

“LA CAUSAL DE LA DISOLUCIÓN DE LA SOCIEDAD POR PERDIDA DEL CAPITAL SOCIAL Y LA CONVERGENCIA EN ESTE ASPECTO CON LA LEGISLACIÓN CONCURSAL Y SOCIETARIA”. UNA APRECIACIÓN COMPARATISTAS ENTRE LAS LEGISLACIONES: COLOMBIANA, PERUANA, URUGUAYA, ARGENTINA Y ESPAÑOLA.

AA.VV.¹

Esta ponencia se enmarca en numerales IV y V de los temas del “I e-IIID”, denominados “Instrumentos preconcursales” y “La responsabilidad en los procedimientos de Insolvencia”.

I - **Objetivo de la ponencia:** Se pretende el estudio, análisis y comparación de causales objetivas de disolución de las sociedad por pérdida del capital, y su incidencia en los concursos de acreedores, en las legislaciones colombiana, argentina, uruguaya, peruana y española, para concluir si la ley que las regula constituyen “instrumentos preconcursales” y establecer entre otros aspectos; (i) Como se determina la existencia de la causal de disolución. (ii) Cuales son los mecanismos y plazos para su remediación. (iii) Cual es el grado de responsabilidad para socios y administradores. (iv) Si es posible de que la remediación la establezcan los acreedores. (v) La viabilidad de la actividad como mecanismos complementario a la remediación. (vi) El concurso como remediación o eventual posibilidad de sanción al sujeto que incurrió en la infracapitalización. (vii) si esta causal permite o impide la iniciación de un proceso concursal. El uso de la expresión “infracapitalización” que hacemos en la cuestión vi, como los que registran las diversas legislaciones sobre avizoramiento de la crisis, insolvencia, cesación de pagos, suele ser impreciso cuando no equívoco, vinculándose muchas veces con la función de productividad del capital social, por eso referimos la “pérdida del capital social” (total o parcial según la legislación) que determina una causal de disolución, y que hace a la función de garantía del capital social.

II - INTRODUCCIÓN. La sociedad es un instrumento jurídico técnico de organización de carácter universal, disponible en su constitución y funcionalidad a la autonomía de la voluntad de los socios y la gestión de los administradores. Este instrumento no puede ser usado para dañar a terceros ni transmitir la responsabilidad de socios y administradores a acreedores. Pocas normas acotan esa autonomía de la voluntad en la constitución en cuanto a capital mínimo, pero existen normas imperativas de cierta uniformidad que tienden a evitar esos daños y que se corresponden a lo que suele llamarse “la función de garantía del capital social” que impone conductas, particularmente a los administradores sociales pero también a los socios, cuando se constata –normalmente a través del balance anual de

¹ Codirectores invitantes Dres. Efraín Hugo Richard (Argentina), Israel Creimer (Uruguay), Esteban Carbonell O’Brien (Perú) y German Monroy Alarcon (Colombia); adhiriendo: Dras. Teresita Rodríguez Mascardi y Alicia Ferrer (Uruguay), Dres. Jose Pajares y Jesús Quijano Gonzales (España), Miembros del Instituto Iberoamericano de Derecho Concursal. Ponencia al eCongreso Internacional de la Insolvencia, marzo 2016.

gestión social presentado por el órgano de administración al órgano de gobierno- la pérdida del capital social, que constituye una causal de disolución de la sociedad cuando la pérdida alcanza un porcentaje relevante cuando no la totalidad del capital social. Ello llevó a sostener que la legislación societaria opera en el derecho comparado “como un instrumento preconcursal”², “tiene una función *preconcursal* o *paraconcursal*, considerando algún otro considerarla como *anticoncursal*”³. Estamos considerando el sistema de prevención de crisis, convergiendo con una legislación concursal cada vez más preocupada por la prevención de las crisis empresariales y en la solución de éstas con el menor daño posible a las estructuras productivas, pero no siempre con coordinación y armonización normativa entre las legislaciones societaria y concursal, que no son dos compartimentos estancos. Respecto a la pérdida del capital social y las normas específicas de la legislación del medio técnico organizativo, Emilio Beltrán⁴ postulaba –antes de la reforma del sistema societario español “...parece razonable pensar que la quiebra de una sociedad anónima –o limitada o comanditaria por acciones- debería convertirse en una institución residual, ya que el sistema preconcursal previsto legalmente debería ser suficiente para impedir que la sociedad llegase a ser insolvente...”. A su vez, el argentino Mauricio Yadarola, desde el año 1925 predecía que afrontar la crisis societaria debería serlo a través de normas imperativas preventivas o de normas represivas responsabilizatorias en caso de dañar. En eso estamos, en una investigación multifacética de largo aliento, de la que en este eCongreso presentamos una faceta escueta para interesar a la doctrina mundial y a los legisladores sobre la coordinación o incoordinación de los sistemas normativos societario y concursal para enfrentar las crisis societarias que son las de mayor magnitud. Nos hemos unido investigadores de 5 países, tres de ellos (Colombia, Perú y Uruguay) que tienen normas concursales específicas limitativas de la solución preventiva, y otros dos (Argentina y España) que tienen normas imperativas sobre la pérdida del capital, que flexibilizó España imponiendo a administradores el concurso dentro de plazo perentorio si los socios no habían reintegrado el capital, capitalizado o liquidado la misma. - Creemos así entrever un sistema de preconcursalidad o prevención en la legislación societaria, cuyo incumplimiento genera responsabilidad por los daños generados. Bajo esos criterios intentamos responder atender esa perspectiva y responder a aquellas preguntas.

III - ARGENTINA⁵. La ley societaria de 19550, a partir de 1/08/2015 “Ley General de Sociedades” (en más LGS) coincidentemente con la vigencia del nuevo Código Civil y Comercial (Ley

² URÍA, R.; MENÉNDEZ, A. y GARCÍA de ENTERRÍA, J.” La sociedad anónima: disolución” Cap. 4, p. 1001 en *CURSO DE DERECHO MERCANTIL* dirigido por Rodrigo URÍA y Aurelio MENÉNDEZ, Ed. Civitas, Madrid 1999, tomo I, esp. “Las pérdidas graves” ps. 1009 a 1013.

³ DÍEZ ECHEGARAY, J. *Deberes y Responsabilidad de los Administradores de Sociedades de Capital*, 2006, Thomson-Aranzadi 2ª ed., Navarra. p. 387.

⁴ BELTRAN SANCHEZ, E. “La responsabilidad por las deudas sociales de administradores de sociedades anónimas y limitadas incursas en causa de disolución” en libro colectivo *La responsabilidad de los administradores de sociedades de capital* director Juan Bolás Alfonso, Consejo General del Notariado, Madrid 2000 pág. 154.

