

**RESPUESTAS NORMATIVAS ANTE LA PÉRDIDA DEL CAPITAL SOCIAL****Luis Facundo FERRERO\***

**Resumen:** Constataciones contables como la de la pérdida del capital social, disparan una serie de deberes positivos de obrar para socios y administradores, así como eventuales responsabilidades patrimoniales, cuya delimitación resulta imprescindible a la hora del asesoramiento profesional de las empresas insolventes, observándose una insuficiencia en la enseñanza interdisciplinaria del fenómeno, así como ciertas imprecisiones en el sistema legal argentino que es preciso desentrañar.

**Palabras Claves:** Pérdida del capital social. Insolvencia. Responsabilidad civil de administradores sociales. Disolución y liquidación. Concurso. Quiebra.

**Abstract:** Accounting findings such as the loss of social capital, triggered a series of positive duties to act for shareholders and directors, as well as any economic responsibilities, the definition of which is essential when professional advice of insolvent companies, showing a failure in the interdisciplinary teaching the phenomenon, as well as certain inaccuracies in the Argentine legal system that must unravel.

**Key Words:** Social capital loss. Insolvency. Social responsibility of managers. Solutions and liquidation. Reorganization. Bankruptcy.

**I. INTRODUCCIÓN**

Nos proponemos hacer un análisis crítico de los desarrollos doctrinarios realizados a propósito de las crisis societarias –particularmente ante la pérdida del capital social -, y las consecuencias derivadas de una presentación concursal como modo de superación de dicho estado, o la presentación del pedido de la propia quiebra, sea para la sociedad, sus socios o los administradores.

En particular estos desarrollos exhiben una lógica incardinada principalmente en la Ley de sociedades, como solución pre-concursal, cuyas fisuras, si existieren -lo que cabe anticipadamente poner en *seria* tela de juicio-, deberían quedar plasmadas o insinuadas para beneficio de todos, y especialmente en muestra de nuestro más sincero homenaje a un gran maestro cordobés, quien desde luego, nos ha azuzado a escribir las presentes líneas.<sup>1</sup>

---

\* Abogado egresado de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la U.N.C... Especialista en Derecho de los Negocios (U.N.C.). Adscripto a la Cátedra de Derecho Concursal y Cambiario de la Facultad de Derecho (UNC). E-mail: facundoferrero@yahoo.com.ar

1 Nos referimos al emérito profesor Efraín H. RICHARD, cuyo pensamiento analizamos entre otros de las siguientes publicaciones: “Responsabilidad por insolvencia de administradores de sociedades”, comunicación formalizada a la XIV Reunión conjunta de las Academias Nacionales de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba y Buenos Aires, realizada en Buenos Aires, 25 y 26 de octubre de 2001 con el tema de convocatoria “EL DERECHO DE DAÑOS EN EL DERECHO PÚBLICO Y EN EL DERECHO PRIVADO”, disponible en <http://www.acaderc.org.ar/doctrina/articulos/artrespadministr>, última consulta 23-05-2015. Ib. Id., “La crisis de la organización societaria”, 2009, disponible en [http://www.acaderc.org.ar/doctrina/articulos/la-crisis-de-la-organizacion-societaria/at\\_download/file](http://www.acaderc.org.ar/doctrina/articulos/la-crisis-de-la-organizacion-societaria/at_download/file), última visita 22-5-2015; Ib. id., “La enseñanza del derecho societario y del derecho concursal en las facultades de derecho y de ciencias económicas sobre la crisis de las sociedades”, disponible en [www.derecho.unc.edu.ar/njrj/copy\\_of\\_revista-no-1/aportes-de-destacados-juristas-1/efrain-hugo-richard.-la-ensenanza-del-derecho-societario-y-del-derecho-concursal-en-las-facultades-de-derecho-y-de-ciencias-economicas-sobre-la-crisis-de-las-](http://www.derecho.unc.edu.ar/njrj/copy_of_revista-no-1/aportes-de-destacados-juristas-1/efrain-hugo-richard.-la-ensenanza-del-derecho-societario-y-del-derecho-concursal-en-las-facultades-de-derecho-y-de-ciencias-economicas-sobre-la-crisis-de-las-)

Procuraremos en lo fundamental abordar el análisis desde la perspectiva de las sociedades – especialmente aquellas en que los socios limitan su responsabilidad patrimonial individual- , sin perjuicio de entender que el análisis excede las mismas y afecta a todas las personas jurídicas, particularmente a partir de la sanción del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación (arts.141 y ss. CCCN).

A su vez, debería quedar plasmado si llegado el caso, el juez concursal deberá atender a las normas societarias al tiempo de homologar – o no - un posible acuerdo preventivo, adelantando nuestra conclusión positiva a este respecto.

## II. LAS SOLUCIONES SOCIETARIAS COMO REMEDIOS PRE-CONCURSALES

La lógica societaria expuesta por la doctrina más destacada en torno a esta problemática<sup>2</sup>, parte de un primer supuesto fundamental: concebir el concurso preventivo (o la quiebra) como *ultima ratio* del ordenamiento jurídico para la superación de la insolvencia.

Así parece desprenderse del *obiter dictum* plasmado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN), en el precedente Sociedad Comercial del Plata (CSJN, 20-10-2009<sup>3</sup>) y algunas soluciones de la legislación extranjera.<sup>4</sup>

O lo que es –casi- lo mismo, de concebir las soluciones societarias como pre-concursales, siguiendo asimismo desarrollos de parte de la doctrina extranjera<sup>5</sup>. Supuesto que no por ser tal,

---

sociedades/at\_download/file+&cd=8&hl=es&ct=clnk&gl=ar, última visita el 22-5-2015. Ib. id. “El abuso de derecho y fraude a la ley en materia comercial y los principios generales del nuevo Código Civil y Comercial.” Publicado en Revista Electrónica ESTUDIOS DE DERECHO EMPRESARIO, n° 5 abril 2015, Universidad Nacional de Córdoba.

2 Ver nota 1.

3 “... en tanto el proceso concursal, como última ratio preventiva que procura remediar el estado de cesación de pagos, atendiendo coetáneamente la protección de la empresa y la satisfacción del derecho de los acreedores, requiere indispensablemente de una absoluta transparencia en los actos que lo conforman y, particularmente, en todo aquello que hace a la captación de buena fe del voto de los acreedores.” (Del considerando 13º del voto de la mayoría).

4 Así la Ley colombiana del 27.12.2006, considera: “Finalidad del régimen de la insolvencia.... tiene por objeto... la recuperación y conservación de la empresa como unidad de explotación económica y fuente generadora de empleo, a través de los procesos de reorganización y de liquidación judicial, siempre bajo el criterio de agregación de valor. El proceso de reorganización pretende a través de un acuerdo, preservar empresas viables y normalizar sus relaciones comerciales y crediticias, mediante su reestructuración operación, administrativa, de activos o pasivos” en su art. 1º primero segundo párrafo. Las normas societarias preventivas resultan del art. 10º que impone que la solicitud de reorganización debe presentarse con la acreditación de “No haberse vencido el plazo establecido en la ley para enervar las causales de disolución, sin haber adoptado las medidas tendientes a subsanarla”, imponiendo el art. 13 ap. 6 presentar “Un plan de negocios de reorganización del deudor que contemple no solo la reestructuración financiera, sino también organizaciones, operativa o de competitividad, conducentes a solucionar las razones por las cuales es solicitado el proceso, cuando sea el caso”.

5 La tendencia a anticipar soluciones, dejando la solución concursal como último recurso, ha sido receptada en el derecho comparado. Así “El derecho societario y el derecho falimentario se influyen recíprocamente, bajo las reglas del corporate government, imponiendo ante la pérdida total o parcial del capital social la convocatoria a asamblea, configurando el “leitmotiv” de la “profilaxis de la insolvencia” el asegurar la estabilidad de la empresa, adoptando las medidas de saneamiento. (SPOLIDORO, M. S. comentando la tesis de Alexandros N. ROKAS Die Insolvenzprophylaxe als Bestandteil der Corporate Governance im deutschen Aktienrecht, Baden Baden, Nomos 2012, en Rivista delle Società anno 57º, noviembre-diciembre 2012 fas. 6º, pág. 1353.) Recordando algo aparentemente olvidado, se ha dicho “La normativa societaria ha tenido, desde siempre, la preocupación de la defensa y protección del crédito y, por esta vía, de la prevención de las crisis empresariales. Con herramientas y procedimientos diferentes ha ido convergiendo con una legislación concursal cada vez más preocupada por la prevención de las crisis empresariales y en la solución de éstas con

podría dejarse de poner en duda, lo que haremos al exponer nuestras propias consideraciones sobre la temática (ver *infra* apartados V y VI).

Dice al respecto Richard: "...ante la crisis económico-patrimonial-financiera de las sociedades, la misma debe ser asumida desde el derecho societario. Sólo fracasadas las acciones previstas en el mismo, para conservar la empresa podrá afrontarse el camino concursal, con el debido equilibrio entre acreedores y socios. El derecho societario iberoamericano es suficientemente uniforme para admitir (e imponer) estas conductas."<sup>6</sup>

En orden al ámbito subjetivo de aplicación de los razonamientos, debemos comenzar por indicar que el nuevo Código Civil y Comercial (CCCN) señala como orden de prelación normativo aplicable a las personas jurídicas, el siguiente: "*Las personas jurídicas privadas que se constituyen en la República, se rigen:*

*a. por las normas imperativas de la ley especial o, en su defecto, de este Código;*

*b. por las normas del acto constitutivo con sus modificaciones y de los reglamentos, prevaleciendo las primeras en caso de divergencia;*

*c. por las normas supletorias de leyes especiales, o en su defecto, por las de este Título.*

*Las personas jurídicas privadas que se constituyen en el extranjero se rigen por lo dispuesto en la ley general de sociedades."*

De allí que en materia de sociedades el primer orden normativo, estará dado por las normas imperativas de la Ley 19.550 y modificatorias (LGS), como "micro-sistema" especial, entre las que se destacan aquellas relativas a la constitución y protección del capital social (en la parte general arts.10 inc.7, 11 inc.4, 36 a 53, 63 ap. II a., 66, 70 y conc. LGS) y las relativas a la disolución (entre las vinculadas a la pérdida o disminución grave del capital social: arts.94 inc. 5, 96, 99, 206 LGS); - ello sin perjuicio de la aplicabilidad de las normas imperativas *no contradictorias* relativas a toda persona jurídica privada conforme el inc.a. de este artículo-

Esclarecido el supuesto preliminar, los sujetos involucrados y las normas imperativas en juego, analicemos la temática desde una perspectiva temporal. Así debemos comenzar por un primer análisis fundamental: realizado el balance y demás estados contables anuales prescriptos por el art.234 inc. 1 LGS<sup>7</sup>, los administradores sociales podrían advertir que la sociedad está en crisis,

---

el menor daño posible a las estructuras productivas. Esta comunidad de objetivos entre ambas ramas del ordenamiento mercantil hacen necesaria una coordinación y armonización normativa, de modo que su objetivo común pueda ser logrado en forma segura y eficiente, derecho concursal y derecho societario no son dos compartimentos estancos. Ambas disciplinas deben perseguir, desde una concepción integral del sistema jurídico, una armonización de sus sistemas normativos en orden a la tutela del crédito, a la anticipación de las crisis y a evitar su profundización y propagación" (OLIVERA AMATO, Juan M. Herramientas societarias para la solución y prevención de las crisis empresariales en Situaciones de crisis en las sociedades comerciales" AAVV directores José Miguel Embid Irujo, Daniel Roque Vitolo, Ed. Ad Hoc, Buenos Aires 2010, pág.31 y ss., esp.35.).

6 RICHARD, EFRAÍN H., "La enseñanza del derecho societario y del derecho concursal...", cit., loc. cit.

7 Aún con anterioridad podría advertirse mediante un balance especial, u otros documentos contables la existencia de la causal "... sin embargo, la gravedad de la consecuencia que puede derivar de la comprensión, impone un criterio de prudencia "... sin embargo, la gravedad de la consecuencia que puede derivar de la comprensión, impone un criterio de prudencia en la aceptación y examen de los documentos respectivos." (ZALDIVAR, RAGAZZI, MANOVIL, ROVIRA, SAN MILLÁN, Cuadernos de Derecho Societario, Abeledo Perrot, Bs. As. reimp.1980, Vol. IV, pág.267.). En España los autores debaten sobre el punto pronunciándose la mayoría (Eizaguirre, Quijano, Velazco, Machado, Uría/Mendez/Beltran) en el sentido que la causal se verifica en cualquier momento en que los administradores conozcan o debieran conocer la existencia de las pérdidas conforme el deber de diligencia que le es exigible, destacando la función de garantía frente a terceros del capital social y la consecuente causal de disolución, mientras que la postura similar a la sostenida por los

porque o bien: (1) Se encuentra en situación de pérdida del capital social – insolvencia patrimonial al decir de parte de la doctrina, siguiendo la doctrina española<sup>8</sup> -, o (2) que los activos corrientes no sean aptos o suficientes para afrontar las obligaciones inmediatamente exigibles – insolvencia financiera o estado de cesación de pagos para los que distinguen ambos términos<sup>9</sup>-.

