luego de la sentencia de quiebra hasta el límite del precio obtenido por la venta del bien gravado y luego del pago de las costas, los intereses anteriores a la quiebra y al capital.

Respecto a los contratos de trabajo, la sentencia de quiebra los suspende sin goce de sueldo durante 60 días corridos. Es fundamental la decisión del juez acerca de la continuación de la empresa, dado que determinará la continuación o disolución del contrato. Independientemente de ello, los trabajadores podrán verificar sus aportes adeudados anteriores a la quiebra y los sueldos devengados desde la sentencia de quiebra se pagarán con preferencia, sin necesidad de verificación (Art. 196 a 199 LCQ).

Asimismo, el contrato de trabajo puede extinguirse por despido por el síndico, cierre de la empresa o adquisición por un tercero. Al extinguirse, los trabajadores

deberán verificar o solicitar el pronto pago de los créditos laborales de causa anterior a la quiebra.

Una vez que se ha producido la enajenación de los bienes, el sindico presentará un informe final (donde dará a conocer todo lo relacionado con ellas) y un proyecto para llevar a cabo la distribución del dinero de las ventas entre los acreedores.

En las quiebras se aplicará el mismo orden de pago de los créditos determinado en el apartado del concurso preventivo. Cuando existieran créditos con privilegio la prioridad en el cobro dependerá del privilegio y el origen de los fondos de la quiebra.

Luego aprobar el proyecto de distribución el juez ordenará el pago de los dividendos a los acreedores. Puede ocurrir que luego del pago a los acreedores, se vendan bienes, ingresen nuevos bienes al activo o se desafecten reservas, por lo que se realizarán distribuciones complementarias. Si un acreedor reclama la verificación de su crédito después de haberse presentado el proyecto de distribución final, solo podrá cobrar de las distribuciones complementarias. Una vez finalizada la distribución de dividendos, se da lugar a la clausura del procedimiento o la conclusión de la quiebra.

La clausura del procedimiento de quiebra se produce cuando los créditos no se han pagado íntegramente, subsistiendo la quiebra y sus efectos. Con ella se permite la posibilidad de reapertura si ingresan bienes a la quiebra, pero de no ocurrir esta durante el período de dos años desde la resolución que dispone la clausura del procedimiento, se concluirá la quiebra. Esta se puede dar por falta de activos (Art. 232 LCQ) o por distribución final (Art. 230 LCQ). En cuanto al primer supuesto, los bienes sujetos a desapoderamiento no alcanzan para pagar ni siquiera los gastos del proceso, incluyendo

los honorarios. Existe presunción de fraude y se debe poner en conocimiento de ello a la justicia penal. En cuanto al segundo caso, la distribución final no alcanzó para pagar la totalidad de los créditos verificados.

Por otro lado, luego de la distribución final de dividendos puede darse lugar a la conclusión de la quiebra, la cual pone fin a la quiebra y sus efectos, no habiendo posibilidad de reapertura de la misma.

D. MECANISMOS INEFICACES DE PROTECCIÓN DE DERECHOS DE TERCEROS Y

PROPUESTAS DE CAMBIO.

Podemos concluir luego del análisis normativo efectuado que es de vital importancia tratar a las crisis anticipatoriamente a los fines de evitar su arraigo, difusión en el mercado y consecuente daño a los trabajadores y acreedores. Los riesgos de la actividad societaria no pueden ser transferidos por los socios a terceros. Tampoco se puede dañar a sabiendas a los acreedores. Actualmente, las intervenciones judiciales son tardías, dándose lugar cuando la insolvencia se ha arraigado y el patrimonio es insuficiente.

A continuación, procederemos a remarcar los mecanismos ineficaces para la protección de los derechos de los acreedores y los terceros.

1. ESTADOS CONTABLES.

La LGS establece la obligación de las S.A. de presentar anualmente los estados contables que consisten en el balance, el estado de resultados, las notas complementarias y la memoria del directorio (Art. 62 LGS).

Como lo mencionamos con anterioridad, estos estados contables son sometidos a aprobación por la asamblea de accionistas. Asimismo, deben registrarse anualmente ante el ente regulador, conocido como la Inspección General de Justicia (o “IGJ”).

