

TEORIZACIÓN SOBRE SOCIEDADES COMERCIALES EN CRISIS ECONÓMICO-PATRIMONIAL

Efraín Hugo RICHARD¹

Resumen:

La enseñanza centrada en las normas de las leyes de sociedades o de concursos, sin integrarlas, dificulta una visión sistémico constructivista sobre las crisis de sociedades comerciales. La legislación de sociedades contiene adecuadas normas imperativas para enfrentar esas crisis. Posteriores juicios o trámites concursales omiten, normalmente, toda referencia a esas normas incumplidas. La investigación también está alejada de esa visión integral de la crisis de las personas jurídicas societarias.

Palabras claves: Sociedades – Crisis – Insolvencia societaria – Capital social – Función de garantía del capital social – Causales de disolución.

TEACHING AND INVESTIGATION OF CRISIS CORPORATE LAW

Abstract:

Teaching focused on the rules of company and bankruptcy laws makes it difficult to have a systemic-constructivist vision about the crises of societies. The corporate law contains adequate rules imperative to limit such crises. Subsequent bankruptcy proceedings normally omit all reference to such breached rules (law). Investigation is also distant from a comprehensive vision of the crisis of corporate legal persons.

Key words: Society – Crisis – Corporate insolvency – Social capital - Securing function of the equity capital - Grounds for dissolution

ÍNDICE: ADVERTENCIA PRELIMINAR. 1 - INTRODUCCIÓN. 2 - CONSERVACIÓN DE LA EMPRESA ¿A CARGO DE QUIÉN? 3 - CRISIS Y CONCURSO DE SOCIEDADES. CONSERVACIÓN DE LA EMPRESA. 4 - EL PATRIMONIO SOCIAL. 5 – SOLUCIONES SOCIETARIAS. 5.1 **Mecanismos de solución.** 5.2. **Capitalización.** 6 – PRECONCURSALIDAD. 6.1. **Prevención societaria.** 6.2. **Falta de prevención.** 6.3. **Cesación de pagos e insolvencia.** 7 – PÉRDIDA DEL CAPITAL SOCIAL. EFECTOS Y RESPONSABILIDAD. 7.1. **Rol del capital social.** 7.2. **Constatación de la causal de disolución.** 7.3. **Monto del incremento.** 7.4. **Forma.** 7.5. **Capitalización del pasivo.** 7.6. **Responsabilidad.** 8 – ABUSO DE DERECHO Y FRAUDE A LA LEY. 8.1. **Abuso de Derecho.** 8.2. **Fraude a la ley.** 8.3. **Subordinación.** 9 – MEDITACIONES. 9.1. **Sanción al abuso.** 9.2 Dialoguemos y debatamos.

¹ Profesor Emérito de la Universidad Nacional de Córdoba, República Argentina. Miembro de Número de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba y Director de su Instituto de la Empresa, ex Vicepresidente Académico del Instituto Iberoamericano de Derecho Concursal –sede México- actualmente Miembro Emérito y Coordinador de su Consejo Académico. Publicista y polemista..

ADVERTENCIA PRELIMINAR.

Iniciamos repitiendo algo de lo que expresáramos en Cartagena de Indias en el año 2012², nuestro agradecimiento al equipo organizador, especialmente a los Dres. Germán Monroy Alarcón, Juan José Rodríguez Espitia y Diana Rivera, por invitarnos a participar – ahora en un libro colectivo en homenaje a los 10 años de la fundación del Instituto Colombiano de Derecho Concursal- conociendo nuestra particular forma de pensar frente a la insolvencia societaria, que tenemos desarrollada en el libro *Perspectiva del Derecho de la Insolvencia* y en nuestras múltiples intervenciones en los eventos comunes³. Sigue alentando a estos distinguidos juristas el espíritu de Jesús Sanguino Sanchez en la creación del Instituto Iberoamericano de Derecho Concursal.

En esa ocasión, en Cartagena, convocado bajo el lema “El derecho concursal y la solución negociada de la crisis” nuestra conferencia se engarzó sobre “Administradores societarios y responsabilidad frente a la insolvencia”, refiriendonos a esos conceptos y su integración para soluciones eficientes y de bajo costo frente al punto central del derecho y economía contemporáneos que es la conservación de la empresa socialmente útil y económicamente viable –pues caso contrario no es empresa-, por lo que implica generando riqueza y puestos de trabajo directos, irradiando en la comunidad productividad y puestos de trabajo indirectos. Este es un objetivo que podría definirse como de “orden público” en el estado actual de la cuestión.

Ese Congreso por su naturaleza se refirió al Derecho Concursal, deslizando “la solución negociada de la crisis”, que hoy sigue iluminando nuestros pensamientos y nos impone la pregunta ¿Esperamos ello sólo del derecho concursal? La doctrina postula ajustes continuos de ese derecho, y reafirma su posición en la periodicidad de las reformas en el derecho comparado.

Nosotros, desde una escuela distinta, en orden a la crisis de las sociedades sostenemos una posición metodológicamente diferente. Y no dudamos que es por eso que se nos sigue invitando a escribir o disertar en estos trabajos colectivos, pues en el disenso se construye el derecho.

El atisbo teorizante es que 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, quedando la vía concursal como residual.

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

Otra pregunta: ¿las crisis deben ser asumidas ex ante o ex post? ¿Necesariamente en un proceso concursal público?

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

En sociedades 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 en el período inmediato. Particularmente 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

² RICHARD, Efraín Hugo “ADMINISTRADORES SOCIETARIOS Y RESPONSABILIDAD FRENTE A LA INSOLVENCIA”, Conferencia del 23 de agosto de 2012, en el seno del VI Congreso Colombiano de Derecho Concursal, Cartagena de Indias, Colombia 23, 24 y 25 de Agosto de 2012 –Hotel Caribe-. Versión desgravada, que puede consultarse en www.acaderc.org.ar

³ Pueden verse nuestras intervenciones en la página electrónica citada de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales www.acaderc.org.ar

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.

Ante ello cabe la siguiente pregunta: ¿Quiénes deben negociar y prevenir en torno a la crisis”. Una persona individual con sus acreedores, incluso con la posibilidad de organizar una sociedad con ellos o nuevos socios aportantes de capital. Pero en una sociedad, persona jurídica, son los administradores los que deben presentar el problema ante los socios.

Y con esto nos introducimos en nuestra sistemática específica sobre las crisis económico-patrimoniales de las sociedades comerciales.

1 - INTRODUCCIÓN.

Bajo la síntesis precedente, señalamos nuestra intención, al ser convocados por la doctrina de otro país hermano, de formular un bosquejo de teoría general en torno a la crisis de las sociedades comerciales y su modo de abordó. Se suele señalar que los grandes cambios legislativos, para afrontar problemas económicos-sociales se inician en la discusión doctrinaria, siguen en el análisis pedagógico para luego ser recogidos legislativamente. Esto no ocurre con el sistema de concursos y quiebras que, con continuas reformas en el mundo, sigue en búsqueda de la estrella polar de la conservación de la empresa. Hemos escrito sobre nuestra preocupación de la enseñanza del derecho societario y del derecho concursal en torno a la crisis de las personas jurídicas societarias. Nos preocupa la enseñanza excesivamente concentrada y alejada de una visión normativa general, donde se pierde de vista el sistema.⁴

Pero también nos preocupa el limitado número de investigaciones –y de investigadores- que bucean sobre este sistema en forma global, limitándose a una visión concursalista.

Nos referimos concretamente al tratamiento de la crisis de empresas organizadas societariamente. Es hoy un tema de interés nacional conservar empleos y empresas viables, por el efecto en las comunidades donde están asentadas y la generación de riqueza indirecta. La caída de esas organizaciones ha motivado numerosas reformas a la legislación concursal particularmente alentando la generación de cooperativas de trabajo con los empleados de las sociedades en liquidación, más con apoyos normativos que reales sobre sus posibilidades de subsistencia.

La enseñanza de las materias con contenido del derecho societario y del derecho concursal, cualquiera que sea el nombre con las que se las rotule en el Plan de Estudios de las Facultades de Derecho y de Ciencias Económicas, no genera interacción entre las mismas para afrontar las crisis societarias. En la segunda materia se trata en forma semejante –con pocas aclaraciones- el concurso de una persona humana que de una persona jurídica.

Las diferencias son notables. Lo que es aceptable en el concurso preventivo y en la quiebra del patrimonio de una persona humana, es inaceptable en similares situaciones para una sociedad, concretamente por violar normas imperativas contenidas en la legislación societaria o de derecho privado, particularmente basadas en la función de garantía del capital social, o en la regulación de las personas jurídicas.

⁴ RICHARD, Efraín Hugo “LA ENSEÑANZA Y LA INVESTIGACIÓN DEL DERECHO SOCIETARIO DE CRISIS”, en *Anuario XV (2013-2014)* del Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba, pág. 351, editado en Córdoba diciembre 2015.

Planificar, analizando la crisis y las medidas para superarla es el mínimo a requerir de la conducta de un buen hombre de negocios, que actúa con deslealtad si continúa operando contagiando la insolvencia.

De ninguna forma pretendemos que el administrador asuma el riesgo del mercado o del error en la planificación⁵, sino que tome conciencia que de una actitud omisiva o desleal puede resultar responsabilidad.

Claro que si de la crisis de una sociedad resulta daño a acreedores y trabajadores, la doctrina y jurisprudencia puede intentar la búsqueda de responsables, pues la teoría general de la responsabilidad se inicia con la existencia de daño, con conductas culposas o dolosas, anijuridicidad y causalidad.

Jamás deben preocuparse los administradores que actúan con lealtad y la diligencia de un buen hombre de negocios, ni aún ante la cesación de pagos o insolvencia de la sociedad, y menos frente a una mera crisis económico o financiera. No se espera de ellos que tengan necesariamente que superar ese estado patrimonial o financiero, sino meramente que lo afronten, en primer lugar frente a los socios –legislación societaria- y agotada ella –incluso la negociación privada con los acreedores- la concursal que, a través de la concurrencia obligatoria intenta la unificación de acciones de intereses.

Lo importante es bucear en el sistema jurídico, sin dogmatismo, tratando que el mismo satisfaga las necesidades generales de la convivencia, y en el caso del concurso de eliminar el antivisor que permite su aplicación: el estado de cesación de pagos o la crisis si –como pensamos- se debe actuar anticipatoriamente para evitar daños irreparables a la empresa y su contagio al mercado (el “timing problem” o tempestividad en la presentación).

Incursionar en una temática mundial, de derecho comparado, implica un desafío imposible, por lo que nos limitaremos a esbozar principios y, en algunos casos, ejemplificar con normas del derecho argentino que recogen principios lógicos, de buena fe y adheridos a valores que limitan la autonomía de la voluntad a no generar daño.

Como principio un contraste: 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 previstas en la legislación específica, permitiendo enervar la causal de disolución por pérdida del capital social o sea por desbalance patrimonial.

La segunda intenta una “donación” a través de las soluciones concursales frente a 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 ganancia⁶, 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. Se evita así 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.

⁵ Es el parámetro que fijaban los arts. 125-1 y 125-2 incorporados en el año 1983 a la ley de concursos 19.551 entonces vigente, disponiendo que la razonabilidad de un plan debía juzgarse en relación a la fecha en que había sido formulado, descartando así los avatares del mercado, de la política o de la globalización.

⁶ FUSHIMI, Jorge Fernando . RICHARD, Efraín Hugo “LA QUITA EN CONCURSOS DE SOCIEDADES Y SU TRATAMIENTO FISCAL (y algunos aspectos periféricos)” en el libro colectivo del Instituto Argentino de Derecho Comercial *POR UN MEJOR DERECHO CONCURSAL* t. I p. 635.

Básicamente consideramos que una empresa debería estar organizada como sociedad persona jurídica, incluso los emprendimientos de una persona humana. Esto es conveniente para permitir múltiples divisiones de su único patrimonio –pues la división patrimonial personificada beneficia a los acreedores prudentes–, favoreciendo la eventual recuperación de las empresas viables frente a la crisis de alguna de ellas, utilizando los sistemas anticrisis de las legislaciones societarias y concursal. En ese sentido las conclusiones adoptadas en la 45ª Sesión de Trabajo de UNICITRAL de 2.014⁷, en la que se acordó (1) *“El objetivo de la presente Recomendación es garantizar que las empresas viables con dificultades financieras, cualquiera que sea su ubicación en la Unión, tengan acceso a unos marcos nacionales de insolvencia que les permitan reestructurarse en una fase temprana con el fin de prevenir la insolvencia... también se propone ofrecer una segunda oportunidad a los empresarios honrados incurso en procesos de insolvencia en toda la Unión.*

Ejemplificamos: La legislación colombiana, imponiendo las normas societarias preventivas dispone en el art. 10º del sistema de crisis⁸, 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.

