

#### 4. TRABAJOS DE INVESTIGACION DESARROLADOS DURANTE EL AÑO 2016 Y PRESENTADOS EN EL CONGRESO

##### “Crisis de Sociedades y la legislación societaria”

**La causal de la disolución de la sociedad por pérdida del capital social y la convergencia en este aspecto con la legislación concursal y societaria.- Una apreciación comparatistas entre las legislaciones: colombiana, peruana, uruguaya, argentina y española”<sup>1</sup>**

**Directores:** Efraín Hugo Richard (Argentina), German Monroy Alarcon (Colombia), Esteban Carbonell O’Brien (Perú) e Israel Creimer (Uruguay)

**Investigadores participantes:** Claudia Celmira Quintero y Romeo Pedroza Garcés (Colombia) Jose Pajares y Jesús Quijano Gonzales (España), Teresita Rodriguez Mascardi y Alicia Ferrer (Uruguay).

**Motivación:** Nos unimos a reflexionar sobre las crisis de sociedades entendiendo que éstas constituyen un instrumento maravilloso para el desarrollo personal proyectado al de una comunidad, generando empleo y riqueza distribuable, y que su crisis debiera ser avizorada tempranamente y afrontada de la misma forma. En esa idea advertimos que la función de garantía del capital social tenía consideración en las cinco legislaciones como causal de disolución, con diversas proyecciones en el campo concursal, por lo que convergimos en esta investigación sobre congruencia de las legislaciones societaria y concursal, sin duda muy limitada y que puede abrir nuevos análisis o aconsejar cambios legislativos.

**Metodología:** Esta investigación común se inició con una presentación general del tema en el I e Congreso Internacional de Derecho de la Insolvencia –Marzo 2016-, y posterior publicación de lo expuesto en la Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones –Buenos Aires-, respondiendo a cinco preguntas originales.

Ulteriormente se incorporaron preguntas que cada equipo de investigación debió responder a la luz de su legislación nacional.

##### Las cuestiones a enfrentar:

Esas preguntas formuladas para esta investigación fueron:

1. La conservación de la empresa desarrollada societariamente. El planteo axiológico ético es la conservación de la empresa VIABLE. Ante la dificultad económico-patrimonial-financiera de una empresa viable: ¿la cuestión debería plantearse esa conservación como un problema de orden público?

2. En respuesta positiva ¿es el Estado el que debe solucionar el problema?

3. Si no es de orden público, ¿quién o quiénes deben formalizar el diagnóstico de viabilidad e intentar solucionar el problema?

---

<sup>1</sup> Ponencia al “I e Congreso Internacional de Derecho de la Insolvencia”, que ha sido integrada con la comunicación oral formalizada el día 10 de marzo a las 17hs. de España.

4. Ante su viabilidad y la constatación de la crisis, ¿cuáles son las formas de remediación en el respectivo derecho societario?

5. Las previsiones del derecho societario de remediación, ¿constituyen normas imperativas?

6. Las normas imperativas del derecho societario de remediación, ¿pueden ser soslayadas por aplicación del sistema concursal?

7. ¿Constituyen una transferencia de riqueza en todos los países las quitas concursales – decididas por mayoría y homologadas por los jueces, de parte de los acreedores en favor de la sociedad en crisis e indirectamente de sus socios?

8.- ¿Las quitas tienen un tratamiento fiscal como ganancia de la sociedad, aunque no se distribuya?

9.- ¿Existen incentivos para que los acreedores financieros capitalicen sus créditos, extrajudicial o judicialmente, ante sociedades en crisis para ayudar a su recuperación?

10.- ¿Existen normas para capitalizar los créditos impositivos ante la crisis de la sociedad deudora?

11.- Si la quita representa un daño para los acreedores, ¿qué posibilidad tienen éstos de promover acciones de responsabilidad, extra concursales al haberse homologado un acuerdo de quita, contra administradores y socios?

12. ¿Las previsiones del derecho societario de remediación constituyen normas imperativas?

13. ¿Las normas imperativas del derecho societario de remediación pueden ser soslayadas por aplicación del sistema concursal?

También se hicieron preguntas periféricas en el diálogo que mantuvimos entre los Directores y Secretaria Académica<sup>2</sup>:

14. ¿Constituyen una transferencia de riqueza en todos los países las quitas concursales – decididas por mayoría y homologadas por los jueces, de parte de los acreedores en favor de la sociedad en crisis e indirectamente de sus socios?

15. ¿Como en Argentina las quitas tienen un tratamiento fiscal como ganancia de la sociedad, aunque no se distribuya? Eventualmente que régimen impositivo tienen.

16. ¿Existen incentivos para que los acreedores financieros capitalicen sus créditos, extrajudicial o judicialmente, ante sociedades en crisis para ayudar a su recuperación?

17. ¿Existen normas para capitalizar los créditos impositivos ante la crisis de la sociedad deudora?

18. Acciones de responsabilidad de acreedores contra administradores y socios. Ante daños concretos ¿qué posibilidad tienen acreedores sociales de promover acciones societarias, concursales o dentro de la teoría general de la responsabilidad –posición de Mejan en el e Congreso- contra administradores y socios de la sociedad en crisis, sea por vía concursal o extra concursal?

19. Si la quita representa un daño para los acreedores ¿qué posibilidad tienen éstos de promover acciones de responsabilidad, extra concursales al haberse homologado un acuerdo de quita, contra administradores y socios?

20. Residualmente. ¿Existe una acción de enriquecimiento sin causa por parte de acreedores que no prestaron acuerdo en un concurso donde se homologó una propuesta de quita y espera, contra los socios que se beneficiaron?

La primera parte o parte general, y el capítulo de cierre con conclusiones y reflexiones de los participantes, son acompañados de un panorama de la situación del tema bajo análisis de cada uno de los países.

---

<sup>2</sup> Sólo fueron respondidas por Argentina y Uruguay.

### PRIMERA PARTE.

Hemos asumido un trabajo colectivo, lo hicimos a través de la tradicional Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones<sup>3</sup>, y anteriormente materializamos en una comunicación al I eCongreso Internacional de Derecho de la Insolvencia (7/11 de Marzo de 2016), dentro de la temática de los numerales IV y V de los temas del “I e-IIDI”: denominados “*Instrumentos pre concursales*” y “*La responsabilidad en los procedimientos de Insolvencia*”. A su vez, la ponencia original la integramos con la exposición que formalizamos en el seno de ese Congreso<sup>4</sup>.

En primer lugar nuestro agradecimiento a Stefania Pacchi y a David García Bartolomé por el foro internacional generado, como a su vez por habernos dado este lugar para presentar un punto de vista particular para enfrentar la aparentemente inasible crisis de sociedades, según han coincidido otros conferencistas. Y nuestro reconocimiento a los esforzados colegas que están receptivos a escuchar nuestras meditaciones y contribuir a afrontar las crisis societarias con eficiencia. Justamente por eso anticipamos que el enfoque comparatista será muy limitado en la próxima hora, centrándonos en aspectos genéricos por decisión del grupo, para evitar la oscura prolijidad de cada legislación, intentando un enfoque universalista de carácter no sólo académico, sino también didáctico para enfoques legislativos.

Ofrecemos así la presentación de una investigación de más largo aliento<sup>5</sup>, tendiente a revisar el equilibrio entre la ley específica general que regula a las sociedades, las normas de la legislación societaria sobre crisis, y la legislación especial o de concursos.

Por eso, titularíamos esta presentación como “Crisis de Sociedades y la legislación societaria”, producto de una investigación colectiva de cinco países y nueve especialistas, tratando de apuntar a una posición o tendencia general, pues la información de cada derecho en particular ilustra pero al mismo tiempo desenfoca de ciertos ejes sistémicos.

Nos atrajo de ese eCongreso su nombre “Derecho de la insolvencia”, una forma de titular que se corresponde a nuestros trianuales “Congresos Iberoamericanos de la Insolvencia”, el último desarrollado en Villa Giardino – Pcia de Córdoba en septiembre de 2015 organizado por la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba y la Universidad Nacional de Córdoba, al que de inmediato siguió en el mismo lugar el Congreso Iberoamericano de Derecho Concursal bajo la dirección académica del Instituto Iberoamericano de Derecho Concursal –sede México- entonces presidido por Stefania Pacchi, que coorganiza este eCongreso. Este último puede verse en el portal de la referida Universidad en “ESTUDIOS DE DERECHO EMPRESARIO” N° 5.

Por eso creemos que la denominación de Derecho de la Insolvencia, en vez de Derecho Concursal, no es inocente, pues se corresponde a intentar identificar los grados de dificultades económico, financieras, patrimoniales particularmente de las sociedades personas jurídicas privadas, e independizarlas de la vía procesal de abordó.

En efecto hoy las legislaciones y la doctrina, unidas en la idea de tratar la crisis anticipatoriamente para evitar su arraigo y, luego, su difusión en el mercado, y el daño a trabajadores, comunidades y acreedores, se refieren a “avizoración de la crisis, cesación de pagos,

---

<sup>3</sup> “La causal de disolución de la sociedad por pérdida del capital social y la convergencia en este aspecto con la legislación concursal y societaria. Una apreciación comparatista entre las legislaciones colombiana, peruana, uruguaya, argentina y española”, en RDCO n° 277, Marzo/abril 2016 pág. 399.

<sup>4</sup> A cargo de Efraín Hugo RICHARD.

<sup>5</sup> Que se corresponde a la iniciativa del actual Presidente del Instituto Iberoamericano de Derecho Concursal, el argentino E. Daniel Truffat, estimulando la iniciación de investigaciones oficiales o particulares, en cuya última categoría se enroló este grupo recibiendo el aval de dicho Instituto.

dificultades, insolvencia financiera, insolvencia patrimonial o simplemente insolvencia, o su inminencia ante pérdidas cualificadas”. En esto han coincidido las magistrales conferencias en ese “I eCongreso” de Stefania Pacchi, Gerardo Carlo Altieri, Aurora Martinez Florez, Paulo Roberto Colombo Arnoldi y Alfonso Alonso Ureba, remarcando que lamentablemente las intervenciones judiciales son tardías, cuando la insolvencia se ha arraigado y el patrimonio es insuficiente motivando continuos cambios en la legislación concursal.

Además muchos han dirigido la mirada a las soluciones rápidas, privadas, sin desgaste jurisdiccional ni estadual, afectando lo menos posible a la libre competencia.

Esa aparente dificultad terminológica entre crisis e insolvencia, y la constatación mundial que se llegaba tarde incluso en los juicios concursales que intentan evitar la liquidación, nos unió a varios juristas para advertir que la pérdida total o parcial del capital social de las sociedades implicaba medidas, que si bien representan un freno tardío es eficaz para no profundizar aquellos efectos nocivos, imponiendo en todos los casos medidas e incluso responsabilidades. Lo que Martínez Florez señaló en cuanto al peligro del tráfico de la sociedad insolvente, generando más daño. Es la necesidad de avizorar la integración de normas, en un sistema coherente.

Fue entrever la función de garantía del capital social, la insuficiencia del patrimonio social, el perjuicio a los acreedores y a los trabajadores, y –fundamentalmente- la responsabilidad de administradores y socios que habían creado a la persona jurídica societaria por su autonomía de la voluntad, y que no pueden usar esa técnica jurídica de organización para generar daño, si conociendo la insuficiencia patrimonial no adoptaran las soluciones previstas por la ley.

A su vez, la necesidad de coincidir en la forma de constatar esa insuficiencia patrimonial conforme el balance anual que deben practicar los administradores, pero al mismo tiempo la posibilidad de que no se practiquen balances, y que ante acciones individuales o colectivas no aparezcan ni se ofrezcan bienes de la sociedad para satisfacerlo.

La imperatividad de las normas societarias sobre la función de garantía del capital social, que tienden a evitar daños a terceros, aparece como un elemento fundamental para este nuevo enfoque de debate de las crisis. No es nada menos que el abuso de la personalidad societaria.

Debemos apuntar que la congruencia de la legislación societaria con la concursal es tema del que poco se habla en doctrina y jurisprudencia, y en la práctica se trata de soslayar que la remediación es o debiera ser a cargo de los socios guiados por los administradores, que tienen la capacidad de decisión y son titulares de las participaciones societarias y las eventuales cuotas de liquidación. Planificación interna y su viabilidad son determinantes de conductas proactivas de todos los interesados.

Las normas societarias ponen uniformemente en cabeza de los socios una opción, ante la insuficiencia del patrimonio social, la obligación de liquidar si no deciden reintegrar el patrimonio o capitalizar la sociedad. En ese aspecto, las quitas a los acreedores en los concursos, aparecen como una forma de transferir las obligaciones societarias de los socios a los acreedores, enriqueciendo a aquellos y merecen desde descalificación sólo ética hasta la jurídica en casos.

