

LA INFRACAPITALIZACIÓN Y EL INFORME GENERAL DEL SÍNDICO

GRACIELA SILVIA TURCO
CARLOS ALBERTO SCHATZKY

CONCLUSIONES

Actualmente los procesos falenciales de sociedades anónimas infracapitalizadas abarrotan los juzgados comerciales. Las consecuencias del aforismo popular: "Empresas pobres, empresarios ricos" son desalentadoras (pero en general no para estos últimos): dispendio inútil de la actividad jurisdiccional (que se traduce en costos y tiempos irrecuperables) y expectativas prácticamente nulas de recupero de sus acreencias por parte de los acreedores.

Como estimamos que hemos demostrado en esta ponencia, algunas de las modificaciones incorporadas en la Ley de Concursos N° 24522, al menos las conectadas con la temática de la infracapitalización de sociedades anónimas, a más de seis años de su vigencia, merecen serios reparos.

No obstante ello, y mientras no exista una reforma legislativa que procure el cambio de tal deplorable estado de situación, el síndico judicial debe poner de resalto toda información que permita establecer responsabilidades patrimoniales de aquellos, que en alguna forma y medida, contribuyeron en forma desaprensiva al estado de impotencia patrimonial del ente y en particular debido a la causal de infracapitali-

zación (ya sea liminar o sobreviniente).

La primera y fundamental oportunidad para hacer público este tipo análisis, se encuentra específicamente determinada por la ley de marras y la constituye el Informe General del art. 39.

Toda vez que la línea de pensamiento propuesta en el presente trabajo lleva consigo implícito el apartamiento de los preceptos legales generales, consideramos que estas manifestaciones deben estar rigurosamente fundamentadas.

LA TEORÍA DEL ABUSO DEL DERECHO

Como es sabido, el instituto del abuso de derecho tiene su consagración en la ley de fondo desde el año 1968 mediante la modificación del art. 1071 CC por Ley 17711, añadiendo un instrumento jurídico útil para el logro de soluciones equitativas¹.

Su aplicación fue tímidamente encarada y aún hoy es frecuentemente discutida anteponiéndose la necesidad de la seguridad jurídica que debe reinar en todos los actos jurídicos.

Como también es por todos conocido, ningún criterio debe ser empleado a ultranza dado que ningún derecho es absoluto.

Distintas han sido las interpretaciones del abuso del derecho y creemos que la más ajustada a nuestro ordenamiento jurídico es aquella propugnada por Josserand² y seguida en nuestro país por Spota, por la cual "se tipifica el abuso del derecho cuando el ejercicio de la prerrogativa jurídica conlleva una lesión al espíritu de ese derechos...

"Los derechos encuentran su origen en la comunidad de la cual obtienen su espíritu y su finalidad; es para ella y por ella que existen ... son elaborados por la sociedad y no la sociedad para ellos; su télesis hállese fuera y por encima de ellos mismos, no son, pues, absolutos, sino relativos.

"El titular del derecho que hubiera pues, no usado, sino abusado de él, vería su responsabilidad comprometida hacia la víctima de esa desviación culpable. Vanamente objetaría que ha ejercido un derecho, puesto que ha cometido una falta en el ejercicio de ese derecho y es precisamente esa falta lo que se llama abuso de derecho".

El acto abusivo se enrola en la tipología de los actos lícitos, sólo que su ejercicio se desvía de la funcionalidad de la norma, se ejercen los derechos subjetivos en forma tal que se abusa del derecho objetivo.

La evolución de las relaciones entre los hombres, en repetidas ocasiones desarrolladas en planos de desigualdad y de asimetría, ha obligado a revisar el inveterado principio del *pacta sunt servanda*, incluido en el art. 1197 CC.

Entonces nos animamos a decir que en torno a la teoría del abuso del derecho se pueden delimitar dos posiciones antagónicas entre sí por distintas concepciones políticas: liberal y social. Para los primeros es basal la libertad del individuo y para los segundos los intereses de la sociedad están ubicados por encima de los particulares de sus miembros.

Aquellos que se asientan en derredor de la primera postura, tienden a defender el mantenimiento del principio de seguridad jurídica que repele el abuso del derecho por el cual se tornaría "revisable" lo acordado o actuado previamente.