Afrontando estas cuestiones, Mauricio Yadarola en el año 1925 expresaba que un sistema concursal debe tener un “plan o método”, conforme el cual las normas “puedan ser armonizadas en todo momento, mediante la obra de una sabia jurisprudencia”, proyectando en torno a la situación en “que puede hallarse un comerciante: simplemente en dificultades para afrontar sus compromisos, más o menos próximos, o ya en estado de cesación de pagos; para el primer caso el pedido de convocatoria es facultativo, ya que conviene dejar librado al propio criterio del deudor, la apreciación de si podrá o no salir de esas dificultades. En el segundo caso, es cuando la cesación de pagos se ha producido, cuando la exigencia amenazante de un acreedor puede llevarlo a pagar a éste, en perjuicio del resto de sus acreedores para evitar un pedido de quiebra, o a realizar operaciones desastrosas con el mismo fin, se hace necesario obligar al deudor a convocar judicialmente a sus acreedores para que, sin más dilaciones resuelvan éstos lo que más convenga a sus intereses comprometidos”. O sea entre la prevención –por medio del control. jurisdiccional- y la punición, a través del resarcimiento, pero prefiriendo la prevención a cargo de los que serían responsables.

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.

La imperdible presentación del Director en un Tratado⁹ constituye una autopsia de la legislación concursal: “...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 *pilllos*. 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 *picaros aggiornados* que utilizan mecanismos

⁷ United Nations Commission on International Trade Law, Grupo 5, Derecho de la Insolvencia, celebrada en Nueva York los días 21 a 25 de Abril.

⁸ DASSO, Ariel Ángel *Derecho Concursal Comparado*, Ed. Lexis.

⁹ *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).

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 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...”.

Las quitas pueden constituir un despojo cuando afectan el derecho de propiedad o sean cuando son despojatorias del derecho de los acreedores beneficiando indirectamente a los socios.¹⁰

En este mismo sentido Karten Schmidt¹¹ 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, ue 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 Iberoamericano¹² 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....”.

Como bien señala Dasso “... 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 de la empresa viable de ser necesario.

Este es el panorama.

2 - CONSERVACIÓN DE LA EMPRESA. ¿A CARGO DE QUIÉN?

Ante la convergencia de intereses en “conservar la empresa”, ello implica una acción que debe estar a cargo de alguien. Ese alguien no puede ser ni los acreedores ni el Estado - Presidente de la Nación, Gobernador de la Provincia, Intendente de la localidad que pueden expresar preocupaciones- aunque muchas veces se intenta que lo hagan, ni el juez o funcionario concursal, sino los administradores y socios de la sociedad en crisis, partiendo de la autonomía de la voluntad total de los mismos para crearla, dotarla patrimonialmente y

¹⁰ PALAZZO, José Luis – RICHARD, Efraín Hugo “VISION BÁSICA CONSTITUCIONAL DE PROPUESTA ÍRRITA DE QUITA Y ESPERA”, en libros del “VI Congreso Nacional de Derecho Concursal y IV Congreso Iberoamericano de la Insolvencia”, Rosario 2006, Tomo I pág. 715.

¹¹ SCHMIDT, Karten “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..

¹² SCHMIDT, Karten “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..

administrarla. Con esta visión, el salvataje concursal de empresas desarrolladas por sociedades puede avanzar sobre la propiedad de los socios que se desentendieron de las soluciones societarias¹³, intentando un negocio, y de los administradores que no encontraron los caminos previstos en el sistema de organización de su dirigida. al entender que existen intereses superpuestos al de los socios y de sus acreedores, cual son los empleados, la organización del mercado, la riqueza nacional, la comunidad donde está inserta la empresa, etc..

La conservación de la empresa estructurada societariamente es un problema de los administradores y de los socios¹⁴. Es una cuestión de derecho privado. Obviamente que tal reorganización podría ser asumida directamente por la sociedad o, posteriormente –con mayores costes- en una propuesta de acuerdo preventivo extrajudicial o judicial¹⁵, eventualmente a cargo de terceros o de los trabajadores.

Se justifica el principio de conservación de la empresa a través del método indirecto de conservar la sociedad, removiendo la causal de disolución a fin que pueda seguir cumpliendo el objeto, forma de darse la empresa. El derecho societario brinda adecuadas tutelas para que la sociedad pueda cumplir su objeto, elemento contractual en cuya efectivización convergen y se subsumen los intereses individuales de los socios y que sirve para objetivar el mal llamado interés de la sociedad¹⁶ como forma de materializar la "idea de empresa".

En momentos que legislación y posiciones, nacionales y extranjeras, marcan la tendencia a desjudicializar o privatizar el sistema del derecho concursal, o mejor dicho de prevención, parece adecuado reiterar nuestra posición con la aplicación de principios y normas del derecho societario, sin costes de transacción. Véase la problemática de las actuales reformas que apuntan al “acuerdo privado”, homologado o no, sobre lo que nos hemos pronunciado¹⁷.

El análisis no debería centrarse en el concurso, sino en la etapa preconcursal de la funcionalidad societaria.

Siguiendo nuevas tendencias hay que educar a los acreedores para que colaboren en la conservación de la empresa, particularmente los no informados, para que asuman la participación e incluso la conducción de la empresa, reemplazando a administradores ineficientes que no queriendo asumir oportunamente la crisis contrataron dolosamente con ellos. Es la solución de la capitalización si la empresa es viable¹⁸.

¹³ Conforme lo dispuesto por el art. 48 de la ley de concursos argentina. Apuntamos que son pocas las referencias de la ley concursal para diferenciar el concurso de una persona humna y de una persona jurídica, y el tratamiento independiente de ambos casos por la doctrina es casi nulo.

¹⁴ RICHARD, Efraín Hugo “La conservación de la Empresa” en Anales de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba tomo XXV pág. 107 y ss. correspondiendo a nuestra comunicación en ocasión de recibir el Premio Academia en el año 1981; “Los administradores societarios y la insolvencia” RDCO n° 203 pág. 553 y ss., entre otros que pueden verse en la página electrónica de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba www.acaderc.org.ar. MICELLI, María I. “Los nuevos concordatos irrisorios. El delicado equilibrio entre la conservación de la empresa y la protección adecuada del crédito” en *Derecho Concursal Argentino e Iberoamericano*, t. II pág. 631.

¹⁵ Recordamos en vigencia de la ley 11.687 el concurso preventivo de Francisco Porchietto S.A., en la Ciudad de Córdoba, patrocinando por un distinguido jurista, donde se propuso esa solución, la que fue aprobada, y, con posterioridad, ante la liquidación adoptada por la Asamblea de accionistas, una buena realización de bienes llevó al pago del 70%.

¹⁶ ETCHEVERRY, Raúl Aníbal *Empresa y objeto social*, en RDCO año 15 p. 781 y ss.; COLOMBRES, Gervasio *Curso de Derecho Societario*, Buenos Aires, 1972, p. 116.

¹⁷ RICHARD, Efraín Hugo “ACUERDO PRIVADO: UN MECANISMO APTO PARA EL GRAN ENDEUDAMIENTO”, Versión de la exposición en el IX Congreso Iberoamericano de Derecho Concursal, Cartagena de Indias, Colombia, 4 de octubre de 2014.

¹⁸ RICHARD, Efraín Hugo “NOTAS EN TORNO A LA PRECONCURSALIDAD SOCIETARIA: UN ESTUDIO COMPARADO”, en *Revista de Derecho concursal y Paraconcursal*, Editorial La Ley., RPC 20/2014, Reseña Legislativa española y comparada. Madrid 2014, págs.. 423 a 446.

Claro que para ello debe afrontarse la cuestión de la crisis de las sociedades en forma sistémica y constructivista¹⁹.

3 - CRISIS Y CONCURSO DE SOCIEDADES. CONSERVACIÓN DE LA EMPRESA.

Centremos nuestra atención en la crisis del patrimonio social.

Nos preocupa –como venimos desarrollando- la comprensión de la expresión “conservación de la empresa”, usado latamente, y recogida sin mayores explicaciones –o peor aún sin justificación para el caso concreto- por la jurisprudencia. La “reorganización de la empresa” es una especie dentro del concepto genérico de “conservación de la empresa”.

Conservar la empresa no es lo mismo que reactivarla. Aquél es un aspecto societario interno. Un objetivo central debe ser “conservarla”, evitar que caiga en crisis. La crisis es un disvalor, que puede generar daños y si hay daños pueden existir responsables. Al no haber podido conservar la empresa eficiente, al no haber podido superar la crisis por los medios normales al alcance de toda organización, debe intentarse la reactivación que aparece como un imperativo de la legislación concursal. Reactivación es un término laxo. La diferencia entre conservación y reactivación parece justificar la apertura de procedimientos de crisis ante la mera avizoración de la crisis, conservando así la empresa y no meramente reactivándola, pues parecería que la crisis ya esta instalada..

La ley colombiana del 27.12.2006 –ya con varias reformas²⁰- manifiesta “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. 1º primero segundo párrafo. Las normas societarias preventivas resultan de aquel art. 10º 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”, imponiendo el art. 13 ap. 6 presentar “Un plan de negocios de reorganización del deudor que contemple no solo la reestructuración financiera, sino también organizaciones, operativa o de competitividad, conducentes a solucionar las razones por las cuales es solicitado el proceso, cuando sea el caso”.

O sea que el derecho concursal prevé medidas anticipatorias a la insolvencia, situación del patrimonio social que reflejada contablemente impone acciones y responsabilidades. Para evitar disensos meramente lingüísticos consideramos la insolvencia como la pérdida del capital social, cesación de pagos puede configurarse por una sociedad solvente con patrimonio activo positivo superior al capital social pero con pasivo corriente mayor a activo corriente. Y con las expresiones crisis, avizoración de la insolvencia, dificultad económica o financiera de carácter general, “red flags”, se ha tratado de preveer soluciones anticipatorias a la insolvencia, el “timing problem”, buscando siempre la estrella polar de conservar la empresa y particularmente los puestos de trabajo.

¹⁹ RICHARD, Efraín Hugo *Perspectiva del Derecho de la Insolvencia*, Ed. Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Córdoba 2012, cit..

²⁰ SOTOMONTE MUJICA, David Ricardo – RODRIGUEZ ESPITIA, Juan José “Apuntes sobre la evolución del derecho concursal colombiano” en *Derecho Concursal “Trascendiendo paradigmas concursales” 8º Congreso Colombiano*, Ed. Capítulo Colombiano Instituto Iberoamericano de Derecho Concursal, Bogotá 2014, pág. 65.

El alcance de la llamada "conservación de la empresa", y la posibilidad de extender la protección a su continuidad al frente de la empresa, debe hacerse en análisis de viabilidad para determinar el merecimiento de una tutela.

Descartada esa viabilidad debe estudiarse la posibilidad de escindir ese patrimonio separando la porción de bienes (materiales e inmateriales) organizados para el cumplimiento de alguna de las actividades u objeto sociales (ya que el patrimonio podría albergar a varias "empresas"). Y en vista de esa escisión, que de no ser voluntaria debe llevar a la quiebra como forma de escisión coactiva, debe determinarse si existe alguna "empresa" viable, dentro de ese patrimonio. La viabilidad estará determinada por la constatación de los dos atributos que hacen a la existencia misma de una empresa desde el punto de vista económico y político, su economicidad y su solidaridad, pues una empresa no sólo debe ser una organización económica²¹, sino solidaria²², lícita y viable.

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 *ex ante*, similar en todos los países.

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 resolver²³. Ese examen lo debería hacer primariamente el mismo titular del patrimonio, constituyendo *el plan de negocios*. El argentino Alberti con la profundidad de su escarpelo subraya que "el concurso preventivo se desenvolverá incurablemente como una dialéctica solamente procedimental, destinada a cerrarse documentalmente cuando los acreedores acuerden con el insolventes vías de solución que continúan siendo principalmente, casi exclusivamente, un aplazamiento de la exigibilidad de los pagos, o una reducción de los montos a pagar... Bastaría para promover una modificación de ese desarrollo ritual de lo actualmente llamado retóricamente *solución concordataria* ... que el concursado ha de exponer un *plan* de su futura actividad económica... pues la sola utilización del remedio jurídico no curará los males empresarios".

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. En realidad, los administradores societarios deben hacer una evaluación y un plan anualmente. Si el balance anual acusa la pérdida tienen obligación de ponerlo a consideración de los socios, sin duda con algún plan si pretenden continuar la gestión, y a su vez deben presentar junto a ese balance una Memoria sobre la prospectiva del año venidero, que importaría anticipar la asunción de una crisis si existiere un sobreendeudamiento o una situación semejante. La legislación societaria de Chile impone 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. "En la tradición del Derecho alemán, la protección de los acreedores ostenta una posición paritaria junto a la protección del interés

²¹ Empresa económica implica la viabilidad de la empresa, de la empresa que no lleva en su seno su autodestrucción por económicamente inviable, RICHARD, Efraín Hugo "La conservación de la empresa" cit..

²² La empresa, aunque sea económicamente apta no puede actuar contrariamente al medio social, sería una actividad ilícita, como lo es contaminar, RICHARD, Efraín Hugo *Sociedad y contratos asociativos* Ed. Zavallá, Buenos Aires 1989, cap. "La empresa.

