

“NOTAS EN TORNO A LA PRECONCURSALIDAD SOCIETARIA: UN ESTUDIO COMPARADO”

Efraín Hugo RICHARD¹

Publicado en Revista de Derecho concursal y Paraconcursal, Editorial La Ley. RPC 20/2014, Reseña Legislativa española y comparada. Madrid 2014, págs.. 423 a 446.

Abstract: Corporate financial crises cannot be resolved under Bankruptcy Law, particularly since they are provided for under the regulations of corporate legislation, which act as a pre-bankruptcy system, rendering bankruptcy legislation a marginal remedy. Other laws offers similar but improved solutions to those under Argentine law. Loss of share capital is a cause of corporate bankruptcy; when unattended, this responsibility is borne by management and sets the stage for debt reductions and moratoriums in bankruptcy agreements that could be deemed abusive and fraudulent.

No puede pretenderse que las crisis económico patrimoniales de las sociedades sean resueltas por el Derecho Concursal, particularmente por ser prevenidas por normas imperativas de la legislación societaria. Estas actúan como sistema preconcursal, dejando a la legislación concursal como un remedio marginal. Esta visión, a través de la legislación argentina se corresponde a las similares, a partir de las normas contenidas en el derecho comparado. La pérdida del capital social es una causal de disolución de la sociedad, que no atendida genera responsabilidad de administradores y condiciona quitas en acuerdos concursales que cabría tachar de abusivas y en fraude a la ley.

La distinguida colega Juana Pulgar Esquerria nos ha solicitado un artículo para la Revista que tan dignamente dirige, e inspirados en su magnífico último libro², nos motiva a hacerlo sobre la “preconcursalidad societaria”, pero haciéndolo desde otro ángulo: las previsiones imperativas contenidas casi uniformemente por las leyes societarias.

Fuimos iluminados en la recorrida fascinante por las páginas del último libro de Juana Pulgar, que no recalca en los sistemas preconcursales societarios internos dado que la obra "Preconcursalidad y acuerdos de refinanciación" que se comenta no constituye un libro sobre la prevención de las crisis societarias, tema del que la autora ya se ocupó en "El concurso de sociedades en el Derecho europeo" monografía colectiva 1/2004 asociada a la Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal que edita La Ley, sino sobre un momento en que la crisis económica del deudor ya se ha manifestado, analizándose las soluciones amistosas que las partes pueden alcanzar para la "composición de la crisis económica" en el marco de la autonomía de la voluntad (ex art. 1255 Cc).

Elegimos como punto de partida el derecho argentino no sólo por su conocimiento y práctica directa, sino por las especiales prácticas concursales que aceptan quitas y esperas confiscatorias de los créditos verificados, si es que pasaron la barrera del reconocimiento judicial, con particularidades que pueden sorprender.

Es advertible que existe una tendencia a simplificar el tratamiento del “proceso concursal” sin distinguir –salvo en aspectos muy puntuales como veremos- entre

¹ Trabajo en homenaje al Catedrático Emilio BELTRÁN SANCHEZ. El A. es Profesor Emérito de la Universidad Nacional de Córdoba (República Argentina). Su pensamiento puede verse en la página de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba www.acaderc.org.ar

² PULGAR EZQUERRA, Juana *PRECONCURSALIDAD y ACUERDOS DE REFINANCIACIÓN. Adaptado a la ley 38/2011 del 10 de octubre, de reforma de la Ley Concursal*, Ed. LA LEY grupo Wolters Kluwer, Madrid julio 2012. 651 páginas.

empresario individual o social. Ello deviene en que el régimen de bancarrotas nace y se desarrolla en torno a la persona humana, incorporándose con posterioridad las figuras organizativas personificadas.

Con estas aclaraciones pongamos manos a la obra.

I - LA CRISIS ECONÓMICO-PATRIMONIAL DE LAS SOCIEDADES.

1. Edgar Baracat jurista y ministro de una cámara de apelaciones en lo civil y comercial de la Ciudad de Rosario, ha tenido a bien señalar la existencia de dos escuelas en aspectos de las crisis y su abordaje por el derecho concursal en la República Argentina, una clásica integrada por Ariel Dasso y una importantísima nómina de destacados juristas, y la otra en ciernes compartida por un selecto núcleo de distinguidos colegas.

2. Alguno de los integrantes de la primera, Miguel E. Rubin tuvo a bien calificar la posición mantenida por la segunda expresión como de “capitalismo de reposición”, a lo que supimos contestar poniendo frente a frente ese “capitalismo” con el que llamamos “capitalismo donatario”³.

Con esto anticipamos que las soluciones –en el caso de sociedades- deben ser “societarias”, excluyendo particularmente las quitas como abusivas.

3. En general coincidimos en referirnos a la “infracapitalización” de las sociedades –o infrapatrimonialización material por oposición a la meramente formal-, generando apostillas sobre responsabilidades y riesgos de una zona gris muchas veces de difícil conceptualización, permitiendo en general discurrir dogmáticamente sin consecuencias efectivamente prácticas para paliar los daños expansivos que genera en el mercado una sociedad en crisis. Dentro de ello se suele hablar de los test de insolvencia y de las “red flags”. Preferimos ahora, sin abandonar esos estudios, referirnos a una clara línea roja determinada por la pérdida del capital social⁴ que impone conductas y genera efectos, con bastante identidad en el derecho comparado.

II – LAS NORMAS PREVENTIVAS DEL DERECHO SOCIETARIO.

Centramos así el análisis de las prevenciones formalizadas en el derecho societario, en aquellas referidas a la pérdida total del capital social como causal de disolución en caso de no procederse a su superación conforme imperativos normativos.

Es importante recurrir a las enseñanzas del distinguido jurista Ariel Angel Dasso, típico representante de la escuela concursalista que aboga por aceptar la imposición de cualquier porcentaje de quitas o períodos de esperas, incluso cuando se consideraren confiscatorias, particularmente cuando se entendiera que la liquidación daría un resultado menor⁵.

En materia concursal, en la jurisprudencia y doctrina argentina, se acepta que la deudora no tenga ni presente ningún plan para superar la crisis⁶, ni en la obligación de actuar tempestivamente al aparecer una dificultad o crisis, ni que se haya dotado adecuadamente el

1 RUBIN, Miguel Eduardo “La infracapitalización “argentinizada”: la utopía de la responsabilidad total y del capitalismo de reposición” y nuestra respuesta” SOBRE EL PATRIMONIO SOCIAL: ¿CAPITALISMO DE REPOSICIÓN O DONATARIO?”, en Revista del Derecho Comercial del Consumidor y de la Empresa, Ed. La Ley, Buenos Aires, año II n° 5 Octubre de 2011, pág. 151 y ss., respondiendo al artículo de Miguel Rubin publicado en el número anterior.

⁴ Como lo hemos venido haciendo, particularmente en nuestro “MAS JUSTICIA Y MENOS JUICIOS” en Publicado en edición N° 1 (febrero 2013) de la Revista de Derecho Comercial del Consumidor y de la Empresa (DCCyE, Editorial La Ley).

⁵ Lo que hemos calificado como posible en el caso de concurso de personas individuales pero ajenas a una crisis societaria por las acciones de responsabilidad que automáticamente se habrían engendrado

⁶ Ntos. “Integración de propuesta de acuerdo (en concurso preventivo de sociedad)” en Doctrina Societaria y Concursal, Noviembre 2008, pág. 1081; “¿Abusos en el proceso concursal?” en La Ley 24 de diciembre de 2008; “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.

patrimonio de la sociedad genéticamente⁷ ni intentado hacerlo cuando se publicitó inexorablemente su pérdida⁸.

Se niega la realidad, todo emprendedor tiene un plan, y lo reprochable es que lo oculte, quizá para que no se adviertan actos censurables o ilegales para que la crisis, la insolvencia, la asuman acreedores, transformando la crisis en un gran negocio para los socios o accionistas⁹.

Lo explicita con claridad Bernardo Carlino¹⁰, alejándolo de la crisis: “Origen del plan de negocios: la etapa pre contractual. Adhiriendo al enfoque societarista de la prevención de la crisis económica de la empresa, que postula sin descanso hace más de una década Efraín H. Richard¹¹, no caben dudas que la ley de sociedades provee y prevé mecanismos suficientes para conjurarla exitosamente”.

1. Desde hace muchos años sosteníamos que la conservación de la empresa se tutelaba en nuestro país en forma inmediata por la legislación societaria y en forma mediata por la legislación concursal¹².

La preconcursalidad es hoy abordada por los especialistas, como forma de paliar la ineficiencia de la legislación concursal, con métodos más inmediatos y de menores costes económicos y sociales¹³. Pero esos especialistas en el derecho concursal suelen no abordar la preconcursalidad prevista en las legislaciones societarias.

Es importante diferenciar esa preconcursalidad en una organización empresarial bajo forma de sociedad, de la asumida por una persona humana con su único patrimonio¹⁴.

El bien jurídico tutelado por la legislación concursal es la eliminación del estado de cesación de pagos de un patrimonio¹⁵. Pero la legislación societaria, con la autonomía de la voluntad para crear personas jurídicas societarias, impone un valladar a que ese ente personificado se vuelva dañoso. También por la legislación toda, para evitar el incumplimiento y mantener la funcionalidad específicamente de las personas jurídicas sanas, en orden a los diversos intereses en juego que confluyen en el mercado.

Los concursualistas abogan hoy por ese sistema preventivo desde el sistema concursal¹⁶, para actuar más rápidamente con menores costes. Pero paradójicamente se

⁷ Nto. “El capital social y la responsabilidad limitada” en *Estudios Jurídicos* publicación de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica de Uruguay, n° 3 – 2007-, República Oriental del Uruguay, págs. 163/202.

⁸ Nto. *Insolvencia societaria*, Ed. Lexis Nexis, Buenos Aires 2007.

⁹ En el Acuerdo Preventivo Extrajudicial de Multicanal S.A., inmediatamente homologado el APE referido sólo a las obligaciones negociables, el balance de la sociedad dio un resultado positivo de más de Mil ochocientos millones de pesos (seiscientos millones de dólares) que se repartieron inmediatamente entre los socios, y que no provenía del resultado ordinario de la explotación ordinaria. Por otra parte toda quita o espera a los acreedores beneficia directamente a los socios. En similar sentido Carlos PALACIO LAJE *Delitos de vaciamiento de empresa*, Editorial Marcos Lerner, Córdoba 2002.

¹⁰ “Genética del plan de negocios (más sobre la contribución de E.H.Richard)” en Abeledo Perrot, Newsletter 20 de marzo de 2009, sección Doctrina, repetido el 23 de marzo.

¹¹ El más reciente de los cuales se puede encontrar en “*Notas en torno a la conservación de la empresa: ¿principio concursal o del derecho societario?*”, en “Ensayos de Derecho Empresario” N° 4, Director: E.H. Richard, págs. 56 y ss., FESPRESA, Córdoba, 2008

¹² “La conservación de la empresa en las leyes de sociedades 19.550 y de concursos 19.551”, con Francisco Quintana Ferreyra, en *SUMMA SOCIETARIA* Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires 2012, tomo II pág. 1947.

¹³ PULGAR EZQUERRA, Juana *Preconcursalidad y acuerdos de refinanciación. Adaptado a la ley 38/2011 de 10 de octubre, de reforma de la ley concursal*, Ed. La Ley grupo Wolters Kluwer, Madrid julio 2012.

¹⁴ Nto. “¡MÁS JUSTICIA Y MENOS JUICIOS! CONSERVACIÓN DE LA EMPRESA Y PRECONCURSALIDAD SOCIETARIA” Publicado en edición N° 1 (febrero 2013) de la Revista de Derecho Comercial del Consumidor y de la Empresa (DCCyE, Editorial La Ley).

¹⁵ Nto. “El bien jurídico tutelado por el Derecho Concursal”, en *Revista de la Universidad Nacional de Córdoba*, Ed. Dirección General de Publicaciones, Córdoba R.A., 1979 – 1980 pág. 261 y ss...

¹⁶ DASSO, Ariel Angel *DERECHO CONCURSAL COMPARADO*, Ed. Lexis, 3 tomos (2009-2012)

olvidan del sistema societario, similar en todo el mundo, y tratan la cuestión como si se tratara de insolventes personas físicas –de cuya atención nació el sistema de bancarrotas-.

Como bien señala Dasso¹⁷ 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, particularmente ante su cesación de pagos o su insolvencia.

La insolvencia de una sociedad tiene características particulares, pues la legislación que autoriza la constitución y funcionamiento de ese medio técnico, con libertad jurigenética de personas jurídicas, prevé las dificultades de la sociedad por falta de capital o patrimonio, sea imponiendo la reconstitución del capital social, por propias aportaciones de los socios, de terceros o de los acreedores, o la liquidación ordenada de la misma, al menor costo.

Y las sociedades requieren los remedios concursales sin que se advierta que han intentado los remedios societarios.

Si no son usadas las medidas que impone –u ofrece- el derecho societario, parece que no existirían ninguno de los principios, ni el jurídico ni el económico, respetados, y que o es un salto al vacío o se intenta ocultar el enriquecimiento incausado que resulta del incumplimiento –en muchos casos programado-.

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 sociales¹⁸.

Y sobre esos aspectos vamos a discurrir, constituyendo lo que llamamos la preconcursalidad societaria.

2. Hace 32 años, Nissen –con quién 20 años después compartíamos ideas liminares de cómo encarar la “insolvencia societaria”¹⁹, expresaba sobre el acuerdo de constituir sociedad con el deudor concursado: “La doctrina ha criticado esta solución, con fundamento en las dificultades que la misma ocasiona en la práctica, y más concretamente en el escaso interés que puede despertar entre los acreedores el constituir una sociedad comercial con quien ha incurrido en estado de cesación de pagos. Sin embargo, estimo a que si bien la propuesta aludida no es corriente dentro de nuestra práctica concursal –que por lo habitual se limitan al ofrecimiento de quitas, esperas o una combinación de ellas- tal circunstancia se debe a que la ley 19551 no contiene las disposiciones necesarias que reglamenten –en forma análoga al acuerdo por cesión de bienes-, la constitución de una sociedad mercantil en la cual los acreedores del concursado suscriban e integren mediante el aporte de sus respectivos créditos contra la concursada, el capital de una nueva sociedad

¹⁷ DASSO, Ariel A. “Derecho Concursal Comparado”, tomo 1, Ed. Legis, Buenos Aires 2009, 804 páginas.

¹⁸ GUERRERA, Fabrizio, MALTONI, Marco *Concordati giuziziali 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; STANGUPELLINI *Creditori forti e governo della crisi d’impresa*, Fallimento 2006, 145 ss..

¹⁹ Nto. “Insolvencia societaria. La integral aplicación de las normas sobre sociedades debe permitir prevenir la insolvencia de las mismas o la transferencia de los daños a los acreedores”, en colaboración con Ricardo Nissen, a pág. 346 a 350 del tomo II. - Comunicaciones al VII Congreso Argentino de Derecho Societario y III Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa; y posteriormente “Insolvencia societaria” también con Ricardo Augusto NISSEN, en AAVV “XV Jornadas de Institutos de Derecho Comercial de la República Argentina – Temas Societarios y Concurales” Edición de la Fundación para la Investigación y Desarrollo de las Ciencias Jurídicas, Buenos Aires 2008, pág. 93.

o un aumento al capital de la sociedad concursada, que le permita a ésta reintegrarse a la actividad productiva”²⁰.

Es importante ese discurso, que no compartimos pues esas cuestiones quedan resueltas por la autonomía de la voluntad imperante para constituir o reconfigurar una sociedad. Tampoco seduce a los acreedores la quita, y son mejores las soluciones societarias con especiales convenios²¹.

El “obstáculo” es el “negocio” que intentan formalizar los socios y administradores de la sociedad en problemas, particularmente si se ha decidido concursarla. Sobre ello expresaba el jurista E. Daniel Truffat en su disertación “EL DERECHO CONCURSAL EN LOS TIEMPOS DE LA GRAN CONTRACCIÓN”: “...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 infinito²²....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 empresa²³, si la solución consistiera entre otras medidas en el cambio de titulares). Un concurso rehabilitatorio que no contemple un “sacrificio compartido” sería un abuso”²⁴.

La imperdible presentación del Director en un Tratado²⁵ constituye una autopsia de la legislación concursal desde el año 1995, pero con agudísimas referencias al uso desviado, ajurídico y amoral del proceso concursal, o de la supuesta versión “extrajudicial” del APE: “...todos conocemos lo grave que significó para una comunidad con un nivel de moral colectiva tan bajo como el que ya existía en ese momento en nuestro País, la castración de las acciones de responsabilidad... autores tan serios como Bergel o Maffia hablaron del *réquiem* de estas acciones para beneplácito de los *pillos*. No menos grave fue el mantener *intocada* la normativa referida a la extensión de la quiebra, dejándose librados a síndicos y damnificados a tener que enfrentar a *pícaros aggiornados* que utilizan mecanismos de máxima sofisticación para estafar ... ampliando aún más la situación de significativa impunidad que se otorgó a los comerciantes y empresarios inescrupulosos *carta blanca* para delinquir...nadie ignora que su empleo generalmente se ha venido dando desde entonces

²⁰ NISSEN, Ricardo A. “Necesidad de reglamentar la constitución de sociedad entre el concursado y sus acreedores como contenido de la propuesta de acuerdo preventivo”, pág. 205 del libro AAVV *Derecho concursal. Primeras Jornadas Nacionales*, Buenos Aires 1980, Ed. Lerner, >Organizadas por la Asociación de Abogados de Buenos Aires.

²¹ FUSHIMI, Jorge F. y nosotros, comunicación al VIIIº CONGRESO ARGENTINO DE DERECHO CONCURSAL y VIº CONGRESO IBEROAMERICANO DE LA INSOLVENCIA (Tucumán (R.A.) septiembre de 2012) “LA QUITA EN CONCURSOS DE SOCIEDADES Y SU TRATAMIENTO FISCAL (y algunos aspectos periféricos)”t. 1 p. 635.

