

LA PÉRDIDA DEL CAPITAL SOCIAL COMO CAUSAL DE DISOLUCIÓN¹

Efraín Hugo RICHARD

Subtema 1:

Las nuevas bases del derecho societario: “Derecho societario dispositivo o imperativo. Límites a la autonomía de la voluntad”.

Palabras claves: DISOLUCION – CAPITAL SOCIAL – PERDIDA – CAPITALIZACIÓN – RESPONSABILIDAD

Normas de referencia: 94.5, 96 y 99 LSC.

1. La causal de disolución por pérdida del capital social constituye parte de las disposiciones imperativas de la ley 19550 (LSC) en protección de terceros. Si bien removible su constatación dispara acciones de responsabilidad contra administradores y socios.

La autonomía de la voluntad permite la continuidad del giro de la sociedad, evitando iniciar la etapa de liquidación pese a la pérdida del capital social, pero esa decisión (o actitud) no altera la referida responsabilidad de no haberse cumplido las previsiones imperativas del art. 96 LSC (reintegrar el capital o capitalizar la sociedad).

2. Resultando de un balance aprobado en la asamblea o decisión de socios la pérdida del capital estatutario, ha quedado constatada la causal de disolución prevista en el art. 94 ap. 5° ley 19550 (LS) y administradores y socios deben actuar en consecuencia para no asumir responsabilidad.

Esa acción debe ser convocar a los socios para reintegrar ese capital, capitalizar o liquidar la sociedad –marco de la autonomía de la voluntad-, resguardando a los terceros acreedores, cubiertos por el patrimonio social, pues la causal de disolución se produce ante el patrimonio neto neutro, o sea que cubre contablemente el pasivo social.

I. La pérdida del capital social como causal de disolución. Su constatación.

¿Qué ante la pérdida del capital social de una sociedad? Que en nuestro país debe alcanzar el 100% de la cifra estatutaria –en otras legislaciones con mucho menos se genera la causal para proteger los derechos de terceros acreedores²-.

La primera cuestión que se formula es cuando se acredita la pérdida del capital social.

Al margen de la posibilidad de cuestionamientos por socios o terceros, ello produce efectos de responsabilidad cuando los administradores preparan y presentan la documentación contable a consideración de la asamblea, resultando de la misma un patrimonio neto neutro o negativo-, y

¹ Publicado en *El Derecho Societario y la Empresa en el Tercer Milenio, XII CONGRESO ARGENTINO DE DERECHO SOCIETARIO, VIII CONGRESO IBEROAMERICANO DE DERECHO SOCIETARIO Y DE LA EMPRESA, 25 al 27 de septiembre de 2013, Ed. Universidad Argentina de la Empresa y Cámara de Sociedades Anónimas, tomo III pág. 439.*

² La ley 16060 de sociedades de Uruguay, en Art. 159.6 prescribe que haber perdido tres cuartas partes del capital integrado es causal de disolución, el art. 160 permite el reintegro para evitar la liquidación, y el art. 164 los hace responsables solidariamente a los administradores en caso de continuación del giro –sin perjuicio de la responsabilidad de los socios art. 39-, cfme. nto. “¡MÁS JUSTICIA Y MENOS JUICIOS! CONSERVACIÓN DE LA EMPRESA Y PRECONCURSALIDAD SOCIETARIA” en Revista de Derecho Comercial, del Consumidor y de la Empresa (DCCyE, Editorial La Ley) Año IV, Número 1, Febrero 2013, pág. 3.

cristaliza con la aprobación del balance por la Asamblea³, como una declaración unilateral de verdad, un acto propio de la sociedad que excluye toda otra consideración. En efecto, la situación se revela claramente a través de los balances de ejercicio, incluso en muchos casos no realizados en moneda ajustada, que lleva a constatar a los administradores primero, pero también inmediatamente a los socios, la existencia de una causal de disolución que impone reacciones.

