

LA PERDIDA DEL CAPITAL Y EL CONCURSO DE LA SOCIEDAD

Efraín Hugo Richard

Cuando se concurre una sociedad que ha perdido su capital social, tal situación impone determinar si administradores y socios han cumplido adecuadamente sus obligaciones y pueden ser imputados de responsabilidad.

Ello atento que la capitalización de la sociedad es un remedio impuesto por la ley societaria para evitar la liquidación, resguardando la conservación de la empresa y el derecho de los socios a través del derecho de suscripción preferente, y –a su vez– protegiendo a los terceros que contratan con la sociedad.

En el concurso de una sociedad será advertible de la documentación contable en su presentación, de la descripción de la situación y del informe general del síndico si administradores y socios han protegido o no a la empresa en caso de pérdida total o parcial del capital social, pues sin duda la situación se agravó al no cumplirse con las obligaciones de reintegro o aumento de capital.

En el concurso, además del aumento de los costes de transacción, suelen plantearse como normales quitas que importan una donación de los titulares del pasivo a favor del patrimonio de la sociedad, o sea en beneficio directo de los socios que usaron peligrosamente de la técnica societaria.

La causal no opera *ope legis*, pero es de inmediata constatación por lo menos al aprobarse un balance del que resulte la pérdida del capital social. No opera de pleno derecho pues la ley otorga la posibilidad de removerlo, pero debe entenderse que si se continúa el giro sin atender la causal constatada y no se procede a removerla, será de aplicación inmediata la previsión del art. 99 LSA sobre responsabilidad de administradores y socios que colaboraran a ello, pues se trata de una causal de inmediata constatación a partir del balance que así lo acredite, es más a partir del proyecto de balance confeccionado por los administradores.

La conservación de la empresa estructurada societariamente es un problema de los administradores y de los socios¹. Es una cuestión de derecho privado. Tal reorganización puede ser asumida directamente por la sociedad con menores costes y sin riesgo de responsabilidades, posteriormente en una propuesta de acuerdo preventivo extrajudicial o judicial², incluso cuando no lo hubieran logrado inicialmente por la vía prevista de capitalización de pasivo (art. 197 LSA). Esta última solución es cuidadosamente ignorada en la presentación concursal.

¹ *La conservación de la Empresa* en Anales de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba tomo XXV pág. 107 y ss. correspondiendo a mi comunicación en ocasión de recibir el Premio Academia en el año 1981; *Los administradores societarios y la insolvencia* RDCO n° 203 pág. 553 y ss., entre otros que pueden verse en la página electrónica de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba www.acader.unc.edu.ar. MICELLI, María I. *Los nuevos concordatos irrisorios. El delicado equilibrio entre la conservación de la empresa y la protección adecuada del crédito* en Derecho Concursal Argentino e Iberoamericano, cit., t. II pág. 631 y ss..

² Recordamos en vigencia de la ley 11.687 el concurso preventivo de Francisco Porchietto S.A., en la Ciudad de Córdoba, patrocinando por un distinguido jurista, donde se propuso esa solución, la que fue aprobada, y, con posterioridad, ante la liquidación adoptada por la Asamblea de accionistas, una buena realización de bienes llevó al pago del 70%.

De no reintegrar el capital los socios o asumiendo el aumento de capital por ellos y terceros, para que el balance restituya la cifra del capital social, deben tener por operada una causal de disolución y asumir la liquidación con el menor costo posible, para que los acreedores cobren lo más posible.

Adviértase los sistemas que en situaciones semejantes permiten a los administradores emitir acciones sin autorización de los socios³. La tutela de los acreedores ante la continuidad de la empresa en cesación de pagos, aumentando la posibilidad de pérdidas ante una prospectiva incierta, impone pensar en la responsabilidad de los administradores⁴, señalándose la utilidad que revisten en general “los remedios tempestivos e idóneos a la primera señal de crisis”⁵..

En ese contexto resulta importante otorgar la preferencia a los socios, lo que ello puede lograrse con mínimo costo en sede societario. Así resulta de las previsiones de la ley societaria argentina, asegurando la posición del socio ante el eventual aumento de capital, impuesto por el giro de los negocios o por la necesidad de evitar la disolución por pérdida total o parcial del capital social, o por la imposibilidad sobreviniente del patrimonio social para cumplir el objeto social –empresa-.

Con ese ingreso de capital se satisfarán las obligaciones sociales que motivaron el concurso y cesará la situación de crisis, por lo que se habrá sobreseído la situación concursal con un bajo coste de transacción, aunque menor hubiere sido si lo hubieran adoptado con una simple asamblea societaria, sin recurrir a la judicialización de la crisis.

Como señaló la jurisprudencia⁶ “la suficiente capitalización de la sociedad al momento de su constitución y posteriormente, durante todo el desarrollo de la actividad empresaria es la mejor manera de evitar la insolvencia de la sociedad, atento que ésta cuenta con mecanismos para obtener la financiación interna”, y –eventualmente- la capitalización del pasivo.

Al no existir normas claras que impidan la continuación de la empresa en crisis aumentando la posibilidad de fracaso ante una prospectiva incierta, la tutela de los acreedores resulta de imputar responsabilidad de los administradores sociales, por no haber actuado debidamente, generando daño por su específica acción u omisión⁷.

Pruebas contables como el insolvency test o el balance sheet test son las recomendaciones técnicas usadas en el mundo globalizado para determinar fehacientemente el estado de la sociedad, sea por pérdida de capital social o de patrimonio para asumir el pasivo corriente.

³ MIOLA, MASSIMO “Il sistema del capitale sociale e le prospettive di riforma nel diritto europeo delle società di capitali” en *Rivista delle Società*, 2005-50-1199, fasc. 6. pág. 1310

⁴ MIOLA ob. cit. pág. 1310.

