

Una visión rioplatense sobre las crisis societarias y cómo abordarlas. ¿Un problema del derecho concursal?

An 'rioplatense' perspective on confronting corporate crisis: Is this a Bankruptcy Law Issue?

*Efraín Hugo Richard**

RESUMEN. No puede pretenderse que las crisis económico-patrimoniales de las sociedades sean resueltas por el derecho concursal, particularmente por ser prevenidas por normas imperativas de la legislación societaria. Estas actúan como sistema preconcursal, dejando a la legislación concursal como un remedio marginal. Similares soluciones a las de la legislación argentina corresponden a las contenidas en el derecho uruguayo, que las mejoran. La pérdida del capital social es una causal de disolución de la sociedad, que no atendida genera responsabilidad de administradores y condiciona quitas en acuerdos concursales que cabría tachar de abusivas y en fraude a la ley.

* Miembro del Comité de Referato de esta revista. Director del Departamento de Derecho Comercial de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba y profesor emérito. Doctor en Ciencias Jurídicas y Sociales por Universidad Nacional del Litoral. Doctor honoris causa por las universidades Nacional de Tucumán, Católica de Salta y Santo Tomás del Norte Argentino. Miembro de número y director del Instituto de la Empresa de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba. Miembro emérito del Instituto Iberoamericano de Derecho Concursal y de su Comité Académico, y exvicepresidente académico. CONEAU, investigador categoría 1. Consultor externo de CONICET. Se agradecerán comentarios a hugo@richard-mail.com.ar

PALABRAS CLAVE: Crisis societarias. Causales de disolución. Cesación de pagos. Insolvencia. Concursos y quiebras. Quitas. Esperas.

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

KEY WORDS: Corporate crises. Bankruptcy causes. Cessation of payments. Insolvency. Restructuring and bankruptcy. Debt reduction. Moratorium.

*La felicidad no es un destino,
es la actitud con que se viaja por la vida.*

1.

PRESENTACIÓN DEL TEMA

La doctrina comercialista, tanto la que atiende a la funcionalidad de las sociedades como la concursalista que apunta a continuas presiones para la “modernización” de la legislación concursal, tiende a omitir las normas del sistema societario que podrían servir para afrontar las crisis económico-patrimoniales de las sociedades en forma privada.

Las crisis económico-patrimoniales de las personas humanas tienen un tratamiento diverso, que es ajeno a este trabajo. “La solución negociada de la crisis” —o preconcursalidad— impone la pregunta: ¿esperamos ello del derecho concursal? La doctrina postula la reforma continua de ese derecho y reafirma su posición en la continuidad y la periodicidad de las reformas en el derecho comparado.

Se aboga por una mayor anticipación para atender las crisis de las sociedades, se amplían los presupuestos objetivos de apertura de un procedimiento concursal, se postulan soluciones preconcursales dentro de la legislación concursal y se intenta que la crisis sea soportada por los acreedores y no por los socios, alejándose de un “esfuerzo compartido”, a través de quitas y esperas.

El panorama en la práctica argentina es desolador y hasta quizá estimula el “negocio del concurso”. En este ensayo pretendemos revisar el sistema jurídico y volver sobre nuestras preocupaciones respecto a la falta de aplicación de normas societarias anticrisis, con un paralelo de las legislaciones rioplatenses, o sea, de la República Oriental del Uruguay y de la República Argentina, en visión binacional limitada.

2.

PREÁMBULO. EJE POLÍTICO-SOCIAL: CONSERVAR LA EMPRESA Y LOS PUESTOS DE TRABAJO. METODOLOGÍA. LA INTEGRACIÓN DEL DERECHO

El abordaje jurídico de ciertos temas suele estar teñido de ideologías y preconcepciones. Es muy difícil apartarse de ellos y las normas suelen ser concebidas en ese marco, y su interpretación suele adecuarse a las corrientes políticas y sociológicas del momento de aplicación.

Suelen faltar políticas públicas consolidadas y aceptadas por todas las instituciones políticas y sociales. La cuestión debería enrolarse en políticas de Estado, ajenas a posiciones dogmáticas y políticas temporarias, y constituir objetivos estratégicos del desarrollo nacional y del bienestar social. En ese aspecto un tema ambicioso y no ajeno a objetivos nacionales es la conservación de la empresa¹ y de los puestos de trabajo. La empresa viable es la única que merece conservarse, sea por disposiciones concursales, preconcursales o extraconcursales.²

El objetivo del sistema jurídico es asegurar que una técnica jurídica de organización, como es la sociedad, disponible a la autonomía de la voluntad, no se convierta en un instrumento dañoso y sirva para organizar, sostener y desarrollar una empresa (forma de darse el objeto social en las sociedades).

Es un desafío asegurar la viabilidad de estas, con pleno empleo, con inclusión social, sin afectar la competitividad ni dañar el mercado.

Ciertas políticas pueden implicar mantener la empresa no viable. En muchos casos ello es sinónimo de protección al empresario incapaz o fraudulento, como lo señalaba FRANCESCHELLI,³ evitando maniobras artificiosas, aquello que PROVINCIALI⁴ señaló como “*ciò che segna el confine tra fisiología e patología nella vita del patrimonio*”. Los empresa-

¹ Al referirnos a la *conservación de la empresa* lo hacemos a la empresa *viable*, pues el desarrollo inviable no es empresa. Por eso sostenemos que el administrador de empresas está obligado a formular planes de viabilidad para no asumir responsabilidades y estudiar la posible viabilidad. Claro que, en ciertos supuestos, puede políticamente sostenerse una empresa inviable por defender un costo social (por ejemplo, transporte público), pero ello debería vincularse a un subsidio que cubriera el desfase económico impuesto por una tarifa social. El objetivo sociopolítico de conservar la empresa y los puestos de trabajo no siempre se convierte en un logro conjunto. Si la empresa no es viable, el objetivo de mantener el empleo se logra a través de subsidios con los costes presupuestarios públicos.

² QUINTANA FERREYRA, Francisco, y RICHARD, Efraín Hugo, “La conservación de la empresa en las leyes de sociedades y de concursos”, en *RDCO*, 1978, p. 1373; RICHARD, Efraín Hugo, “La conservación de la empresa”, *Anales de la Academia Nacional de Derecho de Córdoba*, tomo XXV, pp. 107 ss.

³ FRANCESCHELLI, R., “L’aprendista stregone, l’elisir di lunga vita e l’impresa immortale”, en *Giurisprudenza Commerciale*, 1982, I, pp. 575 ss.

⁴ PROVINCIALI, Renzo, *Trattato di diritto fallimentare*, Giuffrè, Milán, 1974, t. 1, p. 324 nota 80.

rios protagonizan “una exigencia cada vez más extensa y apremiante de condiciones de favor, de inmunidad respecto del derecho común, reclamados como incentivos a la actividad productiva”.⁵

Hoy es habitual que el estado de cesación de pagos —cuando no la insolvencia— se haya producido muchos años atrás, y el patrimonio social arrastrara una situación terminal dentro de la fisiología o funcionalidad de la sociedad. Esto se vincula a la teoría de la responsabilidad social de la empresa.

Se afirma que “la persecución de la eficiencia se ha centrado en el resguardo de la empresa, motor de la economía capitalista instaurada en el mundo y el nuevo objetivo, focalizado en el diagnóstico temprano de sus dificultades en forma de intervenir antes que la crisis sea patología irreversible”,⁶ desjudicializando los procedimientos e imponiendo una planificación o reestructuración, aun separando al administrador de la empresa viable si es necesario.

3.

METODOLOGÍA: LA INTEGRACIÓN DEL DERECHO

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

El hoy exvicepresidente del Instituto Iberoamericano de Derecho Concursal, sede México —por imposición estatutaria de no reelección—, el distinguido jurista y amigo E. Daniel TRUFFAT, se enroló en una posición integradora del sistema jurídico en el VIII Congreso del Instituto Iberoamericano de Derecho Concursal, celebrado en México D. F. del 17 al 19 de mayo de 2012, con el título *Sobre los concursos “a medida”, a la luz de la actual realidad normativa*, cuando expresó:

La pérdida de autosuficiencia del Derecho Concursal y su necesaria integración, no solo con normas supraleales de base constitucional, sino con el derecho positivo clásico y con los “nuevos derechos” (defensa del consumidor, normas de prevención de origen espurio de los capitales, defensa de la competencia, etcétera), impacta radicalmente sobre los criterios y enfoques que deben

⁵ GALGANO, FRANCESCO, *Las instituciones de la economía capitalista* (traducción de Carmen Alborch Bataller y M. Broseta Pont), Ariel, Barcelona, 1990, p. 79.

⁶ DASSO, Ariel Ángel, *Derecho concursal comparado*, tomos I y II, Legis, Buenos Aires, 2009, p. 804.

presidir el “diseño” de cada solución concursal y de los acuerdos que a través del concordato se busque instrumentar. [...] Mi generación se formó con ciertas ideas teóricas (que eran más “prejuicios” que auténticas expresiones racionales) sobre la completividad de tales cuerpos normativos. Claramente se integró el derecho concursal con las normas directrices del derecho civil. En el área concursal los jueces nacionales se encargaron de remarcar que el derecho concursal “no es una isla”. Todo ello con el detalle, tantas veces remarcado, de la “constitucionalización” de las relaciones patrimoniales.

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

El proyecto de reformas del Código Civil y Comercial en Argentina tornaría innecesario distinguir entre orden público y normas imperativas en cuanto a la inderogabilidad de estas últimas por conductas de los administradores o socios.⁷

Lo determina el Proyecto de Código Civil y Comercial en el artículo 12 del Título preliminar, que refiere al “Orden público” y al “Fraude a la ley”, disponiendo en tal sentido:

Las convenciones particulares no pueden dejar sin efecto las leyes en cuya observancia esté interesado el orden público. El acto respecto del cual se invoque el amparo de un texto legal, que persiga un resultado sustancialmente análogo al prohibido por una *norma imperativa*, se considera otorgado en fraude a la ley. En ese caso, el acto debe someterse a la norma imperativa que se trata de eludir.

El proyecto distingue orden público de normas imperativas. Respecto al primero para impedir que pueda dejarse de lado y respecto a ambos supuestos para sancionar el fraude a la ley. En el mismo sentido, el actual artículo 21 del Título preliminar del Código Civil argentino.

Cuando se compromete la continuidad del giro empresarial —objeto de la sociedad— aparece un orden público social: la conservación de la empresa por el efecto social y

⁷ Según ha expresado Julio César OTAEGUI, hay una difundida opinión “consistente en que la Ley de Sociedades Comerciales 19.550 (LSC) es de orden público o al menos de interés público”, frente a lo cual el distinguido jurista opina: “La naturaleza de orden público de la LSC es cuestionable partiendo del supuesto que el orden público es la base esencial de un estado plasmada en su constitución, sea esta estatutaria o consuetudinaria. Así en nuestro caso hay un orden público prescripto en la Constitución fincante en los llamados derechos constitucionales de primera generación o sean los derechos constitucionales generales (Constitución, Parte Primera), a los que se sumaron los derechos constitucionales particulares de segunda generación o sean los derechos laborales (CN art. 14 bis) y los derechos constitucionales de tercera generación o sean los derechos sociales (CN arts. 41, 42). Los derechos constitucionales de primera generación son los atinentes a la libertad (CN arts. 14, 15), la propiedad (CN art. 17), la seguridad y la justicia (CN art. 18) y la vida (CN art. 33), sin el que los anteriores carecerían de razón de ser. No hay aquí mención alguna a un orden público societario, aunque las relaciones societarias, si bien libradas a la autonomía de la voluntad, deben respetar al orden y la moral pública (CN art. 19). Es por esto que el C. Civil, base del C. de Comercio (CCom regla I, art. 207), pone los límites de sus arts. 21 y 953 entre otros. Hay por cierto un orden público laboral y un orden público social pero no hay un orden público societario”.

económico en la región y la conservación del empleo. No hacerlo significaría afectar el orden público.⁸ La jurisprudencia sigue la prestigiosa doctrina, coincidiendo que el orden público es el “conjunto de principios eminentes a los cuales se vincula la digna subsistencia de una organización social establecida que no pueden ser alterados por la voluntad de los individuos (C. C.: 21, conf. Llambías, J. J. “Tratado de derecho civil - Parte General”, t. I, n.ºs 184, 195 y 197, pp. 158, 163 y 197, ed. 1973)”.

El uruguayo Ricardo OLIVERA GARCÍA considera que el orden público societario consiste en una máxima de inderogabilidad que sustrae de la autonomía de la voluntad ciertas cuestiones.⁹

La Corte Suprema de Justicia de la Nación argentina ha sostenido que es evidente que los socios de la demandada para justificar un *leveragge buy out* en su exclusivo beneficio “no estaban habilitados para deliberar y decidir cuestiones que atentasen contra el interés y orden públicos y las buenas costumbres (art. 21 cit.), o bien que fueran prohibidos por las leyes (art. 953 cit.)”.¹⁰ Y añadió:

Lo que es inmoral, lo que es contrario al orden social, lo que se reputa inexistente por falta de formas substanciales, no puede subsanarse por el transcurso del tiempo. El acto será siempre inmoral, contrario al orden público o carente de las formas indispensables a su existencia, cualquiera sea el número de años que hayan pasado desde su celebración. El tiempo es impotente para transformar lo inmoral en moral, lo ilícito en lícito, lo informal en formal, y siempre el acto conservará el vicio original.¹¹

Vaya este introito para señalar que las normas societarias a las que referimos, en los dos países, tienen carácter cuando menos imperativo, si es que no constituyen un orden público societario. Como conclusión: las normas imperativas de la ley societaria —al margen de si constituyen o no reglas de orden público— son inderogables y el apartamiento de ellas constituye un fraude a la ley.