²² Efraín Hugo Richard, al analizar la situación de las empresas que prosiguen el giro sin patrimonio adecuado, señala: “...La demostración de la ineficiencia de un sistema lo constituyen las sociedades que actuando en cesación de pagos contagian ese estado a los que tengan vínculo con ella...”, autor citado, “Relaciones de organización. Sistema societario”, pág. 171

²³ “...Desde que comenzó a emplearse el “método gubernativo” se viene trabajando con un conjunto de ideas que hoy aparecen aceptadas por el principio de “conservación de la empresa”. La empresa es mucho mas que los bienes que la integran. La combinación armónica y dinámica de los elementos subjetivos y objetivos (personas, elementos materiales y tecnología) tiene un valor para los particulares y un valor –también- para la sociedad. Maffía ha demostrado que la política de conservación de las empresas socialmente útiles desplazó a la liquidación falencial del lugar prioritario que ocupaba desde su origen...”, Rubín, Miguel E., op ya cit, pág. 27

²⁴ La cita completa puede verse en nto “LA CRISIS DE LA ORGANIZACIÓN SOCIETARIA” “Lo que digo no lo digo como hombre sabedor, sino buscando junto con vosotros” (frase insignia del semanario BÚSQUEDA –Uruguay-). “Sólo los ignorantes creen que la verdad es definitiva y maciza, cuando apenas es provisoria y gelatinosa. Hay que buscarla porque anda corriendo de escondite en escondite. Y pobre del que emprenda en soledad esta cacería” (Del discurso de Pepe Mujica, candidato a Presidente del Uruguay, el 29 de abril de 2009 en el Palacio Legislativo, publicado en dicho Semanario), disertación de apertura de la Comisión del mismo nombre en el V Congreso Iberoamericano de Derecho Concursal, realizado en Montepulciano, Italia, 23, 24 y 25 de septiembre de 2009, organizado por el Institución Iberoamericano de Derecho Concursal con sede en México, que puede verse en nto citado libro *Perspectiva del Derecho de la Insolvencia*.

²⁵ *LEY DE CONCURSOS Y QUIEBRA COMENTADA*, AAVV, Ernesto E. MARTORELL Director, Ed. La Ley, Buenos Aires, mayo 2012, 5 tomos (págs. 1016, 936, 846, 1129 y 1463 respectivamente).

siempre en situaciones sospechadas de fraude en las que el *cramdista*...por lo común terminaba siendo un allegado al cuasi-fallido *pillo*, que desembarcaba como tal –tras fracasar como concursado –a través de una sociedad *off shore* o de un amigo de turno, cuando no del *testaferro* de estilo....corresponde evaluar qué actitud asumió nuestra veleidosa *comunidad jurídica* frente a aquella crisis, y como acompañó las situaciones posteriores, ante institutos tan bochornosos como el APE...y harto peligrosos...nuevamente recorro a Cámara: *El principio de conservación de la empresa no constituye una patente de corso para la gestión empresarial*... los APE fueron utilizados para convalidar verdaderos despojos...”.

2.1. Se ha sostenido que la legislación societaria es preconcursal, paraconcursal o anticoncursal, cuya normativa opera en el derecho comparado “como un instrumento preconcursal”²⁶, “tiene una función *preconcursal* o *paraconcursal*, considerando algún otro considerarla como *anticoncursal*”²⁷, y ante los estudios que tratan de rescatar esas normas, desde lo concursal se ha avanzado en las recientes reformas española de la ley de sociedades y la italiana²⁸, en una compatibilización que no estamos en condiciones de juzgar. Es que la doctrina italiana reiteraba 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 doctrina²⁹.

En 1995 y al iniciar el análisis de la nueva legislación concursal argentina apuntábamos “...no pretendamos que ese objetivo lo cumpla necesariamente la legislación concursal y nos reduzcamos a un análisis crítico de si la actual legislación mejora a la anterior, o si ésta va a conseguir superar los problemas, o si va a conseguir ese objetivo que es el de mantener las empresas en marcha en cuanto sean viables...la ley concursal no es más que un marco viabilizador de lo que realmente sea también sociológica y económicamente... lo más importante es no pretender que la solución sólo de la legislación concursal sino de la integridad del sistema jurídica; y creo que lo muy particularmente interesante de la nueva ley es que a la autoprogramación, ... la vieja legislación hacia énfasis en la autoprogramación para solucionar el problema, y la nueva ley incorpora la heteroprogramación, particularmente en orden a las sociedades... Pero lo que es fundamental en este punto y es ajeno a la legislación concursal, es el tema de la responsabilidad de los administradores de una empresa y de los contralores de la misma en orden a haber autoprogramado correctamente, en haber adoptado las soluciones que la legislación prevé en orden al funcionamiento de las sociedades, esa actuación como buen hombre de negocios...por su falta de actuación oportuna en orden a los recursos que la ley les impone, que es eventualmente tener capitalizada la sociedad, liquidarla, ajustar el giro de los negocios a sus posibilidades..., y no meramente limitarse a aumentar cuantitativamente, sea por número de acreedores o por monto de las deudas, el pasivo de la empresa, porque eventualmente *le transfiero el problema a mis acreedores*”³⁰.

²⁶ URÍA, R.; MENÉNDEZ, A. y GARCÍA de ENTERRÍA, J.” La sociedad anónima: disolución” Cap. 4, pág. 1001 en *CURSO DE DERECHO MERCANTIL* dirigido por Rodrigo URÍA y Aurelio MENÉNDEZ, Ed. Civitas, Madrid 1999, tomo I, especialmente “Las pérdidas graves” págs. 1009 a 1013.

²⁷ DÍEZ ECHEGARAY, José Luis *Deberes y Responsabilidad de los Administradores de Sociedades de Capital*, 2006, Ed. Thomson-Aranzadi 2ª edición, Navarra. p. 387.

²⁸ STRAMPELLI, Giovanni “Capitale sociale e struttura finanziaria nella società in crisi, en Rivista delle Società, anno 57, 2012, lugrío-agosto 2012, fascicolo 4, pág. 605, Ed. Giuffrè Editore, Italia 2012, donde se analiza la disposición contenida en el decreto ley del 22 de junio de 2012, n. 83, donde se impone la reconstrucción del capital social o el concurso de la sociedad, en forma similar a lo previsto en la última reforma española.

²⁹ NIGRO, A. *Le società per azioni nelle procedure concursuali*, in *Trattato delle società per azioni*, diretto da G.E. Colombo e G.B. Portale, 9ª, Torino 1993, 209 ss.

³⁰ Nto. “Objetivo de una legislación concursal” en *Nueva legislación concursal y la participación del profesional en Ciencias Económicas. Jornadas de actualización*”, Ed. Advocatus Córdoba noviembre 1995, pág. 15. También puede verse nto. “Responsabilidad de administradores societarios por insolvencia” en *Jornadas italoargentinas de derecho Perspectivas del*

Al respecto recordamos nuestra posición que "la obligación de un buen hombre de negocios es planificar para el cumplimiento del objeto social de la sociedad que administra. Aun planificando existen riesgos, pero actuar sin planificación es de por sí generador de responsabilidad por no adoptar la actitud profesional que el art. 59 LSA exige. La cuestión se potencia cuando actúa un órgano colegiado, que desenvuelve su actividad a través de resoluciones que importan un acto colegial colectivo imputable a la sociedad"³¹.

2.2. La legislación societaria –que no ha sufrido las modificaciones generadas en la concursal- contiene previsiones imperativas para asumir la crisis tempestivamente y a bajo coste, sin generar daños.

No puede pretenderse que el derecho concursal resuelva las crisis societarias al margen de las previsiones de la ley específica para afrontarlas.

Sobre este aspecto y en torno al muro de la autosuficiencia con el que alguna doctrina interpreta la legislación concursal, o con la que se pretende su reforma, ha sido derrumbado en el VIII CONGRESO DEL INSTITUTO IBEROAMERICANO DE DERECHO CONCURSAL. MEXICO D.F. (MEXICO), 17 a 19 de mayo de 2012 por Daniel Truffat en su "ponencia no competitiva" sosteniendo "La pérdida de autosuficiencia del Derecho Concursal y su necesaria integración no solo con normas supraleales de base constitucional, sino con el derecho positivo clásico".

Antes Truffat en el VI Congreso, en Montepulciano, en el V Congreso Iberoamericano de Derecho Concurso (2011), en su comunicación "*EL DERECHO CONCURSAL EN LOS TIEMPOS DE LA "GRAN CONTRACCIÓN"*", expresó: "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 ...".

2.3. Intentamos una visión sistémica en *Insolvencia societaria*³² y luego en *Perspectiva del derecho de la insolvencia*³³. Antes lo habíamos enunciado en el referido prólogo a la importante tesis y libro de Francisco Junyent Bas *Responsabilidad de los Administradores*³⁴, remarcando: "4. No puede haber duda de responsabilidad societaria, rayana en el delito, cuando los administradores no aplican las normas societarias sobre liquidación en caso de pérdida de capital social", para después ingresar en los temas de "subcapitalización material aumentando el pasivo sin que razonablemente se avizore la posibilidad de su pago... la inexistencia de planificación o de contabilidad para anticipar la detección de dificultades económicas o afrontar la situación de crisis". "Debe darse congruencia a la ley de concursos con la ley societaria en orden a acciones de responsabilidad",

derecho entre Latinoamérica e Italia Córdoba – Argentina 2004 – 2005, Coordinadores Paolo Comanducci, Hugo A. Aguirre, Cristina Redondo, Ed. Alveroni, Córdoba, 2006, pág. 504.

³¹ Nto. "El plan de empresa, Ética y responsabilidad del empresario", en *Estudios en honor de Pedro J. Frías*, Ed. de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, 1994, t. III, pág. 1187; y junto con JUNYENT BAS, Francisco y MUIÑO, Orlando "Salvataje de la empresa: ¿una postulación sin respuesta en la ley concursal", en *Rev. del Derecho Comercial y las Obligaciones*, Ed. Depalma, Bs. As., 1997, pág. 525.

³² Ed. Lexis Nexis, Buenos Aires 2007.

³³ Ed. Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Córdoba 2010, en cuya presentación expresamos que "además de rendir cuentas de nuestra gestión –como ex primer Vicepresidente Académico del Instituto Iberoamericano de Derecho Concursal con sede en México-, tratamos de presentar nuestra sistemática constructivista sobre la insolvencia, particularmente, la societaria...".

³⁴ Ed. Advcatu Córdoba junio 1996.

2.4. En este mismo sentido Karten Schmidt³⁵ exponía “En la mayoría de los países del mundo muchas de nuestras cuestiones de responsabilidad son tratadas como elementos del Derecho Concursal. En parte eso se basa en la observación correcta, que las cuestiones de responsabilidad entran en vigencia en los casos de insolvencia. La calificación de de Derecho Concursal de las reglas de responsabilidad tiene en tanto razones más fenomenológicas que motivos sistemáticos de Derecho. En Alemania, donde prevalecen los pensamientos sistemáticos en el Derecho, la tendencia hasta ahora era la contraria: la mayoría de nuestras cuestiones actuales de responsabilidad son clasificadas como elementos del Derecho Societario –no del Derecho Concursal-, aun si como parte actora comparece un síndico de concurso. En el año 2000, en el Segundo Congreso Iberoamericano³⁶ expuse el motivo por el cual en Alemania hasta el momento lo vemos así... En la actualidad todavía considero correcta esta apreciación sistemática del Derecho. Los derechos y obligaciones de los cuales hablamos, por cierto no resultan del procedimiento de insolvencia....”.

2.5. En similar posición Miguel C. Araya³⁷ remarcando el carácter preconcursal de las normas del derecho societario sobre pérdida del capital social “que es un concepto jurídico/contable y la ley impone que los administradores disuelvan; el otro es un concepto financiero/económico: es la crisis/insolvencia generada por la cesación de pagos... El derecho de sociedades no es ajeno a la crisis económica de la empresa. El régimen de pérdida de capital social... y la exigencia de adoptar medidas alternativas ante esa pérdida... revelan esa preocupación del legislador societario, al imponer deberes a los administradores y accionistas, como prevención a la crisis de insolvencia.

2.6. La noción de capital social es un punto en discusión, su función operativa, su función de garantía. Sobre ello se ha sostenido que “Las opciones son claras: o si bien se sustituye el concepto tradicional de capital, vinculado a los aportes, por un concepto de capital físico o material, cifra abstracta que establece el límite de los recursos patrimoniales necesarios y no distribuibles para preservar la capacidad operativa de la sociedad; o bien se abandona a efectos prácticos este concepto, sustituyéndolo por otro que asegure la fijación de este límite a la distribución como dividendo de los recursos patrimoniales, cumpliendo la necesaria función de equilibrio entre los intereses de socios y acreedores, y de los socios entre sí³⁸”. Afirma Olivera³⁹ que “la preservación de la capacidad operativa de la sociedad... que cumpla la función esencial de establecer un límite razonable entre los derechos de acreedores y socios sobre el patrimonio social”.

Ese mínimo es la función de garantía del capital social, sin menospreciar los efectos de la función operativa.

³⁵ “Responsabilidad de los socios y administradores” en *Derecho Comercial y de los Negocios, Sociedades – Concursos* AAVV siendo compiladores Raúl Aníbal Etcheverry, Héctor Osvaldo Chomer y Luis Mariano Genovesi, Ed. Eudeba, Buenos Aires 2007, tomo I pág. 395 y ss., reproduciendo una conferencia del año 2005..

³⁶ “El derecho empresario y el derecho concursal” en *De la Insolvencia Segundo Congreso Iberoamericano* AAVV directores Junyent Bas-Rodríguez Pardina-Richard, Ed. Advocatus, Córdoba 2000, tomo III pag. 751 y ss..

³⁷ “La función preconcursal del régimen de pérdida del capital social” en *VI Congreso Argentino de Derecho Concursal IV Congreso Iberoamericano sobre la Insolvencia*, Rosario 27/29 de septiembre de 2006, Rosario 2006/8, tomo II págs.. 25/32, y luego el debate en tomo IV pág. 286.

³⁸ En la doctrina alemana Thöl ya distinguida en tres conceptos diversos: el patrimonio social o patrimonio neto, concepto dinámico representado por la diferencia entre los activos y pasivos sociales; el capital social, suma ideal definida en la línea de las concepciones nominalistas; y el *grundvermögen*, fracción del patrimonio social que marca el límite de la capacidad de la sociedad para distribuir recursos patrimoniales como dividendo (*Das Handelsrecht*, Leipzig, 1879, pág. 525).

³⁹ OLIVERA GARCIA, Ricardo “Algunas necesarias conclusiones y propuestas sobre la revisión del concepto de capital social” en II Encuentro Argentino-Uruguayo de Institutos de Derecho Comercial, *Jornadas Internacionales de Derecho Comercial*, 1, 2 y 3 de mayo de 1997, Colonia, Uruguay, pág. 148 y ss..

3. LA CONSERVACIÓN DE LA EMPRESA. ROL DE LOS ADMINISTRADORES SOCIETARIOS.

El gran desafío para el derecho es mantener la empresa viable, con pleno empleo, asegurando una inclusión social y evitando más marginación, sin afectar la competitividad ni dañar el mercado. Una administración de eficiencia con los recursos técnicos y económicos disponibles, coincidiendo en la necesidad de planificación para interesar en la inversión de recursos.

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. Franceschelli⁴⁰. 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”.

Un hipergarantismo trata de no advertir esas maniobras artificiosas, aquello que Provinciali señalo como “*ció que segna el confine tra fisiología e patologia nella vita del patrimonio*”, lo que es hoy habitual que el estado de cesación de pagos –cuando no la insolvencia- se produjo hace muchos años, o sea que el patrimonio arrastraba una situación terminal dentro de la fisiología o funcionalidad de la sociedad.

Asegurar la funcionalidad de la actividad societaria aparece como un objetivo de la legislación societaria, a través de la regulación del capital social y de la “conservación” de la empresa”, y por tanto un deber de diligencia de los administradores societarios (art. 59 LSA).

Se trata de planificar día a día, pero particularmente con un pulso anual, cual es la confección de la documentación contable como forma específica en que los administradores tienen que rendir cuentas a los socios de la marcha social, de los resultados del negocio, sus posibilidades y dificultades, particularmente en el período que se avecina⁴¹.

El segundo párrafo agregado al art. 100 de la ley societaria argentina, en el proyecto de Ley General de Sociedades es suficientemente explícito: se pueden remover las causales de disolución de la sociedad en cualquier momento si la empresa-objeto es económicamente viable y socialmente útil⁴².

3.1. El eje es ¿las crisis deben ser asumidas ex ante o ex post?

La tempestividad es reclamada por toda la doctrina. Es más: anticiparse a la crisis.

3.2. “¿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

⁴⁰ *L'apprendista stregone, l'elisir di lunga vita e l'impresa immortale* en Giur. Comm. 1982 I p. 575 y ss.

⁴¹ Con Jorge Joaquín Cendoya, distinguido colega entonces Presidente del Banco de la Provincia de Córdoba, sostuvimos en el IV Congreso sobre Aspectos Jurídicos de las Entidades Financieras, 9 al 11 de septiembre de 1988, Buenos Aires, a pág.413 del libro respectivo sobre “Responsabilidad, crédito y plan de empresa” refiriéndonos a la constatación sobre “si existe alguna empresa viable, dentro de ese patrimonio” en crisis. Refrescábamos que “En trabajos anteriores, algunos del Tercer Congreso sobre Aspectos Jurídicos de las entidades financieras, hemos sostenido que el plan de empresa era un estudio que debía configurar las tratativas precontractuales de los acuerdos concursales. Por otra parte, ese plan de empresa no es sino la Memoria que deben anualmente configurar los administradores de las Sociedades Anónimas, para asegurar una buena administración, formalizar un análisis de los negocios concluidos y prospectivo del futuro de la empresa, para su propio gobierno y examen de los accionistas”. Allí apuntábamos a la responsabilidad de Bancos acreedores de sociedades en crisis.