²³ RICHARD, Efraín Hugo "Los administradores societarios y la insolvencia" en SUMMA SOCIETARIA, Ed. Abeledo Perrot, Bs. Aires 2012, t. I p. 1449.

social. Como los acreedores permanecen fuera de la organización social en contraposición a los accionistas y tienen menos posibilidades de influir para proteger sus propios intereses, un Derecho como el alemán que pretende cohesionar dentro del Derecho de sociedades una serie de intereses plurales y a menudo divergentes, favorece una y otra vez a los acreedores... Constituye una pieza fundamental de ese sistema la afirmación según la cual el privilegio de la responsabilidad limitada sólo se concede a cambio de una cifra fija de capital nominal". ...El capital es, pues, un patrimonio que se "añade" al patrimonio social mediante la técnica contable de incluir la cifra de capital social como primera partida del pasivo. Los accionistas han de asegurarse de que en el patrimonio social hay en todo momento activos de valor contable suficiente para cubrir la totalidad de las deudas más la cifra de capital....Así pues, una función esencial del capital, reflejada en el balance de la sociedad es la de prevención de la insolvencia".²⁴

"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"²⁵, y –eventualmente- la capitalización del pasivo²⁶. Una vez que se generaliza la responsabilidad limitada para todas las sociedades, la cifra de capital sirve, fundamentalmente, a la protección de los acreedores. En contrapartida por la irresponsabilidad por las deudas sociales, los accionistas han de "ofrecer" a los acreedores sociales un patrimonio específico que pueda ser atacado por éstos para cobrar sus créditos (función de garantía del capital social)...²⁷

Si existen problemas en el desenvolvimiento futuro de la empresa, o meramente se avizoran, los administradores deben ponerlo en conocimiento de los socios y según su envergadura en la Memoria –ver anteriores referencias en nota 4- para que no aparezca como dolosa la contratación posterior con terceros, con quién se incumplan obligaciones. Mucho más si los avisos son formalizados en las cuentas del balance, anticipando pérdidas parciales o totales del capital social que imponen conductas.²⁸

Insistimos que la Memoria que acompañe un Balance del que resulta la pérdida del capital social –causal de disolución uniforme en el derecho comparado- o un pasivo corriente mayor que el activo corriente impone una explicitación sobre las conductas a seguir por socios o previsiones de los administradores. ¿Se puede suponer que no es dolosa la actuación de administradores societarios que continúan el giro, y contratan con terceros a sabiendas de las dificultades de cumplir las obligaciones conforme los están asumiendo? Contraria, además de normas generales de la actuación de buena fe los códigos de conducta impuestos por la teoría de la "Responsabilidad Social Empresarial".

4 - EL PATRIMONIO SOCIAL.

²⁴ ALFARO ÁGUILA-REAL "La doctrina del capital social: el Derecho de Sociedades como mecanismo de protección de los acreedores", en página electrónica Almacén de Derecho.

²⁵ 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

²⁶ 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.

²⁷ ALFARO ÁGUILA-REAL trabajo citado.

²⁸ RICHARD, Efraín Hugo "El PLAN DE EMPRESA (o como asumir crisis tempestiva y extrajudicialmente)" En libro colectivo *Homenaje al Dr. Osvaldo J. Maffia* Cap. II pág. 217, Ed. Lerner Córdoba 2008, Instituto Argentino de Derecho Comercial y Fundación para la Investigación del Derecho Concursal y la empresa en crisis Pablo Van Nieuwenhoven. Coordinadores E. Daniel Truffat – Marcelo Barreiro – Carlos Roberto Antoni Piossek – Ramón Vicente Nicastro; "LA PLANIFICACION PRECONCURSAL (actuando tempestiva y extrajudicialmente)" Comunicación al IV Congreso Iberoamericano de Derecho Concursal, realizado en PUNTA DEL ESTE, República Oriental del Uruguay, 12/14 de Noviembre de 2008; y . "POR LA EFICIENCIA DEL SISTEMA CONCURSAL: Bien jurídico tutelado por el sistema concursal. Prevención de la crisis" Comunicación al III Congreso Iberoamericano de Derecho Concursal, Barcelona, diciembre 2007.

Existe libertad en todos los países para determinar el capital de las sociedades con responsabilidad limitada de sus socios, eventualmente con un mínimo razonable.

La tensión aumenta cuando el valor patrimonial de la sociedad no permite satisfacer su pasivo. Aquí volvemos al tema del interés a tutelar: 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 derecho²⁹, que no tuvieron en cuenta cuanto contrataron sin información de esa situación o antes que se produjera. Los deberes del administrador societario aumentan en tales casos frente a los acreedores y terceros.

Un eje fundamental debe tener en cuenta la subcapitalización material constitutiva o sobrevenida –o subpatrimonialización-, distinguiendo la subcapitalización nominal o formal, que ocurre cuando la sociedad está dotada de un capital social de importe muy reducido, que no aseguraría la congruencia del patrimonio neto con respecto al objeto social. En este caso no necesariamente hay una subcapitalización material, y no hay alteraciones del riesgo de empresa, no configurándose por tanto ningún efecto sobre la responsabilidad.³⁰ Pero la infrapatrimonialización material puede no demostrarse claramente, dando lugar a zonas grises. En cambio la función de garantía del capital social, siempre relativizada, cumple una función realmente preventiva de la insolvencia³¹, resguardando la relación patrimonial.

No se trata de ampliar la responsabilidad de los administradores societarios en cuanto al riesgo empresarial, que es un tema *ex post*. La empresa debe ser autosuficiente generando, a partir de su patrimonio y el plan o directriz de desarrollo de sus actividades, los medios para su manutención económica; esto implica la viabilidad de la empresa, de la empresa que no lleva en su destino su autodestrucción por económicamente inviable³². Por otra parte la empresa viable es la única que merece conservarse, sea por disposiciones concursales, preconcursales o extraconcursales. La sociedad es la estructura técnica jurídica personalizante a disposición del empresario como instrumento "de organización". La organización no sólo supone la disponibilidad jurídica de órganos, de un sistema de imputación simplificante de las relaciones jurídicas con terceros y socios, sino la actuación coherente del órgano de administración asegurando el cumplimiento del "objeto social" como forma de manifestación de la empresa o empresas, con la dotación patrimonial adecuada.

5 - SOLUCIONES SOCIETARIAS.

Ahondamos. En el caso de sociedades, sus administradores y socios deben adoptar las medidas que la ley societaria impone ante la pérdida del capital social reintegrar o aumentar el

²⁹ STANGHELLINI, Lorenzo "Proprietà e controllo dell'impresa in crisi" en *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, "Il 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.

³⁰ HOLZ, Eva "Obligaciones de los administradores de sociedades en vías de insolvencia", pág. 401; nro. "El equilibrio en la legislación societaria y concursal uruguaya: la preconcursalidad societaria", pág. 415, ambos en *25 años de la ley de sociedades comerciales. Necesidad de su reforma. Homenaje al Profesor Dr. Siegbert Rippe*, AAVV Directoras Eva Holtz – Rosa Pozioemek, Ed. Facultad de Ciencias Económicas y Administración, Universidad de la República, Montevideo 2014.

³¹ RICHARD, Efraín Hugo "LA FUNCIÓN DE GARANTÍA DEL CAPITAL SOCIAL FRENTE A LA AGENDA CONCURSAL – ESTUDIO COMPARATIVO- ENSAYAMOS SOBRE LA FUNCIÓN DE GARANTÍA DEL CAPITAL SOCIAL Y SU VINCULACIÓN A LA CRISIS, APRECIANDO LA NATURALEZA DE SUS NORMAS Y LA INTERACCIÓN DEL DERECHO CONCURSAL SIGUIENDO LAS ENSEÑANZAS DE EMILIO BELTRÁN, CON VISION COMPARATISTA", en *Libro homenaje al profesor Emilio Beltrán*, edición del Instituto Iberoamericano de Derecho Concursal, Cartagena de Indias, Colombia, octubre 2014, pág. 279.

³² RICHARD, Efraín Hugo "La conservación de la Empresa" en *Anales de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba* tomo XXV Pág.107 y ss., citado.

capital por aporte de los socios, capitalizando el pasivo³³ o de terceros, o constatada contablemente la causal de disolución liquidando el patrimonio social. Incluso la liquidación puede concluir en la imposibilidad de satisfacer la totalidad de las deudas sin generar un proceso concursal ante la correcta la liquidación e inexistencia de acciones de recomposición, bajando costos eficientemente.

El derecho de suscripción preferente de los socios en los aumentos de capital, esta vinculado directamente a la obligación de capitalizar la sociedad o liquidarla cuando se advierte un capital insuficiente para el cumplimiento del objeto social o la pérdida patrimonial que compromete la cifra de retención que supone el capital, para asegurar el pago del pasivo y no generar daño a los acreedores y a los trabajadores.

Adviértase los sistemas que en situaciones semejantes permiten a los administradores emitir acciones sin autorización de los socios. Una mirada a la funcionalidad societaria es fundamental. De allí “la necesidad de un *insolvency test*... Los temas atinentes al capital social con la identificación de los deberes de los órganos gestorios en proximidad de la insolvencia ... la continuidad de la actividad de empresa importa un perjuicio de los acreedores, y del cual se genera la responsabilidad de los administradores por el incremento de la pérdida ... Por esto se puede revisar más apropiadamente, respeto a la hipótesis de liquidación de a la sociedad consiguiente a la pérdida de capital, voluntario o legal que sean, una regla definible como "*ricapitalizza o rispondi*". Se transforma el tema del capital social en remedio ex ante, frente a la responsabilidad que es un remedio ex post, con la opción a cargo del administrador entre *ricapitalizzazione e mesa in liquidación*, que constituye una exoneración de responsabilidad como correcta administración”.³⁴

5.1. Mecanismos de solución. Se incentiva de este modo la capitalización de deuda como mecanismo de reestructuración y saneamiento empresarial, sobre todo respecto de acreedores titulares de pasivo financiero, intentándose así mismo, mediante reformas legales actualmente en curso en España "minimizar" el impacto contable que para las entidades financieras podría conllevar, en sus cuentas de resultados, la opción por la capitalización de deudas, que le permita una movilización de obligaciones en mora en el mercado de capitales, incluso inducido por normas bancarias sobre inmovilizaciones y provisiones.

La capitalización de deuda no es una operación extraña a los sistemas concursales. La novedad radica en que se fomente su utilización en el marco de acuerdos de refinanciación teniendo en cuenta quiénes son los principales acreedores (bancos e intermediarios financieros), para defender sus intereses y facilitar así la consecución de un acuerdo de refinanciación que permita la continuidad de la actividad del deudor con los beneficios que este hecho lleva aparejado, tanto para el propio deudor, como sus acreedores y trabajadores.

La abusiva quita –que empobrece a los acreedores y enriquece a los socios con costo tributario y no liberación de garantes- puede equilibrarse elevando el valor nominal de las acciones o participaciones previamente emitidas, cuando los destinatarios son socios acreedores. En todo caso, se emitan nuevas acciones o participaciones, o se eleve su valor nominal, el contravalor del aumento consiste en la compensación de créditos que ostentan los acreedores, sean o no socios, frente a la sociedad. Esto puede vincularse a disponer una prima de emisión, no distribuible pero que incrementa el valor de transferencia de las acciones. Obviamente los *take overs* serán posibles para recuperar el control societario.

³³ Situación expresamente prevista en la ley de sociedades art. 197.2 LGS, que soluciona integralmente la cesación de pagos de una empresa viable en la que los administradores informen fundadamente esa posibilidad a los acreedores.

³⁴ 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

Se trata de operaciones pensadas para el saneamiento financiero de la sociedad³⁵, por la que ésta aumenta su patrimonio neto, ya que disminuye el pasivo inmediatamente exigible pasando a ser pasivo no exigible (capital), y puede disponer así de recursos que de otro modo tendría que destinar a pagar a los acreedores³⁶, quienes, por su parte, pierden tal condición y se convierten en socios de la sociedad deudora, en la intención de obtener así una mayor satisfacción crediticia que si acudiesen a las soluciones concursales. Así, si se consigue salir de la situación de crisis, los acreedores que pasen a ser socios pueden rentabilizar su inversión, vía dividendos, o bien a través de la posterior venta de las acciones o participaciones³⁷. Las obligaciones negociables convertibles pueden ser también una herramienta, y las obligaciones negociables subordinadas están aceptadas, por ejemplo en las sociedades financieras, como si integraran el capital social para medir su solvencia.

5.2. Capitalización. El acuerdo de aumento de capital mediante compensación de créditos exige el consentimiento de los titulares de los créditos frente a la sociedad, así como el consentimiento de los socios otorgado mediante acuerdo adoptado en junta general con las mayorías legalmente exigidas.