⁵ A cargo de Efraín Hugo RICHARD, cuyos desarrollos pueden verse –incluso sobre otros países- en publicaciones unificadas en página electrónica de la Academia Nacional de Derecho y Cs. Sociales de Córdoba www.acaderc.org.ar

29994, en más CCC) ha acentuado la función de garantía del capital social. Resumimos sobre normas de pérdida del capital social consideradas imperativas y no disponibles. 1. Para la constitución de cualquier tipo de sociedad existe libertad, con previsiones de capital mínimo muy bajo para sociedades por acciones, lo que las torna elegibles, y se ha autorizado constituir las por socio único (S.A.U.). Son personas jurídicas desde su constitución (art.141 CCC). La pérdida del capital es considerada causal de disolución cuando es total (art. 94 inc. 5 LGS) a partir de su declaración que se produce cuando el órgano de gobierno aprueba el balance presentado por la administración, del que resulte patrimonio neto neutro o negativo. La pérdida del capital social implica la pérdida de la garantía para terceros e impone la liquidación, salvo capitalización, que puede ser por reintegro de los socios –art. 96 LGS-, que abren la posibilidad de receso, con resultado neutro liberatorio del reintegro; o por capitalización. La capitalización de deuda podría ser la solución fiscal y social más interesante, pues ante la crisis pueden alentar a los acreedores sociales a compartir el riesgo aceptando capitalizar sus obligaciones, frente a la viabilidad de aquellas, requisito insoslayable por art. 100 LGS. 2. Al no existir normas que impidan la continuación de la empresa en crisis, la tutela de acreedores resulta de imputar responsabilidad a administradores sociales, por no actuar debidamente, generando daño por acción u omisión, y a los socios en su caso –art. 99 LGS, hoy calificada por el art. 164 in fine CCC⁶-. Si la recomposición del capital no se decide y se continúa operando, la cuestión de la responsabilidad se retrotrae a la fecha en que se acredite que administradores y socios conocieron o debieron conocer la situación o si aprobaron un balance donde se registró –o debió registrar- la pérdida del capital social. Ello se presume si hay acreedores insatisfechos, incluso a nuestro entender los que resultan afectados por quitas y esperas en un proceso concursal. 3. Si el patrimonio de la sociedad sólo está en cesación de pagos y no ha perdido el capital, la quita en propuesta o en acuerdo logrado por mayoría, implicaría a nuestro entender un abuso de derecho. Constituiría un fraude a la ley si perdido el capital social los socios no decidieron la liquidación ni el reintegro o capitalización, y consiguen imponer una quita a los acreedores. 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 o la satisfacción de obligaciones contraídas. La responsabilidad por los daños surge inmediata, aunque no se efectivizará si las obligaciones con terceros son satisfechas por la sociedad, eventualmente capitalizándolas. La responsabilidad de socios -arts. 164 CCC y 99 LGS-

⁶ “En caso de infracción responden ilimitada y solidariamente sus administradores y aquellos miembros que, conociendo o debiendo conocer la situación y contando con el poder de decisión necesario para ponerle fin, omiten adoptar las medidas necesarias al efecto”.

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). 4. Si el reintegro o capitalización esta a cargo de los socios, la judicatura no debería homologar propuestas con quita, pues configuraría abuso o fraude generado por administradores y socios, para beneficiar a éstos perjudicando a acreedores. Los socios abusarían del derecho si en vez de reintegrar el capital o capitalizar la sociedad la concursaran para que los acreedores asuman la pérdida. Si fracasara la tratativa extrajudicial de esa capitalización, o la liquidación privada se considerara inviable, recién aparecería lógica la presentación en concurso. La capitalización de créditos quirografarios puede ser la propuesta superadora para un acuerdo. Quita y espera impuestas en acuerdo concursal importan enriquecimiento para los socios y empobrecimiento para los acreedores, un verdadero abuso de derecho y fraude a la ley. El CCC, en Título Preliminar refiere al derecho como sistema por su art. 2° “coherente con todo el ordenamiento”, como en arts. 10 y 12 en cuanto refieren a las normas imperativas resultantes para las sociedades de la LGS por el art. 150 inc. a CCC, norma que recién en el inc. c se refiere a la aplicación de las leyes especiales como es la de concursos, y la aplicación de la teoría del abuso del derecho y fraude a la ley –conforme esos arts. 10 y 12- si se intenta evitarlas a través de la aplicación de otras normas. 5. La apreciación lógica es simple: si la sociedad tiene un mero problema de disponibilidades, activo corriente inferior al pasivo corriente, una espera solucionará el problema. Con patrimonio neto positivo no se advierte la necesidad de una quita. Si tiene un patrimonio neto neutro o negativo se ha producido la pérdida del capital que impone su liquidación salvo que los socios decidan reintegrar o capitalizar, sea ellos mismos o terceros, incluso por la capitalización de pasivo (arts. 96 y 197 LGS). Intentar una quita en el concurso, cuya presentación es ratificada por los socios, implicaría un fraude a la ley societaria intentando que los acreedores asuman las obligaciones que tienen los socios, y los enriquezcan. El art. 52 ap. 4 LCQ impone al juez no homologar un acuerdo concursal en ningún caso frente a abuso de derecho o fraude a la ley. Si hay abuso el juez debería aplicar la norma del art. 10 del Título Preliminar: “... *El juez debe ordenar lo necesario para evitar los efectos del ejercicio abusivo o de la situación jurídica abusiva y, si correspondiere, procurar la reposición al estado de hecho anterior y fijar una indemnización*”. Si hay fraude, la norma será la del artículo 12 del Título Preliminar del Código Civil y Comercial se refiere al “Orden público” y al “Fraude a la ley”: “*Las convenciones particulares no pueden dejar sin efecto las leyes en cuya observancia esté interesado el orden público. El acto respecto del cual se invoque el amparo de un texto legal, que persiga un resultado sustancialmente análogo al prohibido por una norma imperativa, se considera otorgado en fraude a la ley. En ese caso, el acto debe someterse a la norma imperativa que se trata de eludir*”. Por eso, ante la silenciosa y aceptada práctica de quitas en los concursos de sociedades, cierta importante doctrina ha comenzado a aceptar que la quita a los acreedores

debe ir acompañada del “esfuerzo compartido” de los socios capitalizando la sociedad, lo que es ambiguo.

Conforme esta posición damos sintéticas respuestas al cuestionario: **(i)** Como se determina la existencia de la causal de disolución. *Normalmente por la aprobación del balance, salvo ocultamientos.* **(ii)** Cuales son los mecanismos y plazos para su remediación. *Los mecanismos son la reintegración del capital o la capitalización por socios, terceros o de deudas, si no se opta por la liquidación. No existen plazos pero la responsabilidad se genera desde la constatación de la causal de disolución.* **(iii)** Cual es el grado de responsabilidad para socios y administradores. *Total de los administradores y de los socios o accionistas que hubieran colaborado activa u omisivamente.* **(iv)** Si es posible de que la remediación la establezcan los acreedores. *Siempre, pero no por su propia iniciativa, requeridos por los socios podría serlo en un procedimiento privado o en el acuerdo concursal. Si fracasa el intento de una propuesta en un concurso, se abre una segunda ronda a través de la previsión del art. 48 (48 bis) LCQ –acuerdo heterónomo-, en la que pueden intervenir terceros y acreedores, particularmente los laborales.* **(v)** La viabilidad de la actividad como mecanismos complementario a la remediación. *Es indispensable, hoy impuesta por el art. 100 LGS.* **(vi)** El concurso como remediación o eventual posibilidad de sanción al sujeto que incurrió en la infracapitalización. *En vez del término infracapitalización que hace a la función operativa del capital social, preferimos referirnos derechamente “que incurrió en pérdida del capital social sin remediarla conforme LGS”. Ello es siempre factible pero no puede convertirse en un factor de enriquecimiento de los socios que no adoptaron las medidas previstas imperativamente por la ley societaria, pues a nuestro entender constituiría un fraude a la ley societaria, tema no abordado por la jurisprudencia ni por doctrina mayoritaria, pese a que empieza a hablarse de “esfuerzo compartido”.* **(vii)** Si esta causal permite o impide la iniciación de un proceso concursal. *No formalmente, ni siquiera se lo plantea la jurisprudencia ni la doctrina mayoritaria, pero se ha entendido que sería un inmedimento en las Jornadas de Sindicatura Concursal del Consejo Profesional de Ciencias Económicas de Córdoba.*

IV - COLOMBIA⁷ LA CAUSAL DE LA DISOLUCION DE LA SOCIEDAD POR PERDIDA DEL CAPITAL Y LA CONVERGENCIA EN ESTE ASPECTO CON LA LEGISLACION CONCURSAL Y SOCIETARIA COLOMBIANA.