En el primer caso (1) se abren distintas alternativas en la Ley societaria previas al concurso:

- a. Reintegrar el capital -absorbiendo la totalidad de la pérdida pérdida- (art.96 LGS);
- b. Capitalizar deudas para con los socios o los terceros (art.197 LGS);<sup>10</sup>

En el segundo caso (2)<sup>11</sup>, es facultad de los administradores la presentación en concurso preventivo, pero podrán disponerse múltiples remedios entre ellos proceder asimismo a la capitalización de deudas (art.197 LGS), liquidar activos no corrientes, solicitar préstamos a largo

---

autores nacionales antes citados ha sido sostenida minoritariamente (Rojo) con sustento en la interpretación restrictiva de las causales de disolución (Cfr.: PEREZ MILLAN, David, “Disolución por pérdidas ...” cit.).

8 Así se ha expresado: “Para evitar disensos meramente lingüísticos consideramos la insolvencia como la pérdida del capital social, cesación de pagos puede configurarse por una sociedad solvente con patrimonio activo positivo superior al capital social pero con pasivo corriente mayor a activo corriente. Y con las expresiones crisis, avizoración de la insolvencia, dificultad económica o financiera de carácter general, “red flags”, se ha tratado de prever soluciones anticipatorias a la insolvencia, el “timing problem”, buscando siempre la estrella polar de conservar la empresa y particularmente los puestos de trabajo. (RICHARD, Efraín H., “La enseñanza del derecho societario y del derecho concursal...”, cit., loc. cit.). Por su parte Rouillón califica el supuesto de pérdida del capital social como de insolvencia contable o insolvencia según los estados contables (ROUILLÓN, Adolfo A.N., Régimen de Concursos y Quiebras, Astrea, Bs. As.2007, pág.47 y 54). Destaquemos asimismo que a en el régimen español la causal disolutoria de las sociedades de capital se produce ante la disminución del patrimonio a menos de la mitad del capital social, con lesión a su función de garantía, considerando parte de la doctrina que la pérdida entera del capital no es sino una manifestación concreta de la imposibilidad de realizar el fin social (Cfr.: PEREZ MILLAN, David, “Disolución por pérdidas y declaración del concurso de sociedades de capital”, disponible en [http://pendientedemigracion.ucm.es/info/mercantil/documentos/comunicacion\\_david\\_perez.pdf](http://pendientedemigracion.ucm.es/info/mercantil/documentos/comunicacion_david_perez.pdf) , última consulta 14-7-16).

9 La doctrina concursalista generalmente no los distingue al analizar la insolvencia, sin perjuicio de la utilidad de la distinción de estas situaciones contables, que no son desconocidas. Así se explica que: “Fuera del ámbito concursal se suele utilizar la voz insolvencia para designar la situación de pasivo superior al activo, sin otras precisiones ni distinciones (insolvencia en sentido contable o según los estados contables). En cambio, en la Argentina es casi unánime el uso (indistinto) de insolvencia en sentido concursal como sinónimo de estado de cesación de pagos”, posición a la que adhiere el autor (ROUILLÓN, Adolfo A.N., ob. cit., pág.54).

10 La solución ha sido criticada por insuficiente correctamente por MORENO en obra crítica del pensamiento de Richard, que si bien en muchos aspectos no compartimos, tiene el mérito de señalar que esta solución puede ser de maquillaje , así dice correctamente que: “La capitalización del pasivo es una herramienta preconcursal adecuada para solventar contablemente la situación de insuficiencia patrimonial, pero no se puede generalizar como herramienta contra el estado de cesación de pagos porque sus efectos son más aparentes que reales. Para solventar la insolvencia, la compensación de créditos debe ser complementada con otros mecanismo que comporten un verdadero ingreso de activos líquidos en la sociedad, de lo contrario consistirá en una medida cosmética que permitirá a la sociedad eludir temporalmente la solicitud de apertura de procedimiento de insolvencia sin que por ello los terceros que contraten con ella tengan un verdadero respaldo patrimonial para sus créditos.” (MORENO FONTELA, Juan L., “La extensión de la conservación de la empresa en el derecho de sociedades. Dos Críticas a Richard.”, disponible en: [https://www.academia.edu/23623078/La\\_extensi%C3%B3n\\_de\\_la\\_conservaci%C3%B3n\\_de\\_la\\_empresa\\_en\\_el\\_derecho\\_de\\_sociedades.\\_Dos\\_cr%C3%ADticas\\_a\\_Richard](https://www.academia.edu/23623078/La_extensi%C3%B3n_de_la_conservaci%C3%B3n_de_la_empresa_en_el_derecho_de_sociedades._Dos_cr%C3%ADticas_a_Richard) , última consulta 10-7-2016). Pensamiento que compartimos sin dejar de señalar que en el pensamiento criticado por el autor (el del Dr. Richard) la primer solución sugerida no es la capitalización de pasivos, sino el reintegro o aumento del capital social, lo que no podemos dejar de resaltar en honor a la verdad.

11 Sobre el presupuesto objetivo de los procedimientos preventivos recomendamos: ALEGRIA, Héctor, “Objetivos y presupuestos concursales en el derecho actual (con especial referencia a la unidad conceptual del presupuesto objetivo)”, Sup. CyQ 2009 (abril), 01/01/2009, 1 - LA LEY2009-C, 798.

plazo, o cualquier otro plan de negocios razonable según las circunstancias del caso, no sin ciertas consecuencias responsabilizatorias ante su fracaso.<sup>12</sup>

Regresando al primer supuesto<sup>13</sup>, que es el que especialmente nos ocupa, si nos encontramos ante una situación de insolvencia contable (Pasivo mayor al Activo<sup>14</sup>) las normas imperativas societarias imponen tomar una decisión por la Asamblea o reunión de socios al tiempo de considerar ese balance o inmediatamente después (art.96 LGS), ya que de lo contrario la disolución operará indefectiblemente (arts.94 inc.5, LGS).

---

12 Nuestra legislación no contiene normas perentorias en torno a la tempestividad de la presentación concursal, siendo extraídas las soluciones al problema en base a la interpretación sistemática e integral del ordenamiento (cfr. ESCUTI, Ignacio A. El derecho en crisis y las empresas en dificultades en el mundo globalizado, en RDCO 200 p. 720. RICHARD, Efraín H., “¿Abusos en el proceso concursal?”, LA LEY 24/12/2008, 1, disponible en La Ley Online. RUBIN, Miguel E., “La infracapitalización “argentinizada”: la utopía de la responsabilidad total y del capitalismo de reposición.”, en Revista Derecho Comercial del Consumidor y de la Empresa (ed. La Ley), año II, n° 3, junio 2011, pág. 129.). En España se ha ampliado el presupuesto objetivo de los concursos comprendiendo no sólo los supuestos de insolvencia actual, sino inminente (insolvencia potencial), imponiéndose asimismo la presentación concursal en plazos expresos ante determinadas constataciones contables. Así el *Artículo 2, bajo el título* Presupuesto objetivo, establece: “1. La declaración de concurso procederá en caso de insolvencia del deudor común. 2. Se encuentra en estado de insolvencia el deudor que no puede cumplir regularmente sus obligaciones exigibles. 3. Si la solicitud de declaración de concurso la presenta el deudor, deberá justificar su endeudamiento y su estado de insolvencia, que podrá ser actual o inminente. Se encuentra en estado de insolvencia inminente el deudor que prevea que no podrá cumplir regular y puntualmente sus obligaciones.” Por su parte el artículo 5, bajo el título: Deber de solicitar la declaración de concurso, dispone: “1. El deudor deberá solicitar la declaración de concurso dentro de los dos meses siguientes a la fecha en que hubiera conocido o debido conocer su estado de insolvencia. 2. Salvo prueba en contrario, se presumirá que el deudor ha conocido su estado de insolvencia cuando haya acaecido alguno de los hechos que pueden servir de fundamento a una solicitud de concurso necesario conforme al apartado 4 del artículo 2 y, si se trata de alguno de los previstos en su párrafo 4.º, haya transcurrido el plazo correspondiente.”

13 Si bien se ha destacado que “... lo verdaderamente trascendente, a los fines disolutorios, es la pérdida del patrimonio social, entendido como conjunto de bienes con los cuales la sociedad podrá hacer frente a sus deudas.” (NISSEN, Ricardo A., Ley de Sociedades Comerciales, Ed. Ábaco, Bs. As. 1997, Tomo II, pág.217), concordamos en Vítolo, que “la crítica es más formal que sustancial pues, siendo que el capital social es la última cifra de retención dentro de la cuenta del patrimonio neto de la sociedad, no caben dudas de que para agotar el capital social previamente el resto del patrimonio neto debe haber sido consumido” (VITOLLO, Daniel R., Sociedades Comerciales, Rubinzal Culzoni, Sta. Fe, 2007, Tomo II, pág.376).

14 En particular se ha explicado que “Esa “pérdida” debe ser real, aunque es reconocida por una determinación contable aprobada por el órgano de gobierno de la sociedad. Según la versión más conservadora la misma se produce cuando el patrimonio neto acusa pérdidas de tal envergadura que éstas igualan o superan a todos los importes positivos del patrimonio neto (capital, ajuste de capital, reservas, aportes irrevocables –capitalizados, agregamos-)”<sup>6</sup> (Nota 6: FUSHIMI, Jorge Fernando “Sobre el reintegro del capital en las sociedades anónimas”, en publicación referida en nota 48 pág. 427, específicamente 428. NISSEN, Ricardo A. La pérdida del capital social como causal de disolución de las sociedades comerciales, Ed. Ad Hoc, Bs. As., quién transcribe parte de la Resolución 055 de la Inspección General de Justicia de fecha 14.1.2002 en “Duque Seguridad S.A. “Antes de hacer el cálculo para constatar la existencia de la causal disolutoria consistente en la pérdida del capital social, hay que revalorizar el patrimonio social, computar sólo el pasivo hacia terceros y luego absorber las pérdidas en término con las reservas y sólo después proyectar su remanente sobre el capital social. Además debe tratarse de una pérdida definitiva y no meramente circunstancial”. Agregamos que esas operaciones deben ser serias, reflejarse en la reunión donde se descartó la obligatoriedad del reintegro o el aumento de capital social para poder continuar las operaciones, y que quedará cuestionada si posteriormente la sociedad se concursa o quiebra.) Una visión más formal llevaría a pensar que la causal se ha generado cuando el pasivo excede al activo en una cifra superior al capital social estatutario y no se intentan capitalizar otros importes positivos del patrimonio neto para revertir la pérdida y reconstituir el capital estatutario como cifra de garantía para los terceros y la sociedad.” (RICHARD, Efraín H., “La enseñanza del derecho societario y del derecho concursal...”, cit., loc. cit.).

Se dirá, pero cabe aún la alternativa concursal, a lo que se podría responder que no será así en todos los casos, sino sólo con determinados requisitos, y bajo determinadas responsabilidades, ya que no se puede trasladar sin más las pérdidas – o el riesgo empresario – a los acreedores.

Antes del concurso, ¿Qué deben hacer los administradores al aprobar el balance en reunión de directorio en el que se advierte la pérdida de capital social, o la crisis financiera?.

En primer término, debería haber quedado reflejada dicha situación en la Memoria para las sociedades obligadas a emitir este documento (art.66 LGS), pero en cualquier caso deberán poner los estados contables a consideración de los accionistas como obligación fundamental impuesta por el ordenamiento societario (art.234 inc. 1, LGS) bajo responsabilidades de ley (art.99 LGS)<sup>15</sup>, en segundo lugar, de haber advertido la situación pueden proponerse como puntos del orden del día amen de los de uso y rigor<sup>16</sup>, los siguientes:

1. Reintegro total o parcial del capital social en caso que se hubiese perdido (art.96 LGS);
2. Reintegro y aumento del capital social (art.96, 188 y conc. LGS);<sup>17</sup>
3. Capitalización de pasivos (art.197 LGS)<sup>18</sup>;
4. Consideración de la disolución –extrajudicial- de la sociedad (art.94 inc.5 LGS)<sup>19</sup>;

Una alternativa diferente, sería sólo llamar al tratamiento de los estados contables, y mencionar expresamente en la memoria y durante la asamblea la problemática de la insolvencia – patrimonial o financiera -, lo que podrá generar la necesidad de una nueva e *inmediata* asamblea al efecto, donde deberán analizarse en su caso, las alternativas propuestas en 1 a 4.<sup>20</sup>

---

15 “A riesgo de repetir, insistimos que la Memoria que acompañe un Balance del que resulta la pérdida del capital social –causal de disolución uniforme en el derecho comparado- o un pasivo corriente mayor que el activo corriente impone una explicitación sobre las conductas a seguir por socios o previsiones de los administradores. ¿Se puede suponer que no es dolosa la actuación de administradores societarios que continúan el giro, y contratan con terceros a sabiendas de las dificultades de cumplir las obligaciones conforme los están asumiendo? Contraria, además de normas generales de la actuación de buena fe los códigos de conducta impuestos por la teoría de la “Responsabilidad Social Empresaria”. (RICHARD, Efraín H., “La enseñanza del derecho societario y del derecho concursal...”, cit., loc. cit.).

16 Entre ellos a) Consideración de los estados contables prescriptos en el art.234 inc.1 LGS; b) Consideración de la gestión del Directorio; c) Remuneración del Directorio, en su caso, Fijación de la remuneración del Directorio, por el desempeño de funciones técnico administrativas de carácter permanente (art.261 in fine LGS); d) designación de dos o más accionistas para la suscripción del acta de Asamblea.