⁴² Art. 100 del Proyecto de Ley General de Sociedades 2012: “Las causales de disolución podrán ser removidas mediando decisión del órgano de gobierno y eliminación de la causa que le dio origen, si existe viabilidad económica y social de la subsistencia de la actividad de la sociedad. La resolución deberá adoptarse antes de cancelarse la inscripción, sin perjuicio de terceros y de las responsabilidades asumidas”. Se mantiene el segundo párrafo del texto original.

inconducta de los dirigentes y la empresa era viable, ¿por qué liquidar una empresa por la conducta de los directivos?”⁴³.

La acción de conservar la empresa debe estar a cargo de alguien y en el derecho societario lo es a cargo de los administradores, que deben transmitir los problemas y posibles soluciones a los socios, y estos resolver⁴⁴.

3.3. Recordamos que refiriéndonos a la infracapitalización sosteníamos que “este es un problema de los socios y de los administradores, particularmente de estos últimos. No es un problema de la ley ni del juez que autoriza la inscripción. Son los administradores los que periódicamente tienen la obligación de revisar la suficiencia del capital social para el giro normal de los negocios, la consecución del objeto social”⁴⁵. Hay crisis, cesación de pagos e insolvencia.

La tensión aumenta cuando el valor patrimonial de la sociedad no permite satisfacer su pasivo, los accionistas pierden interés en la gestión, y los acreedores en cambio pasan a tener interés fundamental en la prosecución exitosa de la actividad. Los acreedores de una empresa en crisis se encuentran en la misma situación de inversores sin derecho⁴⁶, que no tuvieron en cuenta cuanto contrataron sin la información de esa situación o antes que se produjera esa situación. Estamos ante la pérdida del capital social, que en un aspecto semántico calificamos de insolvencia.

De no existir normas claras que impidan la continuación de la empresa en crisis –en nuestro país la pérdida del capital social y/o la imposibilidad sobreviniente de cumplimiento del objeto social- aumentando la posibilidad de fracaso ante una prospectiva incierta, la tutela de acreedores impone responsabilidad de los administradores⁴⁷.

3.4. Centremos la problemática: los administradores deberán determinar –por lo menos anualmente- si la sociedad es patrimonialmente apta para el cumplimiento del objeto social, pese a la pérdida del capital social. Y a su vez lo deberán someter a la consideración de los socios o accionistas. Si los administradores continúan la operación de una sociedad, con pérdida del capital social y el patrimonio no es apto, ello se advertirá rápidamente en la no satisfacción de las obligaciones sociales. Y en tal supuesto los administradores asumirán responsabilidad por los principios generales previstos en el art. 59 LSA, y los específicos del art. 99 LSA.

De la diligencia de los administradores es afrontar la crisis, no necesariamente solucionarla.

La técnica societaria de organización en todos los países reconoce la libertad de asociación, de determinar la técnica de esa organización y de la dotación patrimonial constitutiva –salvo los mínimos obligatorios- y de su funcionalidad, normalmente planificando cuanto de capital propio y de terceros será necesario para el normal

⁴³ 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.

⁴⁴ Nto. “Los administradores societarios y la insolvencia” en *SUMMA SOCIETARIA*, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires 2012, t. I pág. 1449.

⁴⁵ Nto. *La sociedad de responsabilidad limitada en los tiempos actuales* en Jurisprudencia Argentina 2000-II doctrina pág. 954.

⁴⁶ STANGHELLINI, Lorenzo *Proprietà e controllo dell'impresa in crisi* Rivista delle Società anno 49° 2004 settembre-ottobre fascicolo 5°, Editorial Giuffrè Milano, pág. 1079. Los socios minoritarios, ajenos al grupo de control y dirección de la sociedad están casi en la situación de inversores, hasta pudiendo constituir una clase de socios, pero siempre tienen derecho a una información sobre el estado de la sociedad y una preferencia ante el aumento del capital, directamente vinculado a su derecho al resultado social; sobre este punto puede verse SPOLIDORO, Marco Saverio *El capital sociale*, pág. 59 y especialmente pág. 67 en “Il Diritto delle società per azioni: Problema, Esperienze, Progetti” collana della Rivista delle Società, Ed. Giuffrè 1993.

⁴⁷ 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, noviembre-diciembre 2005, fascículo 6° p. 1199, especialmente pág. 1310.

desenvolvimiento. “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”⁴⁸, y –eventualmente- la capitalización del pasivo⁴⁹. En tal sentido las previsiones de los arts. 94 inc. 5, 96 y 99 LSA.

Los resultados que prometan el plan de negocios –o la Memoria- permitirán analizar a los socios⁵⁰ 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. El plan de negocios es el que puede interesar a socios, terceros o acreedores a confiar en la viabilidad de la empresa y las utilidades que de ello devendrían.

El sistema de derecho societario argentino atiende –supone, reiteramos- que los constituyentes de una sociedad y sus administradores operarán como buenos hombres de negocio con el patrimonio suficiente, y cuando este no permita sobrevinientemente el cumplimiento del objeto social procederán a su disolución si, al convocar a los socios, éstos no pueden o no quieren aumentar la dotación patrimonial, por ellos o por terceros. Se trata de poner la cuestión en la decisión de los socios⁵¹.

Claro que ante la negativa o imposibilidad de los accionistas y no deseando liquidar la sociedad, se abre la solución de invitar a terceros a capitalizar o la del art. 197 LS de capitalizar 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 socios⁵².

III - CESACIÓN DE PAGOS E INSOLVENCIA.

¿De qué crisis estamos hablando?

En el derecho argentino de “cesación de pagos”, y en ciertos supuestos de crisis económico-financiera de carácter general. En el derecho colombiano de “amenaza de insolvencia.

Y para desbrozar el camino corresponde referir si es lo mismo cesación de pagos que insolvencia, para determinar las normas y soluciones de la crisis.

La doctrina argentina desde hace años equipara ambos conceptos, al igual que la mayoría de la doctrina extranjera.

⁴⁸ 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/ Forestal El Milagro SRL”, LLNOA 2005-1446

⁴⁹ FIMMANO, Francesco, “L’ allocazione efficiente dell’ impresa in crisi mediante la trasformazione dei creditori in soci”, en Revista delle società, 2010, páginas 57 y siguientes.

⁵⁰ Y también a los terceros, acreedores o no. Se nos dirá que se los trata de hacer socios “a palos”, pero peor es quitarle los créditos a palos para patrimonializar a la sociedad. La información leal, un plan de negocios coherente, hace atractiva una propuesta en beneficio de la conservación de la empresa y no del enriquecimiento de los socios. Si parecería necesario, al margen de las obligaciones de los socios conforme la ley societaria, quitas importantes –por ejemplo 30%- , se podría invitar a los acreedores a capitalizar sus acreencias con un pacto de recompra pagando el 100% de la capitalización dentro de un plazo prudencial, y a su vez un compromiso de adquisición pagando el 70% si el acreedor ahora socio decidiera tal cosa después de un tiempo de espera (por supuesto en ambos casos a cargo del grupo de control al tiempo del concurso). De no, los acreedores serían tratados como socios sin derechos, imponiéndoles las contribuciones que deben hacer los socios con derechos.

⁵¹ MILLER, Alejandro *Sociedades Anónimas – Directorio – Síndico* pág. 119 y ss., Editorial AMF, Montevideo 2005. Pueden consultarse nuestras opiniones en este y otros aspectos en www.acader.unc.edu.ar

⁵² 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, noviembre-diciembre 2005, fascículo 6º p. 1199..

1. Al margen del significado económico-jurídico de cesación de pagos, amenaza de insolvencia o insolvencia, para afrontar las crisis de las sociedades es necesario apuntar a la función de garantía del capital social, como protección a terceros que –a la postre- son los convocados en juicios concursales para paliar la crisis de la sociedad deudora común.

Y esa función de garantía se traduce muy particularmente –además de otras expresiones⁵³, al constituir una causal de disolución, con normas imperativas de actuación que, incluso, se adelantan a la pérdida total del capital social.

Por eso, en este trabajo dejaremos de lado la terminología concursalista –en algún caso tratamos de incursionar en ella, distinguiendo con economistas cesación de pagos de insolvencia, equiparando insolvencia con pérdida del capital social, lo que eventualmente haremos en su uso, explicitándolo al sólo efecto informativo –no necesariamente como conclusión dogmática-.

La primer 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 responsabilizatorios cuando los administradores preparan y presentan la documentación contable a consideración de la asamblea, resultando de la misma un patrimonio neto neutro o negativo –en la República Argentina, pues en muchos países ello se anticipa con la pérdida de sólo un porcentaje del capital social-, y cristaliza con la aprobación del balance por la Junta o Asamblea, como una declaración unilateral de verdad, un acto propio de la sociedad que excluye toda otra consideración. Recuérdese que la obligación de reducir el capital resulta en algunos tipos de sociedades al alcanzar la pérdida un porcentaje del capital social en un balance y no haber podido ser revertido en el ejercicio inmediato.

Reiteramos que enfocamos la cuestión desde la legislación argentina, con algunas referencias a la legislación de algunos países, pero considerando que cada lector sacará las consecuencias del análisis dentro de las normas de su propio país.

Función básica del capital es la operativa, o sea la de asegurar la funcionalidad de la sociedad, generando responsabilidad a administradores y socios la insuficiencia del mismo en cuanto afecte a tercero. Es el tema de la infrapatrimonialización o infracapitalización material⁵⁴.

No descartamos referirnos a la infrapatrimonialización y a las responsabilidades que de ello resulta por la función operativa que debe tener el capital y patrimonio social. Pero estamos tratando de rescatar la desleída función de garantía del capital social en las legislaciones societarias, configurando la causal disolutoria de pérdida del capital social, imponiendo la capitalización o liquidación, y el apartamiento de esas soluciones deviene en responsabilidades por los daños que se causaren, fundamentalmente los eventuales saldos insolutos o impago de créditos posteriores.

En relación a la insolvencia lo que adquiere relevancia es la función de garantía del capital social.

Hemos puesto el acento⁵⁵ que la causal de disolución de pérdida del capital social es la que dispara la responsabilidad de administradores –y quizá de socios- de continuar el giro y no poder luego satisfacer el pasivo –pese a que la particular legislación no contenga plazos para iniciar la liquidación-. La libertad para decidir la continuación del giro, sin capitalizar la sociedad, en la esperanza de un plan de negocios exitoso, no libera a administradores societarios en caso negativo de asumir el pasivo insoluto o la satisfacción de las obligaciones contraídas. Se acota que la sociedad puede continuar operando pese a la pérdida del capital social, porque puede apreciar revertirla con las operaciones en curso⁵⁶. 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 LSA.

Obviamente que es la “insolvencia” –como pérdida del capital social- la que dispara las acciones de responsabilidad, no siendo obligatoria –aunque si natural- la existencia de un proceso liquidativo –societario o concursal- que determine la pérdida (daño), aunque la mera

⁵³ RICHARD, Efraín Hugo – MUIÑO, Orlando Manuel *Derecho Societario*, Ed. Astrea, 2ª. Edición, Buenos Aires 2007, tomo I pág. 486 y ss..

⁵⁴ Sobre ello se habían explayado el primer día de las Jornadas Antonio Fourcade, Escribano Martínez y José Escandell, incluso sobre los efectos de responsabilidad sobre administradores societarios, como así también sobre los test de operatividad.

⁵⁵ En “Responsabilidad de socios por pérdida del capital social”, libro en Homenaje citado en nota anterior tomo II pág. 1435.

⁵⁶ FOURCADE, Antonio “Sociedades comerciales. Parte especial”, Ed. Advocatus, Córdoba 2001, pág. 114.

“desaparición” de la sociedad, *rectius*: de su patrimonio ejecutable, generará la legitimación activa y pasiva.

VII – SOBRE LA PROFUNDIDAD DE LA CRISIS. ¿CESACIÓN DE PAGOS E INSOLVENCIA? LA INTELIGENCIA SOCIETARIA Y CONCURSAL.

El aspecto terminológico con el que se denominan las crisis societarias puede generar ciertas dudas⁵⁷, pese a lo que venimos exponiendo.

Hemos apuntado que nuestro interés en esta temática es generar una concordancia entre el derecho societario y el derecho concursal.

Los deberes fiduciarios del administrador societario aumentan en esta situación frente a los acreedores y terceros. Ello está mejor delineado en las legislaciones donde no existe capital fijo, por lo que el administrador debe anualmente determinar el capital necesario para afrontar la continuidad de la sociedad (solvency test), tutelando así a potenciales nuevos acreedores. En legislaciones como la del Código Californiano se impone la imposibilidad de distribuir utilidades, entre otros actos, sino se somete a dos exámenes las cuentas sociales: Quantitative Liquidity Test y Quantitative Solvency Test ó de un simplificado Equity Insolvency Test⁵⁸.

1. De 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 acreedores impone la responsabilidad de los administradores⁵⁹.

Corresponde señalar que el fin de la legislación concursal no es la insuficiencia de masa, atendida por el derecho societario, sino la dificultad en la finalidad empresarial. La iliquidez es una suerte de cesación de pagos, y el desbalance es un déficit económico, sin déficit hay posibilidad de recurrir al crédito y si no hay déficit no hay responsabilidad.

Parece necesario anticipar que no hay equivalencia entre la terminología jurídica y la contable, aunque parece conveniente intentarla. La insolvencia en las legislaciones concursales no se refieren exclusivamente al desbalance o al patrimonio insuficiente, ni al incumplimiento.

2. La legislación concursal argentina usa la terminología “cesación de pagos” en sentido amplio, como presupuesto objetivo de la apertura de un concurso. La legislación uruguaya engloba ese concepto bajo la palabra “insolvencia”.

Un ensayo de Eva Holz⁶⁰ impone algunas reflexiones. Resalta la jurista la cita de Miguel C. Araya⁶¹ donde afirma “Esa pérdida de capital, no debe ser confundida con la insolvencia, ya que no son conceptos idénticos.

La doctrina argentina ha identificado cesación de pagos e insolvencia desde los trabajos de Yadarola y Fernández, pero especialistas contables hacen ver lo contrario.

⁵⁷ DASSO *Derecho Concursal Comparado*, cit. Tomo II, Capítulo X “Comentarios a la Ley de Concursos Mexicana”, señala que el presupuesto material es el “incumplimiento generalizado en el pago de sus obligaciones y tiene que estar referido a dos o más acreedores distintos... con una antigüedad no inferior a 30 días y representen el 35% de todo el pasivo... que los activos del comerciante no alcancen a cubrir, por lo menos, el 80% de las obligaciones vencidas a esa fecha”. Casi todas las legislaciones concursales determinan cierto parámetro objetivo para autorizar la aplicación de la legislación de crisis. La de nuestra República Argentina es la más permisiva pues permite la presentación en concurso preventivo invocando la “cesación de pagos”, suerte de “Abrete Sésamo” del cuento de Ali Baba y los 40 ladrones.

⁵⁸ Rosario C. ESCRIBANO GÁMIR *La protección de los acreedores sociales* Editorial Aranzadi, Navarra 1998, Monografía de Revista de Sociedades n° 10, pág. 44 y ss..

⁵⁹ MIOLA, ob. cit. p. 1199, especialmente pág. 1310.

⁶⁰ “La infracapitalización societaria en el derecho y doctrina uruguaya” –pág. 89 y ss. en Anuario de Derecho Comercial, Montevideo, 2012.

⁶¹ “Debate actual sobre el capital social” en *Derecho económico empresarial. Estudios en homenaje al Dr. Héctor Alegría*, Buenos Aires 2011, tomo II págs. 1109, donde ahonda en los temas que hemos tomado de su pluma más arriba..

Las crisis tienen grados. De una mera y transitoria merma de flujos de caja, o de si se trata de un estado de cesación de pagos por insuficiencia de activos corrientes para satisfacer pasivos corrientes, o si estamos frente a insolvencia, o sea con patrimonio neto neutro o negativo.

¿Cuales son las incidencias concursales de distinguir entre insolvencia y cesación de pagos? Insolvencia se corresponde con la pérdida del capital social. Una sociedad puede actuar con aparente solvencia por disponer de crédito ilimitado y tener una productividad rápida que genera un constante y renovado flujo de caja, y haber perdido el capital social. El pasivo sería muy superior al activo, o sea que no existiría patrimonio neto y por tanto se habría producido la pérdida del capital social, y serían aplicables las normas imperativas sobre disolución o reintegración (por los propios socios o capitalización).

Una sociedad puede estar operando con el capital estatutario previsto y no obstante ello estar en insolvencia. No existe un paralelismo entre ambas nociones, ni aún en los sistemas de sociedades sin capital social, cuya dotación patrimonial es analizada anualmente antes de distribuir utilidades –si hay capital suficiente- o de disponer la liquidación u otra solución en caso de capital insuficiente.

3.El uruguayo Camilo Martínez Blanco⁶² acota el tema: “En el derecho concursal, siempre ha sido de sus temas más controversiales el presupuesto objetivo habilitante para la puesta en funcionamiento del concurso, y así lo reafirma la profesora española Juana Pulgar Esquerro⁶³ en su profundo análisis del tema que nos ocupa. – Por lo pronto en nuestro derecho mercantil, más precisamente en materia de quiebras siempre había sido la “cesación de pagos” su presupuesto objetivo, concepto tomado del Código francés de 1807, que equiparó su noción a la del incumplimiento de obligaciones.... Históricamente, el primer significado de “cesación de pagos” fue el que emerge de su propio sentido literal: cesar de pagar es igual a incumplir, ... se fue evolucionado hacia estudios más avanzados. – Primero, comenzó la doctrina italiana a sostener que no debía declararse en falencia al sujeto que simplemente había incumplido, Son las *teorías intermedias* las que sostiene que no hay cesación de pago sin incumplimiento, pero no siempre los incumplimientos importan cesación de pagos. ... el presupuesto objetivo de la apertura concursal debería retrotraerse a los prolegómenos o estadios anteriores del estado de cesación de pagos, etapa a la cual se llamó “estado de crisis”, “estado de preinsolvencia”, “estado de dificultades económicas o financieras de carácter general”.... De ahí que el estado de insolvencia, condición para la apertura concursal se puede definir en lenguaje técnico, como la impotencia para satisfacer, con medios regulares (disponibilidades normales o activos corrientes), las obligaciones inmediatamente exigibles (pasivo exigible o pasivo corriente)... la mayoría de los autores españoles, admiten el “desbalance” o sobreendeudamiento como un “*desequilibrio patrimonial –pasivo superior al activo- que puede verse solventado a través de la financiación externa, evitando así el concurso, dado que se viabilizan los pagos*”⁶⁴ Por ello abogan por “*un concepto de insolvencia de fondo o patrimonial, abandonando o dejando fuera del concurso las situaciones coyunturales de iliquidez*”... reiteramos que para nosotros es importante el “desbalance” como síntoma, aun cuando para otras legislaciones (la española sobre todo) no alcanza.... importa mucho el llamado *desequilibrio aritmético* o déficit expresado en términos de pasivo mayor que activo ... pues en ese caso el cotejo se hace entre activo y pasivo en términos nominales, sin atender a la disponibilidad regular de los medios de pago que integran el primero ni a la exigibilidad corriente del segundo. Basta entonces que el patrimonio del deudor sea materialmente insuficiente para satisfacer el garantía común de los acreedores... puede haber insolvencia, incluso cuando el activo es considerablemente superior al pasivo, pero aquel está

⁶² *Manual de Derecho Concursal*, 2ª edición revisada,, actualizada y ampliada, Ed. Fundacion de Cultura Universitaria, Montevideo 2012, pág. 150 y ss..