¿Cuál es el valor supremo a resguardar: justicia o seguridad? En principio la respuesta aparece sin dubitaciones en nuestra mente: Justicia. A su vez, la seguridad en las relaciones jurídicas hace también al concepto de Justicia.

Pero "si la teoría del abuso del derecho se ha abierto camino, es por una razón de orden moral"³.

El dilema se ve robustecido en la actualidad, ya que nos encontramos inmersos en la etapa del postmodernismo o de tiempos de crisis. La crisis se instala cuando la cultura de los expertos se distancia del gran público y las perspectivas de reconectar la cultura con la praxis cotidiana presenta perspectivas no muy buenas⁴.

Por eso nos parecen acertadas las siguientes palabras: "Por eminentes que sean las cualidades intelectuales de un pueblo, si la fuerza moral, la energía y la perseverancia faltan, en ese pueblo jamás podrá prosperar el derecho"⁵.

Las leyes no pueden prever todas las posibles contingencias en las que se desarrollen los hechos y actos jurídicos, además del poder modificador del tiempo, por eso es fundamental el criterio del juzgador. Este criterio obviamente no es uniforme y entonces vía una actividad jurisdiccional en cuestiones que no se ajustan estrictamente a lo normado, se ejerce una "pseudolegislativa", al menos en la sentencia particular y sentando un precedente para otras contiendas judiciales.

Para que sea procedente este "remedio judicial" es menester que exista una injusticia evidente, un resultado no previsto por la norma legal y contrario al criterio del juez sustentado en la buena fe, en la moral y las buenas costumbres y que aquél sea de tal magnitud que obligue al juez a aplicarlo de oficio. En el resto de los casos, se torna necesario el pedido de la parte afectada⁶.

La cuestión que pretendemos tratar no estaría ni mínimamente esbozada si no nos referimos a las leyes por demás laxas con que contamos en distintas esferas de actuación, particularmente las comerciales.

Éstas se convierten en “oportunidades” que se “brindan” especialmente a aquellos habitantes de la nación deshonestos quienes las emplean en detrimento de los honestos miembros del resto de la comunidad.

Basta para ejemplificar, el actual cuadro de situación de las innumerables quiebras sin activo que agobian los estrados de la justicia comercial en todo nuestro país y en especial, los de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, desde hace ya varios años.

Una derivación del instituto del abuso del derecho lo constituye la desestimación de la personalidad societaria “disregard of the legal entity”. Esta teoría nació para poner una solución jurídica a una confrontación de normas legales: “las que estructuran el régimen societario, asegurando a las sociedades el reconocimiento de una personalidad distinta de la de sus miembros, y las que contemplan y protegen el interés jurídico del lesionado en razón de dicho reconocimiento”⁷.

A continuación, específicamente nos referiremos al deudor persona jurídica con una estructura de responsabilidad limitada al capital suscripto con niveles de infracapitalización y dentro del tipo, tan sólo al caso de la Sociedad Anónima, y la información a suministrar en estos casos, por parte del síndico judicial en el Informe General del art. 39 de la Ley de Concursos N° 24522 (en adelante LC.), por razones elementales de espacio impreso permitido en este foro.

LA SOCIEDAD ANÓNIMA Y LA IMPORTANCIA DEL CUANTUM DEL CAPITAL SUSCRITO

El art. 186 Ley de Sociedades N° 19550 (en adelante LS.) establece actualmente un mínimo de capital suscripto \$ 12.000.- sin distinción alguna de la naturaleza del objeto social.

No se necesita contar con vastos conocimientos empresarios para llegar a la rápida pero no por ello menos acertada conclusión que la mayoría de las sociedades anónimas regularmente constituidas que cumplan tan solo con dicho mínimo, se encuentran infracapitalizadas para la concreción de su objeto social, no siempre definido en forma precisa y determinada (art. 11 inc. 3 LS) y que en su gran mayoría es una relación inconmensurable de actividades, que podrá desarrollar el ente a lo largo de todo el plazo de duración.