17 Pese a lo considerado en sentido contrario por la Exposición de Motivos de la Ley 19550, el art.103 de la Resol. IGI 7/2005 prohíbe la denominada operación acordeón, en los siguientes términos: “No se inscribirán la reducción a cero del capital social –consecuencia de su pérdida total– y su simultáneo aumento (“operación acordeón”). La pérdida total del capital social como causal de disolución de la sociedad (artículo 94, inciso 5º, Ley Nº 19.550), debe revertirse mediante el reintegro total o parcial del mismo o su aumento (artículo 96, ley citada), éste segundo sujeto a inscripción conforme a las disposiciones pertinentes de esta Sección. Si el reintegro es parcial, procede luego la reducción de la cifra estatutaria al importe de dicho reintegro, la que debe inscribirse de acuerdo con el artículo 100.”

18 El supuesto requerirá de Asamblea Extraordinaria, con mayorías agravadas.

19 Posiblemente la alternativa se presente como sumamente dificultosa ante la insuficiencia del activo, lo que a nuestro juicio excluye la posibilidad de liquidación privada.

20 La viabilidad de la alternativa depende de la interpretación que se haga del art.96 LGS, y de las características que se atribuyan a la causal. En este sentido se ha considerado que: “Si bien la ley no fija plazo, el reintegro o aumento debe producirse con la mayor celeridad posible desde que se verifica la misma” (ROITMAN, Horacio, Ley de Sociedades Comerciales, La Ley, Bs. As. 2006, Tomo II, pág.426). igualmente que “si se tiene en cuenta que esta situación es susceptible de crear ingentes perjuicios a los terceros y aún a los mismos socios, resulta evidente que el término no puede ir más allá del tiempo que mecánicamente sea imprescindible para concretarlos. En la hipótesis no son admisibles lapsos como el tolerado en el inc.8 del art.94.” (ZALDIVAR, RAGAZZI, MANÓVIL, ROVIRA, ob. cit., Vol. IV, pág.270). En el mismo sentido la

Alternativamente entendemos nosotros y existiendo cesación de pagos, el Directorio podría haber resuelto la presentación en concurso por razones de urgencia (art.6 LCQ), y si los tiempos lo permiten podría haberse incorporado entre las alternativas del Orden del día la “*Consideración de la presentación en concurso preventivo o en quiebra (arts.1, 78 y conc. Ley 24522 - LCQ)*”.

Debemos tener presente que una vez que se ha considerado por la asamblea el Balance y demás estados contables en los que existe pérdida del capital social, ha operado la causal disolutoria<sup>21</sup>, y los administradores “... *solo pueden atender los asuntos urgentes y deben adoptar las medidas necesarias para iniciar la liquidación*”, siendo ilimitada y solidariamente responsables frente a los terceros y los socios, “*sin perjuicio de la responsabilidad de estos*” (art.99 LGS), salvo reintegro o aumento del capital social (art.96 LGS), o capitalización de pasivos (art.197 LGS) según postura del maestro cordobés al que venimos siguiendo en lo fundamental.

Si en aquella o esta segunda asamblea no se adoptó decisión alguna, por aplicación de esta última norma los administradores serán responsables por los daños que pudiesen irrogar, y los socios podrán asimismo ser responsabilizados por su omisión.<sup>22</sup>

Siguiendo con el discurrir temporal, hemos de suponer que la temática es tratada en Asamblea o reunión e socios, en la que éstos manifiestan su falta de medios económicos propios para el reintegro, o aún como hipótesis casi de gabinete su falta de voluntad de incorporarlos. A su vez, que la capitalización de pasivos se muestra como una alternativa altamente improbable, de modo que a fin de evitar la disolución (art.94 inc.5 LGS), se encomienda al órgano de administración la presentación en concurso preventivo.

¿Es lícito? En caso afirmativo, ¿bajo qué limitaciones y con cuáles alcances?

---

Resolución IGJ, 00.055 del 14/01/2002, en el caso “Duque Seguridad S.A. e Investigaciones Duque S.A., consideró que “ por las características de esta causal de disolución, que se proyecta especialmente sobre aquellos terceros que se encuentran crediticiamente ligados con la sociedad, va de suyo que debe resolverse a la brevedad. El minucioso proceso liquidatorio contenido en el art.101 y ss. de la ley 19.550 no sólo interesa a los socios, a los fines de la justa distribución de la cuota liquidatoria, sino que se ha establecido fundamentalmente en salvaguarda de los acreedores de la sociedad, previéndose a tal efecto, expresas normas que impiden la distribución del activo entre los socios, si previamente no se garantizan las obligaciones sociales, y por ello, justamente en tutela de los derechos creditorios de los terceros, es que la doctrina conviene que la convocatoria a Asamblea a los fines del art.96 de la Ley 19.550 tiene que ser inmediata a la exteriorización de la pérdida. (pub. RSyC nº14, Enero/febrero 2002, p.273 y ss.).

21 “... el motivo de disolución debe ser constatado o reconocido y declarado por los órganos de administración y de gobierno de la compañía...” (ZALDIVAR, RAGAZZI, MANÓVIL, ROVIRA, ob. cit., Vol. IV, pág.296). En contra parecería opinar Roitman, cuando clasifica la causal de pérdida del capital social entre las que operan de pleno derecho (ROITMAN, Horacio, Ley de Sociedades Comerciales, La Ley, Bs. As. 2006, Tomo II, pág.408); no obstante luego citando opinión de Verón, considera que la causal debe ser declarada por los socios, al tratar el balance general (ib. Id., Tomo II, pág.426 y nota 1499). En igual sentido se ha sostenido que la causal “... no opera de pleno derecho, sino que requiere de una comprobación de esta circunstancia a través de la elaboración de los estados contables de ejercicio o especiales y de la declaración y aceptación de la sociedad de que se ha verificado esta circunstancia.” (VITOLLO, Daniel R., ob.cit., Tomo II, pág.377). Por otro lado, la consideración de los estados contables correspondientes al cierre del ejercicio anual parecería ser la oportunidad pertinente, por razones de prudencia, sin perjuicio de su tratamiento como consecuencia de la constatación de la causal mediante un balance especial (cfr. ROITMAN, Horacio, Ley de Sociedades..., cit. Tomo II, pág.426, nota 1497 y 1498).

22 Richard, cita opinión de Fourcade quien “...apunta que la sociedad puede continuar operando pese a la pérdida del capital social, porque puede apreciarse revertirla con las operaciones en curso. Ello además de deber expresarse en la primer Memoria –conforme el tipo social- deja en claro el riesgo de responsabilidad de administradores y socios por las nuevas operaciones conforme el art. 99 LGS. Si luego el patrimonio social es insuficiente para atender a los acreedores el daño se habrá consumado y la responsabilidad prevista se patentizará.” (RICHARD, Efraín H., “La enseñanza del derecho societario y del derecho concursal...”, cit. loc. cit.).

La respuesta que se ha dado es la siguiente: **a)** si hubo situación de insolvencia financiera, sólo podrán ser homologables las propuestas que contengan únicamente esperanzas, ya que el activo es suficiente para la cancelación del pasivo; esto es, sólo careciendo de liquidez su activo corriente la crisis podrá superarse a plazo mediante liquidación del activo no corriente, sin trasladar las pérdidas a los acreedores; **b)** Si existió insolvencia patrimonial las propuestas pueden incluir quitas, pero no podrá olvidarse que debió existir Asamblea previa que trate la pérdida del capital y su superación mediante el reintegro o reintegro y aumento (art.96 LGS), de lo contrario cualquier propuesta será abusiva o en fraude a la ley societaria y por tanto no podrá ser homologada por el juez concursal (art.52 inc.4 LCQ).<sup>23</sup>

Si no hay reintegro del capital -o capitalización de pasivos- violamos el art.96 LGS, la sociedad no es viable, y la alternativa concordataria implicaría un traslado ilegítimo de las pérdidas a los acreedores.

“No cabría duda que el efecto responsabilizador de la norma del art. 99 LGS, que alcanza a los socios que consientan el giro social con posterioridad a la constatación de la existencia de una causal de disolución u omitan el trámite liquidatorio, con el consiguiente daño a los acreedores. Todo un sistema imperativo para excluir daños derivados de la insolvencia, o sea un sistema de preconcursalidad, fincado en toda la ley societaria y específicamente en los arts. 94 5°, 96 y 99 LGS.”<sup>24</sup>

A su vez, los efectos novatorios de las obligaciones resultantes de la homologación de un acuerdo preventivo (art.56 LCQ), no implicarían novación ni extinción de la responsabilidad de los administradores y socios (art.99 LGS), frente a los acreedores disidentes, que conservarían sus acciones.

### III. LA PROBLEMÁTICA DESDE EL PRISMA DEL NUEVO CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN SEGÚN LA DOCTRINA QUE ANALIZAMOS

Continuando con el análisis que ve en las soluciones societarias, soluciones ante todo pre-concursales, la doctrina ha encontrado en las normas vigentes desde el primero de agosto de 2015, nuevos argumentos en orden a justificar el análisis antes desarrollado.

Según sabemos, la ley 26.994 sanciona el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación e introduce una serie de reformas a la ley societaria, principalmente en su parte general (ver arts. 1, 5, 6, 11, 16, 17, 21 a 30, 93, 94, 94 bis, 100, 164, 186, 187, 285 y 299 LGS).

Entre las nuevas normas contenidas en el CCCN destaca Richard<sup>25</sup> las siguientes, por su aplicación a los supuestos de pérdida del capital social:

En primer término se señala el artículo 2º, del Título Preliminar, en cuanto impone en materia de: “Interpretación... teniendo en cuenta sus palabras, sus finalidades,... los principios y valores jurídicos, de modo coherente con todo el ordenamiento.”; lo que remarca la necesidad de no

---

23 Cfr. RICHARD, Efraín H., entre muchos otros: “La enseñanza del derecho societario y del derecho concursal...”, cit. loc. cit.

24 RICHARD, Efraín H., “La enseñanza del derecho societario y del derecho concursal...”, cit. loc. cit...

25 RICHARD, Efraín H., “El abuso de derecho y fraude a la ley...”, cit., loc. cit.

prescindir del análisis societario en el marco de los concursos preventivos, en orden a salvaguardar la unidad del sistema.

Asimismo el art.9 CCCN en cuanto dispone el ejercicio de buena fe de los derechos, y en el mismo sentido el art.10, 2º y 3º párr., ib. id., en cuanto “... *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.*”

A partir de esta normativa, se entiende que estamos ante una verdadera revolución que impondrá que los jueces al considerar la homologación de un acuerdo con quitas, analicen si no existe abuso de derecho o fraude a la ley, y la quita entiende Richard comporta cuando menos un abuso de derecho –que aparece como un antivallor-, cuando no un fraude a la ley societaria, pues los socios han transferido su obligación de capitalizar a una quita. En vez de aumentar el activo achican el pasivo a cargo de terceros, lo que hasta les permitiría distribuir dividendos luego de un balance que acreditara el enriquecimiento patrimonial.<sup>26</sup>

Y resalta que corona estas disposiciones el art.12 CCCN en tanto, “las convenciones particulares no pueden dejar sin efecto las leyes en cuya observancia está 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”.

En este orden de ideas se explica que: “La autonomía de la voluntad para generar personas jurídicas, particularmente las societarias, esta acotada por normas propias que hacen a la consistencia y subsistencia del patrimonio base del reconocimiento de esa personalidad, y su reconocimiento permitirá prevenciones ante la posibilidad de que se generen daños, lo que siempre existió pero se acentúa conforme las nuevas normas. En esa integración, resulta un aspecto liminar determinar si las normas que organizan ese sistema –especialmente las societarias- son imperativas y/o de orden público.”<sup>27</sup> Así las normas sobre el capital social y su pérdida o disminución serían todas imperativas (arts.94 inc.5, 96 y 99)<sup>28</sup>, por cuanto tienden a la tutela no sólo de socios, sino especialmente a los terceros, como hemos adelantado.

El orden público comprometido en estas normas se explica en los siguientes términos: “En cuanto se compromete la continuidad del giro empresario –objeto de la sociedad- aparece un orden público social: la conservación de la empresa por el efecto social y económico en la región, y la conservación del empleo, y el derecho constitucional de propiedad de los acreedores y a trabajar de sus empleados. En tal sentido los arts. 154 sobre el patrimonio de las personas jurídicas privadas, 163 ap. c) e i) sobre imposibilidad sobreviniente de cumplimiento del objeto por incapacidad patrimonial o el agotamiento de los bienes destinados a sostener la persona jurídica, y 11 inc. 4º

---

26 RICHARD, Efraín H., “La enseñanza del derecho societario y del derecho concursal...”, cit. loc. cit.

27 RICHARD, Efraín H., “El abuso de derecho y fraude a la ley...”, cit., loc. cit.

28 “Es necesario convenir en que las normas de la ley general de sociedades sobre la función de garantía del capital social son imperativas. Ello es congruente con la idea que la sociedad debe ser viable y no puede convertirse en un instrumento para dañar a terceros y al mercado en general. Correlativo con ello la disposición del art. 99 de la actual ley de sociedades comerciales (LSC) sin modificar por la ley general de sociedades (LGS), vinculado a la causal de disolución de pérdida del capital social (94.5 LSC/LGS), que protege a terceros sin perjuicio de la remediación autorizada taxativamente por el art. 96 LSC/LGS.” (RICHARD, Efraín H., “El abuso de derecho y fraude a la ley...”, cit., loc. cit.).

sobre la constitución del capital social o patrimonio fundacional, el art. 94.5 que impone la disolución de la sociedad ante su pérdida.”<sup>29</sup>

Por su parte el nuevo art. 100 LGS dispone en torno a la “Remoción de causales de disolución”: *“Las causales de disolución podrán ser removidas mediante decisión del órgano de gobierno y eliminación de la causa que le dio origen, si existe viabilidad económica y social de la subsistencia de la actividad de la sociedad. La resolución deberá adoptarse antes de cancelarse la inscripción, sin perjuicio de terceros y de las responsabilidades asumidas. Norma de interpretación. En caso de duda sobre la existencia de una causal de disolución, se estará a favor de la subsistencia de la sociedad”*.