⁶³ *Derecho concursal. Estudio sistemático de la Ley 22(2003 y de la ley 8/2003 para la reforma concursal*, García Villaverde, Rafael; Alonso Ureba, Alberto; Pulgar Esquerro, Juana. Dilex SL, Madrid 2003.

⁶⁴ Fernández de la Gandara ob. cit..

integrado por bienes de lenta y difícil posibilidad de realización, al paso que éste concentra los compromisos de pagos en el corto plazo...La profesora española Marta Prats Marquina⁶⁵ habla con muy buen criterio de la “*insolvencia negocial*” entendiéndola por ella la incapacidad de generar recursos, diferenciándola de la “*insolvencia patrimonial*”, ya transitoria (activo superior al pasivo a una fecha determinada), ya definida (activo inferior al pasivo exigible)...”.

Desde su especialidad en Sindicatura Concursal, la Prof. Celina Mena⁶⁶, con una visión contable-económica, señala en relación a “cesación de pagos” e “insolvencia” que: “*En definitiva la jurisprudencia y la doctrina no advierten una diferencia entre ambos conceptos y los usan indistintamente, sin embargo a nuestro entender, existe una diferencia importante adquiriendo un grado mayor de gravedad la insolvencia. El estado de cesación de pagos se refiere a la incapacidad de pagar en tiempo y forma y la insolvencia cuando además del estado de cesación de pagos, no hay patrimonio neto...*”. Obviamente el último aspecto destacado por la distinguida profesional describe una causal de disolución: pérdida del capital social⁶⁷.

Casadio Martínez, con doble perspectiva profesional, refiere a esa cuestión: “postulando que *no cabe confundir cesación de pagos con insolvencia. Aquélla constituye el fundamento para la declaración de quiebra pero no necesariamente implica que el deudor sea insolvente, entendiéndolo por tal un pasivo superior al activo...*”⁶⁸. Marcando aspectos negativos del patrimonio social, la pérdida del capital social –insolvencia-, y la cesación de pagos son dos situaciones diferenciadas que se entrecruzan.

5. Cotejando los trabajos de Siegbert Rippe⁶⁹ y de Miguel C. Araya ante la “pérdida total del capital social”, pese a que podría darse que la sociedad cumple con los pagos actuales, es claro que su patrimonio activo en ese momento determinado no es solvente para atender o afrontar la totalidad del pasivo. Por ello podríamos indicar la situación como de “insolvencia”, convencionalmente, para distinguirla de la “cesación de pagos” que puede derivar simplemente de que el activo ordinario es menor al pasivo ordinario, y aún en casos puede ser el activo ordinario mayor que el pasivo ordinario, pero tener la sociedad patrimonio neto negativo.

Nos apoyamos en el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española para comparar las referencias y usar una terminología concursal-societaria de compatibilización: Insolvencia: “Falta de solvencia, incapacidad de pagar una deuda. Insolvente que no tiene con qué pagar”. Solvencia en Diccionario “Acción y efecto de solver o resolver. Carencia de deudas. Capacidad de satisfacerlas. Cualidad de solvente”. “Solvente” “Desempeñado de deudas. Capaz de satisfacerlas. Que merece crédito. Capaz de cumplir una obligación... y más en especial, capaz de cumplirlas cuidadosa y celosamente”.

Conforme a ello, Rippe señala que “...tal cesación o suspensión de pago no implicaba necesariamente que el deudor estuviere en estado de insolvencia...” podría sostenerse que insolvencia podría asimilarse a un estado de inexistencia o insuficiencia de activos para el pago total o parcial de pasivos, con indiferencia, sea de la capacidad de pago oportuno y adecuado por manejo ordenado de activos o de ingresos para el pago de pasivos, sea de la disponibilidad de

⁶⁵ “*Insolvencia y crisis económico: Su reflejo en el derecho concursal*” R.G.D. Madrid, 1998.

⁶⁶ Celina María MENA “CESACION DE PAGOS VS. INSOLVENCIA”, en libro colectivo “Homenaje al Dr. Osvaldo J. Maffia”, 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

⁶⁷ Nto. “La empresa: su organización y crisis” en RDCO n° 253 marzo-abril 2012 p.407.

⁶⁸ Claudio Alfredo CASADIO MARTINEZ *Informes del síndico concursal*, Ed. Astrea, Buenos Aires 2011, págs.. 170 y ss., correspondiendo la jurisprudencia citada corresponde a CNCom, Sala B 24.3.81 LL 1981-C-615.

⁶⁹ Siegbert RIPPE “Aproximación crítica al presupuesto objetivo del *estado de insolvencia* y de sus manifestaciones y efectos en la normativa concursal” en *ANUARIO DE DERECHO COMERCIAL* n° 14, Ed. Fundación de cultura universitaria, Montevideo, marzo de 2012, pág. 9 y ss., que nos fuera obsequiado por su Director Ricardo Olivera García en ocasión de mi disertación en Montevideo en la Semana Académica, 23 de noviembre de 2012 en que nos referimos a la preconcursalidad en análisis de la legislaciones societaria y concursal uruguaya y latinoamericana, dejando trabajo para su publicación sin conocer los trabajos de este Anuario.

efectivo y valores de fácil realización, esto es, de liquidez para el mismo propósito. 21. Ello significa, por una lado, que una persona física o jurídica puede tener un activo superior a su pasivo, esto es, ser solvente, y sin embargo no tener posibilidad de manejo de recursos realizables para el pago de su pasivo en tiempo y forma, o no tener efectivo o valores líquidos para tal fin; o viceversa, tener capacidad de pago oportuno y adecuado o disponer de recursos líquidos a tal fin, y ser, no obstante insolvente, parcial o totalmente”. Y luego estudia a fondo la legislación concursal que opta por el estado de insolvencia –que abarca el sentido de la cesación de pagos en nuestra ley-, disponiendo en el inc. 1º del art. 4 de la ley 18.387 que determina “Cuando exista un pasivo superior al activo, determinado de acuerdo a normas contables adecuadas”.

Rippe acota –a pág. 19, apoyando nuestra interpretación- disparadores de acciones de responsabilidad: “a) El art. 24 de la ley de referencia admite, en el caso de concurso necesario de las personas jurídicas, y siempre que resulte de un examen preliminar del estado patrimonial del deudor que su activo no es suficiente para satisfacer su pasivo, el embargo preventivo de los bienes de sus administradores, liquidadores e integrantes del órgano de control interno. b) El art. 25 de la misma ley recoge una solución similar, habilitando el embargo preventivo sobre bienes de personas vinculadas anteriormente por ejercicio de aquellos cargos sociales, cuando de un examen preliminar de los hechos surja su conocimiento del estado de insolvencia de la persona jurídica, durante los dos años anteriores a la declaración judicial del concurso”. Reflejo concursal de la pérdida de la función de garantía del capital social.

6. Nos inclinamos por las interpretaciones contables en torno a no perder el sentido de las previsiones societarias en el ámbito concursal no para la apertura del concurso sino para determinar responsabilidades y compatibilidades. Teniendo siempre en claro que se trata de un problema meramente terminológico, debemos convenir que las dos situaciones patrimonialmente distinguibles son en las sociedades: 1. El patrimonio activo inferior al patrimonio pasivo, o sea patrimonio neto neutro o negativo que exterioriza la pérdida del capital y reservas, y 2. El activo corriente inferior al pasivo corriente, que exterioriza una imposibilidad transitoria de pago con medios normales. A lo primero cataloguémoslo a los fines del léxico de la comunicación como “insolvencia” y a lo segundo como “cesación de pagos”.

Esa pérdida del capital social opera como causal cuando ha sido aprobado un balance del que resulte la constatación por acto unilateral de la propia sociedad. La preparación del balance impone a los administradores la situación, que deberían llevar a conocimiento y resolución de los socios coetáneamente a la aprobación del balance.

Hemos visto la terminología de las leyes argentinas y uruguayas, cesación de pagos e insolvencia como presupuesto objetivo para abrir un proceso concursal. Frente a ello se impone el análisis de las normas societarias que imponen conductas y responsabilidades a administradores y socios, pues la pérdida del capital social –se llame como se llame- genera en las legislaciones similares consecuencias y efectos que, entendemos –y este es el eje de este ensayo- trascienden del ámbito societario al concursal.

Sin pérdida del capital social –insolvencia-, puede haber cesación de pagos por un activo inmovilizado no corriente y un pasivo menor pero corriente. En tal supuesto la propuesta en el concurso de esa sociedad no debería proponer nada más que una espera, pues una quita sería innecesaria y abusiva. La causal de disolución por pérdida del capital social se produce cuando el pasivo alcanza el mismo monto del activo en un balance, y es declarada por la resolución social que aprueba ese balance.

7. Al comparar las vías de abordaje de la “Insolvencia Societaria” conviene preguntarse: debe estarse a las normas societarias que imponen acciones a administradores y socios? O soslayándola, ignorándola puede recurrirse –incluso tardíamente- al proceso concursal para lograr una planificada quita y espera? La primera acción se corresponde a las soluciones societarias,

permitiendo enervar la causal de disolución por pérdida del capital social. La segunda intenta una “donación” a través de las soluciones concursales ante la insolvencia societaria, que impone que el problema lo asuman los acreedores. Ello con quitas desmesuradas y esperas, con incidencia impositiva de las quitas, al considerárselas ganancia, observación que desaparecería si –pese a no asumir los socios la recapitalización- en el “esfuerzo compartido” se capitalizan los pasivos, operación neutra para la sociedad, pero que modifica profundamente su patrimonio.

El reintegro impone su consideración en el orden del día y es una forma de confesión de la pérdida del capital social. El aumento de capital sería un llamado neutro, pero tanto aquel como éste abren la posibilidad de receso⁷⁰, sin bien sin duda con resultado neutro, simplemente liberatorio de la obligación de reintegrar. Quizá⁷¹, la capitalización de deuda podría ser la solución fiscal y socialmente más interesante.

La capitalización de aportes irrevocables afectando el derecho de suscripción preferente de otros accionistas es cuestionable⁷²

La “preconcuralidad” aparece así activada, evitando el concurso y la responsabilidad de los administradores.

La preconcuralidad se corresponde a las soluciones societarias previstas en el art. 96 LSA, permitiendo enervar la causal de disolución por pérdida del capital social. La ley societaria argentina ofrece en el art. 96 el remedio 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”. La solución es similar en el actual Código de Comercio venezolano, y de la mayoría de los países⁷³. 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 solución concursal intenta una “donación” a través de imponer que el problema lo asuman los acreedores. Ello con quitas desmesuradas y esperas, con incidencia impositiva de las quitas, al considerárselas ganancia⁷⁴, observación que desaparecería si –pese a no asumir los socios la recapitalización- en el “esfuerzo compartido” se capitalizan los pasivos, operación neutra para la sociedad, pero que modifica profundamente su patrimonio, además de la afectación del derecho de propiedad al imponer quitas no aceptadas individualmente a los acreedores, enriqueciendo a los socios que intentan así sustituir su obligación de reintegro del capital social.

Es un problema sistémico, como sostiene Karten Schmidt.

IV - LAS PREVISIONES DE LA LEGISLACIÓN SOCIETARIA PARA AFRONTAR CRISIS.

Existe una disociación en la enseñanza y en la dogmática en el tratamiento de las normas “anticrisis” de la legislación societaria.

La base de la contratación no dolosa (arts. 902, 931 y 1072 C.C. Argentino) es que no exista una reticencia o falsa información, como que uno de los contratantes no se

⁷⁰ Ariel A. DASSO *A Tratado del Derecho de Separación o Receso del Socio y del Accionista*, Ed. Legis, Buenos Aires 2012, pág. 193 y ss..

⁷¹ FUSHIMI – RICHARD “La quita en concursos...” cit..

⁷² Sobre estos aspectos y la causal de disolución prevista por el art. 94 inc. 5° LS, puede verse DASSO *Tratado del Derecho de Separación o Receso del Socio y del Accionista*, cit. pág. 324 y concordantes; nro. *Derechos Patrimoniales de los Accionistas* Ed. Lerner, Córdoba 1970 pág. 171 y ss..

⁷³ “¡Más justicia y menos juicios! Conservación de la empresa y preconcuralidad societaria” en *Revista de Derecho Comercial y del Consumidor y de la Empresa*, año IV, número 1, Febrero 2013, Ed. La Ley, Buenos Aires 2013, pág. 3.

⁷⁴ En el libro colectivo citado *POR UN MEJOR DERECHO CONCURSAL* nuestra comunicación con Jorge Fernando FUSHIMI “LA QUITA EN CONCURSOS DE SOCIEDADES Y SU TRATAMIENTO FISCAL (y algunos aspectos periféricos)” t. I p. 635.

encuentra ya en condiciones de cumplir el contrato. En el actual contexto económico, caracterizado por la apertura y la competitividad, la confianza presenta un valor económico indudable. Como recurso productivo es acumulable, y conlleva un fuerte ahorro en los costos de transacción especialmente en situaciones caracterizadas por la información asimétrica, esto es, cuando una de las partes involucradas en un contrato no dispone de toda la información relevante acerca de las características del otro contratante⁷⁵.

Los empresarios han protagonizado “una exigencia cada vez más extensa y apremiante... de condiciones de favor, de inmunidad respecto del derecho común, reclamados como incentivos a la actividad productiva”⁷⁶

Desde ese punto de vista, la protección a la empresa debe verse externamente y no internamente. La apreciación debe ser genérica para tutelar la empresa como organización económica, limitando los efectos externos de su cesación de pagos y permitiendo que, en ese contexto, la “empresa” pueda solucionar su problema. Se generó sin duda un deber en orden a la conservación del patrimonio social, la continuación de la actividad de la empresa viable ante la existencia de una causal de disolución. La adopción tardía de medidas internas o la presentación extemporánea en concurso, continuando la sociedad en su giro en insolvencia, lleva a la destrucción de la estructura empresarial, impidiendo la rehabilitación de la actividad ordenada o permitiéndolo sólo ante un sacrificio exagerado de sus acreedores, quizá transmitiéndoles el estado de insolvencia al hacer irrecuperable parte del activo del patrimonio de esos acreedores.

El eje de la cuestión es que los administradores deberán determinar si la sociedad es patrimonialmente apta para el cumplimiento del objeto social, aun frente a la pérdida del capital social. Y a su vez lo deberán someter a la consideración de los socios o accionistas. La integral aplicación de las normas sobre sociedades, como de otras del sistema jurídico, debe permitir prevenir su insolvencia e impedir la transferencia de los daños a los acreedores⁷⁷.

Así la función de garantía esta perfilada en los artículos 94 inc. 5°, 96 y 99 LSA.

V - LA UNIFORMIDAD DE SOLUCIONES PREVENTIVAS DE LA INSOLVENCIA EN EL DERECHO SOCIETARIO.

Intentemos una rápida e incompleta incursión sobre estos sistemas de preconcursalidad en el derecho argentino y comparado.

1. Si bien venimos haciendo referencia a las mismas, en Argentina⁷⁸ recurrimos a Nissen –cuyo tratado mereció nuestra reseña- para el análisis profundo de esta cuestión. En *Ley de sociedades comerciales. 19.550 y modificatorias. Comentada, anotada y concordada*⁷⁹, a partir del análisis de los arts. 94 inc. 5°, 96 y 99 LSA. 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 disolutoria no se produce ipso jure, esto es, de pleno derecho, Lo verdaderamente importante, siguiendo a Halperin, es que la pérdida del capital social debe resultar del estado patrimonial no

⁷⁵ BEBCZUK, Ricardo N., *Información asimétrica en mercados financieros*, Cambridge University Press, Madrid, 2000, p. 9 s.

⁷⁶ GALGANO, Francesco *Las instituciones de la economía capitalista* Ed. Ariel, Barcelona 1990, pág. 79, en traducción de Carmen Alborch Batalles y M. Broseta Pont.

⁷⁷ Nto ya citado *Insolvencia societaria y responsabilidad* pág. 380 y ss. en JURISPRUDENCIA ARGENTINA, y en *Las relaciones de organización y el sistema jurídico del derecho privado*, Córdoba 2000, ed. de la Academia de Córdoba, Capítulo XI Insolvencia societaria y responsabilidad, pág. 481 y ss..

⁷⁸ Nto. “DISOLUCIÓN 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.

⁷⁹ 3ª edición actualizada y ampliada, Ed. Astrea, Buenos Aires 2010, que hemos comentado.

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)... 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)

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 sostenido⁸⁰. 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 formalizarse 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 (art. 96 LSC) 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. La responsabilidad del art. 99 LSA es de plena aplicación ante el daño a acreedores insolutos.

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 , debe 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:

⁸⁰ RICHARD, E.H. y MUIÑO O.M. *Derecho Societario*, 2ª edición ampliada y actualizada, Ed. Astrea, Bs. As. 2007, pág. 365 y ss..

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.