El juez del registro (en aquellas jurisdicciones que lo prevén) debe comprobar el cumplimiento de todos los requisitos legales y fiscales (art. 6 LS.) La inscripción de la sociedad regularmente constituida es constitutiva. “La inscripción y el control judicial previo a ella, no sana los vicios o defectos constitutivos de la sociedad, pero

otorga una presunción *iuris tantum* de legalidad al acto de constitución”⁸.

La realidad demuestra que la intervención de la autoridad de contralor al momento de la constitución de la sociedad (efectuado hoy en día en la Inspección General de Justicia en el ámbito de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires desde el año 1980, antes a cargo del Juzgado de Primera Instancia Comercial de Registro, actualmente el Nacional de Primera Instancia en lo Comercial N° 26 y en la mayoría de las áreas provinciales la intervención corresponde a las direcciones de personas jurídicas de cada provincia), es meramente formal, distando de aquellos ejemplares pronunciamientos judiciales⁹ que merecen, a nuestro criterio, ser tenidos en consideración en las por demás reiteradas solicitudes de inscripción de sociedades con responsabilidad limitada al capital suscripto, cuando éste resulta ínfimo para mega emprendimientos económicos descriptos en el objeto social.

Consternados vemos en forma continuada que se toma en cuenta a la LS., al momento de la inscripción de una sociedad, como un ordenamiento jurídico único y aislado del conjunto de normas de derecho existente, cuando en rigor de verdad ésta es una ley específica del tema que forma parte de una nutrido archipiélago de leyes. Es así como son soslayadas las prescripciones del art. 953 CC. en lo que respecta a que el objeto de los actos jurídicos no deben ser hechos imposibles o que perjudiquen los derechos de un tercero.

Y como “la sociedad es un contrato, o al menos especie de los actos jurídicos, no parece posible apartar la norma del CC., 953 (verdadero principio general de derecho), en cuyos términos el objeto de dichos actos deben ser hechos posibles”¹⁰.

Las maneras de operar que tienen estos sujetos de derecho en el diario tráfico comercial son variadas pero es factible resumirlas en tres conductas que se desarrollan en forma excluyente o concurrente: a) echando mano a la obtención de crédito externo al ente (en condiciones en general por demás desventajosas), b) defraudando a sus clientes o c) recurriendo al usual mutuo dinerario celebrado con los accionistas, el representante legal o sus administradores.

Todos estos medios son vías rápidas del incremento de la variable de ajuste: necesidad de formación de concurso preventivo o declaración de quiebra de sociedades anónimas infracapitalizadas, que no son ni más ni menos que una fachada de las actividades comerciales de una o más personas físicas, con la “superventaja” de la limitación de la responsabilidad al capital suscripto.

Recordemos que pueden existir dos tipos de infracapitalización.¹¹ Una, formal o nominal, si se aplica el medio de obtención de

fondos antes identificado con c). El otro tipo de infracapitalización es el material que no es más ni menos que la ausencia de fondos provenientes de cualquier fuente.

Es así que "las sociedades anónimas infracapitalizadas constituyen una burda caricatura de lo que debe entenderse por sociedades anónimas y se convierten en instrumento de fraude para los terceros, cuya protección debe ser prioritaria en toda legislación que reglamente el funcionamiento de las sociedades comerciales"¹².

En el caso de quiebra de una sociedad anónima infracapitalizada materialmente, el síndico dispone de la acción del art. 175 LC. contra los socios (a nuestro entender, también contra accionistas de sociedades anónimas cerradas) limitadamente responsables, administradores, síndicos y liquidadores. Si esta acción ya se hubiera iniciado con anterioridad del decreto falencial, debe continuar por ante el juzgado del concurso, pudiendo el síndico hacerse parte coadyuvante o mantenerse fuera de ella y deducir las acciones que corresponden al concurso por separado.

Asimismo, y de acuerdo con el art. 278 LS., los acreedores en forma individual están legitimados en la quiebra a ejercer acciones de responsabilidad.

Lo expresado en el párrafo anterior, no es más que una aplicación de la noción del abuso del derecho en el marco de una quiebra.