⁸ La Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, Sala E, en sentencia del 12 de octubre de 2012 en “Achinelli, Alberto P. c/ Agropecuaria Los Molinos S. A. y otro”, consideró afectado el orden público societario por una violación de competencia del órgano de gobierno por el órgano de administración (*Newsletter Derecho Comercial*, 11.3.2013, Abeledo Perrot, Buenos Aires).

⁹ OLIVERA GARCÍA, R. (con prólogo de Héctor Alegría), *Estudios de derecho societario*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2005, pp. 92-93. En similar sentido HOLZ, Eva, *Orden público en la ley n.º 16.060*, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 2006, p. 33.

¹⁰ Corte Suprema de Justicia de la Nación (CS), con fecha 7.12.2001, caratulado “Provincia del Chubut c/ Centrales Térmicas Patagónicas S. A.”, publicado en *La Ley*, 2002-E, p. 863, Colección de Análisis Jurisprudencial Elementos de Derecho Administrativo - Julio Rodolfo Comadira, p. 597 (cita *online*: AR/JUR/25/2001).

¹¹ *Ibidem*, considerando II, pp. 278, último párrafo, y 279, criterio este que reiteró en *Fallos*, 314, p. 1048, considerando 6.º

4.

LA POLÍTICA LEGISLATIVA, ECONÓMICA Y EMPRESARIAL. EL PATRIMONIO Y EL CAPITAL DE LAS SOCIEDADES

Cuando el legislador concede personalidad jurídica, no pretende con ello crear seres distintos al lado de los seres físicos; a lo único que propende es a dotar de recursos técnico-jurídicos que faciliten la actuación en la vida de relación, como forma de realizar el fin lícito que los individuos se proponen.¹²

Se trata siempre de una normativa que no concierne a un especial sujeto jurídico “no hombre”, sino siempre a relaciones entre hombres; actividad, actos, responsabilidad de hombres.¹³ Y este es el fenómeno de la técnica jurídica de las relaciones de organización: personificar las sociedades.

1. Uno de los elementos de la personalidad de las sociedades es su patrimonio, que se genera por una escisión del patrimonio de los constituyentes. Ese patrimonio social se formaliza por las prestaciones que los socios comprometen de sus propios patrimonios—incluso los inmateriales, con gran creatividad y opinabilidad—. Tales prestaciones suelen denominarse *aportes*, con relación a los que son mensurables para la determinación del llamado específicamente *capital social*.

El concepto lato o económico de *capital* se confunde con el concepto jurídico de *patrimonio*: conjunto de derechos y obligaciones de la sociedad que se modifica continuamente en más o en menos, conforme a las alternativas de la actividad societaria.

El problema en sí es la dotación patrimonial suficiente para que la sociedad formalice las actividades conducentes al cumplimiento del objeto social (empresa).

El tema ha sido preocupación de OLIVERA GARCÍA,¹⁴ al comentar la ley uruguaya “de sociedades comerciales, grupos de interés económico y consorcios”, n.º 19.060.¹⁵

¹² Conocida expresión de Tulio ASCARELLI, *Sociedades y asociaciones comerciales*, Ediar, Buenos Aires, 1947, seguida por numerosa doctrina, y también receptada en la propia Exposición de Motivos de nuestra legislación societaria, en el punto I de la sección I del capítulo I, ALJA 1974-A-415.

¹³ ASCARELLI, Tulio, “Sui potere della maggioranza nelle società per azioni e su alcuni loro limiti”, en *Rivista di Diritto Commerciale*, 1950, t. I, p. 100.

¹⁴ OLIVERA GARCÍA, o. cit.

¹⁵ Promulgada en el año 1989, que comporta una versión perfeccionada de la ley argentina 19.550 del año 1972, conforme un proyecto de José A. Ferro Astray, Nuri Rodríguez Olivera y Luis A. Delfino Cazet del año 1981, que llegó a tener en cuenta la ley brasilera de sociedades por acciones del año 1976, para luego la Comisión Parlamentaria incor-

Centrándose en “La crisis del concepto de capital social” (apartado XI), este autor sostiene la necesidad de su replanteo —entre su vinculación con la aportación o su función de retención—, incorpora la necesidad del *insolvency test* (*equity insolvency test*) en el análisis de los resultados, vinculado a su “función de productividad”, y aborda la infracapitalización y otra visión del concepto de *distribution*.

La sociedad es un sujeto de derecho —persona jurídica— que el sistema jurídico entrega (como técnica de organización) para que los fundadores de una empresa puedan generar un centro de imputación autogestante¹⁶ y con responsabilidad limitada.

Esa funcionalidad es el bien jurídico tutelado por el sistema societario, que otorga a la autonomía de la voluntad la capacidad jurígena de gestar personas jurídicas. Se opina sobre la tutela de los acreedores “no informados” a través de la información, perfilando claramente lo que son las obligaciones de los administradores.¹⁷

La base de la organización societaria para su personificación como centro imputativo autogestante es la generación de ese patrimonio independiente creado genéticamente con el capital constitutivo, determinado en su estatuto o contrato constitutivo.

Asegurar la funcionalidad de la actividad societaria es un objetivo de la legislación societaria, a través de la regulación del capital social, tendiente a asegurar la organización, la funcionalidad y la liquidación de las sociedades sin afectar a terceros.

Rescatamos como función básica del capital la faceta operativa, o sea, la de mantener la funcionalidad de la sociedad. Su insuficiencia genera responsabilidad a administradores y socios en cuanto afecte a terceros, pero ello no importa menoscabar la función de garantía, particularmente en el caso de crisis y más aún del concurso de sociedades.

2. En aspectos de la financiación, destacamos las apreciaciones de la señora presidente de la República Argentina sobre un anarcocapitalismo, un capitalismo financiero predatorio por no interesarse por otros intereses convergentes en el desarrollo económico, propios de un capitalismo productivo. Recordemos los efectos devastadores de la globalización financiera —que no es económica—, por la actuación de un mercado financiero ilícito,¹⁸ y recientemente —en relación directa con las sociedades en crisis— denunciemos

porar alguna solución de la ley chilena de sociedades anónimas de 1981, de la reforma argentina del 83 y del Código de Sociedades Comerciales de Portugal del 1986.

¹⁶ Centros de imputación no autogestantes lo constituyen los patrimonios destinados a un específico negocio incorporado en Italia. MIRZIA, BIANCA, *La reforma italiana al régimen de sociedades comerciales* LL 20 junio 2005, y que se encuentran regulados en la mal llamada sociedad accidental o en participación en el artículo 361 de la ley de sociedades argentina, y como negocios en cuenta de participación en otras legislaciones, como la española.

¹⁷ SPOLIDORO, Marco Saverio, “El capital sociale”, en *Il Diritto delle società per azioni: problemi, esperienze, progetti*, colección Rivista delle Società, Milán, 1993, p. 99.

¹⁸ Cf. www.acaderc.org.ar.

un “capitalismo donatario”, que abandona las soluciones imperativas de la organización societaria para recurrir al concurso,¹⁹ quizá innecesariamente.

El concepto referido al capital social en las ciencias políticas y la sociología reconoce enfoques disímiles y hasta contradictorios.²⁰ Nos limitaremos al de James COLEMAN,²¹ que concibe al capital social como un instrumento para la importación de principios económicos de acción racional en el análisis de los sistemas sociales.

3. Las soluciones técnicas dogmáticas varían entre la fijación de capital estatutario, de capital variable anualmente, o el mantenimiento de la dotación patrimonial aunque no se determine el capital social. Unas importan una visión formal del capital, como dato jurídico de las sociedades; otras, una visión substancial de este en relación con el desenvolvimiento de la sociedad.²²

El punto puede abordarse con criterios substancialistas o formalistas. El planteo formalista tiende a refugiarse en una noción estática de capital social, estatutario y fijo, como parámetro para determinar participaciones y utilidades, actuando como cifra de retención, y por tanto figurando en el pasivo social dentro del estado patrimonial.²³ El capital mínimo estatutario para algún tipo societario con responsabilidad limitada de los socios responde a una política legislativa,²⁴ y en muchos casos es criticada.²⁵ En cuanto a la eliminación de ese dato, la tendencia fue iniciada por la Ley accionaria de California de 1975 y por el texto revisado en 1980 del Model Business Corporation Act de la American Bar Association. Ambas han eliminado completamente todo lo instrumentario referido al concepto de capitales, reservas, valores nominales de las acciones, así como todo el sistema de normas en torno a ellos.

¹⁹ Véase nuestro “Sobre el patrimonio social: ¿capitalismo de reposición o donatario?”, en *Revista del Derecho Comercial del Consumidor y de la Empresa*, Buenos Aires, año II, n.º 5, octubre de 2011, pp. 151 ss.

²⁰ Para una descripción de la evolución del concepto de capital social, desde BORDIEU, pasando por COLEMAN y hasta PUTMAN, se puede consultar FORNI, Pablo; SILES, Marcela, y BARREIRO, Lucrecia, *¿Qué es el capital social y cómo utilizarlo en contextos de exclusión social y pobreza?*, Julián Zamora Research Institute, Research Report n.º 35, Michigan East University, Michigan, 2004.

²¹ COLEMAN, James, “Social capital in the creation of human capital”, en *American Journal of Sociology*, vol. 94, 1988, The University of Chicago Press, pp. 95-120.

²² En OTAEGUI, Julio C., “El capital”, en *La Ley*, Buenos Aires, 20 de julio de 2006, pueden verse las nociones de capital patrimonial, contable, legal, estatutario-garantía, estatutario-cuantía y estatutario-valor.

²³ PORTALE, Giuseppe B., y COSTA, Concetto, “Capitale sociale e società per azioni sottocapitalizzate: le nuove tendenze nei paesi europei”, en *Foro Padano*, 1995, pp. 133 ss., esp. p. 137.

²⁴ GARCÍA VILLAVERDE, Rafael, “Algunos temas en torno al régimen del capital social en el proyecto de estatuto para una Sociedad Anónima Europea”, en José GUIRÓN TENA (dir.), *Estudios y textos de derecho de sociedades de la Comunidad Europea*, Facultad de Derecho, Universidad Complutense, Madrid, 1978, pp. 101 ss.

²⁵ RIPERT, Georges, *Aspectos jurídicos del capitalismo moderno* (traducción de J. Quero Molares), Ejea, Buenos Aires, 1950, p. 211, criticando la insignificancia de capital que la legislación francesa exigía, señaló: “Cuando una sola persona se dedica al comercio queda obligada con sus bienes, pero basta con que se dediquen a él dos personas para que la responsabilidad desaparezca”.

La ley californiana, más rigurosa, se afirma en la formación del patrimonio, y deja sin resolver tanto el problema de la subcapitalización originaria de la sociedad como la posibilidad de sanciones por tales situaciones.²⁶ La idea del capital como cifra de retención, incorporada como dato técnico a los balances, aparece en crisis, como la del valor nominal de las acciones. Así sostiene Miguel C. ARAYA:²⁷

No debe existir impedimento alguno para emitir acciones sin valor nominal, como alternativa para la sociedad. Ello permitirá, cuando sea necesario, la emisión de acciones bajo la par, hoy prohibida en nuestro país.

En el derecho europeo se aprobó la 2.^a Directiva respecto a la Sociedad Anónima, que acepta ambos sistemas, afrontando la cuestión bajo la noción de garantía. Esta directiva generó disensos en su materialización, no tanto por la exigencia de un capital mínimo, considerado no una cuestión técnica sino de política legislativa en la que no correspondía estar simplemente a las referencias del derecho comparado, sino a la realidad del país.²⁸

Por *capital social* entendemos el monto establecido en el acto constitutivo de la sociedad o el que resulte afectado al giro social en cada balance, conforme el sistema legal adoptado. En ese dato se reconoce una función de garantía, como función esencial para proteger a los terceros,²⁹ sin descartarse la función organizativa y de productividad que este genera en la funcionalidad de la sociedad.

La noción de capital social es de política legislativa, y de moderna doctrina la idea de *patrimonio suficiente* para afrontar las operaciones sociales.

4. Pero en cualquier caso y legislación existe un parámetro: el pasivo no puede superar el activo. Esa situación impone soluciones e implica ingresar en zona roja (*red flags*).

²⁶ Las acciones sin valor nominal intentan soslayar el criterio jurídico de la noción de capital social, para referirse al criterio económico de patrimonio suficiente para la evolución social. El tema está vinculado a las acciones sin valor nominal como representativas del aporte de cada socio a la constitución del patrimonio social. Como justificación reproducimos las "Notas explicativas" del Anteproyecto de Ley de Sociedades y Contratos de Participación elaborado por la comisión designada por el Ministerio de Justicia, presentado en 1993 (constituida por Marcelo Edgardo Alberti, Miguel Araya, Horacio Fargosi, Sergio Le Pera, Héctor Mairal y nosotros), en la que se impone esa solución para el nuevo subtipo de sociedad por acciones, "la sociedad anónima simplificada": "1. Prohibición de acciones con valor nominal". a) Se establece que las acciones de las sociedades anónimas simplificadas no podrán tener valor nominal, con base en la hoy común constatación de que la mención de un "capital social" nominal constituye un dato carente de realidad que, al sugerir al público que sí la tiene, constituye una manifestación engañosa que no debe ser permitida por la ley. b) Esa constatación se encuentra también en el *Report* n.º 9 de la Comisión para la Reforma y Reformulación de la Ley de Compañías de Nueva Zelanda (1989).