En conclusión sobre el aspecto del reintegro debemos señalar que el mismo debe ser del monto que restablezca en el patrimonio social un patrimonio neto igual al capital nominal, o sea que pueden absorberse reservas legales y facultativas anteriores, pero no se trata simplemente de aportar un monto igual al capital nominal original, pues de esa forma no se solucionaría el problema si el patrimonio pasivo es superior al activo.

O sea que el tema de la insolvencia, como pérdida del capital social es un problema societario, encontrándose en la ley concursal remediaciones subsidiarias para la cesación de pagos.

2. Revisemos las normas uruguayas, al sólo efecto de escenificar en un derecho positivo foráneo la situación. En el derecho argentino el ejemplo sería similar con distintos porcentajes, como cotejaremos.

Apunta Holz que en el derecho uruguayo es causal de disolución la pérdida que reduzca al capital a menos del veinticinco por ciento “Lo cual no se produce de pleno derecho, arts. 159 No. 6, sino que puede ser evitada en tanto los socios resuelvan reducir o reintegrar capital, art. 160. No obstante, la colega entiende que “ante situaciones de pérdida patrimonial de las sociedades, todos los integrantes de los órganos societarios (incluso de las reuniones o asambleas de socios o accionistas) de las mismas, estarán en el futuro alertas y serán proactivos en la búsqueda de soluciones que eviten la continuación del drenaje de recursos. Y ello por la sola existencia de las graves consecuencias que apareja dicha pérdida, según se ha expuesto precedentemente, cuando la misma pueda conducir a que en situación concursal el patrimonio neto social sea negativo”. Se verá así la concordancia en nuestras opiniones.

Conforme la función de garantía del capital social –al margen de las elucubraciones sobre responsabilidad social empresaria y la infrapatrimonialización que corresponde a la función productiva del capital social-, ante la pérdida del 50% del capital social se impone en la sociedad por acciones la reducción obligatoria de ese capital, para evitar la confusión en los acreedores.

Se remarca que “La presencia en la ley uruguaya del instituto de la infracapitalización como presunción absoluta de culpabilidad del concurso consagra finalmente la necesidad de que los operadores económicos cuente con recursos suficientes para desarrollar su actividad. La decisión del legislador –que comienza a plasmarse en sentencias- nos parece positiva, en cuanto contribuye a prevenir la insolvencia y el traspaso indebido de riesgos a los acreedores, así como a evitar abusos y mecanismos perversos que debilitan el crédito, el tráfico comercial y la economía en general”⁸¹, y cuando la pérdida alcanza más de las tres cuartas partes del capital se

⁸¹ Laura L. CHALAS SANZ “La infracapitalización como presunción de culpabilidad del concurso en la ley uruguaya” en Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones n° 253, marzo/abril 2012 pág. 531 y ss. Indicando que el numeral 2 del art. 193 de la ley concursal uruguaya establece la siguiente presunción absoluta: “Cuando durante los dos años anteriores a la fecha de

impone la liquidación de la sociedad, no pudiendo los administradores realizar otras operaciones –desde que ello es declarado en un balance-, asumiendo responsabilidad solidaria frente a los acreedores con una referencia también a la responsabilidad de los socios.

La continuación de la actividad sin el reintegro obligatorio, o la capitalización – incluso por los acreedores suspendiendo el derecho de suscripción preferente- impone si se llega a perder el 100% del capital social al concursamiento de la sociedad por insolvencia, la que debe efectivizarse dentro de los 30 días.

Claro que ese concursamiento no cubrirá las responsabilidades asumidas pues se evidencia que la sociedad ha continuado su giro. El art. 83 de la ley societaria uruguaya es similar al 59 argentino sobre los deberes de diligencia y lealtad, aunque no se menciona a los terceros para satisfacerles los daños, pero si debe entenderse que se los resguarda a ellos a través de mantener el capital social y con la norma sobre actividad posterior a perder más del 75% del capital social. Sólo el dolo de los administradores podría ignorar esa causal de disolución y luego invocar la pérdida total para presentarse en concurso intempestivamente.

El tema queda resuelto en el caso de directores de sociedades por acciones en el art. 391 que determina la responsabilidad frente a terceros, cuyo contenido se fija en el art. 394 en la incapacidad patrimonial de la sociedad para satisfacer a los acreedores, que se vincula sin duda a la previsión de liquidación por pérdida de capital social.

A su vez el art. 395 determina la posibilidad, en caso de concurso, que la misma la ejercite el liquidador o los acreedores individualmente.

Adviértase que habiendo perdido más de las tres cuartas partes del capital social⁸² una sociedad deberá liquidarse o capitalizarse, y mientras ⁸³tanto si continúa operando nacerá responsabilidad por daños de administradores –y quizás de socios-, pero no podrá concursarse hasta que no pierda el 100% del capital social por la causal del inc. 1° del art. 4, pudiéndolo hacerlo si se dan otras de las causales de ese artículo de la ley concursal.

El art. 160 determina que no se disolverá si los socios reintegran total o parcialmente ese capital.

Congruentemente el art. 164 determina la responsabilidad de administradores si continúan el giro en esas condiciones, sin reintegrarse el capital social, señalando que ello es sin perjuicio de la responsabilidad de los socios.

Y es probable que el grupo de control que no reintegró el capital y continúe el giro se vea afectado por las previsiones del art. 189 sobre inoponibilidad de la personalidad jurídica.

Otra norma coherente con el art. 159 es la reducción obligatoria del capital social si la pérdida alcanza el 50% del capital social.

En cuanto al aumento del capital social se determina el derecho de preferencia de los accionistas en el art. 319, y la posibilidad de dejar de lado ese derecho en el caso de capitalización de obligaciones, conforme al art. 330.

declaración del concurso de acreedores los fondos o los bienes propios del deudor hubieran sido manifiestamente insuficientes o inadecuados para el ejercicio de la actividad o actividades a las que se hubiera dedicado”. Sobre sanciones a socios y administradores por infracapitalización puede verse JUNYENT BAS, Francisco – CHIAVASSA, Eduardo N. “La infracapitalización societaria y las alternativas sancionatorias a socios y administradores en libro de ponencias de las Jornadas Internacionales de *Derecho Económico Empresarial en Homenaje al Dr. Héctor Alegría*, Buenos Aires 2011, pág. 30.

⁸² La ley de sociedades uruguaya dispone en su art. 159 ap. 6° que es causal de disolución por pérdidas que reduzcan el patrimonio social a una cifra inferior a la cuarta parte del capital social integrado.

⁸³ En el derecho positivo español “hay dolo cuando, con palabras o maquinaciones insidiosas, de parte de uno de los contratantes, es inducido el otro a celebrar un contrato que, sin ellas, no hubiera hecho” (art. 1269). En caso de dolo responderá el deudor de todos los daños y perjuicios que conocidamente se derivan de la falta de cumplimiento (art. 1107).

A su vez la ley de concursos dispone su aplicabilidad en caso de insolvencia, la que determina entre otros supuestos del art. 4 en su apartado 1° como la pérdida del capital social cuando exista un pasivo superior al activo comprobado por “normas contables adecuadas”, imponiendo a los administradores la presentación dentro de los 30 días de haberse advertido tal situación por los administradores societarios, previsto por el art. 10: “conocido o debido conocer su estado de insolvencia”. A su vez impone que en el caso de sociedades la propuesta de acuerdo debe estar ratificada por el órgano de gobierno.

Rippe apunta⁸⁴ “a) El art. 24 de la ley de referencia admite, en el caso de concurso necesario de las personas jurídicas, y siempre que resulte de un examen preliminar del estado patrimonial del deudor que su activo no es suficiente para satisfacer su pasivo, el embargo preventivo de los bienes de sus administradores, liquidadores e integrantes del órgano de control interno. b) El art. 25 de la misma ley recoge una solución similar, habilitando el embargo preventivo sobre bienes de personas vinculadas anteriormente por ejercicio de aquellos cargos sociales, cuando de un examen preliminar de los hechos surja su conocimiento del estado de insolvencia de la persona jurídica, durante los dos años anteriores a la declaración judicial del concurso.

El art. 92 de la ley de sociedades regula la Memoria de los administradores y en su punto 4° impone informar sobre “explicación y orientación sobre la perspectiva de las futuras operaciones”, generando así la obligación de revisar el futuro y planificación de los negocios.

Ese es el panorama en la legislación uruguaya.

3. La ley colombiana del 27.12.2006 establece el “Régimen de insolvencia empresarial”, declara que el régimen de insolvencia propicia y protege la buena fe en las relaciones comerciales y patrimoniales, destacando como principios la universalidad, la igualdad de los concurrentes, la eficiencia e información, la negociabilidad, reciprocidad y gobernabilidad económica manifestada en una “dirección general definida para el manejo y destinación de los activos, con miras a lograr propósitos de pago y de reactividad empresarial”.

Fija claramente el objetivo de “reactividad empresarial”, o sea de conservación de la empresa. Esta legislación es preclara al manifestar “Finalidad del régimen de la insolvencia.... tiene por objeto ... la recuperación y conservación de la empresa como unidad de explotación económica y fuente generadora de empleo, a través de los procesos de reorganización y de liquidación judicial, siempre bajo el criterio de agregación de valor. El proceso de reorganización pretende a través de un acuerdo, preservar empresas viables y normalizar sus relaciones comerciales y crediticias, mediante su reestructuración operación, administrativa, de activos o pasivos” en su art. 1° primero segundo párrafos.

La visión de las normas societarias como preventivas resulta del art. 10° que impone que la solicitud de reorganización debe presentarse con la acreditación de “No haberse vencido el plazo establecido en la ley para enervar las causales de disolución, sin haber adoptado las medidas tendientes a subsanarla”.

El Código de Comercio dispone la disolución de la sociedad en art. 201 inc. C) que “La pérdida definitiva del cincuenta por ciento (50%) del capital social, salvo que los socios repongan dicho capital o convengan en disminuirlo proporcionalmente”, lo que genera alguna controversia sobre que siendo causal de disolución no corresponde la reducción.

En la legislación colombiana se prevé el sistema concursal sobre la base de la mera “amenaza de insolvencia”. Pero la ley societaria adopta una serie de medidas para la protección del capital social desde los arts. 18 y ss. de su ley del año 1995, imponiéndoles desde el art.172 y ss. “información financiera” anual con A. “un informe sobre la marcha de la sociedad en el ejercicio, así como sobre las políticas seguidas por los administradores y

⁸⁴ En el ensayo ya referido, pág. 19, enfatizando la responsabilidad de los administradores ante la insolvencia.

en su caso sobre los principales proyectos existentes...C. Un estado que muestre la situación financiera de la sociedad a la fecha de cierre del ejercicio”. Si bien más escueto que la Memoria que en el derecho argentino tienen que presentar esos buenos hombres de negocios, el informe impone poner en el debate de los socios cualquier “amenaza” de crisis.

En la legislación colombiana se prevé el sistema concursal sobre la base de la mera “amenaza de insolvencia”. Pero la ley societaria adopta una serie de medidas para la protección del capital social desde los arts. 18 y ss. de su ley del año 1995, imponiéndoles desde el art.172 y ss. “información financiera” anual con A. “un informe sobre la marcha de la sociedad en el ejercicio, así como sobre las políticas seguidas por los administradores y en su caso sobre los principales proyectos existentes...C. Un estado que muestre la situación financiera de la sociedad a la fecha de cierre del ejercicio”. Si bien más escueto que la Memoria que en el derecho argentino tienen que presentar esos buenos hombres de negocios, el informe impone poner en el debate de los socios cualquier “amenaza” de crisis.

4. República Dominicana sigue el mismo criterio de Colombia, con una redacción diferente, conforme su Ley General de Sociedades Comerciales y Empresas Individuales de Responsabilidad Limitada n° 479 de 2008, su art. 299 norma “Toda sociedad anónima podrá disolverse por las siguientes causas:... Por consecuencia de pérdidas que dejen reducido el patrimonio social a una cantidad inferior de la mitad del capital social suscrito y pagado, a menos que éste se reduzca o aumente en la medida suficiente”. Es el criterio de la 2ª. Directiva de la Unión Europea.

5. 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” en 1999. Explica Dasso en su libro “Derecho Concursal Comparado”: “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 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”. Entre ambos límites (un tercio y el total) son los socios los que deben resolver la liquidación o la capitalización.

6. Representando correctamente esa problemática de los intereses vinculados en la conservación de la empresa, la ley de concursos mercantiles de México -publicada en Diario Oficial el 12 de mayo de 2000-, determina en su art. 1º que “Es de interés público conservar las empresas y evitar que el incumplimiento generalizado de las obligaciones de pago ponga en riesgo la viabilidad de las mismas y de las demás con las que mantenga una relación de negociación”.

La “conservación de la empresa” aparece así como declaración de interés público, y objetivo normativo-legislativo. Más limitadamente la ley colombiana se expresa en torno a la

“dirección general definida para el manejo y destinación de los activos, con miras a lograr propósitos de pago y de reactividad empresarial”.

Y, conforme a ello y en congruencia, la Ley de Sociedades de los 30, con sus modificaciones, impone como causal de disolución en su art. 229 la pérdida de los 2/3 del capital social -67%?-, agravando la solución argentina que requiere el 100% de la pérdida (patrimonio social neutro), haciendo responsables solidariamente a los administradores por la continuidad del giro, con el agravamiento previsto para la Sociedad anónima en art. 158, en la gestión calificada por la información que deben dar conforme al art. 172. Ello se une a las normas sobre la protección al capital y su integración en los arts. 19, 20 y otras normas dispersas en la regulación.

7. La legislación societaria de Chile exige que anualmente los administradores señalen cual es el capital que debe tener la sociedad para afrontar las actividades del inmediato año. Esto impide las maniobras de contabilidad creativa propios de las legislaciones de capital fijo, con las que se suele encubrir la pérdida del capital social limitándose a una apreciación cuantitativa y no funcional sobre la prospectiva de la actividad.

El art. 299 de la Ley General de Sociedades dispone que la pérdida de 2/3 del capital social es causal de disolución, imponiéndose un deber de información del órgano de administración a la Superintendencia en caso de cesación de pagos, conforme el art. 101 de la ley 18.046 del año 1981, al igual que si un acreedor solicita la quiebra de la sociedad. También deberá el Directorio citar a junta de accionistas para deliberar dentro de los 30 días, informando ampliamente sobre la situación legal, económica y financiera de la sociedad.

8. En Venezuela⁸⁵: “Por disolución se entiende hoy el momento inicial o desencadenante del proceso de desintegración de la sociedad, esto es, el presupuesto de su liquidación. La disolución no supone la extinción inmediata del ente social, sino el tránsito a la liquidación”⁸⁶.

La doctrina ha analizado la división de esas causales entre aquellas que operan de pleno derecho y las otras. Vivante⁸⁷ 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”.

Pero la continuación de la actividad de la sociedad no tendrá otros efectos fuera del responsabilizatorio cuando se pudiera formalizar algún daño. Así, cuando puede generarse responsabilidad a administradores o socios, los acreedores individuales de ellos podrían requerirlo.

El artículo 292 del original Código de Comercio (equivalente al artículo 342 del Código actual) se desprende similar conclusión: *Artículo 292. Terminada ó disuelta la sociedad, los administradores no pueden emprender nuevas operaciones, y si contravinieren a esta disposición son responsables personal y solidariamente por los negocios emprendidos. La*

⁸⁵ Nto. “LA EMPRESA: SU ORGANIZACIÓN Y CRISIS”, en *Libro Homenaje al Profesor Alfredo Morles Hernández*” AAVV, tomo III *DERECHO FINANCIERO Y DERECHO CONCURSAL*, Capítulo 67, pag. 645, Ed. Universidad Católica Andrés Bello, Caracas 2012.

⁸⁶ MORLES HERNÁNDEZ, Alfredo. *La disolución de las sociedades mercantiles*. El Derecho privado y procesal en Venezuela. Homenaje a Gustavo Planchart Manrique. Tomo I, págs. 288 y siguientes. Caracas, 2003.

⁸⁷ 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.

prohibición tiene efecto desde el día en que ha expirado el término de la sociedad, en que se ha cumplido su objeto, ó ha muerto alguno de los socios cuyo fallecimiento disuelva la sociedad, ó desde que ésta sea declarada en liquidación por los socios ó por el Tribunal.

Las causales de disolución de la sociedad anónima están relacionadas con la supervivencia de los elementos fundamentales de la sociedad, uno de los cuales es el capital social, por lo que su pérdida total o parcial en cantidad significativa, determina necesariamente la disolución y liquidación del ente social. Por ello, el ordinal 5° del artículo 340 del Código de Venezuela establece como causal de disolución de la sociedad la pérdida entera del capital o la parcial a la que se refiere el artículo 264 cuando los socios no resuelven reintegrarlo o limitarlo al existente.

Una primera observación, meramente formal, es que la primera parte de la causal de disolución, “pérdida entera” del capital social, sobraría, toda vez que la pérdida parcial de capital prevista en el artículo 264 es también causa de disolución. Apunta Morles que la interpretación correcta es que la hipótesis de pérdida total se aplica a todas las sociedades mercantiles y la pérdida parcial del artículo 264 es causal propia de las sociedades anónimas⁸⁸.