Obviamente que el balance no representa adecuadamente el valor del patrimonio social, pero son los socios –guiados por los administradores- los que deben evaluar los riesgos de continuar el giro sin capitalizar la sociedad ante la constatación en el balance de patrimonio neutro o negativo.

Reafirmamos nuestra posición que así como en general las resoluciones assemblearias constituyen una “declaración de voluntad”, la aprobación de los estados contables y del balance se corresponden a una “declaración de verdad”, por lo que constatado en cualquier tiempo –sin plazos de caducidad- se determinara la falsedad de algún dato contenido, el balance puede ser revisado⁴.

Lo concreto es que, ante la función de garantía del capital social, la rendición de cuentas anual o informe del estado patrimonial de la sociedad, como declaración unilateral de verdad de la propia sociedad, determina la existencia de la causal de disolución (art. 94. 5 LSC).

1. ¿Cómo opera esta causal?

Con referencia a ello recurrimos a Nissen para el análisis de esta cuestión, en su *Ley de sociedades comerciales. 19.550 y modificatorias. Comentada, anotada y concordada*⁵, en el primero de los tres tomos donde dedica páginas a este supuesto a partir del análisis de los arts. 94 inc. 5º, 96 y 99. 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 de la cuestión en su conexión con el concurso y responsabilidad de administradores y socios. Expresa “... b) Dicha causal disolutiva no se produce ipso jure, esto es, 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... dejo 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 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 revalúo 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

³ “El balance anual de las sociedades. Constataciones y efectos” con Jorge Fernando Fushimi, en *Aspectos Contables, Impositivos y Previsionales en las Sociedades y los Concursos*, publicación del Instituto Argentino de Derecho Comercial año 2013, Ed. Legis, Buenos Aires 2013 pág. 101.

⁴ Nto. “MISCELÁNEA JUDICIAL DE DERECHO SOCIETARIO (DE ASAMBLEAS, SOCIEDADES DE HECHO, Y ALGO MÁS)” en *Revista de las Sociedades y Concursos*, Ed. FIDAS y LEGIS, Buenos Aires 2013, año 14 – 2013 – 2 págs. 143 a 202.

⁵ 3ª edición actualizada y ampliada, Ed. Astrea, Buenos Aires 2010, que hemos comentado.

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 algunas apostillas. La doctrina ha analizado la división de esas causales entre aquellas que operan de pleno derecho y las otras. Vivante⁶ entiende a la pérdida del capital social como de las que operan de pleno derecho “la disolución anticipada debe proponerse antes a las deliberaciones de la Asamblea... Por ello, exceptuados los tres casos en que la disolución tiene lugar por derecho: por el transcurso del término, por el cumplimiento del objeto (art. 190) y por la pérdida del capital (art. 146), la disolución no tiene lugar más que por acuerdo de la asamblea”.

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 sostenido⁷. 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 por el incumplimiento de normas imperativas de la ley específica⁸.

No hay duda que la pérdida del capital social cuando se formaliza o debió formalizarse el balance con tal revelación aparece como de inmediata constatación e impone la convocatoria a los socios. Inmediatamente genera responsabilidad, y se difiere la etapa de liquidación (on, sujeta a la condición resolutoria prevista en el art. 96 LSC (“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”)..

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 quitas⁹ y esperas en un proceso concursal. La responsabilidad del art. 99 LSA es de plena aplicación ante el daño a acreedores insolutos.

Aún en la causal de vencimiento del término la sociedad podría seguir operando¹⁰ –otro tema es la responsabilidad si ello generara daño-. Se apunta¹¹ 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

⁶ VIVANTE, César *Tratado de Derecho Mercantil*. Versión española de la quinta edición italiana corregida, aumentada y reimpressa. Volumen II, Las Sociedades Mercantiles, pág. 483/5. Editorial Reus, Madrid, 1932.