Por eso se atisban, en tales casos, la existencia -o no- de eventuales responsabilidades por el daño que por ello se cause a los acreedores que no votaron favorablemente el acuerdo de quita.

Ese es el panorama inicial que, sin duda, los participantes en el Congreso de Puerto Rico podrán profundizar. En el eCongreso escuchamos las esclarecedoras comunicaciones académicas de Stefania Pacchi y de Meján. La primera reconoció las continuas reformas concursales con claroscuros que dificultan la labor de los jueces, sin referirse a la estabilidad de las leyes societarias comparadas para evitar la insolvencia patrimonial, reconociendo a su vez la dificultad en definir las crisis y la precisión de las terminologías. Colombo Arnoldi y Alonso Ureba también se refirieron a esos claroscuros y los analizaron.

Quizá, como corolario de ese eCongreso, y como prosecución de esta investigación, se atisbe si tales problemas deben tratarse modificando la ley concursal o la societaria, y si la autonomía de la voluntad en materia societaria no tiene algún límite, que sería el principio fundamental del derecho de no dañar a terceros. Este es sin duda un problema para el Poder Legislativo de cada país, que vienen modificando continuamente la legislación concursal cuando, quizá para la crisis de sociedades, se debería volver la mirada a la legislación específica de estas personas jurídicas, o a su congruencia, pues como señalaba Flores Martínez en ese eCongreso, la mayoría de las intervenciones judiciales lo es en relación a crisis de sociedades. Y por eso se aconseja recibir la constitución de una persona sociedad por declaración unilateral de voluntad, pues en esa estructura será posible encontrar soluciones no viables en el caso de crisis del patrimonio de persona humana.

También implica un problema didáctico-académico. En la mayoría de las Facultades de Derecho no se enseña el derecho de crisis de sociedades ni en el Derecho Societario ni en el Derecho Concursal, apareciendo como una vocación de este grupo tratar de poner en el tapete la coordinación que debería existir y lo sistemático de su aprendizaje y abordaje. Señala el uruguayo Olivera García “Debemos trabajar en profundidad sobre el régimen de responsabilidad de los administradores en el caso de concurso, donde resulta necesario armonizar adecuadamente las normas societarias con las concursales”<sup>6</sup>

No es un tema menor, es un problema axiológico, de valores, de construcción de un sistema normativo apropiado para el capitalismo productivo, que debe generar riqueza y no daño. Es saber quién debe asumir la crisis de una sociedad para tratar de solucionarla, e inmediatamente si ello debe hacerse con gran dispendio de gastos, requerimiento de intervención del Estado, o debe ser privada, casi confidencial para defender el prestigio y el mercado de la sociedad en crisis. Y dentro de ello si los socios pueden transferir la carga-obligación a los acreedores, tratándolos como inversores sin derecho.

Por supuesto, en todos los casos donde se constate daño determinar si alguien debe repararlo o debe ser absorbido por otros sin derecho a repetición, quizá como un tema de enriquecimiento sin causa.

I - Creemos avizorar un INSTRUMENTO PRECONCURSAL en la técnica de organización societaria, y por ello la pretención de un análisis comparativo de causales objetivas de disolución de la sociedad por pérdida del capital, o sea por insuficiencia patrimonial y su incidencia en los concursos de acreedores, en las legislaciones colombiana, argentina, uruguaya, peruana y española. Ello para determinar si la ley societaria realmente constituye en cada país una suerte de “instrumento pre concursal”, estableciendo entre otros aspectos; (i) Como se determina la existencia de la causal de disolución. (ii) Cuales son los mecanismos y plazos para su remediación. (iii) Cual es el grado de responsabilidad para socios y administradores. (iv) Si es posible de que la remediación la establezcan los acreedores. (v) La viabilidad de la actividad como mecanismos complementario a la remediación. (vi) El concurso como remediación o eventual posibilidad de sanción al sujeto que incurrió en la infra capitalización. (vii) si esta causal permite o impide la iniciación de un proceso concursal, a lo que hemos agregado nuevas cuestiones.

Como señalamos sobre la terminología, el uso de la expresión “infra capitalización” que hacemos en una de las cuestiones, como los que registran las diversas legislaciones sobre avizoramiento de la crisis, insolvencia, cesación de pagos, suele ser impreciso cuando no equívoco, vinculándose muchas veces con la función de productividad del capital social, por eso nos referimos

---

<sup>6</sup> OLIVERA GARCÍA, Ricardo “Responsabilidad del administrador societario” en *Ley de Sociedades Comerciales – Estudios a los 25 años de su vigencia*, Ed. La Ley Uruguay, Montevideo diciembre 2015, tomo II pág. 891, especialmente 1040.

puntualmente a la “pérdida del capital social” (total o parcial según la legislación) que determina una causal de disolución, y que hace a la función de garantía del capital social y que se advierte en un patrimonio neto negativo o neutro, donde el pasivo es superior al activo.

Consideramos a la sociedad como un instrumento jurídico técnico maravilloso de organización de carácter universal, disponible en su constitución y funcionalidad a la autonomía de la voluntad de los socios y la gestión de los administradores.

Pero este instrumento de organización uni o plurilateral no puede ser usado para dañar a terceros ni transmitir la responsabilidad de socios y administradores a acreedores. Pocas normas acotan esa autonomía de la voluntad en la constitución en cuanto a capital mínimo, pero existen normas imperativas de cierta uniformidad que tienden a evitar esos daños y que se corresponden a lo que suele llamarse “la función de garantía del capital social” que impone conductas, particularmente a los administradores sociales pero también a los socios, cuando se constata – normalmente a través del balance anual de gestión social presentado por el órgano de administración al de gobierno- la pérdida del capital social, que constituye una causal de disolución de la sociedad cuando la pérdida alcanza un porcentaje relevante cuando no la totalidad del capital social. Ello llevó a sostener que la legislación societaria opera en el derecho comparado “como un instrumento pre concursal”<sup>7</sup>, “tiene una función *pre concursal* o *para concursal*, considerando algún otro considerarla como *anticoncursal*”<sup>8</sup>. Estamos considerando el sistema de prevención de crisis, convergiendo con una legislación concursal cada vez más preocupada por la prevención de las crisis empresariales y en la solución de éstas con el menor daño posible a las estructuras productivas, pero no siempre con coordinación y armonización normativa entre las legislaciones societaria y concursal, que no son dos compartimentos estancos. Respecto a la pérdida del capital social y las normas específicas de la legislación del medio técnico organizativo, Emilio Beltrán<sup>9</sup> postulaba –antes de la reforma del sistema societario español “...parece razonable pensar que la quiebra de una sociedad anónima –o limitada o comanditaria por acciones- debería convertirse en una institución residual, ya que el sistema pre concursal previsto legalmente debería ser suficiente para impedir que la sociedad llegase a ser insolvente...”. A su vez, el argentino Mauricio Yadarola, desde 1925 postulaba que afrontar la crisis societaria debería serlo a través de normas imperativas preventivas o de normas represivas responsabilizatorias en caso de dañar.

Después de las reformas en España que, ante la pérdida del capital social y la no capitalización impusieron a los administradores concursar la sociedad en sesenta días, se ha escrito “Las empresas, antes de estar en crisis, pasan por dificultades económicas de muy diversa índole (...) La literatura comparada suele reconocer este tipo de situaciones que se diferencian de –y preceden a- la crisis empresarial o ‘insolvencia’ en un sentido estricto del término”(…) una vez resulten notorias las dificultades por las que pasa la empresa (...) en ponen en marcha una serie de fuertes estímulos perversos sobre socios y administradores. Tales estímulos les empujarán a desarrollar ciertas estrategias no ‘cooperativas’ en perjuicio de los acreedores (...).La difusión pública de información (*mandatory disclosure*) permite abaratar los costes de transacción inherentes a la asimetría informativa y, sin embargo, ha sido criticada por quienes sostienen que la

---

<sup>7</sup> URÍA, R.; MENÉNDEZ, A. y GARCÍA de ENTERRÍA, J.” La sociedad anónima: disolución” Cap. 4, p. 1001 en CURSO DE DERECHO MERCANTIL dirigido por Rodrigo URÍA y Aurelio MENÉNDEZ, Ed. Civitas, Madrid 1999, tomo I, esp. “Las pérdidas graves” ps. 1009 a 1013.

<sup>8</sup> DÍEZ ECHEGARAY, J. *Deberes y Responsabilidad de los Administradores de Sociedades de Capital*, 2006, Thomson-Aranzadi 2ª ed., Navarra. p. 387.

<sup>9</sup> BELTRAN SANCHEZ, E. “La responsabilidad por las deudas sociales de administradores de sociedades anónimas y limitadas incursas en causa de disolución” en libro colectivo *La responsabilidad de los administradores de sociedades de capital* director Juan Bolás Alfonso, Consejo General del Notariado, Madrid 2000 pág. 154.

publicidad de las señales de alarma produce como efecto indeseable la aceleración del proceso de degradación de la empresa en dificultades. Es la ‘profecía autocumplida’ (*self-fulfilling prophecy*)(...). Todas estas cuestiones son analizadas a partir del examen del rudimentario sistema de alarmas que encuentra su insuficiente acomodo en el art. 209.1.b) LSAónimas –en España aclaramos- y en una legislación de desarrollo de ínfimo rango normativo. Ése es el hilo conductor del trabajo, porque proporciona una excelente atalaya desde la que examinar la insuficiencia de nuestro Derecho de sociedades actual en punto al tratamiento societario adecuado del problema de la prevención y de la empresa que soporta un riesgo de insolvencia o de peligro para la continuidad (lo que se conoce por *going concern*).<sup>10</sup>

En eso estamos, y en ese Congreso presentamos una faceta escueta para interesar a la doctrina mundial y a los legisladores sobre la coordinación o incoordinación de los sistemas normativos societario y concursal para enfrentar las crisis societarias que son las de mayor magnitud. Nos hemos unido investigadores de 5 países para ello, con normas diferentes que introducimos en nuestra presentación, y que reiteramos al final de este ensayo, para evitar ingresar en detalles en esta enfoque general, que podrían constituir lo que llamo “la prolífica oscuridad”, incitando a su lectura pormenorizada para determinar las particularidades, pero en la seguridad que todas ellas atienden al desfase patrimonial en sus normas societarias.

PARA EL DEBATE señalamos que esta investigación ha avanzado en tema normalmente no tratado ni por societaristas ni concursualistas: las crisis de sociedades y el capital social. Ante la autonomía de la voluntad para crear personas jurídicas societarias y dotarlas patrimonialmente, advertimos un campo interesantísimo frente a problemas financiero-patrimoniales graves: la pérdida del capital social como afectación de la consistencia patrimonial.

Las legislaciones analizadas incorporan esa apreciación, incluso antes de su pérdida total como valor contable de referencia, imponiendo a los socios la remediación, normalmente capitalización –por diversos sistemas- o la liquidación, generando responsabilidades específicas para administradores y socios, imponiendo, ante la no elección de alguna de esas vías por los socios, el concursamiento preventivo de la sociedad por los administradores.

Sin plazos determinados o con plazos, para ejercer la opción y la remediación, no hay duda que la normal detección de esa pérdida, en cuantías diversas según la legislación, se produce a más tardar en el balance anual.

Desde ese momento se genera un efecto que impone conductas, y el apartamiento puede generar responsabilidades a quienes deben adoptar las resoluciones, por acción u omisión. Siempre tenemos en claro que una cosa es la detección de la causal, en el balance o cuentas periódicas –salvo circunstancias excepciones- que exterioriza la existencia de un patrimonio neto negativo, que dispara efectos, y otra el inicio de la etapa de liquidación que comporta una decisión específica.

Al margen de la terminología (cesación de pagos, insolvencia, insolvencia financiera o patrimonial, infrapatrimonialización material) la pérdida –total o parcial- del capital social es una constatación contable que impone conductas.

Es posible que en los tres supuestos referidos las sociedades podrán continuar o no su giro más o menos normalmente, con o sin pérdida del capital social, pero es indudable que si existe esa pérdida se imponen acciones y, de producirse daño por impagos, se planteará la idea de acciones de responsabilidad si puede imputarse su causalidad.

Por eso los socios, con un buen plan de negocios presentado por los administradores, optarán por no liquidar e intentar la patrimonialización de la sociedad por el reintegro del capital o

---

<sup>10</sup> FERNANDEZ DEL POZO, Luis *Posibilidad y contenido de un derecho preconcursal (Auditoría y prevención de la crisis empresarial [art. 209.1.b) LSA]*, Ed. Marcial Pons, Madrid 2001.

la capitalización. El reintegro supone una entidad que no se limita a reconstruir el monto del capital social, sino que el patrimonio activo supere al pasivo en una cifra igual al capital estatutario.