En cuanto a ese artículo, ACEDO SUCRE y ACEDO de LEPERVANCHE analizaron el tema: *“La aplicación del artículo 264 del Código de Comercio implica que la sociedad afectada está en una situación de graves dificultades; sin embargo, las opciones allí propuestas a los accionistas pueden permitir su recuperación.... es importante analizar a fondo cuál es el supuesto de hecho que haría a una compañía en dificultades quedar incurso en el procedimiento establecido en el artículo 264. Si bien el artículo 264 contempla dos situaciones distintas, ambas tienen un supuesto de hecho común, la disminución de capital en más de un tercio al menos. En efecto, la primera parte del citado artículo 264 prevé que, en caso de que el capital de una sociedad disminuya en más de un tercio, sin alcanzar los dos tercios del capital, los administradores han de convocar a los accionistas para que decidan si optan por reintegrar el capital, limitarlo a la suma que queda o liquidar la compañía. La segunda parte del mismo artículo prevé que, en caso de que el capital social disminuya en más de dos tercios, los administradores han de convocar a los accionistas para que decidan si optan por reintegrar el capital o limitarlo a la suma que queda, y, en ausencia de decisión, la compañía entrará en liquidación. ...la disminución o pérdida a que se refiere el artículo citado debe determinarse según los estados financieros, considerando todas las cuentas de patrimonio. Se debe, a los efectos del reintegro, reducción o aumento de capital social, hacer la comparación de dicha pérdida patrimonial con el capital registrado de la compañía, es decir, el resultado de la sumatoria del valor nominal de sus acciones... El capital social con el que se compara la disminución de capital o pérdida patrimonial es el capital social registrado, y no un capital ajustado por inflación;... Todas las cuentas del patrimonio, entre las cuales figura la reserva legal y cualquier otra reserva, son cuentas preservadoras del capital social, y, por lo tanto, con anterioridad a aplicar el artículo citado, es decir, antes de considerar afectado el capital social, deben tomarse en consideración aquellas cuentas...”⁸⁹.*

La ley, al establecer que la sociedad se pondrá necesariamente en liquidación, presenta las alternativas de reintegro o limitación del capital social, como una forma de impedir la liquidación necesaria, pero advirtiendo que si no se hace el reintegro o la limitación, la liquidación procede *ipso iure*. Tal disolución *ipso iure* se produce únicamente si la asamblea no decide reintegrar o limitar el capital. La prohibición para los

⁸⁸ MORLES, “Compendio...” cit., tomo II pág. 894.

⁸⁹ ACEDO SUCRE, Carlos Eduardo y ACEDO DE PERVANCHE, Luisa T. *Las reservas de las sociedades anónimas, su relación con el artículo 264 del Código de Comercio y la aplicación de éste a las compañías aseguradoras*. Estudios sobre Derecho de Seguros, Libro homenaje a los 40 años de la fundación de la Asociación Venezolana de Derecho de Seguros, , págs. 111 y siguientes. Caracas, 2003.

administradores de emprender nuevas operaciones (consecuencia de la disolución), se aplica de inmediato.

9. En Alemania⁹⁰: “La obligación de convocar a los socios en una situación de crisis, en general también juega un papel en la práctica empresarial. Según la ley la Asamblea General o Asamblea de Socios deberá ser convocada si “lo requiere el bien de la sociedad (art. 121 de la Ley de SA, art. 49 inc. 2 de la Ley de SRL), especialmente si se hubiera consumido el 50% del capital social (art. 92 inc. 1 de la Ley de S.A., art. 49 inc. 3 de la Ley de SRL). Estas obligaciones son de gran importancia en las crisis de las sociedades, porque se trata de posibilidades de saneamiento”. Antes y en orden a la lealtad y diligencia si incumplen “la diligencia de un Gerente ordenado y consciente y provocan un perjuicio a la sociedad”, pero se enseña que ello es interpretado conforme la “Business Judgment Rule”: “No existe una violación de deberes, si el Director en una decisión empresarial pudo suponer sin negligencia grave, que actuó en base a una información razonable para el bien de la sociedad”. Obviamente ante la constatación en el balance de la pérdida del capital social la acción en Alemania como en el derecho comparado se corresponde a lo que dispongan las normas societarias imperativamente: normalmente recapitalización o liquidación so pena de responsabilidad ex post. Es lo que el autor que citamos señala como “Responsabilidad por retraso de insolvencia....Si una sociedad de capital está sobreendeudada o entra en cesación de pagos, el Directorio o los Gerentes deberán solicitar la apertura del procedimiento de insolvencia si no logran un saneamiento dentro de las tres semanas subsiguientes.... Además los acreedores podrán exigir del Directorio o de los Gerentes una indemnización por daños y perjuicios...Las dificultades en el ejercicio del derecho parecían inmensas...Cierta día los síndicos concursales descubrieron normas que habían quedado a oscuras durante 100 años. Según estas disposiciones en el Derecho de Sociedades Anónimas y SRL el Directorio o los Gerentes deberán realizar a la masa cada uno de los pagos que hubiera efectuado en forma culposa después de manifestarse el sobreendeudamiento”.

Se sostiene que el derecho societario y el derecho falimentar se influyen mutuamente, bajo las reglas del “corporate government”, imponiendo ante la pérdida total o parcial del capital social la convocatoria a asamblea, configurando el “leitmotiv” de la “profilaxis de la insolvencia” el asegurar la estabilidad de la empresa, adoptando las medidas de saneamiento⁹¹.

10. La legislación española⁹² atiende en su ley societaria a las pérdidas societarias calificadas, que de no ser atendidas conforme las normas imperativas de la ley –similares a la legislación argentina- imponen un régimen especial de responsabilidad concursal a los administradores de derecho o de hecho, y quienes hubieran tenido esa condición dentro de los dos años anteriores a la fecha de declaración del concurso, condenándolos a pagar a los acreedores concursales total o parcialmente el importe que sus créditos no perciban en la liquidación de la masa activa si el concurso se califica como culpable, siempre que dicha calificación se produzca a consecuencia de la apertura de la fase de liquidación, que se agrega a la acción individual de responsabilidad autorizada por la ley societaria. Se equipara el desbalance contable a la insolvencia, que es un “mecanismo de anticipación

⁹⁰ KARSTEN SCHMIDT, ob. cit. pág. 402

⁹¹ Expresamos la visión de M.S. Spolidoro comentando la tesis de Alexandros N. ROKAS *Die Insolvenzprophylaxe als Bestandteil der Corporate Governance im deutschen Aktienrecht*, Baden Baden, Nomos 2012, registrada en Rivista delle Società anno 57°, noviembre-diciembre 2012 fas. 6°, pág. 1353.

⁹² PULGAR EZQUERRA, Juana “ Las pérdidas societarias calificadas: la responsabilidad de los administradores de sociedades de capital y la solicitud del concurso de acreedores” en *Sociedades Comerciales. Los administradores y los socios. Responsabilidad en Sociedades Anónimas* AAVV directores José M. Embid Irujo – Daniel Roque Vitolo, Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe 2005, pág. 29 y ss..

exclusivamente societario”. Las pérdidas cualificadas acaecen cuando dejen “reducido el patrimonio a una cantidad inferior a la mitad del capital social, a no ser que éste se aumente o se reduzca en la medida suficiente”, imponiendo a los administradores el deber de convocar a junta general en el plazo de dos meses desde la concurrencia de la causa de disolución, para que sean los socios los que decida si continúan con la actividad empresarial eliminando la causal o si optan por disolver la sociedad, debiendo en caso contrario los administradores solicitar la disolución judicial o el concurso si hubiere causales para ello. “Se ha asignado a esta disolución por pérdidas, que encentra su origen en el modelo francés (art. 241 de la Ley de Sociedades Comerciales francesa), una función anticipadora y preventiva de situaciones de insolvencia, pues el déficit patrimonial que se contempla en el art. 260.1.4. -de la ley societaria española- no es en relación al pasivo exigible, sino el relación al capital nominal, en una situación grave... no parece de nuevo que deba ser el concursal un ámbito empleado prioritariamente para la reorganización empresarial”⁹³.

Respecto a la pérdida del capital social y las normas específicas de la legislación del medio técnico organizativo, la doctrina española –Emilio Beltrán en 1991- calificó la solución como preconcursal, sosteniendo que para evitar que la sociedad llegue al estado de insolvencia, el legislador ha establecido un mecanismo preventivo consistente en obligar a la sociedad a disolverse o adoptar medidas sustitutorias de saneamiento financiero cuando se produzcan pérdidas graves, amenazando con graves sanciones a los administradores si esto no se produce –sustancialmente ello no ha cambiado pese a las posibilidades de concursarlas-. La solución con matices especiales no es muy diferente en nuestro país.

“Se ha asignado a esta disolución por pérdidas, que encentra su origen en el modelo francés (art. 241 de la Ley de Sociedades Comerciales francesa), una función anticipadora y preventiva de situaciones de insolvencia, pues el déficit patrimonial que se contempla en el art. 260.1.4. -de la ley societaria española- no es en relación al pasivo exigible, sino el relación al capital nominal, en una situación grave”⁹⁴.

Ver Dasso Derecho Concursal Comparado, tomo III pág. 262, donde señala que “Constituye un extremo sin precedentes en el derecho comparado” la posibilidad de embargo de bienes de los administradores de personas jurídicas, o sea de sociedades, previsto en el art. 48 ter. La ley de sociedades de capital de España en los arts. 225 y 226 determina las funciones y deberes de los esos administradores, y la responsabilidad en el art. 236, previendo acción a terceros y socios contra ellos por daños directos (art. 241), y los indirectos –por daños al patrimonio social- puede promoverlos el tercero acreedor social ante el patrimonio insuficiente de la sociedad si la sociedad y los socios no la promueven. El art. 363 inc. e) impone la disolución por pérdida del capital social que lo reduzca a menos del 50% siempre que no se aumenta o se concurse si es procedente. El art. 367 determina la responsabilidad de administradores por obligaciones posteriores si en dos meses no se soluciona la causal o se presenta en concurso a la sociedad. Y a su vez aquel art. 48 ter de la ley concursal autoriza embargo sobre bienes de los administradores. El art. 100 de esta ley condiciona la homologación de un acuerdo a que la quita no supere la mitad de cada crédito y la espera no exceda los 4 años. Nos permitimos apuntar que, en casos de sociedades, si el activo supera al pasivo una quita –que genera una ganancia para la sociedad y obviamente a los socios- sería abusiva. A su vez el incidente de calificación, en principio, no se promoverá si la quita es inferior a un tercio de importe de los créditos o una espera inferior a tres años, salvo caso de posterior incumplimiento (art. 167 1º). Del incidente de calificación puede resultar la responsabilidad de administradores.

España ha debilitado la respuesta societaria, imponiendo que de no capitalizarse la sociedad, los administradores para no asumir responsabilidad deben presentar en concurso a la

⁹³ PULGAR EZQUERRA ob. cit. págs.. 38 y 41, esto último en forma coincidente con la jurisprudencia de nuestra Corte en el caso Comercial del Plata S.A. – concurso.

⁹⁴ PULGAR EZQUERRA ob. cit. pág. 38.

sociedad. Ello implica que el esfuerzo por capitalizar a la sociedad se puede trasladar a los acreedores por resoluciones mayoritarias. A nuestro entender –y desde una visión de principios del derecho- ello no descarta que: 1º se pueda atribuir responsabilidad a administradores si contrataron a sabiendas de las dificultades económicas que padecían, el factor de atribución será la culpa y no meramente el incumplimiento de la norma de capitalización, y 2º reconociendo que la quita a los acreedores implica un enriquecimiento de los socios, pueden pensarse en que el concurso es una suerte de abuso de derecho, del que nace la posibilidad de acciones por control abusivo. La cuestión se paliaría, en ambos casos, en la capitalización del pasivo, total o parcial, sea en procedimiento preconcursal o concursal.

Ratificando la anticipado y transfiriendo el sistema de preconcursalidad a la legislación societaria, se ha sostenido en España 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..”⁹⁵

Debe remarcarse el carácter sancionatorio del sistema legal español bajo los supuestos de incumplimiento del deber de convocatoria de la Junta General, de la solicitud de disolución judicial, en la SRL del transcurso de un año desde la adopción de un acuerdo de reducción obligatorio del capital por debajo del mínimo legal sin que haya inscrito la transformación o la disolución o el aumento de su capital. Se determina el carácter solidario de la responsabilidad con extensión a todas las deudas sociales. La nueva legislación española viene a cubrir la falta en la del año 1951 de un sistema que asegurara la disolución en presencia de una causa legítima. “Tres son las piezas que componen ese mecanismo legal: el deber de los administradores de convocar Junta General en el plazo de dos meses desde que concurra causa de disolución, la admisión expresa de la disolución judicial cuando la sociedad no proceda a acordar la disolución o la remoción de la causa, para lo cual se concede legitimación a cualquier interesado y se impone un deber de solicitud a los administradores; y la imposición a los administradores de una sanción consistente en la responsabilidad por las obligaciones sociales, cuando incumplan cualquiera de los deberes indicados. La más llamativa de esas disposiciones es, sin duda alguna, la que sanciona a los administradores con la responsabilidad solidaria por las deudas sociales (arts. 265.2 y 5 LSA y 195.5 LSRL), algo que puede sorprender en unas sociedades en las que los socios no responden de las deudas sociales (arts. 1 LSA y 1 LSRL).”⁹⁶

Ante falta de disposición normativa existe la posibilidad de enfocar el problema de la infracapitalización desde la óptica de la *responsabilidad de los administradores*. Así se contempla en Francia, con la *action en comblement du passif*, que establece en sede concursal la sanción a la infracapitalización.⁹⁷ Lo mismo sucede en Italia, por la aplicación de la acción del art 2449 del *Codice Civile*.⁹⁸ Si bien en España no existen normas

⁹⁵ LA RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES DE SOCIEDADES DE CAPITAL, Director Juan Bolás Alfonso Notario, Consejo General del Poder Judicial, Consejo General del Notariado, Madrid 2000, a pág. 154 “5. RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES POR LAS DEUDAS SOCIALES E INSOLVENCIA DE LA SOCIEDAD.

⁹⁶ La responsabilidad por las deudas sociales de administradores de sociedades anónimas y limitadas incursas en causa de disolución, por Emilio Beltrán Sanchez pág. 133.en LA RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES DE SOCIEDADES DE CAPITAL, Director Juan Bolás Alfonso Notario, Consejo General del Poder Judicial, Consejo General del Notariado, Madrid 2000.

⁹⁷ Art. 180 de de la Ley 85-98 de 25 de enero de 1985 *relative au redressement et à la liquidation judiciaires des entreprises*.

⁹⁸ Cuando se ha continuado en la gestión social una vez acaecida la infracapitalización o la pérdida del capital social, causas de disolución contempladas en los números 2 y 4 del art. 1448 del *Codice Civile*.

similares,⁹⁹ la aplicación del art. 262.5 de la LSA puede llevar a obtener resultados semejantes¹⁰⁰.

11. Debemos apuntar que la jurisprudencia americana no es ajena a ambigüedades^[22]. A ello debe sumarse las referencias terminológicas. Es necesario señalar que en acciones promovidas por accionistas en lo que se suele llamar la “zona de insolvencia” o sea la “red flags”, debe apuntarse que la restrictiva jurisprudencia que se cita de los tribunales de Delaware aceptan la responsabilidad cuando no existe buena fe, o sea dolo –ni siquiera culpa grave– por violación del deber de lealtad (*duty of loyalty*) y no meramente violación de la diligencia –activa u omisiva– (*duty of care*). No es el supuesto de acreedores vinculados en tiempos de cesación de pagos.

¿Que intereses deben tutelarse frente a la crisis de una organización empresarial-societaria? En general, en derecho societario norteamericano, el directorio de una sociedad solvente sólo tiene una obligación fiduciaria para con sus accionistas a fin de maximizar las ganancias y su valor. Por ejemplo, el Tribunal Concursal del Distrito Norte de Illinois, dispuso que los directores de las sociedades solventes únicamente deben obligaciones fiduciarias a los accionistas ya que son realmente éstos los dueños de la sociedad y el manejo de los activos societarios se encuentra a cargo de los directores. También el tribunal Judicial de Delaware reconoció la regla general referida a que los directores no tienen obligaciones con los acreedores más allá de los términos contractuales relevantes, no existiendo circunstancias especiales tales como la insolvencia. El motivo fundamental de la obligación para con los accionistas es que los acreedores celebren contratos con las sociedades sobre los cuales se basan sus reclamos. Por lo tanto, por definición, una sociedad *solvente* es aquella que cuenta con la capacidad de satisfacer sus obligaciones monetarias contractuales y se presume que los acreedores se encuentran protegidos por los términos de los derechos que emanan de los contratos celebrados con aquélla. Por otra parte, los accionistas dependen de la habilidad gerencial del directorio para lograr un recupero de sus inversiones y consecuentemente la ley le impone a éste un deber fiduciario para con los –según ella “vulnerables”- accionistas”.

Se verá que la cuestión es bien distinta a la que perfila nuestro art. 59 LSA^[23], o sea a los factores de atribución de culpa y dolo. La jurisprudencia de Delaware –traída al comentario– rechaza las acciones contra los administradores si no se acreditan circunstancias indicativas de la mala fe, considerada necesaria para hacer valer la responsabilidad de los directores en relación a sus deberes de control^[24].

Acotamos que la doctrina americana sostiene que la llamada desestimación de la personalidad es una forma de responsabilización en las relaciones de organización.

En la doctrina de los Estados Unidos de Norteamérica se cuestiona la teoría del disregard por su imprecisión y se plantea si no es una modalidad de aplicar responsabilidad. La desestimación en sentido estricto implica el desconocimiento del principio de división

⁹⁹Sobre esta cuestión, cfr. MASSAGUER, J., *La reintegración a la masa de los procedimientos concursales*, Barcelona, 1986, p. 168.

¹⁰⁰cfme. MASSAGUER, J., “El capital nominal...,” R.G.D. 1990 pág. 5571 y ss. en especial p. 5576, n.82 y 5572.

^[22] ANDRELLI, G. *Doveri di controllo degli amministratori e crisi finanziaria: una decisione della Chancery Court del Delaware* en *Rivista delle Società*, anno 54°, 2009, marzo-giugno pág. 579.

^[23] RICHARD, EFRAÍN HUGO Y MUIÑO, ORLANDO MANUEL *Derecho Societario*, Ed. Astrea, Buenos Aires 1999, pág. 229 y concordantes. RICHARD, EFRAÍN HUGO; RODRÍGUEZ, PABLO JAVIER Y VÉLEZ, HÉCTOR G. “Responsabilidad de administradores societarios y socios en supuestos de insolvencia en la concepción del Anteproyecto de Reformas a la ley de sociedades”, pág. 407, en Libro colectivo *Nuevas Perspectivas en el Derecho Societario y el Anteproyecto de Reforma a la Ley de Sociedades Comerciales*, coordinado por Daniel R. Vitolo y Marta G. Pardini, Editorial Ad Hoc, Buenos Aires abril 2005, también nro. “Responsabilidad de Administradores y Socios por no asumir tempestivamente la crisis” en *Problemas y cuestiones sobre las sociedades*, libro colectivo dirigido por Daniel R. Vitolo y Marta Pardini, Editorial Ad Hoc, Buenos Aires 2006, pág. 345, publicación de las XIII JORNADAS DE INSTITUTO DE DERECHO COMERCIAL DE LA REPUBLICA ARGENTINA Bahía Blanca, Pcia. de Buenos Aires, 26 y 27 de Octubre de 2006.