Como consecuencia de normas genéricas del derecho comparado, resguardando la función de garantía del capital social, si socios bloquearan la capitalización no disponiendo la liquidación de la sociedad para que no siguiera dañando, los socios que contribuyeron a la formación de la mayoría necesaria para el rechazo del acuerdo podría responder del pasivo (deudas) no satisfecho a los acreedores.

Ante la negativa o imposibilidad de los accionistas de capitalización y no deseando liquidar la sociedad, se abre la solución de capitalizar el pasivo, o sea en ciertos casos traspasar la sociedad a los acreedores, o su control, o simplemente de darles participación –con un sinnúmero de alternativas que pueden implicar reconocimiento de prima o posibilidad de rescate-. Esta es también una previsión del art. 42 Ley Concursos y Quiebras argentina –LCQ-, contenida en las leyes similares del derecho comparado consultadas. Las soluciones normativas-doctrinarias a la capitalización son múltiples, permitiendo a los administradores emitir acciones sin autorización de los socios, con o sin prima, con derecho de rescate, generando preferencias patrimoniales que limiten sus derechos políticos, ubicándolas en una clase, y otras múltiples soluciones con las que hemos afrontado crisis extrajudicialmente y con gran confidencialidad. Incluso la liquidación privada, a bajo coste, importa una suerte de concurso de hecho, que no impide la petición de quiebra por algún acreedor que, sin duda verá por ese medio menguado su derecho en el concurso, pues de haber responsabilidades podría ejercerlas individualmente. Liquidación que puede encararse con continuidad de la empresa, conforme un plan, para tratar de enajenarla privadamente. Las cláusulas o convenios de preferencia para la recompra de acciones son de validez indiscutida en el derecho comparado. La entrega a la par de obligaciones negociables convertibles puede ser una solución compatible.

La capitalización del pasivo tiene efectos tributarios neutros y libera a fiadores y deudores solidarios, y parece ser el lineamiento que se aconseja en los “acuerdos privados” –*company voluntary arrangement*- con los acreedores financieros, que de ser la empresa viable rápidamente colocarán sus participaciones en el mercado. No descartamos el análisis de los hoy en boga “acuerdos privados homologables” que importan una mínima actuación jurisdiccional o administrativa para extender el acuerdo de una ajustada mayoría a la totalidad de los acreedores, pero queremos recalcar sobre las normas imperativas del derecho societario

³⁵ SÁENZ GARCÍA DE ALBIZU, J. C., “Artículo 156. Aumento por compensación de créditos”, en *Comentario al régimen legal de las sociedades mercantiles*, URÍA, R., MENÉNDEZ, A., OLIVENCIA, M. (dirs.), Thomson Civitas, Madrid, 2006, t. VII, vol. 2º, pág. 197.

³⁶ MAMBRILLA RIVERA, V., “El aumento del capital por compensación de créditos”, en *Derecho de Sociedades Anónimas*, ALONSO UREBA, A., DUQUE DOMÍNGUEZ, J., ESTEBAN VELASCO, G., y otros (coords.), Civitas, Madrid, 1994, t. III, vol. 1.º, pág. 365.

³⁷ HERNÁNDEZ SAINZ, E., “La capitalización de deuda como instrumento preconcursal preventivo o paliativo de la insolvencia y los acuerdos de refinanciación”, en *Los acuerdos de refinanciación y de reestructuración de la empresa en crisis*, GARCÍA-CRUCES, J.A. (dir.), Bosch, Barcelona, 2013, pág. 330.

que viabilizan evitar y solucionar crisis, con bajos costes y confidencialísima solución para evitar daños colaterales.

Este tipo de capitalización si bien no genera fondos elimina en forma inmediata ese pasivo del balance y modifica la relación patrimonial haciéndola positiva, lo transfiere al activo, desapareciendo la causal de disolución de pérdida del capital social. A su vez, al eliminar el pasivo corriente modifica la estructura patrimonial permitiendo que todo el flujo de caja se dirija al cumplimiento del objeto social, removiendo así la segunda causal de disolución que normalmente se presenta, la prevista en el art. 94.4. LGS de la ley argentina, de imposibilidad sobreviniente de cumplimiento del objeto social por causas patrimoniales, contenida en el Código Civil y Comercial argentino (CCC) y en las legislaciones extranjeras consultadas. También y como anticipo de esa situación patrimonial que genera una causal de disolución, aparece esa otra dentro de las legislaciones societarias, cual es la imposibilidad sobreviniente de cumplir el objeto social, que es convergente con la idea de la conservación de la empresa, que debe ser viable. Esto importa también una protección de todos los intereses involucrados. El concurso oportuno puede no ser extraño a esta idea.

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. Esa fórmula que no está gravada por impuestos a las ganancias³⁸, que en cambio se aplica sobre quitas y esperas concursales, al entender claramente que el empobrecimiento de los acreedores importa una ganancia para los socios de la deudora.

Con el ingreso de capital se satisfarán las obligaciones sociales que motivarían un concurso y cesaría la situación de crisis, por lo que se habrá sobreesido la situación patrimonial con un bajo coste de transacción.

Como señaló la jurisprudencia³⁹ “la suficiente capitalización de la sociedad al momento de su constitución y posteriormente, durante todo el desarrollo de la actividad empresarial es la mejor manera de evitar la insolvencia de la sociedad, atento que ésta cuenta con mecanismos para obtener la financiación interna”, y –eventualmente- la capitalización del pasivo.

6 – PRECONCURSALIDAD.

Con esta visión se construye un sistema de preconcursalidad desde el derecho societario⁴⁰. La preconcursalidad ha sido materia de nuestra preocupación⁴¹ donde advertimos claramente el problema que ahora enfocamos con otras aristas.

6.1. Prevención societaria. Se ha sostenido que la legislación societaria es preconcursal, paraconcursal o anticoncursal, cuya normativa opera en el derecho comparado “como un instrumento preconcursal”⁴², “tiene una función *preconcursal* o *paraconcursal*, considerandola algún otro como *anticoncursal*”⁴³, 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

³⁸ NISMAN, Raúl en múltiples conferencias y trabajos difundidos por Ricardo Ruiz Vega.

³⁹ Cám. Trabajo y Minas 4ª Nominación de Santiago del Estero, República Argentina, con fecha 15 de junio de 2005, en la causa “Salazar, Oscar E. c/ Florestal El Milagro SRL”, LLNOA 2005-1446.

⁴⁰ RICHARD, Efraín Hugo en *DE LA INSOLVENCIA, In Memoriam de Héctor Cámara y Francisco Quintana Ferreyra*, Editorial Advocatus, Córdoba 2000, comunicaciones al II Congreso Iberoamericano de la Insolvencia “En torno a responsabilidad y concurso. Un “embrión” de proyecto” Tomo III pág. 313. y “Daños causados por la insolvencia: Acciones individuales de responsabilidad contra administradores de sociedades” Tomo III pág. 549; “Ausencia de sede y responsabilidad de administradores (II)” Tomo III pág. 579; “Pretensiones patrimoniales y contratos comprendidos en art. 20 ley 24.452, Competencia de árbitro frente al concurso”, Tomo IV pág. 243.

⁴¹ RICHARD, Efraín Hugo “Notas en torno a la preconcursalidad Societaria” ANUARIO XIV (2012) pág. 377, del Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba.

⁴² 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. Civi tas, Madrid 1999, tomo I, especialmente “Las pérdidas graves” págs. 1009 a 1013.

⁴³ DÍEZ ECHEGARAY, José Luis *Deberes y Responsabilidad de los Administradores de Sociedades de Capital*, 2006, Ed. Thomson-Aranzadi 2ª edición, Navarra. p. 387.

sociedades y la italiana⁴⁴, en una compatibilización que no estamos en condiciones de juzgar. La doctrina italiana reiteraba que la reforma de la legislación concursal omitió 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 doctrina⁴⁵.

Recordando algo aparentemente olvidado, se ha dicho “La normativa societaria ha tenido, desde siempre, la preocupación de la defensa y protección del crédito y, por esta vía, de la prevención de las crisis empresariales. Con herramientas y procedimientos diferentes ha ido convergiendo con una legislación concursal cada vez más preocupada por la prevención de las crisis empresariales y en la solución de éstas con el menor daño posible a las estructuras productivas. Esta comunidad de objetivos entre ambas ramas del ordenamiento mercantil hacen necesaria una coordinación y armonización normativa, de modo que su objetivo común pueda ser logrado en forma segura y eficiente, derecho concursal y derecho societario no son dos compartimentos estancos. Ambas disciplinas deben perseguir, desde una concepción integral del sistema jurídico, una armonización de sus sistemas normativos en orden a la tutela del crédito, a la anticipación de las crisis y a evitar su profundización y propagación”⁴⁶.

6.2. Falta de prevención. El derecho societario y el derecho falimental se influyen recíprocamente, 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 saneamiento⁴⁷.

Omitir las vías preconcursales societarias adoptadas *ex ante*, para intentar las de reactivación en una presentación en concurso permite avizorar el nacimiento de acciones de responsabilidad *ex post*.

La tutela de los acreedores ante la continuidad de la empresa en cesación de pagos, aumentando la posibilidad de pérdidas ante una prospectiva incierta, la tutela de acreedores impone pensar en la responsabilidad de los administradores⁴⁸, afirmándose la utilidad que revisten en general “los remedios tempestivos e idóneos a la primera señal de crisis”⁴⁹. Responsabilidad siempre de base subjetiva, por accionar culposo o doloso generando daño.

6.3. Cesación de pagos e Insolvencia. El bien jurídico tutelado por la legislación concursal es la eliminación del estado de cesación de pagos de un patrimonio⁵⁰. 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.

⁴⁴ STRAMPELLI, Giovanni “Capitale sociale e struttura finanziaria nella società in crisi”, en *Rivista delle Società*, anno 57, 2012, lugriogosto 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.

⁴⁵ NIGRO, A. “Le società per azioni nelle procedure concursali”, in *Trattato delle società per azioni*, diretto da G.E. Colombo e G.B. Portale, 9^o, Torino 1993, 209 ss.

⁴⁶ OLIVERA AMATO, Juan M. *Herramientas societarias para la solución y prevención de las crisis empresariales en Situaciones de crisis en las sociedades comerciales* AAVV directores José Miguel Embid Irujo, Daniel Roque Vitolo, Ed. Ad Hoc, Buenos Aires 2010, pág.31 y ss., esp.35.

⁴⁷ SPOLIDORO, M. S. comentando la tesis de Alexandros N. ROKAS *Die Insolvenzprophylaxe als Bestandteil der Corporate Governance im deutschen Aktienrecht*, Baden Baden, Nomos 2012, en *Rivista delle Società* anno 57^o, noviembre-diciembre 2012 fas. 6^o, pág. 1353.

⁴⁸ MIOLA ob. cit. pág. 1310. Como acción extraconcursal.

⁴⁹ MIOLA ob. cit. pág. 1309.

⁵⁰ 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...

Desde hace muchos años Mauricio Yadarola⁵¹ y Fernández igualaron ambos conceptos, pero ahora concordamos con la especialista en Sindicatura Concursal, Prof. Celina Mena⁵², con una visión contable-económica, señala en relación a “cesación de pagos” e “insolvencia” que “no es lo mismo porque la insolvencia se manifiesta en el patrimonio, es este el que no puede hacer frente al pasivo y el remedio en principio es liquidativo. La cesación de pagos es un problema financiero y económico. Este problema se manifiesta por la falta de capital de trabajo. Esto se puede revertir o agravar según la empresa sea viable o no, es decir de acuerdo a sus resultados. Refiere a la teoría amplia (sobre la cesación de pagos), que sería a la que adhiere nuestra legislación concursal. Apunta que en ella se considera la cesación de pagos como un estado del patrimonio que no es capaz de afrontar sus obligaciones en forma generalizada y permanente que se manifiesta a través de diversos hechos reveladores, entre ellos el incumplimiento, la venta a precio vil, el cierre del establecimiento, etc. y cualquier otro medio que demuestre o revele la *incapacidad del deudor para hacer frente a sus obligaciones en forma generalizada y permanente* en donde el incumplimiento es uno de los hechos reveladores, pero no es necesario que exista para que exista la cesación de pagos: “*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 social⁵³.

Casadio Martínez, con su doble perspectiva profesional, se refiere a esa cuestión: “Según Argeri, en cuanto al concepto de *cesación de pagos*, para una corriente de opinión es sinónimo de *desequilibrio aritmético* entre activo y pasivo patrimonial (Salvat, García Martínez, entre otros), mientras que hay quienes hacen hincapié en las cantidades y no en la imposibilidad de cancelar las obligaciones... Por su parte, Quintana Ferreyra realiza una amplia revisión de las concepciones de la doctrina y sostiene que –en su opinión- los términos *cesación de pagos, insolvencia y quiebra económica* son equivalentes... No obstante, otra línea jurisprudencial distinguió ambos conceptos, postulando que *no cabe confundir cesación de pagos con insolvencia. Aquella constituye el fundamento para la declaración de quiebra pero no necesariamente implica que el deudor sea insolvente, entendiéndose por tal un pasivo superior al activo...*”⁵⁴. Marcando aspectos negativos del patrimonio social, la pérdida del capital social –insolvencia-, y la cesación de pagos son dos situaciones diferenciables que se entrecruzan.