⁷ RICHARD, E.H. y MUIÑO O.M. *Derecho Societario*, 2ª edición ampliada y actualizada, Ed. Astrea, Bs. As. 2007, pág. 365 y ss..

⁸ Nto. “DISOLUCION POR PÉRDIDA DEL CAPITAL SOCIAL Y CONCURSO”, en *Anales de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba*, Año Académico 2010, pág. 37. Ed. Academia, Córdoba 2011.

⁹ “El balance y la quita en su tratamiento contable y fiscal (con algunos aspectos periféricos” con Jorge Fernando Fushimi, en *Aspectos Contables, Impositivos y Previsionales en las Sociedades y los Concursos*, publicación del Instituto Argentino de Derecho Comercial año 2013, Ed. Legis, Buenos Aires 2013 pág.153.

¹⁰ En algunos casos, y particularmente desde los organismos administrativos de control, se ha querido ver en la constatación de la pérdida del capital social una suerte de lápida, que una vez constatada sólo podía levantarse a través del mecanismo previsto en el art. 96 LS.

¹¹ FOURCADE, Antonio *Sociedades comerciales. Parte especial*, Ed. Advocatus, Córdoba 2001, pág. 114.

LS (“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 deben adoptar las medidas necesarias para iniciar la liquidación. Responsabilidad. Cualquier operación ajena a esos fines los hace responsables ilimitada y solidariamente respecto a los terceros y los socios, sin perjuicio de la responsabilidad de éstos*”).

2. Sea que se sostenga que no se produce la disolución al constatarse en el balance la pérdida del capital, o se acepte tal criterio, ocurren dos efectos:

- a. La responsabilidad de administradores y de los socios que consientan la continuidad se genera por los daños que puedan producirse.
- b. La liquidación no se inicia de oficio, sea porque los socios la consideren reversible o transitoria, sea que difieran la toma de decisión a una futura asamblea. Pero siempre con el efecto de la responsabilidad.

3. Advertida la situación de crisis, imposible de soslayar por un administrador societario –buen hombre de negocios–, debe con diligencia actuar para paliarla –planificando¹²–, llevando la cuestión a conocimiento y decisión de los socios, quiénes deben afrontar la cuestión por los diversos medios que prevé la legislación societaria de todos los países: reintegración o aumento del capital social, reorganización societaria o del negocio, capitalización del pasivo o disolución de la persona jurídica. Este es el verdadero sistema de prevención de la insolvencia en el caso de sociedades.

Aparece esa actividad diligente y leal de los administradores como indispensable para que los socios puedan decidir la conveniencia de reintegrar el capital social, o invitar a capitalizar o disponer la liquidación para evitar males mayores.

Conlleva a traer de nuevo a cuento el tema del PLAN DE EMPRESA –o de negocios, o de reorganización, como quiera llamárselo– con cuya consideración rendimos homenaje a Pedro J. Frías¹³, un constante requirente para la sociedad política y empresaria de administradores estratégicos. Volvimos sobre ello ya con el apoyo de Junyent y Muño¹⁴, y recalamos la cuestión que Alberti¹⁵ señala “Expresó nuestro autor, amigo y homenajeado, que la carencia de ese *plan* provoca fatalmente la inoperancia de los esfuerzos aplicados a la concreción del acuerdo preventivo extrajudicial, como puede ser visto en su *Efectos societarios de la insolvencia*, publicado en *Anales XXVI* (1987) 161, de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba”. Continúa el prestigioso jurista: “El exigir a los insolventes una concisa exposición de su programa de modificación de la situación empresaria precedente al concursamiento, mediante un plan de aquello por poner en práctica para corregir la pérdida que ha causado los incumplimientos de los pagos, saneará el concurso preventivo de su actual empleo como artificio procedimental destinado simplemente a diferir una fatal liquidación.”.