Atendiendo a la situación regulatoria comercial colombiana, es preciso indicar que la causal de disolución no hace referencia a la pérdida del capital social, como quiera que ello no es posible en la medida en que éste concepto sólo comporta una cifra de referencia histórica, sin contenido económico concreto. - Con mayor precisión, la legislación colombiana establece la causal con base en las pérdidas

⁷ A cargo de Germán Monroy Alarcón.

de gran magnitud, es decir, aquellas que están por debajo del desempeño de la organización corporativa, siendo este un concepto material y dinámico, institución que bien puede ser identificada en la más reciente reforma al régimen societario del año 2008.⁸

Para establecer la dimensión de las pérdidas que activan la causal, se usa como referencia el capital social, entendiendo que tanto pérdidas como las utilidades afectan el patrimonio social⁹. Al respecto el legislador colombiano estima como indicativo de ausencia de viabilidad social, el hecho de que esas pérdidas reduzcan el patrimonio por debajo de la mitad de aquella cifra que los socios comprometieron al inicio del emprendimiento corporativo, es decir, la causal se determina por una relación entre patrimonio – capital y no entre pérdidas – capital, de tal forma que se requiere que las pérdidas disminuyan el patrimonio neto por debajo del cincuenta por ciento del capital, disminución que debe ocurrir entonces en la cuenta patrimonio y no en la cuenta capital¹⁰, pues este se mantiene intacto independientemente de las circunstancias económicas que afecten el patrimonio social.

MECANISMOS Y PLAZOS PARA LA REMEDIACIÓN DE LA CAUSAL DE DISOLUCIÓN DE LA SOCIEDAD POR PERDIDAS EN LA LEGISLACIÓN COLOMBIANA. Establecía el estatuto comercial colombiano de 1.971, que el plazo para enervar la causal de disolución de la sociedad mercantil o para que los socios evitaran su liquidación, incluida naturalmente la causal de disolución por pérdidas, era de seis meses contados a partir de la ocurrencia de la causal¹¹. Sin embargo, con la entrada en vigencia de la ley 1258 de 2008¹², en el caso de las Sociedades por Acciones Simplificadas y tan sólo para efectos de remediar únicamente la causal disolución por pérdidas establecida en el Art 34-7, el plazo se extendió a diez y ocho meses contados desde que el momento en que la asamblea reconozca su ocurrencia¹³. Posteriormente con ocasión de la entrada en vigencia de la ley 1429 de 2010¹⁴ artículo 24, se establece una nueva regulación en Colombia frente al plazo de remediación de las causales en general de disolución de las sociedades mercantiles, incluida naturalmente la causal de disolución por pérdidas. Norma que estableció un plazo de diez y ocho meses siguientes a la ocurrencia de la causal, para que los asociados adopten las medidas de remediación tendientes a evitar la liquidación de la sociedad, lo cual ocurre tan sólo con la inscripción del acta que contengan las medidas de saneamiento en el registro mercantil. - En cuanto a los mecanismos de remediación de la causal de disolución por pérdidas, se

⁸ Ley 1258/2008, por la cual se crea la sociedad por acciones simplificada S.A.S. Art 34-7 “Disolución y liquidación. La sociedad por acciones simplificada se disolverá: 7. Por pérdidas que reduzcan el patrimonio neto de la sociedad por debajo del cincuenta por ciento del capital suscrito”. subrayado fuera de texto.

⁹ Código de Comercio, Parágrafo Artículo 151 “Para todos los efectos legales se entenderá que las pérdidas afectan el capital cuando a consecuencia de las mismas se reduzca el patrimonio neto por debajo del monto de dicho capital”

¹⁰ Sociedades anónimas. Código de Comercio Art. 457-2 “Art. 457. “Causales especiales de disolución. La sociedad anónima se disolverá: ... 2. Cuando ocurran pérdidas que reduzcan el patrimonio neto por bajo del cincuenta por ciento del capital suscrito.” subrayado fuera de texto.

¹¹ Código de Comercio, Artículos 220,459.

¹² Por medio de la cual se crea en Colombia la sociedad por acciones simplificada S.A.S.

¹³ Ley 1258 de 2008, parágrafo Art. 35.

¹⁴ Por la cual se expide la ley de formalización y generación de empleo

mencionan algunos expresamente establecidos en la norma de los cuales bien pueden hacer uso los socios para evitar la liquidación de la sociedad, tales como; (i) enjugar las pérdidas con las reservas que hayan sido destinadas para tal fin. (ii) enjugar las pérdidas con la reserva legal, (iii) enjugar pérdidas con beneficios de ejercicios futuros. (iv) la venta de bienes sociales valorizados. (v) La reducción del capital suscrito. (vi) La emisión de nuevas acciones o el aumento del capital social por medio de los socios.

RESPONSABILIDAD DE ADMINISTRADORES FRENTE A LA CAUSAL DE DISOLUCIÓN SOCIAL POR PERDIDAS. En cuanto a la responsabilidad de administradores sociales frente a la verificación de la causal de disolución por pérdidas, habría que indicar que ésta bien puede ser objetiva entendida como aquella en que el administrador tiene conocimiento de la existencia de la causal y no obstante ello no verifica la convocatoria de manera oportuna de tal forma que los socios puedan adoptar las medidas de remediación a que haya lugar, situación que les hace solidariamente responsables frente a los perjuicios causados no sólo a socios sino además a terceros. - Igual responsabilidad subjetiva les asiste a los administradores, cuando debiendo haber advertido la existencia de la causal de disolución por pérdida no lo hacen, no obstante haber contado con toda la información necesaria para ello.

TRATAMIENTO DE LA CAUSAL DE DISOLUCIÓN POR PERDIDAS EN EL DERECHO CONCURSAL COLOMBIANO. El régimen concursal colombiano vigente¹⁵ Art. 10-1, permite la admisión de una sociedad en causal de disolución por pérdidas al proceso recuperatorio, con la salvedad de que no puede estar vencido el término para ser enervada, significa lo anterior que la sociedad bien podría acudir al proceso concursal incluso dentro de los diez y ocho meses siguientes a la ocurrencia de la causal de disolución por pérdidas. - Por otra parte, y superado el impedimento de admisión al proceso de reorganización, la misma norma concursal Art 23, establece la suspensión de pleno derecho del plazo para enervar la causal durante el trámite del proceso. Esto es, desde la admisión hasta la ejecutoria de la providencia del juez concursal que aprueba el acuerdo. - En cuanto a las medidas de remediación de la causal, estas bien pueden quedar pactadas en el acuerdo de reorganización, en la medida en que dichos compromisos sean ratificados por los socios.

V – ESPAÑA. A¹⁶. **1. Antecedentes y evolución hasta la situación actual en el ámbito societario.** La situación de sociedades que perviven largo tiempo registradas e inactivas con pérdidas patrimoniales graves es ciertamente perturbadora en todos los sentidos, de manera que los ordenamientos han tratado de afrontarla con distinto alcance. En el Derecho español, el antecedente más

¹⁵ Ley 1116 de 2006, Por el cual se establece el régimen de insolvencia empresarial en la República de Colombia y se dictan otras disposiciones.