Al respecto explicaba con anterioridad a la sanción del nuevo Código la misma doctrina, que “No se trata de ampliar la responsabilidad de los administradores societarios en cuanto al riesgo empresario. La Empresa debe ser autosuficiente generando, a partir de su patrimonio y el plan o directriz de desarrollo de sus actividades, los medios para su manutención económica; esto implica la **viabilidad de la empresa**, de la empresa que no lleva en su destino su autodestrucción por económicamente inviable. Por otra parte la empresa viable es la única que merece conservarse, sea por disposiciones concursales, preconcursales o extraconcursales. La sociedad es la estructura técnica jurídica personalizante a disposición del empresario como instrumento "de organización". La organización no sólo supone la disponibilidad jurídica de órganos, de un sistema de imputación simplificante de las relaciones jurídicas con terceros y socios, sino la actuación coherente del órgano de administración asegurando el cumplimiento del "objeto social" como forma de manifestación de la empresa o empresas, con la dotación patrimonial adecuada.”<sup>30</sup>

En tales condiciones, la presentación en concurso preventivo sin haber considerado la alternativa del reintegro o aumento de capital social (art.96 LGS), o la capitalización de pasivos (art.197 LGS), impondría según esta tesis el fraude a las normas imperativas relativas la disolución por pérdida de capital social (art.12 CCC), por lo que no podrán homologarse acuerdos que implicasen quitas, en cuanto transfieren ilegítima y gratuitamente los quebrantos a los acreedores, constituyendo abuso o fraude a la ley (art.52 inc.4 LCQ).<sup>31</sup>

El nuevo CCCN ha innovado sobre el punto en forma general para las personas jurídicas. Así en el art.163 se dispone: “La persona jurídica se disuelve por: ... i. el agotamiento de los bienes destinados a sostenerla;...” y el art.167 ib. id., lo complementa en los siguientes términos: *“Vencido el plazo de duración, resuelta la disolución u ocurrida otra causa y declarada en su caso por los miembros, la persona jurídica no puede realizar operaciones, debiendo en su liquidación concluir las pendientes.*

*La liquidación consiste en el cumplimiento de las obligaciones pendientes con los bienes del activo del patrimonio de la persona jurídica o su producido en dinero. Previo pago de los gastos de liquidación y de las obligaciones fiscales, el remanente, si lo hay, se entrega a sus miembros o a*

---

29 RICHARD, Efraín H., “El abuso de derecho y fraude a la ley...”, cit., loc. cit.

30 RICHARD, Efraín H., “Responsabilidad por insolvencia de administradores de sociedades”, Comunicación formalizada a la XIV REUNIÓN CONJUNTA DE LAS ACADEMIAS NACIONALES DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES DE CÓRDOBA Y BUENOS AIRES, realizada en Buenos Aires, 25 y 26 de octubre de 2001 con el tema de convocatoria “EL DERECHO DE DAÑOS EN EL DERECHO PÚBLICO Y EN EL DERECHO PRIVADO”, disponible en <http://www.acaderc.org.ar/doctrina/articulos/artrespadministra>, última visita 12-7-2015.

31 “Si el patrimonio de la sociedad sólo está en cesación de pagos, la quita en la propuesta, o en el acuerdo logrado por mayoría, implica cuando menos un abuso de derecho, y un fraude a la ley si se ha perdido el capital social, pues en tal caso la LGS impone a los socios la liquidación, salvo reintegro de ese capital o la capitalización de la sociedad.” (RICHARD, Efraín H., “El abuso de derecho y fraude a la ley ...”, cit., loc. cit.)

*terceros, conforme lo establece el estatuto o lo exige la ley. En caso de infracción responden ilimitada y solidariamente sus administradores y aquellos miembros que, conociendo o debiendo conocer la situación y contando con el poder de decisión necesario para ponerle fin, omiten adoptar las medidas necesarias al efecto.”*

Respecto de la responsabilidad de administradores y socios se explicita: “La libertad para decidir la continuación del giro, sin capitalizar la sociedad, en la esperanza de un plan de negocios exitoso, no los libera en caso negativo de asumir el pasivo insoluto o la satisfacción de las obligaciones contraídas. La responsabilidad por los daños surge inmediata, aunque no se efectivizará si las obligaciones con terceros son satisfechas por la sociedad, eventualmente capitalizándolas. La responsabilidad de socios, que surge ahora de la integración de las normas del art. 167 CCC y 99 LGS nacerá cuando aquellos soslayando la previsión del art. 96 LGS ratifiquen la presentación en concurso prevista por el art. 6 de la ley 24522 (LCQ). ... Piénsese en la mayoría de socios que aprobó la presentación en concurso de una sociedad que hubiera perdido el capital social, en el que luego se presenta una propuesta de quita, sin adoptar las decisiones previstas en el art. 96 LGS.”<sup>32</sup>

A las normas reseñadas pueden añadirse otras como lo dispuesto en el art.1710 CCCN, que impone el “Deber de prevención del daño. *Toda persona tiene el deber, en cuanto de ella dependa, de: a) evitar causar un daño no justificado; b) adoptar, de buena fe y conforme a las circunstancias, las medidas razonables para evitar que se produzca un daño, o disminuir su magnitud; si tales medidas evitan o disminuyen la magnitud de un daño del cual un tercero sería responsable; tiene derecho a que éste le reembolse el valor de los gastos en que incurrió, conforme a las reglas del enriquecimiento sin causa; c) no agravar el daño, si ya se produjo.*”<sup>33</sup>

Sin dudas, la falta de convocación a reunión de socios por parte de los administradores para tratar los estados contables, tornará aplicable la responsabilidad del art.99 LGS, complementado con este especial deber de obrar con previsión.

En conclusión, las normas sobre el capital social y su intangibilidad serían todas de carácter imperativo e indisponibles, y la sanción del nuevo Código de derecho privado en cuanto ha potenciado el carácter preventivo del deber de actuar para evitar daños a terceros, e incluso a la propia sociedad, determinan la actuación fraudulenta de quienes no acatan aquellas normas.

#### **IV. BREVE NOTICIA SOBRE LA PROBLEMÁTICA EN ESPAÑA**

En España la problemática ha sido específicamente tratada no sólo por la doctrina, sino específicamente por la legislación, lo que da muestras de una mayor maduración sobre la temática que la existente hoy en la argentina, pese a los esfuerzos de parte de la doctrina, lo que la torna digna de consideración especial en futuros proyectos de reforma, pasando rápida revista al punto de seguido.

Así la Ley de Sociedades de Capital (LSC) española (texto refundido Real Decreto 1/2010), en su art.327 (antes artículo 163.1 del texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas) dispone que en

---

32 RICHARD, Efraín H., “El abuso de derecho y fraude a la ley...”, cit., loc. cit.

33 El art.1711 prevé la acción preventiva lo que nos invita a pensar sobre la ampliación de los legitimados para requerir la formación del concurso preventivo de una sociedad incurso en pérdida del capital social, o requerir al juez en forma rápida y cautelar la convocación de una Asamblea que considere la adopción de otros remedios societarios.

las sociedades anónimas "la reducción del capital tendrá carácter obligatorio cuando las pérdidas hayan disminuido su patrimonio neto por debajo de las dos terceras partes de la cifra del capital y hubiere transcurrido un ejercicio social sin haberse recuperado el patrimonio neto."

Mientras que en el art.360 dispone: "1. Las sociedades de capital se disolverán de pleno derecho en los siguientes casos: **a)** Por el transcurso del término de duración ... **b)** Por el transcurso de un año desde la adopción del acuerdo de reducción del capital social por debajo del mínimo legal como consecuencia del cumplimiento de una ley, si no se hubiere inscrito en el Registro Mercantil la transformación o la disolución de la sociedad, o el aumento del capital social hasta una cantidad igual o superior al mínimo legal. Transcurrido un año sin que se hubiere inscrito la transformación o la disolución de la sociedad o el aumento de su capital, los administradores responderán personal y solidariamente entre sí y con la sociedad de las deudas sociales. **2.** El registrador, de oficio o a instancia de cualquier interesado, hará constar la disolución de pleno derecho en la hoja abierta a la sociedad."

A su vez, el artículo 363 entre las causales de disolución que operan una vez constatadas las mismas, dispone: "1. La sociedad de capital deberá disolverse: ... **e)** Por pérdidas que dejen reducido el patrimonio neto a una cantidad inferior a la mitad del capital social, a no ser que éste se aumente o se reduzca en la medida suficiente, y siempre que no sea procedente solicitar la declaración de concurso. **f)** Por reducción del capital social por debajo del mínimo legal, que no sea consecuencia del cumplimiento de una ley. **g)** Porque el valor nominal de las participaciones sociales sin voto o de las acciones sin voto excediera de la mitad del capital social desembolsado y no se restableciera la proporción en el plazo de dos años."<sup>34</sup>

El Artículo 364 dispone: **Acuerdo de disolución** En los casos previstos en el artículo anterior, la disolución de la sociedad requerirá acuerdo de la junta general adoptado con la mayoría ordinaria establecida para las sociedades de responsabilidad limitada en el artículo 198, y con el quórum de constitución y las mayorías establecidas para las sociedades anónimas en los artículos 193 y 201. Y el artículo 365, a su vez establece: **Deber de convocatoria** "1. Los administradores deberán convocar la junta general en el plazo de *dos meses* para que adopte el acuerdo de disolución o, si la sociedad fuera insolvente, ésta inste el concurso. Cualquier socio podrá solicitar de los administradores la convocatoria si, a su juicio, concurriera alguna causa de disolución o la sociedad fuera insolvente. **2.** La junta general podrá adoptar el acuerdo de disolución o, si constare en el orden del día, aquél o aquéllos que sean necesarios para la remoción de la causa. El Artículo 366 **Disolución judicial.** **1.** Si la junta no fuera convocada, no se celebrara, o no adoptara alguno de los acuerdos previstos en el artículo anterior, cualquier interesado podrá instar la disolución de la sociedad ante el juez de lo mercantil del domicilio social. La solicitud de disolución judicial deberá dirigirse contra la sociedad. **2.** Los administradores están obligados a solicitar la disolución judicial de la sociedad cuando el acuerdo social fuese contrario a la disolución o no pudiera ser logrado. La solicitud habrá de formularse en el plazo de dos meses a contar desde la fecha prevista para la celebración de la junta, cuando ésta no se haya constituido, o desde el día de la junta, cuando el acuerdo hubiera sido contrario a la disolución o no se hubiera adoptado.

Finalmente destacamos el Artículo 367 sobre **Responsabilidad solidaria de los administradores** dispone: "1. Responderán solidariamente de las obligaciones sociales posteriores al acaecimiento

---

34 Número 1 del artículo 363 redactado por el número veinte del artículo primero de la Ley 25/2011, de 1 de agosto, de reforma parcial de la Ley de Sociedades de Capital y de incorporación de la Directiva 2007/36/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de julio, sobre el ejercicio de determinados derechos de los accionistas de sociedades cotizadas «B.O.E. 2 agosto. Vigencia: 2 octubre 2011.

de la causa legal de disolución los administradores que incumplan la obligación de convocar en el plazo de dos meses la junta general para que adopte, en su caso, el acuerdo de disolución, así como los administradores que no soliciten la disolución judicial o, si procediere, el concurso de la sociedad, en el plazo de dos meses a contar desde la fecha prevista para la celebración de la junta, cuando ésta no se haya constituido, o desde el día de la junta, cuando el acuerdo hubiera sido contrario a la disolución. 2. En estos casos las obligaciones sociales reclamadas se presumirán de fecha posterior al acaecimiento de la causa legal de disolución de la sociedad, salvo que los administradores acrediten que son de fecha anterior.”<sup>35</sup>

No podemos dejar de destacar que, consecuencia de la crisis económica general e inmobiliaria en particular, por Real Decreto Ley 10/2008, la causal prevista en el transcripto art.363 inc. e), fue limitada, prorrogándose al menos tres veces (ver Real Decreto 3/2013, 4/2014) dicha limitación, en cuanto se establece la facultad de excluir<sup>36</sup>, temporalmente, del cómputo de las pérdidas que tuviera la empresa, aquellas provenientes del deterioro de valor de su "Inmovilizado Material", "Inversiones Inmobiliarias" y/o "Existencias" a los solos efectos de determinar si se encontraban en causa de disolución por pérdidas o reducción de capital obligatoria.<sup>37</sup>

---

35 Fuente: [http://noticias.juridicas.com/base\\_datos/Privado/rdleg1-2010.t10.html](http://noticias.juridicas.com/base_datos/Privado/rdleg1-2010.t10.html) , última consulta 22-5-2015.