²⁷ ARAYA, Miguel C., "Capital y patrimonio", en fascículo *Derecho societario*, coordinado por Mariano GAGLIARDO, en *Jurisprudencia Argentina*, Buenos Aires, 4 de diciembre de 1996.

²⁸ ROJO, Ángel, y BELTRÁN, Emilio, "El capital social mínimo", en *Revista de Derecho Mercantil*, Madrid, 1988, n.ºs 187-188, pp. 149 ss., esp. p. 151, refiriéndose al entonces proyecto de ley española sobre sociedades por acciones.

²⁹ Miguel C. ARAYA "El capital social", en *Sociedades. Revista de Derecho Privado y Comunitario*, 2003-2, Santa Fe, 2003, pp. 213 ss., esp. p. 219; ídem, "Capital y patrimonio", o. cit., p. 6.

El cordobés Mauricio YADAROLA apuntaba a las funciones del control sobre el capital social:

Contralor preventivo y represivo que asegure el derecho de las minorías, evite la explotación de empleados y obreros —colaboradores en la obra común— y aleje los perjuicios que para la economía nacional representa siempre el dislocamiento de las economías particulares.³⁰

Aceptamos el control preventivo si entendemos que la responsabilidad es dudosa o excesivamente tardía en atención a la ineficiencia del sistema judicial. Esto impondría un inmediato análisis gubernamental para resolver la cuestión, tan negativa para la seguridad jurídica, motor de los sistemas de inversión de capitales.

5. La infrapatrimonialización resulta una temática importante, pero compone una zona gris, donde la doctrina no es clara en orden de atemperar la responsabilidad de los administradores.

Respecto a la infracapitalización sosteníamos:

Este es un problema de los socios y de los administradores, particularmente de estos últimos. No es un problema de la ley ni del juez que autoriza la inscripción. Son los administradores los que periódicamente tienen la obligación de revisar la suficiencia del capital social para el giro normal de los negocios, la consecución del objeto social.³¹

Por su parte, afirmaba FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA:

La infracapitalización constituye en cuanto tal una fuente de peligros ya que al aumentar el ratio recursos ajenos/recursos propios eleva los costes de agencia de los acreedores de tal suerte que el socio de una sociedad infracapitalizada, que arriesga solo una pequeña parte de todos los activos involucrados en la empresa social, tiene —como beneficiario de las rentas residuales y titular del poder de gestión— unos intereses que se separan abiertamente de los de quienes tienen comprometidas mayores inversiones y no las gestionan. En los procesos de infracapitalización lo característico es justamente la ausencia de acreedores profesionales, que son los únicos en condiciones de valorar el riesgo asumido. El dispositivo de protección se focaliza en consecuencia hacia los pequeños acreedores. Si la limitación de responsabilidad comporta la traslación de las consecuencias del fracaso empresarial a los acreedores cuando estos últimos no logran satisfacer sus créditos, parece lógico que el legislador haya establecido en la práctica totalidad de los ordenamientos nacionales

³⁰ YADAROLA, Mauricio, “Sociedades comerciales”, en *Homenaje a Yadarola*, Universidad Nacional de Córdoba, Córdoba, t. II, 1963, pp. 349 ss., esp. p. 353, reproduciendo el prólogo a edición argentina de la obra de Roberto GOLDSCHMIDT *Problemas jurídicos de la sociedad anónima*.

³¹ Véase nuestro “La sociedad de responsabilidad limitada en los tiempos actuales”, en *Jurisprudencia Argentina*, 2000-II, Doctrina, p. 954.

medidas encaminadas a proteger a dichos acreedores frente a los riesgos derivados de la limitación de responsabilidad.³²

6. Conforme venimos exponiendo, es preciso preguntarnos: ¿las crisis societarias deben ser asumidas *ex ante* o *ex post*? La tempestividad es reclamada por toda la doctrina. Es más: se requiere anticiparse a la crisis.

La obligación de un buen hombre de negocios es planificar para el cumplimiento del objeto social de la sociedad que administra. Aun planificando existen riesgos, pero actuar sin planificación es de por sí generador de responsabilidad por no adoptar la actitud profesional que el art. 59 LSA exige. La cuestión se potencia cuando actúa un órgano colegiado, que desenvuelve su actividad a través de resoluciones que importan un acto colegial colectivo imputable a la sociedad [...].³³

Asimismo:

[...] en la realidad económica de hoy la responsabilidad de los administradores societarios, situación calificada en el caso de grupos societarios, toma especial relevancia por las crisis que han llevado, incluso, a pergeñar una nueva legislación concursal. Pero consideramos que la cuestión no se solucionará con esa legislación concursal, sino previniendo sobre la misma sociedad, imponiendo una adecuada inteligencia del rol de sus administradores y particularmente de su responsabilidad frente a la crisis preanunciada y no afrontada.³⁴

La función de los administradores societarios es afrontar la crisis, no necesariamente solucionarla, planificando cuánto de capital propio y de terceros será necesario para el normal desenvolvimiento.

“La suficiente capitalización de la sociedad al momento de su constitución y, posteriormente, durante todo el desarrollo de la actividad empresarial es la mejor manera de evitar la insolvencia de la sociedad, atento que ésta cuenta con mecanismos para obtener la financiación interna”,³⁵ y —eventualmente— capitalizar el pasivo.³⁶

³² FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, Luis, “La infracapitalización societaria: un problema de política y técnica legislativas”, en FARHI, Diana, y GEBHARDT, Marcelo (coords.), *Derecho económico empresarial. Estudios en homenaje al Dr. Héctor Alegria*, La Ley, Buenos Aires, 2011, tomo II, p. 1175, con cita de PAZ-ARES, “La infracapitalización. Una aproximación contractual”, en *Revista de Derecho de Sociedades*, número extraordinario sobre “La reforma del derecho de sociedades de responsabilidad limitada”, 1994, pp. 253 ss., esp. p. 258.

³³ Véase nuestro “El plan de empresa. Ética y responsabilidad del empresario”, en *Estudios en honor de Pedro J. Frías*, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Córdoba, 1994, t. III, p. 1187.

³⁴ De nuestro prólogo a JUNYENT BAS, Francisco, *Responsabilidad de los administradores*, Advocatus, Córdoba, 1996.

³⁵ Cámara de Trabajo y Minas, 4.ª 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.

³⁶ FIMMANO, Francesco, “L’allocazione efficiente dell’impresa in crisi mediante la trasformazione dei creditori in soci”, en *Rivista delle Società*, 2010, pp. 57 ss.

¿Quiénes deben negociar 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 quienes deben presentar el problema ante los socios.

Centremos la cuestión: los administradores deberán determinar —por lo menos anualmente— si la sociedad es patrimonialmente apta para el cumplimiento del objeto social, pese a la pérdida del capital social. Y a su vez deberán someterlo a la consideración de los socios o accionistas. La aplicación de las normas sobre sociedades, como de otras del sistema jurídico, debe permitir prevenir su insolvencia e impedir la transferencia de los daños a los acreedores.³⁷ Si los administradores continúan la operación de una sociedad con pérdida del capital social y el patrimonio no es apto, ello se advertirá rápidamente en la no satisfacción de las obligaciones sociales. Y en tal supuesto los administradores asumirán responsabilidad por los principios generales previstos en el artículo 59 (con su casi equivalente artículo 83 de la Ley de Sociedades Comerciales uruguay, n.º 16.060) y 99 de la Ley de Sociedades Comerciales argentina, n.º 19.550:

¿Para qué perder tiempo si no hay viabilidad económica? El diagnóstico previo fue la sabia vivificante del sistema procesal francés que le permitió decir que los procesos llevaban a la solución de los concursos. La separación del hombre de la empresa, sin que la empresa tuviera que acarrear los errores y las inconductas de sus dirigentes. Si había inconducta de los dirigentes y la empresa era viable, ¿por qué liquidar una empresa por la inconducta de los directivos?³⁸

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.

El sistema de derecho societario atiende —supone— que los constituyentes de una sociedad y sus administradores operarán como buenos hombres de negocios, con el patrimonio suficiente, y cuando este no permita sobrevinientemente el cumplimiento del objeto social procederán a su disolución si, al convocar a los socios, estos no pueden o no quieren aumentar la dotación patrimonial, por ellos o por terceros. Se trata de poner la cuestión en la decisión de los socios.³⁹

³⁷ Sobre el punto también hemos trabajado con anterioridad, por ejemplo: “Insolvencia societaria y responsabilidad”, en *Jurisprudencia argentina (libro en conmemoración de su 80.º aniversario, 1918-1998)*, pp. 380 ss., y *Las relaciones de organización y el sistema jurídico del derecho privado*, Academia de Córdoba, Córdoba, 2000, pp. 481 ss.

³⁸ PALMERO, Juan Carlos, “Nuevo enfoque para empresas en crisis. Modificaciones destacables en relación a la ley 19.551. Apreciación metodológica inicial. Cómo entender el nuevo régimen concursal”, en *Nueva legislación concursal y la participación del profesional en Ciencias Económicas. Jornadas de actualización*, Advocatus, Córdoba, 1995, p. 17.

³⁹ MILLER, Alejandro, *Sociedades anónimas. Directorio. Síndico*, AMF, Montevideo, 2005. Pueden consultarse nuestras opiniones en este y otros aspectos en www.acader.org.ar.

El V Congreso Español de Derecho de la Insolvencia (CEDIN) y IX Congreso del Instituto Iberoamericano de Derecho Concursal (IIDC), celebrados en Palma de Mallorca en abril de 2013, se centraron en “La calificación del concurso y la responsabilidad por la insolvencia”. Allí se subrayó la necesidad de hacer conocer a los administradores societarios los riesgos y costos de la vía concursal y hacerlos conscientes de las bondades de las soluciones societarias de bajo coste, también ilustrando a los acreedores —particularmente a los contractuales y laborales— sobre la conveniencia de acompañarlos en ese saneamiento y fortalecimiento de la sociedad.

5.

LA PRÁCTICA CONCURSAL Y LA PREVENCIÓN SOCIETARIA. ATISBANDO LA PRECONCURSALIDAD

Con este objetivo, desde una escuela distinta, en orden a la crisis de las sociedades apuntamos 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.

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

1. En materia concursal, en la jurisprudencia y la doctrina argentinas se suele aceptar que la deudora no tenga ni presente ningún plan para superar la crisis,⁴⁰ ni la obligación de actuar tempestivamente cuando aparece una dificultad o crisis, ni que se haya dotado adecuadamente el patrimonio de la sociedad genéticamente⁴¹ ni intentado hacerlo cuando se publicitó inexorablemente su insuficiencia, ni haber hecho algún intento de los previstos en la ley de organización societaria para asumir concretamente la dificultad.⁴²

⁴⁰ Véanse nuestros “Integración de propuesta de acuerdo (en concurso preventivo de sociedad)”, en *Doctrina Societaria y Concursal*, noviembre de 2008, p. 1081; “¿Abusos en el proceso concursal?”, en *La Ley*, Buenos Aires, 24 de diciembre de 2008; “Integración de la propuesta de acuerdo en concurso societario (en torno a reciente fallo señorero)”, en *Jurisprudencia anotada de RDCO*, n.º 234, enero-febrero de 2009, Abeledo-Perrot, p. 79.

⁴¹ Véase nuestro “El capital social y la responsabilidad limitada”, en *Estudios Jurídicos*, publicación de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica de Uruguay, n.º 3, 2007, pp. 163-202.

⁴² Véase nuestro *Insolvencia societaria*, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2007.

Se niega la realidad: todo emprendedor tiene un plan y lo reprochable es que lo oculte, quizá para que no se adviertan actos censurables o ilegales con el fin de que la crisis, la insolvencia, la asuman los acreedores, lo que transforma la crisis en un gran negocio para los socios o accionistas.⁴³

Lo explicita con claridad Bernardo CARLINO,⁴⁴ alejándolo de la crisis:

Origen del plan de negocios: la etapa pre contractual. Adhiriendo al enfoque societarista de la prevención de la crisis económica de la empresa, que postula sin descanso hace más de una década Efraín H. Richard,⁴⁵ no caben dudas que la ley de sociedades provee y prevé mecanismos suficientes para conjurarla exitosamente.

5.1. LAS PREVISIONES IMPERATIVAS DE LA LEY SOCIETARIA SON “PRECONCURSALES”

Para atisbar en esa sistematización que implica la preconcursalidad, citamos a Karten SCHMIDT,⁴⁶ que exponía:

En la mayoría de los países del mundo muchas de nuestras cuestiones de responsabilidad son tratadas como elementos del Derecho Concursal. En parte eso se basa en la observación correcta, que las cuestiones de responsabilidad entran en vigencia en los casos de insolvencia. La calificación de 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 Iberoamericano⁴⁷ expuse el motivo por el cual en Alemania hasta el momento lo vemos así. En la actualidad todavía considero correcta esta apreciación sistemática

⁴³ Así puede verse el caso del acuerdo preventivo extrajudicial de Multicanal S. A., donde inmediatamente de homologado el APE referido solo a las obligaciones negociables, el balance de la sociedad dio un resultado positivo de más de mil ochocientos millones de pesos (seiscientos millones de dólares) que se repartieron inmediatamente entre los socios y que no provenían del resultado ordinario de la explotación ordinaria. Por otra parte, toda quita o espera a los acreedores beneficia directamente a los socios. En similar sentido, PALACIO LAJE, Carlos, *Delitos de vaciamiento de empresa*, Lerner, Córdoba, 2002.

