

EN TORNO A LA RESPONSABILIDAD DE ADMINISTRADORES SOCIETARIOS POR PÉRDIDA DEL CAPITAL SOCIAL

Efraín Hugo RICHARD

Publicado en “Foro de Córdoba” año XXI, agosto 2011, n° 148 pág. 57 y ss..

SUMARIO: I – Introducción. II – La organización societaria. La planificación. III – Desjudicialización de la crisis por pérdida del capital social. IV – Pérdida del capital social y concurso. V – Las soluciones societarias. La capitalización. VIII – Aspectos y montos de la reintegración para evitar la liquidación de la sociedad.

La causal de disolución “pérdida total del capital social”, diferente a la infrapatrimonialización e incluso a la cesación de pagos, importa cuanto menos la avizoración de una crisis y permite revertir la situación con bajo costo en forma privada.

Su normativa impone algunos análisis asumiendo el obiter dictum de la Corte en el caso “Comercial del Plata” en cuanto **afirma: “El proceso concursal, como última ratio preventiva que procura remediar el estado de cesación de pagos, atendiendo coetáneamente la protección de la empresa y la satisfacción del derecho de los acreedores”.**

La ley de sociedades tiende a asegurar el normal desenvolvimiento de las que a su amparo se formen, generando caminos imperativos ante circunstancias que amenazan su normal desenvolvimiento, cuyo apartamiento genera responsabilidad si se generaran daños.

Un sistema imperativo es el vinculado a la subsistencia del capital social con el que libremente dotaron el patrimonio de la sociedad sus constituyentes o los socios posteriormente.

Los administradores societarios nunca asumen responsabilidad ni garantizan el éxito de los resultados económicos de una sociedad, pero deben actuar con la diligencia y lealtad de un buen hombre de negocios (art. 59 LS), y conforme a ello cumplir las normas imperativas de la ley para evitar perjuicios a terceros. Tales las previsiones en torno a la pérdida del capital social.

I – INTRODUCCIÓN.

En este ensayo apuntamos a la infrapatrimonialización de la sociedad, incluso la constitutiva, que importa afrontar la causal de disolución prevista imperativamente por el art. 94 ap. 5° Ley de Sociedades Comerciales (LSA).

1. La pérdida del capital social impone iniciar el proceso de liquidación, pues constituye una causal de disolución al constatarse en el balance esa situación, o antes. Se trata de las causales de inmediato conocimiento -que suelen referirse como que actúan de pleno derecho, ipso jure u ope legis, generando la responsabilidad prevista por el art.99 LSA para administradores y socios de no optarse por las soluciones que la misma ley ofrece en el art. 96 para no iniciar la liquidación de la sociedad: “En caso de pérdida del capital social, la disolución no se produce si los socios acuerden su reintegro total o parcial del mismo o su aumento”. Todo a contar de los propios actos de la sociedad: la presentación del proyecto de balance por los administradores y la aprobación del mismo por los socios, del que resulte como declaración de certeza y de verdad la pérdida del capital social.

La paradoja se plantea cuando administradores societarios, ante la crisis patrimonial, que revela la pérdida del capital social, proceden a presentar en concurso preventivo –no sería diferente la cuestión ante la apertura de un procedimiento de acuerdo preventivo extrajudicial- sin haber seguido aquel camino.

La sanción de responsabilidad –para algunos la irregularidad de la sociedad- que prevé el art. 99 LSC se refiere también a los socios, todos ante la tesis de irregularidad y sin duda a los que resuelven la confirmación de la presentación en concurso si antes o en la propia presentación aparece en la documentación contable la pérdida del capital social.

II – LA ORGANIZACIÓN SOCIETARIA. LA PLANIFICACIÓN.

La organización o reorganización societaria hace pensar en administradores diligentes que, ante la crisis, formulan un plan de negocios y lo someten a consideración de los socios para superarla, incluso con la incorporación de nuevos socios, como los casos de fusión, sin perjuicio de otras vías como es la transformación o la escisión. Nada impide esa reorganización en cuanto no este destinada a burlar a los acreedores o perjudicar a los empleados.

Centrando la cuestión Daniel Vítolo¹ expresa: “VI. Conclusión. Ha señalado ... Richard que el hipergarantismo lleva a inadvertir las maniobras artificiosas en el seno de sociedades para mantener su operatoria calificándola como *normal* pese a estar en estado de insolvencia. Aquello que Provinciali -recuerda el doctrinario cordobés- señaló como "*ció que segna el con fine tra fisiología e patologia nella vita del patrimonio*", lo que es hoy habitual al señalar los informes generales previstos en el art. 39 del régimen concursal argentino, que el estado de cesación de pagos se produjo -en la mayoría de los casos "hace muchos años..." o al menos en un tiempo bastante más lejano que aquél que ha denunciado el concursado o el fallido; es decir que el patrimonio arrastraba una situación terminal dentro de la fisiología o funcionalidad de la sociedad; posición congruente con la de no requerir a los administradores societarios -como buenos hombres de negocios- la planificaron de la funcionalidad societaria, para no perjudicar a terceros con los que contratan”.

La reorganización concursal supone una crisis instalada, que ha llegado a generar un estado de cesación de pagos para la sociedad, que no han sabido o no han querido los administradores –y quizá los socios- afrontar en sede interna societaria, intentando que la misma sea soportada por los acreedores en una decisión mayoritaria frente a la propuesta de acuerdo que formule la sociedad.

Las razones para elegir la segunda no son normalmente racionales en cuanto al principio de “conservación de la empresa” ni al análisis económico de la solución más eficiente y de mnos costes de transacción, sino que responden a la idea que el sacrificio no sea afrontado por los socios sino por los acreedores, sin perder posición aquellos en la sociedad, incluso beneficiándose con el mayor valor del patrimonio social frente a la quita y espera que asuman los acreedores.

Esas consideraciones nos llevo a la cuestión sobre si la sociedad puede concursarse si se encuentran pendientes causales de disolución que no han intentado ser afrontadas por los socios, y de hacerlo si ello trae algunas consecuencias.

En España es clara la situación desde el punto de vista societario. “...impedir que una sociedad de capital pueda funcionar cuando la única garantía de los acreedores sociales, constituida por la correspondencia entre capital y patrimonio, se vea seriamente comprometida: si el patrimonio social no alcanza, al menos, la mitad de la cifra del capital social, la sociedad debe desaparecer o poner fin a tal situación (art. 260.1.4º LSA)”, 1990, 5571).”. Beltrán señala para las sociedades anónimas españolas “Los efectos de la concurrencia de una causa legítima para la disolución se completan con la imposición a los administradores de la responsabilidad solidaria por las obligaciones sociales cuando incumplan la obligación de convocar junta general o de solicitar, en su

¹ “Responsabilidad de los directores al ingresar la sociedad en la zona de insolvencia” en LA LEY 2005-A, 1207

caso, la disolución judicial (art. 260.2, 4 y 5 LSA). ... el fundamento último del precepto estriba precisamente en la tutela de los acreedores sociales”².

No obstante la ley española publicada el 3 de julio de 2010 coordina normas y autoriza expresamente el concurso, como veremos. El tema lo habíamos llevado como centro de discusión al V Congreso Argentino Español de Derecho Mercantil realizado entre los días 26/28 de mayo de 2010 en Huelva, motivando la presentación de un “thriller” para determinar la posibilidad de acciones ante situaciones semejantes.

1. Sobre la cuestión arroja luz un reciente fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CS). En fallo del 20 de octubre de 2009 la Corte formula un “obiter dictum” sobre el punto, al acoger planteos de arbitrariedad contra la sentencia homologatoria en el concurso de “Sociedad Comercial del Plata S.A. y otros s/ concurso preventivo”, basado en la afectación del debido proceso y del derecho de propiedad, ordenando que vuelvan los autos al tribunal de origen a fin de que se dicte nuevo pronunciamiento con arreglo a lo resuelto. El “obiter dictum” expresa: “El proceso concursal, como última ratio preventiva que procura remediar el estado de cesación de pagos, atendiendo coetáneamente la protección de la empresa y la satisfacción del derecho de los acreedores”. El calificar al concurso como “última ratio preventiva que procura remediar el estado de cesación de pagos”, reconoce que existen otros remedios para afrontar la crisis en forma preventiva.

Esa resolución de la Corte apunta a aventar la falta de transparencia en que suelen transcurrir los procesos de aprobación de la propuesta de acuerdo –normalmente no integrada y por tanto improponible³- para la obtención de las mayorías necesarias para aprobar acuerdos calificados como predatorios y confiscatorios⁴, pues se alejan de un esfuerzo compartidos, de la racionalidad de mirar la empresa.. A través del voto de la mayoría- presenta, en torno a la propuesta de acuerdo abusiva, una concordancia con el precedente “Arcángel Maggio S.A.”⁵.

Sin duda la posibilidad de las soluciones negociadas extrajudicialmente. Se atiende a los recursos societarios para afrontar la crisis que registra imperativamente la ley societaria específica, confirmando nuestra tesis., por lo que el concurso aparece –cuando no se ha intentado previamente aquél- como abusivo⁶, y enrarecido por la posibilidad de un negocio como señala un calificado autor⁷. No debe olvidarse que una quita implica un empobrecimiento de los acreedores –como

² BELTRÁN, Emilio “La disolución de la sociedad anónima”, Estudios de Derecho Mercantil, Ed. Civitas, Madrid 1991, págs.. 34/5.