Se apunta que “El reintegro del capital es un institución de aplicación especialmente en los escenarios de crisis empresarial. Busca eliminar total o parcialmente la pérdida, recomponiendo el capital perdido a través de nuevos aportes. ... Se caracteriza por entonces, por un aumento del patrimonio de la sociedad, aun cuando la cifra de capital social pueda permanecer incambiada”<sup>11</sup>.

II – La continuidad del análisis lleva al TEMA DE LA RESPONSABILIDAD que Alonso Ureba planteó impecablemente en ese eCongreso señalando la fuente normativa de responsabilidades: el sistema general, la ley específica de regulación de la persona sociedad o sea la ley de sociedades, y la legislación concursal. Y puede ser factible que las legislaciones organicen o condicionen las acciones de responsabilidad conforme su fuente, particularmente durante la existencia de un juicio concursal, pero sin duda quedarán a salvo las que se hubieren promovido con anterioridad y la posibilidad de accionar contra sujetos no concursados que se estimen responsables luego de cerrado el concurso, por liquidación o por acuerdo, si se acreditan daños.

Conforme a ello, esas acciones de responsabilidad, contra administradores y/o socios, pueden estar expresamente previstas en la legislación societario y/o concursal, pero también pueden responder a la teoría general de la responsabilidad, o sea que el legitimado activo haya sufrido daño y el imputado pasivamente haya tenido una conducta –por acción u omisión– antijurídica (no liquidar ni capitalizar), con culpa o dolo –el deber de haber actuado– y un vínculo causal que esta conducta antijurídica haya general aquel daño. Esta es una frontera aún poco explorada. En algunas legislaciones puede aparecer con una fuente de responsabilidad objetiva y como sanción.

Pero se trata mínimamente de referirse a responsabilidad de base subjetiva, en el mismo orden que refirió Alonso Ureba, y no de base objetiva o como sanción. Y analizar si el límite sería el pasivo insoluto, que prima facie sería el daño total.

La «conservación de la empresa» es una preocupación constante en un tiempo de responsabilidad social empresarial, y coincidimos con la visión de Colombo Arnoldi en tal sentido, incluso con su preocupación sobre los costos del concurso para las sociedades, a lo que se agregan los recursos públicos. Es pensar en la salud de la empresa viable –si no es viable no es empresa–, no sólo desde el punto de vista de su rentabilidad, sino en la conservación de los puestos de trabajo, cuando no en su incremento con justa remuneración. La cuestión va más allá de una mera cuestión metodológica, es casi ontológica porque la dotación patrimonial hace al nacimiento y funcionalidad de la persona jurídica societaria, y también a su crisis. Se trata de tutelar a la empresa, no a los socios que no la capitalizaron y recurrieron a que los acreedores soportaran el daño a través de quitas.

Ese es el valor que atribuimos a nuestro trabajo colectivo: un intento de pensamiento globalizante, con visión axiológica valorativa, como invitación a repensar las crisis de las sociedades, el rol de la legislación societaria en las mismas y la modelación de la legislación concursal, el equilibrio de los intereses en juego en forma sistémica, y la posibilidad de acciones de responsabilidad de los perjudicados contra los beneficiados, o incluso contra los que facilitaron o generaron el perjuicio.

Así entregamos nuestra colaboración. En las cinco legislaciones la pérdida del capital social tiene vinculaciones con la legislación concursal y obligan, en forma diferente en cada caso, a especiales conductas.

---

<sup>11</sup> OLIVERA GARCIA, Ricardo “Reintegro del Capital Social – Capital Repayment” en *Revista de Derecho Comercial* Ed. La Ley Uruguay, Quinta Época, año I, n° 1, Enero-Marzo 2016, pág. 3.

Formulamos algunas MEDITACIONES FINALES, porque se compromete más análisis. Uno de dogmática pedagógica de revisar como se enseña el Derecho de Sociedades y el Derecho Concursal en nuestras facultades. ¿Hay un intento de generar un estudio de congruencia ante la crisis de sociedades, particularmente ante el principio general de derecho de no generar daño? Y obviamente un tema más para el Derecho de la Responsabilidad, conviniendo que no debería imponerse responsabilidad como sanción, sino dentro de la teoría general de la responsabilidad, con base subjetiva de culpa o dolo, por acción u omisión causante de daño, con relación de causalidad, derivado de una conducta antijurídica.

Nada fácil ni automático, pero no puede existir un uso abusivo de la sociedad para causar daño a sabiendas, como le preocupa a Martínez Florez.

Sin duda se afinarán criterios después del Congreso de San Juan de Puerto Rico. Por eso debemos reconocer la excelente exposición en el eCongreso de Luis Manuel Meján –que fijó criterios universales-, adhiriendo particularmente al rol didáctico de asesores y de la academia en cuanto a asistir a los administradores para no caer en responsabilidad, lo que debería pasar en primer lugar y con su terminología a no comprometer la prenda común de los acreedores, llevando contabilidad, formalizando balances periódicos y de advertir un patrimonio negativo adoptar las medidas previstas en el derecho societario comparado en forma uniforme, que acerca a la idea del acto unilateral referido por Stefania Pacchi: un plan para salir de la crisis asegurando la viabilidad de la empresa, que sin duda pasa por la capitalización de la misma en caso de insolvencia patrimonial –como dispone aquel derecho comparado-, sin perjuicio de las reestructuraciones que aseguren esa viabilidad. Esa viabilidad debe analizarse como empresa, o sea en sus costos, en sus posibilidades en el mercado, pues los problemas patrimoniales o financieros pueden ser acercados voluntariamente o por disposición estatal, induciendo incluso a los acreedores financieros a la capitalización.

Una solución preconcursal silenciosa, de las que no existen estadísticas, pero que se generan constantemente conforme la experiencia profesional de todos. Reiteró esta vía, rápida, de bajo costo, Gerardo Carlo Altieri, señalando que es mucho más usada y exitosa de lo que se publicita, por su carácter confidencial, en lo que coincidió indirectamente con Stefania Pacchi.

Congruente con ello un desafío a la construcción legislativa. ¿No deberíamos revisar el sistema societario antes que el concursal para atender la crisis de sociedades? Este es un problema axiológico, además de sistemática normativa.

Agradecemos la atención que se dispense a estas ideas. Quedamos pendientes de reflexiones u observaciones, invitándoles a visitar la página electrónica de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, donde se ha reproducido la ponencia original: [www.acaderc.org.ar](http://www.acaderc.org.ar), como el portal de la Universidad Nacional de Córdoba donde encontrarán entre muchas la Revista electrónica “Estudios de Derecho Empresario”.

## **SEGUNDA PARTE**

La investigación hecha en los cinco países comprometidos. La presentación fue dividida en cada caso en dos capítulos, el original y en el segundo las nuevas referencias.

### **CAPÍTULO PRIMERO - ARGENTINA<sup>12</sup>.**

#### **SECCIÓN PRIMERA**

##### **A – Resumen originario.**

La ley societaria de 19550, a partir de 1/08/2015 “Ley General de Sociedades” (en más LGS) coincidentemente con la vigencia del nuevo Código Civil y Comercial (Ley 29994, en más CCC) ha acentuado la función de garantía del capital social.

Resumimos sobre normas de pérdida del capital social consideradas imperativas y no disponibles, sobre las que nos explayaremos. 1. Para la constitución de cualquier tipo de sociedad existe libertad, con previsiones de capital mínimo muy bajo para sociedades por acciones, lo que las torna elegibles, y se ha autorizado constituir las por socio único (S.A.U.). Son personas jurídicas desde su constitución (art.141 CCC). La pérdida del capital es considerada causal de disolución cuando es total (art. 94 inc. 5 LGS) a partir de su declaración que se produce cuando el órgano de gobierno aprueba el balance presentado por la administración, del que resulte patrimonio neto neutro o negativo. La pérdida del capital social implica la pérdida de la garantía para terceros e impone la liquidación, salvo capitalización, que puede ser por reintegro de los socios –art. 96 LGS-, que abren la posibilidad de receso, con resultado neutro liberatorio del reintegro; o por capitalización. La capitalización de deuda podría ser la solución fiscal y social más interesante, pues ante la crisis pueden alentar a los acreedores sociales a compartir el riesgo aceptando capitalizar sus obligaciones, frente a la viabilidad de aquellas, requisito insoslayable por art. 100 LGS.

2. Al no existir normas que impidan la continuación de la empresa en crisis, la tutela de acreedores resulta de imputar responsabilidad a administradores sociales, por no actuar debidamente, generando daño por acción u omisión, y a los socios en su caso –art. 99 LGS, hoy calificada por el art. 164 in fine CCC<sup>13</sup>-. Si la recomposición del capital no se decide y se continúa operando, la cuestión de la responsabilidad se retrotrae a la fecha en que se acredite que administradores y socios conocieron o debieron conocer la situación o si aprobaron un balance donde se registró –o debió registrar- la pérdida del capital social. Ello se presume si hay acreedores insatisfechos, incluso a nuestro entender los que resultan afectados por quitas y esperas en un proceso concursal.

3. Si el patrimonio de la sociedad sólo está en cesación de pagos y no ha perdido el capital, la quita en propuesta o en acuerdo logrado por mayoría, implicaría a nuestro entender un abuso de derecho. Constituiría un fraude a la ley si perdido el capital social los socios no decidieron la liquidación ni el reintegro o capitalización, y consiguen imponer una quita a los acreedores. La pérdida del capital social no necesariamente imposibilita funcionar al ente, pues con adecuada

---

<sup>12</sup> A cargo de Efraín Hugo RICHARD, cuyos desarrollos pueden verse –incluso sobre otros países- en publicaciones unificadas en página electrónica de la Academia Nacional de Derecho y Cs. Sociales de Córdoba [www.acaderc.org.ar](http://www.acaderc.org.ar).

<sup>13</sup> “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”.

administración financiera, es posible mantener capacidad operativa sin afectar posibilidades de cumplir el objeto social, pero ello conlleva la posibilidad de dañar, al continuar el giro si luego no se satisface el pasivo. La libertad para decidir esa continuación, sin capitalizar la sociedad, en la esperanza de negocios exitosos, no liberaría de asumir el pasivo insoluto o la satisfacción de 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 -arts. 164 CCC y 99 LGS- nacerá indubitablemente cuando aquellos soslayando la opción del art. 96 LGS ratifiquen la presentación en concurso prevista por art. 6 de la ley 24522 (LCQ).

4. Si el reintegro o capitalización esta a cargo de los socios, la judicatura no debería homologar propuestas con quita, pues configuraría abuso o fraude generado por administradores y socios, para beneficiar a éstos perjudicando a acreedores. Los socios abusarían del derecho si en vez de reintegrar el capital o capitalizar la sociedad la concursaran para que los acreedores asuman la pérdida. Si fracasara la tratativa extrajudicial de esa capitalización, o la liquidación privada se considerara inviable, recién aparecería lógica la presentación en concurso. La capitalización de créditos quirografarios puede ser la propuesta superadora para un acuerdo. Quita y espera impuestas en acuerdo concursal importan enriquecimiento para los socios y empobrecimiento para los acreedores, un verdadero abuso de derecho y fraude a la ley. El CCC, en Título Preliminar refiere al derecho como sistema por su art. 2° “coherente con todo el ordenamiento”, como en arts. 10 y 12 en cuanto refieren a las normas imperativas resultantes para las sociedades de la LGS por el art. 150 inc. a CCC, norma que recién en el inc. c se refiere a la aplicación de las leyes especiales como es la de concursos, y la aplicación de la teoría del abuso del derecho y fraude a la ley –conforme esos arts. 10 y 12- si se intenta evitarlas a través de la aplicación de otras normas.