¹⁶ A cargo de Jesús Quijano González, Catedrático de Derecho Mercantil, Universidad de Valladolid (España)

remoto, que lo fue el art.150 **LSA 1951** (trasladado en sus propios términos al art. 30 **LSRL 1953**), ya consideraba causa de disolución las “pérdidas que dejen reducido el patrimonio a una cantidad inferior a la tercera parte de la cifra del capital social, a no ser que éste se reintegre o se reduzca”; no existía por entonces cifra de capital mínimo y eso facilitaba la reducción, que ya era obligatoria cuando el patrimonio descendiera por debajo de las dos terceras partes de la cifra del capital y transcurriese un ejercicio contable sin haberse recuperado; y junto a esa opción para evitar la disolución, cabría otra, la reintegración, iniciativa precisa y oportuna en el caso, que consistiría en incrementar el patrimonio, sin aumentar el capital, de modo que se pudiera recuperar el equilibrio de ese modo. Pero no disponía la norma de entonces ningún mecanismo para hacer efectiva la disolución. - Lo que hizo el **TRLSA 1989**, además de elevar de la tercera parte a la mitad de la cifra de capital la medida de referencia del patrimonio que constituye causa de disolución por pérdidas cualificadas y de ofrecer las opciones de aumentar (más exacto era reintegrar) o reducir (entonces ya con el límite de la cifra de capital mínimo, que se fijó en ese texto en 10 millones de pesetas) el capital en la medida necesaria, fue disponer un procedimiento compulsivo para obtener la disolución, habida cuenta de que era necesario un acuerdo de la junta general a tal efecto. Conforme al art.262, los administradores de la sociedad quedaban obligados a convocar junta en el plazo de 2 meses desde que les constara la causa de disolución, circunstancia que, en el caso de las pérdidas cualificadas, suele acaecer al formular las cuentas anuales, al emitirse el informe de auditoría, al cerrar un balance de comprobación, etc. La junta debía acordar la disolución, salvo que optase por alguna de las otras alternativas; pero si el acuerdo no pudiera lograrse o fuera contrario, los administradores estaban ahora obligados a solicitar la disolución judicial. También cualquier interesado (socio, acreedor, etc.) podría hacerlo si la junta no se convocó, no logró acuerdo o fue contrario a la disolución, pero en este caso se trataba de una facultad, mientras que para los administradores constituía una obligación estricta procurar la disolución, convocando la junta o solicitándolo al juez. -La medida del rigor aplicado en exigir el cumplimiento de esa obligación de los administradores quedó bien manifiesta en la introducción de una especial responsabilidad por deudas de la sociedad puestas a su cargo: el ap.5 art.262 hacía a los administradores solidariamente responsables de las obligaciones sociales por incumplimiento de ese deber de procurar la disolución en los dos meses siguientes. -Tan grave responsabilidad generó de inmediato amplio debate, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia, sobre su naturaleza, presupuestos, contenido, régimen, etc. En apretada síntesis pude decirse que se trata de una responsabilidad de alcance sancionador y no indemnizatorio, que se conecta, con clara tendencia objetiva y con exoneración limitada, al incumplimiento de obligaciones legales, y no a la causación de un daño; consiste en hacer a los administradores responsables, personal y solidariamente, de deudas que son de la sociedad, y no dejan de serlo, por lo que los administradores no

sustituyen a la sociedad frente a sus acreedores, sino que se añaden a la sociedad, con una posición jurídica de garantía, y derivada, lo que les permite usar de excepciones válidas que la sociedad tuviera frente al acreedor y ejercer derecho de regreso frente a la sociedad, una vez que hayan satisfecho la deuda. Además, el contenido económico de tal responsabilidad aparecía ilimitado: alcanzaba a todas las deudas sociales, con independencia de su naturaleza, cuantía, procedencia temporal, etc., siempre que se tratara de obligaciones exigibles a la sociedad. Es curioso observar que, poco tiempo después, al aprobarse la Ley de Sociedades Limitadas de 1995, su art.105, que reproducía el mecanismo del citado 262 TRLSA, hacía referencia a la responsabilidad solidaria de los administradores por “todas” las deudas sociales, como queriendo cerrar el paso a una interpretación menos drástica que pretendiera extender la responsabilidad sólo a las deudas generadas una vez que concurriera la causa de disolución o durante el mandato de los administradores incumplidores. - Justamente este aspecto tan gravoso fue corregido en una **reforma puntual de 2005**, que es de donde procede el inciso que ahora aparece en el art. 367 TR LS **de Capital 2010**, actualmente vigente. Según él, los administradores que incumplan las obligaciones citadas (convocar junta y no solicitar la disolución judicial) responderán solidariamente de las obligaciones sociales posteriores al acaecimiento de la causa legal de disolución, solamente de éstas y ya no de todas, si bien se ha añadido una presunción legal de que las obligaciones reclamadas se consideran posteriores a la causa, salvo que los administradores acrediten que son de fecha anterior. - Este es, en síntesis, el régimen societario de la disolución por pérdida del capital en la legislación española vigente; régimen que, en buena medida, adquiere un significado de “instrumento preconcursal” en ciertas situaciones pero que, en la mayor parte de las ocasiones, debe ser coordinado con la normativa concursal si se tiene en cuenta que las pérdidas cualificadas habrán provocado una situación de insolvencia, tal vez ya actual o al menos inminente, con lo que habrá quedado integrado el presupuesto objetivo que obliga a solicitar el concurso. Este es el aspecto que debe ser considerado a continuación. -

2.Pérdidas cualificadas y concurso de acreedores. Como se acaba de indicar, las pérdidas cualificadas que obligan a disolver pueden haber provocado una situación de insolvencia, actual si la sociedad deudora está ya imposibilitada de satisfacer sus obligaciones exigibles, o inminente si es previsible que vaya a estarlo. No necesariamente tiene que ser así y, por tanto, es claro que las pérdidas cualificadas no son causa de solicitud del concurso, si no implican insolvencia, sino sólo de disolución de la sociedad. - Así vino a entenderlo la reforma que, al aprobarse la **Ley Concursal 2003 (LC)**, se introdujo en el TRLSA 1989: en art.260, 1, 4º, para aclarar que las pérdidas cualificadas son causa de disolución “siempre que no sea procedente solicitar la declaración de concurso conforme a la Ley Concursal”, y en el art.262, 2 y 5, para incorporar la solicitud de concurso como alternativa a la disolución, si concurre insolvencia, y para extender la responsabilidad por deudas a la no solicitud del concurso cuando