36 La mentada exclusión es a los solos fines de la operatividad de la causal disolutoria y no a los fines contables, toda vez que en el Balance deberán computarse todos los pasivos, incluso los excluidos, más allá de la inoperatividad de la causal de disolución y de responsabilidad (Cfr.GURREA MARTINEZ, Aurelio, “Pérdidas por deterioro de valor, disolución de sociedades y concurso de acreedores”, E-Dictum, Nº15, marzo 2013, disponible en <http://dictumabogados.com/actualidad-abogados-madrid/perdidas-por-deterioro-de-valor-disolucion-de-sociedades-y-concurso-de-acreedores/3921/> , última consulta 13-7-2016.

37 En el año 2014 a los supuestos típicamente inmobiliarios se sumó una nueva excepción pudiendo no computarse los "préstamos y partidas a cobrar" de dificultosa recuperación. Sobre el tópic se ha explicado: “Dicha modificación es importante por cuanto abre tremendamente el abanico de empresas que pueden beneficiarse de la "salvedad" o "excepción" de la causa de disolución por pérdidas o reducción de capital obligatoria la cual, hasta ahora, prácticamente estaba reservada, como decíamos, a empresas inmobiliarias que contaban con numerosos activos entre su "Inmovilizado Material", "Inversiones Inmobiliarias" y "Existencias" que habían perdido su valor con motivo de la crisis. Sin embargo, ahora cualquier empresa -inmobiliaria o no- que haya dotado o deba dotar deterioros sobre sus créditos (por operaciones comerciales o no) por tener evidencias objetivas de su impago o retraso, no deberá computar dicha "pérdida provisional" a efectos de determinar si se halla incurso en causa de disolución por pérdidas o de reducción de capital obligatoria. De esta forma, se beneficiará de esta medida toda empresa que, por ejemplo, haya concedido préstamos a entidades de su grupo en situaciones críticas, que haya realizado ventas o prestado servicios a clientes que han devenido insolventes o que haya concedido financiación a socios o terceros cuya situación delicada les impida o dificulte su devolución. Por último, cabe destacar una modificación que, si bien fue introducida en el 2013 por el "Real Decreto-ley 3/2013, de 22 de febrero, por el que se modifica el régimen de las tasas en el ámbito de la Administración de Justicia y el sistema de asistencia jurídica gratuita" se ha mantenido en el reciente Real Decreto-Ley 4/2014, como es el hecho de no computar durante el 2014 las pérdidas ya reseñadas por deterioro de valor a efectos del cumplimiento del presupuesto objetivo del concurso de acreedores contemplado en el artículo 2 de la Ley Concursal. A mi juicio dicha medida resulta un tanto desafortunada y errónea por cuanto el legislador parece confundir el presupuesto de la causa de disolución por pérdidas o reducción de capital obligatoria que no es otro que una situación contable de desequilibrio patrimonial generado por las pérdidas, con el presupuesto de insolvencia previsto en la Ley Concursal, es decir, la situación del deudor que no puede cumplir regularmente con sus obligaciones exigibles. Y es que a dicho respecto basta con recordar lo dicho por el Tribunal Supremo en reiteradas ocasiones, entre otras, en la sentencia de 15 de octubre de 2013 (RJ 2013\7253): "El estado de insolvencia no constituye, por sí, una causa legal que haga surgir el deber de los administradores de promover la disolución de la sociedad. No cabe confundir, como parece que hacen la demanda y la sentencia recurrida, entre estado de insolvencia y la situación de pérdidas que reducen el patrimonio neto de la sociedad por debajo de la mitad del capital social, que, como veremos a continuación, sí constituye causa de disolución." (Ibarzabal Barrenechea, Josu “El Real Decreto-ley 4/2014: un nuevo respiro para empresas en causa de disolución por pérdidas”, disponible en <http://www.legaltoday.com/practica-juridica/mercantil/concursal/el-real-decreto-ley-42014-un-nuevo-respiro-para-empresas-en-causa-de-disolucion-por-perdidas> última consulta 22-5-2015).

La transcripción de los preceptos antecedentes permiten advertir dos aspectos relevantes: por un lado, las pérdidas operan como causal disolutoria (por los órganos sociales - extraconcursal) cuando insumen más de la mitad del capital social, procurando adelantarse a la pérdida total, que impondrá la liquidación por quiebra (o concurso) ante la insuficiencia patrimonial, aspecto descuidado por la legislación argentina.

Por el otro, el concurso preventivo – en caso de verificarse la cesación de pagos o insolvencia (sea actual o inminente – insolvencia posible) – se presenta como una alternativa válida para la superación de la causal disolutoria, en forma *alternativa* a la disolución o recomposición del patrimonio social<sup>38</sup>, aunque con ciertos ribetes discutibles ante pérdida de capital sin insolvencia actual respecto de la responsabilidad del administrador que presenta el concurso preventivo, sin convocar a la Junta (Asamblea) por disolución.<sup>39</sup>

## V. NUESTRAS OBSERVACIONES

Trataremos de ahondar nuestro análisis de los razonamientos expuestos en los apartados II y III, marcando nuestras escasas divergencias.

Tenemos por claro según adelantamos, que la falta de convocación a tratar los balances es una falta para el administrador en todos los casos ya que importa el incumplimiento de una verdadera

---

38 Ya hemos destacado las diferencias entre la situación de pérdida del capital social y cesación de pagos o insolvencia, en sentido técnico jurídico (art.1, 78 y conc. LCQ), toda vez, que la primera no supone la segunda, si bien será el supuesto más frecuente. La doctrina española -que no desconoce la diferenciación según hemos visto en la nota anterior- se ha preguntado sobre la posibilidad de requerir el concurso preventivo ante las pérdidas cualificadas que sólo supongan una situación de insolvencia no actual pero inminente (insolvencia posible art. segundo, 3 LC), inclinándose por la afirmativa. Sobre el punto puede verse con provecho: PERDICES HUETO, Antonio, “La responsabilidad de los administradores por deudas sociales a la luz de la ley concursal”, InDret Revista para el análisis del Derecho, Barcelona, julio 2005, N°295, disponible en [http://www.indret.com/pdf/295\\_es.pdf](http://www.indret.com/pdf/295_es.pdf), última consulta 23-6-2015) Otro dato relevante es la necesidad de la presentación concursal en el término de dos meses de constatada la insolvencia conforme al régimen de este país (cfr. art.2.3, 5 y conc. Ley Concursal España N°22/2003).

39 “... lo que creemos indudable es que si los administradores, valorando la situación de la sociedad y sus posibilidades de saneamiento, solicitan directamente el concurso ante una situación de insolvencia inminente sin activar la disolución ni solicitar la conformidad de la junta, habrán actuado correctamente, en ejercicio de sus funciones societarias y de su deber de diligencia, con pleno amparo de los intereses protegidos por la legislación concursal.” (PERDICES HUETO, Antonio, ob. cit., loc. cit.). También se ha considerado que: “Las dudas sólo podrían existir, en nuestra opinión, en aquellos casos en que existiera una causa legal de disolución por pérdidas y una situación de insolvencia inminente, donde la solicitud de concurso no se configuraría como un deber sino una posibilidad para los administradores. En tales circunstancias, entendemos, la solución más prudente para los administradores sociales sería la convocatoria de la junta general de la sociedad para cumplir con el deber –y no la mera posibilidad- establecido en el artículo 365 de la Ley de Sociedades de Capital, y confiar así a la junta general la decisión de liquidar la compañía o, alternativamente, plantearse, por parte de los administradores, la solicitud de concurso. Así, en cualquier caso, como la solicitud de concurso se configuraría como una posibilidad que suele entenderse sustitutiva a la promoción de la disolución societaria en las situaciones de desequilibrio patrimonial (v., en este sentido, SSTs de 6 y 28 de abril de 2006), no sólo podrían entenderse cumplidos, ya sea por realización o por sustitución, los deberes legales de los administradores sociales en orden a promover la disolución y/o el concurso de la sociedad, sino que, además, se dejaría en manos de los propietarios de la compañía la decisión de acogerse a un procedimiento exclusivamente liquidativo, como implicaría la apertura de la disolución voluntaria de la sociedad; o, por el contrario, a un procedimiento colectivo como el concurso de acreedores, que podría finalizar tanto con una liquidación como con una reorganización de la compañía.” (GURREA MARTINEZ, Aurelio, “Pérdidas por deterioro...” cit., loc. cit.).

obligación de resultados (art.234 inc.1 y conc. LGS)<sup>40</sup>, en caso de que ello se superponga a la existencia de pérdida del capital en tal balance, determinará su responsabilidad por los perjuicios ocasionados a socios y terceros (art.99 LGS).

Convocada la reunión del órgano de gobierno en la que se consideran estados contables donde se observa que la sociedad está incurso en causal de disolución por pérdida del capital social, en dicho acto -si se incluyó el punto como parte del orden del día- , o en una subsiguiente convocada de inmediato, deberá adoptarse alguna resolución para superar dicho estado, o de lo contrario se deberá disponer lo necesario para liquidar la sociedad (art.94 inc.5 y 96 LGS), en esto se encuentra involucrada la tutela de los terceros, siendo las responsabilidades por incumplimiento de orden público indisponible (art.99 LGS).

Al respecto la primera observación que se nos viene a la mente desde el plano práctico , es la falta de una adecuada formación, o de entendimiento suficiente de la cuestión, por parte de los empresarios (administradores y/ socios), y peor aún de muchos de los asesores legales o contables de nuestras PyMEs argentinas , lo que tiene origen en parte, en un defecto en la enseñanza de la interacción entre el derecho societario y concursal como bien se ha destacado <sup>41</sup>, y agreguemos nosotros ante la ausencia de normas claras como las existentes en otras legislaciones sobre el modo de proceder ante este escenario (caso de España).

Por otro lado, en sociedades de pocos socios sin dudas la reunión de socios o asamblea *existe siempre* pero es “informal”, los socios muchas veces no tienen dinero y no necesitan plasmarlo en un acta ni convocar una reunión para saberlo, no obstante, la objeción legal es irresistible , una interpretación armónica de los arts. 94 inc.5, 96, 99, y conc. de la LGS imponen poner a consideración de los accionistas o socios el asunto en reunión convocada formalmente al efecto. Si desconocen el problema pese a haberse puesto a su consideración los estados contables, es un problema de los que se valieron de un recurso personificante sin el adecuado asesoramiento contable y legal.

En el marco de la gran empresa la convocación a los socios para reintegrar o aumentar el capital social debería ser imperativa con mayores razones, en tanto sus directivos no tendrán normalmente conocimiento específico sobre la eventual decisión de los múltiples accionistas, aunque ello no se produzca con frecuencia en la práctica.

No obstante éstas, o cualquier otra objeción práctica, consideramos que la lógica societaria resulta irrefutable a la luz de las normas antes citadas, y entendemos consecuentemente, que este es el único análisis que pueden realizar los jueces con independencia de su visión particular de los negocios, al menos hasta aquí.

Ahora bien, esto no nos impide destacar – y en ello nadie parecería decir lo contrario - que el art.96 LGS, establece sólo una *facultad* para los socios de revertir la causal disolutoria, en tanto los socios no están obligados a realizar nuevos aportes suplementarios a los comprometidos (arg.

---

40 “En general, la obligación asumida por los administradores es de medios y no de resultados. No obstante ello la L. S. les impone ciertas obligaciones de conducta que implican el deber de obtener un determinado resultado, porque se trata de funciones regladas (p. ej. la obligación de llevar al día los libros sociales, la obligación de convocar a la asamblea dentro de los cuatro meses del cierre del ejercicio para que se aprueben los estados contables (art. 234 in – fine L. S.),... etc.” (Cám. 2da, Civ y Com. Córdoba, 08/11/2007, Ulla, Narciso Agustín Octavio c. Druetta, Lucía Alejandra y Druetta, María Cristina, LLC 2008 –mayo-, 415). En igual sentido Roitman, Horacio, Sociedades Comerciales, La Ley, Bs As. 2006, Tomo IV, pág.553.

41 RICHARD, Efraín H., “La enseñanza del derecho societario y del derecho concursal...”, cit. loc. cit.

arts.146, 163 y 315 LS)<sup>42</sup>; por lo que, a diferencia de los razonamientos expuestos en los apartados anteriores, entendemos que la misma no resulta una norma imperativa al menos en este sentido del término, y sin perjuicio de la obligatoriedad para los administradores de poner la cuestión a consideración de los socios o accionistas, bajo responsabilidades de ley (social e individual), ante la plena operatividad de la responsabilidad prevista en el art.99 LGS en caso de continuar con la actividad propia del objeto fuera del marco de la liquidación.

Esto no quita que aprobada la decisión de reintegrar el capital social por mayorías, el socio disidente con el reintegro deberá cumplir o *receder* conforme lo autoriza el art.245 por remisión al 244 últ. párr., LGS; caso contrario estará obligado a integrar el aporte.<sup>43</sup>

En esto es conteste la doctrina<sup>44</sup>, pero Richard resalta que la norma del art.96 LGS es imperativa, pese a contener una *opción* para los socios, tal como el mismo lo reconoce implícitamente al admitir la capitalización de pasivos como modo alternativo de revertir la insolvencia<sup>45</sup>, y en ello nuestra primera divergencia, si se quiere de énfasis.