⁴⁴ CARLINO, Bernardo, “Genética del plan de negocios (más sobre la contribución de E. H. Richard)”, en Abeledo Perrot, *Newsletter*, 20 de marzo de 2009, sección Doctrina, repetido el 23 de marzo.

⁴⁵ El más reciente de los cuales se puede encontrar en “Notas en torno a la conservación de la empresa: ¿principio concursal o del derecho societario?”, en E. H. RICHARD (dir.), *Ensayos de Derecho Empresario*, n.º 4, Fespresa, Córdoba, 2008.

⁴⁶ SCHMIDT, Karten, “Responsabilidad de los socios y administradores”, en ETCHEVERRY, Raúl Aníbal; CHOMER, Héctor Osvaldo, y GENOVESI, Luis Mariano (comps.), *Derecho comercial y de los negocios. Sociedades. Concursos*, Eudeba, Buenos Aires, 2007, tomo I pp. 395 ss., que reproduce una conferencia del año 2005.

⁴⁷ SCHMIDT, Karten, “El derecho empresario y el derecho concursal”, en JUNYENT BAS, FRANCISCO, y RODRÍGUEZ PARDINA, José María, y RICHARD, Efraín Hugo (dirs.), *De la insolvencia. Segundo Congreso Iberoamericano*, Advocatus, Córdoba, 2000, tomo III, pp. 751 ss.

del Derecho. Los derechos y obligaciones de los cuales hablamos, por cierto no resultan del procedimiento de insolvencia.

Resulta así que, sin perder de vista el aspecto de la infracapitalización, debemos centrar nuestra atención en la pérdida del capital social y sus consecuencias en el sistema societario y concursal.

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

Los acreedores de una sociedad en crisis deberían tener el mismo tratamiento, los mismos derechos y tutelas que los accionistas de una sociedad solvente, pero se encuentran en la misma situación de inversores sin derecho.⁴⁸

5.2. EL SISTEMA NORMATIVO ARGENTINO Y URUGUAYO

Observemos las normas uruguayas con una visión sistémica:

1. La Ley de Sociedades Comerciales (LSC) uruguaya (n.º 16.060) dispone en su artículo 159, apartado 6.º, que son causal de disolución las “pérdidas que reduzcan el patrimonio social a una cifra inferior a la cuarta parte del capital social integrado”. El artículo 160 determina que no se disolverá si los socios reintegran total o parcialmente ese capital. Congruentemente, el artículo 164 determina la responsabilidad de los administradores si continúan el giro en esas condiciones, sin reintegrarse el capital social, señalando que ello es sin perjuicio de la responsabilidad de los socios. Y es probable que el grupo de control que no reintegró el capital y continúe el giro se vea afectado por las previsiones del artículo 189, sobre inoponibilidad de la personalidad jurídica.

⁴⁸ STANGHELLINI, LORENZO, “Proprietà e controllo dell’impresa in crisi”, en *Rivista delle Società*, año 49, fascículo 5, setiembre-octubre de 2004, Milán, p. 1079.

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

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

Conforme a la función de garantía del capital social —al margen de elucubraciones sobre la responsabilidad social empresaria y la infrapatrimonialización que corresponde a la función productiva del capital social—, ante la pérdida del 50 % del capital social se impone en la sociedad por acciones la reducción obligatoria de ese capital, para evitar la confusión en los acreedores. Cuando la pérdida alcanza el 76 % se impone la liquidación de la sociedad, y en tal caso los administradores no pueden realizar otras operaciones —desde que ello es declarado en un balance— y asumen responsabilidad solidaria frente a los acreedores, con una referencia también a la responsabilidad de los socios.

La continuación de la actividad sin el reintegro obligatorio o la capitalización —incluso por los acreedores, suspendiendo el derecho de suscripción preferente— impone, si se llega a perder el 100 % del capital social, el concursamiento de la sociedad por insolvencia, lo que debe efectivizarse dentro de los 30 días. Claro que ese concursamiento no cubrirá las responsabilidades asumidas, pues se evidencia que la sociedad ha continuado su giro.

2. A su vez, la Ley de Concursos (n.º 18.387) dispone su aplicabilidad en caso de insolvencia, la que determina, entre otros, supuestos del artículo 4 en su apartado 1.º, como la pérdida del capital social cuando exista un pasivo superior al activo, comprobado por “normas contables adecuadas”. Ello impone a los administradores la presentación dentro de los 30 días a partir de que los administradores societarios hubieran “conocido o debido conocer su estado de insolvencia”, según prevé el artículo 10. En el caso de sociedades la propuesta de acuerdo debe estar ratificada por el órgano de gobierno.

El artículo 92 de la LSC regula la memoria de los administradores y en su punto 4.º obliga a informar acerca de la “explicación y orientación sobre la perspectiva de las futuras operaciones”, lo que establece la obligación de revisar el futuro y planificar los negocios.

3. El artículo 83 de la ley societaria uruguaya es similar al 59 de la argentina, sobre los deberes de diligencia y lealtad, aunque no menciona a los terceros para satisfacerles los daños, pero sí debe entenderse que los resguarda mediante el mantenimiento del capital social y la norma sobre actividad posterior a perder más del 75 % de este. Solo el dolo de los

administradores podría ignorar esa causal de disolución y luego invocar la pérdida total para presentarse en concurso intempestivamente.

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

A su vez, el artículo 395 determina la posibilidad, en caso de concurso, de que la acción de responsabilidad la ejercite el liquidador o los acreedores individualmente. Adviértase que, habiendo perdido el 76 % del capital social, una sociedad deberá liquidarse o capitalizarse, y si mientras tanto continúa operando nacerá responsabilidad por daños de administradores —y quizás de socios—, pero no podrá concursarse hasta que no pierda el 100 % del capital social por la causal del inciso 1.º del artículo 4, pudiendo hacerlo si se dan otras de las causales de ese artículo de la ley concursal.

Ese es el panorama en la legislación uruguaya.

4. En el derecho argentino es una causal de disolución la inexistencia de patrimonio para el cumplimiento del objeto social (artículo 94, inciso 4.º, de la LSC) y puede también configurarse otra causal de disolución cual es la pérdida del capital social (insolvencia, artículo 95, inciso 5.º), que impone la liquidación o la responsabilidad de administradores y socios, permitiendo la remoción de la causal por tres métodos de capitalización: reintegro, aumento de capital y capitalización de pasivos, sin perjuicio de disparar la previsión del artículo 99 en su caso. Este artículo prescribe:

Los administradores con posterioridad de haberse comprobado alguna de las causales de disolución, sólo pueden atender los asuntos urgentes y deben adoptar las medidas necesarias para iniciar la liquidación.

Responsabilidad. Cualquier operación ajena a esos fines los hace responsables ilimitada y solidariamente respecto a los terceros y los socios, sin perjuicio de la responsabilidad de éstos.

La pérdida de capital social se caracteriza por la disminución del patrimonio neto, precisamente en razón de las pérdidas del ejercicio, que cuando alcanzan cierta envergadura (artículo 206 de la LSC) imponen su reducción y si son totales la disolución de la sociedad, salvo medidas alternativas (artículo 94, inciso 5, de la LSC). Obviamente la pérdida total del capital social dispara la responsabilidad prevista en el artículo 99 de la LSC, si no se opta por los caminos señalados en el artículo 96. La pérdida del capital social opera como causal

cuando ha sido aprobado un balance del que resulte la constatación. La preparación del balance impone a los administradores de la situación, que deberían llevar a conocimiento y resolución de los socios coetáneamente a la aprobación del balance.

Un plan de negocios permitirá a los socios⁴⁹ analizar la conveniencia de reintegrar o aumentar el capital social. A su vez, la posibilidad de invitar a terceros a integrarse a la sociedad por el buen negocio que resulta el adecuado cumplimiento de su objeto, la rentabilidad esperada, puede permitir atender o reorganizar el pasivo exigible.

Los administradores deben poner la cuestión a decisión de los socios.⁵⁰ Ante la negativa o imposibilidad de los accionistas y no deseando liquidar la sociedad, se abre la solución de invitar a terceros a capitalizar, y en ciertos casos traspasar la sociedad a los acreedores, o su control. Existen sistemas que en situaciones semejantes autorizan a los administradores a emitir acciones sin autorización de los socios.⁵¹

En el derecho argentino los socios tienen el deber de reintegrar el capital si este se hubiera perdido y se optara por no liquidar la sociedad. Se trata a toda costa de evitar que la sociedad siga contagiando en el mercado. Obviamente, si no desean reintegrar el capital social, la ley les brinda la posibilidad de recurrir al aumento de ese capital, con la intervención eventual de terceros, incluso a través de la solución normativa del artículo 197 de la LSC de capitalizar el pasivo. La capitalización del pasivo trae un beneficio inmediato a los accionistas,⁵² directores o terceros que hayan garantizado una obligación capitalizada, pues se liberarán de esa obligación de garantía. Adviértase que algunos sistemas en situaciones semejantes autorizan a los administradores a emitir acciones sin autorización de los socios.⁵³

⁴⁹ Y también a los terceros, acreedores o no. Se nos dirá que se los trata de hacer socios “a palos”, pero peor es quitarles los créditos a palos para patrimonializar a la sociedad. La información leal, un plan de negocios coherente, hace atractiva una propuesta en beneficio de la conservación de la empresa y no del enriquecimiento de los socios. Si parecieran necesarias, al margen de las obligaciones de los socios conforme la Ley Societaria, quitas importantes —por ejemplo 30 %—, se podría invitar a los acreedores a capitalizar sus acreencias con un pacto de recompra pagando el 100 % de la capitalización dentro de un plazo prudencial, y a su vez un compromiso de adquisición pagando el 70 % si el acreedor ahora socio decidiera tal cosa después de un tiempo de espera (por supuesto, en ambos casos a cargo del grupo de control al tiempo del concurso). Si no, los acreedores serían tratados como socios sin derechos, pero imponiéndoles las contribuciones que deben hacer los socios con derechos.

⁵⁰ MILLER, o. cit., p. 119 ss.

⁵¹ MIOLA, Massimo, “Il sistema del capitale sociale e le prospettive di riforma nel diritto europeo delle società di capitali”, en *Rivista delle Società*, año 50, fascículo 6, 2005, Giuffrè, Milán, noviembre-diciembre de 2005, p. 1199.

⁵² FUSHIMI, Jorge Fernando, y RICHARD, Efraín Hugo, “La quita en concursos de sociedades y su tratamiento fiscal (y algunos aspectos periféricos)”, en AA. VV., *Por un mejor derecho concursal* (ponencias del seminario homónimo celebrado en San Miguel de Tucumán), Astrea, Buenos Aires, 2012, t. 1, p. 635; DASSO, o. cit., t. I, en la descripción del sistema de Estados Unidos de América, destaca: “El primer efecto es la suspensión de las acciones contra el deudor [...] El Capítulo 11, denominado *Reorganization*, tiene carácter general y está destinado al salvataje del patrimonio del deudor y al pago a los acreedores [...] le otorga al deudor la posibilidad de lograr plazo suficiente para cancelar el pasivo, permitiéndole continuar al frente de sus negocios [...] incluyendo la posibilidad de emitir nuevas acciones por las deudas, la participación de los acreedores en las futuras ganancias de la compañía y el libramiento de nuevas acciones de capital [...] tiene como base central, alrededor de la cual gira, el plan que el deudor puede presentar [...] nunca más allá de ciento veinte días posteriores a la orden de apertura”.

⁵³ MIOLA, o. cit., p. 1199.

Se trata, ni más ni menos, de que el síndico en los concursos 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 convocó a los socios o estos tomaron conocimiento de ese estado patrimonial a fin de adoptar las soluciones previstas por la ley.

5. El sistema societario ante la pérdida del capital social es similar en la legislación comparada. DASSO⁵⁴ destaca:

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.

Y en “Algo sobre el método” explica la forma de acceder al cotejo que “resulta así simplificado satisfaciendo la pretensión de consulta urgente”.

6.

LOS GRADOS DE LA CRISIS: INFRAPATRIMONIALIZACIÓN Y PÉRDIDA DEL CAPITAL SOCIAL

Desde hace algún tiempo señalamos que en la preconcursalidad debemos poner el acento ya no en la infracapitalización —sin abandonar esa teoría, ni su influencia disuasoria de conductas, como veremos—, zona gris, sino en una línea roja indubitable: la pérdida del capital social y sus consecuencias en el sistema societario y concursal.