Coincidimos con el uruguayo Camilo Martínez Blanco⁵⁵, quién 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 Esquerre⁵⁶ en su profundo análisis del tema que nos ocupa. – Por lo pronto en nuestro derecho mercantil, más precisamente en materia de quiebras siempre había

⁵¹ ROCCO, Alfredo *Fallimento. Teoría generale ed origine storico*, Turín, 1917, nos. 1 y 2; BONELLI, G. *Del fallimento*, 2^o ed., Milán, 1923, Vol. 1, nos. 2 a 5; YADAROLA, Mauricio *Revista Crítico de Jurisprudencia*, 1934, p. 436. YADAROLA, Mauricio Concepto técnico científico de cesación de pagos JA 68-81.

⁵² MENA, Celina María “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

⁵³ RICHARD, Efraín Hugo “La empresa: su organización y crisis” en RDCO n° 253 marzo-abril 2012 p.407.

⁵⁴ CASADIO MARTINEZ, Claudio Alfredo *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.

⁵⁵ *Manual de Derecho Concursal*, 2^a edición revisada., actualizada y ampliada, Ed. Fundacion de Cultura Universitaria, Montevideo 2012, pág. 150 y ss..

⁵⁶ *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 Esquerre, Juana. Dilex SL, Madrid 2003.

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, por lo que cual cesación de pagos e incumplimiento eran términos que no se diferenciaban desde el punto de vista de su significación jurídica en orden a provocar la falencia. – Esas denominadas teorías materialistas sustentadas por los clásicos (Vivante, Bolaffio) identificaban cesación de pagos con incumplimiento. (...) 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.(...) 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. Pero además si los problemas transitorios de liquidez trascienden de la tesorería de la empresa, es señal de un agotamiento del crédito (carece de líneas de financiación para transitar el escollo) por lo que las dificultades son graves... 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 integrado por bienes de lenta y difícil posibilidad de realización, al paso que éste concentra los compromisos de pagos en el corto plazo.(...). De ahí la importancia de introducir el tema de la “insolvencia negocial”. La profesora española Marta Prats Marquina⁵⁷ habla con muy buen criterio de la “insolvencia negocial” entendiendo 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)... Resulta muy interesante la aportación que realiza Prats Marquina,...ya que es un dato esencial a tener en cuenta cuando de analizar capacidades empresariales se trata”.

Es fundamental que el Síndico (o funcionario interviniente, según la legislación) se refiera a que previsiones adoptaron los administradores sociales desde que aparecieron dificultades, si las pusieron en conocimiento de los socios y que dispusieron éstos para cumplir con las normas imperativas de las sociedades en torno a causales de disolución, su remoción o iniciación inmediata de la etapa de liquidación, con las responsabilidades consiguientes, tales la pérdida del capital social, que genera la obligación de reintegrarlo.

Se trata, ni más ni menos, que el Síndico analice los balances y señale si la crisis era una mera cesación de pagos, por desbalance entre activos y pasivos corrientes, o si se había perdido el capital social, con patrimonio neto negativo. Y en este último supuesto si se

⁵⁷ “*Insolvencia y crisis económico: Su reflejo en el derecho concursal*” R.G.D. Madrid, 1998.

convocó a los socios o estos tomaron conocimiento de ese estado patrimonial a fin de adoptar las soluciones previstas por las normas imperativas del derecho societario. En caso afirmativo el Síndico debería informar sobre los daños generados y las responsabilidades a tenor del régimen específico o general de responsabilidad.

El informe general del síndico u otros elementos agregados al juicio concursal podrán acreditar el incumplimiento de los deberes societarios del administrador, y fundar la promoción de acciones de responsabilidad individuales por parte de ciertos acreedores. Particularmente aquellos no informados con los que contrataron estando la sociedad en cesación de pagos. Este informe general en el concurso facilita la prueba de los extremos que podrán invocar esos acreedores, que -en otros casos- puede ser bastante difícil, como se señala en la doctrina de los Estados Unidos de Norteamérica⁵⁸.

No es del caso aquí tratar las acciones individuales de responsabilidad que puedan promover acreedores sociales contra los administradores por no haber respetado las previsiones de la ley societaria, que no son concursales ni atraíbles por un concurso ni afectadas por la homologación de un acuerdo de quita y espera.

7 – PÉRDIDA DEL CAPITAL SOCIAL, EFECTOS Y RESPONSABILIDAD.

Como anticipamos centramos la atención en una causal de disolución de las sociedades. La causal de disolución “pérdida total del capital social”, diferente a la infrapatrimonialización e incluso a la cesación de pagos, importa cuanto menos la avizoración de una crisis y permite revertir la situación con bajo costo en forma privada⁵⁹.

La cifra estatutaria que fija el capital sirve de garantía inmutable para esos terceros, imponiendo mantener el contravalor patrimonial de dicha cifra siempre por encima de aquel y durante toda la vida de la sociedad⁶⁰. El capital social se presenta como una cifra permanente en la contabilidad de la sociedad que indica a aquellos con que cifra responderá el ente respecto de estos, por las deudas asumidas por la sociedad.

Vivante entiende a la pérdida del capital social como una causal de disolución que opera de pleno derecho⁶¹

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

- a. La responsabilidad de administradores y de los socios que consientan la continuidad se genera por los daños que puedan producirse.

La liquidación no se inicia de oficio, sea porque los socios la consideren reversible o transitoria, sea que difieran la toma de decisión a una futura asamblea. Pero siempre con el efecto de la responsabilidad.

⁵⁸ Entienden los autores norteamericanos sobre la incerteza sobre la responsabilidad de administradores y confirmando las obligaciones de alegar y probar a cargo de los actores que hacen extremadamente gravosas estas acciones. RIBSTEIN L. *Another perspective on Citigroup and AIG* en “blogs.law.harvard.edu”.

⁵⁹ RICHARD, Efraín Hugo *Perspectiva del Derecho de la Insolvencia*, Ed. Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales, Córdoba, 2010, citado.

⁶⁰ Siguiendo a Butty, el capital constituye una garantía específica hacia los terceros, suplementaria y distinta del patrimonio, entendido como prenda común de los acreedores. Aquellos tendrán la certeza durante la vida social, de la existencia en la caja de la sociedad, del contravalor efectivo de la cifra capital.

⁶¹ VIVANTE, César *Tratado de Derecho Mercantil*, versión española de la quinta edición italiana corregida, aumentada y reimpressa, Ed. Reus, Madrid 1932. Volumen II “Las sociedades mercantiles”, pág. 483/5.

7.1. **Rol del capital social.** Los problemas patrimoniales de la empresa, organizada libremente como sociedad, son abordados en la causal de disolución de “pérdida del capital social”⁶².

Esa “pérdida” debe ser real, aunque es reconocida por una determinación contable aprobada por el órgano de gobierno de la sociedad. Según la versión más conservadora la misma se produce cuando el patrimonio neto acusa pérdidas de tal envergadura que éstas igualan o superan a todos los importes positivos del patrimonio neto (capital, ajuste de capital, reservas, aportes irrevocables –capitalizados, agregamos-)”⁶³. Una visión más formal llevaría a pensar que la causal se ha generado cuando el pasivo excede al activo en una cifra superior al capital social estatutario y no se intentan capitalizar otros importes positivos del patrimonio neto para revertir la pérdida y reconstituir el capital estatutario como cifra de garantía para los terceros y la sociedad.

El análisis de ciertos aspectos vinculados a esa causal son dirimentes para entender el *obiter dictum* de nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso Comercial del Plata sobre que el recurso concursal es la última alternativa para solucionar la crisis societaria⁶⁴.

7.2. **Constatación de la causal de disolución.** ¿Cuándo se genera esa causal de disolución? La cuestión es cuándo objetivamente queda reconocida la existencia de esta causal por los administradores y por los socios. La respuesta fluye de la realidad: indubitablemente los primeros cuando preparan el proyecto de balance y por tanto debería contener la Memoria referencias sobre ese aspecto. Los socios cuando aprueban o consideran ese balance, aunque no lo aprobaran. Desde ese momento la causal pasa a ser de indubitable y pleno conocimiento imponiendo las conductas previstas por la ley.

De inmediato debe interrogarse si ante esa constatación debe cesar la actividad normal y proceder a la liquidación de la sociedad. Sin dudar no. Aún en la causal de vencimiento del plazo los socios pueden decidir la continuación. En el caso de la causal de pérdida del capital social la liquidación puede ser evitada por el reintegro del capital social o la capitalización.

La causal de disolución puede enervarse a través de una opción imperativa de los socios: reintegrar, capitalizar por los socios, terceros o capitalizando pasivo, agregando la legislación española la obligación de concursar a la sociedad –en caso contrario- en término perentorio de 60 días. La reacción debería ser inmediata a la constatación documentada en la aprobación del balance.

⁶² “Art. 94 LSA. Disolución: causas. La sociedad se disuelve:... 5) Por pérdida del capital social... Art. 96. Pérdida del capital. En el caso de pérdida del capital social, la disolución no se produce si los socios acuerdan su reintegro total o parcial del mismo o su aumento. Art. 99. Administradores: facultades y deberes. Los administradores, con posterioridad al vencimiento del plazo de duración de la sociedad o al acuerdo de disolución o a la declaración de haberse comprobado alguna de las causales de disolución, sólo pueden atender los asuntos urgentes y deberán adoptar las medidas necesarias para iniciar la liquidación. Responsabilidad. Cualquier operación ajena a esos fines los hace responsables ilimitada y solidariamente respecto de los terceros y los socios, sin perjuicio de la responsabilidad de éstos”. Nto. “Las crisis de las sociedades y como abordarlas”, Ed. Fespresa, Córdoba, agosto 2010, págs.183, 185, 393, 427, 461, 465,581.

⁶³ FUSHIMI, Jorge Fernando “*Sobre el reintegro del capital en las sociedades anónimas*”, en publicación referida en nota 48 pág. 427, específicamente 428. NISSEN, Ricardo A. *La pérdida del capital social como causal de disolución de las sociedades comerciales*, Ed. Ad Hoc, Bs. As., quién transcribe parte de la Resolución 055 de la Inspección General de Justicia de fecha 14.1.2002 en “Duque Seguridad S.A. “Antes de hacer el cálculo para constatar la existencia de la causal disolutoria consistente en la pérdida del capital social, hay que revalorizar el patrimonio social, computar sólo el pasivo hacia terceros y luego absorber las pérdidas en término con las reservas y sólo después proyectar su remanente sobre el capital social. Además debe tratarse de una pérdida definitiva y no meramente circunstancial”. Agregamos que esas operaciones deben ser serias, reflejarse en la reunión donde se descartó la obligatoriedad del reintegro o el aumento de capital social para poder continuar las operaciones, y que quedará cuestionada si posteriormente la sociedad se concursar o quiebra.

⁶⁴ RICHARD, Efraín Hugo “DESJUDICIALIZACIÓN DE LOS CONCURSOS: UN “OBITER DICTUM” DE LA CORTE” , en Zeus Córdoba n° 376, año VIII, 23 de febrero de 2010, tomo 16, pág. 85/90, y en Editorial Zeus Revista n° 11, tomo 113, Rosario 13 de julio de 2010, pág. 561.

La sociedad puede continuar operando pese a la pérdida del capital social, porque puede apreciarse revertirla con las operaciones en curso. Ello además de deber expresarse en la primer Memoria –conforme el tipo social- deja en claro el riesgo de responsabilidad de administradores y socios por las nuevas operaciones. Si luego el patrimonio social es insuficiente para atender a los acreedores el daño se habrá consumado y la responsabilidad prevista se patentizara *ex post*.

7.3. Monto del incremento. ¿Por qué antes de la presentación en concurso, o en el momento de ratificar tan onerosa vía, los socios no optan por la solución prevista en la ley societaria? Es porque la cuestión no ha sido sometida a su consideración ni advertido el riesgo de asumir responsabilidad que importa esa ratificación.

Es posible que en análisis del balance de presentación y del monto de la reintegración del capital social, los socios pueden dubitar sobre si deben hacerlo por el monto original u otro monto, y también porque no tienen idea de la responsabilidad que puede imputárseles.

El monto sería el que requiera la situación patrimonial y no meramente la cifra nominal del capital original, pues la pérdida que registrara el balance podría ser muy superior al mismo. El desembolso por reintegro debe ser tal que permita equiparar el activo con el pasivo y recomponer la cifra del capital social. La decisión de reintegro adoptada en el caso de sociedad anónima por asamblea extraordinaria con mayorías agravadas, impone a todos los socios la obligación –salvo ejercicio del derecho de receso sin valor económico evidentemente, pero que evita la obligación de reintegrar-.

No necesariamente la ley impone la reintegración para evitar la liquidación. La opción es capitalizar la sociedad por los socios –ejerciendo el derecho de preferencia y el de acrecer en su caso- o por terceros.