proceda. Tales extremos están confirmados en los preceptos equivalentes (arts.363, 1, e; 365 y 367) del vigente TRLSC 2010, no sin haber suscitado cierto debate en cuanto a la competencia orgánica para solicitar el concurso, que la propia LC ha resuelto reponiendo la atribución del órgano administrativo. Una clarificadora sentencia del Tribunal Supremo, (1/04/2014), ha argumentado esa distinción entre pérdidas cualificadas e insolvencia con notable precisión y nitidez. -La situación resultante es, en síntesis, la siguiente: si la sociedad está en pérdidas cualificadas, pero no en insolvencia, vale lo dicho en el ámbito societario en cuanto a la obligación de disolver; si la situación es de insolvencia actual, haya o no pérdidas cualificadas, los administradores tienen el deber de solicitar el concurso, pudiendo hacerlo facultativamente si la insolvencia es inminente. Todo ello, sin perjuicio de acudir a los instrumentos concursales (acuerdo de refinanciación o acuerdo extrajudicial de pagos), cuya negociación permite suspender el plazo de solicitud del concurso en los términos del art.5 bis LC. Cuando proceda solicitar el concurso, decae la obligación de disolver y no se contrae responsabilidad por deudas; si se intentan los acuerdos concursales, dependerá de su resultado, esto es, de que se supere o no la insolvencia, o de que permanezcan o no las pérdidas cualificadas al término de la negociación, con las alternativas conocidas en cada caso. Por supuesto, cabe también la posibilidad de que una sociedad disuelta por pérdidas haya devenido insolvente durante el proceso de liquidación societaria, debiendo entonces los liquidadores solicitar el concurso para que el procedimiento de liquidación concursal sustituya al societario. - Finalmente, la razón por la que, solicitado el concurso, ya no procede la disolución ni la exigencia de responsabilidad por deudas es justamente que ambos asuntos se ventilarán en sede concursal en otra forma: la disolución, cuando se abra la liquidación; la responsabilidad, con ocasión de la calificación del concurso como culpable, de la declaración de personas afectadas (normalmente los administradores de derecho o de hecho de hasta dos años antes del concurso), y de la condena a la especial “responsabilidad por el déficit concursal” que puede recaer sobre ellos en los términos de los arts.163 y ss., y muy en especial del 172 bis, que regula esta responsabilidad, tras las numerosas reformas de LC en tantos aspectos. -Mientras tanto, y mientras dure el concurso, la exigencia de responsabilidad por deudas, que pudo ser contraída antes de la declaración del concurso, no se puede plantear y, si lo estuviera ya, quedará en suspenso, todo ello en los términos de los arts.50 y 51 bis LC, lo que tiene toda la lógica, con el fin de evitar un posible enjuiciamiento doble, incluso discrepante, de hechos idénticos, en vía societaria y en vía concursal. Lo concursal, en suma, se impone sobre lo societario, en el bien entendido de que no lo extingue: esa acción de responsabilidad por deudas no admitida a trámite o suspendida, ve interrumpido el plazo de prescripción, según los principios del art.60, y, concluido el concurso, cabría ejercitarla para reclamar a los administradores, que en su

momento incumplieron la obligación de disolver, las deudas insatisfechas tras el concurso, siempre que fueran posteriores a la causa de disolución por pérdidas y permanezcan vivas.

B¹⁷. En el actual panorama legislativo español existe una clara divergencia entre la normativa societaria y la concursal en lo que hace referencia a la liquidación de la compañía, sus efectos y consecuencias. En la societaria el artículo 327 de la LSC regula una forma de liquidación para el solo caso de la que la sociedad entre en concurso y en este inicie la fase de liquidación, pero sólo en este caso, ya que en cualquier otro han de pagarse o consignarse/asegurarse las deudas con los acreedores, siendo significativo además que de aparecer pasivos ocultos los socios llegarían a responder hasta el límite de su cuota en la liquidación; es decir para liquidar societariamente se ha de pagar o consignar/asegurar identificando al acreedor y la entidad donde se hubieran consignado los importes o asegurado su pago, pues en otro caso no se produce la liquidación societaria ni la extinción e inscripción registral. - ¿Qué ocurre pues cuando una sociedad española no tiene activos con que satisfacer sus deudas? En la regulación societaria actual los administradores cuando concurra causa de disolución, entre otras opciones (ampliar capital ad exemplum), han de acordar la disolución de la compañía, cesando ellos y nombrando al órgano de liquidación, el cual de advertir solo en diez días que no hay masa para liquidar los créditos ha de instar el concurso de acreedores, dando lugar en este caso a la tramitación de un concurso con masa insuficiente para que el Juzgado de lo Mercantil que conozca el procedimiento decida mediante resolución su archivo y cancelación registral (artículo 176 bis LC), extinguiéndose de manera formal las obligaciones con sus acreedores por desaparición del legitimado a responder de las mismas. - Esto es así en general pues ese archivo puede evitarse en el caso de que se entienda que los administradores o liquidadores pudieran ser responsables personalmente, hubieran acciones de reintegración a plantear o pudiera declararse el concurso como culpable. - Naturalmente esta operativa es la que la normativa societaria establece, coherenciándose así la regulación societaria con la concursal. Y ello sin tener en cuenta otras relaciones actuales entre ambas normativas, entre ellas la liquidación societaria ordenada por el Juzgado que conoce el concurso cuando la sociedad entre en liquidación concursal, como específicamente establece el artículo 361 LSC. - Ahora bien, no parece lógico, ni muchas veces posible, que la compañía que carece de activos se vea abocada a todo ese devenir notarial y judicial cuando es manifiesto que no puede hacer frente a las deudas con sus acreedores ni consignar/asegurar, claro está, sus importes.

Es en la Propuesta de Código Mercantil elaborada por la sección de derecho mercantil de la comisión General de codificación publicada en julio de 2013, incorporando un procedimiento especial para

¹⁷ A cargo de José Pajares.

obtener esa extinción y su cancelación registral cuando no haya activo (sección 4ª del Capítulo II, artículos 272-44 a 272-54) donde afortunadamente la regulación societaria tiene más en cuenta la normativa concursal, de hecho tiene una gran influencia, hasta el extremo de que la liquidación societaria se regula al modo de la liquidación concursal por decirlo de alguna manera, permitiéndose como sucede en el proceso concursal liquidar una sociedad que no tiene masa suficiente para pagar a todos sus acreedores y por tanto cancelarse registralmente si se dan una serie de requisitos. - Con esta propuesta de código mercantil se conseguirá ya que la sociedad que carezca de masa pueda, como se ha dicho, liquidarse y desaparecer de la vida jurídica sin tener que pasar por el Juzgado y sin tener que usar mayores recursos públicos. - La Exposición de Motivos lo explica claramente: se trata de *“solventar las dificultades para proceder a la extinción de la sociedad liquidada en caso de falta de activo, para lo que se ha dispuesto de un procedimiento razonablemente ágil que permita, todavía en el ámbito societario, constatar con suficiente fiabilidad si hay posibilidades de reintegración patrimonial o de cobertura del déficit que justifiquen la declaración de concurso o si, por el contrario, debe procederse a la extinción y cancelación registral de la sociedad”*. - De este modo regula el artículo 272-44.1: *“si el activo de la sociedad fuera insuficiente para satisfacer a todos los acreedores de la sociedad, una vez agotado, los liquidadores otorgarán escritura pública en la que harán constar esta circunstancia”* que se habrá de publicar en el BORM y bien en la web de la sociedad si está previsto, bien en un periódico de gran tirada de la ciudad donde tenga su domicilio. - Pero no parece que esta fórmula sea una patente de corso puesto que naturalmente la propuesta regula mecanismos de control y confirmación. Así, el artículo 272.48 establece que sólo si transcurre un mes desde la publicación de la operación sin que nadie nombre experto se producirá la cancelación. Es decir, que si los acreedores quieren defender su derecho y/o acreditar la solvencia de la sociedad liquidada han de nombrar ese experto en el RM para que examine la situación y solo en el caso de informar sobre responsabilidad de los administradores o liquidadores, acciones de reintegración o culpabilidad en un concurso instar el concurso de acreedores donde se haya de analizar todo esto. Cuestión compleja para el acreedor porque será a su costa el informe del experto y para el Juzgado cuando el experto inste ese concurso de acreedores de la sociedad concursada, pues constituye una especialidad que la Ley Concursal no regula todavía. - En breve la legislación societaria y concursal en España no diferirá en los métodos de liquidación, facilitándose la desaparición jurídica de sociedades sin actividad.