5. La apreciación lógica es simple: si la sociedad tiene un mero problema de disponibilidades, activo corriente inferior al pasivo corriente, una espera solucionará el problema. Con patrimonio neto positivo no se advierte la necesidad de una quita. Si tiene un patrimonio neto neutro o negativo se ha producido la pérdida del capital que impone su liquidación salvo que los socios decidan reintegrar o capitalizar, sea ellos mismos o terceros, incluso por la capitalización de pasivo (arts. 96 y 197 LGS). Intentar una quita en el concurso, cuya presentación es ratificada por los socios, implicaría un fraude a la ley societaria intentando que los acreedores asuman las obligaciones que tienen los socios, y los enriquezcan. El art. 52 ap. 4 LCQ impone al juez no homologar un acuerdo concursal en ningún caso frente a abuso de derecho o fraude a la ley. Si hay abuso el juez debería aplicar la norma del art. 10 del Título Preliminar: “... *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*”. Si hay fraude, la norma será la del artículo 12 del Título Preliminar del Código Civil y Comercial se refiere al “Orden público” y al “Fraude a la ley”: “*Las convenciones particulares no pueden dejar sin efecto las leyes en cuya observancia esté interesado el orden público. El acto respecto del cual se invoque el amparo de un texto legal, que persiga un resultado sustancialmente análogo al prohibido por una norma imperativa, se considera otorgado en fraude a la ley. En ese caso, el acto debe someterse a la norma imperativa que se trata de eludir*”. Por eso, ante la silenciosa y aceptada práctica de quitas en los concursos de sociedades, cierta importante doctrina ha comenzado a aceptar que la quita a los acreedores debe ir acompañada del “esfuerzo compartido” de los socios capitalizando la sociedad, lo que es ambiguo.

Conforme esta posición damos sintéticas respuestas al cuestionario: (i) Como se determina la existencia de la causal de disolución. *Normalmente por la aprobación del balance, salvo ocultamientos.* (ii) Cuales son los mecanismos y plazos para su remediación. *Los mecanismos son la*

*reintegración del capital o la capitalización por socios, terceros o de deudas, si no se opta por la liquidación. No existen plazos pero la responsabilidad se genera desde la constatación de la causal de disolución.* (iii) Cual es el grado de responsabilidad para socios y administradores. *Total de los administradores y de los socios o accionistas que hubieran colaborado activa u omisivamente.* (iv) Si es posible de que la remediación la establezcan los acreedores. *Siempre, pero no por su propia iniciativa, requeridos por los socios podría serlo en un procedimiento privado o en el acuerdo concursal. Si fracasa el intento de una propuesta en un concurso, se abre una segunda ronda a través de la previsión del art. 48 (48 bis) LCQ –acuerdo heterónomo-, en la que pueden intervenir terceros y acreedores, particularmente los laborales.* (v) La viabilidad de la actividad como mecanismos complementario a la remediación. *Es indispensable, hoy impuesta por el art. 100 LGS.* (vi) El concurso como remediación o eventual posibilidad de sanción al sujeto que incurrió en la infra capitalización. *En vez del término infracapitalización que hace a la función operativa del capital social, preferimos referirnos derechamente “que incurrió en pérdida del capital social sin remediarla conforme LGS”. Ello es siempre factible pero no puede convertirse en un factor de enriquecimiento de los socios que no adoptaron las medidas previstas imperativamente por la ley societaria, pues a nuestro entender constituiría un fraude a la ley societaria, tema no abordado por la jurisprudencia ni por doctrina mayoritaria, pese a que empieza a hablarse de “esfuerzo compartido”.* (vii) Si esta causal permite o impide la iniciación de un proceso concursal. *No formalmente, ni siquiera se lo plantea la jurisprudencia ni la doctrina mayoritaria, pero se ha entendido que sería un impedimento en las Jornadas de Sindicatura Concursal del Consejo Profesional de Ciencias Económicas de Córdoba.* Creemos que la sociedad podrá concursarse, incluso en liquidación, pero lo que no pueden hacer los socios es sustituir la previsión imperativa del art. 96 LGS argentina, que les impone liquidar o capitalizar, y esto último no pueden transferirlo a los acreedores a través de quitas, aún impuestas por mayorías.

## **SECCIÓN SEGUNDA**

### **Nuevas referencias:**

1. En primer lugar con un par de sentencias referidas a las obligaciones de los socios de dotar el patrimonio de la sociedad, correspondiéndonos los subrayados: Sentencia del TERCER JUZGADO DE PROCESOS CONCURSALES PRIMERA CIRCUNSCRIPCIÓN JUDICIAL, del PODER JUDICIAL MENDOZA, en la causa “KLP EMPRENDIMIENTOS SOCIEDAD ANONIMA P/ MEGACONCURSO”, fechada en Mendoza, 22 de Abril de 2016 del Juez Pablo GONZALEZ MASANES: .... ANÁLISIS DE LOS CRÉDITOS INSINUADOS... ....Las constancias de autos demuestran – y la incorporación de este importante crédito en el pasivo concursal, implica reconocer – que la asistencia económica de este acreedor ha sido determinante para el mantenimiento de la actividad de la concursada en orden al cumplimiento de su objeto social. En sentido similar ha concluido Sindicatura y resulta también de las manifestaciones de los órganos de la concursada, conforme ha sido transcripto anteriormente. Si el auxilio económico de un accionista es constante durante varios ejercicios y de tal relevancia que sin él no hubiese resultado posible el sostenimiento de la sociedad o la realización del objeto social (en los términos de los arts. 163 inc. i CCC y 94 inc. 5 LGS, respectivamente), resulta evidente que bajo el ropaje de operaciones de mutuo se encuentra funcionando lo que debió operar como aportes de capital. En otras palabras, si la sociedad se encontraba infra capitalizada y quería evitar encontrarse en situación de disolución por pérdida del capital social, lo que necesitaba no era la asistencia económica de un socio, sino el aporte de capital suficiente para la consecución de su propósito empresarial (art. 96 LGS). Aun cuando se asumiera una perspectiva de menor rigor, que

entiende que el capital social funciona de modo intra societario en la determinación de los derechos patrimoniales y políticos de los socios y que su incidencia es irrelevante respecto de los terceros; en el caso no es posible sino arribar a la misma conclusión. En efecto, desde la postura comentada se señala que la función de garantía directa respecto de terceros se encuentra reservada al patrimonio neto, con lo cual la situación de infra capitalización o – como sostiene esta visión – infrapatrimonialización, consiste en la deficiencia del patrimonio para cumplir el objeto social (Dasso Ariel A., Disolución y quiebra de la sociedad: infra capitalización, IX Congreso Argentino de Derecho Concursal – VII Congreso Iberoamericano de la Insolvencia, Crisis y Derecho, Tomo I, p. 164). Como fue expuesto, si el auxilio financiero de un socio resultó determinante para la continuación del giro de la empresa, es simplemente porque la sociedad carecía de los recursos propios y necesarios para sostenerse; o, en otros términos, porque su patrimonio era insuficiente para cumplir con el objeto social. Nada impide que la sociedad recurra al crédito, pero cuando la vital y continua asistencia financiera es prestada por un socio...forzoso es desembocar en dos conclusiones: a) la operación de crédito se hizo eludiendo o remplazando la norma que impone adecuar el patrimonio en cuanto prenda común de los acreedores al objeto social (arts. 12, 154, 163 inc. i y cc. CCC; arts. 94 inc. 5 y 96 LGS) y b) ese accionista-acreedor ha intentado equipararse a los demás acreedores respecto a su posición frente a la prenda común....Es que más que ante una relación acreedor-deudor, nos encontramos frente a una relación sociedad-accionista. Esta relación intrasocietaria sólo puede ser liquidada una vez satisfecho el pasivo social; de otro modo el déficit societario sería absorbido por los acreedores, con el consecuente enriquecimiento del patrimonio social y por ende de los accionistas – particularmente los de control –. (conf. Richard Efraín Hugo, Preconcursabilidad societaria: ¿existe?, IX Congreso Argentino de Derecho Concursal – VII Congreso Iberoamericano de la Insolvencia, Crisis y Derecho, Tomo I, p. 152).... - Apunta a esos efectos el fallo recaído en la causa "Díaz y Quirini SA s/ concurso preventivo s/ incidente de revisión (promovido por Quirini Augusto)" – CNCOM – SALA C - 31/05/2012<sup>1</sup>, de donde extractamos para nuestro ensayo aspectos de una verificación de créditos en una quiebra de un préstamo de un socio cuando la sociedad estaba insolvente, declarándolo subordinada. Advertimos que de las propias confesiones judiciales nacieron las responsabilidades previstas en el art. 99 LGS, que parece que no se ejercitaron: "Pues bien: cualquiera que sea el alcance que se otorgue –y aún cuando se la niegue- a la obligación de los accionistas de dotar a la sociedad que integran de un capital suficiente para cumplir su objeto, parece claro que el socio que, sabiendo que el ente se halla insolvente, se aviene a prestarle dinero en vez de arbitrar los mecanismos para capitalizarlo, no puede quedar en el concurso de la sociedad, en igualdad de condiciones con los demás acreedores.- Cuando se verifica –como debe entenderse ocurrido en el caso a la luz del mismo reconocimiento del interesado- un supuesto de infra capitalización formal de la sociedad del que se desprende que, pese a haber perdido su capital de riesgo, la sociedad siguió operando en plaza gracias a los fondos entregados, no a título de aporte, sino en calidad de préstamo por los socios, éstos no pueden aspirar en dicho concurso a disputar derechos a los referidos acreedores.- Es decir: si la sociedad ha perdido su capital de riesgo debe ser disuelta (art. 94 inc. 5 LS) o capitalizada (art. 206, misma ley). Con esta aclaración, que no es sino una reiteración: si, sabiendo que el ente se encuentra en tales condiciones, el socio decide prestarle en lugar de aportar a título de capital, tal decisión no podrá, sobrevenido el concurso, servir de mecanismo para frustrar la función de garantía que a la noción de capital resulta inherente.- Lo contrario importaría tanto como admitir la posibilidad de trasladar el riesgo comercial propio a terceros, lo cual es inadmisibles y justifica que los créditos así nacidos, sólo puedan ser admitidos con el carácter de subordinados.-...Firman E. R. Machin, Juan R. Garibotto, Julia Villanueva.

2. Acercamos parte de un reciente trabajo<sup>14</sup> en la idea que las sociedades son una técnica de organización maravillosa, que todos los ordenamientos abren a la autonomía de la voluntad para emprendimientos, pero correlativamente fijan normas imperativas, particularmente en defensa de la consistencia patrimonial de la sociedad y causales de disolución, tendientes a evitar daños a terceros, imponiendo un diagnóstico de viabilidad (art. 100 Ley General de Sociedades –LGS)<sup>15</sup>. Es la llamada función de garantía del capital social, y cuyo soslayo genera responsabilidad de base subjetiva, hoy incentivada por el Código Civil y Comercial (CCC).

Esta tesis tiende a ser vulnerada por la práctica generalizada en las soluciones preventivas por aplicación de la Ley de Concursos (LCQ), trasladando el problema a los acreedores, tratándolos como socios sin derechos, o eliminando la responsabilidad referida por un exceso ritual manifiesto, sin aplicar principios tales como “iura curit novia” sin afectar derechos de defensa.

a. Respecto al tema “Remoción de causales disolutorias, nos centramos en la que genera daño indubitable que es la pérdida del capital social. Ella se determina no sólo cuando se confecciona y más aún cuando se aprueba un balance anual con patrimonio neto neutro o negativo, sino también cuando no realizados los balances no se localiza patrimonio en un proceso individual o colectivo para satisfacer las obligaciones imputables a la sociedad.

La constatación de la causal de disolución es inmediata a esos actos o hechos, pero entendemos que no existe plazo para generar su remediación conforme dispone el art. 96 LGS<sup>16</sup>, ni para iniciar la etapa de liquidación. La misma puede ser invocada en cualquier momento, no hay etapa de liquidación promovida “ipso jure”, entendiendo que lo que es de inmediata aplicación es la responsabilidad de quién corresponda. Mientras no se produzca daño porque se entiende que puede revertirse la situación no hay responsabilidad, la responsabilidad se materializa con el daño –no como sanción- pero la atribución de la misma se retrotrae al hecho que la generó.

Estamos tratando el problema de la insolvencia, que en los fallos que comentaremos es presentada como infrapatrimonialización material o sustancial, pero que a la postre es la inexistencia de patrimonio para satisfacer el pasivo de la persona jurídica societaria –pérdida del capital social-. Incluso se suele distinguir entre insolvencia patrimonial –pérdida del patrimonio- de insolvencia financiera –infrapatrimonialización.<sup>17</sup>

b. Responsabilidad civil, societaria y concursal de administradores de sociedades. Ella nace cuando se ha producido daño. Los factores de atribución son siempre subjetivos: haber generado daño por relación causal, existiendo una antijuridicidad: mal desempeño de funciones, continuar el giro si no hay patrimonio suficiente, imputando responsabilidad a los administradores y a los socios que colaboraron en ello. El estándar que fija el art. 167 in fine servirá para interpretar

---

<sup>14</sup> RICHARD, Efraín Hugo “LA PÉRDIDA DEL CAPITAL SOCIAL, EL DAÑO A LOS ACREEDORES Y LA RESPONSABILIDAD DE ADMINISTRADORES Y SOCIOS A LA LUZ DEL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL Y LA LEY GENERAL DE SOCIEDADES”, en *Cuestiones Mercantiles en el Código Civil y Comercial de la Nación*, Ed. Fundación para la Investigación y Desarrollo de las Ciencias Jurídicas, Buenos Aires abril 2016, Pág. 565 (Parte 2. Análisis crítico de jurisprudencia).