La convocatoria a la Asamblea General Ordinaria debe efectuarse dentro de los 4 meses del cierre del ejercicio a efectos de considerar los estados contables. La Sociedad deberá presentar con una anticipación no menor a los 15 días hábiles a la fecha de celebración de la misma, la documentación que detallan los artículos 154 (para las sociedades comprendidas dentro del artículo 299 de la LGS) y 156 (para las sociedades no comprendidas en el artículo 299 LGS) de la Resolución General de la IGJ 7/15.

Considero de vital importancia el cumplimiento de esta obligación, dado que luego de su confección y aprobación suele revelarse la existencia de causales de disolución de la misma o la necesidad de remediación de la situación.

Ahora bien, siendo esto tan importante, ¿Cómo se justifica que en la práctica societaria los administradores eludan la confección y aprobación de los mismos? ¿Y cómo se justifica que la IGJ permita la presentación extemporánea de los estados contables?

Actualmente, la presentación de estados contables extemporáneos es un trámite habilitado por la IGJ. En un primer momento, esto era considerado una excepcionalidad pero se ha convertido en una práctica generalizada, lo cual implica que la mayoría de las sociedades presentan sus estados contables y documentación relacionada en incumplimiento del plazo requerido, pudiendo incluso acumular varios ejercicios económicos, siendo estos presentados luego de varios años ante la IGJ. Estos

incumplimientos en tiempo y forma imposibilitan a la IGJ tomar conocimiento con la debida anticipación de la existencia de convocatoria de asamblea, obstruyendo el ejercicio de la fiscalización que le es propia.

Ante esta situación, la IGJ ha impuesto multas como consecuencia de la presentación extemporánea de estados contables y documentación relacionada, basadas en el pago de módulos extras para cada trámite.

La Resolución 850/2021 del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos determina que el valor del módulo es de \$94. Hoy, el trámite de presentaciones temporáneas de estados contables para sociedades anónimas no incluidas en el artículo 299 LGS es de 12 módulos, es decir \$1128, siendo el importe de 24 (\$2256) para presentaciones extemporáneas de las mencionadas sociedades. Por otro lado, las sociedades incluidas en el artículo 299 LGS³ deberán abonar 16 módulos en presentación temporánea (\$1.504) y 67 para la extemporánea (\$6298).

Ahora bien, ¿se considera que una multa de \$1.128 para sociedades no incluidas en el artículo 299 LGS y \$4.794 para las sociedades incluidas en el artículo 299, es decir, aquellas que por ejemplo poseen un capital social de 50 millones de pesos argentinos, sería suficiente para disuadir la presentación extemporánea de los estados contables? Considero que la respuesta a esta pregunta es no y que es necesaria la aplicación de sanciones más severas ante la falta de presentación de los estados contables en término,

³ Son sociedades poseen fiscalización estatal, dado que son aquellas que (i) realizan oferta pública de sus acciones o debentures, (ii) tienen capital superior a \$50.000.000, (iii) realizan operaciones de capitalización, ahorro o en cualquier forma que requieran dinero o valores públicos con promesas de prestaciones o beneficios futuros, (iv) son de economía mixta, (v) explotan concesiones o servicios públicos, (vi) son sociedades controlantes de o controlada por otra sujeta a fiscalización, o (vii) son sociedades anónimas unipersonales.

dado que como mencionamos con anterioridad, esta obligación es de vital importancia para conocer la salud financiera- económica de la sociedad, la necesidad de la toma de medidas de remediación y evitar el traslado de riesgos o daños a los acreedores, terceros y empleados de la sociedad.

Por otro lado, considero importante remarcar que la elaboración de estados contables una vez al año también es un mecanismo ineficaz para la protección de los terceros, dado que si la salud económico-financiera de la sociedad es desfavorable, los responsables recién lograrán obtener una visión detallada de lo que ocurre al momento de la asamblea cuando se presenten los balances para su aprobación. Para este momento, si existiese una crisis económica, la misma ya estaría instaurada y las medidas a tomar serían a los fines de evitar un perjuicio mayor a los terceros.

Frente a esta situación, considero que permitir a la sociedad prescindir de la sindicatura y/o consejo de vigilancia no sería lo más favorable para las sociedades y para la protección de los derechos de los terceros, dado que el directorio se maneja sin ningún tipo de control durante el desarrollo del ejercicio económico. Nos remitimos al apartado A.1, cuando nos referimos a las facultades de los accionistas en las sociedades anónimas. Entre ellas, hemos mencionado que estas pueden solicitar que se lleve a cabo una fiscalización privada a través de la sindicatura o la creación, organización y funcionamiento del consejo de vigilancia. Ambos órganos tienen como función fiscalizar la gestión del directorio y deberán examinar los libros, documentación, títulos valores y cumplimiento de obligaciones por lo menos una vez cada tres meses.