C¹⁸. Respuesta sintética a las cuestiones planteadas:

¹⁸ Jesús Quijano Gonzalez

- (i) Por regla general con la formulación de balance, sea el final del ejercicio, o un balance de comprobación, y también con el informe de auditoría.
- (ii) Los remedios legales son: aumentar o reducir el capital, cuando sea posible, o disolver la sociedad; si hay insolvencia, solicitar el concurso. Los plazos respectivos son de dos meses.
- (iii) Los administradores responden de las deudas sociales posteriores a la causa de disolución si incumplen la obligación de procurar la disolución, convocando la junta o solicitando la disolución judicial.
- (iv) Cualquier interesado, también los acreedores, pueden solicitar la disolución judicial cuando proceda.
- (v) La viabilidad no se exige en el ámbito societario; basta la reconstitución de la ratio capital/patrimonio aumentando o reduciendo. En el ámbito concursal la viabilidad se examina en el contexto de los acuerdos de refinanciación.
- (vi) El concurso procede cuando las pérdidas del capital implican insolvencia actual o inminente; si el concurso es calificado como culpable, los administradores que contribuyeron a generar o a agravar la insolvencia pueden ser condenados a responsabilidad por el déficit concursal.
- (vii) Las pérdidas del capital como causa de disolución no impiden iniciar un proceso concursal; no sólo es que lo permitan, obligan a solicitar el concurso como alternativa a la disolución en caso de insolvencia actual, y lo permiten en caso de insolvencia inminente.

VI - PERU¹⁹. LA CAUSAL DE DISOLUCIÓN Y LIQUIDACIÓN SOCIETARIA EN LA LEY GENERAL DE SOCIEDADES Y LEY CONCURSAL DEL PERU. UNA NITIDA INCONGRUENCIA. Desde esta perspectiva, debemos precisar que existe incongruencia entre el sistema societario y concursal en la normativa peruana. En tal sentido, para el caso concreto de la liquidación por pérdida de capital social habría que analizar los Arts. 176, 220 y 407 inc. 4 de la Ley General de Sociedades – Ley 26.887 (09.12.1997) o LGS, que regulan la relación existente entre las pérdidas registradas por una sociedad y su capital, para luego analizar lo enunciado en los Arts. 24.2, 26.3, 91 y 99 de la Ley General del Sistema Concursal–Ley 27.809 (08.08.2002) o LGSC, en el mismo extremo. - El procedimiento de liquidación en el Perú al amparo de la LGS, surte efectos ante la causal de liquidación contemplada en el Art. 407 inciso 4, supuesto que venía quedando en suspenso en virtud de las Leyes N° 27610 (28.01.2001) y 28.233 (28.01.2004) desde la entrada en vigencia de la LGS, culminando éste el 31.12.2004, siendo que la fecha se encuentra plenamente vigente. En este extremo se señala: *“La sociedad se disuelve por pérdidas que reduzcan el patrimonio neto a cantidad inferior a la*

¹⁹ Esteban Carbonell O’Brien

tercera parte del capital pagado, salvo que sean resarcidas o que el capital pagado sea aumentado o reducido en cuantía suficiente.”

Los presupuestos para determinar la causa de disolución, nos enfrenta a un primer problema, el relativo a la oportunidad en que ocurre el presupuesto. Bajo una primera premisa podría deducirse que ello solo ocurre con la presentación de los estados financieros (anualmente), pues allí fluye la causa objetiva. Sin embargo, el Art. 176 de la LGS obliga a los directores a convocar a junta general e informar sobre la situación de la sociedad, si al formular los estados financieros correspondientes al ejercicio o a un periodo menor se aprecia la pérdida de la mitad o más del capital, o si debiera presumirse la pérdida igualmente deberá proceder en dicho sentido si el activo de la sociedad no fuese suficiente para satisfacer los pasivos, o si tal insuficiencia debiera presumirse, en concordancia con el Art. 220 de la LGS, que señala la reducción obligatoria por pérdidas. Ésta es una primera llamada de atención. La segunda está contenida en el artículo 417 de la LGS que impone igual obligación al liquidador, si durante la liquidación se extingue el patrimonio de la sociedad y quedan acreedores pendientes de ser pagados. El primer problema es el relativo al momento en que debe estimarse que ocurre el desequilibrio, pues entonces surge la obligación de los administradores de convocar a junta para que ésta acuerde la disolución – o remueva la causa- Podría pensarse que la causa solo concurriría cuando el desequilibrio patrimonial se desprende de las cuentas anuales debidamente elaboradas, verificadas y aprobadas por la junta general, pues solo entonces puede hablarse realmente de pérdidas.

Finalmente, el artículo 102 nos remite a la aplicación de la LGS cuando precisa que de haberse producido la liquidación societaria y si durante el proceso de liquidación se extingue el patrimonio de la sociedad y quedaran acreedores impagos, la quiebra será tramitada por el juez de acuerdo a las normas de la ley concursal, sin que sea necesario que el deudor se someta al procedimiento concursal ordinario previsto en la ley concursal. De conformidad con el Art. 99.1 de la LGSC deberá solicitarse la declaración judicial de quiebra del deudor ante el juez especializado en lo comercial, no siendo pues necesario retrotraer la situación a la del periodo liquidatorio por ser inútil.

Sin embargo, en la LGSC, en su Art. 24.2 se expresa: *“Para una reestructuración patrimonial, el deudor deberá acreditar, mediante un informe suscrito por su representante legal y por contador público colegiado, que sus pérdidas acumuladas, deducidas las reservas, no superan al total de su capital social pagado.... De no encontrarse en el supuesto anterior, el deudor sólo podrá solicitar su disolución y liquidación.”*

Asimismo, el artículo 26.3 (modificado por Decreto Legislativo 1189 del 21.08.2015) al referirse a al inicio del procedimiento a solicitud de acreedores señala: *“Difundido el procedimiento concursal conforme al Art. 32, y en cuanto subsista el trámite del mismo, se suspenderá la disolución y liquidación del deudor al amparo de las disposiciones establecidas en la Ley General de Sociedades, quedando dicho deudor y sus representantes sujetos a las reglas de la presente Ley.”*

De otra parte, en la LGSC, son los acreedores, los únicos que deben adoptar una decisión, pues en la llamada JUNTA DE ACREEDORES, éstos pueden optar por dicha figura. Respecto al tercio y el total del capital social pagado, la LGSC conlleva que para optar por la liquidación no se supere los dos tercios, descartándose por mandato legal, la figura de la reestructuración.

En conclusión, la idea de conflicto concreto entre la LGS y LGSC peruana es tal, al existir diferentes supuestos para la liquidación por pérdida del capital, siendo lo resaltante, el importe del porcentaje del capital social pagado, en cada caso en particular como lo hemos explicado anteriormente. Asimismo, la LGS regula y determina el resultado del proceso de toma de decisiones y olvida regular el proceso mismo, que a nuestro juicio, es lo principal. Favorece tal decisión o no a los acreedores? Finalmente, en la LGS se suscita la responsabilidad de los accionistas, socios y liquidador frente a los acreedores, siempre que se verifique un eventual fraude en la administración por dolo o culpa material mientras en la LGSC se privilegia la reintegración del patrimonio a la masa concursal, antes que la imposición de sanciones de índole penal al deudor.