<sup>15</sup> 2.21.- Sustitúyese el artículo 100 de la ley 19.550, T.O. 1984, por el siguiente: Artículo 100.- Remoción de causales de disolución. Las causales de disolución podrán ser removidas mediando decisión del órgano de gobierno y eliminación de la causa que le dio origen, si existe viabilidad económica y social de la subsistencia de la actividad de la sociedad. La resolución deberá adoptarse antes de cancelarse la inscripción, sin perjuicio de terceros y de las responsabilidades asumidas. *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.

<sup>16</sup> Art. 96 LGS “Pérdida del capital. En el caso de pérdida del capital social, la disolución no se produce si los socios acuerden su reintegro total o parcial del mismo o su aumento”, en realidad se debería decir “la liquidación no se produce...”.

<sup>17</sup> Nto. “El equilibrio en la legislación societaria y concursal uruguaya: la preconcursalidad extrajudicial” en *25 años de la ley de sociedades comerciales. Necesidad de su refojma. Homenaje al Profesor Dr. Siegbert Rippe*, AAVV dirección Eva Holtz y Rosa Piziomek, edición Facultad de Ciencias Económicas y de Administración Universidad de la República, Montevideo 2014, página 415.

el art. 99 LGS particularmente en su última parte “y a los socios en su caso”. c. Y casi como remanente: 2.7. La “Inoponibilidad de la personalidad jurídica”, como técnica de imputación y responsabilidad en las relaciones de organización.<sup>18</sup>

Con estas concepciones introductorias afrontamos el sin duda incompleto comentario de los fallos referidos, particularmente por el acotado tiempo que dispusimos, pero servirá sin duda para debatir por las cuestiones polémicas que se advertirán.

Transcribimos un párrafo de un fallo como tesis “*El capital social, como está planteado en la LSC, es una cifra de retención y ello es lo que realmente constituye la garantía de terceros, por lo que si los socios o accionistas vulneran esta garantía, su responsabilidad ya no será limitada y responderán más allá del capital aportado*”.<sup>19</sup>

**3. LAS NORMAS IMPERATIVAS DE REGULACIÓN DE PERSONAS JURÍDICAS.** La autonomía de la voluntad para la elección del medio organizativo esta acotado por la existencia de normas imperativas para las personas jurídicas privadas esta reconocida en el art. 150 a)<sup>20</sup> CCC. En tal sentido las que prohíben ciertas cláusulas –art. 13 LGS- o aseguran la representación orgánica y la consistencia patrimonial o imponen la liquidación *in bonis*, o sea con activo suficiente para satisfacer el pasivo –que es la función de garantía del capital social-<sup>21</sup>. La base de la constitución y reconocimiento de una persona jurídica privada es el patrimonio separado para el cumplimiento de su finalidad, apuntalado por el art. 154 CCC, y a la determinación del capital social en LGS. Pese a que la doctrina nacional, de manera reiterada ha tratado sobre la crisis del concepto del capital social<sup>22</sup>, se acepta que el capital social cumple tres funciones: a) Función de productividad; b) Función de garantía; c) Función de determinación de los derechos del socio. La más trabajada es la función de productividad, que hace a la funcionalidad de la sociedad, a la posibilidad de cumplir el objeto social. Se trabaja allí en torno a la “infracapitalización o infrapatrimonialización material o sustancial”, no meramente formal, y se usa para sostener responsabilidad en ciertos supuestos.

<sup>18</sup> Nto. “INOPONIBILIDAD DE LA PERSONALIDAD JURÍDICA: IMPUTABILIDAD Y RESPONSABILIDAD”, en Revista de Derecho Privado y Comunitario, Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe 2009, n° 2008 – 3 pág. 191 a 246.

<sup>19</sup> CNCom, Sala F, Mayo 13 de 2014, “Víctor Carballude SRL sobre quiebra, Incidente de inoponibilidad de la personalidad jurídica”, con votos de Rafael F. Barreiro y Juan Manuel Ojea Quintana.

<sup>20</sup> Art. 150 CCC. Leyes aplicables. Las personas jurídicas privadas que se constituyen en la República, se regien: a) por las normas imperativas de la ley especial o, en su defecto, de este Código;...” y recién en el inc. c. se refiere a la aplicación de leyes especiales, como es la concursal.

<sup>21</sup> Nto. “La función de garantía del capital social frente a la agenda concursal –estudio comparativo-“ en *Libro homenaje al profesor Emilio Beltrán*, edición del Instituto Iberoamericano de Derecho Concursal, Cartagena de Indias, Colombia, octubre 2014, pág. 279.

<sup>22</sup> Podemos citar, entre otros: LE PERA, Sergio: “Sobre la futilidad de la noción de capital social” LL, T.1986-b, Pág. 972; ARAYA, Miguel C. “El Capital Social” DPYC – Sociedades, Ed. Rubinzal Culzoni, Sta. Fe 2003, Pág. 213; ARAYA, Miguel C. “Capital y patrimonio” JA-1996, t. IV. Pág. 676; FOURCADE, Antonio Daniel, en “El patrimonio neto en las sociedades comerciales” Ed. Osmar D. Buyatti, Buenos Aires 1998; RAMÍREZ BOSCO, Lucas: en “Responsabilidad por infracapitalización societaria”, Ed. Hammurabi Bs. As. 2004 NISSEN, Ricardo en el prólogo a la obra de Ramírez Bosco citada; LE PERA, Sergio en prólogo a la obra “Régimen de Utilidades en las Sociedades Anónimas” de la autora CHINDEMI, Marcela H., Ed. Ad-Hoc, Bs. As. 2004. VERLY, Hernán: “Apuntes para una revisión del concepto de capital social” LL-1997-A, Pág. 756; LISDERO, Alfredo R. “Una posible solución al problema de la infracapitalización societaria” ED t.191, pág. 804; GALIMBERTI, María Blanca: “El capital social en una era de grandes cambios” DSEyCERrepar, T.IX, 1998; BOLLINI SHAW, Carlos (h): “Capital y patrimonio en las sociedades anónimas. El principio de la intangibilidad del capital social” ED-1976, T.65, Pág. 813; REINOSO, José L. “Capital social: mínimo legal y suficiente para el cumplimiento del objeto social” JA-1997. t.IV, Pág. 731; JURADO, María A. “El Capital Social y la Realidad Económica actual”, en la obra colectiva: “CUESTIONES DE DERECHO SOCIETARIO. EN HOMENAJE A HORACIO P. FARGOSI”, VÍTOLO, Daniel R. Director. Ed. Ad-Hoc. Bs. As. 2004, pág. 333; RICHARD, Efraín Hugo: “Sobre el Capital Social”, en “Jornadas Nacionales de Derecho Societario en Homenaje al Profesor Enrique M. Butty, Buenos Aires, 2007, pág. 107 y [www.acaderc.org.ar](http://www.acaderc.org.ar)

Hemos señalado que ello es una suerte de zona gris, algo imprecisa, que contrasta con la verdadera función de garantía del capital social que es su pérdida total –en nuestro país- o la constatación de la existencia de patrimonio neutro o peor aún negativo, lo que constituye una línea roja que dispara sin duda la responsabilidad.

Presentarse en concurso no aparece como una norma imperativa, tampoco solicitar la propia quiebra de la sociedad. Pueden constituir conductas de prudente administración. Es más, normas de contratación pública prohíben a los condedentes o proveedores de servicios u obras concursarse o quebrar, bajo sanción de resolución del contrato.

Es necesario convenir en que las normas de la ley general de sociedades sobre la función de garantía del capital social son imperativas.

El art. 96 LGS de no constituir una norma imperativa sería una norma disponible. Y lo que la misma dispone como opción es imperativo, porque su incumplimiento implica una conducta antijurídica que genera responsabilidad. Responsabilidad no como sanción sino por el daño, dentro de la teoría general de la responsabilidad de base subjetiva. Incluso administradores y socios podrán disponer que la sociedad se concurse, pero no podrán generar una nueva opción de la fijada en la norma imperativa.<sup>23</sup>

Las normas o leyes se clasifican en imperativas o supletorias.<sup>24</sup> Una ley es imperativa cuando no es posible sustraerse a lo que obliga o prohíbe, y es supletoria cuando lo dispuesto por la norma puede ser cambiado o modificado según la voluntad de las personas intervinientes en la situación jurídica por la ley elaborada o regulada. Pero en las leyes debe distinguirse con claridad entre aquellas de sus normas que son imperativas para sus destinatarios, es decir las que se imponen sin posibilidad de pacto o decisión en contra pues sus efectos deben producirse con independencia del querer de las personas, de las que tiene un carácter de decisión particular contraria. También deben distinguirse las opcionales imperativas, en cuanto permiten decidir más de una solución pero sin apartarse de ellas. Esa decisión podrá ser voluntaria, según su deseo y conveniencia entre dos o más posibilidades reguladas por la misma ley en cuanto a los efectos de las opciones consagradas. La ley imperativa se impone ante la voluntad de las partes. Se cumple aunque las partes en común acuerdo quisieran que no fuera así, imponiendo obligaciones, responsabilidades o prohibiciones. La norma supletoria, en cambio, brinda la posibilidad de que las partes fijen los efectos o consecuencias, o las obligaciones y prohibiciones que gobiernen su relación jurídica, y si las partes nada dicen al respecto, la norma entra a suplir esa indefinición, de modo que la ley sólo tendrá efecto si las partes no han expresado su voluntad, por lo que se puede afirmar que una norma supletoria permite que la voluntad de las partes prevalezca. Rápidamente se advertirá que el art. 96 LGS no constituye una

---

<sup>23</sup> MUIÑO, Orlando Manuel “EN TORNO A LA INDISPONIBILIDAD DE LA DISOLUCIÓN POR PÉRDIDA DEL CAPITAL SOCIAL”, en *Crisis y Derecho*, Tomo 1 “Las vías de prevención y saneamiento de la crisis empresaria”, pág. 124, Ed. Fespresa, Córdoba 2015; “El segundo aspecto (disolución *ipso jure*), puede fácilmente responderse de manera negativa, toda vez que, atendiendo a la disposición del art. 96 LGS, es posible remediar la situación de pérdida del capital social “si los socios acuerdan su reintegro total o parcial del mismo o su aumento”. La causal requiere pronunciamiento de los socios, quienes pueden rechazar la disolución con reintegro total o parcial o aumento del capital (art. 96 *in fine* LGS). ...Las previsiones imperativas de la LGS, hoy acentuadas por el CCC, implican soluciones preconcursales cuando la crisis se ha agravado e insume la pérdida del capital social.” Ricardo OLIVERA GARCÍA en ap. III “El orden público en la ley de sociedades comerciales” de su libro *Estudios de Derecho Societario*, Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe 2005, enfrenta el tema de la imperatividad de las normas societarias en el derecho argentino, a partir de discernir ¿Cómo se determina cuando una norma es de orden público?

<sup>24</sup> RICHARD, Efraín Hugo “LAS CRISIS ECONÓMICAS DE LAS SOCIEDADES Y SU ABORDO POR LA LEGISLACIÓN SOCIETARIA Y CONCURSAL URUGUAYA” en *Ley de Sociedades Comerciales – Estudios a los 25 años de su vigencia*, Ed. La Ley Uruguay, Cap. VI SOCIEDAD Y ECONOMÍA, pág. 1117, Montevideo 2015, República Oriental del Uruguay.

norma supletoria, sino que es imperativa otorgando una opción ante la constatación de la pérdida del capital social: capitalizar –por distintos medios- o iniciar la etapa de liquidación, generando la indefinición una sanción.