⁵ MIOLA ob. cit. pág. 1309.

⁶ Cám. Trabajo y Minas 4ª Nominación de Santiago del Estero, República Argentina, con fecha 15 de junio de 2005, en la causa “Salazar, Oscar E. c/ Florestal El Milagro SRL”, LLNOA 2005-1446.

⁷ MIOLA ob. y pag. cit. pág. 1310..

Los administradores de esas sociedades, y los socios de control, ante la crisis no adoptan ninguna de las medidas o vías que les ofrece el sistema societario: no llaman formalmente a los socios a considerar como afrontar la crisis. No se expresa ello ni en Asambleas ni en Reuniones Generales, y menos aún se les convoca para aumentar del capital social, reintegración del mismo, reorganización de la empresa, venta de activos inactivos, y particularmente a una capitalización de pasivos por negociación con acreedores.

Con esta visión se construye un sistema de preconcursalidad desde el derecho societario.

Es deber fundamental de los socios capitalizar la empresa si la solución es continuar el giro social. No necesariamente con aportes propios.

Aun cuando desistan de seguir aportando porque no quieren o porque han perdido interés en el proyecto económico de la sociedad-empresa, o no tienen capacidad económica para hacerlo. La solución esta previsto en la ley de sociedades: pueden invitar a terceros a suscribir el aumento de capital necesario para la continuación del giro o la capitalización de las deudas, o sea que los acreedores acompañen a los accionistas no sólo en el riesgo sino en el éxito futuro del negocio.

De decidir los socios no capitalizar ejerciendo su derecho de suscripción preferente, ni invitando a terceros o a los acreedores a la integración, deben tener por operada una causal de disolución –normalmente imposibilidad sobreviniente de cumplimiento del objeto social-, y asumir la liquidación con el menor costo posible, para que los acreedores cobren lo más posible.

Si fracasara la tratativa extrajudicial de esa capitalización, o la liquidación privada se considerara inviable, recién aparecería lógica la presentación en concurso, formalizada temporáneamente con ese proceso. Y esa capitalización de los créditos quirografarios puede ser la propuesta superadora para lograr el acuerdo. Reiteramos que quita y espera impuestos en acuerdo concursal importan enriquecimiento para los socios y empobrecimiento para los acreedores.

Es la solución societaria, vinculada al “esfuerzo compartido”, que no es excluyente de otras soluciones: la capitalización (patrimonialización) para superar las causales de disolución, cuando no la cesación de pagos.

La capitalización tiene múltiples matices⁸, incluso para el reparto de derechos entre viejos y nuevos socios. Apreciar adecuadamente sus posibilidades depende del plan de negocios que formulen los administradores o los técnicos a que ellos se lo requieran.

⁸ Por ejemplo : emitir con prima, o acciones de clase, con preferencias, determinando pactos de rescate, etc.. LAS CLAUSULAS O CONVENIOS DE PREFERENCIA PARA LA COMPRA DE ACCIONES O CUOTAS SOCIALES, SON DE VALIDEZ INDISCUTIDA EN EL DERECHO ARGENTINO TANTO COMO EN EL COMPARADO, SEA QUE ESTEN CONTENIDOS EN EL ESTATUTO O EN PACTOS PRIVADOS ENTRE ACCIONISTAS (CFR. MANOVIL, R., "GRUPOS DE SOCIEDADES", P. 320, BS. AS., 1998; REGGIARDO, R., "SOBRE LA TRANSMISION 'ENTRE VIVOS' DE ACCIONES", ED 205-844; VANHAECKE, M., "LES GROUPE DE SOCIETES", P. 76, N° 65, LIBRAIRIE GENERALE DE DROIT ET DE JURISPRUDENDE, PARIS, 1962; CHAMPAUD, C., "LE POUVOIR DE CONCENTRATION DE LA SOCIETE PAR ACTIONS", PAGES. 51-52, N° 49 Y 50, SIREY, PARIS, 1962; ASCARELLI, T., "SUI LIMITI STATUTARI ALLA CIRCOLAZIONE DELLE PARTICIPACION AZIONARIE", EN SAGGI DI DIRITTO COMMERCIALI, P. 359, ESPEC. P. 391, N° 18, MILANO, A.GIUFFRE, 1955), Y SEA QUE COMPENDAN A TODOS LOS ACCIONISTAS O SOLO A CIERTA CLASE DE ELLOS, EN CUALQUIER CASO, ES INCUESTIONABLE LA LICITUD DEL CONVENIO (CFR. BROSETA PONT, M., "RESTRICCIONES ESTATUTARIAS A LA LIBRE TRANSMISIBILIDAD DE ACCIONES", PAGES. 51 Y 138, MADRID, 1963). In re *RECUPERO ENERGETICO SA C/ CAMUZZI GAS PAMPEANA SA S/ ORDINARIO.vocales* HEREDIA - VASSALLO – DIEUZEIDE de CAMARA COMERCIAL: D., 2007-02-14.

Los resultados que prometa el plan de negocios permitirá a los socios analizar la conveniencia de reintegrar o aumentar el capital social. A su vez la posibilidad de invitar a terceros a integrarse a la sociedad por el buen negocio que resulta el adecuado cumplimiento de su objeto, la rentabilidad esperada, lo que puede permitir atender o reorganizar el pasivo exigible. Hemos intervenido en negocios donde los nuevos inversores aceptaron capitalizar con prima de emisión los fondos suficientes para satisfacer el pasivo, por la seguridad de las utilidades que se generarían una vez extinguido el mismo.

Se trata de una visión sistémica de las crisis patrimoniales de las sociedades.