^[24] Citigroup Inc. Shareholder Derivative Litigation, 964, A ed 206 (Del. Ch. 2009). Si los administradores han organizado un adecuado sistema de control interno.

(separación o escisión) patrimonial entre la sociedad y los socios o los terceros controlantes, pero normalmente es usado en sentido lato, eliminando las limitaciones de responsabilidad de los socios fijados por el tipo societario o de imputabilidad por las formas societarias. En este sentido se usa en el derecho americano la expresión "disregard of the legal entity o percing of the corporate veil" ^[2]. De todas formas es tema debatido en E.E.U.U. si se esta verdaderamente frente a acciones de descarrimiento de velo o meramente de responsabilidad. La doctrina sostiene que en el derecho americano la teoría del levantamiento del velo es una figura que deja enorme discrecionalidad al juzgador, no percibiéndose como una construcción debidamente delimitada para la justicia y seguridad jurídica. Es que ha llegado a sostener la doctrina que no existen elementos esenciales diferenciadores entre la teoría del disregard y de la presunción de responsabilidad por la *enterprise theory*.

En relación al derecho norteamericano, con respecto al período de preconcursalidad, o sea de sociedad en estado de cesación de pagos cuyos administradores no abren los procedimientos concursales, la jurisprudencia ha dado un viraje a partir de 1991 sosteniendo la responsabilidad civil de esos administradores frente a los nuevos acreedores ¹⁰¹. En base a la "business judgement rule" "si la decisión fue tomada sin la información adecuada y disponible, ha existido una gruesa negligencia (culpa grave) del empresario por lo que deberá responder civilmente"¹⁰². Se expresa¹⁰³ "... si en la actualidad una compañía se ve metida en líos, los consejeros pueden ser demandados a título personal.... De hecho, la mayoría de los consejeros insisten en la actualidad para que sus compañías suscriban fianzas a su favor para hacer frente a cualquier pleito que se entable contra ellos"" Puede contratarse seguro? El dolo no es asegurable, PERO PUEDE asegurar la Sociedad, en cuyo caso la Cía Aseguradora puede repetir contra el director.

La jurisprudencia belga desde fines del año 1991 extiende la quiebra al maitre de l'affaire persona síquica¹⁰⁴, administrador o controlante.

En legislaciones como la del Código Californiano se impone la imposibilidad de distribuir utilidades, entre otros actos, sino se somete a dos exámenes las cuentas sociales: Quantitative Liquidity Test y Quantitative Solvency Test ó de un simplificado Equity Insolvency Test¹⁰⁵.

En países donde no se exige capital mínimo y, en casos, capital social, el régimen se regula por la responsabilidad de los administradores, pese a que en Estados Unidos de Norteamérica se admite la disponibilidad de esa responsabilidad en las sociedades de responsabilidad limitada¹⁰⁶. No obstante la posibilidad de ciertas dispensas, los administradores serán responsables por no dar cumplimiento a los deberes fiduciarios de diligencia debida y lealtad en relación a los acreedores de la sociedad, a los socios o accionistas y a la sociedad en sí misma¹⁰⁷ conforme los deberes implícitos de actuar de buena fe y obrar justo. En la legislación de ese país, enseña en su *Derecho Concursal*

^[2] Court of Appeal for the Fifth Circuit, con fecha 29 de enero de 1990 sostuvo que el recurso de la personalidad jurídica no puede ser superado para afirmar la responsabilidad de la sociedad controlante en relación a los costos relativos a la bonificación de un área en la que actúa una sociedad totalmente controlada.... A criterio de la corte el superamiento del recurso de la personalidad jurídica debe ser limitado a la situación en la que la forma de la sociedad PERSONIFICADA es usada como una función preordenada a un fin fraudulento o al efecto de no incurrir en responsabilidad personal (cfr. Corporate Veil Cannot Be pierced To impose Superfund Liability On Parent, in Securities Regulation y Law Reports, vol. 22, 2 febbraio 1990, p. 158 y ss.).

¹⁰¹ VICARI, Andrea I doveri degli amministratori in caso de insolvenza della società nel diritto statunitense, en Rivista delle Società 1999 p. 1244 y ss.-.

¹⁰² cfme. DOBSON *No hay responsabilidad...* cit. pag. 105.

¹⁰³ GIBNEY, Frank "El milagro programado" 2ª. Ed. Sudamericana Planeta, Buenos Aires 1987, p. 13.

¹⁰⁴ Anales de la Facultad de Derecho de Lieja, en pág. 20-1991.

¹⁰⁵ ESCRIBANO GÁMIR, Rosario C. *La protección de los acreedores sociales* Editorial Aranzadi, Navarra 1998, Monografía de Revista de Sociedades nº 10, pág. 44 y ss..

¹⁰⁶ FERREIRA TAMBORINDEGUY, Héctor "Autonomía de la voluntad y responsabilidad de los administradores" en Revista de Derecho Comercial 5 pág. 49, Tercera época 2012, Montevideo.

¹⁰⁷ Ob. cit. en nota anterior. CHOPER, Jesse; COFFEE, John y GILSON, Ronald "Cases and Material on Corporations, pág. 74, Aspen Law & Business, Nueva York, 2000.

Comparado (tomo I, Ed. Lexis 2009), que el famoso Capítulo 11, tiene su base en “el llamado *Plan de Reorganización* que debe contar con el visto bueno de la Security And Exchange Commission... le otorga al deudor la posibilidad de lograr plazo suficiente para cancelar el pasivo, permitiéndole continuar al frente de sus negocios... incluyendo la posibilidad de emitir nuevas acciones por las deudas, la participación de los acreedores en las futuras ganancias de la compañía y el libramiento de nuevas acciones de capital ... También puede disponerse la modificación en el estatuto del concursado que tenga forma de sociedad anónima, de cláusulas que prohíban la emisión de acciones sin derecho a voto o que dispongan respecto de varias categorías de acciones con dicho derecho de voto entre las diversas clases de acciones, incluyendo el caso de acciones preferidas.”. Como se advertirá posibilitando la incorporación de nuevos socios o la capitalización del pasivo¹⁰⁸.

Adviértase los sistemas que en situaciones semejantes permiten a los administradores emitir acciones sin autorización de los socios¹⁰⁹. 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 administradores¹¹⁰, señalándose la utilidad que revisten en general “los remedios tempestivos e idóneos a la primera señal de crisis”¹¹¹..

12. O sea que en todos esos países la regulación anticipatoria de la crisis es más exigente que en el derecho argentino, donde la causal de disolución del capital social se dispara recién cuando el mismo está agotado.

En la doctrina italiana se determina 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 extraordinario¹¹². Y sanciona con responsabilidad a los administradores cuando, ante la existencia de una causal de disolución, han retardado u omitido sus obligaciones perjudicando a los acreedores sociales¹¹³.

En la reforma italiana, por ejemplo, el art. 2497 C.Civile que expresamente establece un régimen de acciones de responsabilidad: “ *Las sociedades o los entes que, en ejercicio de actividades de dirección y coordinación de sociedades, actúen en el interés empresarial propio o ajeno, en violación de los principios de correcta gestión societaria y empresarial de éstas*

¹⁰⁸ Sobre tales aspectos pueden verse numerosos artículos nuestros en www.acaderc.org.ar, y la última parte del trabajo con Jorge Fernando FUSHIMI “Las quitas...” citado.

¹⁰⁹ 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.

¹¹⁰ MIOLA ob. cit. pág. 1310.

¹¹¹ MIOLA ob. cit. pág. 1309.

¹¹² “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 di 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 giuziali e operazioni societarie di “riorganizzazione”* en “*Revista delle società*” anno 53, 2008 p. 18, especialmente pág. 62/3.

¹¹³ Se trata de las previsiones de los arts. 2485 y 2486 C.C.. GUIZZI, G. “Responsabilità delig ammnistratori e insolvenza. Spunti per una comparazione tra esperienza giurídica italiana e spagnora”, en *Riv. Dir. Imp.*, 2005, 250. También puede verse PISCITELLO, Paolo “La responsabilità degli amministratori di società di capitale tra discrezionalità del giudice e business judgement rule”, en *Rivista delle Società*, anno 57°, 2012, noviembre-diciembre 2012 fascicolo 6° pág. 1167 y ss., con la tendencia jurisprudencial de otorgar un equitativo resarcimiento al acreedor perjudicado, sin imponer automáticamente sobre los administradores el pasivo de la sociedad.

sociedades, son directamente responsables frente a los socios de éstas por el perjuicio causado a la rentabilidad y al valor de la participación social, y frente a los acreedores sociales por la lesión producida a la integridad del patrimonio de la sociedad. [...] Responde solidariamente quien haya participado en el acto lesivo y, en los límites del beneficio obtenido, quien se haya beneficiado a sabiendas". Se advertirá que la noción de "daño" es extendida notablemente y se autorizan acciones derivativas.

VI - LA IMPERATIVIDAD Y EL ORDEN PÚBLICO EN LAS NORMAS DE ORGANIZACIÓN SOCIETARIA.

Debemos convenir que la aplicación del derecho concursal no sustituye el resto del sistema jurídico, salvo impedir la agresión inmediata al patrimonio concursado.

El hoy ex Vicepresidente del Instituto Iberoamericano de Derecho Concursal –sede México, por imposición estatutaria de no reelección-, el distinguido jurista y amigo E. Daniel Truffat se ha enrolado en una posición integradora del sistema jurídico en el VIII CONGRESO DEL INSTITUTO IBEROAMERICANO DE DERECHO CONCURSAL, MEXICO D.F. (MEXICO), 17 a 19 de mayo de 2012, con el título "SOBRE LOS CONCURSOS "A MEDIDA", A LA LUZ DE LA ACTUAL REALIDAD NORMATIVA", expresando: "La pérdida de autosuficiencia del Derecho Concursal y su necesaria integración no solo con normas supralegales de base constitucional, sino con el derecho positivo clásico y con los "nuevos derechos" (defensa del consumidor, normas de prevención de origen espureo de los capitales, defensa de la competencia, etc.), impacta radicalmente sobre los criterios y enfoques que deben presidir el "diseño" de cada solución concursal y de los acuerdos que a través del concordato se busquen instrumentar". ... Mi generación se formó con ciertas teóricas ideas (que eran más "prejuicios" que auténticas expresiones de racionales) sobre la completividad de tales cuerpos normativos.... Claramente se integró el derecho concursal con las normas directrices del derecho civil. ... En el área concursal los jueces nacionales se encargaron de remarcar que el derecho concursal "no es una isla". ... Todo ello con el detalle, tantas veces remarcado, de la "constitucionalización" de las relaciones patrimoniales".

En esa integración, resulta así un aspecto liminar determinar si las normas que organizan ese sistema –especialmente las societarias- son de orden público o imperativas.

El proyecto de reformas del Código Civil y Comercial en Argentina tornaría innecesario distinguir entre orden público y normas imperativas en cuanto a la inderogabilidad de estas últimas por conductas de los administradores o socios¹¹⁴.

El ARTÍCULO 12 del Título Preliminar del Proyecto de Código Civil y Comercial (2012) se refiere al "Orden público" y al "Fraude a la ley": "Las convenciones particulares no pueden dejar sin efecto las leyes en cuya observancia esté interesado el orden público. El acto respecto del cual se invoque el amparo de un texto legal, que persiga un resultado sustancialmente análogo al prohibido por una norma imperativa, se considera otorgado en

¹¹⁴ Ha expresado Julio César Otaegui que hay una difundida opinión "consistente en que la Ley de Sociedades Comerciales 19.550 (LSC) es de orden público o al menos de interés público", frente a lo cual el distinguido jurista opina que "La naturaleza de orden público de la LSC es cuestionable partiendo del supuesto que el orden público es la base esencial de un estado plasmada en su constitución sea esta estatutaria o consuetudinaria. Así en nuestro caso hay un orden público prescripto en la Constitución fincante en los llamados derechos constitucionales de primera generación o sean los derechos constitucionales generales (Constitución Parte Primera), a los que se sumaron los derechos constitucionales particulares de segunda generación o sean los derechos laborales (C. Nacional art. 14 bis) y los derechos constitucionales de tercer generación o sean los derechos sociales (C. Nacional arts. 41, 42). Los derechos constitucionales de primera generación son los atinentes a la libertad (CN arts. 14, 15), la propiedad (CN art. 17), la seguridad y la justicia (CN art. 18), y la vida (CN art. 33) sin él que los anteriores carecerían de razón de ser. ... No hay aquí mención alguna a un orden público societario aunque las relaciones societarias si bien libradas a la autonomía de la voluntad, deben respetar al orden y la moral pública (Constitución Nacional art. 19)... Es por esto que el C. Civil, base del C. de Comercio (C.Com. regla I, art, 207), pone los límites de sus arts. 21 y 953 entre otros....Hay por cierto un orden público laboral y un orden público social pero no hay un orden público societario".

fraude a la ley. En ese caso, el acto debe someterse a la norma imperativa que se trata de eludir”.

Se verá que se distingue orden público de normas imperativas. Respecto al primero para impedir puedan dejarse de lado, y respecto a ambos supuestos para sancionar el fraude a la ley. En el mismo sentido el actual art. 21 CC del actual Título Preliminar.

1. LA CUESTIÓN EN UN FALLO DE LA CORTE ARGENTINA.

La Corte argentina avala nuestra visión. En fallo del 20 de octubre de 2009 formuló un *obiter dictum* al acoger planteos de arbitrariedad contra la sentencia homologatoria en el concurso de “Sociedad Comercial del Plata S.A., al expresar: “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.

Hemos relatado que la funcionalidad y la legislación societaria tienen hoy normas y recursos que permiten reencauzar las crisis patrimoniales. Son fundamentales las previsiones en torno a cómo debe procederse cuando se detecten o produzcan causales de disolución –fundamentalmente en los supuestos de los incisos 4° y 5° del art. 94 LSA-, facilitando la remoción de las vinculadas a aspectos patrimoniales, con el aumento o reintegración del capital social, solución que debería anticiparse a la apertura de cualquier concurso, es la capitalización del pasivo es la forma societaria de afrontar la crisis.

A su vez en el caso *Refinerías Carboníferas Patagónicas*, nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación¹¹⁵ ha sostenido que es evidente que los socios de la demandada para justificar un “leveragge buy out” en su exclusivo beneficio “no estaban habilitados para deliberar y decidir cuestiones que atentasen contra el interés y orden públicos y las buenas costumbres (art. 21 cit.), o bien que fueran prohibidos por las leyes (art. 953 cit.). “Lo que es inmoral, lo que es contrario al orden social, lo que se reputa inexistente por falta de formas substanciales, no puede subsanarse por el transcurso del tiempo. El acto será siempre inmoral, contrario al orden público o carente de las formas indispensables a su existencia, cualquiera sea el número de años que hayan pasado desde su celebración. El tiempo es impotente para transformar lo inmoral en moral, lo ilícito en lícito, lo informal en formal, y siempre el acto conservará el vicio original”¹¹⁶.

VII - PARA EL DEBATE

Las concepciones dogmáticas carecen de interés si no tienen efectos prácticos. A ellos nos referimos con el Profesor Veiga aportando una “**NUEVA VISIÓN EN TORNO A LA HOMOLOGACIÓN DE ACUERDOS CON QUITAS EN CONCURSO DE SOCIEDADES. EL ABUSO Y EL FRAUDE**”¹¹⁷.

1. La constatación de pérdida del capital social determina contablemente que los socios han perdido totalmente su inversión. La ley societaria les otorga la posibilidad de reintegrar o aumentar el capital social, evitando la liquidación. El apartarse de tales conductas importa generar responsabilidad a los administradores y a los socios (art. 99

¹¹⁵ Corte Suprema de Justicia de la Nación (CS) con fecha: 07/12/2001, caratulado Provincia del Chubut c. Centrales Térmicas Patagónicas S.A. Publicado en: LA LEY 2002-E, 863 - Colección de Análisis Jurisprudencial Elems. de Derecho Administrativo - Julio Rodolfo Comadira, 597 Cita Online: AR/JUR/25/2001.

¹¹⁶ Fallo citado considerando II, págs. 278, último párrafo y 279, criterio éste que reiteró en Fallos: 314:1048, considerando 6°.

¹¹⁷ En el libro de VIII° CONGRESO ARGENTINO DE DERECHO CONCURSAL y VI° CONGRESO IBEROAMERICANO DE LA INSOLVENCIA (Tucumán (R.A.) septiembre de 2012), *POR UN MEJOR DERECHO CONCURSAL*, citado “NUEVA VISIÓN EN TORNO A LA HOMOLOGACIÓN DE ACUERDOS CON QUITAS EN CONCURSO DE SOCIEDADES. EL ABUSO Y EL FRAUDE”, con Juan Carlos VEIGA, tomo I pág. 367.

LSA). Esto se integra a la llamada responsabilidad social empresaria, y el apartamiento aparece hoy como una violación al orden público, si se constata que la sociedad ha continuado su giro contaminando al mercado, perjudicando a los acreedores posteriores, comprometiendo la conservación de la empresa y el empleo. En tal supuesto, el intento de homologación de un acuerdo de quita implica un abuso de derecho para no asumir sus obligaciones los socios y enriquecerlos, con empobrecimiento de los acreedores y la posibilidad de un fraude a la ley de sociedades.

Se podría aceptar la quita frente a un empresario individual, pero muy difícilmente ante el concurso de una sociedad. Así también lo sostuvo el Prof. Dr. Vicente Aznar en las 12as. Jornadas de Sindicatura Concursal (Córdoba, 2012) donde disertó magistralmente sobre “Propuestas abusivas”¹¹⁸.