No obstante, la LGS permite que se prescinda de la sindicatura, lo cual a mi entender no sería lo correcto. Considero que esta medida sería efectiva a los fines de evitar que se instaure una crisis económica en la sociedad, dado que frente a la toma de conocimiento en meses del estado de la misma, podría convocarse una asamblea y remediar la situación evitando que se agrave y perjudique a terceros.

2. CAPITAL SOCIAL.

Durante el apartado B, focalizamos en la importancia que tiene el capital social y la gravedad que implica la pérdida del mismo en las sociedades. Remarcamos que el capital social cumple una función de garantía para los terceros, por lo que su pérdida implicaría generarles un perjuicio a los mencionados. Es por ello que, frente al supuesto de insuficiencia patrimonial y pérdida total o parcial del capital social, surge la necesidad de que los directores y accionistas tomen medidas de remediación, tales como capitalizar la sociedad (ya sea por medio de reintegro de los socios o por capitalización de la deuda) o liquidarla.

Ahora bien, siendo el capital social una herramienta tan importante que ante su pérdida total o parcial activa las alertas en los accionistas y directores a los fines de remediar la situación y la consecuente responsabilidad ilimitada y solidaria de los mismos, ¿Cómo se explica que se requiera un mínimo de \$100.000 de capital social para la constitución de las sociedades anónimas en un país como el nuestro, en el que existe una tasa inflacionaria anual tan elevada? ¿Cómo es posible que una medida preconcursal tan importante como está se encuentre tan disociada de la realidad económica?.

Actualmente, la LGS establece en su artículo 186 que “El capital debe suscribirse totalmente al tiempo de la celebración del contrato constitutivo. No podrá ser inferior a PESOS CIEN MIL (\$ 100.000). Este monto podrá ser actualizado por el Poder Ejecutivo, cada vez que lo estime necesario”. Cabe destacar que la última actualización del monto de capital social fue determinada en el Decreto N° 1331 del año 2012. Esto implica que el monto mínimo del capital social no se ha actualizado desde hace una década, mientras que la tasa inflacionaria en nuestro país durante los últimos 10 años ha ido aumentando a tal punto que en el año 2021 se ha registrado un 50,9% de inflación anual.

Por otro lado, para el supuesto de sociedades anónimas incluidas en el artículo 299 inciso 2 de la LGS se establece que “Las sociedades anónimas, además del control de constitución, quedan sujetas a la fiscalización de la autoridad de contralor de su domicilio, durante su funcionamiento, disolución y liquidación, en cualquiera de los siguientes casos (...) 2) Tengan capital social superior a pesos argentinos cincuenta millones (\$ 50.000.000), monto éste que podrá ser actualizado por el Poder Ejecutivo, cada vez que lo estime necesario”. Nuevamente nos encontramos ante una norma (Resolución N° 529 del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos) que ha actualizado el monto en el año 2018.

Considero que estos montos mínimos de capital social deberían actualizarse anualmente de acuerdo con el índice inflacionario anual que posee nuestro país a los efectos de que pueda responder a la realidad económica, dado que actualmente desde la constitución de la sociedad nos encontramos con el problema de que el capital social

no cumple con su función de garantía ni logra evitar el traslado de riesgos y daños a los terceros.

Por otro lado, hemos remarcado en el apartado B.1 que el capital social posee una función de productividad, lo que refiere a la aplicación del fondo común para la producción e intercambio de bienes y servicios. Ahora bien, el giro empresarial de las sociedades depende del tipo de actividad que estas desarrollen, por ejemplo, no tiene los mismos costos en materia prima, maquinaria y/o sueldos una sociedad que se encarga de la impresión de prospectos medicinales que una sociedad que se encarga de comprar y vender vestimenta. Teniendo en cuenta lo mencionado, ¿por qué si el capital tiene una función de productividad, nos encontramos ante la existencia de un capital social mínimo establecido normativamente en forma homogénea para todas las sociedades, independiente de la actividad que las mismas desarrollan?