El art. 66 LSA manda cumplir a los administradores con la obligación de “informar en la memoria sobre el estado de la sociedad”. La Memoria importa una obligación de los administradores para que “los accionistas de informen adecuadamente no sólo de lo acaecido sino también de lo proyectado por la administración de la sociedad (art. 66 LSA); mediante el uso de esa información, el socio se debe encontrar en condiciones de determinar la congruencia de lo actuado y lo proyectado para la consecución del objeto social, y determinar la posibilidad de acciones de responsabilidad (art.

¹² Ntos. *Insolvencia societaria*, Ed. Lexis Nexis, Buenos Aires 2007; “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.

¹³ En *Estudios en honor de Pedro J. Frías*, editado por la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, 1994, nto. trabajo en el tomo III p. 1187 “El plan de empresa, Ética y responsabilidad del empresario”.

¹⁴ “Salvataje de la empresa: ¿Una postulación sin respuesta en la ley concursal?” con Francisco Junyent Bas y Orlando Manuel Muño, en RDCO año 30 1997 pág-525 y ss., ya citado.

¹⁵ ALBERTI, Marcelo Edgardo “Una contribución de Efraín Hugo Richard al derecho concursal: el plan de empresa como recaudo del concurso preventivo” en *DERECHOS PATRIMONIALES Estudios en Homenaje al Profesor Emérito Dr. Efraín Hugo Richard*, Ed. Ad Hoc, Buenos Aires 2001, tomo II pág. 949.

59 LSA) o de impugnación (art. 251 LSA), permitiendo después juzgar si lo actuado fue en cumplimiento de lo comprometido en la memoria, ya que en virtud del principio de veracidad de ella, el apartamiento del camino comprometido permitirá una mejor apreciación sobre el ejercicio de acciones de responsabilidad por mal desempeño del cargo (art. 274 LSA)"¹⁶.

La omisión de la Memoria implica una violación de la ley de sociedades en su art. 234 inc.1º, por cuanto comporta una falta de integración de la documentación contable obligatoria, explícitamente mencionada en la norma, por lo que "ni la votación unánime aprobando el resto de la documentación, puede purgar el vicio, resultado impugnado desde la convocatoria a la reunión de socios... no pudiendo descomponerse en partes cumplidas e incumplidas, ni es facultad de los administradores el ejercicio de tales opciones, pues se trata de un complejo informativo necesariamente integrado"¹⁷.

“¿Para qué perder tiempo si no hay viabilidad económica? El diagnóstico previo fue la savia vivificante del sistema procesal francés que le permitió decir que los procesos llevaban a la solución de los concursos. – La separación del hombre de la empresa, sin que la empresa tuviera que acarrear los errores y las inconductas de sus dirigentes. Si había inconducta de los dirigentes y la empresa era viable, ¿por qué liquidar una empresa por la inconducta de los directivos?”¹⁸.

No hay duda que señalada la pérdida del capital social en el balance puesto a consideración de la Asamblea, la Memoria debe hacer alguna referencia conforme el deber de diligencia indicado. La existencia de aportes irrevocables no palia la situación sino se vincula a la toma de una decisión para su capitalización.

4. La remediación. Art. 96. Las modalidades de la capitalización.

La causal de disolución puede enervarse –el art. 96 LSA fija las condiciones- 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 LSA). Pero la reacción debería ser inmediata a la constatación documentada en la aprobación del balance.

Ante la negativa o imposibilidad de los accionistas –probablemente por un plan poco convincente- y no deseando liquidar la sociedad, se abre la solución de invitar a terceros a capitalizar o la del art. 197 LSA capitalizando el pasivo, y en ciertos casos traspasar la sociedad a los acreedores, o su control.

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. Adviértase los sistemas que en situaciones semejantes autorizan a los administradores a emitir acciones sin autorización de los socios¹⁹.