En tales condiciones entendemos, la continuación de la actividad es una alternativa válida<sup>46</sup>, que podrá ser elegida expresa o implícitamente v. gr. al tratar la remoción de la causal disolutoria

---

42 En referencia al socio o accionista se ha dicho "... no existe para éste obligación de reintegro, debido a que al haber suscripto el capital y luego integrado éste, su obligación económica para con la sociedad se encuentra absolutamente cumplida y no puede imponérsele un régimen de aportes adicionales sin su consentimiento." (VITOLLO, Daniel R., ob. cit., Tomo II, pág.426).

43 Solución que comparte Vítolo, sin perjuicio de señalar que "lo razonable hubiese sido disponer que en aquellos casos en los cuales se resolviera el reintegro del capital social, el socio ausente o que no hubiera votado favorablemente esta decisión quedará liberado de toda obligación de aporte perdiendo su condición de socio; ello, sin perjuicio del régimen de responsabilidad que pudiera corresponderle por las obligaciones sociales en función del tipo escogido." (VITOLLO, Daniel R., Sociedades Comerciales, cit., Tomo II, pág.426).

44 Una vez aprobado el reintegro del capital por la asamblea extraordinaria, la resolución adoptada de conformidad con la ley y el estatuto, será obligatoria para todos los accionistas, salvo los recedentes, y deberá ser cumplida por el directorio (art. 233, última parte L.S.C.). La doctrina ha dicho concordantemente: "Para el socio que no recedió el reintegro de capital se impone como obligación pues así lo ordena el art. 233 (sic) in fine de la L.S.C.: 'Las decisiones sociales adoptadas conforme a la ley y el estatuto son obligatorias para todos los accionistas, salvo lo dispuesto en el art. 245, y deben ser cumplidas por el directorio'" (NORTE SABINO, Osvaldo J. "Reintegro del Capital Social" - Impuestos XLI – A – Pág. 495, En igual sentido, se expide VAN THIENEN, Pablo A. "Pérdida Total del Capital Social: ¿Reintegro, aumento u operación bandoneón?" en Revista de las Sociedades y Concursos Nº 27 Marzo / Abril 2004, pág. 81).

45 "No necesariamente la ley impone la reintegración para evitar la liquidación. La opción es capitalizar la sociedad por los socios –ejerciendo el derecho de preferencia y el de acrecer en su caso- o por terceros." (RICHARD, Efraín H., "La enseñanza del derecho societario y del derecho concursal...", cit. loc. cit.).

46 La sociedad puede seguir operando en situación de pérdida del capital social, debido v. gr. a operaciones en curso de ejecución no contabilizadas adecuadamente u otras circunstancias que permitirán revertir la situación de insolvencia. Esto es cierto, no hay plazos para la declaración de disolución de la sociedad, pero si los hay para determinar la responsabilidad ante la agravación innecesaria de la insolvencia, según explica Richard "... – pese a que la particular legislación no contenga plazos para iniciar la liquidación- dispara la responsabilidad de administradores –y quizá de socios- de continuar el giro y no poder luego satisfacer el pasivo. La libertad para decidir la continuación del giro, sin capitalizar la sociedad, en la esperanza de un plan de negocios exitoso, no los libera en caso negativo de asumir el pasivo insoluto o la satisfacción de las obligaciones contraídas. ... el balance aprobado como declaración unilateral de verdad de la sociedad que revela la pérdida del capital social podrá contener Notas sobre infravaluación del activo, o de negocios en curso. Sin duda merecerá tal punto explicarse en la Memoria –si fuera el tipo de sociedades en que el órgano de administración debe presentarla al órgano de gobierno-. El objetivo es no dañar y si hay patrimonio suficiente no hay daño." (RICHARD, Efraín H., "Distorsión institucional para emprendimientos productivos (privatizaciones, abusos financieros y concursales avalados por los poderes públicos: aspectos interdisciplinarios)", conferencia a la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, el 01 de abril de 2014 y su adenda remitidos por el autor.

mediante reintegro del capital social (art.96 LGS), pero siempre lo será bajo responsabilidades del art.99 LGS, para socios y administradores.

La continuación de las actividades tras la constatación del acaecimiento de la causal disolutoria por el órgano de gobierno no torna la sociedad en irregular<sup>47</sup>, sino que hace responsables a los administradores y socios por **todos los pasivos contraídos con posterioridad a dicha constatación**, frente a los acreedores titulares de los créditos correlativos y en el límite de sus acciones (acción individual)<sup>48</sup>, o colectivamente en caso de ulterior quiebra según veremos.

La responsabilidad resulta por el daño directo infligido al patrimonio del tercero por el administrador en ejercicio o en ocasión de sus funciones (art. 160 CCC).<sup>49</sup>

Los socios sólo serán eximidos en cuanto no estuviesen informados de la situación económico-patrimonial (pérdida de capital), sin culpa a ellos imputable; o habiendo participado del acto asambleario hubiesen votado por el reintegro, aumento o la liquidación o aún alguna alternativa concursal, según analizaremos.

Los administradores podrán a su vez, ser responsabilizados por los socios de buena fe en caso que no se hubiese puesto a su consideración los balances y estados contables demostrativos de la

---

47 Lo contrario ha sido sostenido por parte de la doctrina (Cfr. NISSEN, Ricardo A, Ley de Sociedades Comerciales, cit., Tomo II, pág.242), solución que desmentida por la doctrina con anterioridad (cfr. ZALDIVAR-RAGAZZI-MANOVIL-ROVIRA, ob. cit., Vol. IV pág.298/299; ROITMAN, Horacio, Ley de Sociedades ..., cit., tomo II, pág.491), parece lisa y llanamente inaceptable en el marco de la nueva responsabilidad establecida por ley 26.994 para las sociedades de la Secc. IV, de la LGS.

48 "Si la actuación torpe de los administradores genera perjuicio a terceros, éstos pueden promover una acción individual de responsabilidad civil, bajo los mismos presupuestos clásicos de la responsabilidad subjetiva, exigiéndose además de la infracción a la norma la concurrencia de la culpa, el daño y la relación de causalidad". "No es necesario que el administrador se haya enriquecido, sino que con su obrar contrario al estándar del art. 59 ley 19.550 haya causado perjuicio al acreedor social." (RICHARD, Efraín H., "Responsabilidad por insolvencia...", cit.). En un fallo de primera instancia según recuerda Richard se resolvió que se infligía un "...daño directo al actor en tanto, encontrándose en cesación de pagos y en la búsqueda de medios ruinosos, lo convenció de que formalizará un préstamo a nombre de una sociedad que él manejaba discrecionalmente y sabía que carecía de toda solvencia, para quedarse con los fondos en provecho propio y en perjuicio del mutuante. De tal suerte se presente la situación del director que induce a la concesión de crédito a una sociedad en situación real de insolvencia que es expresamente ejemplificada por Garríguez y Uría frente al tercero por lesión directa a su patrimonio, siendo para el juez fundamental que haya obrado a nombre de la sociedad, ya que de lo contrario, se estaría en la órbita del art. 1109 del C.Civil, sin necesidad de acudir a la normativa societaria" (Juzgado Nacional de Primera Instancia Juez Dr. Eduardo Favier Dubois (h) en "Peacan Nazar c/ Torres Astigueta" del 16 de mayo de 1995, La Ley t. 1996 C fallo n° 94379, comentado por Alberto Conil Paz "Responsabilidad de representantes sociales y quiebra", confirmado por la CNCom Sala E 16.5.95 apoyando la doctrina el dictamen del Fiscal de Cámara, en ED t. 168 p. 496).

49 No sólo el otorgamiento de crédito directo, sino también de garantías o avales obtenidos mediante ocultación y engaño en torno a la situación patrimonial imponen la procedencia de la acción. Sobre la temática del daño en la acción individual contra administradores que operaron en zona de insolvencia recomendamos: RICHARD, Efraín H., "Responsabilidad por insolvencia...", cit., loc. cit... En este artículo resume el autor que "Es un tema de causalidad dentro de la teoría general de la responsabilidad. Si se sostiene que es el administrador directamente el que debe causar el daño, y no hacerlo a través de la sociedad, no se centra adecuadamente la cuestión, que quedaría dentro de las previsiones genéricas del art. 1109 C.C... En este aspecto parece correcto exigir el daño directo al tercero, o sea que el tercero no sufra el daño en forma refleja por el perjuicio que el administrador generó a la sociedad que administra. Esto generaría en la teoría general una acción oblicua para que el acreedor de la sociedad ejerza la acción que éste tiene contra el administrador, y que habilita el art. 173 ley 24.522 en el caso de quiebra. El punto, dentro de la teoría general, es si la actuación del administrador de la sociedad viola el estándar del art. 59 de la ley 19.550, y de ello resulta un daño directo al tercero, aunque la conducta del administrador lo haya sido en el ejercicio de sus funciones propias. Contraer obligaciones a sabiendas de no poder cumplirlas íntegramente, recibir el precio de un auto sin girar el monto a la fábrica para que liberara su patentamiento son dos ejemplos de un daño directo por el obrar impropio de "buen hombre de negocios"." (ob. cit., Apartado 2, DAÑO DIRECTO).

existencia de la causal, -de lo contrario debieron forzar el inmediato tratamiento de la disolución o alguna otra alternativa para superar la insolvencia contable-, **por el monto en que se hubiese agravado el pasivo con posterioridad a dicha constatación.**<sup>50</sup>

Advertida la causal disolutoria, constatada la falta de voluntad de reintegrar o aumentar el capital social, y ante la probable falta de fondos líquidos suficientes a obtenerse tras la liquidación extrajudicial para la cancelación del pasivo de la sociedad, **los administradores deberán de existir cesación de pagos petitioner el concurso o la quiebra de la sociedad.**

En un escenario de quiebra –forzosa o voluntaria-, el síndico podrá ejercer una acción social contra administradores y socios que conocieron o debieron conocer la existencia de la causal, y sin embargo consintieron continuar con el ejercicio de la actividad propia del objeto acrecentando **ilegítimamente** el natural riesgo empresario, si estos no trataron la cuestión inmediatamente después de constatada la pérdida de capital (175 y 99 LGS), y contrataron a sabiendas (dolo<sup>51</sup>) de los perjuicios que podrían producir a los terceros (art.173 Ley 24.522 – L.C.Q.).<sup>52</sup>

La medida de la acción vendrá dada igualmente por **el monto en que se agravó el pasivo respecto de aquel que existía al tiempo de la constatación de la causal disolutoria**, y no por todo el pasivo insoluto.<sup>53</sup>

---

50 Lo que supone compensación de los nuevos pasivos, con la disminución de los hasta entonces existentes. En España se ha llegado a soluciones más severas. Así se reseña, que : “Tres son las piezas que componen ese mecanismo legal: el deber de los administradores de convocar la Junta General en el plazo de dos meses desde que concurra causa de disolución, la a misión expresa de la disolución judicial cuando la sociedad no proceda a acordar la disolución o la remoción de la causal, para lo cual se concede legitimación a cualquier interesado y se impone un deber de solicitud a los administradores; y la imposición a los administradores de una sanción consistente en la responsabilidad por las obligaciones sociales, cuando incumplan cualquiera de los deberes indicados. La más llamativa de esas disposiciones es, sin duda alguna, la que sanciona a los administradores con la responsabilidad solidaria por las deudas sociales (arts. 265.2 y 5 LSA y 195.5 LSRL), algo que puede sorprender en unas sociedades en las que los socios no responden de las deudas sociales (arts. 1 LSA y 1 LSRL).” (BELTRAN SANCHEZ, Emilio, “La responsabilidad por las deudas sociales de administradores de sociedades anónimas y limitadas incursas en causa de disolución”, en La responsabilidad de los administradores de sociedades de capital, Director Juan Bolás Alfonso Notario, Consejo General del Poder Judicial- Consejo General del Notariado, Madrid 2000, pág. 133).

51 Sobre una interpretación amplia de la noción de dolo, comprensiva del dolo eventual, pese a su apreciación probatoria estricta, ver: FERRERO, Luis Facundo, “En torno a la noción de ‘dolo’ en la acción concursal de responsabilidad de los administradores (art.173 LCQ). Con especial referencia al vaciamiento empresario”, en Ensayos de Derecho Empresario, Borgarello-Richard-Rodríguez Pardina (Dir. y Coord.), Advocatus, Córdoba 2011. Ver también: JUNYENT BAS, Francisco-FERRERO, Luis Facundo, “Alcances y delimitación del dolo en la acción concursal de responsabilidad. Incidencia del Proyecto de Código Civil y Comercial unificado” Revista de Derecho Comercial y del Consumidor, Año IV, Número 2, Abril 2013, pág. 3.

52 Al respecto Richard cita opinión de la doctrina española “En un catálogo de hechos que acreditan conducta del administrador como causa de responsabilidad se ha apuntado: no llevar ningún tipo de contabilidad, no formular el administrador ningún balance sobre la situación de la sociedad, desaparición o cesación meramente de hecho de la sociedad, ignorancia del administrador de todo lo relativo al tráfico y giro de la sociedad que administre, galopante incremento de las deudas de la sociedad, carácter de operación arriesgada, atribuible a las compras efectuadas, tras un año o más de ejercicios contables negativos, y particularmente subrayamos la contratación o asunción de deudas a sabiendas de la situación netamente deficitaria arrastrada.” El catálogo corresponde a MOYA JIMENEZ, Antonio La responsabilidad de los administradores de empresas insolventes, 2ª edición revisada y actualizada, Editorial Bosch, Barcelona 1998, pág. 19.