2. Este incompleto cuadro del repaso de normas societarias y algunas concursales, genera respuesta en torno a la necesidad de conservar la empresa viable y que generó empleo; del concursamiento de las sociedades con pérdida del capital social sin haber transitado el camino de las normas imperativas.

Enfrentamos un problema metodológico. No podemos exigir eficiencia al sistema concursal si los administradores de la sociedad en crisis no han satisfecho las previsiones de las normas imperativas que resguardan el uso funcional del medio técnico organizativo. Nuestra tesis es que la crisis debe ser asumida por administradores y socios inicialmente desde la normativa societaria, similar en todos los países.

El análisis de la legislación integral es fundamental.

Si una sociedad no obtiene capital de sus propios socios o de terceros, es porque no existe un adecuado plan que determine la viabilidad y la rentabilidad de la empresa.

Los socios tienen 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, incluso con la intervención eventual de terceros, particularmente a través de la solución normativa del art. 197 LSA de capitalizar el pasivo.

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 derecho al decir de Stanghellini¹¹⁹.

3. La preconcursalidad societaria, con bajo coste de transacción, asegura la conservación de la empresa. La aplicación de las normas imperativas revisadas constituye una obligación para administradores y socios, y un compromiso ético para los asesores en las ciencias económicas y jurídicas, en pos de la paz social y el desarrollo productivo.

Respecto a la pérdida del capital social y las normas específicas de la legislación del medio técnico organizativo, la doctrina española –Emilio Beltrán en 1991 y conforme la ley entonces vigente, ahora alejando y a quién dedicamos nuestra adicción al derecho- calificó la solución como preconcursal, sosteniendo que para evitar que la sociedad llegue al estado de insolvencia, el legislador ha establecido un mecanismo preventivo consistente en obligar a la sociedad a disolverse o adoptar medidas sustitutorias de saneamiento financiero cuando se produzcan pérdidas graves, amenazando con graves sanciones a los administradores si esto no se produce –sustancialmente ello no ha cambiado pese a las posibilidades de concursarlas-. La solución con matices especiales no es muy diferente en nuestros países.

¹¹⁸ Que comentamos en “INSOLVENCIA SOCIETARIA (visión reforzada por el Proyecto de Reformas del Código Civil y Comercial)”, posterior conferencia de apertura del día 7 de diciembre de 2012 en las 12as. Jornadas de Sindicatura Concursal, organizadas los días 6/7 por el Consejo Profesional de Ciencias Económicas de Córdoba, a la que hemos agregado las notas de control y algunas importantes referencias sobre las conferencias del día 6 y del debate suscitado durante y al término de nuestra exposición, y que puede consultarse en www.acaderc.org.ar

¹¹⁹ STANGHELLINI, Lorenzo *Creditori forti e governo della crisi d'impresa*, Fallimento 2006, 145 ss..

3. La presentación en concurso, imposibilitando a los acreedores la exigibilidad de los créditos, no puede quedar sujeta a una mera pronunciación de palabras mágicas, como crisis, cesación de pagos o insolvencia, como lo hacía Alí Baba al frente de sus 40 ladrones cuando pronunciaba la fórmula “Abrete Sésamo” para desaparecer ante sus perseguidores.

La terminología “insolvencia” o “cesación de pagos”, con su significado en cada legislación, es indiferente en cuanto se tenga en cuenta la diferencia entre “pérdida del capital social”, de la dificultad económico-patrimonial de un “pasivo corriente superior al activo corriente”. Con ese sentido hemos usado las referidas expresiones.

La constatación de pérdida del capital social determina contablemente que los socios han perdido totalmente su inversión. La ley societaria les otorga la posibilidad de reintegrar o aumentar el capital social, evitando la liquidación. El apartarse de tales conductas importa generar responsabilidad a los administradores y por que no a los socios. El apartamiento aparece hoy como una violación al orden público, si se constata que la sociedad ha continuado su giro contaminando al mercado, perjudicando a los acreedores posteriores, comprometiendo la conservación de la empresa y el empleo. En tal supuesto, el intento de homologación de un acuerdo de quita implica un abuso de derecho para no asumir sus obligaciones los socios y enriquecerlos, con empobrecimiento de los acreedores y la posibilidad de un fraude a la ley de sociedades.

Se podría aceptar la quita frente a un empresario individual, pero muy difícilmente ante el concurso de una sociedad, cuyos socios debían reintegrar el capital o capitalizarla.

Algunas consecuencias resultan en el concurso si no se hubiera atendido la imperatividad de las normas societarias¹²⁰.

4. El abuso de derecho y el fraude a la ley resulta, en caso de sociedades, por no haberse cumplido con las previsiones del derecho societario, trasladando el problema a la decisión de los socios y éstos no hubieren intentado superar la pérdida del capital social (conservación de la empresa), con desembolsos propios o invitando a los acreedores a compartir el riesgo¹²¹, que en el concurso conllevan a integrar la propuesta.

Si ello no ha ocurrido, el Juez no puede dejar de ver que a través de la homologación ha empobrecido a los acreedores y ha enriquecido a los socios, que no realizaron el esfuerzo que les impone la ley societaria, ni afrontaron el esfuerzo compartido que imponen reglas de equidad –y buena fe- y de repartos dikelógicos, usando del sistema jurídico y judicial –aparentemente disponible- para enriquecerse.

La vía concursal, intenta una “donación”¹²² a través de las soluciones concursales ante la insolvencia societaria, que impone que el problema lo asuman los acreedores.

Con esta presentación intentamos abrir un diálogo entre juristas de distintos países no sólo para enriquecimiento intelectual, sino para pensar en un derecho más eficiente en la solución de las crisis societarias, abriendo el baúl de los viejos principios y normas, para agregar lo que sea indispensable, evitando continuas alteraciones de las normas que no han logrado el objetivo de “conservar la empresa viable”, manteniendo empleo, en manos de administradores y socios de buena fe, o de terceros.

Las crisis societarias, que adelantan la aplicación de especiales normas, excluyen naturalmente las quitas que sólo se corresponden –en principio- frente a la pérdida del capital

¹²⁰ “La empresa, su crisis y su conservación (meditaciones desde una visión nacional)” en *SUMMA CONCURSAL*, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires 2012, tomo I pág. 543.

¹²¹ Francesco FIMMANO “L’ allocazione efficiente dell’ impresa in crisi mediante la trasformazione dei creditori in soci”, en *Revista delle società*, 2010, páginas 57 y siguientes.

¹²² Nto. “SOBRE EL PATRIMONIO SOCIAL: ¿CAPITALISMO DE REPOSICIÓN O DONATARIO?” en *Revista del Derecho Comercial del Consumidor y de la Empresa*, Ed. La Ley, Buenos Aires, año II n° 5 Octubre de 2011, pág. 151 y ss..

social, intentando que los acreedores asuman las obligaciones que debieron asumir los socios, sin contraprestación alguna. Nada de lo expresado descarta los acuerdos preconcursales de todos los que lo conformen, con oponibilidad.

VIII – LA PÉRDIDA DEL CAPITAL SOCIAL EN ESPAÑA.

Hemos ya hecho referencia a la correcta normación en Perú. Ahora lo hacemos en relación a España, donde es clara la situación y solución 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 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 exponemos... 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...”¹²³. 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”¹²⁴. Es interesante el fallo que relata, antes de la nueva legislación correspondiente al Tribunal Supremo del 13/02/1990, “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 la sociedad anónima, esencialmente capitalista, no parece prudente esperar a que el capital se pierda totalmente para que las pérdidas operen como causa de disolución, pues entonces los acreedores no tendrían ninguna seguridad o garantía para el percibo de sus créditos. De ahí que nuestra ley (art. 260.1.4ª) declare causa de disolución el hecho de que se produzcan pérdidas *que dejen reducido el patrimonio a una cantidad inferior al capital social, a no ser que ése se aumenta o se reduzca en la medida suficiente...* La determinación del importe de las pérdidas se hará, pues en atención al contenido de las cuentas anuales, sin perjuicio, lógicamente, del derecho de los accionistas a impugnar el acuerdo de aprobación de las mismas cuando no reflejen exactamente la situación económica de la sociedad. Pero nada impide que el reconocimiento por la Junta General de la existencia de esta causa de disolución se realice con anterioridad a la terminación del ejercicio social en curso, a través de un balance confeccionado al efecto. Es más, debe estimarse incluso que la causa de disolución concurre cuando los administradores, en cualquier momento del ejercicio, conozcan (o hubieran debido conocer, por aplicación del nivel de diligencia legalmente exigible) la existencia del referido desequilibrio patrimonial. – La causa de disolución puede sanar si se aminoran las pérdidas en la medida necesaria, aumentando o reduciendo el capital social, realizando una operación *acordeón* de

¹²³ BELTRÁN, E. “La disolución de la sociedad anónima”, Estudios de Derecho Mercantil, Ed. Civitas, Madrid 1991, págs. págs. 138/9.

págs.. 34/5 “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, 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)” –págs. 100/1).

¹²⁴ BELTRÁN, E. “La disolución de la sociedad anónima”, cit. págs.. 34/5 y págs. 138/9.

reducción y de aumento simultáneo, o de ser aceptado por los propios accionistas individualmente, ya que la Ley no permite imponer nuevas obligaciones a los socios por simple acuerdo mayoritario (art. 145) –la situación es distinta en la normativa argentina, acotamos-. En todo caso, será suficiente con aumentar o reducir el capital en la medida conveniente para que el patrimonio cubra la mitad del capital social, aunque no se restablezca propiamente el equilibrio entre patrimonio y capital... al objeto de garantizar la efectividad de esta forma de disolución, el artículo 262 establece un sistema esencialmente de tres elementos: la necesaria celebración de un Junta General que acuerde la disolución, la posibilidad de acordar la disolución judicialmente cuando la Junta no lo haga, y la responsabilidad solidaria por las deudas sociales a los administradores que incumplan los deberes legalmente impuestos.... Los administradores no sólo están facultados para instar la disolución judicial, sino que están obligados a hacerlo cuando el acuerdo de la Junta sea contrario a la disolución (salvo que lo acordado sea, lógicamente, la remoción de la causa) o cuando el acuerdo no pudiera ser logrado.... Para reforzar la efectividad de esta forma de disolución, el sistema se completa con una previsión de extraordinaria importancia práctica: la imposición a los administradores... de una responsabilidad solidaria por las deudas sociales (art. 262.5). No se trata con esta previsión de regular un supuesto de responsabilidad por daños, como erróneamente se sostiene en ocasiones, sino sencillamente de imponer una sanción a los administradores... Ello implica pues, que el nacimiento de esta responsabilidad no se vincule a la causación de un daño... Aunque esta responsabilidad de los administradores se vincule al incumplimiento de cualquier causa de disolución, su importancia se manifiesta fundamentalmente en los supuestos de pérdidas graves que reduzcan el patrimonio por debajo de la mitad del capital social (art. 260.1.4º). Y es que esta responsabilidad opera como un importante mecanismo de tutela de los acreedores sociales, que pueden dirigirse así contra los administradores de sociedades insolventes o con graves pérdidas que sigan operando en el tráfico sin adoptar las correspondientes medidas legales de disolución (o en su caso, de transformación o de aumento). Desde esta perspectiva, esta norma opera como un instrumento preconcursal destinado a evitar la insolvencia de las sociedades anónimas y su eventual declaración de quiebra”¹²⁵. “Frecuentemente se señala por la doctrina que esta responsabilidad legal de los administradores en el caso de pérdidas cualificadas tiene una función *preconcursal* o *paraconcursal*, considerando algún otro considerarla como *anticoncursal*. Se piensa que para evitar que la sociedad llegue al estado de insolvencia, el legislador ha establecido un mecanismo preventivo consistente en obligar a la sociedad a disolverse o adoptar medidas sustitutorias de saneamiento financiero cuando se produzcan pérdidas graves sin llegar a la insolvencia, amenazando con graves sanciones a los administradores si esto no se produce”¹²⁶.

Enfatiza sobre el tema Beltrán¹²⁷ expresando “Los deberes legales se entienden cumplidos también cuando los administradores soliciten la declaración judicial del concurso de acreedores, si bien el sistema legal es muy confuso” –pág. 240. Acota “El deber de promoción de la disolución cobra todo su sentido cuando la sociedad no se encuentra en buena situación económica, pues entonces los acreedores intentará conseguir la satisfacción de sus créditos contra la sociedad reclamando a los administradores responsables... Los criterios de valoración empleados para la determinación de las pérdidas han de ser los exigidos en la Ley con carácter general para las cuentas anuales y para la determinación de beneficios o pérdidas. En consecuencia, el balance se redactará de acuerdo con los valores contables históricos y no con los de mercado o de liquidación –págs. 221/2-...es en fin indiferente que existan o no posibilidades objetivas de recuperación. Si esas posibilidades existen, tiene que materializarse antes de que transcurra el plazo para el cumplimiento del deber de convocatoria –pág. 223-... No resuelve la Ley la delicada cuestión de si la causa legítima para la disolución concurre desde el acaecimiento de las pérdidas o desde que, una vez finalizado el ejercicio social, los administradores proceden a formular las cuentas anuales. La primera tesis sostiene que existe causa legítima para la disolución desde el mismo instante en que los administradores conocieran o hubieran debido conocer la existencia de esas pérdidas –pág. 223—2.

Remarca Beltrán la naturaleza sancionatoria de la responsabilidad y que la misma “se extiende a todas las deudas sociales, cualquiera sea su naturaleza (legales, contractuales, extracontractuales o cuasi contractuales), cualquiera que sea el momento en que se hubieran contraído (anteriores o posteriores a la concurrencia de la causa de disolución) y cualquiera que sea el órgano o apoderado que hubiere actuado en representación de la sociedad” –págs. 252/3-.

El objetivo es “...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)”. Algunas diferencias interpretativas entre la ley de sociedades

¹²⁵ URÍA, R.; MENÉNDEZ, A. y GARCÍA de ENTERRÍA, J. *La sociedad anónima: disolución* Cap. 4, pág. 1001 en “CURSO DE DERECHO MERCANTIL” dirigido por Rodrigo URÍA y Aurelio MENÉNDEZ, Ed. Civiltas, Madrid 1999, tomo I, especialmente “Las pérdidas graves” págs.. 1009 a 1013.

¹²⁶ Díez ECHEGARAY, José Luis *Deberes y Responsabilidad de los Administradores de Sociedades de Capital*, 2006, Ed. Thomson-Aranzadi 2ª edición, Navarra, p. 387-

¹²⁷ BELTRÁN, E. *La responsabilidad por las deudas sociales* en “La responsabilidad de los administradores”, dirigido por Angel Rojo y Emilio Beltrán, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia 2005, cap. 6, pág. 213.

anónimas y de responsabilidad limitada que comenta agudamente Beltrán han sido ahora superadas en la ley publicada el 3 de julio de 2010¹²⁸.

¹²⁸ A nuestro pedido recibimos la rápida opinión de José Miguel Embid Irujo La nueva ley (texto refundido de la ley de sociedades de capital) que pretende suprimir la pluralidad legislativa existente en el Derecho español de sociedades de capital, regularizando y aclarando, a su vez, algunos términos que resultaban confusos o contradictorios. Todos los nuevos preceptos traen causa de las leyes de anónimas (LSA) y limitadas (LSRL) que ahora se refunden. La correspondencia entre preceptos nuevos y antiguos es la siguiente: Art. 361 TR (texto refundido): art. 260, 2 LSA y art. 104, 2 LSRL Art. 363, 1, d, TR: Art. 260, 1, 4º LSA, y art. 104, 1, e, LSRL; Art. 365 TR: Art. 262, 2 LSA, y art. 105, 1 y 2 LSRL; Art. 366 TR: Art. 262, 3 y 4 LSA y art. 105, 3 y 4 LSRL Art. 367 TR: Art. 262, 5 LSA y art. 105, 5 LSRL. – Texto legal actual: Sección 2. 8 Disolución por constatación de la existencia de causa legal o estatutaria Artículo 363. Causas de disolución. 1. La sociedad de capital deberá disolverse: d) Por pérdidas que dejen reducido el patrimonio neto a una cantidad inferior a la mitad del capital social, a no ser que éste se aumente o se reduzca en la medida suficiente, y siempre que no sea procedente solicitar la declaración de concurso. Artículo 365. Deber de convocatoria. 1. Los administradores deberán convocar la junta general en el plazo de dos meses para que adopte el acuerdo de disolución o si fuera insolvente, inste el concurso. Cualquier socio podrá solicitar de los administradores la convocatoria si, a su juicio, concurriera alguna causa de disolución o la sociedad fuera insolvente. 2. La junta general podrá adoptar el acuerdo de disolución o, si constaren el orden del día, aquél o aquéllos que sean necesarios para la remoción de la causa. Artículo 366. Disolución judicial. 1. Si la junta no fuera convocada, no se celebrara, o no adoptara alguno de los acuerdos previstos en el artículo anterior, cualquier interesado podrá instar la disolución de la sociedad ante el juez de lo mercantil del domicilio social. La solicitud de disolución judicial deberá dirigirse contra la sociedad. 2. Los administradores están obligados a solicitar la disolución judicial de la sociedad cuando el acuerdo social fuese contrario a la disolución o no pudiera ser logrado. La solicitud habrá de formularse en el plazo de dos meses a contar desde la fecha prevista para la celebración de la junta, cuando ésta no se haya constituido, o desde el día de la junta, cuando el acuerdo hubiera sido contrario a la disolución o no se hubiera adoptado. Artículo 367. Responsabilidad solidaria de los administradores. 1. Responderán solidariamente de las obligaciones sociales posteriores al acaecimiento de la causa legal de disolución los administradores que incumplan la obligación de convocar en el plazo de dos meses la junta general para que adopte, en su caso, el acuerdo de disolución, así como los administradores que no soliciten la disolución judicial o, si procediere, el concurso de la sociedad, en el plazo de dos meses a contar desde la fecha prevista para la celebración de la junta, cuando ésta no se haya constituido, o desde el día de la junta, cuando el acuerdo hubiera sido contrario a la disolución. 2. En estos casos las obligaciones sociales reclamadas se presumirán de fecha posterior al acaecimiento de la causa legal de disolución de la sociedad, salvo que los administradores acrediten que son de fecha anterior.