- (i) **Como se determina la existencia de la causal de disolución.** *Al amparo de la LGS con la verificación del balance general y estados de ganancias y pérdidas y su posterior aprobación y que representen al menos, un tercio del capital social pagado (Art. 407 inciso 4). En la LGSC por acuerdo de los acreedores, pero tomando en cuenta la verificación del balance general, que arroje pérdidas mayores al capital social pagado (Art.24.2).*
- (ii) **Cuáles son los mecanismos y plazos para su remediación.** *En la LGS a través de la información en una Junta General y posterior capitalización por accionistas, socios o terceros (Arts.176, 220 y 411). En la LGSC si el liquidador a través de un Informe Técnico constata la existencia de factores nuevos, debe solicitar a los acreedores, el cambio de destino, siempre que lo amerite (Art. 91).*
- (iii) **Cuál es el grado de responsabilidad para los socios y administradores.** *En la LGS es total siempre que se verifique fraude en la administración por parte de accionistas, socios o el liquidador pero caducan a los dos años de inscrita la quiebra judicial (Art. 422). En la*

LGSC, de igual forma configurándose, el delito de fraude en la administración de personas jurídicas siempre que se verifique, pues se privilegia, la reintegración de patrimonio a la masa concursal.

- (iv) **Si es posible de que la remediación la establezcan los acreedores.** *En la LGS no es factible pues queda supeditada al acuerdo de accionistas o socios (Art. 411) y en la LGSC cabe al amparo del Art. 91, salvo que las pérdidas acumuladas superen el capital social, no pudiendo revertirse la liquidación como destino del deudor. En la LGSC cabe que el deudor solicite el ingreso al concurso (voluntario) al amparo del Art. 24, cuando acredite que más de un tercio del total de sus obligaciones, se encuentren vencidas (procedimiento ordinario) pero si tiene pérdidas acumuladas, deducidas las reservas, superiores al total de su capital social, sólo podrá plantearse la liquidación. En los demás casos, cabe la reestructuración. Asimismo, si acredita que sus obligaciones vencidas no superan el tercio, puede acogerse al procedimiento preventivo (Art. 103 y ss.) en donde no se contempla la figura de la liquidación, pues únicamente se homologa el denominado Acuerdo Global de Refinanciación, siendo un simil del Plan de Reestructuración al interior de un procedimiento ordinario.*
- (v) **La viabilidad de la actividad como mecanismos complementario a la remediación.** *En la LGS es viable por acuerdo de los accionistas o socios de adoptar medidas que permitan sanear sus estados financieros al amparo del Art. 176. En la LGSC al amparo del Art. 91 de igual manera, pero queda a merced de la voluntad de los acreedores, siempre que se configure el mandato legal, siendo que las pérdidas no superen el total del capital social pagado.*
- (vi) **El concurso como remediación o eventual posibilidad de sanción al sujeto que incurrió en la infracapitalización.** *En la LGS, la responsabilidad es solidaria de accionistas, socios, directores y gerente al amparo de los Arts. 177, 181, 190 y 191 siempre que se verifique palpariamente, dolo o culpa. En la LGSC cabe el denominado periodo de sospecha (un año anterior a la presentación del concurso) siendo que un juez puede declarar ineficaces, aquellas transferencias o contratos y demás actos jurídicos, sean a título gratuito u oneroso, que no se refieran a la actividad normal del deudor y que haya perjudicado su patrimonio. En suma, no consigna apremios legales a los accionistas o socios, sino privilegia, la reintegración del patrimonio.*
- (vii) **Si esta causal permite o impide la iniciación de un proceso concursal.** *En la LGSC es impedimento, pues no caben dos procedimientos en simultáneo por mandato legal del Art.*

26.3, recientemente modificado por Decreto Legislativo 1189 (21.08.2015) prevaleciendo la liquidación al amparo de la LGSC, debiendo suspenderse el iniciado a la luz de la LGS.

VII - URUGUAY.²⁰ Sobre la cuestión de la infracapitalización o infrapatrimonialización ya se ha elaborado mucho. ¿Pero la cuestión es realmente tan importante? Lo es, pero debe abordarse con cuidado. Es que es muy difícil –como en tantos institutos del Derecho- establecer normas generales y absolutas. - Hemos visto en la práctica, sociedades fuertemente descapitalizadas que, de la noche a la mañana o en un proceso, pasan a una situación de holgura. No es una cosa muy frecuente, pero existe. Es que la realidad económica puede ser tan cambiante que desborda normas demasiado rígidas.

Por eso convendría evaluar las situaciones de infracapitalización caso a caso y no establecer presunciones absolutas que puedan ser contraproducentes. Incluso el órgano estatal de control de las sociedades anónimas en el Uruguay no hace mayor énfasis en este aspecto.

Pasaremos a responder las distintas cuestiones bajo investigación en su orden.

A la primera, la ley 16.060 de Sociedades Comerciales (en adelante LSC) regula la disolución de la sociedad comercial. Pérdidas que reduzcan el patrimonio social a una cifra inferior a la cuarta parte del capital social integrado llevan a la disolución conforme establece el artículo 159 num .6 de la norma. Es necesario indicar que en Derecho uruguayo no existe capital mínimo al modificarse el artículo 279 en redacción dada por el artículo 100 de la Ley 18.083, por lo cual el capital previsto en la constitución de la sociedad puede ser insignificante y no tiene porqué estar vinculado a la actividad empresarial que la sociedad se propone realizar. Esta afirmación no alcanza a las sociedades anónimas que realizan actividad de intermediación financiera, en mercado de valores o de seguros, todas las cuales están bajo supervisión y control del Banco Central y se les exige capital suficiente conforme su actividad.

Los mecanismos para la remediación de esta causal de disolución, preguntados en segundo lugar, están expresados en el art. 160 de la Ley de Sociedades: los socios deben acordar reintegrar total o parcialmente o reducir el capital. No existen plazos para ello.

Respecto a la tercera interrogante, en cuanto a los administradores, conforme los artículos 83 y 391 de la Ley de Sociedades serán responsables por no poner en conocimiento de los socios –sea por acción u omisión- las pérdidas patrimoniales que denuncia el balance general de la sociedad y consecuentemente, citar a asamblea para que se resuelva remediar tal situación. La puesta en conocimiento de los socios y el llamado a asamblea para remediar la situación, les exime de responsabilidad porque actuaron con la debida diligencia. Tendrían responsabilidad si, exteriorizadas las pérdidas no reclaman a los accionistas la integración del capital suscrito, o en el caso de las SRL no reclaman al socio en los plazos legales la

²⁰ A cargo de Israel Creimer, Alicia Ferrer y Teresita Rodríguez Mascardi.

integración de las sumas de dinero aún pendientes de aporte. Los socios no responderán por las pérdidas patrimoniales, ya que su responsabilidad –excepto en las colectivas o comanditas respecto del capital comanditado- tiene como límite la integración ya efectuada. Los accionistas de SA, en el caso que sean convocados a asamblea y no aprueben alguno de los remedios a las pérdidas previstos legalmente podría analizarse si se trata de una hipótesis de abuso del derecho de voto y deben responder por los daños y perjuicios causados conforme artículo 324 de la LSC.

La respuesta a la cuarta pregunta. Los mecanismos legales de remediación no involucran a los acreedores de la sociedad. El acreedor podría pedir la disolución por la causal del art-159 num 3 porque así lo dispone el artículo 162 de laLSC. También está facultado a pedir la declaración judicial de concurso toda vez que las pérdidas patrimoniales lleven a la sociedad comercial al estado de insolvencia que es el presupuesto objetivo del concurso.