53 Hemos considerado junto al Dr. Francisco JUYENT BAS, que “... en el caso de la acción concursal el daño se vincula siempre con la causación o agravación de la cesación de pagos, y si en el supuesto advertida la situación de cesación de pagos , con pérdida del capital social, el administrador decide continuar endeudándose, no convocar inmediatamente a reunión de socios para intentar adoptar alguna medida preventiva de los daños necesarios (reintegro del capital social o liquidación extrajudicial de la sociedad ), ni se presenta inmediatamente en concurso preventivo o en quiebra ante una ostensible insuficiencia del activo para afrontar el pasivo , estará agravando su situación de insolvencia en los términos

Hasta aquí concordamos, salvo diferencias menores, con los desarrollos expuestos más arriba. Más difícil es la situación analizada desde la perspectiva del concurso preventivo.

A nuestro juicio, constatada la causal disolutoria por el órgano de gobierno, éste en dicho acto o en otro inmediato posterior deberá analizar cómo superar la causal – en tanto la empresa se presente como económica y socialmente viable (art.100 LGS) -, y entre el abanico de posibilidades la presentación en concurso preventivo se presenta como una alternativa completamente lícita y posible ante la insuficiencia patrimonial, entendida como imposibilidad de afrontar las obligaciones exigibles con los recursos normales del giro (cfr. art.1, 78 y conc. LCQ).

El proceso concursal preventivo suspenderá así la liquidación (arts.94 inc.5 y 99 LGS), hasta tanto se homologue, o no, un acuerdo preventivo que deberá ser capaz a su vez, de hacer superar la causal disolutoria.

La responsabilidad asumida por imperio del art.99 LGS, al igual que las deudas adquiridas con anterioridad a la presentación en concurso (art.32, 200 LCQ), se mantiene operativa respecto de las deudas postconcurales, en caso de quiebra sobreviniente (directa o indirecta).<sup>54</sup>

No obstante dicha suspensión, la responsabilidad asumida por imperio del art.99 LGS se mantiene operativa respecto de las deudas postconcurales, lo que se verá acentuado en caso de quiebra sobreviniente (sea directa o indirecta), toda vez que concursarse supone continuar la actividad.<sup>55</sup>

---

del art.173 LCQ, con abierto menosprecio de los derechos de sus contratantes, de modo que habrá de responder concursalmente dado su obrar doloso por las consecuencias dañinas inmediatas y mediatas de su conducta (arts.901/905 Cód. Civil).” (JUNYENT BAS, Francisco – FERRERO, Luis Facundo, “La acumulación y presupuestos de procedencia de las acciones social y concursal de responsabilidad de los administradores”, Revista de DCCy E, Año V, N°3, Junio 2014, pág.71). En la jurisprudencia de Córdoba se ha resuelto respecto del daño causado por operatoria en zona de insolvencia a la sociedad, en un caso de ejercicio de la acción social de responsabilidad (sin acumulación de la concursal) que: “... tampoco considero justo el reclamo de la sindicatura, al pretender que el daño se cuantifique en función de la totalidad del pasivo verificado, a más de los gastos de los que me ocuparé más adelante. Es que tal posicionamiento deja de lado el necesario nexo causal que debe existir entre la conducta reprochable y el daño. En el caso, no se endilga a los administradores responsabilidad por el estado de cesación patrimonial en que se encontraba la sociedad a principios del año 2001, sino que resulta de las conductas asumidas tras haber sido verificada la situación de crisis económica por la que pasaba la empresa...”, (agravación del daño) para luego concluir que “... no cabe más que aceptar como equilibrado y justo el monto asumido por el a quo a partir del patrimonio neto positivo que arroja el estado patrimonial al cierre del ejercicio correspondiente al año 2001 (30.04.2001), esto es, la suma de \$345.153,69, con la deducción del activo con que se cuenta en la quiebra, como lo dispusiera el a quo.” (C3A CCCba, Sent.123, 14.06.11, “SINDICATURA EN LABORATORIO LISTER S.R.L. - QUIEBRA PROPIA C/ PUJOL MARCELINO JAVIER Y OTRO - ACCION ORDINARIA - ACCION DE RESPONSABILIDAD - RECURSO DE APELACION - EXPTE. N°1279150/36”).

54 En el mismo sentido se pregunta Richard: “¿El art. 99 LGS alcanza a las deudas postconcurales? No aparece en nuestro derecho una opción para los administradores, como en España e Italia, y administradores y socios -al aceptar la continuación del giro social sin asumir ni el reintegro del capital social ni su aumento, quizá en búsqueda de que el problema sea asumido por los acreedores a través de quitas y esperas-, deberán afrontar la responsabilidad del art. 99 LGS para el caso de una ulterior quiebra.” (RICHARD, Efraín H., “La enseñanza del derecho societario y del derecho concursal...”, cit. loc. cit.).

55 Sobre el punto se pregunta Richard: “¿El art. 99 LGS alcanza a las deudas postconcurales? No aparece en nuestro derecho una opción para los administradores, como en España e Italia, y administradores y socios -al aceptar la continuación del giro social sin asumir ni el reintegro del capital social ni su aumento, quizá en búsqueda de que el problema sea asumido por los acreedores a través de quitas y esperas-, deberán afrontar la responsabilidad del art. 99 LGS para el caso de una ulterior quiebra.” (RICHARD, Efraín H., “La enseñanza del derecho societario y del derecho concursal...”, cit. loc. cit.). Por nuestra parte, consideramos que pese a no manifestarse la opción concursal en el art.96 LGS, la propia ley 24522, en la medida que se cumplan sus presupuestos (arts.1, 78 y conc. L.C.Q.), resulta una alternativa implícita del ordenamiento jurídico considerado en su integridad.

Si el concurso es exitoso, permitiendo superar la situación de insolvencia patrimonial, las responsabilidades se verán claramente menguadas según veremos, aún respecto de las deudas post-concursales.

Así en torno a la pregunta sobre si resulta lícito trasladar el riesgo empresario a los acreedores, lo que es considerado un abuso o un verdadero fraude según los desarrollos realizados en el punto II, y III de este trabajo, nos inclinamos a considerar en disidencia parcial con los mismos, que será lícito en tanto y en cuanto así lo quiera la *mayoría* de los acreedores, y el acuerdo alcanzado resulte homologado por *sentencia firme*.

El ordenamiento concursal lo permite al enunciar la posibilidad expresa de quitas y esperas en los procesos concursales (art.43 LCQ), lo que no implicará desconocer las eventuales responsabilidades que pudieran tornarse operativas por aplicación de las normas societarias en caso de ulterior quiebra indirecta.

Nos explicamos. **Tal cual está ordenado nuestro sistema societario y concursal, no existe un orden de prelación respecto de las alternativas frente a la pérdida del capital social.** El concurso es una alternativa válida en caso de existir insolvencia, lamentando a su vez, no exista una norma que habilite la insolvencia inminente como presupuesto objetivo de la apertura concursal, según hemos visto sucede en España (Arts. 2.3, 5 y conc. LC Nº22/2003), lo que permitiría aventar cualquier discusión en torno de supuestos de pérdida de capital sin cesación de pagos o insolvencia.

56

Estando la sociedad incurso en esta causal disolutoria, los socios o accionistas pueden entonces optar por **a)** reintegrar el capital social; **b)** reintegrarlo y aumentarlo (art.96 LGS); **c)** capitalizar pasivos en asamblea extraordinaria (art.197 LGS); **d)** liquidar extrajudicialmente la sociedad (art.94 inc.5) de ser viable; **e)** continuar con la actividad bajo las responsabilidades impuestas por el ordenamiento societario (art.99 LGS) – incluida la posibilidad de obtener acuerdos extrajudiciales con todos o parte de los acreedores sociales - ; y finalmente – aunque no necesariamente ante el fracaso de las anteriores- **f)** optar por alguna de las alternativas concursales, sea para la superación de la causal disolutoria mediante presentación en concurso preventivo, o la obtención de un acuerdo preventivo extrajudicial homologable (APE), y particularmente ante el presumible fracaso de una liquidación extrajudicial exitosa, requerir la quiebra propia que asegure la paridad de tratamiento entre los acreedores.

Richard nos dirá que ante el fracaso de las alternativas **a)** y **b)**, debemos previo al concurso convocar a los acreedores a analizar la capitalización de sus créditos<sup>57</sup>, solución que destacamos

---

56 Las pérdidas de capital cualificadas españolas han sido consideradas como indicios de insolvencia inminente sin esfuerzos interpretativos, aunque sin equiparlas doctrinariamente a la insolvencia. (cfr. PEREZ MILLÁN, David, op. cit.)

57 “Se incentiva de este modo la capitalización de deuda como mecanismo de reestructuración y saneamiento empresarial, sobre todo respecto de acreedores titulares de pasivo financiero, intentándose así mismo, mediante reformas legales actualmente en curso en España “minimizar” el impacto contable que para las entidades financieras podría conllevar, en sus cuentas de resultados, la opción por la capitalización de deudas, que le permita una movilización de obligaciones en mora en el mercado de capitales, incluso inducido por normas bancarias sobre inmovilizaciones y provisiones. ... Se trata de operaciones pensadas para el saneamiento financiero de la sociedad, por la que ésta aumenta su patrimonio neto, ya que disminuye el pasivo inmediatamente exigible pasando a ser pasivo no exigible (capital), y puede disponer así de recursos que de otro modo tendría que destinar a pagar a los acreedores, quienes, por su parte, pierden tal condición y se convierten en socios de la sociedad deudora, en la intención de obtener así una mayor satisfacción crediticia que si acudiesen a las soluciones concursales. Así, si se consigue salir de la situación de crisis, los acreedores que pasen a ser socios pueden rentabilizar su inversión, vía dividendos, o bien a través de la posterior venta de las acciones o participaciones.” (RICHARD, Efraín H., “La enseñanza del derecho societario y del derecho concursal...”, cit., loc. cit.).

nosotros por noble que sea y el esfuerzo que pongan los administradores, en la práctica puede no estar disponible, siendo muy discutible que esta deba ser considerada una alternativa necesariamente *pre-concursal*, a pesar del *obiter* de la Corte Suprema.<sup>58</sup>

Las soluciones societarias pueden obrar como pre-concursales, pero también puede prescindirse de ellas<sup>59</sup>, en tanto no existe en nuestra consideración un orden explícito de prelación normativa en nuestro sistema.

Si aquel *obiter dictum* de la Corte fuese ley, entendemos que para acceder a la alternativa concursal debieran acreditarse junto con la presentación en concurso, no sólo la convocación de Asamblea a fin de tratar la superación de la insolvencia mediante el reintegro del capital social, sino a su vez, haber encaminado esfuerzos a la capitalización de pasivos, según se recomienda.

Pero no es ley<sup>60</sup>, Y entonces...

Entonces hay que presentarse en concurso preventivo antes de agravar la insolvencia – incluso antes de operada la causal si ya existía estado de cesación de pagos -, según requerimientos de la totalidad de la doctrina y jurisprudencia concursalista desarrollada en torno a la necesidad de afrontar tempestivamente las crisis.

En definitivas entendemos, que la solución concursal es una alternativa en paridad con las societarias, u otras extrajudiciales.

Ahora bien, entrando en el marco de dicho procedimiento Richard nos dirá que ante una situación que no implique pérdida del capital social – catalogada por el maestro como insolvencia financiera -, sólo hará falta una *espera* para superar la cesación de pagos; solución que a nuestro entender peca de formalista o meramente contable, sin perjuicio de destacar la importancia de su consideración al tiempo de la homologación judicial de un acuerdo preventivo.

En efecto, la experiencia demuestra que muchas veces la liquidación extrajudicial de la empresa en marcha puede carecer de interesados, y en tal caso, los activos sociales de una empresa detenida en su producción difícilmente puedan llevar a la cancelación del pasivo. Por otro lado, el activo *no corriente* puede no ser liquidable, ni aún a plazo sin perjuicio o impedimento de la continuación viable de la empresa que se procura mediante la alternativa concursal. Estas objeciones y la licitud

---

58 Así lo entiende Richard cuando dice: “Si fracasara la tratativa extrajudicial de la capitalización, o la liquidación privada se considerara inviable, recién aparecería lógica la presentación en concurso, formalizada temporáneamente con ese proceso.” (RICHARD, Efraín H., “El abuso de derecho y el fraude...”, cit., loc. cit.).

59 A modo de ejemplo la ya citada Ley de Sociedades de Capital española, establece en su art.363, 1ero., inc. e: “1. La sociedad de capital deberá disolverse: ... e) Por pérdidas que dejen reducido el patrimonio neto a una cantidad inferior a la mitad del capital social, a no ser que éste se aumente o se reduzca en la medida suficiente, y siempre que no sea precedente solicitar la declaración de concurso.” Existiendo estado de cesación de pagos, la alternativa concursal es lícita e incluso sugerida por la misma ley española. La insolvencia actual dice Perdices Hueto impone como obligación o carga la alternativa concursal. Teniendo sólo dos meses el directorio de sociedades de aquel país para resolver la presentación concursal (art.5 LC). “Si no lo hace, eso generará una presunción de culpa grave a la hora de calificar la insolvencia (art. 165 1 LC), con la consecuencia de la posibilidad de exigir responsabilidad por el residuo a los administradores de la persona jurídica (art. 172.3 LC).” Los administradores deben presentar la sociedad en concurso al margen de lo que pueda entender la Junta en dicho país, la convocación de la Junta resulta lícita pero no impuesta a la luz de las responsabilidades de los administradores. (ver PERDICES HUETO, Antonio, “La responsabilidad de los administradores...”, ob. cit.).