Esta postura es rechazada por aquellos que propugnan la primacía del principio de la seguridad jurídica por sobre el instituto del abuso del derecho. A nuestro entender la actual LC. es partidaria de esta primacía, si bien no de un modo explícito, por las razones que seguidamente exponemos.

El art. 176 in fine LC. dispone que las acciones reguladas en esta Sección (se refiere a la Sección III: Responsabilidad de terceros del Capítulo III: Extensión de la quiebra. Grupos Económicos. Responsabilidad de Terceros) se tramitan por ante el juez del concurso y son aplicables los arts. 119 y 120, en lo pertinente.

El actual art. 119 LC. establece, a diferencia de su antecesora la Ley 19551, que la acción está sujeta a autorización previa de la mayoría simple del capital quirografario verificado y declarado admisible, por una parte. Por la otra, dice que la acción perime a los 6 meses. Disentimos con la opinión del prestigioso tratadista Julio César Rivera cuando afirma que "ni tampoco exige la ley que se cuente con la conformidad de los acreedores en los términos del artículo 119 de la LC."¹³ por resultar contrario a lo dispuesto, como ya lo expresáramos, en el art. 176 in fine LC.

¿Cuál ha sido el resultado de la incorporación de estas variantes

en la actual LC respecto de su predecesora? “Lamentablemente, entendemos llevaron –en la práctica- a vaciar lisa y llanamente de contenido tanto la declaración de ineficacia y la revocatoria concursal cuanto las acciones de responsabilidad contra terceros”¹⁴.

Basamos nuestra aseveración en la experiencia personal, ya sea en el ejercicio de la sindicatura o como letrado patrocinante de varios síndicos y la casi (esta prevención la efectuamos porque somos conscientes de que nos es prácticamente imposible la revisión de todos los anales de jurisprudencia del tema en el país en forma continua) rotunda inexistencia de jurisprudencia sobre acciones de este tipo promovidas bajo la ley falimentaria vigente¹⁵.

Innumerables procesos falenciales presentan activos de importes exiguos que ni llegan a la cifra de retención del capital suscrito. En muchos de estos casos hay evidencias claras que la sociedad debió disolverse ya sea por imposibilidad sobreviniente de lograr el objeto para el cual se formó (art. 94 inc. 4 LS.), por pérdida del capital social (art. 94 inc. 5 LS.) o que no se efectuó la reducción obligatoria del capital a pesar que las pérdidas hayan insumido las reservas y el cincuenta por ciento del capital o más (art. 206 LS).

La importancia del capital es vital por constituir la garantía para los terceros, “pues éstos sabrán a priori que, técnicamente, haga lo que haga la sociedad con su patrimonio (con el cual puede, como cualquier sujeto de derecho, hacer lo que le venga en gana con el sólo límite de las acciones pauliana o revocatoria en caso de fraude, subrogatoria y de simulación), siempre hallarán en la caja social, por lo menos el contravalor patrimonial efectivo de la cifra del capital”¹⁶.

Entonces, fácil se desprende que si la gran mayoría de las sociedades anónimas se inscriben con el capital mínimo autorizado por el órgano de contralor, no efectúan aumentos de capitales, continuamente recurren al crédito en condiciones desventajosas, amén del estado deprimido de la economía nacional, las consecuencias no pueden ser optimistas para los acreedores de estas sociedades en quiebra.

LA INFRACAPITALIZACIÓN Y EL INFORME GENERAL DEL SÍNDICO

“El informe general del síndico es de singular importancia a fin de que los acreedores cuenten con elementos de discernimiento para la toma de decisión (aprobatoria o desaprobatoria) sobre la propuesta de acuerdo. Algunos de los datos que el síndico debe informar, son exigidos en miras al eventual fracaso del concurso preventivo que pudiera derivar en la quiebra indirecta del deudor...”¹⁷.

Consideramos que el tema de la infracapitalización de la sociedad anónima en estado concursal puede ser decisivo como causa del desequilibrio económico del deudor, por lo cual su análisis debiera ser incluido en el Capítulo I de dicho informe.

También puede tener íntima conexión con la cesación de pagos, en cuanto a la época en que se produjo la misma, y ser, al menos uno, de los hechos y circunstancias que hayan desencadenado tal estado de impotencia patrimonial. Entonces la temática de la infracapitalización, debiera asimismo ser incluida en el Capítulo V del informe a que nos venimos refiriendo.