En síntesis: el monto del aumento debe ser como mínimo suficiente para encubrir el pasivo y no quedar nuevamente en supuestos de reducción obligatoria del capital social previstos.

7.4. Forma. Correlativamente, es un deber de los administradores comunicar a todos los socios la decisión asamblearia de reintegrar, indicando la modalidad, para que el disidente pueda optar por recesar o reintegrar, o aceptar la posibilidad de la acción judicial. La falta de diligencia del administrador causa perjuicio a la sociedad y al socio requerido que puede quedar imposibilitado substancialmente de optar, aunque se hayan cumplido los recaudos formales de publicidad.

Apuntamos que en el reintegro, no es necesaria la publicación o inscripción, pues a diferencia de la reducción y aumento, que implica modificación estatutaria, el reintegro conserva las expresiones estatutarias y sólo modifica el balance.

7.5. Capitalización del pasivo. Ante la reticencia de los socios aparece más factible la capitalización del pasivo. Y parece hoy en el derecho comparado que la tendencia es inducir a los acreedores profesionales financieros a hacerlo, conforme a un plan de la viabilidad de la sociedad y de su reorganización, que incluso les permitirá colocar luego sus participaciones en el mercado. El negocio de “underwriting” puede vincularse a ello.

Se trata de aumentos que se producen cuando los socios o terceros no realizan aportes genuinos a la sociedad⁶⁵. La legislación societaria prevé o posibilidad la capitalización de pasivos, como supuesto claro para este caso; suspendiendo el derecho de suscripción preferente, ante la existencia de obligaciones anteriores. Esta suspensión sólo es inteligible por la urgencia en generar esa capitalización y remover la causal de disolución, pero es incongruente con la postura de socios –aún minoritarios- que ejercieran en el mismo acto el derecho de suscripción preferente y anticiparan el deseo de acrecer –lo que podrían ejercer sin afectar derechos de los demás socios a hacerlo posteriormente- adoptando la posición que hemos dado en llamar la de “suscriptor e integrador provisional”.

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

7.6. Responsabilidad. De no tratarse la causal una vez acreditada, continuando el giro normal de los negocios, incluso ratificando una presentación en concurso: ¿surge alguna responsabilidad? No si los administradores gestaron correctamente sus deberes. Quizá la responsabilidad por los daños que se causen sea de los socios que mayoritariamente soslayaron las soluciones imperativas de la ley societaria y, en abuso de derecho, intentan que los acreedores cubran el exceso de pasivo.

La ley argentina da clara respuesta a este supuesto en el art. 99 Ley General de Sociedades –LGS., pues respecto de los socios, la norma –que señala la responsabilidad solidaria de administradores- agrega *sin perjuicio de la responsabilidad de éstos*. La doctrina ha interpretado que la referencia en forma inequívoca está aludiendo al consentimiento de los socios en los actos realizados por los administradores en este período. Ante la pérdida del capital social, si los administradores no asumen el camino previsto, y los socios convocados trasladan el riesgo operativo a los acreedores, asumen responsabilidad. Constatada la causal y no tratada ni revertida, los administradores asumen responsabilidad. La presentación de balances donde conste la pérdida del capital social sin haber puesto a consideración de los socios el reintegro o aumento, les genera responsabilidad. También la pretensión de solución concursal, acompañando balances donde se registre la pérdida, genera esa responsabilidad por las operaciones posteriores.

Los socios al ratificar la presentación en concurso, sin haber asumido previamente las conductas previstas en la ley de sociedades, sin duda han asumido esa responsabilidad, sin perjuicio de las acciones que tengan posteriormente contra los administradores. A vez la responsabilidad de determinados socios que actuaron culposa o dolosamente, por acción u omisión, generando daños es calificada en el nuevo Código Civil y Comercial argentino – CCC- en su art. 167 in fine.

La cuestión es la insatisfacción al tercero de una acreencia por insolvencia, o aparente insolvencia al no encontrarse bienes, de la sociedad, lo que –a su vez- podría derivar en la quiebra de la sociedad. Se viola una norma imperativa de tutela de terceros, de la sociedad y de los propios socios en forma genérica, que específicamente en caso de insatisfacción de terceros acreedores evidencia la insolvencia de la sociedad y permite avizorar la pertinencia de acciones resarcitorias del daño generado.

¿El art. 99 LGS alcanza a las deudas postconcursoales? No aparece en nuestro derecho una opción para los administradores, como en España⁶⁶ e Italia, y administradores y socios -al

⁶⁵ FOURCADE, Antonio “Sociedades comerciales. Parte especial”, Ed. Advocatus, Córdoba 2001, pág. 114. FUSHIMI ob. cit. pág. 430.

⁶⁶ Conforme a ley publicada el 3 de julio de 2010, prevé en el art. 367 la responsabilidad de administradores que no convocaran a asamblea o, en su caso no presentaran en concurso a la sociedad en el término de 60 días de constatada la causal de disolución.

aceptar la continuación del giro social sin asumir ni el reintegro del capital social ni su aumento, quizá en búsqueda de que el problema sea asumido por los acreedores a través de quitas y esperas-, por lo que deberán afrontar la responsabilidad para el caso de una ulterior quiebra⁶⁷.

7.7. Protección de acreedores. ¿En caso de homologación de acuerdo habiéndose constatado por el Síndico en el informe general la existencia de la causal largo tiempo antes de la presentación declarada en los mismos balances aprobados, se mantiene la responsabilidad prevista?

No parece que el efecto novatorio que genera la homologación de un acuerdo concursal alcance a la responsabilidad de administradores y/o socios, pues se trata de daños causados por terceros no concursados⁶⁸. Por tanto, los que hubieren sufrido daño, ante el incumplimiento de la norma que implica culpa o dolo, podrán reclamar a administradores y socios intervinientes la reparación del daño efectivamente sufrido. El alcance de la reparación puede alterarse en función del factor de atribución: culpa o dolo. 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 de repartos dikelógicos, usando del sistema jurídico y judicial –aparentemente disponible- para enriquecerse.

Los clásicos entienden que “Una vez conocida la noción jurídica de falta (culpa), será necesario preguntarnos como esta se aprecia, y luego considerar sus características... La culpa es un comportamiento ilícito que contraviene una obligación a un deber impuesto por la ley o por la costumbre. Ella comprende un elemento material (el hecho bruto constituido por el comportamiento) y un elemento jurídico (la ilicitud), que es el más delicado.... Toda omisión es reprochable si un buen padre de familia, colocado en la misma circunstancia hubiera actuado”⁶⁹.

7.8. Esfuerzo compartido. Hemos hecho alguna referencia al “esfuerzo compartido”. Parte de la doctrina clásica ha intentado morigerar nuestra interpretación integrativa de la legislación societaria sosteniendo la legalidad del “esfuerzo compartido”. Juristas especializados en concursos, como Truffat⁷⁰, Botteri⁷¹ y Carlino⁷², a aceptar que para la quita no configure una ilegalidad debe existir “esfuerzo compartido”, o sea quitas equivalentes a los aportes de los socios. De todas formas esto significa un enriquecimiento ilegal de los socios, con una carga impositiva para la sociedad –Impuesto a las Ganancias- que desaparecería si el porcentaje de quita ingresa como capitalización a la sociedad. Se acepta que “el derecho

⁶⁷ Nto. “CONFLICTOS GENERADOS POR LA INSOLVENCIA DE SOCIEDADES Y SOLUCIONES SOCIETARIAS A SUS CRISIS ECONÓMICO-FINANCIERAS-PATRIMONIALES (arts. 94.5, 96 y 99 Ley de Sociedades Comerciales)”, en *Tratado de los Conflictos Societarios* –Director Diego Duprat- Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires 2013, tomo III pág. 2793.

⁶⁸ En orden a la responsabilidad por el art. 99 LSA, la jurisprudencia en el caso “Trotter S.A. c/Peugeot Citroen Argentina S.A. s/ ordinario s/ incidente (de extensión de responsabilidad por las costas)” – CNCOM – 30/06/2010 “...Esta Sala no comparte la decisión del Juez a quo de calificar de “subsidiaria” la responsabilidad derivada del art. 94 inc. 8° de la ley de Sociedades pues la aludida norma sólo la califica de “solidaria e ilimitada”. “Ante la inexistencia de la pluralidad requerida por la ley, el socio y administrador debió proceder ajustándose a los estatutos del art. 99 LS. y la expresa omisión de tales pautas, no puede beneficiarlo. Por lo expuesto, y si bien la responsabilidad que aquí se declara coincide con aquella decidida al admitir el primero de los agravios, corresponde declarar también incurso en las responsabilidades derivadas del art. 99 de la ley societaria al director del ente.” elDial.com, 12/08/10.

⁶⁹ LE TOURNEAU, Philippe *La responsabilidad civil*, Ed. Legis, Colombia, primera ed. en español 2004, traducción de Javier Tamayo Jaramillo, pág. 121 y ss..

⁷⁰ TRUFFAT, Daniel “La abusividad de la propuesta y la moralización de los concursos en lo atinente –preisamente- a la oferta del deudor”, en Segundo Congreso Iberoamericano de Derecho Concursal, Mérida, Estado de Yucatán, México.

⁷¹ BOTTERI, José David “Notas sobre las quitas concursales, acuerdos abusivos y la integración entre el nuevo Código Civil y la Ley de Concursos y Quiebras 24.522”, en *Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones* Nro. 278, (Mayo/Junio de 2016).

⁷² CARLINO, Bernardo “Las quitas a los pasivos deben ser proporcionales o menores a la inyección de fondos de los socios (art. 96 LGS)”, en *CRISIS Y DERECHO IV* Congreso Argentino de Derecho Concursal – VII Congreso Iberoamericano de Derecho de la Insolvencia, Córdoba, septiembre 2015, Ed. Fespresa, tomo III El sistema concursal, pág. 48.

concurzal no es una isla, pero sí es un derecho especial”, lo que permite ubicar el problema dentro de lo previsto por el art. 150 incs. a y c CCC.

8 – ABUSO DE DERECHO Y FRAUDE A LA LEY.

Nuestra incógnita –ante principios y normas imperativas reconocidas doctrinaria y legislativamente-, es que la insolvencia se asuma con quita, o sea eludiendo los socios su responsabilidad de capitalizar, requiriendo a los acreedores una quita que los empobrece, enriqueciendo a los socios. Piensese que generada una quita importante el balance podría dar un patrimonio positivo que hasta podría llegar a distribuirse, como descaradamente se ha hecho en casos. Por eso la quita genera una carga tributaria a la sociedad, distribuya o no dividendos. Si en cambio no hay insolvencia sino que del balance resulta un mero pasivo corriente mayor que el activo corriente no hace falta una quita sino una mera espera. La legislación colombiana en acuerdos privados homologados no acepta imponer la quita. La quita patentiza en todos los casos un abuso de derecho cuando no un fraude a las disposiciones imperativas de la legislación societaria sobre la pérdida del capital social.

8.1. Abuso de Derecho. Referirse a la quita impone lógica y análisis económico, atendiendo a la profundidad de la crisis. Si hay pérdida contable del capital social aparece como posible la necesidad de quita para reestablecer la relación patrimonial activo-pasivo, claro que ello ocurre si no se han aplicado las normas societarias sobre causal de disolución en caso de pérdida del capital social y la obligación de los socios de reintegrar o capitalizar, por ellos o terceros. Por eso cuestionamos el argumento de jueces argentinos de homologar acuerdos con quitas en concursos societarios basados en que la liquidación daría un resultado menor (el llamado *the best interest of creditors*, aceptable en concursos de personas humanas e inaceptable frente a las disposiciones de la ley societaria nunca citadas). Este es un sofisma pues los acreedores que no obtuvieran la satisfacción de su crédito en la liquidación de la sociedad, lo podrían hacer a través de las acciones de responsabilidad expresamente previstas⁷³, como hemos referido.

La legislación impositiva tiende a determinar como ganancia, y así imponerla aunque difieran su pago, cuando existe quita. Y si el exceso patrimonial es distribuido en forma inmediata, el pago de ganancias también debe ser inmediato.

La homologación de un acuerdo de quitas no implica la inexistencia de abuso ni asegura la extinción de todo tipo de responsabilidad si se contravienen los principios y normas de la ley societaria. Los acreedores podrían promover acciones individuales de responsabilidad contra administradores y socios que correspondiere, en juzgado diferente al del concurso de la sociedad, pues el demandado no ha estado concursado⁷⁴ y no lo beneficia la novación⁷⁵.

Podemos conceptualizar el “Abuso del derecho” como “El ejercicio regular fe un derecho propio o el cumplimiento de una obligación legal no puede constituir como ilícito ningún acto. La ley no ampara el ejercicio abusivo de los derechos. Se

⁷³ RICHARD, Efraín Hugo “El art. 99 , ley 19550, y causales de disolución de sociedades (de cómo evitar la responsabilidad ante la insolvencia societaria)” en RDCO 260-665, sección doctrina, Buenos Aires 2013; “Conflictos societarios e insolvencia” en *Tratado de los Conflictos Societarios* –Director Diego Duprat- Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires 2013, tomo III pág. 2793.