³ Nto. *Integración de la propuesta de acuerdo en concurso societario (en torno a reciente fallo señero)* en Jurisprudencia anotada de RDCO n° 234, Enero Febrero 2009, Ed. Abeledo Perrot, pag. 79.

⁴ Nto. *LAS LIQUIDACIONES SOCIETARIA, LA CONCURSAL Y EL ARGUMENTO DEL RESULTADO DE ESTA ÚLTIMA PARA HOMOLOGAR UNA PROPUESTA ABUSIVA*, en Zeus Córdoba, n° 353, Año VIII, 18 de agosto de 2009, tomo 15 pag. 169, Doctrina, y en Editorial Zeus, 10 de agosto de 2009, año XXXVI, Revista n° 15, tomo 110, pag. 785. Doctrina.

⁵ Lo que se apuntan Gabriela Boquin y Ricardo Augusto Nissen en *UN EJEMPLAR FALLO EN MATERIA DE TRANSPARENCIA DE LOS PROCESOS CONCURSALES*, en “El Cronista Comercial” del 21 de octubre de 2009.

⁶ Nto. “Insolvencia societaria”, Ed. Lexis Nexis, Buenos Aires 2007, y nuestra comunicación al V Congreso Iberoamericano de Derecho Concursal, Montepulciano Italia septiembre 2009: *LA CRISIS DE LA ORGANIZACIÓN SOCIETARIA* y los precedentes allí indicados, que puede verse en la referida página electrónica.

⁷ TRUFFAT, E. Daniel *EL DERECHO CONCURSAL EN LOS TIEMPOS DE LA “GRAN CONTRACCIÓN* (en comunicación al Congreso citado en la nota anterior), apuntando: “Hace años que con la colaboración de queridos amigos, venimos señalando que –al menos en el derecho argentino “soplan nuevos vientos”. Y, de modo muy notable, ello ocurre en el ámbito societario y concursal ... Este escenario novedoso ... nos impone: *pensar el derecho*. Pensar en clave colectiva en pos de articular soluciones...La “concuralidad” en tanto técnica jurídica es, básicamente, una regla de reparto de pérdidas frente al fenómeno insidioso de la *cesación de pagos*. Su norte es evitar la propagación de tal fenómeno –dado que la imposibilidad de cumplimiento de un sujeto cualesquiera, bien puede desencadenar en *catarata* otras imposibilidades y así al infinito....Librado a las solas fuerzas del mercado, la impotencia patrimonial de un cierto sujeto irrogaría, una guerra de todos contra todos, la eventual satisfacción del mas fuerte, la absoluta falta de atención de los derechos de los mas débiles y la directa desaparición del baldado....Pero además, y el tema toma otro cariz en vía preventiva, cuando se está frente a un sujeto recuperable..., cuando está en juego la preservación de fuentes de trabajo.... Este (o sus propietarios) no podrán, o –al menos- no deberán, “hacer negocio” de tal contribución colectiva, pero sí recibirán de tal esfuerzo común la provisión de condiciones mínimas para superar el mal momento (o, al menos, lo recibirá la

señala la Corte- y un enriquecimiento para el patrimonio social, y por ende de los accionistas- particularmente los de control-.

El derecho societario contiene un verdadero sistema preconcursal y resulta paradójico que en los concursos de sociedades –en los que el informe general del síndico suele dar cuenta que llevan varios años operando en cesación de pagos, no se advierta que los administradores han gestado un plan para afrontar la crisis y sometido a los socios para eliminar causales de disolución – pérdida del capital social y/o imposibilidad sobreviniente de cumplimiento del objeto social-⁸.

Afrontar las causales de disolución, importan una verdadera preconcursalidad privada, prevista en la legislación societaria.

Resaltando la cuestión y transfiriendo decididamente el sistema de preconcursalidad a la legislación societaria, se ha sostenido que “Después de todo lo que se ha indicado, 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..”⁹.

La meditación que fluye es que -ante la afirmación de la Corte-, la sociedad que se concursara sin intentar los remedios societarios de bajo coste -asegurando la continuidad de la empresa y del empleo, aunque pueden comprometer parcialmente la titularidad de las participaciones sociales-, si intentara la homologación de un acuerdo de quita y espera se debería encontrar con una tacha inicial, metódica, de abusividad. Esa afirmación de la Corte impondrá nuevos análisis en torno a la preconcursalidad prevista en el derecho societario, con normas sobre reorganización, capitalización, funcionalidad y liquidación, evitando afectar al mercado y a terceros.

Ello no quiere decir que la sociedad no puede concursarse cuando no ha atendido la causal de disolución, pero debe generarse una expectativa dentro del juicio en torno a la abusividad de la vía elegida.

2. Como bien señala Dasso en reciente ilustradísimo libro¹⁰ que “... la persecución de la eficiencia se ha centrado en el resguardo de la empresa, motor de la economía capitalista instaurada en el mundo, y el nuevo objetivo, focalizado en el diagnóstico temprano de sus dificultades en forma de intervenir antes que la crisis sea patología irreversible”, desjudicializando los procedimientos e imponiendo una planificación o reestructuración, separando incluso al empresario (socios y administradores) de la empresa viable de ser necesario.

No entendemos pueda aceptarse -sino en el interés de los socios que quieren que la crisis sea soportada por los acreedores sin compartir con ellos los beneficios- que una sociedad recurra al concurso –o al APE- sin antes intentar las soluciones específicas de la ley societaria, al sólo efecto de enriquecerse con una quita y espera, evitando el acceso de nuevos socios, ni puede aceptarse que se indique que la ley concursal argentina no impone un plan de empresa, lo que surge tanto de la ley

empresa, si la solución consistiera entre otras medidas en el cambio de titulares). Un concurso rehabilitatorio que no contemple un “sacrificio compartido” sería un abuso”.

⁸ “*EL PLAN DE EMPRESA (o como asumir crisis tempestiva y extrajudicialmente)*” en libro colectivo “Homenaje al Dr. Osvaldo J. Maffia” Cap. II pág. 217, Ed. Lerner Córdoba 2008, Instituto Argentino de Derecho Comercial y Fundación para la Investigación del Derecho Concursal y la empresa en crisis Pablo Van Nieuwenhoven. Coordinadores E. Daniel Truffat – Marcelo Barreiro – Carlos Roberto Antoni Piossek – Ramón Vicente Nicastro.

⁹ BELTRAN SANCHEZ, Emilio La responsabilidad por las deudas sociales de administradores de sociedades anónimas y limitadas incursas en causa de disolución, en BOLAS ALFONSO, Juan (dir.) “La responsabilidad de los administradores de sociedades de capital”, Consejo General del Poder Judicial, Consejo General del Notariado, Madrid, 2000, p. 133, especialmente a pág. 154 párrafo “5. Responsabilidad de los administradores por las deudas sociales e insolvencia de la sociedad”.

¹⁰ DASSO, Ariel A. “Derecho Concursal Comparado”, tomo 1, Ed. Legis, Buenos Aires 2009, 804 páginas.

societaria como de la concursal, que debería anticiparse en la presentación en concurso y explicitarse en la documentación que “integra” la propuesta de acuerdo.

III – DESJUDICIALIZACIÓN DE LA CRISIS POR PÉRDIDA DEL CAPITAL SOCIAL.

Las crisis económico financieras tratan de situaciones de desequilibrio que ponen en peligro la supervivencia de una organización¹¹, de una sociedad. Desequilibrios transitorios que pueden llegar a la permanencia del estado patrimonial. Nos permitimos apuntar que esos estados de “cesación de pagos” siempre son reversibles si no se agotaron los remedios societarios internos.

Lo “dirimente es poner la cuestión en manos de los socios. Estos tal vez decidan la capitalización de la empresa o admitan su fusión por absorción con otro ente más saludable”¹². Claro que lo ideal es hacerlo a través de la funcionalidad societaria, sin presentación en concurso.

Franco Bonelli¹³ afronta el supuesto de la continuación de la gestión social después de la pérdida del capital social, con la responsabilidad de los administradores.

La doctrina italiana reitera que la reforma de la legislación concursal ha omitido una regulación orgánica de la crisis y de la insolvencia de la sociedad, perpetuando una laguna de la legislación concursal hace tiempo criticada por la doctrina¹⁴. El futuro impone a la doctrina tratar de organizar a los acreedores de una sociedad ante el desorden de la actividad de sus administradores.

En la perspectiva del derecho societario, el fenómeno de la reorganización puede ser encuadrado en la estructura normativa de la sociedad de capitales, con operaciones referidas al aumento de capital, participaciones u opciones para superar la crisis. A diferencia de la constitución de la sociedad, la fase de la reorganización afecta no sólo a los suscriptores del capital sino a una pluralidad de sujetos extraños a la sociedad, pudiendo llegar a quedar en sus manos las decisiones sociales¹⁵. Se trata de usar de la “eficiencia” de los administradores societarios, ante la relativa eficiencia de todo sistema concursal cuando la crisis ya esta entronizada y los incumplimientos se han generalizado, potenciando los daños al mercado.

1. Para evitar responsabilidad los administradores deben canalizar la solución por la vía societaria, o sea por la capitalización –por los socios o terceros-, conforme al plan que presenten los administradores para la subsistencia de la organización societaria. Pero ello puede pasar por otras formas múltiples de reorganización de la empresa y de la estructura jurídica.