Ante este interrogante, creo que es un error tratar a las sociedades sin considerar la rama de actividad económica que llevan a cabo. Frente a este supuesto, creo que la normativa debería no solo actualizar el capital social anualmente en base a los índices de inflación sino también determinar una cifra adecuada en relación con la naturaleza y característica de las actividades comprendidas en el objeto social.

Asimismo, siendo la remediación de la pérdida de capital algo tan importante a los fines de evitar el daño a los acreedores, ¿cómo es posible que no se plantee normativamente un plazo dentro del cual los accionistas deberán tomar alguna de esas medidas que tenga como punto de partida el conocimiento de la situación durante la aprobación de los estados contables en las asambleas de accionistas? Y, siendo las

normas relacionadas con el capital social imperativas, ¿por qué se libra a la voluntad de las partes la toma de decisiones para remediar la situación?.

Al no existir un plazo para tomar medidas, nuevamente nos encontramos ante un supuesto en el cual la falta de control agrava las crisis económicas empresariales, incrementa el riesgo del traslado de daños a los acreedores. Considero que, al ser normas imperativas, la ley debería establecer un plazo para remediar la pérdida total o parcial de capital, caso contrario nos encontramos ante un supuesto de incumplimiento de normas imperativas. Tal como lo mencionamos en el apartado B, las normas imperativas no pueden dejarse de lado ante la voluntad de las partes.

Por último, nos planteamos la falta de existencia de normas en la ley societaria que impidan la continuación de las sociedades en los supuestos en los que exista pérdida total o parcial del capital social frente a la situación en la que los directores y accionistas no hayan tomado ninguna medida dentro de un plazo normativo determinado para remediar la situación. Considero que sería positivo la existencia de las mismas.

3. RESPONSABILIDAD DE LOS ACCIONISTAS Y DIRECTORES.

Como hemos mencionado con anterioridad, al no existir normas que impidan la continuación de la empresa en crisis, la tutela de acreedores resulta de imputar responsabilidad a los directores, por no actuar debidamente, generando daño por acción u omisión, y a los accionistas en su caso (art. 99 LGS). Frente a una crisis económica, si la empresa continúa operando sin tomar las medidas pertinentes, la cuestión de la responsabilidad se retrotrae a la fecha en que se acredite que administradores y socios conocieron o debieron conocer la situación. Ello se presume si

hay acreedores insatisfechos, incluso a nuestro entender los que resultan afectados por quitas y esperas en un proceso concursal.

En primer lugar, durante el apartado A de la presente tesis, realizamos un análisis del rol de los accionistas y directores de las sociedades anónimas. En base a lo establecido en el mismo, logramos observar la importancia que tienen los mismos durante la vida económica de las sociedades, dado que por un lado, los directores las administran y representan mientras que por el otro, los accionistas y los directores toman decisiones a través de las asambleas.

Ahora bien, con relación a los directores ¿cómo es posible que siendo estas figuras tan importantes, la normativa societaria no determine requisitos para que los mismos pueden acceder a tales cargos? Actualmente, cualquier persona puede ser director de una sociedad anónima, independientemente de que se encuentre capacitada o no para serlo, siendo los únicos impedimentos los establecidos por la LGS los mencionados en el artículo 264 LGS⁴. Tampoco se exige que el accionista posea algún tipo de conocimiento acerca del funcionamiento de las empresas, sin embargo, una de sus funciones es la aprobación de los estados contables.

Respecto de este punto, considero importante que tanto los directores como los accionistas de las sociedades sean capacitados por la Inspección General de Justicia, a

⁴ “ No pueden ser directores ni gerentes: 1º) Quienes no pueden ejercer el comercio; 2º) Los fallidos por quiebra culpable o fraudulenta hasta diez (10) años después de su rehabilitación, los fallidos por quiebra casual o los concursados hasta cinco (5) años después de su rehabilitación; los directores y administradores de sociedad cuya conducta se calificare de culpable o fraudulenta, hasta diez (10) años después de su rehabilitación; 3º) Los condenados con accesoria de inhabilitación de ejercer cargos públicos; los condenados por hurto, robo, defraudación, cohecho, emisión de cheques sin fondos y delitos contra la fe pública; los condenados por delitos cometidos en la constitución, funcionamiento y liquidación de sociedades. En todos los casos hasta después de diez (10) años de cumplida la condena; y 4º) Los funcionarios de la administración pública cuyo desempeño se relacione con el objeto de la sociedad, hasta dos (2) años del cese de sus funciones.”

los fines de poder actuar con conocimiento, cumplir con la buena diligencia de un hombre de negocios y comprender las consecuencias que acarrea la falta de cumplimiento de sus funciones de acuerdo con lo estipulado por la ley, el estatuto, resoluciones asamblearias o la falta de cumplimiento del objeto social. Esto implicaría una medida preconcursal para evitar que los mismos caigan en responsabilidad ilimitada y solidaria.