Se ha trabajado sobre la infracapitalización como un elemento decisivo para determinar la responsabilidad de administradores. Se ha discutido, en torno a ello, cuánto de capital propio y cuánto obtenido de financiación es lo más adecuado, o si el capital fundacional debía ser suficiente para la explotación del objeto de la sociedad —empresa—, y si ello debía ser controlado o determinado por el funcionario de control o por los administradores. Entendemos que ello corresponde a los administradores por su responsabilidad *ex ante*, o

⁵⁴ DASSO, o. cit., t. I.

sea, por sus deberes de diligencia, para evitar que se genere una responsabilidad resarcitoria *ex post*. Se trata a la postre de la función de operatividad del capital social. Sobre ello se remarca:

La presencia en la ley uruguaya del instituto de la infracapitalización como presunción absoluta de culpabilidad del concurso consagra finalmente la necesidad de que los operadores económicos cuenten con recursos suficientes para desarrollar su actividad. La decisión del legislador —que comienza a plasmarse en sentencias— nos parece positiva, en cuanto contribuye a prevenir la insolvencia y el traspaso indebido de riesgos a los acreedores, así como a evitar abusos y mecanismos perversos que debilitan el crédito, el tráfico comercial y la economía en general.⁵⁵

Función básica del capital es la operativa, o sea, la de asegurar la funcionalidad de la sociedad, por lo que su insuficiencia, en cuanto afecte a un tercero, genera responsabilidad en administradores y socios. Es el tema de la infrapatrimonialización o infracapitalización material.⁵⁶

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

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

⁵⁵ CHALAS SANZ, Laura L., “La infracapitalización como presunción de culpabilidad del concurso en la ley uruguaya”, en *Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones*, n.º 253, marzo-abril de 2012, pp. 531 ss., indica que el numeral 2 del artículo 193 de la ley concursal uruguaya establece la siguiente presunción absoluta: “Cuando durante los dos años anteriores a la fecha de declaración del concurso de acreedores los fondos o los bienes propios del deudor hubieran sido manifiestamente insuficientes o inadecuados para el ejercicio de la actividad o actividades a las que se hubiera dedicado”. Sobre sanciones a socios y administradores por infracapitalización puede verse JUNYENT BAS, FRANCISCO, y CHIAVASSA, EDUARDO N., “La infracapitalización societaria y las alternativas sancionatorias a socios y administradores”, en *Jornadas Internacionales de Derecho Económico Empresarial en Homenaje al Dr. Héctor Alegría*, Buenos Aires, 2011, p. 30.

⁵⁶ Sobre ello el primer día de las Jornadas se habían explayado ANTONIO FOURCADE, ESCRIBANO MARTÍNEZ y JOSÉ ESCANDELL, incluso sobre los efectos de responsabilidad sobre administradores societarios, como así también sobre los test de operatividad.

1. Un ensayo de Eva HOLZ⁵⁷ impone algunas reflexiones. Resalta la jurista la cita de Miguel C. ARAYA⁵⁸ donde este afirma: “Esa pérdida de capital no debe ser confundida con la insolvencia, ya que no son conceptos idénticos”.

Hemos puesto el acento⁵⁹ en que la causal de disolución de pérdida del capital social es la que dispara la responsabilidad de administradores —y quizá de socios— de continuar el giro y no poder luego satisfacer el pasivo —pese a que la particular legislación no contiene plazos para iniciar la liquidación—. La libertad para decidir la continuación del giro sin capitalizar la sociedad, en la esperanza de un plan de negocios exitoso, no libera a administradores societarios, en caso negativo, de asumir el pasivo insoluto o la satisfacción de las obligaciones contraídas. Se acota que la sociedad puede continuar operando pese a la pérdida del capital social, porque puede apreciar revertirla con las operaciones en curso.⁶⁰ Ello, además de tener que expresarse en la primera memoria —conforme el tipo social—, deja en claro el riesgo de responsabilidad de administradores y socios por las nuevas operaciones, conforme el artículo 99 de la LSC argentina.

Obviamente que es la “insolvencia” —como pérdida del capital social— la que dispara las acciones de responsabilidad, sin que sea obligatoria —aunque sí natural— la existencia de un proceso liquidativo —societario o concursal— que determine la pérdida (daño), aunque la mera “desaparición” de la sociedad, *rectius*: de su patrimonio ejecutable, generará la legitimación activa y pasiva.

2. Apunta HOLZ que en el derecho uruguayo es causal de disolución la pérdida que reduzca al capital a menos del 25%. “Lo cual no se produce de pleno derecho, art. 159 No. 6, sino que puede ser evitada en tanto los socios resuelvan reducir o reintegrar capital, art. 160”. No obstante, la colega entiende:

Ante situaciones de pérdida patrimonial de las sociedades, todos los integrantes de los órganos societarios (incluso de las reuniones o asambleas de socios o accionistas) de las mismas, estarán en el futuro alertas y serán proactivos en la búsqueda de soluciones que eviten la continuación del drenaje de recursos. Y ello por la sola existencia de las graves consecuencias que apareja dicha pér-

⁵⁷ HOLZ, Eva, “La infracapitalización societaria en el derecho y doctrina uruguayo”, en *Anuario de Derecho Comercial*, Montevideo, 2012, pp. 89 ss.

⁵⁸ Véase ARAYA, Miguel C., “Debate actual sobre el capital social”, en FARHI, Diana, y GEBHARDT, Marcelo (coords.), *Derecho económico empresarial. Estudios en homenaje al Dr. Héctor Alegría*, La Ley, Buenos Aires, 2011, tomo II, p. 1109, donde ahonda en los temas que hemos tomado de su pluma más arriba.

⁵⁹ Véase nuestro “Responsabilidad de socios por pérdida del capital social”, en FARHI, Diana, y GEBHARDT, Marcelo (coords.), *Derecho económico empresarial. Estudios en homenaje al Dr. Héctor Alegría*, La Ley, Buenos Aires, 2011, tomo II, pp. 1435 ss.

⁶⁰ FOURCADE, Antonio, *Sociedades comerciales. Parte especial*, Advocatus, Córdoba, 2001, p. 114.

didada, según se ha expuesto precedentemente, cuando la misma pueda conducir a que en situación concursal el patrimonio neto social sea negativo.

Se verá así la concordancia en nuestras opiniones.

7.

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

El aspecto terminológico con el que se denominan las crisis societarias puede generar ciertas dudas,⁶¹ pese a lo que venimos exponiendo. Hemos apuntado que nuestro interés en esta temática es generar una concordancia entre el derecho societario y el derecho concursal.

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

La tensión aumenta —y los problemas se suscitan— cuando el valor patrimonial de la sociedad no permite satisfacer su pasivo, los accionistas pierden interés en la gestión y los acreedores, en cambio, pasan a tener interés fundamental en la prosecución exitosa de la actividad. Los acreedores de una empresa en crisis se encuentran en la misma situación de los inversores sin derecho, que no tuvieron en cuenta cuando contrataron sin la información de esa situación o antes de que se produjera esa situación.

Los deberes fiduciarios del administrador societario aumentan en esta situación frente a los acreedores y terceros. Ello está mejor delineado en las legislaciones donde no existe capital fijo, por lo que el administrador debe anualmente determinar el capital necesario para afrontar la continuidad de la sociedad (*solvency test*), tutelando así a potenciales nuevos acreedores. En legislaciones como la del Código Californiano se impone la imposibilidad

⁶¹ DASSO, o. cit., t. II, cap. X (“Comentarios a la Ley de Concursos mexicana”), señala que el presupuesto material es el “incumplimiento generalizado en el pago de sus obligaciones y tiene que estar referido a dos o más acreedores distintos [...] con una antigüedad no inferior a 30 días y representen el 35 % de todo el pasivo [...] que los activos del comerciante no alcancen a cubrir, por lo menos, el 80 % de las obligaciones vencidas a esa fecha”. Casi todas las legislaciones concursales determinan cierto parámetro objetivo para autorizar la aplicación de la legislación de crisis. La de nuestra República Argentina es la más permisiva pues permite la presentación en concurso preventivo invocando la “cesación de pagos”, suerte de *ábrete sésamo* del cuento de Alí Babá y los 40 ladrones.

de distribuir utilidades, entre otros actos, si no se someten a dos exámenes las cuentas sociales: Quantitative Liquidity Test y Quantitative Solvency Test, o un simplificado Equity Insolvency Test.⁶²

1. De no existir normas claras que impidan la continuación de la empresa en crisis, aumentando la posibilidad de fracaso ante una prospectiva incierta, la tutela de acreedores impone la responsabilidad de los administradores.⁶³

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

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

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

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

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

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

⁶² ESCRIBANO GÁMIR, Rosario C., *La protección de los acreedores sociales*, Aranzadi, Navarra, 1998, monografía de *Revista de Sociedades* n.º 10, p. 44 ss.

⁶³ MIOLA, o. cit., pp. 1199 ss., esp. p. 1310.

3. El uruguayo Camilo MARTÍNEZ BLANCO⁶⁴ 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 Esquerra⁶⁵ en su profundo análisis del tema que nos ocupa. Por lo pronto en nuestro derecho mercantil, más precisamente en materia de quiebras siempre había sido la “cesación de pagos” su presupuesto objetivo, concepto tomado del Código francés de 1807, que equiparó su noción a la del incumplimiento de obligaciones. Históricamente, el primer significado de “cesación de pagos” fue el que emerge de su propio sentido literal: cesar de pagar es igual a incumplir, por lo que 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, Bolfaffio) 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 sostienen 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*”.⁶⁶ 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 la garantía común de los acreedores para 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

⁶⁴ MARTÍNEZ BLANCO, Camilo, *Manual de derecho concursal*, 2.ª ed. revisada, actualizada y ampliada, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 2012, pp. 150 ss.

⁶⁵ En GARCÍA VILLAVARDE, Rafael; ALONSO UEREBA, Alberto, y PULGAR EZQUERRA, Juana, *Derecho concursal. Estudio sistemático de la ley 22/2003 y de la ley 8/2003 para la reforma concursal*, Dilex, Madrid, 2003.

⁶⁶ FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, o. cit.

tema de la “insolvencia negocial”. La profesora española Marta Prats Marquina⁶⁷ 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.

4. Desde su especialidad en sindicatura concursal, la Prof. Celina MENA,⁶⁸ con una visión contable-económica, señala en cuanto a *cesación de pagos e insolvencia*:

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 social.⁶⁹

CASADIO MARTÍNEZ, con doble perspectiva profesional, refiere a esa cuestión:

[...] no cabe confundir cesación de pagos con insolvencia. Aquélla constituye el fundamento para la declaración de quiebra pero no necesariamente implica que el deudor sea insolvente, entendiendo por tal un pasivo superior al activo [...].⁷⁰

Marcando aspectos negativos del patrimonio social, la pérdida del capital social —insolvencia— y la cesación de pagos son dos situaciones diferenciables que se entrecruzan.

5. Al cotejar los trabajos de Siegbert RIPPE⁷¹ y de Miguel C. ARAYA es claro que no es fácil definir o converger en la idea de insolvencia (“No resulta necesariamente claro e indubitable

⁶⁷ PRATS MARQUINA, Marta, “Insolvencia y crisis económica: Su reflejo en el derecho concursal”, en *Revista General de Derecho*, Madrid, 1998.

⁶⁸ MENA, Celina María, “Cesación de pagos vs. insolvencia”, en TRUFFAT, E. Daniel; BARREIRO, Marcelo; ANTONI PIOSSEK, Carlos Roberto, y NICASTRO, Ramón Vicente (coords.), *Homenaje al Dr. Osvaldo J. Maffía*, Lerner, Córdoba, 2008, Instituto Argentino de Derecho Comercial y Fundación para la Investigación del Derecho Concursal y la Empresa en Crisis Pablo Van Nieuwenhoven.

⁶⁹ Véase nuestro “La empresa: su organización y crisis”, en *RDCO*, n.º 253, marzo-abril 2012, p. 407.

⁷⁰ CASADIO MARTÍNEZ, Claudio, *Informes del síndico concursal*, Astrea, Buenos Aires, 2011.

⁷¹ RIPPE, Siegbert, “Aproximación crítica al presupuesto objetivo del *estado de insolvencia* y de sus manifestaciones y efectos en la normativa concursal”, en *Anuario de Derecho Comercial*, n.º 14, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, marzo de 2012, pp. 9 ss., que nos fue obsequiado por su director, Ricardo Olivera García, en ocasión de mi disertación en Montevideo en la Semana Académica, 23 de noviembre de 2012, sobre la preconcursalidad en análisis de las legislaciones societaria y concursal uruguaya y latinoamericana, cuando dejé un texto para su publicación sin conocer los trabajos de este Anuario.

el sentido de la palabra *insolvencia* en la normativa hasta aquí considerada” —la ley concursal uruguaya—), particularmente por su definición en el diccionario, pero en la “pérdida total del capital social”, pese a que podría darse que la sociedad cumpliera con los pagos actuales, es claro que su patrimonio activo en ese momento determinado no es solvente para atender o afrontar la totalidad del pasivo. Por ello podríamos indicar la situación como de *insolvencia*, convencionalmente, para distinguirla de la *cesación de pagos* que puede derivar simplemente de que el activo ordinario sea menor que el pasivo ordinario, y aun en ciertos casos puede ser el activo ordinario mayor que el pasivo ordinario, pero tener la sociedad patrimonio neto negativo.