Recuérdese que los socios tienen derecho de preferencia para incrementar proporcionalmente sus participaciones ante el aumento de capital e incluso el derecho de acrecer si otros socios no ejercitan su derecho. También puede ceder –de no existir prohibición expresa- su derecho a un tercero en la sociedad por acciones.

Claro que prioritariamente tiene el deber de reintegrar el capital si este se hubiere perdido y se optare por no liquidar la sociedad. Se trata a toda costa de evitar que la sociedad siga contagiando en el mercado. Obviamente que de no desear reintegrar el capital social, la ley les brinda la

¹¹ CICHERO, Liliana *Las crisis empresariales y el acuerdo preventivo extrajudicial homologado* en *La Ley Actualidad*, página 1 del diario del 15 de marzo de 2001.

¹² BARREIRO, Marcelo G. – TRUFFAT, E. Daniel *Responsabilidad de administradores y representantes en la ley de quiebras: el deber fiduciario de la ley de sociedades, ¿se traslada a los acreedores?* en *Doctrina Societaria y Concursal*, octubre 2005, tomo XVII p. 1205 y ss.

¹³ En *La responsabilità degli amministratori di società per azioni*, Ed. Giuffrè, n° 135 de los *Quaderini di Giurisprudenza Commerciali*,

¹⁴ NIGRO, A. *Le società per azioni nelle procedure concursali*, in *Trattato delle società per azioni*, diretto da G.E. Colombo e G.B. Portale, 9°, Torino 1993, 209 ss.

¹⁵ GUERRERA, Fabrizio, MALTONI, Marco *Concordati giuiziali e operazioni societarie di “riorganizzazione”* en “*Revista delle società*” anno 53, 2008 p. 22/3, D’ALESSANDRO A. *La crisi delle procedure concursali*, pág. 355; STANGHELLINI, Lorenzo *Creditori forti e governo della crisi d’impresa*, Fallimento 2006, 145 ss..

posibilidad de recurrir al aumento de ese capital, con la intervención eventual de terceros, incluso a través de la solución normativa del art. 197 LSA.

2 Justamente sostuvimos en *En torno a informes del síndico en concurso de sociedades: el general*¹⁶: “7. En caso de sociedades, debe informar si los socios realizaron regularmente sus aportes, y si existe responsabilidad patrimonial que se les pueda imputar por su actuación en tal carácter”. ... “Es fundamental que el Síndico se refiera a que previsiones adoptaron los administradores sociales desde que aparecieron dificultades, si las pusieron en conocimiento de los socios y que dispusieron éstos para cumplir con las normas imperativas de las sociedades en torno a causales de disolución, su remoción o iniciación inmediata de la etapa de liquidación, con las responsabilidades consiguientes, tales la pérdida del capital social, que genera la obligación de reintegrarlo. “Eventualmente si el problema era de una infrapatrimonialización –constitutiva o funcional–, si se advirtió algún intento de capitalización por parte de los socios, terceros o acreedores¹⁷”.

“La existencia de causales de disolución puede ser dirimente para determinar la obligación de los socios de reintegrar el capital social, reintegración que impondría asegurar su restablecimiento, con suficiencia para atender el pasivo, como obligación derivada de normas imperativas e inderogables de la ley específica¹⁸”.

3.No hay duda que la situación de insolvencia (cesación de pagos) de una sociedad impone conductas especiales en lo interno de esa organización técnica –incluso al advertirse la magnitud de la crisis–, y su omisión genera efectos en torno a la responsabilidad de sus administradores y eventualmente de sus socios. Una falta de precisión en la conexidad de las normas del derecho societario y el concursal, pueden haber permitido que se pensara sólo en soluciones del derecho concursal cuando una sociedad se encuentra en cesación de pagos, sin perjuicio de imponerse –a veces– la obligatoriedad de convocatoria a asamblea en lo interno. Correlativamente suelen no tratarse a fondo las soluciones societarias a la crisis, de característica privada y extrajudicial, de “bajo coste”, para la propia sociedad y para la comunidad. Nuestra posición ha sido siempre la de rescatar que en el derecho societario existen adecuadas soluciones para enfrentar preventivamente la crisis, incluso con soluciones ante la cesación de pagos o insolvencia. Las soluciones concursales o preconcursales serían adecuadas recién cuando aquellas fallaren. El punto supone una visión particular de los intereses en juego, y de la obligatoriedad de ciertos actos societarios como necesarios para evitar responsabilidades. Esos actos estarán vinculados a la planificación: constitutiva de los socios, a la patrimonialización o financiamiento para asegurar el cumplimiento del objeto social; y posteriores obligaciones funcionales de los administradores, y cuya omisión implica apartarse de deberes de información y control. En tal sentido es omisivo recurrir, tempestiva o tardíamente –como es normal en nuestro país–, al concurso preventivo (o acuerdos preconcursales), imponiendo quitas y esperas a los acreedores, sin previamente haber intentado remedios societarios para la “reestructuración de la empresa”. Las quitas y esperas que aceptan o se imponen a los acreedores implican siempre un empobrecimiento de ellos y un enriquecimiento del patrimonio social en beneficio de sus socios. Recurrir a ello sin exponer un plan de negocios a acreedores e invitarles, como mínimo, a capitalizar sus deudas implica un abuso de derecho y del medio técnico societario.

¹⁶ Publicado en Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones, Ed. Abeledo Perrot, 242-657 doctrina, año 2010.

¹⁷ Nto. “Perspectiva del Derecho de Insolvencia” citado.

¹⁸ Nto. *¿REORGANIZACION SOCIETARIA O CONCURSAL ANTE LA CRISIS?(UN “OBITER DICTUM” DE LA CORTE)*, en prensa para libro colectivo que editará el Instituto Argentino de Derecho Comercial. Es tema no abordado en los concursos la obligación de los socios a reintegrar el capital social ante su pérdida.

4. La doctrina ha sido conteste, y el derecho comparado viene dando soluciones diversas, que ante las crisis los remedios deben aplicarse en la forma más rápida posible, evitando la profundización de esa crisis y su contagio¹⁹.

Sin duda la solución intrasocietaria de la crisis tiene menores costes para la propia sociedad y para el Estado al generar un proceso privado, desjudicializado casi sin costes de transacción, que en muchos casos no es usado porque los socios avizoran que pueden perder poder, o que pueden obtener ventajas impensadas a través de la vía concursal. Es paradójico.

5. Tender a ultranza a mantener a la empresa, si no se tiene en claro su viabilidad y el bien jurídico protegido, puede ser sinónimo de proteger al empresario incapaz o fraudulento, como lo señalaba R. Franceschelli²⁰. La responsabilidad social de la empresa, como concepto ético debe restablecerse y no puede sustituirse por un criterio pragmático de respaldo al empresario incapaz de autoprogramación.

6. Descartada la liquidación societaria o por quiebra, debe enfrentarse el problema, o sea el antivalor: la incapacidad patrimonial generada por múltiples problemas que genera la insolvencia causal de disolución por imposibilidad sobreviniente, para asegurar la conservación de la empresa.

La conservación de la empresa estructurada societariamente es un problema de los administradores y de los socios²¹. Es una cuestión de derecho privado. Obviamente que tal reorganización podría ser asumida directamente por la sociedad o, posteriormente –con mayores costes- en una propuesta de acuerdo preventivo extrajudicial o judicial²².

Se justifica el principio de conservación de la empresa a través del método indirecto de conservar la sociedad, removiendo la causal de disolución a fin que pueda seguir cumpliendo el objeto, forma de darse la empresa y su conservación, al entender que existen intereses superpuestos al de los socios y de sus acreedores, cual son los empleados, la organización del mercado, la riqueza nacional, la comunidad donde esta inserta la empresa, etc..

¹⁹ Lo hacía Yadarola en el año 1925 *Proyecto de ley de quiebras* publicado en la Revista de la Universidad Nacional de Córdoba, año 1925, y reproducido en “Homenaje a Yadarola”, Córdoba 1963, Editorial Universidad Nacional de Córdoba, tomo I pág. 335, lo hizo nuestra legislación en el año 1983 y ahora lo remarca MAFFIA, Osvaldo J. *FRANCIA. LA LEY DEL 26/JULIO/05 SOBRE SALVAGUARDA DE LA EMPRESA*, en *El Derecho*, martes 25 de octubre de 2005: “conlleva la exigencia de intervenir cuando la situación de la empresa acusara una situación susceptible de comprometer la continuación de su actividad, vale decir, tempestivamente, por tanto antes de que se instalara el estado de insolvencia, tesitura político-legislativa que recoge la preocupación volcada en ese hito que fue el *Rapport Sudreau*, aún cuando anterior al mismo. ...Destacamos al pasar la claridad con que se expresa la primacía del mantenimiento de una empresa, postergando el amparo de los acreedores, posturas difíciles de conciliar fuera de las “expectoraciones entusiásticas” –Ortega- que encontramos en nuestras ingenuas, pintorescas exposiciones de motivos. ...El nuevo régimen concreta una antigua idea que es de justicia unir al trabajo inteligente y perseverante de Roger Houin, y resume el gran tema del derecho concursal de las últimas décadas, a saber, la *prevención*. ... El *Rapport Sudreau* plantea con claridad y elocuencia el gran problema de aprehender cuanto antes las *dificultades* que sobrellevaba una empresa para permitir la intervención tempestiva, esto es, al surgir los problemas en medida tal que la empresa no alcanzara a neutralizarlos con sus medios normales, y esas dificultades pudieran comprometer la prosecución de su actividad. ...El tema específico de la nueva figura que nos ocupa, o sea la “salvaguarda de la empresa”, exhibe una extraña limitación si tenemos en cuenta las recordadas orientaciones en orden a *tempestividad*, lo cual presupone la ampliación subjetiva en orden a instancia (la experiencia de que el deudor demora cuanto puede su ocurrencia al tribunal es pandémica)”. Cfme. nto. *Justicia y Derecho. Insolvencia societaria*: “El incumplimiento voluntario de ciertas obligaciones por un deudor en dificultades financieras puede llevar a la quiebra al acreedor previsor que se encontraba *in bonis*” en “Congreso de Academias Iberoamericanas de Derecho” pág. 631 y ss., Edición Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Córdoba 1999.