⁷⁴ La CNCom en el caso “Chmea, Isaac c/ Chmea, Alberto y otros s/ Ordinario, con fecha 14 de octubre de 2010, decidió que no era competente el juez del concurso de la sociedad a cuyo administrador se le promovió una acción individual de responsabilidad, por no estar el legitimado pasivo en concurso. Cfme. nto. “Ensayo en torno a buena fe e insolvencia societaria”, capítulo XLIX tomo I pág. 811 en libro colectivo *Tratado de la Buena Fe en el Derecho*, Coordinador Marcos M. Córdoba, Editorial La Ley, 2 tomos, 2ª Buenos Aires 2005.

⁷⁵ RICHARD, Efraín Hugo “Sobre la novación por acuerdos concursales (y algo sobre responsabilidad de administradores)” en *Doctrina Societaria y Concurzal*, Ed. Errepar, n° 282, Buenos Aires mayo 2011, año XXIV, tomo XXIII, pág. 445.

considera tal el que contraría los fines del ordenamiento jurídico o el que excede los límites impuestos por la buena fe, la moral y las buenas costumbres”⁷⁶.

La doctrina debe colaborar en la difícil tarea de la magistratura para encontrar el equilibrio de las sociedades en el sistema jurídico, desde su nacimiento como personas jurídicas, hasta sus crisis. “El concepto de abuso, como acción y efecto de abusar, es usar mal, excesiva, injusta, impropia o indebidamente de algo o de alguien (Real Academia Española “Diccionario de la Lengua Española”, 2.002). En el caso el derecho de proponer quitas implica un real abuso de derecho frente a su obligación incumplida de reintegrar o aceptar la capitalización de la sociedad⁷⁷.

8.2. Fraude a la ley. Por otra parte, ese principio y norma impone al Juez conductas oportunas y efectivas “para evitar los efectos del ejercicio abusivo o de la situación jurídica abusiva”, para inmediatamente prever las medidas preventivas llamadas autosatisfactivas disponiendo “la reposición al estado de hecho anterior” y calificamos esa acción preventiva en la imposición de fijar una indemnización.

Esta visión implica una verdadera revolución que impondrá que los jueces al considerar la homologación de un acuerdo con quita analicen si no existe abuso de derecho o fraude a la ley, y la quita comporta cuando menos un abuso de derecho –que aparece como un antivalor-, cuando no un fraude a la ley societaria, pues los socios han transferido su obligación de capitalizar a una quita. En vez de aumentar el activo achican el pasivo a cargo de terceros, lo que hasta les permitiría distribuir dividendos luego de un balance que acreditara el enriquecimiento patrimonial.

El aumento de capital de la sociedad, cuando patrimonialmente no es necesario, puede constituir un acto de mala fe y de abuso de derecho contra socios que no pueden ejercer su derecho de suscripción preferente. Y, en cambio, si el aumento de capital es patrimonialmente necesario para la viabilidad económica del cumplimiento del objeto social, y particularmente si se ha perdido el capital social, el no aumento de ese capital importa un acto de mala fe y de abuso de derecho en perjuicio de acreedores y del mercado, al soslayar la obligación de los socios de reintegrar el capital social o propiciar su aumento, que es calificado cuando en una presentación en concurso intentan imponer el reequilibrio patrimonial a los acreedores afectando sus patrimonios con quitas.

El fraude a la ley podría caracterizarse como “El acto respecto del cual se invoque el amparo de un texto legal, que persiga un resultado sustancialmente análogo al prohibido por una norma imperativa, se considera otorgado en fraude a la ley”.⁷⁸

El orden público societario consiste en una máxima de inderogabilidad que sustrae de la autonomía de la voluntad ciertas cuestiones⁷⁹. La Corte⁸⁰ con tal comprensión afirmó que es evidente que los socios de la demandada no estaban habilitados para deliberar y decidir cuestiones que atentasen contra el interés y orden públicos y las buenas costumbres: “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,

⁷⁶ Conforme al texto del art.10 CCC, que agrega: “El juez debe ordenar lo necesario para evitar los efectos del ejercicio abusivo o de la situación jurídica abusiva y, si correspondiere, procurar la reposición al estado de hecho anterior y fijar una indemnización

⁷⁷ 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.

⁷⁸ Conforme al exto del art. 12 CCC, que agrega: “En ese caso, el acto debe someterse a la norma imperativa que se trata de eludir

⁷⁹ OLIVERA GARCIA, Ricardo, “Estudios de derecho societario”, Rubinzal, Buenos Aires, 2005, ps. 92/93.

⁸⁰ Corte Suprema de Justicia de la Nación(CS) con fecha: 07/12/2001, en autos “Provincia del Chubut c. Centrales Térmicas Patagónicas S.A.”, LA LEY2002-E, 863 - Colección de Análisis Jurisprudencial Elems. de Derecho Administrativo - Julio Rodolfo Comadira, 597 Cita Online: AR/JUR/25/2001.

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".

8.3. Subordinación. La protección a los acreedores ante la falta de capitalización por los socios, es la de subordinar ciertas contribuciones de los mismos a la sociedad. “El Derecho Concursal protege a los acreedores imponiendo la obligación de solicitar el concurso cuando la sociedad no puede hacer frente a sus obligaciones definiendo con mucha mayor precisión el riesgo de que continúen actuando en el tráfico empresas insolventes (v., [art. 5 LC](#)); subordina los créditos de las personas especialmente relacionadas con el deudor para desincentivar las “resurrecciones” artificiales de empresas insolventes a base de créditos concedidos por los socios ([art. 92.5 LC](#)) y declara la responsabilidad de los administradores y socios de control por el déficit concursal en caso de concurso culpable ([art. 164 LSC](#)), además de los efectos protectores de las acciones revocatorias. La amenaza de ver relegados los créditos otorgados por los socios de control; la eventualidad de tener que responder del pasivo no satisfecho en el procedimiento concursal si se retrasa la declaración de concurso o se ha distraído el patrimonio social en perjuicio de los acreedores, constituyen mecanismos mucho más ajustados a las circunstancias de cada caso”⁸¹

A la postre se converge en soluciones de responsabilidad cuando por falta de acción, sea de recurrir a los remedios societarios o tempestivamente al sistema concursal. se genera daño que pudo ser evitado por administradores y socios de la sociedad en insolvencia.

Esa referencia a la subordinación de los créditos de los socios al no capitalizar la sociedad ha sido proveída en la jurisprudencia argentina en la Sentencia del Tercer Juzgado de Procesos Colnursales 1ª. Circunscripción Judicial del Poder Judicial de Mendoza, , en la causa “KLP Emprendimientos S.A. s/ Megaconcurso”, del 22 de Abril de 2016 del Juez de Mendoza Pablo Gonzalez Masanes, y en la sentencia recaída en la causa "Diaz y Quirini SA s/ concurso preventivo s/ incidente de revisión (promovido por Quirini Augusto)" de la CNCOM – SALA C del 31/05/2012.

Se advierte una corriente evolutiva, integradora entre la legislación concursal y la societaria frente a la crisis de sociedades, y justamente formulada en juicios de concursos de sociedades. 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 insatisfechos⁸².

9 - MEDITACIONES.

Y así están las cosas. “Se advierte... una tónica uniforme que exterioriza disconformidad frente a la insatisfacción de los sistemas destinados a regular las crisis empresarias, y en suma, el fracaso de la legislación, lo que constituye una causa determinante

⁸¹ ALFARO AGUILA-REAL, Jesús “Concurso culpable y responsabilidad por el déficit concursal”, Jun 1, 2015 | [Derecho Mercantil](#), en Almacén de Derecho: La STS de 21 de mayo de 2015 decide sobre un concurso declarado culpable y la consiguiente responsabilidad de los administradores por el déficit concursal. El Supremo confirma la sentencia de la Audiencia que había considerado el concurso culpable por dos causas: ocultar gravámenes que pesaban sobre el único inmueble propiedad de la sociedad concursada y el retraso en la solicitud de concurso (dos años)... *De tal forma que el agravamiento de la insolvencia, como consecuencia del retraso en la solicitud, constituye uno de los elementos objetivos y subjetivos de esta causa de calificación culpable, en realidad el más preponderante, con arreglo al cuál podía articularse la justificación de la responsabilidad por déficit del art. 172.3 LC (en su redacción original, aplicable al caso).*

⁸² RICHARD, Efraín Hugo. “Remoción de causales disolutorias y responsabilidad de administradores (y socios) de sociedades: la función de garantía del capital social”, en Cuestiones Mercantiles en el Código Civil y Comercial de la Nación”, Ed. Fundación para la Investigación y Desarrollo de las Ciencias Jurídicas, Buenos Aires abril 2016, pág. 279. En el debate de esta comunicación en el III Congreso sobre los Aspectos Empresarios en el Código Civil y Comercial de la Nación, realizado en ese mes en Mar del Plata, cuando insistimos que la responsabilidad se generaba al día siguiente de constatada la insuficiencia patrimonial, se debatió unánimemente que no, que esa responsabilidad se generaba al minuto siguiente –corrección que aceptamos-. Posteriormente lo hicimos en “La causal disolutoria de pérdida del capital social”, en Doctrina Societaria y Concursal ERREPAR (dsce) tomo/boletín XXVIII, mayo año 2016.

de sucesivas reformas en búsqueda irrenunciable de la estrella polar de una solución imposible”⁸³, es que ante la crisis económico-patrimonial-financiera de las sociedades, la misma debe ser asumida desde el derecho societario. Sólo fracasadas las acciones previstas en el mismo, para conservar la empresa podrá afrontarse el camino concursal, con el debido equilibrio entre acreedores y socios. El derecho societario iberoamericano es suficientemente uniforme para admitir (e imponer) estas conductas.

Resaltando la cuestión y transfiriendo decididamente el sistema de preconcursalidad a la legislación societaria, se ha sostenido que “Después de todo lo que se ha indicado, parece razonable pensar que la quiebra de una sociedad anónima –o limitada o comanditaria por acciones- debería convertirse en una institución residual, ya que el sistema preconcursal previsto legalmente debería ser suficiente para impedir que la sociedad llegase a ser insolvente.”⁸⁴.

La meditación que fluye es que -ante la afirmación de la Corte en el citado caso “Comercial del Plata S.A.”-, la sociedad que se concursara sin intentar los remedios societarios de bajo coste -asegurando la continuidad de la empresa y del empleo, aunque pueden comprometer parcialmente la titularidad de las participaciones sociales-, si intentara la homologación de un acuerdo de quita y espera se debería encontrar con una tacha inicial, metódica, de abusividad.

Es que como bien señala Ariel Angel Dasso en importantísimo libro⁸⁵: “el sistema jurídico más completo y lógico no es perfectamente inteligible hasta que se estudia en relación con otros sistemas legales... 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 ... La Ley Francesa del 23/07/67 introdujo una novedad digna de ser comentada: la separación entre el hombre y la empresa... de que se trata de un derecho de las empresas en dificultades, bastante diverso del derecho concursal clásico... (en el) convencimiento de que la función social de la empresa reside en un difícil equilibrio entre lo público y lo privado o, mejor dicho, entre lo social y lo privado”.

Las soluciones concursales, extrajudiciales o judiciales, están pensadas para actuar tempranamente frente a la crisis o cesación de pagos, anticipándose a la pérdida del capital social –insolvencia-. Si hay insolvencia son las soluciones societarias las que corresponde aplicar. La espera o la capitalización es la solución concursal no abusiva ni en fraude a la ley. La solución concursal es siempre la capitalización, por socios, terceros o con pasivo.

9.1. Sanción al abuso. Para meditar en torno a la causal de disolución “pérdida del capital social” que impone soluciones societarias concretas. No afrontar la crisis oportunamente y exigir un sacrificio a los acreedores, impone que la propuesta no pueda sea homologada, por abusiva⁸⁶ u en fraude a la ley al haberse omitido las previsiones imperativas. En el estado actual no puede un juez considerar una propuesta de quita en el concurso de una sociedad, sin hacer un análisis sobre su abusividad a la luz de las normas imperativas del derecho societario, eventualmente excluyéndolo de las mismas en forma expresa.

⁸³ DASSO, Ariel Ángel *Tendencias actuales del derecho concursal*, Editorial Ad Hoc, Bs. As. 1999, p.49.

⁸⁴ BELTRAN SANCHEZ, Emilio “La responsabilidad por las deudas sociales de administradores de sociedades anónimas y limitadas incursas en causa de disolución”, en BOLAS ALFONSO, Juan (dir.) *La responsabilidad de los administradores de sociedades de capital*, Consejo General del Poder Judicial, Consejo General del Notariado, Madrid, 2000, p. 133, especialmente a pág. 154 parágrafo “5. Responsabilidad de los administradores por las deudas sociales e insolvencia de la sociedad”.