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

Parecería que envuelve dos conceptos, aunque se prioriza la imposibilidad patrimonial de satisfacer todas las deudas. Conforme a ello, RIPPE señala:

Tal cesación o suspensión de pago no implicaba necesariamente que el deudor estuviere en estado de insolvencia, [...] podría sostenerse que insolvencia podría asimilarse a un estado de inexistencia o insuficiencia de activos para el pago total o parcial de pasivos, con indiferencia, sea de la capacidad de pago oportuno y adecuado por manejo ordenado de activos o de ingresos para el pago de pasivos, sea de la disponibilidad de efectivo y valores de fácil realización, esto es, de liquidez para el mismo propósito. Ello significa, por una lado, que una persona física o jurídica puede tener un activo superior a su pasivo, esto es, ser solvente y sin embargo no tener posibilidad de manejo de recursos realizables para el pago de su pasivo en tiempo y forma o no tener efectivo o valores líquidos para tal fin; o viceversa, tener capacidad de pago oportuno y adecuado o disponer de recursos líquidos a tal fin y ser, no obstante, insolvente, parcial o totalmente.

Y luego estudia a fondo la legislación concursal que opta por el estado de insolvencia —el cual abarca el sentido de la cesación de pagos en nuestra ley—, la cual dispone en el inciso 1.º del artículo 4 de la ley 18.387: “Cuando exista un pasivo superior al activo, determinado de acuerdo a normas contables adecuadas”, que considera una presunción relativa, a la que la ley agrega otras. RIPPE relativiza esa situación de insolvencia al señalar:

Una cosa es la fijación de valor, particularmente de activos, conforme a criterios contables y otra cosa, distinta, es el valor real de los mismos en el mercado, valor que, por su parte, podría

ser eventualmente superior al contable e idóneo, incluso, para revertir la ecuación activo-pasivo inicialmente expresada.

También el valor contable podría ser superior al de efectiva realización de los bienes. Lo cierto es que, al margen de las disposiciones de la ley concursal, la pérdida contable del capital social dispara en ambas legislaciones societarias una causal de disolución que impone capitalizar o liquidar, so pena de responsabilidades por el eventual pasivo insoluto.

RIPPE acota —en la página 19, apoyando nuestra interpretación—:

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

Reflejo concursal de la pérdida de la función de garantía del capital social.

6. Nos inclinamos por las interpretaciones contables en torno a no perder el sentido de las previsiones societarias en el ámbito concursal, no para la apertura del concurso sino para determinar responsabilidades y compatibilidades. Teniendo siempre en claro que se trata de un problema meramente terminológico, debemos convenir que las dos situaciones patrimonialmente distinguibles son en las sociedades:

- a. El patrimonio activo inferior al patrimonio pasivo, o sea, patrimonio neto neutro o negativo que exterioriza la pérdida del capital y reservas.
- b. El activo corriente inferior al pasivo corriente, que exterioriza una imposibilidad transitoria de pago con medios normales.

A lo primero cataloguémoslo a los fines de la comunicación como *insolvencia* y a lo segundo como *cesación de pagos*.

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

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

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

7. Al comparar las vías de abordaje de la “insolvencia societaria” conviene preguntarse: ¿debe estarse a las normas societarias que imponen acciones a administradores y socios?, ¿o soslayándolas, ignorándolas, puede recurrirse —incluso tardíamente— al proceso concursal para lograr una planificada quita y espera? La primera acción corresponde a las soluciones societarias y permite enervar la causal de disolución por pérdida del capital social. La segunda intenta una “donación” a través de las soluciones concursales ante la insolvencia societaria, que impone que el problema lo asuman los acreedores. Ello con quitas desmesuradas y esperas, con incidencia impositiva de las quitas por considerarlas ganancia, observación que desaparecería si — pese a no asumir los socios la recapitalización— en el “esfuerzo compartido” se capitalizaran los pasivos. Esta es una operación neutra para la sociedad pero que modifica profundamente su patrimonio, además de la afectación del derecho de propiedad al imponer quitas no aceptadas individualmente a los acreedores, enriqueciendo a los socios que intentan así sustituir su obligación de reintegro del capital social.

8. El reintegro impone su consideración en el orden del día y es una forma de confesión de la pérdida del capital social. El aumento de capital sería un llamado neutro, pero tanto aquel como este abren la posibilidad de receso,⁷² si bien sin duda con resultado neutro, simplemente liberatorio de la obligación de reintegrar. Quizá⁷³ la capitalización de deuda podría ser la solución fiscal y socialmente más interesante.

⁷² DASSO, Ariel Ángel, *Tratado del derecho de separación o receso del socio y del accionista*, Legis, Buenos Aires, 2012, pp. 193 ss.

⁷³ FUSHIMI y RICHARD, o. cit.

La capitalización de aportes irrevocables que afecta el derecho de suscripción preferente de otros accionistas es cuestionable.⁷⁴

Apuntamos que los efectos de la aprobación de un balance no se agotan con su aprobación; el balance implica una proyección sobre el futuro. Hay aspectos que suelen minimizarse al referirse a la función de garantía del capital social,⁷⁵ pero es necesario advertir que de los resultados de ese balance se derivan derechos y responsabilidades, fundamentalmente cuando del proyecto de balance que se aprueba resulta declarada por la sociedad la existencia de una causal de disolución por pérdida del capital social o cuando menos de una pérdida parcial que impone su reducción, sin que aparezca punto posterior del orden del día para adoptar las soluciones que imperativamente impone la ley societaria.⁷⁶ Ese balance luego es presentado ante un juez concursal para justificar la apertura de un concurso preventivo a fin de que los acreedores soporten la cuestión que debieron soportar los socios con el reintegro del capital si pretenden continuar operando.⁷⁷

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

8.

EL ACUERDO CONCURSAL CONDICIONANDO POR CESACIÓN DE PAGOS E INSOLVENCIA

Las concepciones dogmáticas carecen de interés si no tienen efectos prácticos. Y a ello nos referimos con Juan Carlos VEIGA aportando una “Nueva visión en torno a la homologación de acuerdos con quitas en concurso de sociedades: el abuso y el fraude”.⁷⁸ Y a esto tiende nuestro esclarecimiento sobre la ambigua terminología societaria y concursal sobre crisis, cesación de pagos, insolvencia y pérdida del capital social.

⁷⁴ Sobre estos aspectos y la causal de disolución prevista por el artículo 94, inciso 5.º, de la LS, puede verse Dasso, *Tratado...*, o. cit., p. 324 y concordantes; también nuestro *Derechos patrimoniales de los accionistas*, Lerner, Córdoba, 1970, pp. 171 ss.

⁷⁵ DASSO, *Tratado...*, o. cit., pp. 193 ss.

⁷⁶ Véase nuestro “Sobre el Título preliminar del proyecto de Código Civil y Comercial”, en *El Derecho*, Buenos Aires, 5 de abril de 2013.

⁷⁷ Véase nuestro “Sobre el patrimonio social: ¿capitalismo de reposición o donatario?”, en *Revista del Derecho Comercial del Consumidor y de la Empresa*, Buenos Aires, año II, n.º 5, octubre de 2011, pp. 151 ss.

⁷⁸ En AA. VV., VIII Congreso Argentino de Derecho Concursal y VI Congreso Iberoamericano de la Insolvencia, *Por un mejor derecho concursal*, Tucumán (R. A.), septiembre de 2012, libro de ponencias publicado por Astrea, Buenos Aires, 2012, t. 1, p. 367.

La presentación en concurso, que imposibilita a los acreedores la exigibilidad de los créditos, no puede quedar sujeta a una mera pronunciación de palabras mágicas, como *crisis*, *cesación de pagos* o *insolvencia*, como lo hacía Alí Babá al frente de sus 40 ladrones cuando pronunciaba la fórmula *¡Ábrete, sésamo!* para desaparecer ante sus perseguidores.

La terminología *insolvencia* o *cesación de pagos*, con su significado en cada legislación, es indiferente en cuanto se tenga en cuenta la distinción entre *pérdida del capital social* y la dificultad económica de un *pasivo corriente superior al activo corriente*. Con ese sentido usamos las referidas expresiones.

Corresponde en las sociedades distinguir entre cesación de pagos e insolvencia. La primera se genera —entre otros supuestos— cuando el activo corriente es inferior al pasivo corriente. La segunda se corresponde con la falta de patrimonio neto, o sea, con la pérdida del capital social.

La constatación de pérdida del capital social determina contablemente que los socios han perdido totalmente su inversión. La ley societaria les otorga la posibilidad de reintegrar o aumentar el capital social, evitando la liquidación. El apartarse de tales conductas importa generar responsabilidad a los administradores y, por qué no, a los socios.

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

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

Señalaremos algunas consecuencias en el concurso si no se hubiera atendido la imperatividad de las normas societarias.⁷⁹

1. Es fundamental determinar que una quita y espera empobrece a acreedores quirografarios y enriquece directamente a socios de la sociedad concursada, rompiendo así la axiología jurídica y el valor justicia que tiende a asegurar el equilibrio en los repartos. Y el análisis sobre la confiscatoriedad de la propuesta⁸⁰ —y del acuerdo por mayoría, en su caso—

⁷⁹ “La empresa, su crisis y su conservación (meditaciones desde una visión nacional)”, en *Summa Concursal*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2012, tomo I, p. 543.

⁸⁰ DASSO, *Derecho...*, o. cit., t. III, al referirse a la legislación de España, respecto a la propuesta apunta: “El sistema establece significativos límites a los contenidos económicos de las propuestas: las esperas no pueden exceder los cinco años y las quitas no pueden superar la mitad de cada crédito, pero el juez está facultado para labilizar tales límites cuando

debe formalizarse para asegurar el derecho constitucional de propiedad de los que no han prestado su conformidad, pero que sufrirán los efectos de ese acuerdo ilegal.

El concepto de abuso, como “acción y efecto de abusar”, es usar mal, excesiva, injusta, impropia o indebidamente algo o a alguien (*Diccionario* de la Real Academia Española). El artículo 1071 del Código Civil, luego de recordar que el ejercicio regular de un derecho propio o el cumplimiento de una obligación legal no puede constituir como ilícito ningún acto, agrega:

La Ley no ampara el ejercicio abusivo de los derechos. Se considerará tal al que contrarie los fines que aquélla tuvo en mira al reconocerlo o al que exceda los límites impuestos por la buena fe, la moral y las buenas costumbres.

Como lo reafirma Lidia VAISER,⁸¹ el artículo 1071 del Código Civil resulta, a no dudarlo, una norma fundamental en la restricción del abuso y un soporte monumental en el plano de todo conflicto jurídico, cualquiera sea la esfera normativa que aborda en su núcleo. A ello debe agregarse el contenido del artículo 953 del Código Civil, que sanciona con nulidad absoluta (artículo 1044 del Código Civil) a este tipo de actos.

En caso de cesación de pagos, e incluso de insolvencia de una sociedad, el derecho de proponer quitas implica un real abuso de derecho de los socios —guiados por los administradores— frente a la obligación incumplida de reintegrar o aceptar la capitalización de la sociedad. Y hemos referido la imperatividad de esas normas en el derecho rioplatense.

Bastará advertir que no se adoptaron soluciones societarias, que no se afrontó la crisis oportunamente, que solo se exige un sacrificio a los acreedores, para que la propuesta no pueda sea homologada, por abusiva⁸² y en fraude a la ley al haberse omitido las soluciones societarias.

El abuso de derecho y el fraude a la ley resultan, en caso de sociedades, por no haberse cumplido con las previsiones del derecho societario trasladando el problema a la decisión de los socios y que estos no hayan intentado superar la pérdida del capital social (conservación

se tratare de empresas de trascendencia para la economía. El convenio puede tener un contenido de reorganización, por medio de un plan de viabilidad [...] La conformidad de los acreedores con aplicación de la regla de la mayoría sigue siendo el eje de la concursalidad [...] Los cesionarios de créditos por actos entre vivos ulteriores a la declaración en concurso, salvo adquisición por título universal o por realización forzosa, no tienen derecho de voto”. Las mayorías se flexibilizan “cuando consista en el pago total del pasivo ordinario dentro de los tres años o en el pago inmediato con quita inferior al 20 %”. El tope es del 30 %.

⁸¹ VAISER, Lidia, “El abuso de derecho en los procesos concursales”, en *Jurisprudencia Argentina*, 2003-IV-1328.

⁸² Véase nuestro “Crisis de sociedades: Acuerdos concursales abusivos vs. solución privada”, en *Summa Concursal*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2012, tomo II, p. 1945.

de la empresa) con desembolsos propios o invitando a los acreedores a compartir el riesgo,⁸³ que en el concurso conllevan a integrar la propuesta.

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

En Uruguay se afronta la cuestión responsabilizatoria a través de los artículos 391 y 395 de la LSC, conforme el primario análisis que hemos formalizado de su legislación concursal y societaria.

La vía concursal intenta una “donación”,⁸⁴ a través de las soluciones concursales ante la insolvencia societaria, que impone que el problema lo asuman los acreedores.

En el proyecto argentino en curso de reforma al Código Civil y Comercial y Ley General de Sociedades, la situación y la solución se perfilan más claramente a través de los instituciones del abuso de derecho y el fraude a la ley, en el Título preliminar del Proyecto de Código Civil y Comercial, artículo 12: “El acto debe someterse a la norma imperativa que se trata de eludir”. Correlativamente el artículo 10.º, titulado “Abuso del derecho”, descalifica este abuso como contravalor de la siguiente manera:

El ejercicio regular de 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 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. 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.

Resulta clarísimo así el abuso de derecho y el fraude a la ley en la propuesta, y en el acuerdo mismo que obsta a su homologación. Por otra parte, impone al juez conductas oportunas y efectivas “para evitar los efectos del ejercicio abusivo o de la situación jurídica abusiva”, e inmediatamente prevé las medidas preventivas llamadas *autosatisfactivas* disponiendo “la reposición al estado de hecho anterior”. Calificamos esa acción preventiva en la imposición de fijar una indemnización.