¿El art. 96 LGS dispone una facultad de la que puedan sustraerse los socios? No, pues la existencia de la causal de disolución produce efectos. Que es imperativo? Según el Diccionario “Deber o exigencia inexcusable”. Deben optar<sup>25</sup> pues de no incurrirán en una antijuridicidad, y de existir daño deberán satisfacerlo. Los órganos de la sociedad tienen facultad para acordar con acreedores, p.ej. la capitalización, e inclusive concursarse, pero no podrán alterar las opciones imperativas de esa norma.<sup>26</sup>

**Si la norma no es imperativa, genera una disponibilidad, o sea de pactar de diferente forma de la norma que actúa sólo a falta de regulación privada...¿Podrían los constituyentes de una sociedad pactar en el estatuto que si la persona jurídica societaria pierde el capital social esa causal de disolución deberá ser afrontada por los acreedores? ¿Se aceptaría por los órganos de control (administrativos o judiciales) inscribirla con tal cláusula? Y si se la hubiera rechazado, eliminándola del Estatuto, podrían los socios en el momento de aprobarse un balance del que surgiera la constatación de la pérdida del capital social –sin ninguna observación contable- decidir que continuarían el giro sin reintegrar ni capitalizar por si, por terceros y acreedores, disponiendo que la sociedad sea concursada y se requiera una quita a los acreedores?**

**Los riesgos de la actividad societaria no pueden ser transferidos por los socios a terceros.<sup>27</sup> Tampoco se puede dañar a sabiendas a los acreedores, y la reciente jurisprudencia anticipada así lo apunta, marcando la obligación de los socios de capitalizar la sociedad ante la existencia de la causal disolutiva de pérdida del capital social.**

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<sup>28</sup>. Correlativo con ello la disposición del art. 99 LGS, vinculado a la causal de disolución de pérdida del capital social (94.5 LGS), que protege a terceros sin perjuicio de la remediación autorizada taxativamente por el art. 96 LGS. Esa estructura fundante del derecho societario, con normas uniformes en el derecho comparado –al igual que en el nacional-, se reafirma en la nueva concepción del art. 100 introducido en LGS<sup>29</sup> congruente con los arts. 2 y 150 a) CCC, y entre ellos el art. 94.5 LGS que impone la disolución de la sociedad ante

---

<sup>25</sup> Opción conforme el Diccionario de la Real Academia es la “Libertad o facultad de elegir. Derecho de elegir entre dos o más cosas, fundado en precepto legal en negocio jurídico”. En el caso no se puede sustituir la decisión por algo no previsto en el propio art. 96 LGS.

<sup>26</sup> La Corte constitucional colombiana en sentencia T-597 definió de la siguiente manera estos conceptos “Pero en las leyes debe distinguirse con claridad entre aquellas de sus normas que son imperativas para sus destinatarios, es decir las que se imponen sin posibilidad de pacto o decisión en contra pues sus efectos deben producirse con independencia del querer de las personas, de las que tienen un carácter apenas supletorio de la voluntad de los sujetos a quienes se refieren, las cuales operan solamente a falta de decisión particular contraria, y también de las opcionales, esto es, las que permiten a los individuos escoger, según su deseo y conveniencias, entre dos o más posibilidades reguladas por la misma ley en cuanto a los efectos de las opciones consagradas”.

<sup>27</sup> STANGHELLINI, Lorenzo “Proprietà e controllo dell’impresa in crisi” en *Rivista delle Società* anno 49º 2004 settembre-ottobre fascicolo 5º, Editorial Giuffrè Milano, pág. 1079.

<sup>28</sup> Nto. “NORMAS IMPERATIVAS DEL DERECHO SOCIETARIO PARA PREVENIR DAÑOS”, en *Los aspectos empresariales en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación*, Ed. Fidas, Buenos Aires 2015, página 79.

<sup>29</sup> Sustituyese el artículo 100 de la ley 19.550, T.O. 1984, por: Artículo 100.- 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.

su pérdida. Constituyen un sistema normativo completo tendiente a evitar daños en la funcionalidad de la sociedad: “Art. 94 LSA. Disolución: causas. La sociedad se disuelve:... 5) Por pérdida del capital social... Art. 96. Pérdida del capital. En el caso de pérdida del capital social, la disolución no se produce si los socios acuerdan su reintegro total o parcial del mismo o su aumento. Art. 99. Administradores: facultades y deberes. Los administradores, con posterioridad al vencimiento del plazo de duración de la sociedad o al acuerdo de disolución o a la declaración de haberse comprobado alguna de las causales de disolución, sólo pueden atender los asuntos urgentes y deberán adoptar las medidas necesarias para iniciar la liquidación. Responsabilidad. Cualquier operación ajena a esos fines los hace responsables ilimitada y solidariamente respecto de los terceros y los socios, sin perjuicio de la responsabilidad de éstos”. Las mismas son calificadas ahora por el art. 164 in fine CCC que hemos revisado, y la nueva redacción del art. 100 LGS.

Se verá que el art. 12 CCC distingue orden público de normas imperativas. Respecto al primero para impedir puedan dejarse de lado, y respecto a ambos supuestos para sancionar el fraude a la ley. La distinción es superflua en cuanto a la existencia de fraude a la ley

No creemos haya duda de la imperatividad de las normas societarias en caso de pérdida del capital social y de los efectos que se producen. Es casi dialéctica la determinación sobre si esas normas son también de orden público. Defensores de la autonomía de la voluntad en la generación y funcionalidad de sociedades<sup>30</sup> reconocen esos límites “La ley 19.550 posee normas de tipo imperativas y normas de tipo dispositivas. Dentro de las primeras coexisten las normas que tutelan intereses patrimoniales y aquellas que protegen un llamado: orden público. A éstas últimas podemos catalogarlas como: normas imperativas (de orden público). Atento el interés jurídico tutelado, las normas de orden público no pueden ser derogadas por contrato. Hasta aquí llega la autonomía de las partes. Siendo esto así, la cuestión de fondo es saber qué normas de la ley de sociedades son imperativas y cuáles de orden público. Estos autores concuerdan en la imperatividad de: “8) el régimen de disolución y liquidación; entre otros dispositivos. Nadie puede negar que el capital social constituye un elemento esencial del tipo pues hace al patrimonio neto mínimo de retención que el sistema jurídico exige como atributo de la personalidad y del régimen de limitación de responsabilidad. (...) Nadie podría válidamente constituir una sociedad sin capital social;... Nos animamos a decir que este tipo de normas son imperativas (de orden público) y que su violación da lugar a una nulidad”.

Como se verá esta línea de doctrina sostiene que todo lo referido a las causales de disolución, y referido a la liquidación, como la falta de capital social son normas imperativas, de orden público, irrenunciables e inderogables, indisponibles.

#### **4. REMEDIACIÓN DE LA CAUSAL.**

Es nada menos que la “función de garantía del capital social” a la que estamos poniendo de resalto como una línea roja que impone conductas. Es una función distinta a la de “productividad o funcionalidad” del capital social sobre la que se ha escrito mucho a través de la teoría de la “infrapatrimonialización material”. Pero la función de garantía hace a un problema patrimonial: el pasivo social no puede ser igual o superior al activo social. Esta función de garantía funciona también en las legislaciones que autorizan la “one dollar corporation” o “one pound company”.

A salvo la autonomía de la voluntad de remover la causal reintegrando el capital social en el caso o capitalizando (art. 96 LGS). Atento a que la función de garantía del capital social es de orden

---

<sup>30</sup> VAN THIENEN, Pablo A. (Director) “Orden público societario...¿estás ahí? En Lax & Finance, Working Paper n° 20, 2008.

público y las normas que lo tutelan en resguardo de terceros y del mercado son imperativas, esa norma de remoción del art. 96 LGS, para no liquidar ni asumir responsabilidad: ¿puede ser desoída?

¿Podrían los constituyentes de una sociedad pactar en el estatuto que si la persona jurídica societaria pierde el capital social esa causal de disolución deberá ser afrontada por los acreedores? ¿Se aceptaría por los órganos de control (administrativos o judiciales) inscribirla con tal cláusula? Y si se la hubiera rechazado, eliminándola del Estatuto, podrían los socios en el momento de aprobarse un balance del que surgiera la constatación de la pérdida del capital social –sin ninguna observación contable- decidir que continuarían el giro sin reintegrar ni capitalizar por si, por terceros y acreedores, disponiendo que la sociedad sea concursada y se requiera una quita a los acreedores?

No hay duda que la pérdida del capital social cuando se formaliza o debió formalizar el balance con tal revelación aparece como de inmediata constatación e impone la convocatoria a los socios. Si hay “recomposición” o reintegración del capital social o su aumento desaparece todo problema aunque hubiera alguna demora, pues ningún daño se ha generado manteniéndose la garantía de los acreedores.

Si la recomposición no se decide y continúa operando la sociedad la cuestión de la responsabilidad se retrotrae a la fecha en que se acredite que administradores y socios conocieron o debieron conocer la situación si, como debemos presumir, hay acreedores insatisfechos o que resultan afectados por quitas y esperas en un proceso concursal.

¿Por qué antes de la presentación en concurso, o en el momento de ratificar tan onerosa vía, los socios no optan por la solución prevista en el art. 96 LGS? Es porque la cuestión no ha sido sometida a su consideración ni advertido el riesgo de asumir la responsabilidad que importa esa ratificación.

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

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

La ley da clara respuesta a este supuesto en el art. 99 LGS, como anticipamos. Respecto a los socios, la norma contenida en el art.99 LGS agrega "sin perjuicio de la responsabilidad de estos". La doctrina ha interpretado que la referencia en forma inequívoca está aludiendo al consentimiento de los socios en los actos realizados por los administradores en este período. Ante la pérdida del capital social, si los administradores no asumen el camino previsto, y los socios convocados trasladan el riesgo operativo a los acreedores, asumen responsabilidad.

## **5. RESPONSABILIDAD Y ESFUERZO COMPARTIDO.**

¿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 LSA?

No parece que el efecto novatorio que genera la homologación de un acuerdo concursal alcance a la responsabilidad de administradores y/o socios<sup>31</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.

Conforme lo apuntado deberá también analizarse objetivamente si la funcionalidad societaria no ha sido usada para perjudicar a los acreedores a través del proceso concursal, eventualmente sin “esfuerzo compartido”, como apunta Truffat, como piso que rompe las actuales tradiciones, que alienta nuestra mirada, que es más profunda. La norma reformada del art. 52, num. 4º, de la ley 24.522 (LCQ) impone analizar si no hay abuso de derecho y fraude a la ley, y en caso de crisis de sociedades de las normas imperativas de la Ley General de Sociedades que imponen la patrimonialización de la sociedad a los socios —por sí o invitando a terceros a compartir los derechos sobre el patrimonio social—. El Título Preliminar del Código Civil y Comercial (CCyC) es esclarecedor, no sólo por la integración del sistema jurídico (art. 2º), sino por las precisas referencias a la buena fe, el abuso de derecho y el fraude a la ley (arts. 9º, 10 y 12), y a valores, todos temas muy apuntados en los Fundamentos de elevación del CCC.

Una apreciación inicial impone señalar que el “esfuerzo compartido” implica cuando menos un cuestionamiento frontal a la propuesta —y ulterior acuerdo— de quita —unido a esperas— que hacen que los acreedores sean los únicos a los que se les impone soportar la crisis de las sociedades, sin esfuerzo alguno de los socios y en su exclusivo beneficio al patrimonializar la sociedad. Bernardo Carlino, en reciente ponencia, formula una propuesta en similar sentido<sup>32</sup>. Claro que es un aparente “esfuerzo compartido”, porque la capitalización que hacen los socios en su beneficio por la propiedad que tienen del patrimonio social, y la quita de los acreedores también, pues disminuye el pasivo social y genera una utilidad para ella y correlativamente del valor de las participaciones de esos socios.

## 6. CONCURSO Y DAÑO.

El tema a seguir debatiendo se centra en: a. Que en el concurso de sociedades hay que tener en cuenta las normas de la ley específica que las regula. b. Que no puede trasladarse todo el daño que genera la crisis a los acreedores, imponiendo el esfuerzo compartido de socios junto a los acreedores. c. Que siempre es posible el concurso de una sociedad. d. Que frente a homologación de acuerdos violatorios de la ley societaria siempre caben acciones de responsabilidad a promover por los dañados privada y extra concursalmente.

Reiteramos lo expresado a p. 166 de *Perspectiva* —artículo del año 2006—: “Recapitulando: la capitalización del pasivo es la forma societaria de afrontar la crisis. Un acuerdo expropiatorio —sin indemnización— de quita y espera para ser constitucional debería ir unido a que los acreedores

---

<sup>31</sup>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. 8º 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

<sup>32</sup>CARLINO, Bernardo, “El sistema de preconcursalidad societario ante la pérdida del capital social (arts. 96 y 99) y si ello es incompatible con la pretensión de los socios de no capitalizar y que los acreedores hagan quitas a sus créditos para encubrir esa pérdida”, en *Crisis y Derecho*, cit., p. 121.

compartieran el patrimonio social, como una forma de compensación. Ello devuelve a lo que sostuvimos en 1981 en torno a la ‘Conservación de la empresa’, recordando a Abadesa: ‘la remodelación tiende a salvar la empresa, no a aquellos que deben sufrir la responsabilidad y riesgo de la insolvencia’”.