²⁰ *L'apprendistas stregone, l'elisir di lunga vita e l'impresa immortale* en *Giur. Comm.* 1982 I p. 575 y ss.

²¹ *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.acaderc.org.ar. MICELLI, Maria 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..

²² 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%.

Es como un problema ecológico: si es disvalioso el operar en estado de cesación de pagos, importando incluso una causal disolutoria de una sociedad, debe evitarse la contaminación a otros y reducirse el foco contaminante, que de actuar tarde ya no podrá ser “salvado”.

IV – PERDIDA DEL CAPITAL SOCIAL Y CONCURSO.

Si se concursa 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, pues sin duda la situación se agravó, y lo que hubiera podido afrontarse con una mera espera de un año –como era normal en décadas anteriores-, se plantea en una donación del pasivo a favor del patrimonio de la sociedad, o sea en beneficio directo de los socios que usaron peligrosamente de la técnica societaria.

Sin duda 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.

V - LAS SOLUCIONES SOCIETARIAS. LA CAPITALIZACIÓN.

El planteo puede formalizarse desde la noción del capital social, normalmente vinculado a la limitación de responsabilidad de los socios. Obviamente que un adecuado capital social, su reintegración o su aumento son la solución (transitoria o definitiva) del problema.

1. Se plantea como un problema desde la legislación concursal –pero ¿porque no desde la societaria?-, la transferencia del control de la empresa en crisis, de los accionistas que carecen ya de incentivo y de los administradores que responden a ellos, a los acreedores que ven comprometido en ello su capital de riesgo²³. En función de ello los acreedores deberían organizarse en categorías, con intereses uniformes, para intervenir en la vida de la sociedad²⁴.

Los acreedores de una sociedad en crisis deberían tener el mismo tratamiento, derechos y tutelas que los accionistas de una sociedad solvente, pero se encuentran en la misma situación de inversores sin derecho²⁵, que no tuvieron en cuenta cuanto contrataron sin la información de esa situación o antes que se produjera esa situación. La realidad es bien distinta en nuestro país, los accionistas desinteresados de invertir, apoyados por los administradores por ellos designados, actúan de otra manera: imponer a los acreedores quirografarios asumir la pérdida, enriqueciendo a los socios a través de quitas predatorias que casi hacen desaparecer el pasivo sin incrementar el patrimonio activo directamente.

Reiteramos: la conservación de la empresa estructurada societariamente es un problema de los administradores y de los socios²⁶.

²³ Esta es la idea que desenvuelve en proyección de reforma de la legislación falencial STANGHELLINI, LORENZO “Proprietà e controllo dell’impresa in crisi” en *Rivista delle Società* anno 49° 2004 settembre-ottobre fascicolo 5°, Editorial Giuffrè Milano, pág. 1041 y ss. específicamente 1055. Esta idea se acerca a la que venimos desarrollando en torno a un derecho concursal societario, pero aplicando la legislación argentina vigente como veremos.

²⁴ MAZZONI, ALBERTO “L’impresa tra diritto ed economia” en *Rivista delle Società* anno 53°/ 2008 pág. 668, especialmente 666.

²⁵ STANGUELLINI ob. cit. pág. 1079

²⁶ *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, Maria 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. Adviértase los sistemas que en situaciones semejantes permiten a los administradores emitir acciones sin autorización de los socios²⁷. 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 administradores²⁸, señalándose la utilidad que revisten en general “los remedios tempestivos e idóneos a la primera señal de crisis”²⁹..

3. Como señaló la jurisprudencia³⁰ “la suficiente capitalización de la sociedad al momento de su constitución y posteriormente, durante todo el desarrollo de la actividad empresarial 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 omisión³¹.

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.

La doctrina italiana reitera que la reforma de la legislación concursal ha omitido una regulación orgánica de la crisis y de la insolvencia de la sociedad, perpetuando una laguna de la legislación concursal hace tiempo criticada por la doctrina³², pero se asienta en la necesidad de que la cuestión se ponga en manos de los socios al determinar que la capitalización de la sociedad en crisis –sea la reconstitución del capital o la capitalización- o insolvente, requiere una decisión del órgano de gobierno, partiendo de la situación patrimonial determinada al tiempo de presentación en concurso preventivo conforme un balance extraordinario³³. El tema no es extraño en la doctrina mundial. Hace muchos años señalábamos la posición de Karsten Schmidt sobre este aspecto³⁴.

²⁷ 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

²⁸ MIOLA ob. cit. pág. 1310.

²⁹ MIOLA ob. cit. pág. 1309.

³⁰ 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.

³¹ MIOLA ob. y pag. cit. pág. 1310..

³² NIGRO, A. *Le società per azioni nelle procedure concursali*, in *Trattato delle società per azioni*, diretto da G.E. Colombo e G.B. Portale, 9º, Torino 1934, 209 ss.. Por supuesto que a la fecha existe una tendencia a enfrentarlo de otra forma, de lo que da cuenta la Comisión de este Congreso.

³³ “La ricapitalizzazione della società in crisi o insolvente richiede anzitutto, partendo della domanda di concordato preventivo o della dichiarazione di fallimento, l’elaborazione di un bilancio ordinario infrannuale o straordinario, redatto secondo criteri contabili consoni alle prospettive della ristrutturazione risultanti dal piano collegato alla proposta di concordato (Cfr. G.E. COLOMBO, *Bilancio d’esercizio e consolidato*, in *Trattato delle società per azioni*, diretto da G.E. Colombo e G.B. Portale, 7ª, Torino 1994, 28 ss.; M. CARATTOZZOLO, *I bilanci straordinari*, Milano, 1996, 579 ss.; P. AFAMENI *Perdita del capitale bilancio straordinari*, Milano 2004, 23 ss., 97 ss.. Tale “piano” potrà preveder infatti, secondo i casi, la continuazione dell’impresa, la dismissione di latuni cespiti o rami d’azienda in funzione del suo risanamento e anche la totale cessazione dell’attività, nell’ottica di una liquidazione volontaria, prevedibilmente più profittevole, del patrimonio sociale...” GUERRERA, Fabrizio, MALTONI, Marco *Concordati giuiziali e operazioni societarie di “riorganizzazione”* en “*Revista delle società*” anno 53, 2008 p. 18, especialmente pág. 62/3.

³⁴ Lo hemos citado en numerosos trabajos, y lo volvió a hacer en su conferencia *Responsabilidad de los socios y administradores* donde señalaba introductoramente “I. El objeto de la disertación. 1. Un viejo tema... siempre nuevo. Hace cinco años en La Cumbre, en las sierras de Córdoba, en el gran “Segundo Congreso Iboamericano” de una conferencia sobre el tema “El Derecho Empresario y el Derecho Concursal”. Recuerdo vivamente las discusiones en ese Congreso y volveré más tarde brevemente sobre lo expuesto en aquel momento. Hoy me referiré a una parte especialmente importante en la práctica de este tema general y puedo prometerles, que no repetiré conceptos. Yo no quiero ser reiterativo, ni tampoco podría serlo. Es que hay muchas novedades para comunicar. Novedades de la legislación, pero también muchas más de la jurisprudencia. Mi conferencia se divide en cuatro partes. La primera parte, que es introductoria, ya comenzó. Se refiere a las bases. Siguen pasajes acerca de la responsabilidad de los órganos de dirección (Parte II: Responsabilidad de los Administradores) y de los socios (Parte III: Responsabilidad de los Socios). En una cuarta parte hablaré por separado de los problemas especiales de la responsabilidad del arrastre de la insolvencia y de la liquidación cuando falta masa (Parte IV). Se trata de los casos dramáticos, en los que el patrimonio de la sociedad no alcanza ni siquiera para la

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.

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 matices³⁵, 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.

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.

iniciación de un procedimiento concursal. Todo esto como una visión preliminar. Todavía nos encontramos en la primera parte”. Reitera la posición que venimos predicando sobre que las normas societarias son las que introducen las soluciones a la crisis económica de esa organización técnica de la empresa, y su abandono o apartamiento involucra responsabilidad de administradores y, a veces, de los socios. Lo repite en su libro *Fundamentos del nuevo derecho concursal alemán. La ley alemana de insolvencia de 1994* en “Sobre el Anteproyecto de Ley concursal del 2001” –de España apuntamos- Ed. Diles, Madrid 2002, pág. 34 y ss...

³⁵ 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 GROUPEES 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 PARTICIPAZIONE 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.