Esta es una verdadera revolución y desafío para los jueces.

⁸³ FIMMANO, FRANCESCO, “L’ allocazione efficiente dell’ impresa in crisi mediante la trasformazione dei creditori in soci”, en *Rivista delle Società*, 2010, pp. 57 ss.

⁸⁴ Véase nuestro “Sobre el patrimonio social: ¿capitalismo de reposición o donatario?”, en *Revista del Derecho Comercial del Consumidor y de la Empresa*, Buenos Aires, año II, n.º 5, octubre de 2011, pp. 151 ss.

Reforzando el capítulo 3 del Título preliminar, que versa “Del ejercicio de los derechos”, aparece el artículo 9.º, titulado “Principio de buena fe”, otro de los principios jurídicos, que norma: “Los derechos deben ser ejercidos de buena fe”.

2. Por otra parte, la homologación de un acuerdo de quitas no implica la inexistencia de abuso ni asegura la extinción de todo tipo de responsabilidad, obviamente no nace ninguna responsabilidad por la quita en sí, aunque esta pueda generar un dato referencial al daño inferido por la conducta culposa o dolosa de administradores societarios respecto a determinado acreedor, daño que puede ser muy superior a la quita o no.⁸⁵

La insolvencia —o la crisis económica o financiera de carácter general—⁸⁶ implica causales de disolución de la organización societaria, e impone las medidas imperativas que marca la ley societaria y la responsabilidad de los administradores en caso de continuidad operatoria (artículo 99 de la LSC).⁸⁷ Se dispara así la pregunta: si se ha configurado la responsabilidad prevista en los artículos 59 y 99 de la LSC, ¿la homologación de un acuerdo concursal extingue o elimina de por sí esa acción?

Señalemos el criterio del presidente de la Corte, Dr. Ricardo LORENZETTI, esbozado particularmente en el caso *Daverede*,⁸⁸ quien opina que las acciones individuales de responsabilidad se disparan recién ante la insolvencia —o crisis— de la sociedad, y no se nos diga que eso es en caso de quiebra, porque la confesión de incapacidad patrimonial se revela en la presentación en concurso.

¿La homologación produce la condonación del daño? No lo creemos; a veces es el momento a partir del cual este se hace evidente. Lo han destacado los juristas uruguayos, particularmente Israel CREIMER, en el reciente IX Congreso del Instituto Iberoamericano de Derecho Concursal —Palma de Mallorca, abril de 2013—.

Cuando apuntamos a la responsabilidad de los administradores de la sociedad concursada no lo hacemos vinculando directamente esa responsabilidad a una quita. Cualquier conducta omisiva o activa de los administradores de sus deberes de diligencia y lealtad (artículo 59 de la ley 19.550) que genere daño a terceros les impone a aquellos la obligación de reparar ese

⁸⁵ Véase nuestro “Sobre la novación por acuerdos concursales (y algo sobre responsabilidad de administradores)”, en *Doctrina Societaria y Concursal*, año XXIV, tomo XXIII, n.º 282, mayo 2011, p. 445.

⁸⁶ RICHARDS, Efraín Hugo, *Perspectiva del derecho de la insolvencia*, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Córdoba, 2010, 1.ª parte: “La crisis de la organización societaria”, pp. 260 ss.

⁸⁷ RICHARDS, Efraín Hugo, “Funcionalidad de la empresa, organización societaria, pérdida del capital social y concurso”, en *Ensayos de Derecho Empresario*, n.º 6, Fespresa, Córdoba, 2010 (serie en homenaje a comercialistas fallecidos de la Universidad Nacional de Córdoba, número *in memoriam* de Juan José de Arteaga), pp. 275-357.

⁸⁸ RICHARDS, Efraín Hugo, “No hay que fomentar el incumplimiento (Sobre la petición de quiebra por acreedor)”, en *Doctrina Societaria y Concursal*, Errepar, n.º 280, marzo de 2011, pp. 309 ss., particularmente el punto IV, pp. 326 ss.

perjuicio.⁸⁹ Ese daño puede ser inferior o muy superior a la quita concursal, que no es sino una exteriorización de la conducta de administradores que se considere causantes de esos daños.

Franco BONELLI⁹⁰ afronta el supuesto de la continuación de la gestión social después de la pérdida del capital social, con la responsabilidad de los administradores. Si no existen normas claras que impidan la continuación de la actividad social en crisis —en la República Argentina, la imposibilidad sobreviniente de cumplimiento del objeto social— aumentando la posibilidad de fracaso ante una prospectiva incierta, la tutela de acreedores impone responsabilidad de los administradores.⁹¹

En la reforma italiana, el artículo 2497 expresamente establece un régimen de acciones de responsabilidad:

Las sociedades o los entes que, en ejercicio de actividades de dirección y coordinación de sociedades, actúen en el interés empresarial propio o ajeno, en violación de los principios de correcta gestión societaria y empresarial de estas sociedades, son directamente responsables frente a los socios de éstas por el perjuicio causado a la rentabilidad y al valor de la participación social, y frente a los acreedores sociales por la lesión producida a la integridad del patrimonio de la sociedad. [...] Responde solidariamente quien haya participado en el acto lesivo y, en los límites del beneficio obtenido, quien se haya beneficiado a sabiendas.

9.

LA CUESTIÓN EN UN FALLO DE LA CORTE ARGENTINA

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

El proceso concursal, como última ratio preventiva [...] procura remediar el estado de cesación de pagos, atendiendo coetáneamente la protección de la empresa y la satisfacción del derecho de los acreedores.

⁸⁹ DRUCAROFF AGUIAR, Alejandro, “La responsabilidad agravada en el derecho comercial: una visión actual”, FARHI, Diana, y GEBHARDT, Marcelo (coords.), *Derecho económico empresarial. Estudios en homenaje al Dr. Héctor Alegría*, La Ley, Buenos Aires, 2011, tomo I, pp. 101 ss., esp. pp. 133-134: “Llevado el concepto al terreno práctico, se requiere hoy sinceridad, transparencia y lealtad en los comportamientos y se sanciona su ausencia. Se reclama una prudencia y un actuar diligente que considere las legítimas y fundadas expectativas del (o de los) otro(s), el respeto a la confianza recibida, que en los contratos se debe desde antes de su celebración y hasta después de su extinción”.

⁹⁰ BONELLI, Franco, *La responsabilità degli amministratori di società per azioni*, Giuffrè, Milán, Quaderni di Giurisprudenza Commerciale, 1992, n.º 135.

⁹¹ MIOLA, o. cit., p. 1310.

Al calificar al concurso como “última ratio preventiva que procura remediar el estado de cesación de pagos” reconoce que existen otros remedios para afrontar la crisis en forma preventiva.

La legislación societaria tiene normas y recursos que permiten reencauzar las crisis patrimoniales. Son fundamentales las previsiones en torno a cómo debe procederse cuando se detecten o produzcan causales de disolución, facilitando la remoción de las vinculadas a aspectos patrimoniales, con el aumento o la reintegración del capital social, solución que debería anticiparse a la apertura de cualquier concurso. La capitalización del pasivo es la forma societaria de afrontar la crisis.

10.

PARA MEDITAR E INTEGRAR

1. Centramos la discusión en los aspectos que hemos puesto de resalto para la meditación y el análisis, para el disenso y la construcción de un sistema anticrisis societario integrado.

2. Las consideraciones aportadas descartan la aplicación a las sociedades de aceptación de propuestas confiscatorias con el argumento de que en la liquidación percibirían menos (*the best interest of creditors*, aceptable para deudores individuales), pues las normas imperativas societarias descartan tal situación, eventualmente a través de acciones de responsabilidad.

3. Por último, la preocupación sobre el financiamiento de la empresa en crisis —*fresh money*— a que atienden normas de preconcursalidad. Como exfuncionario bancario y ahora en la práctica profesional, me consta que, tanto tras la homologación de un acuerdo legal como en casos de soluciones por reorganización societaria, jamás se niega apoyo a la sociedad que presenta un equilibrado plan de negocios y exhibe documentación contable aceptable, particularmente cuando vincula el aporte económico —al estilo de lo autorizado por la reforma societaria italiana— con negocios participativos, alejadas las incorrectas dudas sobre el alcance del artículo 30 de la LSC o en la nueva modalidad aceptada por el artículo 1531 del Proyecto de Código Civil y Comercial de la República Argentina.

4. Los administradores deberán determinar —por lo menos anualmente— si la sociedad es patrimonialmente apta para el cumplimiento del objeto social, pese a la pérdida del capital social. Y a su vez lo deberán someter a la consideración de los socios o accionistas.

La aplicación de las normas sobre sociedades, como de otras del sistema jurídico, debe hacer posible prevenir su insolvencia e impedir la transferencia de los daños a los acreedores.⁹² Si los administradores continúan la operación de una sociedad con pérdida del capital social y el patrimonio no es apto, ello se advertirá rápidamente en la no satisfacción de las obligaciones sociales. Y en tal supuesto los administradores asumirán responsabilidad por los principios generales previstos en el artículo 59 de la LSC argentina (con su casi equivalente artículo 83 de la LSC uruguaya).

Como contrapartida de la libertad para asociarse y ejercitar actividades empresarias a través de una persona jurídica, en la mayoría de los casos con limitación de responsabilidad de los socios —y siempre de los administradores no socios—, existe la obligación de no dañar, particularmente asegurada por la función de garantía del capital social, aunque fuera solo en la llamada *one dollar corporation*.

Este repaso de normas societarias y concursales frente al concursamiento preventivo genera una serie de preguntas, difíciles de contestar frente a la actuación irregular de administradores y, a veces, de socios: de la necesidad de conservar la empresa viable y que generó empleo; del concursamiento de las sociedades con pérdida del capital social que no han transitado el camino de las normas imperativas.

Es un desafío a la imaginación ante las conductas desviadas y un aporte a soluciones de bajo coste de transacción.

La legislación debe desalentar el daño y privilegiar la buena fe. Correlativamente, la ley no debe alentar el daño o generar beneficios espurios. Si se tutelan ciertas estructuras, como la empresa, que se consideran valiosas por los intereses concurrentes, no puede dañarse a otras empresas que convergen en el mercado.

⁹² Véase nuestro *Las relaciones de organización y el sistema jurídico del derecho privado*, Academia de Córdoba, Córdoba, 2000, p. 481 ss.

BIBLIOGRAFÍA

- AA. VV., VIII Congreso Argentino de Derecho Concursal y VI Congreso Iberoamericano de la Insolvencia, *Por un mejor derecho concursal*, Tucumán (R. A.), septiembre de 2012, libro de ponencias publicado por Astrea, Buenos Aires, 2012.
- ARAYA, Miguel C., “Capital y patrimonio”, fascículo *Derecho societario*, coordinado por Mariano GAGLIARDO, *Jurisprudencia Argentina*, Buenos Aires, 4 de diciembre de 1996, p. 6.
- “El capital social”, *Sociedades. Revista de Derecho Privado y Comunitario*, 2003-2, Santa Fe, 2003.
- “Debate actual sobre el capital social”, FARHI, Diana, y GEBHARDT, Marcelo (coords.), *Derecho económico empresarial. Estudios en homenaje al Dr. Héctor Alegría*, La Ley, Buenos Aires, 2011, tomo II, pp. 1109.
- ASCARELLI, Tulio, *Sociedades y asociaciones comerciales*, Ediar, Buenos Aires, 1947.
- “Sui potere della maggioranza nelle società per azioni e su alcuni loro limiti”, *Rivista di Diritto Commerciale*, 1950, t. I.
- BIANCA, Mirzia, “La reforma italiana al régimen de sociedades comerciales”, *La Ley*, Buenos Aires, 20 de junio de 2005.
- BONELLI, Franco, *La responsabilità degli amministratori di società per azioni*, Giuffrè, Milán, Quaderni di Giurisprudenza Commerciale, 1992, n.º 135.
- CARLINO, Bernardo, “Genética del plan de negocios (más sobre la contribución de E. H. Richard)”, *Newsletter*, Abeledo Perrot, 20 de marzo de 2009, sección Doctrina.
- CASADIO MARTÍNEZ, Claudio, *Informes del síndico concursal*, Astrea, Buenos Aires, 2011.
- CHALAS SANZ, Laura L., “La infracapitalización como presunción de culpabilidad del concurso en la ley uruguaya”, *Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones*, n.º 253, marzo-abril de 2012.
- COLEMAN, James, “Social capital in the creation of human capital”, *American Journal of Sociology*, vol. 94, 1988, The University of Chicago Press, pp. 95-120.
- DASSO, Ariel Ángel, *Derecho concursal comparado*, tomos I y II, Legis, Buenos Aires, 2009.
- *Tratado del derecho de separación o receso del socio y del accionista*, Legis, Buenos Aires, 2012.
- DRUCAROFF AGUIAR, Alejandro, “La responsabilidad agravada en el derecho comercial: una visión actual”, FARHI, Diana, y GEBHARDT, Marcelo (coords.), *Derecho económico empresarial. Estudios en homenaje al Dr. Héctor Alegría*, La Ley, Buenos Aires, 2011, tomo I, pp. 101 ss.