Los acreedores de una sociedad en crisis no pueden ser tratados, al decir de Miola y también de Stanghellini, como accionistas sin derechos. “Lo dirimente es poner la cuestión en manos de los socios. Éstos tal vez decidan la capitalización de la empresa o admitan su fusión por absorción con otro ente más saludable”<sup>33</sup>. Al no existir normas que impidan la continuación de la empresa en crisis, la tutela de acreedores resulta de imputar responsabilidad a administradores sociales, por no actuar debidamente, generando daño por acción u omisión, y a los socios en su caso –art. 99 LGS, hoy calificada por el art. 164 in fine CCC-.

En supuestos de concursos con acuerdos de quitas, la responsabilidad de socios -arts. 167 in fine CCC y 99 LGS- nacerá indubitadamente cuando aquellos soslayando la opción del art. 96 LGS ratifiquen la presentación en concurso prevista por art. 6 de la ley 24522 (LCQ). Si el reintegro o capitalización está a cargo de los socios, la judicatura no debería homologar propuestas con quita, pues configuraría abuso o fraude generado por administradores y socios, para beneficiar a éstos perjudicando a acreedores. Los socios abusarían del derecho si en vez de reintegrar el capital o capitalizar la sociedad la concursaran para que los acreedores asuman la pérdida. Si fracasara la tratativa extrajudicial de esa capitalización, o la liquidación privada se considerara inviable, recién aparecería lógica la presentación en concurso. La capitalización de créditos quirografarios puede ser la propuesta superadora para un acuerdo. Quita y espera impuestas en acuerdo concursal importan enriquecimiento para los socios y empobrecimiento para los acreedores, un verdadero abuso de derecho y fraude a la ley. Intentar una quita en el concurso, cuya presentación es ratificada por los socios, implicaría un fraude a la ley societaria intentando que los acreedores asuman las obligaciones que tienen los socios, y los enriquezcan. El art. 52 ap. 4 LCQ impone al juez no homologar un acuerdo concursal en ningún caso frente a abuso de derecho o fraude a la ley. Si hay abuso el juez debería aplicar la norma del art. 10 del Título Preliminar: “... *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*”. Si hay fraude, la norma será la del artículo 12 del Título Preliminar del Código Civil y Comercial se refiere al “Orden público” y al “Fraude a la ley”: “*Las convenciones particulares no pueden dejar sin efecto las leyes en cuya observancia esté interesado el orden público. El acto respecto del cual se invoque el amparo de un texto legal, que persiga un resultado sustancialmente análogo al prohibido por una norma imperativa, se considera otorgado en fraude a la ley. En ese caso, el acto debe someterse a la norma imperativa que se trata de eludir*”.

**7.** Conforme lo expresado “El planteo axiológico ético es la conservación de la empresa VIABLE. Ante la dificultad económico-patrimonial-financiera de una empresa viable: ¿la cuestión debería plantearse esa conservación como un problema de orden público? El nuevo art. 100 LGS impone a los órganos societarios determinar la viabilidad económica y social de esa persona jurídica, y también su remediación en caso de patrimonio neto negativo –art. 96 LGS-.

Parece que en el caso de avizorarse una crisis de una sociedad, administradores buenos hombres de negocios por sí o recurriendo a terceros, deben hacer un diagnóstico de la situación

---

<sup>33</sup> BARREIRO, Marcelo G. – TRUFFAT, E. Daniel, “Responsabilidad de administradores y representantes en la ley de quiebras: el deber fiduciario de la ley de sociedades, ¿se traslada a los acreedores?”, *Doctrina Societaria y Concursal*, t. XVII, octubre 2005, ps. 1205 y ss.

para determinar la viabilidad de la actividad (forma de darse naturalmente la idea de empresa), las dificultades existentes y la posibilidad de su remoción, informándose a los socios para que, en definitiva tomen una solución.

Y de esta forma hemos dado respuesta a la pregunta sobre quiénes deben formalizar el diagnóstico de viabilidad e intentar solucionar el problema.

Es en principio un problema ajeno al orden público. Aunque hoy la conservación y generación del empleo a través de la conservación de la empresa posible es un tema de orden público. Por tanto no es en principio el Estado el que debe solucionar el problema, salvo que excluyendo a los socios expropie el patrimonio social.

Una respuesta positiva, para determinar que la cuestión escapa al orden interno de la sociedad y de los intereses a ella vinculados, aparecería cuando desde el diagnóstico sobre la viabilidad de la empresa, el mismo es genérico y se encuentra vinculado a políticas exportadoras, arancelarias o de otro orden impuestos por el gobierno nacional, provincial o municipal, como hemos anticipado.

Es un tema de derecho interno, que deben afrontar los administradores y comunicar a los socios, que cuando el patrimonio activo sea insuficiente para satisfacer el pasivo y se hubiera constatado la llamada pérdida del capital social, se encuentran obligados a reintegrar por sí, o capitalizar por sí, terceros o por acreedores, para cubrir la pérdida patrimonio y reconstituir el capital nominal original. Es un problema patrimonial que tiene una evidenciación contable, que por ello puede no ser definitiva pero en tal caso debe ser explicitada en la Memoria o en la información al someter al órgano de gobierno un balance donde contablemente se señale la existencia de un patrimonio neto neutro o negativo.

Si el balance sin explicaciones señala la pérdida del 50% en una S.A. se impone la reducción del capital social, que no podrá ser inferior al mínimo, hoy de \$ 100.000 en Argentina, aproximadamente 7.500 u\$s. Si se ha perdido el 100% del capital social, o sea se genera una situación de patrimonio neto neutro o negativo se ha generado una causal de disolución, de inmediata constatación al aprobarse el balance donde no hay información sobre valuaciones incorrectas o a amortizaciones legales que pese a esa información mantienen un patrimonio real suficiente para atender el pasivo social.

Esa causal de disolución impondría iniciar la etapa de liquidación, para lo cual ello debe decidirse en una Asamblea Extraordinaria que puede, conforme al art. 96 LGS reintegrarse el capital o capitalizar por diversos medios (art. 197 LGS) o liquidar la sociedad. A su vez el nuevo art. 100 LGS admite la posibilidad de remover la causal de liquidación en etapa de liquidación, siempre y cuando la sociedad sea económicamente viable y socialmente útil, conforme las reflexiones que hemos formalizado en puntos anteriores.

Nos hemos expedido cuidadosamente más arriba sobre que las previsiones del derecho societario de remediación constituyen normas imperativas, generando una opción imperativa, sin perjuicio de la posibilidad de concursar la sociedad, aún en estado de liquidación.

Por tanto las normas imperativas del derecho societario de remediación no pueden ser soslayadas por aplicación del sistema concursal, intentando que los acreedores asuman el problema a través de quitas que disminuyan el pasivo, enriqueciendo a los socios.

**8.** Expresamos en “EL BALANCE Y LA QUITA EN CONCURSOS DE SOCIEDADES Y SU TRATAMIENTO CONTABLE Y FISCAL (con algunos aspectos periféricos)” con Jorge Fernando

FUSHIMI<sup>34</sup>, **que** en el balance de la sociedad concursada, tan pronto firme la homologación de la propuesta de acuerdo preventivo con quita y espera, el pasivo se contrae y el saldo quirografario de corriente pasa a ser no corriente, pero no habiendo disminuido el activo, se genera un incremento en el Patrimonio Neto que se encuadra como una ganancia extraordinaria, que sin duda valoriza el patrimonio de los socios, y en casos permite su distribución, y en casos así se ha procedido después de aprobar el balance anual con pago inmediato del impuesto a las ganancias.

Ello, sin contar con que usualmente la propuesta de pago beneficiado con espera suele ofrecerse sin el reconocimiento de intereses y sin cláusula de actualización o indexación, lo que implica incluso un mayor beneficio por el efecto palanca y por la depreciación del pasivo monetario frente a la merma del poder adquisitivo de la moneda de pago ofrecida.

En paralelo, se genera un quebranto en los patrimonios de los acreedores afectados por la quita. Si la misma va unida a espera por el saldo, transforma activos corrientes en no corrientes. Coherente con el beneficio financiero del deudor, al acreedor se le produce una pérdida financiera por el no reconocimiento de intereses sobre el capital mermado y financiado con plazo, y por la pérdida del poder adquisitivo de la moneda.

En este contexto afirmamos que esta solución concursal es un excelente negocio financiero para el deudor sin importar. Ello si es de buena o mala fe, y si responde a un planificado proceso para que terceros absuelven la crisis de su patrimonio, particularmente en el caso de sociedades.

**8.1. SOBRE LAS PROPUESTAS CONCURSALES.** Más allá de la enumeración contenida en el artículo 43 de la Ley Concursal, las propuestas concursales pueden ser calificadas en tres grupos, a) Propuestas que implican reducir el pasivo; b) Propuestas que no implican reducir el pasivo (financieras); c) Otras propuestas no clasificadas precedentemente.

Si tomamos el primer grupo (propuestas que reducen el pasivo), tenemos: a.1. Propuestas que implican reducir el pasivo por reducción del activo. Estas propuestas contemplan al pago, el pago por entrega de bienes, e incluso el fideicomiso o la administración de bienes en interés de los acreedores, ya que aun cuando estos bienes sólo salgan del activo en dominio fiduciario, implica retirar de los estados contables a los bienes y a los acreedores que se verán beneficiados por la administración de bienes.

Así, se mantiene incólume el patrimonio neto, y el activo y el pasivo se reducen en el mismo valor, y ese es el reflejo que recogerá el siguiente balance anual.

a.2. Propuestas que implican reducir el pasivo por incremento del patrimonio neto: (capitalización de pasivos). En esta hipótesis el activo permanece constante, y cambia la composición del haber, al aumentar el capital social de la deudora y reducir el pasivo por la aceptación de los acreedores de las acciones. La reducción del pasivo es en la misma cantidad que aumenta el patrimonio neto, y esto se manifestará en el siguiente balance.

a.3. Propuestas que implican aumentar el patrimonio neto y el activo, con la consecuente reducción proporcional del pasivo. Dentro del mismo esquema, podemos aumentar el patrimonio neto y el

---

<sup>34</sup> Publicado en "ASPECTOS CONTABLES, IMPOSITIVOS Y PREVISIONALES EN LAS SOCIEDADES Y LOS CONCURSOS", *Obra colectiva, Director Martín Arecha, Págs. 153 a 162. Publicación del Instituto Argentino de Derecho Comercial. Editorial Legis Argentina SA, Buenos Aires, Abril de 2013.* Sumario: 1. La quita desde el punto de vista contable y financiero. 2. Sobre las propuestas concursales. a.1. Propuestas que implican reducir el pasivo reducción. a.2. Propuestas que implican reducir el activo por incremento del patrimonio neto (capitalización de pasivos). a.3. Propuestas que implican aumentar el patrimonio neto y el activo, con la consecuente reducción proporcional del pasivo. a.3.1. Aportes de los socios o terceros. a.3.2. Ganancias extraordinarias. b. Propuestas financieras. c. Otras propuestas. 3. La quita. 4. La quita y el impuesto a las ganancias. 5. Quita, falta de contabilidad e información asimétrica. 6. Quita y Plan de empresa. 7. Capitalización de pasivo. La contracara.

activo, lo que implica que al quedar fijo el pasivo, en términos relativos resulta disminuido. Entre éstas tenemos: a.3.1. Aportes de los socios o terceros: estas propuestas pueden consistir en aumentos de capital o la formalización de aportes irrevocables a cuenta de futuros aumentos de capital (en este caso, sólo de los socios o accionistas o terceros incluidos los acreedores que deseen realizar nuevos aportes frescos, pero no los acreedores concursales que formarán parte de otra clase de propuesta). En este caso, el aumento del patrimonio neto puede darse por incremento del capital o por el aporte irrevocable y el consecuente aumento del activo, manteniéndose constante el pasivo que se reduce en términos comparativos, el balance elimina la pérdida y desaparece como en los otros casos una posible causal de disolución por pérdida del capital social (art. 94 inc. 5° (LGS)). a.3.2. Ganancias extraordinarias: La tradicional quita concursal es una ganancia extraordinaria, ya que implica una reducción súbita del pasivo sin ninguna contrapartida en el activo. Por ello, esa merma del pasivo se debe reflejar en el consecuente aumento del patrimonio neto en el siguiente balance.