En segundo lugar, considero que la garantía que se exige a los directores por su eventual responsabilidad en el desempeño del cargo (mencionada en el apartado A.2 del presente), constituye un mecanismo ineficaz debido a la inflación que sufre anualmente nuestro país, la falta de actualización de los montos de acuerdo con la mencionada y la falta de individualización de la actividad para la solicitud de la misma. Si bien estos, han sido actualizados el año pasado⁵, considero que el monto mínimo por cada director continúa siendo insuficiente ante la inflación. Además, los directores son los que eligen el importe por el cual asegurarse, pudiendo el mismo ser el mínimo de \$300.000. Frente al supuesto de concurso preventivo o quiebra de una sociedad y siendo los directores responsables por ella, ¿es posible pensar que una garantía mínima de \$300.000 puede llegar a reparar el daño producido ante la masa de acreedores? Entendemos que la garantía de los directores no implica que el patrimonio personal de los mismos no se encontrará afectada a la responsabilidad ilimitada y solidaria, pero ¿Qué sucedería en el supuesto en el que el director no tuviera patrimonio personal para afrontar la reparación de los daños generados y hubiera limitado su garantía al mínimo

⁵ Antes de que se sancionara la Resolución 15/2021 que modificó los toques mínimos y máximos de la garantía de los directores, los importes eran de \$10.000 a máximo \$50.000 por cada director.

legal? Considero que el mínimo debería ser más elevado, actualizarse anualmente y determinarse de acuerdo con el tipo de actividad que lleve a cabo la sociedad.

4. CONCURSO PREVENTIVO

Frente a la existencia de normas imperativas que defienden la consistencia patrimonial, se han previsto dos causales de disolución para evitar daños a los acreedores e imponen un diagnóstico de viabilidad, surge la práctica generalizada de utilizar las soluciones preventivas por aplicación de la Ley de Concursos (LCQ), trasladando el problema a los acreedores.

Presentarse en concurso o solicitar la quiebra no aparecen como una normas imperativas sino que se presentan como conductas de prudente administración, pero ¿qué sucede cuando la presentación en concurso o quiebra encubre un traslado del daño que genera la crisis a los acreedores, imponiéndoles el esfuerzo compartido de socios junto a los acreedores?

Nos referimos a los supuestos en los cuales los acreedores debieron tomar medidas de remediación, por ejemplo, ante la pérdida de capital social y en lugar de ello, decidieron presentarse en concurso preventivo, trasladando el daño a los acreedores por medio de quitas justificadas en el esfuerzo compartido. A mi entender, el juez no debería homologar el acuerdo pues configuraría abuso o fraude generado por administradores y socios, para beneficiar a éstos perjudicando a acreedor. Si fracasara la capitalización o la liquidación recién aparecería lógica la presentación en concurso.

Las normas imperativas del derecho societario de remediación no pueden ser soslayadas por aplicación del sistema concursal, intentando que los acreedores asuman el problema y enriqueciendo a los socios.

Por otro lado, nos parece interesante remarcar que en el momento de la firma del acuerdo preventivo con quita y espera, en el balance de la sociedad concursada, se genera un incremento en el Patrimonio Neto que se encuadra como una ganancia extraordinaria. En estos casos, se ha procedido después de aprobar el balance anual con pago inmediato del impuesto a las ganancias. Nos parece irrisorio que los acreedores deban resignar un porcentual de su crédito a los fines de poder cobrar algo, mientras que una parte de lo que se resigna, debe abonar impuestos en lugar de sumar crédito para repartir entre los acreedores.

Durante el proceso concursal, las propuestas para lograr llegar a un acuerdo preventivo pueden ser: a) Propuestas que implican reducir el pasivo: por reducción de activo (por ejemplo, pago), por incremento del patrimonio neto (capitalización de pasivos), por aumento de patrimonio neto y activo (aportes de socios o terceros, ganancias extraordinarias); b) Propuestas que no implican reducir el pasivo (financieras): la espera; el pago mediante emisión de títulos de deuda (debentures, bonos, obligaciones negociables) y cualquier otra forma de reestructuración del pasivo que no implique su merma, sino convertirla en deuda de largo plazo ; c) Otras propuestas: todas aquellas otras propuestas que por su naturaleza no pueden ser comprendidas en los demás grupos. En general, no suelen tratarse de propuestas autónomas, sino que son complementarias a otras.