60 Ello no implica desconocer de lege ferenda la bondad de una reforma al régimen concursal que podría incluir mayores requisitos para la presentación en concurso preventivo de sociedades, como lo hace la Ley Colombiana citada más arriba (Ver nota 5).

de la alternativa concursal nos convencen de la aplicabilidad de esta normativa sin restricciones especiales.

En caso pérdida de capital social, las quitas son viables y en ello estamos todos de acuerdo. No obstante, la doctrina analizada nos dirá que los acreedores disidentes conservarán intactas sus acciones de responsabilidad contra los administradores si hubo operatoria en zona de insolvencia, ya que la homologación judicial de un acuerdo no extingue la responsabilidad nacida del ordenamiento societario (art.99 LGS).

Dice sobre el particular Richard : *“¿En caso de homologación de acuerdo habiéndose constatado por el Síndico en el informe general la existencia de la causal largo tiempo antes de la presentación declarada en los mismos balances aprobados, se mantiene la responsabilidad del art. 99 LGS?*

*No parece que el efecto novatorio que genera la homologación de un acuerdo concursal alcance a la responsabilidad de administradores y/o socios<sup>61</sup>. Por tanto, los que hubieren sufrido daño, ante el incumplimiento de la norma que implica culpa o dolo, podrán reclamar a administradores y socios intervinientes la reparación del daño efectivamente sufrido. El alcance de la reparación puede alterarse en función del factor de atribución: culpa o dolo.”<sup>62</sup>*

Y añade *“La homologación de un acuerdo de quitas no implica la inexistencia de abuso ni asegura la extinción de todo tipo de responsabilidad si se contravienen los principios y normas de la ley societaria. Los acreedores podrían promover acciones individuales de responsabilidad contra administradores y socios que correspondiere, en juzgado diferente al del concurso de la sociedad, pues el demandado no ha estado concursado<sup>63</sup> y no lo beneficia la novación<sup>64</sup>.”*

No obstante, en el punto nos inclinamos por la solución opuesta.

A nuestro modo de ver, la alternativa concursal – con sus quitas y esperas legalmente previstas – suspende la causal disolutoria<sup>65</sup>, y con ello las responsabilidades por las deudas preconcursales.

Si bien será obligatorio para los administradores poner en tratamiento del órgano de gobierno de la cuestión de la pérdida de capital (art.94 inc.5, 96 y 99 LGS), la falta de nuevas aportaciones, o

---

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

62 (RICHARD, Efraín H., "La enseñanza del derecho societario y del derecho concursal...", cit., loc. cit.).

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

64 Nto. "Sobre la novación por acuerdos concursales (y algo sobre responsabilidad de administradores)" en Doctrina Societaria y Concursal, Ed. Errepar, nº 282, Buenos Aires mayo 2011, año XXIV, tomo XXIII, pág. 445.

65 Bien ha destacado Araya que: "... la presentación en concurso preventivo suspende hasta el momento de su desenlace, la disolución obligatoria que impone el art.94 inc. 5º LS. Si la solución concursal prevalece, se modifica sin dudas el estado patrimonial de la sociedad, pudiendo en este caso superarse la crisis disolutoria..." (ARAYA, Miguel C., Pérdida de capital social e insolvencia", en Suplemento Especial 70 Aniversario, noviembre 2005, La Ley, pág.37).

el consentimiento implícito de la medida concursal preventiva en oportunidad de ratificarla (art.6 LCQ), satisfacen las exigencias legales.

Ahora bien, transcurridos los actos procesales del concurso necesarios para la obtención de las mayorías, obtenidas las mismas, y finalmente homologado y firme el acuerdo alcanzado, los acreedores minoritarios deberán conformarse al mismo, por abusivo que lo consideren (arts.55 y 56 LCQ), quedando impuesto en el mundo jurídico con efectos *erga omnes*, **eliminando el daño por haberse reajustado sus pretensiones al *quantum* y modalidades temporales de la propuesta aprobada por efecto de la ley.**

En efecto el daño, determinado por la existencia misma de un determinado crédito que no debió existir – por ser posterior a la pérdida comprobada de capital - , o por la quita que el mismo ha sufrido, desaparece por aplicación del ordenamiento concursal que considera la obligación del deudor, y el correlativo crédito, **novados por efecto de la homologación** (arts.55 y 56 LCQ).

**En tales condiciones los terceros nada podrán reclamar en cuanto su crédito habrá *mutado* en uno nuevo por el importe exacto del acuerdo homologado.**

**Milita finalmente a nuestro favor lo dispuesto en el art.142 *in fine*, que impide los resarcimientos de daños derivados de la aplicación de la ley - siendo una norma de aplicación a los concursos preventivos<sup>66</sup>-.**

En otras palabras si bien el daño al patrimonio del deudor podría imputarse a la actuación negligente del administrador, esta no obra sino como causa remota de la obligación, siendo su causa inmediata el efecto novatorio impuesto por ley.<sup>67</sup>

Más opinable parece la cuestión analizada desde la perspectiva de aquellas sociedades en las que advertida la causal disolutoria, tratado el balance por los socios, luego no se hubiese optado más que implícitamente por superar el estado de insolvencia mediante la continuación de la operaciones sociales, sin tratar un posible reintegro, ni optar por la presentación concursal sino considerable tiempo después.

En este caso, la violación al ordenamiento societario parece flagrante, sin embargo la solución por iguales fundamentos a los ya explicados no variará. Sin daño no hay acción para los terceros. Los acreedores podrán no aprobar propuestas que consideren abusivas, teniendo en miras la efectiva posibilidad de entablar acciones fundadas en la ley societaria (arts.175 LCQ y 99 LGS) o concursal (art.173 LCQ) ante la quiebra, pero de alcanzarse un acuerdo, los disidentes se verán imposibilitados de iniciar acciones dada la inevitable novación de sus créditos y lo dispuesto por el art.142 L.C.Q..

Esto no excluye que el juez merite especialmente al tiempo de decidir la homologación, o no, del acuerdo que resultase aprobado, si ha existido agravación del pasivo luego del tratamiento

---

66 La norma no opera desde ya en la quiebra – directa o indirecta- en cuanto los daños no derivarán de los efectos del acuerdo homologado, sino de la conducta de administradores y socios frente a la insolvencia patrimonial.

67 Distinto el caso de la responsabilidad social frente a los socios o accionistas de buena fe, no informados por falta de convocación a tratar el balance, sobre la pérdida de capital social. En estos casos, si bien en la nueva medida de los créditos novados (disminuídos), los administradores podrían responder por la agravación del pasivo en la proporción que este su hubiese aumentado en comparación al existente al tiempo de la detección de la causal disolutoria.

asambleario del primer balance que demostró la pérdida de capital, y en caso afirmativo, exigir mejores condiciones en orden a las posibles quitas o esperas antes de proceder a la homologación.<sup>68</sup>

Consideramos que deberá sopesar la viabilidad de la homologación -o no- del acuerdo con mayor rigor, toda vez, que la no homologación y consecuente quiebra activará inmediatamente las acciones de responsabilidad sea social, o individual contra administradores, y aún contra los socios, por lo que los acreedores podrán eventualmente ver mayores posibilidades de satisfacción de sus créditos, parámetro que debe ser meritado junto con el del dividendo concursal.

Finalmente destacamos que en ningún caso los jueces deberán homologar propuestas que no permitan superar la pérdida del capital social, y detectado ello, la disolución por quiebra indirecta se debería imponer (arg. art.94 inc.5 LGS), salvo desarrollos jurisprudenciales en torno a la denominada tercera vía, según hemos sugerido en los párrafos anteriores.

## VI.- CONCLUSIONES

Hemos procurado analizar cuáles son las alternativas lícitas que pueden existir frente a la pérdida del capital social y en particular sobre la alternativa concursal preventiva como modo de superar la insolvencia, destacando que las soluciones societarias pueden ser pre o para-concursales.

Entendemos no existe un orden de prelación jerárquico ni temporal entre las mismas, siempre que sus presupuestos acaezcan en los casos concretos.

En esta senda, interpretamos que el art.96 LGS en cuanto dispone en relación a la causal de disolución prevista en el art.94 inc. 5, que la misma no operará si los socios disponen el reintegro total o parcial del capital social o su aumento, fija sólo una posibilidad o facultad de los socios, no imperativa, pudiendo ser revertida por otros mecanismos (v. gr. por capitalización de pasivos), y aún por la propia actividad económica de la sociedad -bajo ciertas condiciones y responsabilidades (art.99 LGS)-, entre otras alternativas lícitas.

Así consideramos que el art.96, LS no es una norma imperativa, aunque resulte de cumplimiento imperativo para los administradores la convocación de la Asamblea o reunión de socios para el tratamiento de la cuestión, una vez advertida la pérdida, amén de disponer lo necesario para iniciar la liquidación (art.99 LGS) si otra solución no se decide.

Dicha conclusión no exime de los deberes a los administradores societarios impuestos por el art.99 LGS (cfr. art. 163, inc. i y 167 CCC), pudiendo generar la responsabilidad de los mismos, y de los socios que hubiesen conocido – o debido conocer, contando con la posibilidad de ponerle fin - la existencia de la causal y sin embargo hubiesen consentido continuar operando sin tratar la recomposición de dicho capital, la liquidación extrajudicial o afrontado alguna de las alternativas concursales (A.P.E., concurso preventivo, quiebra).

---

68 En contra entiende Richard, que lo normado en el último párrafo del art.10 CCC importa "... una verdadera revolución que impondrá que los jueces al considerar la homologación de un acuerdo con quita analicen si no existe abuso de derecho o fraude a la ley, y la quita comporta cuando menos un abuso de derecho –que aparece como un antivallor-, cuando no un fraude a la ley societaria, pues los socios han transferido su obligación de capitalizar a una quita. En vez de aumentar el activo achican el pasivo a cargo de terceros, lo que hasta les permitiría distribuir dividendos luego de un balance que acreditara el enriquecimiento patrimonial." (RICHARD, Efraín H., "El abuso de derecho y el fraude a la ley..." cit.)

Entendemos entonces que la norma fija una alternativa no incompatible con el proceso concursal preventivo como medio de la superación de la insolvencia.

La pérdida del capital social, normal – aunque no necesariamente – irá acompañada de la imposibilidad de afrontar regularmente las deudas exigibles con los recursos normales del giro (art.78 LCQ), de modo que cumplido el requisito objetivo para la presentación en concurso nada obsta la elección de este camino, quedando en suspenso la liquidación.

Lo dicho no obsta ante un escenario de quiebra reiteramos, que los administradores y socios deban responder por los daños y perjuicios generados por la operatoria en zona de insolvencia cuando la misma se haya prolongado en el tiempo (art.99 LGS, y 173 LC.Q.).

En el concurso preventivo sin embargo, entendemos que la homologación firme del acuerdo que se hubiese alcanzado con las mayorías de ley, provocará la novación de las obligaciones del deudor de causa o título anterior a la presentación, y en tales condiciones desaparecerá frente a éstos la responsabilidad derivada del art.99, no por acaecer un eximente de la misma, sino por falta de daño legalmente computable (art.55, 56 y 142 *in fine* LCQ).

Finalmente destacamos que el juez al tiempo de homologar un acuerdo deberá tomar en especial consideración el modo en que la sociedad llega a la presentación concursal, no pudiendo prescindir del análisis societario, pudiendo no homologar propuestas que considere abusivas, o imponer mejorar la propuesta en orden a lo que se ha denominado la tercera vía.

De *lege ferenda* nos pronunciamos sobre la conveniencia de armonizar las regulaciones societaria y concursal en torno a la insolvencia y las medidas que deben tomarse imperativamente, o no. Así resultaría útil del dictado de normas concursales que exijan junto a la presentación en concurso preventivo, información precisa sobre la existencia o no de pérdida del capital social (lo que ya emerge implícito de la necesidad de presentar estados contables correspondientes a los tres últimos ejercicios – art.11 inc.4 LCQ) , y en caso afirmativo , sobre las medidas que fueron tomadas para afrontar la crisis, estableciéndose asimismo la prelación de las soluciones societarias por sobre las concursales en forma explícita , tanto en el ordenamiento concursal como en el societario, sin perjuicio de la no imperatividad de nuevos aportes para los socios limitadamente responsables en caso de falta de resolución favorable al reintegro o aumento del capital social.

Debería establecerse claramente la imperatividad de la presentación concursal ante el fracaso del reintegro del capital social, e incluso, como alternativa previa como es el caso de España, si existe insolvencia, o insolvencia posible o inminente, como bien amplía el presupuesto objetivo de los concursos el ordenamiento español, destacando la necesidad de incorporar un precepto igual en orden a la tempestividad de las soluciones.

La inclusión de normas expresas imperativas o no, permitirá moralizar los procesos concursales, a la vez que difundir la conducta esperable para cualquier buen administrador.