En el Capítulo VI, el síndico debe informar si los socios realizaron regularmente sus aportes y si existe responsabilidad patrimonial que se les puede imputar por su actuación en tal carácter. Para dictaminar si los aportes fueron regularmente efectuados resulta obvio que el análisis sea efectuado a partir de libros contables que fueron llevados con ajuste a derecho.

El dictamen sobre la regularidad o irregularidad de las registraciones contables debe efectuarse en el Capítulo III. Su interrelación con el Capítulo VI es total, toda vez que si los libros contables no fueron llevados conforme a derecho, en principio, nada se podrá decir en el Capítulo VI.

Nuestra experiencia nos indica que los libros contables y los societarios, en el mejor de los casos no fueron llevados conforme lo establecen los arts. 43, 44 y 51 del Código de Comercio. Otras veces estos registros contables están desactualizados. Y en el peor de los casos, éstos derechamente no existen (por haber sido extraviados, robados, etc. cuando estaban en poder de los administradores de la fallida).

En lo que respecta a la desactualización de las registraciones contables, “prestigiosos colegas dejaron sentada su posición por escrito..., en el sentido de que el síndico debía actualizar la contabilidad de la deudora en el caso que se encuentre atrasada o efectuar los ajustes que considere pertinentes, tomando como base que es un profesional con competencia en materia contable.

Nuestra posición no es esa, porque en el concurso preventivo el deudor no se encuentra desapoderado y el síndico sólo actúa en una función de vigilancia (art. 15 LC.), por lo cual su legitimación procesal en el concurso preventivo es realmente acotada, no es su representante sino es un funcionario del mismo. El síndico judicial no es un amanuense”¹⁸.

“La naturaleza de la función del órgano de la sindicatura dista de tener fundamento en la teoría de la representación, si bien existe, en

general, una arraigada idea en contrario, errónea por cierto, que hace transitar su responsabilidad por senderos equivocados”¹⁹.

Consideramos que no sólo el síndico debe informar lo estrictamente establecido en el Capítulo VI del Informe General del art. 39 LC., sino además debe denunciar los casos de infracapitalización a que nos venimos refiriendo, ocurridos ya sea al momento de la constitución de la sociedad o sobreviniente, “no limitándose –su función– a la interpretación tradicional de la norma in examine, esto es, integración y valuación de aportes”²⁰.

Lo anterior así por el principio general de la existencia de sociedad comercial, en lo concerniente a la participación de los beneficios y el soporte de las pérdidas (art. 1 LS.).

Por supuesto que todo apartamiento a los principios generales (en nuestro caso que los socios limitan su responsabilidad a la integración de las acciones suscriptas, por imperio del art. 163 LS.) u opinión personal del funcionario sindical, “ésta debe ser debidamente fundada”²¹.

El objetivo de este trabajo apunta precisamente a ello, a reunir fundamentos para esta postura que pueda adoptar el síndico en oportunidad de la presentación del Informe General, que el elevado criterio del lector puede, sin lugar a dudas, ampliar.

El Capítulo VII del Informe debe contener la enumeración de los actos susceptibles de revocación en caso de quiebra, según lo dispuesto por los arts. 118 y 119 LC.

Siguiendo nuestra línea de pensamiento, el último de estos artículos (Actos ineficaces por conocimiento de la cesación de pagos) puede también ser relacionado en caso de infracapitalización nominal (que recordemos, sucedía en aquellas circunstancias en las cuales los socios/accionistas instrumentan con la sociedad préstamos dinerarios, para mantener el capital de trabajo de la empresa acorde a niveles operativos, en vez de efectuar un aumento del capital suscrito).

Insistimos que creemos imprescindible que el síndico emita su opinión fundada, toda vez que estaría incursionando en un tema de excepción al principio general de limitación de responsabilidad al sustentado por el art. 163 LS.