D.3 QUITAS

Las quitas constituyen indubitables ganancias extraordinarias para el concursado. En virtud de un acuerdo, el pasivo se ve reducido en el porcentaje de la quita, y siendo que el activo continúa sin variaciones, tal reducción se deberá traducir en un aumento del patrimonio neto. Desde este punto de vista, la quita generará una reducción del pasivo, un activo que se mantiene incólume y un incremento del patrimonio neto a través de una ganancia que se produce. Debemos agregar que es una ganancia que implica una pérdida directa para el acreedor quien deberá reflejarla en sus estados contables.

Una apreciación inicial impone señalar que el “esfuerzo compartido” implica cuando menos un cuestionamiento frontal a la propuesta y ulterior acuerdo, ya que la quita hace que los acreedores sean los únicos a los que se les impone soportar la crisis de las sociedades, sin esfuerzo alguno de los socios y en su exclusivo beneficio al patrimonializar la sociedad.

Frente al incumplimiento de normas imperativas societarias referidas a la pérdida de capital social y aplicación de quitas en un acuerdo preventivo, nos encontramos ante una situación en la que esa quita, es una forma de transferir las obligaciones societarias de los socios a los acreedores, enriqueciendo a quienes no debería. Si la propuesta de reintegro o capitalización está a cargo de los socios, el juez no debería homologar propuestas con quita. Quita y espera impuestas en acuerdo concursal importan enriquecimiento para los socios y empobrecimiento para los acreedores, constituyendo un abuso.

Teniendo en cuenta lo mencionado, consideramos que la quita concursal constituye un mecanismo ineficaz para la protección de los derechos de los acreedores, dado que los mismos terminan resignando una parte de su crédito con el objeto de al menos cobrar algo. Creo que existen otras propuestas de acuerdo que pueden llegar a generar efectos más beneficiosos para los acreedores. Una de ellas puede ser la capitalización del pasivo por medio de aportes de esos acreedores, es decir, los acreedores aumentarán el patrimonio neto por medio del incremento del capital social, lo cual mantiene constante al activo, pero ya no existen ganancias, sino aportes de acreedores.

Los aportes de capital no son ganancias y por ende no están gravados en el impuesto a las ganancias para la sociedad deudora, y a la vez tampoco existe quebranto formal para el acreedor, aunque puedan verse alteradas sus expectativas. En efecto, para el deudor no es un enriquecimiento a título gratuito (de allí que no exista ganancia), y el acreedor recibe por su crédito una participación sobre el patrimonio de la sociedad concursada.

Otra alternativa es la posibilidad de ofrecer a los acreedores constituir sociedad con los acreedores en la que la sociedad deudora entregue acciones rescatables. Estas podrán ser compradas en cualquier momento por la sociedad emisora (o por sus socios originales) mediante el pago de su valor real (es decir, el valor contable más los intangibles y con los ajustes de valuación necesarios); o bien otorgar a los acreedores opción de recompra por otros socios originarios por un valor equivalente a la quita propuesta, incluso con pérdida parcial del importe de su crédito concursal.

5. ESPERAS E INTERESES SUSPENDIDOS

Otra propuesta común, utilizada para obtener las conformidades de los acreedores durante el concurso preventivo, es la espera. Parece lógico que si la sociedad tiene un mero problema de disponibilidad, se apliquen las mismas dado que solucionarían el problema.

No obstante, tal como lo mencionamos en el apartado D, los procesos concursales suspenden los intereses y las propuestas de acuerdo. En la práctica concursal, estas esperas suelen ofrecerse sin el reconocimiento de los intereses y/o cláusula de actualización o indexación. Si tenemos la pérdida que implica el factor tiempo del dinero, habida cuenta que raras veces las esperas ofrecen tasas de intereses que sean razonables o al menos positivas en relación con la tasa de inflación, el cobro por medio de una espera sin aplicación de intereses o por medio de negociaciones por tasas inferiores a las que verdaderamente deberían aplicarse, constituye una vulneración al crédito de los acreedores.