De no reintegrar el capital los socios o asumiendo el aumento de capital por ellos y/o terceros, para que el balance restituya la cifra del capital social, debe tenerse por no resuelta la causal de disolución y asumir la liquidación con el menor costo posible, para que los acreedores perciban sus acreencias.

Si hay “recomposición” o reintegración del capital social o su aumento (art. 96 LSC) desaparece todo problema aunque hubiera alguna demora, pues ningún daño se ha generado manteniéndose la garantía de los acreedores²⁰.

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

¹⁶ Nto. *Derecho Societario* con Orlando Muiño, pág. 274, Editorial Astrea, Buenos Aires 1997, donde remitimos a nto. “El buen hombre de negocios y el plan de empresa” en *Doctrina Societaria y Concursal Errepar*, abril 93 t. V p. 337 y ss..

¹⁷ CARLINO, Bernardo “Genética del plan de negocios (más sobre la contribución de E.H.Richard)” en Abeledo Perrot, Newsletter 20 de marzo de 2009, sección Doctrina, pág. 31.

¹⁸ PALMERO, Juan Carlos “Nuevo enfoque para empresas en crisis. Modificaciones destacables en relación a la ley 19.551. Apreciación metodológica inicial. Como entender el nuevo régimen concursal” en *Nueva legislación concursal y la participación del profesional en Ciencias Económicas. Jornadas de actualización*, Ed. Advocatus Córdoba noviembre 1995, pág. 17.

¹⁹ MIOLA, Massimo *Il sistema del capitale sociale e le prospettive di riforma nel diritto europeo delle società di capitali* en *Rivista delle Società*, anno 50, 2005, Editor A. Giuffrè – Milano, noviembredicembre 2005, fascículo 6º p. 1199..

²⁰ El tema de las modalidades de reintegrar el capital social o capitalizar la sociedad por socios, terceros o acreedores no es tema de esta comunicación, aunque lo hemos asumido.

afectados por quitas y esperas en un proceso concursal. La responsabilidad del art. 99 LSA es de plena aplicación ante el daño a acreedores insolutos.

El incumplimiento a las previsiones imperativas de los arts. 96 y 99 LSC no pueden ser paliadas por un concurso donde se intente transferir –e incluso se haya conseguido transferirlo mediante un acuerdo- el problema a los acreedores mediante una quita²¹, configurando un abuso de derecho y un fraude a la ley²².

5. La cuestión tiene particular importancia en sociedades en que participa el Estado o para aquellas que reciben subsidios del Estado para paliar sus pérdidas. Si el balance registra patrimonio neto neutro o negativo se dispara responsabilidad para todos los administradores –e incluso síndicos- sean o no designados por el Estado, pues la norma del art. 99 LSC alcanza a todos ellos, que responden en forma solidaria. Y si el Estado participa en alguna asamblea donde resulta conocer y aceptar que no se haya practicado la capitalización o liquidación asumirá responsabilidad junto a los demás accionistas que así actúen. Y esta responsabilidad no cesará ante una presentación en concurso. Es más diríamos que en ese momento, ante la insolvencia de la sociedad se plasma esa responsabilidad en consecuencia de la función de garantía que representa la cifra estatutaria del capital social, y las disposiciones imperativas que hemos referido.

²¹ Nto. “El balance y la quita en su tratamiento contable y fiscal (con algunos aspectos periféricos” con Jorge Fernando Fushimi, en *Aspectos Contables, Impositivos y Previsionales en las Sociedades y los Concursos*, publicación del Instituto Argentino de Derecho Comercial año 2013, Ed. Legis, Buenos Aires 2013 pág.153; y nto. “¡MÁS JUSTICIA Y MENOS JUICIOS! CONSERVACIÓN DE LA EMPRESA Y PRECONCURSALIDAD SOCIETARIA” citado pág. 3.

²² Nto. “Sobre el título preliminar del Proyecto de Código Civil y Comercial” en *El Derecho*, Buenos Aires, viernes 5 de abril de 2013