Congruentemente como lo señalan Barreiro y Truffat en “Responsabilidad de administradores y representantes en la ley de quiebras: el deber fiduciario de la ley de sociedades, ¿se traslada a los acreedores?”³⁶: “Ya no se trata tanto de que alguien responda por los “daños” de la insolvencia sobre el patrimonio de un acreedor concreto (aunque esta hipótesis no es descartable) sino que –frente al desangelado fenómeno de la insolvencia- las cargas del daño se repartan equitativamente; siendo intolerable que el sacrificio de los acreedores permita a los socios tener una sociedad renacida. Si hay padecer deben sufrirlo todos, pero en especial los dueños. Si hay éxito deben gozarlo todos, pero en especial los acreedores”. Hay daño y hay formas prioritarias de enfrentarlo en beneficio de la empresa conforme al “esfuerzo compartido”.

Nos apoyamos en la “absolute equity rule”³⁷ –recordada por Lorente-, para sostener la necesidad de aplicar el art. 197 2º LSA, sobre capitalización del pasivo si es que los socios no quieren capitalizar, antes de pensar en presentarse en concurso. Y que las propuestas son abusivas, incluso inconstitucionales³⁸ si junto a las quitas y esperas no hay una capitalización de la diferencia, pues en caso contrario hay un despojo a los acreedores en beneficio de los socios. Una propuesta de quita y espera sin esa contrapartida en la participación en el capital, o alguna forma de negocio participativo, es inconstitucional por violar el derecho de propiedad (art. 17 C.N.).

VIII – ASPECTOS Y MONTOS DE LA REINTEGRACIÓN PARA EVITAR LA LIQUIDACIÓN DE LA SOCIEDAD.

Recurramos a Nissen para el análisis profundo de esta cuestión. En *Ley de sociedades comerciales. 19.550 y modificatorias. Comentada, anotada y concordada*³⁹, en el primero de los tres tomos, dedica muchas páginas a estos y otros supuestos conexos, a partir del análisis de los arts. 94 inc. 5º, 96 y 99. Los párrafos que transcribiremos entre comillas en este párrafo sin otra referencia, pertenecen a ese libro –cuya lectura completa recomendamos-. No se trata de estar totalmente de acuerdo con sus apreciaciones, siempre serias y fundadas, pero representan un punto de partida insoslayable para el análisis escueto que aquí haremos de la cuestión en su conexión con el concurso y responsabilidad de administradores y socios.

1.Nissen expresa “... b) Dicha causal disolutoria no se produce ipso jure, esto es, de pleno derecho, como expresamente prescribía el art. 369 del Código de Comercio... ,requiere en principio, una decisión en tal sentido. c) La disolución de la sociedad afectada por tal circunstancia está sometida a una condición suspensiva para su efectivo acaecimiento y tránsito hacia la etapa liquidativa, que los socios no acuerden el reintegro total o parcial del capital social o su aumento... dejen sin resolver el plazo con que cuentan los socios para regularizar la sociedad a través de los procedimientos previstos por el art. 96..., así como omitió reglamentar el instituto del reintegro del capital social... pérdida... total del capital social, pues –ante este último supuesto- cualquiera de los socios o accionistas puede reclamar la liquidación de la sociedad cuando su órgano de gobierno no haya adoptado resolución al respecto, no obstante haberse constatado tal contingencia... (p. 912) Lo verdaderamente importante, siguiendo a Halperin, es que la pérdida del capital social debe resultar del estado patrimonial no susceptible de variación en el curso de los negocios, pues de lo contrario la disolución estaría sujeta al resultado transitorio de un negocio desfavorable, sin tener en cuenta el

³⁶ En Doctrina Societaria y Concursal, Octubre 2005, tomo XVII, pág. 1205.

³⁷ En las Segundas Jornadas Interdisciplinarias Concursales del Centro, Córdoba 2005 que compartimos con Truffat, en las Jornadas Italoargentinas de Derecho, Córdoba 2005 y luego en Barranquilla.

³⁸ Comunicación al Primer Congreso Hispanoamericano de Derecho Concursal, Barranquilla, octubre 2005, *Reforma concursal: ¿de ideas o de normas?* en el CD editado por el Congreso, y *Hacia la desjudicialización de las crisis: LA CONSERVACIÓN DE LA EMPRESA* comunicación en la Jornada Internacional de Derecho Concursal, Cali –COLOMBIA- Martes 18 de octubre de 2005, Facultad de Humanidades y Ciencias Sociales, Carrera de Derecho de la Pontificia Universidad Javeriana, y Cámara de Comercio de Cali, o ambos en la página electrónica de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba www.acader.unc.edu.ar, y antes *Propuesta abusiva* para elDial.com en agosto de 2005 y también en esa página electrónica de la Academia y artículos similares en prensa en Zeus, Córdoba y Santa Fe.

³⁹ 3ª edición actualizada y ampliada, Ed. Astrea, Buenos Aires 2010, que hemos comentado.

resultado de las demás operaciones en trámite... es de sencilla constatación en los estados contables de la sociedad y basta al respecto recurrir al estado de evolución del patrimonio neto durante el ejercicio considerado, que incluye la cifra “capital” como rubro integrante de tal cuenta. Si a tenor de ese instrumento, especialmente requerido por el art. 64, II, ... se observa que las pérdidas del ejercicio o las pérdidas acumuladas no pueden ser absorbidas totalmente por las reservas (cualquiera que sea su clase, incluso por la que incorrectamente se denomina “resultados no asignados”, que es –en puridad jurídica- una reserva facultativa), por los fondos de revalúos o por los aportes irrevocables efectuados por los socios, ni tampoco por el capital social, al que supera, la situación prevista por el art. 94, inc. 5º... se configura expresamente, y obliga a los administradores o directores de la sociedad, así como al órgano de fiscalización, a convocar a asamblea de socios o accionistas, a los efectos de adoptar las medidas del caso (p. 914)...pues los graves efectos que supone la continuidad empresaria por una sociedad carente de capital social torna inadecuado dejar librada la celebración de la asamblea ... a fórmulas tan vagas y genéricas...(p. 915). Estimamos que resulta más adecuado a derecho, en beneficio de la seguridad jurídica y la protección de los terceros, la aplicación analógica de lo dispuesto por el art. 94 inc. 8º..., en cuanto prevé la existencia de un término de tres meses... período durante el cual debe ser convocada y celebrada una reunión de socios o asamblea... Transcurrido dicho plazo y si la sociedad no se ha pronunciado en uno y otro sentido, la disolución se produce en este caso de pleno derecho ... No es admisible ni se compadece con el parámetro de actuación que prevé el art. 59..., que los administradores nada hagan ante la constatación de que la sociedad ha perdido el capital social” (p. 916)

Introducimos aquí algunas apostillas. Hemos cuestionado la calificación de las causales de disolución en las que operan de pleno derecho, ipso jure u ope legis, dentro de las que se señala el vencimiento del término. No nos parece una clasificación adecuada y así lo hemos sostenido⁴⁰. Aún en la causal de vencimiento del término la sociedad podría seguir operando –otro tema es la responsabilidad si ello generara daño-. Así parece valiosa la clasificación entre causales imperativas y voluntarias, y en relación a las primeras las de inmediata constatación o que deben ser declaradas. Todo en vista a la sanción: la responsabilidad.

No hay duda que la pérdida del capital social cuando se formaliza o debió formalizar el balance con tal revelación aparece como de inmediata constatación e impone la convocatoria a los socios.

Si hay “recomposición” o reintegración del capital social o su aumento desaparece todo problema aunque hubiera alguna demora, pues ningún daño se ha generado manteniéndose la garantía de los acreedores.

Si la recomposición no se decide y continúa operando la sociedad la cuestión de la responsabilidad se retrotrae a la fecha en que se acredite que administradores y socios conocieron o debieron conocer la situación si, como debemos presumir, hay acreedores insatisfechos o que resultan afectados por quitas y esperas en un proceso concursal.

2. Ahora veamos aspectos del reintegro asumidos por Nissen en su última obra: “sólo tiene referencias en la ley 19.550: a) en el art. 96 como forma de superar la aludida causal disolutoria; b) , y c) en el art. 244 in fine, como uno de los supuestos que requieren las mayorías especiales allí previstas, otorgando por remisión del art. 245, el derecho de receso para los accionistas que no votaron a favor de ese acuerdo en el art. 235, como tema de asamblea extraordinaria.... La operación se reduce en consecuencia, a eliminar del activo del balance el rubro “pérdidas”, sin necesidad de entregar nuevas acciones a los accionistas” (p.942)... técnicamente el reintegro es una operación que no afecta el valor capital consignado en el balance de la sociedad, salvo que se realice parcialmente y por el remanente se resuelva reducir el capital, aunque en este caso , dabe

⁴⁰ RICHARD, E.H. y MUIÑO O.M. *Derecho Societario*, 2ª edición ampliada y actualizada, Ed. Astrea, Bs. As. 2007, pág. 365 y ss..

señalar que se trataría de dos operaciones distintas, reintegración parcial y reducción del capital (p. 944)... el reintegro del capital social es sólo obligación que debe serle impuesta al accionista en proporción a sus respectivas tenencias (p. 950)... frente a un acuerdo favorable al reintegro del capital social, los socios o accionistas pueden adoptar las siguientes conductas: 1)...ejercer el derecho de receso ... no existirá derecho del socio o accionista al reembolso del valor de su participación que ha perdido todo valor como consecuencia de las pérdidas sufridas por la sociedad...2) Si el socio o accionista no ha ejercido el derecho de receso, aun cuando haya votado en contra, la decisión de la asamblea o reunión de socios que ha aprobado el reintegro del capital social es obligatoria para aquél y obliga al directorio a exigirse el correspondiente desembolso (art. 233 in fine, ley 19550)... las soluciones previstas en el art. 193 ... para el suscriptor moroso en la integración... queda abierta la posibilidad de excluirlo, según lo dispone el art. 37..." (p. 252/253).