La oferta de esperas en los concursos preventivos, solas o sumadas a las quitas, no implica más que pérdida para los acreedores y ganancia para los deudores. Considero que existen otros ofrecimientos para llegar a acuerdos preventivos que no implican dañar a los acreedores como es el caso de las quitas o esperas.

IV. CONCLUSIÓN

El propósito detrás de esta tesis fue realizar un abordaje de los mecanismos existentes en la actualidad que permiten la protección de los derechos de los terceros

y demostrar la ineficacia de los mismos en la práctica societaria. Asimismo, planteamos durante su desarrollo, propuestas de cambio normativo.

Como metodología de abordaje, se efectuó un análisis de las principales normativas que tratan los temas mencionados, tales como la LGS, LCQ y CCCN.

Ante el análisis efectuado, logramos observar que actualmente existen vacíos normativos que generan que las sociedades se aprovechen de los mismos, trasladando la responsabilidad de los accionistas y directores a los acreedores e incumpliendo con uno de los fines de la sociedad que radica en no dañar a los terceros.

Es por ello que considero que se deben tomar medidas, tales como la actualización anual del capital, la fiscalización obligatoria de la sociedad, el establecimiento de multas más elevadas por presentaciones extemporáneas de estados contables, entre las ya mencionadas en el apartado IV.

Es necesaria la creación de mecanismos más eficientes de protección de derechos de terceros a los fines de que no se convierta en un riesgo contratar con las sociedades, generando confianza en el mercado y no una sensación de incertidumbre.

En la actualidad, se requiere de una normativa que se encuentre en sintonía con las condiciones económicas que atraviesa nuestro país y que considere el funcionamiento del mercado local. Las leyes mencionadas también deben funcionar como un todo y no independientemente dado que refieren la LGS refiere a las medidas en el inicio y la vida de las sociedades, mientras que la LCQ determina sus conclusiones.

BIBLIOGRAFÍA

- “Digesto Práctico- La Ley Concursos I- Ley 24.522” Tomos 1 a 4. Año 1999.

- Fassi Santiago C. y Gebhardt Marcelo. *“Concursos y Quiebras. Comentario energético de la ley 24.522. Jurisprudencia aplicable”* 7° Edición actualizada y ampliada. Editorial Astrea. Año 2004.
- Gagliardo Mariano. *“Responsabilidad de los directores de Sociedades Anónimas”* Tercera Edición Ampliada y actualizada. Abeledo Perrot. Colegio de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires. Año 2011.
- Olgúin Jorge R. *“Derecho Empresario Actual”*. Editorial Depalma. Homenaje al Dr. Raymundo L. Fernández. Capital Federal. Año 2019.
- Plana Carlos H. *“Derecho concursal. La quiebra de los bienes de terceros en poder del fallido. En especial, el contrato A. Maquila. Pre deducción de créditos en el derecho argentino con especial énfasis en la nueva ley de concursos y quiebras 24.522”*. Cuadernos de la universidad austral. Buenos Aires, Editorial Depalma, Año 1997.
- Rafecas Daniel Eduardo. *“El delito de quiebras de Sociedades.”* Buenos Aires. Editorial Adhoc. Primera edición: mayo de 2000.
- Vítolo Daniel Roque. *“La Protección de los terceros en las sociedades y en los concursos”*. VIII Jornada de Institutos de Derecho Comercial de la República Argentina. Editorial Adhoc. Primera edición: junio de 2000.
- Vítolo Roque Daniel, *“Sociedades Comerciales- Ley 19.550 Comentada- Doctrina, Jurisprudencia- Bibliografía”* Tomo 1 a 4. Editorial Rubunzal- Culzoni. Año VII- Edición 136. Año 2007.

Bibliografía Web

- Ley General de Sociedades N° 19.550.