- ESCRIBANO GÁMIR, Rosario C., *La protección de los acreedores sociales*, Aranzadi, Navarra, 1998, monografía de *Revista de Sociedades* n.º 10.
- ETCHEVERRY, Raúl, y JUNYENT BAS, Francisco (dirs.), *Summa Concursal* (5 tomos), Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2012.
- ETCHEVERRY, Raúl, y RICHARD, Efraín Hugo (dirs.), *Summa Societaria* (6 tomos), Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2012.
- FARHI, Diana, y GEBHARDT, Marcelo (coords.), *Derecho económico empresarial. Estudios en homenaje al Dr. Héctor Alegría*, La Ley, Buenos Aires, 2011.
- FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, Luis, *Comentarios a la ley concursal*, Marcial Pons, Colección Garrigues, Madrid, 2004.
- “La infracapitalización societaria: un problema de política y técnica legislativas”, FARHI, Diana, y GEBHARDT, Marcelo (coords.), *Derecho económico empresarial. Estudios en homenaje al Dr. Héctor Alegría*, La Ley, Buenos Aires, 2011, tomo II, pp. 1175 ss.
- FIMMANO, Francesco, “L’ allocazione efficiente dell’ impresa in crisi mediante la trasformazione dei creditori in soci”, *Rivista delle Società*, 2010, pp. 57 ss.
- FORNI, Pablo; SILES, Marcela, y BARREIRO, Lucrecia, *¿Qué es el capital social y cómo utilizarlo en contextos de exclusión social y pobreza?*, Julián Zamora Research Institute, Research Report n.º 35, Michigan East University, Michigan, 2004.
- FOURCADE, Antonio, *Sociedades comerciales. Parte especial*, Advocatus, Córdoba, 2001.
- FRANCESCHELLI, R., “L’ apprendista stregone, l’ elisir di lunga vita e l’ impresa immortale”, *Giurisprudenza Commerciale*, 1982, I, pp. 575 ss.
- FUSHIMI, Jorge Fernando, y RICHARD, Efraín Hugo, “La quita en concursos de sociedades y su tratamiento fiscal (y algunos aspectos periféricos)”, AA. VV., *Por un mejor Derecho concursal* (ponencias del seminario homónimo celebrado en San Miguel de Tucumán), Astrea, Buenos Aires, 2012, pp. 635 ss.
- “Notas sobre resultados no asignados (en torno a nuevo fallo)”, en *La Ley*, Buenos Aires, marzo de 2010.
- GALGANO, Francesco, *Las instituciones de la economía capitalista* (traducción de Carmen Alborch Bataller y M. Broseta Pont), Ariel, Barcelona, 1990.
- GARCÍA VILLAVERDE, Rafael, “Algunos temas en torno al régimen del capital social en el proyecto de estatuto para una Sociedad Anónima Europea”, José GUIRÓN TENA (dir.), *Estudios y textos de derecho de sociedades de la Comunidad Europea*, Facultad de Derecho, Universidad Complutense, Madrid, 1978, pp. 101 ss.

- GARCÍA VILLAVARDE, Rafael; ALONSO UEREBA, Alberto, y PULGAR EZQUERRA, Juana, *Derecho concursal. Estudio sistemático de la ley 22/2003 y de la ley 8/2003 para la reforma concursal*, Dilex, Madrid, 2003.
- HOLZ, Eva, “La infracapitalización societaria en el derecho y doctrina uruguaya”, *Anuario de Derecho Comercial*, Montevideo, 2012, pp. 89 ss.
- *Orden público en la ley n.º 16.060*, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 2006.
- JUNYENT BAS, Francisco, y CHIAVASSA, Eduardo N., “La infracapitalización societaria y las alternativas sancionatorias a socios y administradores”, *Jornadas Internacionales de Derecho Económico Empresarial en Homenaje al Dr. Héctor Alegría*, Buenos Aires, 2011, pp. 30 ss.
- JUNYENT BAS, FRANCISCO (con prólogo de Efraín Hugo RICHARD), *Responsabilidad de los administradores*, Advocatus, Córdoba, 1996.
- MARTÍNEZ BLANCO, Camilo, *Manual de derecho concursal*, 2.ª ed. revisada, actualizada y ampliada, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 2012.
- MARTORELL, Ernesto (dir.), *Ley de Concursos y Quiebras comentada* (5 tomos), AA. VV., La Ley, Buenos Aires, 2012.
- MENA, Celina María, “Cesación de pagos vs. insolvencia”, en TRUFFAT, E. Daniel; BARREIRO, Marcelo; ANTONI PROSSEK, Carlos Roberto, y NICASTRO, Ramón Vicente (coords.), *Homenaje al Dr. Osvaldo J. Maffia*, Lerner, Córdoba, 2008, Instituto Argentino de Derecho Comercial y Fundación para la Investigación del Derecho Concursal y la Empresa en Crisis Pablo Van Nieuwenhoven.
- MILLER, Alejandro, *Sociedades anónimas. Directorio. Síndico*, AMF, Montevideo, 2005.
- MIOLA, Massimo, “Il sistema del capitale sociale e le prospettive di riforma nel diritto europeo delle società di capitali”, *Rivista delle Società*, año 50, fascículo 6, 2005, Giuffrè, Milán, noviembre-diciembre de 2005.
- OLIVERA GARCÍA, R. (con prólogo de Héctor Alegría), *Estudios de derecho societario*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2005.
- OTAEGUI, Julio C., “El capital”, *La Ley*, Buenos Aires, 20 de julio de 2006.
- PALACIO LAJE, Carlos, *Delitos de vaciamiento de empresa*, Lerner, Córdoba, 2002.
- PALMERO, Juan Carlos, “Nuevo enfoque para empresas en crisis. Modificaciones destacables en relación a la ley 19.551. Apreciación metodológica inicial. Cómo entender el nuevo régimen concursal”, *Nueva legislación concursal y la participación del profesional en ciencias económicas. Jornadas de actualización*, Advocatus, Córdoba, 1995.

- PORTALE, Giuseppe B., y COSTA, Concetto, “Capitale sociale e società per azioni sottocapitalizzate: le nuove tendenze nei paesi europei”, *Foro Padano*, 1995.
- PRATS MARQUINA, Marta, “Insolvencia y crisis económica: Su reflejo en el derecho concursal”, *Revista General de Derecho*, Madrid, 1998.
- PROVINCIALI, RENZO, *Trattato di diritto fallimentare*, Giuffrè, Milán, 1974.
- PULGAR EZQUERRA, Juana, *Preconcurzalidad y acuerdos de refinanciación. Adaptado a la ley 38/2011 del 10 de octubre, de reforma de la Ley Concursal*, La Ley, Madrid, 2012.
- QUINTANA FERREYRA, FRANCISCO, y RICHARD, Efraín Hugo, “La conservación de la empresa en las leyes de sociedades y de concursos”, *RDCO*, 1978, pp. 1373 ss.
- RICHARD, Efraín Hugo, “¿Abusos en el proceso concursal?”, *La Ley*, Buenos Aires, 24 de diciembre de 2008.
- “Afrontar la crisis oportunamente”, *El Derecho*, 30 de septiembre de 2009 (como nota a fallo).
- “El capital social y la responsabilidad limitada”, *Estudios Jurídicos*, publicación de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica de Uruguay, n.º 3, 2007, pp. 163-202.
- “La conservación de la empresa”, *Anales de la Academia Nacional de Derecho de Córdoba*, tomo XXV, pp. 107 ss.
- “Crisis de sociedades: Acuerdos concursales abusivos vs. solución privada”, *Summa Concursal*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2012, tomo II, pp. 1945 ss.
- *Derechos patrimoniales de los accionistas*, Lerner, Córdoba, 1970.
- “La empresa, su crisis y su conservación (meditaciones desde una visión nacional)”, *Summa Concursal*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2012, tomo I, p. 543.
- “La empresa: su organización y crisis”, *RDCO*, n.º 253, marzo-abril 2012, pp. 407 ss.
- “Funcionalidad de la empresa, organización societaria, pérdida del capital social y concurso”, *Ensayos de Derecho Empresario*, n.º 6, Fespresa, Córdoba, 2010 (serie en homenaje a comercialistas fallecidos de la Universidad Nacional de Córdoba, número *in memoriam* de Juan José de Arteaga), pp. 275-357.
- *Insolvencia societaria*, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2007.
- “Insolvencia societaria y responsabilidad”, *Jurisprudencia Argentina* (libro en conmemoración de su 80.º aniversario, 1918-1998), pp. 380 ss.
- “Integración de propuesta de acuerdo (en concurso preventivo de sociedad)”, *Doctrina Societaria y Concursal*, noviembre de 2008, pp. 1081 ss.

- “Integración de la propuesta de acuerdo en concurso societario (en torno a reciente fallo señorero)”, *Jurisprudencia anotada de RDCO*, n.º 234, enero-febrero de 2009, Abeledo-Perrot, pp. 79 ss.
 - “No hay que fomentar el incumplimiento (Sobre la petición de quiebra por acreedor)”, *Doctrina Societaria y Concursal*, Errepar, n.º 280, marzo de 2011, pp. 309 ss., particularmente el punto IV, pp. 326 ss.
 - “Notas en torno a la conservación de la empresa: ¿principio concursal o del derecho societario?”, E. H. RICHARD (dir.), *Ensayos de Derecho Empresario*, n.º 4, Fespresa, Córdoba, 2008, pp. 56 ss.
 - *Perspectiva del derecho de la insolvencia*, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Córdoba, 2010.
 - “El plan de empresa. Ética y responsabilidad del empresario”, *Estudios en honor de Pedro J. Frías*, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Córdoba, 1994, t. III, pp. 1187 ss.
 - *Las relaciones de organización y el sistema jurídico del derecho privado*, Academia de Córdoba, Córdoba, 2000.
 - “Responsabilidad de socios por pérdida del capital social”, FARHI, Diana, y GEBHARDT, Marcelo (coords.), *Derecho económico empresarial. Estudios en homenaje al Dr. Héctor Alegría*, La Ley, Buenos Aires, 2011, tomo II, pp. 1435 ss.
 - “Sobre la novación por acuerdos concursales (y algo sobre responsabilidad de administradores)”, *Doctrina Societaria y Concursal*, año XXIV, tomo XXIII, n.º 282, mayo 2011, pp. 445 ss.
 - “Sobre el patrimonio social: ¿capitalismo de reposición o donatario?”, *Revista del Derecho Comercial del Consumidor y de la Empresa*, Buenos Aires, año II, n.º 5, octubre de 2011, pp. 151 ss.
 - “Sobre el Título preliminar del proyecto de Código Civil y Comercial”, *El Derecho*, Buenos Aires, 5 de abril de 2013.
 - “La sociedad de responsabilidad limitada en los tiempos actuales”, *Jurisprudencia Argentina*, 2000-II, Doctrina, pp. 954 ss.
- RICHARD, Efraín Hugo, y MUIÑO, Orlando Manuel, *Derecho societario* (2 tomos), Astrea, Buenos Aires, 2.ª ed. actualizada y ampliada, 2007.
- RIPERT, Georges, *Aspectos jurídicos del capitalismo moderno* (traducción de J. Quero Molares), Ejea, Buenos Aires, 1950.

- RIPPE, Siegbert, “Aproximación crítica al presupuesto objetivo del *estado de insolvencia* y de sus manifestaciones y efectos en la normativa concursal”, *Anuario de Derecho Comercial*, n.º 14, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, marzo de 2012, pp. 9 ss.
- ROJO, Ángel, y BELTRÁN, Emilio, “El capital social mínimo”, *Revista de Derecho Mercantil*, Madrid, 1988, n.ºs 187-188, pp. 149 ss.
- SCHMIDT, Karten, “El derecho empresario y el derecho concursal”, JUNYENT BAS, Francisco, y RODRÍGUEZ PARDINA, José María, y RICHARD, Efraín Hugo (dirs.), *De la insolvencia. Segundo Congreso Iberoamericano*, Advocatus, Córdoba, 2000, tomo III, pp. 751 ss.
- “Responsabilidad de los socios y administradores”, ETCHEVERRY, Raúl Aníbal; CHOMER, Héctor Osvaldo, y GENOVESI, Luis Mariano (comps.), *Derecho comercial y de los negocios. Sociedades. Concursos*, Eudeba, Buenos Aires, 2007, tomo I pp. 395 ss.
- SPOLIDORO, Marco Saverio, “El capital sociale”, *Il Diritto delle società per azioni: problemi, esperienze, progetti*, colección Rivista delle Società, Milán, 1993.
- STANGHELLINI, Lorenzo, “Proprietá e controllo del’impresa in crisis”, *Rivista delle Società*, año 49, fascículo 5, setiembre-octubre de 2004, Milán, pp. 1079 ss.
- VAISER, Lidia, “El abuso de derecho en los procesos concursales”, *Jurisprudencia Argentina*, 2003-IV-1328.
- VEIGA, Juan Carlos, y RICHARD, Efraín Hugo, “Nueva visión en torno a la homologación de acuerdos con quitas en concurso de sociedades. El abuso y el fraude”, AA. VV., *Por un mejor derecho concursal* (ponencias del seminario homónimo celebrado en San Miguel de Tucumán), Astrea, Buenos Aires, 2012, pp. 367 ss.
- YADAROLA, Mauricio, “Sociedades comerciales”, *Homenaje a Yadarola*, Universidad Nacional de Córdoba, Córdoba, t. II, 1963.