Apuntemos que la falta de integración del capital social en la operación de reintegración o recomposición, impondrá en su caso insistir en la liquidación, salvo que los otros socios asuman el derecho –obligación en el caso de no querer la liquidación- de realizar el aporte del socio incumplidor, asumiendo sus derechos sociales en el devenir de la sociedad.

Nissen usa la palabra “recomposición” (p. 912)

Introduciendo en esta temática de recomposición del capital social ante la pérdida del mismo y concurso sin asumir ninguna de las previsiones imperativamente impuestas por la ley (ni liquidar, ni reintegrar ni aumentar el capital social), Nissen sin entrar en esa problemática pone el dedo en la llaga “...en la práctica, el reintegro del capital social no es siempre objeto de especiales simpatías” (p. 953).

Avizoramos que una presentación en concurso en tales circunstancias no será abusiva si antes se intentó infructuosamente los dos remedios: reintegrar por los socios, aumentar el capital social por ellos o por terceros, específicamente por la capitalización de las deudas, y no por la quita predatoria de las mismas. “Por ello, las únicas maneras de aumentar el capital social para evitar la disolución de la sociedad son con el efectivo desembolso, por parte de sus socios o accionistas, de una suma que permita producir un reequilibrio entre capital y patrimonio y en la medida necesaria para que desvirtúe la causa de la disolución o mediante la capitalización de la deuda, en los términos del art. 197 ley 19550... el aumento del capital social como alternativa para superar el estado de disolución por pérdidas debe ser lossuficientemente amplio como para absorberlas...” (p. 955)

3.Estas apreciaciones llevan a determinar que la “reintegración” no puede limitarse exclusivamente al monto del capital social. Ello podría ser correcto cuando los administradores actúen ante la mera pérdida del capital social, pero si el déficit indica otras pérdidas o sea una insuficiencia del patrimonio activo frente al pasivo mayor que el capital social, se impondrá equilibrar activo y pasivo y además renovar la dotación del capital, sólo así quedará “reintegrado” el capital social. Claro que nada impide que ello se logre mediante una capitalización del pasivo.

4. Si los administradores han sido diligentes y actúan tempestivamente ante la crisis, es posible que la mera aportación del monto nominal original permita ese reintegro, pero si se ha generado un alto pasivo –superior al activo- será necesario un desembolso mucho mayor para no asumir la liquidación, impuesta imperativamente por la ley de no procederse a esa “reintegración” o al aumento de capital. Obviamente que además de removerse la causal de pérdida del capital social, debería asegurarse una situación patrimonial que haya eliminado la crisis y la eventual imposibilidad sobreviniente de cumplimiento del objeto social, otra causal de disolución.

Obviamente que la pérdida y su cuantía, en el caso de concurso de la sociedad sin haberlo afrontado, resultará de la documentación con la que los administradores societarios acrediten en la presentación a ese trámite la existencia de la “cesación de pagos” como estado patrimonial, de cuyas propias manifestaciones resultará la profundidad del mismo, la falta de tempestividad en

afrontarlo y las responsabilidades consiguientes. Los accionistas o socios podrán asumir las responsabilidades previstas en el art. 99 LS al ratificar la presentación en concurso, apartándose de la liquidación de la sociedad sin optar por la reintegración ni el aumento de capital, por los daños que se puedan generar, obviamente entre otros a acreedores –con especial atención a los nacidos con posterioridad a la pérdida del capital social o a la cesación de pagos-.

Nuestra preocupación es que los administradores de sociedades que nunca tienen responsabilidad por tal, y los socios de sociedades con responsabilidad limitada, creen que pueden hacer cualquier cosa con ese maravilloso instrumento de organización que es la sociedad comercial, y se vean de repente sujetos a acciones de inoponibilidad o responsabilidad. No se trata de responsabilizarlos por el riesgo empresarial, pero sí por no asumirlo oportunamente y no actuar en la forma que prevé la ley de sociedades, que no puede ser soslayada ni aún en los procedimientos concursales.

Por otra parte también podrán pensar en la promoción de acciones de responsabilidad contra los administradores, indubitablemente los acreedores nacidos con posterioridad al estado de cesación de pagos, pero quizá también los anteriores ante la desatención de los negocios sociales objetivamente relatados por la primera instancia y la apelación fiscal.

5. Nuestra preocupación se refiere a que los administradores societarios nunca asumen responsabilidad por el riesgo empresarial, pero sí la tendrán por no asumir la pérdida del capital social en la forma que la ley societaria se los impone.

Ante la negativa o imposibilidad de los accionistas y no deseando liquidar la sociedad, se abre la solución prevista del art. 197 LS- de capitalizar el pasivo, o sea en ciertos casos traspasar la sociedad o su control a los acreedores. Esta es también una previsión del art. 42 LCQ.

Este tipo de capitalización si bien no genera fondos elimina en forma inmediata ese pasivo del balance y lo transfiere al activo, desapareciendo la causal de disolución por pérdida del capital social. A su vez, al eliminar el pasivo corriente modifica la estructura patrimonial permitiendo que todo el flujo de caja se dirija al cumplimiento del objeto social, removiendo así la segunda causal de disolución que normalmente se presenta.

La capitalización del pasivo trae un beneficio inmediato a los accionistas, directores o terceros que hayan garantizado una obligación capitalizada, pues se liberarán de esa obligación de garantía, fórmula que no está gravada por impuestos a las ganancias, que en cambio se aplica sobre quitas y esperas concursales, al entender claramente que el empobrecimiento de los acreedores importa una ganancia para los socios de la deudora.

Al no existir normas claras que impidan la continuación de la empresa en crisis –en nuestro país la imposibilidad sobreviniente de cumplimiento del objeto social- 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 omisión⁴¹.

6. En España era clara la situación desde el punto de vista societario. “La regulación legal de la disolución de la sociedad anónima comienza por una enumeración de las circunstancias por las que “se disolverá” (art. 260 LSA). En este punto, se aprecia ya una importante diferencia con lo establecido por el Código de comercio. En este último cuerpo legal, la disolución se concibe como

⁴¹ MIOLA ob. y pag. cit.,pág. 1310..

una institución que debe entrar en juego únicamente por voluntad de la propia sociedad anónima manifestada en un acuerdo de la junta genérica (v. art. 168 C. de c.)... La Ley de Sociedades Anónimas no eliminó esta concepción de la disolución; pero amplía su campo de acción. ... se advierten importantes novedades: se incluye expresamente la paralización de los órganos sociales como un supuesto de imposibilidad de realizar el fin social; desaparece el supuesto de pérdida íntegra del capital, por la razón que a continuación expondremos... Al lado de ello, la disolución va a servir también para otras finalidades. En primer lugar, para impedir que una sociedad de capital pueda funcionar cuando la única garantía de los acreedores sociales, constituida por la correspondencia entre capital y patrimonio, se ve seriamente comprometida: si el patrimonio social no alcanza, al menos, la mitad de la cifra del capital social, la sociedad debe desaparecer o poner fin a tal situación (art. 260.1.4º LSA). En segundo lugar –tras la Ley de Reforma y Adaptación– la técnica de la disolución se utiliza también para reprimir la infracción de determinadas normas imperativas consideradas como esenciales para la existencia de la sociedad: la sociedad debe extinguirse si contraviene la norma que prevé la existencia de un capital social mínimo... la disolución adquiere un perfil *sancionador*. Esas consideraciones explican el *carácter imperativo* de las normas sobre disolución...”⁴²

Siguiendo con Emilio Beltrán al referirse a “La imposibilidad manifiesta de realizar el fin social”, nuestra equivalencia de “cumplimiento del objeto social”, expresa “Hipótesis típica de imposibilidad manifiesta de conseguir el fin social es la *infracapitalización material*, es decir, aquel supuesto en que la sociedad carece, en el momento constitutivo o con posterioridad, de los fondos suficientes para el ejercicio de la empresa que constituye el objeto social (sobre el concepto y las clases de infracapitalización, v. C. Paz-Ares, en ADC, 1983, 1588-1595). En efecto, si los fondos sociales son manifiestamente insuficientes para el desarrollo del objeto social y los socios no proceden a su adecuación (v. gr. Aumentando el capital social, eliminando o modificando alguna de las actividades de su objeto) la sociedad se encontrará en una situación de imposibilidad de realizar el fin social (cfr. C. Paz-Ares ob. Cit. 1608, 1611; J.C. Sáenz *El objeto social*, 343; J. Massaguer, en RGD, 1990, 5571).”⁴³

Beltrán señala para las sociedades anónimas españolas “Los efectos de la concurrencia de una causa legítima para la disolución se completan con la imposición a los administradores de la responsabilidad solidaria por las obligaciones sociales cuando incumplan la obligación de convocar junta general o de solicitar, en su caso, la disolución judicial (art. 260.2, 4 y 5 LSA). ... el fundamento último del precepto estriba precisamente en la tutela de los acreedores sociales”⁴⁴. Es interesante el fallo que relata, antes de la nueva legislación correspondiente al Tribunal Supremo del 13 de febrero de 1990, “interpretando generosamente los preceptos legales sobre responsabilidad de los administradores por daños en la gestión, había estimado que éstos eran responsables frente a los acreedores sociales por el hecho de que la sociedad no pagara sus deudas, ya que no habrían tomado precauciones y garantías para respaldar las obligaciones de la misma (v. gr., solicitar la suspensión de pagos o la quiebra)”...”La ley se limita a señalar que la responsabilidad surge cuando los administradores no convoquen la junta en el plazo de dos meses... El segundo presupuesto de la responsabilidad plantea menos problemas, por su más exacta determinación. Si la junta convocada por los administradores, *motu proprio* o a solicitud de algún accionista, no llega a reunirse válidamente o no adopta el acuerdo de disolución, los administradores tienen la obligación de solicitar la disolución judicial en el plazo de dos meses”.