<http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/25000-29999/25553/texact.htm>

- Ley de Concursos y Quiebras. Año 1995. Última actualización año 2019.
<http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/verVinculos.do?modo=2&id=25379>
- Código Civil y Comercial de la Nación. Ley 26.994.
<http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/235000-239999/235975/norma.htm>
- Ley de Responsabilidad Penal Empresarial N°27401. Año 2017.
<http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/verNorma.do?id=296846>
- Resolución General 7/2015 Inspección General de Justicia. Año 2015.
<http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/verNorma.do?id=249837>
- Directores: Efraín Hugo Richard (Argentina)- coordinador-, German Monroy Alarcon (Colombia), Esteban Carbonell O'Brien (Perú) e Israel Creimer (Uruguay).
Investigadores participantes: Claudia Celmira Quintero y Romeo Pedroza Garcés (Colombia), Jose Pajares y Jesús Quijano Gonzalez (España), Teresita Rodriguez Mascardi y Alicia Ferrer (Uruguay)- secretaria académica. "Crisis de Sociedades y la legislación societaria", "La causal de la disolución de la sociedad por pérdida del capital social y la convergencia en este aspecto con la legislación concursal y societaria."
https://www.institutoiberoamericanoderechoconcursal.org/images/doctrina/documentos/INV_IIDC_PARA_WEB_FINAL.pdf

- Richard Efraín, “Un derecho societario en crisis?”. Año 2017.
<https://aldiaargentina.microjuris.com/2018/06/27/un-derecho-societario-en-crisis/>
- María Lourdes Arias, “Responsabilidad de los directores ante una sociedad en crisis. La doctrina Shifting of directors fiduciary duties en el Derecho Argentino”. Año 2017.
https://ar.ijeditores.com/articulos.php?Hash=dec1d85a60c403fe4bb3001bdfd0e31f&hash_t=c
- Tiempo Judicial, “¿Es constitucional la intervención de la empresa Vicentin?”. Año 2020. <http://tiempojudicial.com/2020/06/12/es-constitucional-la-intervencion-de-la-empresa-vicentin/>.
- Marcelo P. Savransky y Gastón Manes, “Vicentin: Las decisiones del gobierno comprometen la responsabilidad del Estado”. Año 2020.
<https://www.cronista.com/columnistas/Vicentin-las-decisiones-del-Gobierno-comprometen-la-responsabilidad-del-Estado-20200614-0032.html>.
- Granero Martín I, “La responsabilidad de los directores de una Sociedad Anónima según el artículo 59 de la Ley de Sociedades Comerciales. El concepto del buen hombre de negocios.”
<https://repositorio.uca.edu.ar/bitstream/123456789/218/1/doc.pdf>
- Diego S. Krischcautzky. “Derecho de información del accionista”. Año 2022.
<https://www.marval.com/publicacion/derechode-informacion-del-accionista-4910>

- <https://repositorio.uade.edu.ar/xmlui/bitstream/handle/123456789/1519/CDS08020221.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
- Carlos Gherzi. “Derechos y obligaciones de los directores. Responsabilidad” Año 2001.
<https://repositorio.uade.edu.ar/xmlui/bitstream/handle/123456789/1519/CDS08020221.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
 - Efraín H. Richard. “Normas Imperativas del derecho societario para prevenir daños”
<http://secretarias.unc.edu.ar/acaderc/doctrina/normas-imperativas-del-derecho-societario-para-prevenir-danos>
 - Efraín H. Richard. “Sistema Societario: Código Civil y Comercial y Ley General de Sociedades”. Año 2015.
<https://ar.ijeditores.com/pop.php?option=articulo&Hash=cb1cb2f4c29990cf5984be37a229af76&fbclid=IwAR2iP2bnw-R1N7zVGxID2fBZOJqXWPPmGKNlzHBbyOrx7-oZEGKcEbQrVM>
 - Fernando Aznar. “Capital Social. Funciones”. Año 2016.
<https://riu.austral.edu.ar/bitstream/handle/123456789/1771/Capital%20social.pdf?sequence=1#:~:text=La%20funci%C3%B3n%20de%20garant%C3%ADa%20del,solvencia%20y%20liquidez%5B12%5D>.
 - Dolores Oliveira. “No presentar balances a tiempo en la IGJ será mucho más caro”. Año 2022.
<https://www.cronista.com/economia-politica/No-presentar-balances-a-tiempo-en-la-IGJ-sera-mucho-mas-carro-20181214->

[0019.html#:~:text=Las%20sociedades%20sometidas%20a%20fiscalizaci%C3%B3n,multa%20de%20m%C3%A1s%20de%20%24%205000](#)

- Ariel Angel Dasso. “Patrimonio y Capital Social: el Nuevo Código y una definición”. Año 2016.

<https://repositorio.uade.edu.ar/xmlui/bitstream/handle/123456789/8002/CDS130302065.pdf?sequence=1>



Universidad de
SanAndrés