Cuando la viabilidad de la empresa puede ser mecanismo de remediación en Uruguay, El instrumento de la remediación es posible en el contexto de las decisiones tomadas por la asamblea de socios y siempre y cuando los acreedores o un acreedor no promuevan la apertura del concurso necesario de la sociedad si ésta se encuentra en estado de insolvencia presupuesto objetivo del concurso La insolvencia puede revertirse si los socios realizan aportes adicionales de capital.

Incluso una sociedad declarada en concurso puede participar en una modificación estructural y la modificación estructural de la misma puede ser el contenido del acuerdo concursal que obtenga el consenso de sus acreedores .La ley concursal 18.387 no establece límites al contenido del convenio y menciona en forma expresa la reorganización de la sociedad concursada .Esta redacción de la norma que tiene como único techo la licitud de la propuesta la hace compatible con un convenio en el que se prevean modificaciones estructurales de la sociedad siempre y cuando no estén condicionadas, así como tampoco pueden ser revocadas ni modificadas salvo para introducir condiciones más favorables .La legitimación para presentar el convenio le corresponde exclusivamente a la sociedad a través de sus representantes.

A la sexta. En nuestro derecho es la ley de concursos la que introdujo el concepto de infracapitalización al referirse a la calificación del concurso y la incluye como presunción absoluta de culpabilidad en el artículo 193 numeral 2 al regular el respectivo incidente. en los siguientes términos : cuando en los dos años anteriores a la declaración del concurso de acreedores los fondos o los bienes propios del deudor hubieran sido manifiestamente insuficientes o inadecuados para el ejercicio de la actividad o actividades a las que se hubiere dedicado. La presunción de culpabilidad del concurso asume que la infracapitalización aumenta la exposición del deudor al riesgo de incurrir en estado de insolvencia .Mientras no se declare el concurso y dicho riesgo no se verifique las consecuencias jurídicas son las ya

mencionadas anteriormente y están previstas en la ley de sociedades. En una interpretación de la norma concursal precitada la doctrina nacional ha sostenido que la infracapitalización debe apreciarse sólo cuando se acredite la desproporción entre la calidad y naturaleza de los recursos propios del deudor y la actividad desarrollada.

La doctrina y jurisprudencia nacional han debatido intensamente sobre cuáles son los fondos o bienes propios a los que se refiere el legislador y del mismo modo en cuanto al plazo como debe computarse. La discusión persiste sin que se perciba dominio de ninguna posición.

Respondiendo a la última de las preguntas, La circunstancia de que el concurso tiene como presupuesto objetivo la insolvencia del deudor caracterizada por la falta de recursos suficientes para atender sus obligaciones no responde siempre a un caso de infracapitalización.

Adviértase, que en nuestro régimen la infracapitalización como causal de calificación del concurso habilita a calificar como culpables además de la sociedad a los directores, liquidadores, integrantes del órgano de control interno y o el administrador de hecho

El régimen de responsabilidad por haber provocado o agravado la infracapitalización de socios y accionistas se rigen por las normas y principios generales de derecho societario en caso de concurso.

La ley concursal prevé exclusivamente la promoción de acciones por el síndico o el interventor contra los socios en los siguientes casos A) cuando se trata de socios personalmente responsables y B) cuando se trate de aportaciones comprometidas por socios o accionistas ,así como de prestaciones accesorias .

Si a un accionista o a un tercero se le puede atribuir y acreditar su participación en la causación o agravamiento de la infracapitalización de la sociedad puede ser condenado en el incidente de calificación como cómplice de la sociedad concursada conforme el artículo 195 de la Ley Concursal..

Fuera del concurso, se puede promover una acción civil contra quien se considera responsable de tal circunstancia que se regirá por el régimen de responsabilidad general recogido en los artículos 1319 y siguientes del Código Civil. - Esta causal de infracapitalización habilita a solicitar un concurso ya sea voluntario, es decir por la propia sociedad, o necesario, por acreedores u otros legitimados previstos por el legislador nacional, siempre y cuando se configure el presupuesto objetivo del estado de insolvencia y se acredite ante el juez del concurso, con las puntuales consecuencias ya señaladas en sede del incidente nominado de calificación del concurso.

VIII - MEDITACIONES FINALES. Esta investigación ha avanzado en tema normalmente no tratado ni por societaristas ni concursualistas: las crisis de sociedades y el capital social. Ante la autonomía de la voluntad para crear personas jurídicas societarias y dotarlas patrimonialmente, advertimos un campo interesantísimo frente a problemas financieros patrimoniales graves: la pérdida del capital social como afectación de la consistencia patrimonial. Todas las legislaciones analizadas

incorporan esa apreciación, incluso antes de su pérdida total como valor contable de referencia, imponiendo a los socios la remediación, normalmente capitalización –por diversos sistemas- o la liquidación, generando responsabilidades específicas para administradores y socios, imponiendo en su caso ante la no elección de alguna de esas vías por los socios, el concursamiento preventivo de la sociedad por los administradores. Sin plazos determinados o con plazos, no hay duda que la normal detección de esa pérdida en cuantía diversas según la legislación, se produce a más tardar en el balance anual. Desde ese momento se genera un efecto que impone conductas, y el apartamiento puede generar responsabilidades a quienes deben adoptar las resoluciones, por acción u omisión. - Al margen de la terminología (cesación de pagos, insolvencia, infrapatrimonialización) la pérdida –total o parcial- del capital social es una constatación contable que impone conductas. Sociedades en los tres supuestos referidos podrán continuar o no su giro, más o menos normalmente, con o sin pérdida del capital social, pero es indudable que si existe esa pérdida se imponen ciertas conductas y aparece –de producirse daño por impagos- la idea de acciones de responsabilidad. - Esas acciones de responsabilidad, contra administradores y/o socios, pueden estar expresamente previstas en la legislación societario y/o concursal, pero también pueden responder a la teoría general de la responsabilidad, o sea que el legitimado activo haya sufrido daño y el imputado pasivamente haya tenido una conducta –por acción u omisión- antijurídica (no liquidar ni capitalizar), con culpa o dolo –el deber de haber actuado- y un vínculo causal que esta conducta antijurídica haya general aquel daño. Esta es una frontera aún poco explorada. - La «conservación de la empresa» es una preocupación constante en un tiempo de responsabilidad social empresarial. Es pensar en la salud de la empresa, viable, no sólo desde el punto de vista de su rentabilidad, sino en la conservación de los puestos de trabajo, cuando no en su incremento con justa remuneración. La cuestión va más allá de una mera cuestión metodológica, es casi ontológica porque la dotación patrimonial hace al nacimiento y funcionalidad de la persona jurídica societaria, y también a su crisis. Se trata de tutelar a la empresa, no a los socios que no la capitalizaron y recurrieron a que los acreedores soportaran el daño a través de quitas.

De allí el valor que atribuimos a nuestro trabajo colectivo: un intento de pensamiento globalizante, con visión axiológica valorativa, como invitación a repensar las crisis de las sociedades, el rol de la legislación societaria en las mismas y la modelación de la legislación concursal, el equilibrio de los intereses en juego en forma sistémica, y la posibilidad de acciones de responsabilidad de los perjudicados contra los beneficiados, o incluso contra los que facilitaron o generaron el perjuicio. Y así entregamos estas meditaciones a los participantes del **eCongreso de Derecho Concursal**.