En el Boletín Oficial del 3 de julio de 2010, se publicó la nueva ley de sociedades española en cuyos artículos 360 a 367 se trata esta cuestión, imponiendo la disolución por pérdida o el concurso si fuera la sociedad insolvente, otorgando a los administradores un plazo de dos meses

⁴² BELTRÁN, Emilio “La disolución de la sociedad anónima”, Estudios de Derecho Mercantil, Ed. Civitas, Madrid 1991, págs. 34/5.

⁴³ BELTRÁN “La disolución...” cit. págs. 100/101.

⁴⁴ BELTRÁN “La disolución...” cit. págs. 138/9.

para que los socios adopten la decisión similar de liquidar si no se opta por la capitalización, imponiendo la presentación en concurso en el mismo plazo en caso de no adoptarse esa decisión o en el caso de no reunirse la junta desde esta fecha. La responsabilidad de los administradores se registra sobre ese incumplimiento. O sea que se compatibiliza con la posibilidad de concurso, como forma de proteger a la empresa, pero no a los socios –a nuestro entender-. Debiendo compatibilizarse la forma de actuar de los administradores con el plan de reorganización que pergeñen.

7. Por último extractamos de Nissen⁴⁵ las referencias sobre la sanción a aplicar en el caso que no se proceda ni a liquidar la sociedad ni a reintegrar el capital social: “cuando la sociedad ignora el acaecimiento de la causal disolutoria, la doctrina y la jurisprudencia no es pacífica en cuanto al status de la sociedad”. Nissen sanciona con la “irregularidad” de la sociedad y los efectos patrimoniales sobre los socios, con sólida argumentación (p. 985 y ss.). Nos permitimos ante ello insistir en la responsabilidad de administradores y socios de control, pues la irregularidad en tal supuesto podría generar la responsabilidad de accionistas independientes, solventes, que no tuvieron acceso a la información respectiva. El art. 99 LSA es sin duda la sanción. De todas formas destacamos que tenemos coincidencia en que la omisión de afrontar la causal disolutoria genera responsabilidad.

Y ello podría acaecer, si se ha soslayado anterior tratamiento, cuando se convocare a asamblea para ratificar la presentación en concurso formalizada por los administradores acompañando documentación de la que resulta esa pérdida del capital social.

La continuidad de la actuación de la sociedad sin afrontar la eliminación de las causales de disolución, genera la responsabilidad de administradores, que “puede serle extensiva a los socios si lo consintieron o beneficiaron con ello”⁴⁶. Resulta así la necesidad de que los administradores respondan a la sociedad más que a los accionistas, particularmente ante la crisis, pues deben tutelar el patrimonio para satisfacer a los acreedores y a los demás intereses afectados por el giro empresarial. Seguir contratando con terceros en ese estado significa violar el deber de lealtad. Lo que implica actuar con dolo (art. 931 C.C.).

El rol del capital social, la importancia de actuar tempestivamente para solucionar la crisis desde el derecho societario, ha sido recogida en el “Derecho Concursal Peruano” que en 1999 se integra con la ley “De Fortalecimiento del Sistema de Reestructuración Patrimonial”, y tres normativas configuran la hoy denominada en Perú “Ley General del sistema concursal”, cuyo sistema tiene tres procedimientos: el procedimiento concursal ordinario para obtener un acuerdo de reestructuración o de disolución; el procedimiento concursal preventivo dirigido a la obtención de un acuerdo global de refinanciación, y la quiebra de carácter judicial y liquidativo. El concurso ordinario es de instancia preventiva exclusiva del deudor, con confidencialidad mientras se inicia el trámite y al abrirse con amplio derecho de los acreedores de observación e información. El deudor debe optar al presentarse por la reestructuración patrimonial o la disolución, y el presupuesto objetivo es el grado preciso del deterioro económico: **“pérdidas acumuladas, deducidas las reservas, que superen en un tercio el capital social integrado... acreditado con informe de asesor legal y contador público colegiado y acompañado por un plan de recuperación con una proyección preliminar del que surja un flujo de ingresos por dos años que permitan considerar sustentable en orden a la recuperación. Señala Dasso “La entidad de las pérdidas (mayor al tercio del capital social integrado) tiende parejamente, en primer término a evitar el abuso de una presentación que tiene el efecto de paralizar los derechos individuales de los acreedores, cuando la situación económica es considerada a través de la ecuación legal todavía superable y de otro lado, a descartar el uso de la reestructuración como instrumento**

⁴⁵ NISSEN "LA PERDIDA DEL CAPITAL SOCIAL COMO CAUSAL DE DISOLUCION DE LAS SOCIEDADES COMERCIALES" citada.

⁴⁶ ROITMAN, Horacio y colaboradores *Ley de sociedades comerciales. Anotada y Comentada* Editorial La Ley, Buenos Aires 2006, tomo II pág. 491.

meramente dilatorio cuando el deterioro económico asumirá tal magnitud que, en el caso de pérdidas mayores al tercio del capital la ley considera insuperable para la recuperación. En el otro extremo, cuando las pérdidas adquieren mayor importancia (superiores al total del capital social integrado), cuya medida se reputa ex lege como impeditiva de la recuperación, queda vedada esa vía y al deudor sólo le queda la vía liquidativa. Vale decir que la franja económica de la crisis que habilita al deudor a acogerse al concurso ordinario, conservativo, es el de pérdidas acumuladas no inferiores a la tercera parte del capital social, pero no superiores a su monto total”⁴⁷.

Por eso nos queremos centrar en esa causal de disolución de “pérdida del capital social”⁴⁸, que ha sido motivo de importante análisis en las recientes XVII Jornadas Nacionales de Institutos de Derecho Comercial (La Falda 19 y 20 de agosto de 2010)⁴⁹.

Obviamente que esa “pérdida” debe ser real. Según la versión más conservadora la misma se produce cuando el patrimonio neto acusa pérdidas de tal envergadura que éstas igualan o superan a todos los importes positivos del patrimonio neto (capital, ajuste de capital, reservas, aportes irrevocables –capitalizados, agregamos- etc.)⁵⁰. Una visión más formal llevaría a pensar que la causal se ha generado cuando el pasivo excede al pasivo en una cifra superior al capital social estatutario y no se intentan capitalizar otros importes positivos del patrimonio neto para revertir la pérdida y reconstituir el capital estatutario como cifra de garantía para los terceros y la sociedad.

Consideramos que el análisis de ciertos aspectos vinculados a esa causal son dirimientes para entender el obiter dictum de nuestra Corte en el caso Comercial del Plata sobre que el recurso concursal es el último recurso para solucionar la crisis societaria⁵¹.

Conforme a ello, formalizamos preguntas tendientes a ese esclarecimiento:

1. ¿Cuándo queda reconocida la existencia de esta causal por los administradores y por los socios?

Indubitablemente los primeros cuando preparan el proyecto de balance y por tanto debería contener la Memoria referencias sobre ese aspecto. Los socios cuando aprueban o consideran ese balance, aunque no lo aprobaran. Desde ese momento la causal pasa a ser de indubitable y pleno

⁴⁷ DASSO, Ariel Angel “Derecho Concursal Comparado”, Tomo II, Ed. Legis, Buenos Aires septiembre 2009. Páginas 805 a 1573 más índices temático y alfabético (El comentario al tomo I fue publicado en la Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 240-107 Bibliografía; y en mi libro “Perspectiva del Derecho de la Insolvencia, Ed. Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Córdoba 2010, pág.651). La cita corresponde al régimen concursal peruano como se ha expuesto.

⁴⁸ “Art. 94 LSA. Disolución: causas. La sociedad se disuelve:... 5) Por pérdida del capital social... Art. 96. Pérdida del capital. En el caso de pérdida del capital social, la disolución no se produce si los socios acuerdan su reintegro total o parcial del mismo o su aumento. Art. 99. Administradores: facultades y deberes. Los administradores, con posterioridad al vencimiento del plazo de duración de la sociedad o al acuerdo de disolución o a la declaración de haberse comprobado alguna de las causales de disolución, sólo pueden atender los asuntos urgentes y deberán adoptar las medidas necesarias para iniciar la liquidación. Responsabilidad. Cualquier operación ajena a esos fines los hace responsables ilimitada y solidariamente respecto de los terceros y los socios, sin perjuicio de la responsabilidad de éstos”

⁴⁹ “Las crisis de las sociedades y como abordarlas”, Ed. Fespresa, Córdoba, agosto 2010, págs.183, 185, 393, 427, 461, 465,581.