Al respecto son más que elocuentes los conceptos vertidos por Ricardo Nissen a continuación transcriptos: el “...mercado de sociedades anónimas en nuestro país, en donde su gran mayoría son sociedades colectivas disfrazadas de anónimas y en las cuales el gobierno de las mismas no está escindido de su administración, en lo que a sus integrantes se refiere. En este tipo de compañías no es invocable, en principio y salvo contadas excepciones, el desconocimiento por los

accionistas del giro empresario o el real desenvolvimiento de los negocios sociales...”²²

En una situación como la descripta en el párrafo anterior, difícilmente un accionista de una sociedad anónima cerrada pueda aducir en su defensa ante una imputación fundada en el art. 119 LC., que las contrataciones con la después fallida, fueron llevadas a cabo desconociendo su estado de cesación de pagos.

Esta cuestión no sólo debe ser observada por el síndico en oportunidad de la presentación del Informe General, sino además debiera desaconsejar la eventual solicitud verificatoria presentada por el accionista - acreedor en el Informe Individual respectivo del art. 35 LC., por la misma razón de la ineficacia del acto (si bien tal declaración es resorte exclusivo del juez, a partir de la valoración de las pruebas que se propongan en un ordinario o incidente).

La temática de la infracapitalización de la sociedad anónima recobra vigencia ya no sólo en la quiebra sino en el concurso preventivo, cuando el síndico debe informar la valuación patrimonial de la empresa, según registros contables, en el Capítulo IX del Informe General.

Es de remarcar que la obligación de cumplimentar todos y cada uno de los incisos del Informe General por parte de la sindicatura, no puede ser obviada bajo ningún pretexto, ni aún en el caso del inc. 9 no obstante devenir dicha información innecesaria en el caso de quiebra, salvo en el caso de continuación de la explotación (arts. 189 y 191 LC.).

La valuación patrimonial fijada por el juez en la sentencia por la cual se declara la apertura del registro para el cramdown (art. 48 inc. 1 LC.), resulta ser el patrimonio neto del ente concursado según registros contables, es decir, la diferencia entre el activo y el pasivo²³, si bien no es un criterio unánime, según ampliamos más adelante.

No nos es permitido confundir los conceptos de capital y patrimonio. El patrimonio (prenda común de los acreedores en el estadio de la quiebra liquidativa y según el orden de los privilegios legislados en los arts. 240 a 250 LC.) está sujeto a la discrecionalidad de los administradores del ente, en tanto el capital es la garantía de los terceros.

El concepto de capital según la LS. es estático (sólo es modificado por un aumento de capital llevado a cabo con las formalidades prescriptas en la misma ley), propugnándose en distintos foros una legislación que lo transforme en “dinámico o funcional” en resguardo de los intereses de los terceros.

El patrimonio de inicio, o sea al momento de la constitución, coincide con el capital. En el transcurso de la operatoria del ente, se

van produciendo modificaciones a dicho patrimonio inicial que se traducen en pérdidas o ganancias que se exponen en el Patrimonio Neto (concepto dinámico), pero que no forman parte del capital, a no ser las reservas legales. Así, el patrimonio neto es un concepto abarcativo del capital y puede tener signo positivo, negativo y hasta ser (poco probable) igual a cero.

Con respecto al inc. 9 del art. 39 LC., estimamos que merece algunos comentarios en especial.

El primero de ellos, se refiere a la redacción empleada en este inciso que adolece de rigor técnico, dado que confunde el soporte de la información (los libros contables) donde se asientan los registros o registraciones contables, con los sistemas de valuación del patrimonio que debieran surgir de la aplicación de normas de valuación según la normativa profesional contable. La valuación debe ser efectuada según normas de valuación y no “según registros contables”²⁴.

El segundo de los comentarios se vincula con la forma en que son llevados los libros contables que, en honor a la brevedad, remitimos a lo dicho anteriormente para el Capítulo III del Informe General. Sólo enfatizamos que valor patrimonial que se estime a partir de una contabilidad no llevada conforme la normativa existente al respecto, es de dudoso, por no decir, nulo valor.

De no existir observación alguna (art. 40 LC.) al valor patrimonial determinado por el síndico en oportunidad de presentar su informe general y el juez lo considere procedente, será el mismo que luego se empleará para el procedimiento del salvataje o “cramdown” (art. 48 inc. 1 LC.)²⁵.