⁸⁵ DASSO, Ariel A. *Derecho Concursal Comparado*, tomos 1 y 2, Ed. Legis, Buenos Aires 2009/2010, del que puede verse nuestra rescensión en RDCO 240-175, Enero/Febrero 2010 y RDCO 244-567 (B), Ed. Abeledo Perrot Buenos Aires 2010.

⁸⁶ RICHARD, Efraín Hugo “Crisis de sociedades: Acuerdos concursales abusivos vs. Solución privada” en *SUMMA CONCURSAL*, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires 2012, tomo II pág. 1945.

“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.* 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”⁸⁷.

Sobre el estado actual escribió Jesús Alfaro⁸⁸ “Tras la reforma de 2005 de la Ley de Sociedades de Capital, la responsabilidad de los administradores por las deudas sociales en caso que la sociedad estuviera incurso en causa de disolución y los administradores no procedieran a convocar la Junta para que ésta acordase la disolución o el aumento de capital o a solicitar el concurso, se limita a las deudas sociales contraídas por la sociedad con posterioridad a la aparición de la causa de disolución (art. 367 LSC). – La Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 19 de junio de 2015 es modélica en relación con el análisis de este tipo de casos. Los hechos son típicos: el acreedor –un proveedor de la sociedad– demanda a la sociedad deudora y a su administrador. La sociedad está disuelta en el momento de presentarse la demanda y el acreedor prueba que las deudas que reclama se generaron después de que la sociedad estuviera en causa de disolución por pérdidas y transcurridos los dos meses a los que se refiere el art. 367 LSC. Sorprendentemente, el Juzgado desestima la demanda contra el administrador. La Audiencia revoca la sentencia, sosteniendo “Que dicha situación tuvo que ser conocida o debió serlo por los administradores incluso antes de la formulación de las cuentas anuales dada la grave situación de deterioro económico de la sociedad. La jurisprudencia entiende que el plazo de dos meses para el cumplimiento del deber de convocar junta para acordar la disolución se computa desde que el administrador tiene conocimiento de la concurrencia de la causa de disolución en términos de normalidad económica y contable, según el principio de exigencia de intencionalidad o negligencia que, ceñido a la conducta de omisión de la convocatoria para la disolución de la sociedad, rige en este tipo de responsabilidad y conduce a la necesidad de tener en cuenta el conocimiento –o deber de conocimiento– por los administradores de la situación de pérdidas (sentencia del Tribunal Supremo de 20 de febrero de 2007). ... lo relevante no es si la disolución se acordó antes del vencimiento de la deuda sino si las obligaciones se contraieron con posterioridad a la causal de disolución...”.

Cuidemos los asesores económicos y jurídicos al instrumento maravilloso de la organización empresarial que es la sociedad y evitemos que pueda responsabilizarse a administradores y eventualmente a los socios por su obrar contrario a la ley⁸⁹.

La doctrina concursalista intenta por todos los medios “conservar la empresa”, pero omite tratar las efectivas imperativas normas societarias preconcursales, que alejan responsabilidades.

Todo un postulado.

9.2. Dialoguemos y debatamos. Esta actitud omisiva de quiénes crearon a la sociedad o son sus titulares actuales, unida a la de los administradores designados por ellos, termina

⁸⁷ URÍA, R.; MENÉNDEZ, A. y GARCÍA de ENTERRÍA, J. –“La sociedad anónima: disolución” Cap. 4, pág. 1001 en *CURSO DE DERECHO MERCANTIL* citado..

⁸⁸ ALFARO, Jesús “Responsabilidad de los administradores por las deudas sociales” 29 de julio de 2015, en Almacén de Derecho del 22 de marzo de 2017.

⁸⁹ RICHARD, Efraín Hugo “¡MÁS JUSTICIA Y MENOS JUICIOS! CONSERVACIÓN DE LA EMPRESA Y PRECONCURSALIDAD SOCIETARIA”, en Revista de Derecho Comercial, del Consumidor y de la Empresa (DCCyE, Editorial La Ley) Año IV, Número 1, Febrero 2013, pág. 3.

desembocando en un concurso donde se pretende –y se obtiene–, vaya a saber por que medios⁹⁰ que sean los acreedores los que solucionen la cuestión por medio de esperas y quitas.

Ante ciertas situaciones generadas a través de sociedades en perjuicio de sus acreedores, ligado en muchos casos a prácticas concursales, nos parece interesante debatir sobre una teoría general de la funcionalidad de la actividad empresarial a través de relaciones de organización⁹¹ personificadas a través de la constitución de sociedades.

Evitar el daño, soportando las pérdidas los socios, se encuentra también inserto “en el principio de integridad del capital y en las funciones que a éste se asignan. En efecto, si la defensa del interés de los acreedores descansa en la función de retención patrimonial que tiene asignada la cifra del capital social, parece razonable que en una situación en la que el patrimonio ha descendido”⁹² en forma tal que corre peligro la satisfacción del pasivo.

Intentamos reflexionar para encontrar en la funcionalidad societaria, en las normas de la ley específica que regulan estas personas jurídicas, una suerte de teoría general, particularmente ante la crisis económico-patrimoniales de las mismas, un equilibrio entre la legislación societaria y concursal, y los intereses generales que concurren: los públicos de mantenimiento de la empresa, los de los socios, los de la comunidad donde está asentada la actividad o influye, la de los trabajadores y sus puestos de trabajo, incluso desde el punto de vista sindical, la de los proveedores, la de los acreedores profesionales e inclusive la de todos los acreedores.

Punto central del sistema de las relaciones de organización es el límite de la autonomía de la voluntad y, particularmente respecto al sistema societario, las normas imperativas que resguardan el debido uso de la técnica de organización personificada, particularmente en resguardo de terceros.

Los primeros artículos de cualquier ley de sociedades suelen fijar un criterio para caracterizar esta relación jurídica de organización, en interés mutuo, que es para los socios “realizar aportes para aplicarlos a la producción o intercambio de bienes o servicios participando de los beneficios y soportando las pérdidas”⁹³. O sea generando un nuevo patrimonio como prenda común de los acreedores, y regulando para que no pueden generar

⁹⁰ Sobre este aspecto vienen a cuento las expresivas y sinceras manifestaciones *obiter dictum* del camarista Dr. Alfredo A. Kölliker Frers⁹⁰ “la realidad cotidiana de nuestros tribunales demuestra que los ‘verdaderos acreedores permanecen ajenos, en general, al trámite de los concursos, ya sea por desconocer siquiera su existencia, por falta de información o por ignorancia sobre como manejarse en ese tipo de contingencias, o incluso por carecer de asesoramiento legal o, simplemente, por fastidio o hastío por un sistema legal que desde la perspectiva popular sólo pareciera proteger a los deudores y desamparar a los acreedores. En fin, cualquiera sea la razón de esta realidad, lo cierto es que estos acreedores “genuinos” –mayormente proveedores, trabajadores y/o genéricamente, acreedores comerciales- deben presenciar como el concursado y sus asesores letrados diseñan estrategias que les posibilitan a estos últimos “manejar” las mayorías concursales para imponerles a aquéllos propuestas abusivas, cuando no irrisorias, para dilatar su pago, o diluir o licuar directamente sus créditos hasta límites inconcebibles. ¿Puede seriamente creerse, entonces, que esos desprotegidos acreedores estarán en condiciones de evaluar si la falta de actividad actual y/o potencial del concursado constituye o no un óbice para el éxito de la solución preventiva, cuando además de carecer por completo de todo tipo de información acerca de la actividad comercial del deudor, se procura por todos los medios que aquéllos no participen del procedimiento concursal (si es que se enteran de su existencia) y son frecuentemente excluidos de la “voluntad” del colegio de acreedores mediante la interposición de acreedores ficticios o ya “desinteresados” deliberadamente para que brinden su connivente complacencia a las estrategias del deudor, situación que se agrava si se tiene en cuenta que ni siquiera este último está obligado por la ley a decir qué se propone hacer con su empresa y de dónde piensa sacar los fondos con los que les va a pagar? Sinceramente creo que no... se tiene la más absoluta certeza desde la perspectiva de juez que el único objeto del deudor es “bicicletear” a los acreedores y/o ganar tiempo para asegurarse un espacio temporal durante el cual poder diluir su responsabilidad patrimonial y garantizar la inmunidad de los responsables de la falencia”. Como compartimos este diagnóstico, tan brutal⁹⁰, es que dirigimos nuestros razonamientos a dar una inteligencia constructivista al sistema concursal actual, particularmente en relación a la actividad empresarial organizada como sociedad, integrándolo a la legislación específica de la actual Ley General de Sociedades –LGS-

⁹¹ RICHARD, Efraín Hugo *RELACIONES DE ORGANIZACIÓN – SISTEMA DE DERECHO SOCIETARIO*, Ed. Academia Nacional de Derecho y Cs. Sociales de Córdoba, Córdoba 2007.

⁹² GARCIA CRUCES, José Antonio *Derecho de Sociedades Mercantiles*, Ed. Tirant Lo Blanch, , Valencia 2016, pág. 479. En el caso de España por debajo de la mitad del capital social –o de un tercio según el tipo–, en Argentina del 100%, pudiendo verse el estudio de derecho comparado RDCO N° 277, Marzo/abril 2016, pág. 399 investigación “*La Causal de la Disolución de la Sociedad por pérdida del Capital Social y la Convergencia en este aspecto con la Legislación Concursal y Societaria*”. Una apreciación comparatistas entre las legislaciones: colombiana, peruana, uruguaya, argentina y española” Esteban Carbonell O’Brien (Perú), Israel Creimer (Uruguay), German Monroy Alarcón (Colombia) y Efraín Hugo Richard (Argentina) Codirectores; y José Pajares y Jesús Quijano Gonzales (España), Claudia Celmira Quintero y Romeo Pedroza Garcés (Colombia), Teresita Rodríguez Mascardi y Alicia Ferrer (Uruguay).

⁹³ La transcripción encomillada corresponde al art. 1 de la Ley General de Sociedades de la República Argentina.

daño si se adoptan las soluciones respectivas⁹⁴, que en su caso –como principio- las pérdidas deben ser soportadas por los socios.

Importan nuestras ideas una invitación a meditar sobre nuestras afirmaciones en los futuros Congresos Iberoamericanos o Nacionales organizados por el Instituto Iberoamericano de Derecho Concursal o sus capítulos nacionales, en una labor académica que nos une.

Con estos pensamientos, que no sólo comprende la conservación (o la tardía reactivación de la empresa), y la prudente labor de los administradores sobre el patrimonio de la sociedad, para evitar responsabilidad (correcta preocupación constante de la doctrina), abrimos nuevamente el diálogo siempre disponible en nuestra vocación común de perfeccionar las normas y su interpretación en beneficio de la seguridad de nuestras comunidades.

Si la sociedad tiene un patrimonio neto neutro o negativo se ha producido una causal de disolución que impone su liquidación salvo que los socios decidan reintegrar el capital social o capitalizar, sea ellos mismos o terceros, incluso por la capitalización de pasivo. De no resulta responsabilidad de administradores, y quizá de socios⁹⁵, si el pasivo no resultara satisfecho. Intentar una quita en el concurso, cuya presentación es ratificada por los socios, implica un fraude a la ley societaria intentando que los acreedores asuman las obligaciones que tienen los socios, y los enriquezcan.

Advertimos un interés cada vez mayor en el análisis sistémico, en animarse a zonas extrañas frente a la crisis concursales de sociedades. Llevaría a un equilibrio de derechos, a mejorar costos y asegurar la eficiencia, pero creemos difícil que ciertos cenáculos acepten un cambio de su visión originalista encerrada en las soluciones concursales, en apoyar a la concursada a cualquier efecto, tratando de evitar la quiebra, aún ante la inviabilidad económica que desencadeará nuevas crisis, eventualmente no concursales sino sociales.

Lo que no tenemos duda es que el juez o autoridad concursal debe asumir con criterio sustancialista el análisis de la legalidad de las quitas en los procesos concursales de sociedades. Aunque sea para rechazar nuestra posición y señalar la legalidad de la propuesta de quita y espera por una sociedad, incluso inviable, y el consiguiente acuerdo.

Se trata de dejar en claro principios que eviten conductas impropias de los que eligieron determinadas organizaciones para desarrollar su actividad, con buena fe y evitando dañar, conforme el contexto axiológico y normativo del sistema societario.

Córdoba, República Argentina, agosto de 2017.

⁹⁴ RICHARD, Efraín Hugo “NORMAS IMPERATIVAS DEL DERECHO SOCIETARIO PARA PREVENIR DAÑOS”, en *Los aspectos empresariales en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación*, Ed. Fidas, Buenos Aires 2015, página 79.

⁹⁵ Nto. “EL ART. 99 LEY 19.550 Y CAUSALES DE DISOLUCIÓN DE SOCIEDADES (De cómo evitar responsabilidad ante la insolvencia societaria)”, en RDCO 2013-A- pág. 663, año 46, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires 2013.