⁵⁰ FUSHIMI, Jorge Fernando *Sobre el reintegro del capital en las sociedades anónimas*, en libro referido en nota anterior pág. 427, específicamente 428. NISSEN, Ricardo A. “La pérdida del capital social como causal de disolución de las sociedades comerciales, Ed. Ad Hoc, Bs. As., quien transcribió parte de la Resolución 055 de la Inspección General de Justicia de fecha 14.1.2002 en “Duque Seguridad S.A. “Antes de hacer el cálculo para constatar la existencia de la causal disolutoria consistente en la pérdida del capital social, hay que revalorizar el patrimonio social, computar sólo el pasivo hacia terceros y luego absorber las pérdidas en término con las reservas y sólo después proyectar su remanente sobre el capital social. Además debe tratarse de una pérdida definitiva y no meramente circunstancial”. Agregamos que esas operaciones deben ser serias, reflejarse en la reunión donde se descartó la obligatoriedad del reintegro o el aumento de capital social para poder continuar las operaciones, y que quedará cuestionada si posteriormente la sociedad se concursa o quiebra.

⁵¹ Nto. *DESJUDICIALIZACIÓN DE LOS CONCURSOS: UN “OBITER DICTUM” DE LA CORTE*, en Zeus Córdoba n° 376, año VIII, 23 de febrero de 2010, tomo 16, pág. 85/90, y en Editorial Zeus Revista n° 11, tomo 113, Rosario 13 de julio de 2010, pág. 561.

conocimiento imponiendo las conductas previstas por la ley. ¿Ante esa constatación debe cesar la actividad normal y proceder a la liquidación?

Sin dudar no. Aún en la causal de vencimiento del plazo los socios pueden decidir la continuación. En el caso de la causal de pérdida del capital social la liquidación puede ser evitada por el reintegro del capital social o la capitalización.

Atento la norma del art. 96 la causal de disolución puede enervarse y, en tal sentido, Ricardo Nissen sostiene que la reversión debe producirse dentro de los 60 días por aplicación analógica de lo previsto respecto a la causal de cancelación de oferta pública (inc. 9º art. 94). La reacción debería ser inmediata a la constatación documentada en la aprobación del balance.

Fourcade apunta que la sociedad puede continuar operando pese a la pérdida del capital social, porque puede apreciarse revertirla con las operaciones en curso. Ello además de deber expresarse en la primer Memoria –conforme el tipo social- deja en claro el riesgo de responsabilidad de administradores y socios por las nuevas operaciones conforme el art. 99 LS.

2. ¿Cuál es el monto de la reintegración del capital social: el monto original u otro monto?

El monto que requiera la situación patrimonial y no meramente la cifra nominal del capital original, pues la pérdida que registrara el balance podría ser muy superior al mismo. El desembolso por reintegro debe ser tal que permita equiparar el activo con el pasivo y recomponer la cifra del capital social. La decisión de reintegro adoptada en el caso de sociedad anónima por asamblea extraordinaria con mayorías agravadas, impone a todos los socios la obligación –salvo ejercicio del derecho de recesso sin valor económico evidentemente, pero que evita la obligación de reintegrar-. Fushimi entiende “que de ninguna manera el reintegro del capital puede ser obligatorio para los accionistas”⁵². Nos hemos pronunciado por la obligatoriedad por devenir de una resolución social válida, en orden a una solución impuesta por la ley para evitar la liquidación, posición que ha sido compartida⁵³.

3. ¿Si no se reintegra como capitalizar la sociedad para evitar la liquidación?

Debe aumentarse el capital social en monto suficiente para encubrir el pasivo y no quedar nuevamente en supuestos de reducción obligatoria del capital social previstos en el art. 206 LSA. Por eso es más factible la capitalización de pasivo.

Se sostiene que se trata de aumentos que implican el patrimonio neto y que se producen cuando los socios o terceros realizan aportes genuinos a la sociedad⁵⁴. La legislación societaria prevé expresamente la capitalización de pasivos en el art. 197.2 LSA, como supuesto claro para este caso; suspendiendo el derecho de suscripción preferente. Esta suspensión sólo es inteligible por la urgencia en generar esa capitalización y remover la causal de disolución, pero es incongruente con la postura de socios –aún minoritarios- que ejercieran en el mismo acto el derecho de suscripción preferente y anticiparan el deseo de acrecer –lo que podrían ejercer sin afectar derechos de los demás socios a hacerlo posteriormente- adoptando la posición que hemos dado en llamar la de “suscriptor e integrador provisional”.

El aumento de capital dirigido originariamente a socios o terceros podría imponer una prima de emisión destinada a satisfacer los derechos de los socios originarios en cuanto al valor del negocio –conforme al plan que se explicita para lograr tales aportaciones-.

⁵² Trabajo citado pág. 435.

⁵³ HAGGI, Graciela A. *El reintegro del capital social* en AAVV dirección Laura Filippi y Maria Laura Juarez “Derechos patrimoniales. Estudios en homenaje del profesor Emérito Dr. Efraín Hugo Richard”, Ed. Ad Hoc, Buenos Aires 2001, pág. 193. NISSEN, Ricardo A. “La pérdida del capital social...” cit. pág. 77/78. Van Thienen, Pablo A. *Pérdida total del capital social: ¿Reintegro, aumento u operación bandoneón* en Revista de las Sociedades y Concursos n1 27 marzo abril 2004, pág. 81; NORTE SABINO, Osvaldo J. *Reintegro del capital social* en Impuestos XLI A p. 495.

⁵⁴ FOURCADE, Antonio “Sociedades comerciales. Parte especial”, Ed. Advocatus, Córdoba 2001, pág. 114. FUSHIMI ob. cit. pág. 430.

4. ¿Si no tratándose la causal una vez acreditada, continuando el giro normal de los negocios, y se ratificara la presentación en concurso surge alguna responsabilidad?

Constatada la causal y no tratada ni revertida, los administradores asumen responsabilidad. La misma presentación de balances anteriores donde conste la pérdida del capital social y haber puesto a consideración de los socios el reintegro o aumento, pretendiendo la solución concursal, genera esa responsabilidad por las operaciones posteriores. Los socios al ratificarla sin haber asumido previamente las conductas previstas en la ley de sociedades parecería que también han asumido esa responsabilidad..

5. ¿En el caso anterior se aplica el art. 99 LS para las deudas postconcursoales?

No aparece en nuestro derecho una opción para los administradores, como en España⁵⁵, y los socios al aceptar la continuación del giro social sin asumir ni el reintegro del capital social ni su aumento, quizá en búsqueda de que el problema sea asumido por los acreedores a través de quitas y esperas, deberán afrontar la responsabilidad del art. 99 LSA para el caso de una ulterior quiebra.

6. ¿En caso de homologación de acuerdo habiéndose constatado por el Síndico en el informe general la existencia de la causal largo tiempo antes de la presentación declarada en los mismos balances aprobados, se mantiene la responsabilidad del art. 99 LSA?

No parece que el efecto novatorio que genera la homologación de un acuerdo concursal alcance a la responsabilidad de administradores y/o socios⁵⁶.

7. ¿Los aportes a cuenta de futuros aumentos son suficientes para superar la causal de disolución?

Sí, en cuanto dentro de los procedimientos previstos por el art. 96 LSA se produzca efectivamente la capitalización de los mismos. Pero la mera aportación sujeta a condición no es suficiente.

Resulta sugestiva las previsiones en leyes concursales, tales como México, Colombia y Perú, como así también las sanciones por falta de activo, y la imposibilidad de homologar un acuerdo entendiendo que el mismo no es abusivo, pese a ser ínfimo lo que se ofrece pagar, por supuesta liquidación ruinosa –sin advertir que ello desataría acciones de responsabilidad, incluso de inoponibilidad pues habría habido un uso antifuncional de la sociedad-.

⁵⁵ Cuya nueva ley publicada el 3 de julio de 2010, prevé en el art. 367 la responsabilidad de administradores que no convocaran a asamblea o, en su caso no presentaran en concurso a la sociedad en el término de 60 días de constatada la causal de disolución.

⁵⁶En orden a la responsabilidad por el art. 99 LSA, la jurisprudencia en el caso "Trottar S.A. c/Peugeot Citroen Argentina S.A. s/ ordinario s/ incidente (de extensión de responsabilidad por las costas)" – CNCOM – 30/06/2010 "...Esta Sala no comparte la decisión del Juez a quo de calificar de "subsidiaria" la responsabilidad derivada del art. 94 inc. 8° de la ley de Sociedades pues la aludida norma sólo la califica de "solidaria e ilimitada". "Ante la inexistencia de la pluralidad requerida por la ley, el socio y administrador debió proceder ajustándose a los estatutos del art. 99 LS. y la expresa omisión de tales pautas, no puede beneficiarlo. Por lo expuesto, y si bien la responsabilidad que aquí se declara coincide con aquélla decidida al admitir el primero de los agravios, corresponde declarar también incurso en las responsabilidades derivadas del art. 99 de la ley societaria al director del ente." elDial.com, 12/08/10