Analizaremos ahora las consecuencias que puede tener la fijación de un valor patrimonial (que puede asumir un valor negativo, positivo o inclusive igual a cero, caso poco probable). Nos detendremos en las dos primeras alternativas:

- *Valor patrimonial negativo:*

El activo resulta exiguo para poder afrontar todo el pasivo contraído. Pueden plantearse dos situaciones:

1) El juez entiende que el valor patrimonial coincide con el patrimonio neto negativo según registros contables deviniendo innecesaria la designación del estimador (art. 262 LC.) dado que nada se debe pagar a los accionistas/socios por la transferencia²⁶ y su nombramiento implicaría una erogación absolutamente prescindible.

2) El juez concursal puede ser del criterio que el valor patrimonial no debe necesariamente coincidir con el patrimonio neto de la sociedad²⁷, “máxime en supuesto en los que la concursada exhibe un patrimonio neto negativo....” El procedimiento del salvataje “importa

asimismo la adquisición del capital social por un precio, el cual si bien debe implicar para sus titulares un sacrificio análogo al que sufren los acreedores, no puede resultar inexistente, de otra manera, la operación adquirirá implicancias de desapoderamiento que pueden conllevar óbices que agraven el derecho de propiedad, cuya protección tiene rango constitucional. En esta línea de ideas, considero que si bien puede coincidir en que el “valor libros” al que se refiere la ley debe considerarse atendiendo a la entidad del activo y del pasivo según registros contables, en supuestos de patrimonio neto negativo..., debe hacerse una interpretación flexible que preserve la existencia de un interés patrimonial en cabeza de los titulares del capital social que evite el reparo constitucional a que precedentemente aludiera. En este marco pues, ha de considerarse que de existir ... propuesta efectiva de algún o algunos de los llamados “cramdistas” ello importará, en todo caso, un voto de crédito a la subsistencia de la empresa que autoriza la fijación de un valor positivo, siquiera como referente simbólico de su existencia. En este caso, tal valor debe ser fijado prudencialmente y es así, que lo estimaré aquí en el 5% del valor de su activo según libros...”

- *Valor patrimonial positivo:*

El activo supera los compromisos del pasivo, existiendo un remanente que representa las deudas del ente concursado para con sus accionistas/socios “viejos”. Es pertinente la designación del estimador a fin de que lleve a cabo su cometido: determinar el valor presente de los créditos para conocer la reducción y en definitiva determinar el “valor base” a abonar a los accionistas/socios “viejos”.

BIBLIOGRAFÍA

(1) Mazzinghi, Jorge A. “Disentible dispensa al incumplimiento de cargos asumidos por el donatario”. Nota a fallo “Urriarte, Carmen R. y otros c/ Estado Nacional – Ministerio de Educación y Cultura” CNFed. Civil y Comercial - Sala II – nov. 18 – 994 – LL To. 1995 – D pág. 660.

(2) Jossierand, L. “De l’esprit des droits et de leur relativité”, París, 1937, págs. 394 y siguientes. Citado por Condorelli, Epifanio L. en “El abuso del derecho” Editora Platense – 1971 – págs. 26 y siguientes.

(3) Borda, Guillermo A. “Tratado de Derecho Civil – Parte General” Editorial Perrot – Buenos Aires – 1996, Tomo I, pág. 51.

(4) Bentham., J. “Tratado de los Sofismas Políticos, Buenos Aires, Leviatán, 1986, pág. 43. Citado por Russo, Eduardo A. en “Teoría General del Derecho”, Abeledo – Perrot - Buenos Aires – 1996 - pág. 331.

(5) Von Ihering, Rudolf. Citado por Martínez de Sucre, Virgilio y Corti, Arístides H. en "Parke Davis – Caso rector" - ED Tomo 49, página 481.

(6) Ídem 1, pero pág. 658.

(7) Zannoni, Eduardo A. "La desestimación de la personalidad societaria – "disregard" Y una aplicación en defensa de la intangibilidad de la legítima hereditaria" LL Tomo 1978 – B – pág. 195.

(8) García Badaracco, Adela B. – "Régimen de Sociedades Comerciales – Ley 19550", Revisado, ordenado y comentado – Astrea – 3ª Edición – Buenos Aires – 1985, pág. 84.

(9) Butty, Enrique M. 1ª Instancia Comercial de Registro, Capital, firme, junio 30 – 980 – "Veca Constructora S.R.L." – LL Tomo 1980 – D – págs. 464 y siguientes.

(10) Marsili, "Actualización de la teoría de la personalidad de las sociedades", Revista de Derecho Comercial, Año 4, pág. 1, 1971. Citado por Zannoni, Eduardo A. en "La desestimación de la personalidad societaria – "disregard"- y una aplicación en defensa de la intangibilidad de la legítima hereditaria", LL. Tomo 1978 – B, págs. 195 y siguientes.

(11) Favier – Dubois, Eduardo M. "La quiebra de la sociedad y el socio de responsabilidad supuestamente «limitada»" – Doctrina Societaria N° 128 – Julio 1998 – Editorial Errepar - pág. 18.

(12) Nissen, Ricardo A. "Un magnífico fallo en materia de inoponibilidad de la personalidad jurídica – Nota al fallo «Duquelsy, Silvia c/ Fuar S.A. y otro»" – Doctrina Societaria N° 128 – Julio 1998 – Editorial Errepar - pág. 7.

(13) Rivera, Julio C. "Instituciones de Derecho Concursal" – Tomo II – Rubinzal – Culzoni Editores – 1997, página 331.

(14) Schatzky, Carlos A. "Ineficacia, revocatoria concursal y acciones de responsabilidad contra terceros. Algunas consideraciones sobre su dudosa vigencia práctica en la actualidad". II Congreso Iberoamericano de la Insolvencia – Tomo II, La Cumbre, Córdoba – 2000 -pág. 501.

(15) Ídem anterior, pero páginas 504 y siguientes.

(16) Butty, Enrique M. "Necesidad de uniformar los principios legales y legal contables concernientes al capital social, en las legislaciones chilena y argentina" – Ponencia a las II Jornadas Argentino – Chilenas de Institutos de Derecho Comercial – Mendoza – 1999 – Tema 1.

(17) Rouillón, Adolfo A. "Régimen de Concursos y Quiebras. Ley 24522" Editorial Astrea – Buenos Aires – 1995 – páginas 79 y 80.

(18) Turco, Graciela S. "Algunas cuestiones prácticas soslayadas en el cramdown" – 13º Congreso Nacional de Profesionales en Ciencias Económicas – Área II: Actuación Profesional – Bariloche – 2000 – pág. 423.

(19) Turco, Graciela S. "Legitimación procesal del concursado, fallido y síndico" – 12º Congreso Nacional de Profesionales en Ciencias Económicas" – Córdoba – 1998 – Área II: Actuación Profesional – pág. 1163.

(20) Macagno, Ariel A. –“ El socio accionista frente al fenómeno de la infracapitalización y la falencia social sobreviniente” II Jornadas Argentino – Chilenas de Institutos de Derecho Comercial – Mendoza – 1999 – Tema 1.

(21) Quintana Ferreyra, Francisco. “Concurso” – Editorial Astrea – Buenos Aires 1985 – Tomo I, pág. 452.

(22) Nissen, Ídem (12).

(23) Dasso, Ariel A., Dasio Ariel G, y Dasso, Javier A. “Quiebras. Concurso Preventivo y Cramdown” – Editorial Ad-Hoc- 1997 - Tomo II, página 253.

(24) Turco, Ídem (18).

(25) Turco, Graciela S. “El cálculo financiero en el salvataje del art. 48 de la Ley de Concursos N° 24522” - II Congreso Iberoamericano de la Insolvencia – Tomo I, La Cumbre, Córdoba – 2000 -pág. 532.

(26) Mosso, Guillermo. “El cramdown y otras novedades concursales” – Rubinzal, Culzoni Editores - 1998 – pág. 311.

(27) Juzgado Comercial de Primera Instancia en lo Comercial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Secretaría N° 52, 02-10-2000 “Sociedad Ganadera Esmeralda SA. s/ concurso preventivo”.