Si el patrimonio neto tiene sólo tres grandes rubros o ítems (rubro capital social –con sus ajustes-, reservas y resultados), a la quita sólo podemos encuadrarla como un resultado positivo (ganancia) de naturaleza extraordinaria.

b. Propuestas financieras: En el segundo grupo (propuestas financieras) tenemos soluciones financieras que no implican reducir el pasivo: allí tendremos entonces a la espera; el pago mediante emisión de títulos de deuda (debentures, bonos, obligaciones negociables) y cualquier otra forma de reestructuración del pasivo que no implique su merma, sino convertirla en deuda de largo plazo, instrumentada o documentada o con mayores o nuevas garantías reales o personales. El pasivo corriente pasa a ser no corriente, pero si es mayor la totalidad del pasivo que el activo se mantendría una causal disolutoria.

c. Otras propuestas. En el tercer grupo tendremos todas aquellas otras propuestas que por su naturaleza no pueden ser comprendidas en los demás grupos. En general, no suelen tratarse de propuestas autónomas, sino que son complementarias a otras. En el caso de la enumeración comprendida en el artículo 43 de LCQ, podemos citar la reorganización de la sociedad deudora (que por sí sola no sirve para dar satisfacción a los acreedores), constitución de garantías sobre bienes de terceros (que por tratarse de obligaciones accesorias, tampoco son propuestas en sí mismas).

**8.2. LA QUITA.** Las quitas constituyen indubitables ganancias extraordinarias para el concursado. En virtud de un acuerdo, el pasivo se ve reducido en el porcentaje de la quita, y siendo que el activo continúa sin variaciones, tal reducción se deberá traducir en un aumento del patrimonio neto. En el esquema de la ley de sociedades –art. 63-, el patrimonio neto tiene tres grandes elementos: a) El capital (y el resto de cuentas que lo conforman, como el Ajuste de Capital; b) Las reservas; c) Los resultados acumulados (incluyendo los resultados de ejercicios anteriores o resultados no asignados [2], y los del período).

Desde este punto de vista, la quita generará una reducción del pasivo, un activo que se mantiene incólume y un incremento del patrimonio neto a través de una ganancia que se produce. Debemos agregar –además- que es una ganancia que implica una pérdida directa para el acreedor quien deberá reflejarla en sus estados contables.

Una postura pro debitoris al extremo sostiene que el perjuicio que ocasiona la quita al acreedor es mínimo, toda vez que éste, si es un empresario organizado, ha provisionado el quebranto por incobrabilidad tanto como medida preventiva de buena administración, sino también como forma de reducir la carga tributaria en materia de impuesto a las ganancias y que, consecuentemente no le acarrea un perjuicio o una pérdida. La realidad es otra: si los deudores fueran regulares y normales

cumplidores de sus obligaciones, la previsión (es decir la anticipación del quebranto en forma preventiva) no sería necesaria, y el hecho de que haya sido provisionada sólo implica que al quebranto se lo hizo incidir de manera anticipada, pero no significa que no sea un quebranto igualmente. Es decir, la previsión no significa que la quita no sea pérdida, sino que se hizo incidir en el estado de resultados de manera anticipada y distribuida entre varios ejercicios.

Resulta indubitable que la provisión de bienes o servicios que fue prestada en beneficio de la sociedad concursada, ante el incumplimiento de ésta, la enriqueció sin contraprestación, y el acreedor vio frustrada su expectativa de reintegrarse de los desembolsos de materia prima, gastos, salarios, etc., y de la lógica ganancia esperada. Quizá de estar *in bonis* pasó a estar *“in malis”*, y mientras el deudor planificante incumplidor –quizá a través de un ilegal *“stockeo”* conservaba la empresa-, el sorprendido acreedor podría perderla, particularmente ante situaciones de inflación con recesión. Estas provisiones, alteran el mercado, obligando a encarecer los bienes (mercaderías o servicios) previendo la absorción de altos riesgos de incobrabilidad.

A su vez, si la quita va unida a una espera de más de un año para el pago del saldo, el ya reducido activo pasará de ser corriente a no corriente en los estados contables, lo que puede implicar que pase a estar en cesación de pagos, al superar el pasivo corriente el activo corriente y al producirse un incremento del quebranto por la pérdida financiera que implica el no reconocimiento de intereses y de actualización por inflación del pasivo que se pagará con espera.

Pero, lo que nos llama a reflexión, es que se trata de una transferencia forzosa de riqueza mediante la cual, cada peso que se empobrece el acreedor (ya de por sí castigado por la mora y por la cristalización del pasivo) pasa a enriquecer a título gratuito al concursado.

Podríamos también pensar –si las cosas fueran diferentes- no en una transferencia de riqueza lisa y llana, sino en una inversión que el acreedor hace en la empresa del deudor para colaborar con ésta en su éxito que en el largo plazo podría redundar en su beneficio al mantenerlo como proveedor. A esa

aleatoriedad, pues depende de la voluntad de la deudora, apuntamos que para hablar de inversión con la racionalidad económica que ello implica, debería contar con información suficiente que provendrá, como diremos más abajo, de un sistema de información contable suficiente, oportuno y pertinente y de un plan de empresa para salir de la situación concursal.

**8.3. CAPITALIZACIÓN DE PASIVO. LA CONTRACARA.** No podemos dejar de resaltar que una solución como la capitalización del pasivo, no genera carga impositiva para el concursado. En la capitalización del pasivo aumenta el patrimonio neto por incremento del capital social, lo cual mantiene constante al activo, pero ya no existen ganancias, sino aportes de terceros (en este caso los acreedores). Los aportes de capital no son ganancias y por ende no están gravados en el impuesto a las ganancias para la sociedad deudora, y a la vez tampoco existe quebranto formal para el acreedor, aunque puedan verse alteradas sus expectativas. En efecto, para el deudor no es un enriquecimiento a título gratuito (de allí que no exista ganancia), y el acreedor recibe por su crédito una participación sobre el patrimonio de la sociedad concursada.

Por otra parte, conveníamos que cuando el concursado impone una quita con espera a sus acreedores (con toda la pérdida que implica el factor tiempo del dinero, habida cuenta que raras veces las esperas ofrecen tasas de intereses que sean razonables o al menos positivas en relación a la tasa de inflación), en definitiva no hace más que asociarlos en las pérdidas, pero nunca en las ganancias. Produciéndose la paradoja que con la quita y la espera, pierden los acreedores y sólo gana el deudor.

Otra alternativa sobre la que hemos especulado es sobre la posibilidad de ofrecer a los acreedores constituir sociedad con los acreedores en la que la sociedad deudora entregue acciones rescatables,

las cuales podrán ser rescatadas en cualquier momento por la sociedad emisora (o por sus socios originales) mediante el pago de su valor real (es decir, el valor contable más los intangibles y con los ajustes de valuación necesarios); o bien otorgar a los acreedores opción de recompra por otros socios originarios por un valor equivalente a la quita propuesta, incluso con pérdida parcial del importe de su crédito concursal.

Como fuese, la opción de asociar a los acreedores a la sociedad deudora (siempre en la medida que la actividad empresarial de la concursada sea viable), no sólo implica ventajas desde el punto de vista fiscal, sino también evita que el acreedor sea asociado, en definitiva, sólo en la pérdida de la concursada.

Surge así una propuesta mucho más equitativa por cuanto ofrece a los acreedores la posibilidad de que obtengan beneficios en caso de que el negocio resulte con el éxito que fuera evaluado, permitiendo la elaboración legal para que los socios originarios mantengan la conducción del negocio, bajo el control de los ex acreedores, unidos en la empresa común.

### 9. CONCLUYENDO Y MEDITANDO.

En las nuevas visiones, advertimos cierto encuentro: 1. Que en el concurso de sociedades hay que tener en cuenta las normas de la ley específica que las regula. 2. Que no puede trasladarse todo el daño que genera la crisis a los acreedores, imponiendo –como mínimo- el esfuerzo compartido de socios junto a los acreedores. 3. Que siempre es posible el concurso de una sociedad.

El camino a recorrer y que traemos a este Congreso: 1. ¿La crisis debe ser atendida, privada o concursalmente, en forma temprana o debe esperarse a que la sociedad haya perdido el capital social y los socios hayan decidido expresa o tácitamente no capitalizar? 2. ¿Las normas societarias sobre causales de disolución y particularmente sobre la función de garantía del capital social son imperativas? 3. ¿El esfuerzo compartido en sede concursal disipa el incumplimiento de esas normas imperativas? 4. ¿Si se ha generado daño, pese a la homologación de un acuerdo, se mantiene responsabilidad de administradores y socios? 5. Constituye un fraude a la ley societaria la homologación de un acuerdo concursal de sociedad con quitas (art. 12 CCC argentino: “Orden público. Fraude a la ley.... 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 considerara otorgado en fraude a la ley. En ese caso, el acto debe someterse a la norma imperativa que se trata de eludir”, pues se intenta evadir el art. 96 LGS que impone a los socios una opción imperativa: capitalizar o liquidar, y si bien se puede presentar en concurso, no podría eludir esa norma a través de lograr por una mayoría una quita. Justamente el art. 52.4 Ley de Concursos y Quiebras argentina, modificada por ley 25.589 lo impide “Art. 52. Homologación...4. EN ningún caso el juez homologará una propuesta abusiva o en fraude a la ley”.

Como en Argentina ¿las quitas tienen un tratamiento fiscal como ganancia de la sociedad, aunque no se distribuya? Eventualmente que régimen impositivo tienen. Sabemos que en España ha sido recientemente atenuado. Las quitas deben tributar impuesto a las ganancias, aunque se difiere su pago hasta a 4 años de la clausura del concurso, y pueden absorberse pérdidas. La ley de impuesto a las ganancias establece que toda ganancia obtenida por las empresas (cualquiera sea su forma de organización, incluyendo las unipersonales) está gravada por el impuesto a las ganancias, sin otorgárseles el beneficio que se les concede a las personas físicas respecto a que la ganancia debe ser periódica y que implique la permanencia de la fuente que la origina y su habilitación.

Si la quita es una ganancia extraordinaria, esta última está gravada por el impuesto a las ganancias y debe tributarse por este enriquecimiento. El artículo 30 del Decreto Reglamentario de la Ley de Impuesto a las Ganancias (Decreto 1344/1998 y sus modificaciones) permite imputar la ganancia neta (que surge de compensarla previamente con los quebrantos de ejercicios anteriores

acumulados al inicio del ejercicio contable en el que se homologó el acuerdo) a los diversos ejercicios en los que se abonarán las cuotas concordatarias, con plazo de cuatro (4) ejercicios, si el plazo de la espera fuere menor. Sin embargo, una posición dentro de AFIP establece que el plazo máximo para el cual se puede diferir el cómputo de la quita, es de cuatro años.

No podemos soslayar mencionar el hecho de que la ganancia neta del ejercicio en que se homologa el acuerdo preventivo proveniente de la quita, se debe compensar en primer lugar con las pérdidas (o quebrantos) habidas en los ejercicios previos. El sistema del impuesto a las ganancias permite diferir los quebrantos hasta cinco años posteriores para ser compensados con las futuras ganancias y, una vez absorbidos éstos (en la medida de los cinco años mencionados) recién se tributará.

A su vez, si se liquidaran utilidades, que deben resultar del balance aprobado que las reflejara por esas quitas, el pago debe ser inmediato en relación al monto distribuido.

Por otra parte la ley de Impuesto a la Ganancia Mínima Presunta pone en cabeza de la sociedad que tuvo quebrantos o ganancias exiguas, la obligación de tributar este impuesto (en la medida que su activo computable supere el mínimo de ley que al momento de la redacción de este ensayo está fijado en \$ 200.000) importe que luego se puede computar como pago a cuenta del impuesto a las ganancias cuando corresponda tributar éste.

**10.** Hemos hecho la pregunta sobre si ¿Existen incentivos para que los acreedores financieros capitalicen sus créditos, extrajudicial o judicialmente, ante sociedades en crisis para ayudar a su recuperación? No en la Argentina, pero la capitalización de deudas en una sociedad económicamente viable es mejor que sufrir quitas y esperas desmesuradas.

Lamentablemente no existen normas para capitalizar los créditos impositivos ante la crisis de la sociedad deudora, ni se incentiva a lo mismo a las entidades financieras.

Por último creemos posible las acciones de responsabilidad de acreedores contra administradores y socios: ante daños concretos que posibilidad tienen de promover acciones societarias, concursales o dentro de la teoría general de la responsabilidad –posición de Meján en el eCongreso- contra administradores y socios de la sociedad en crisis, sea por vía concursal o extraconcursal, particularmente en atención al art. 99 LGS argentina<sup>35</sup>, aclarado ahora por el art. 167 in fine CCC argentino<sup>36</sup>. Representando la quita un daño para los acreedores, parecería posible promover acciones de responsabilidad, extraconcursoales al haberse homologado un acuerdo de quita, contra administradores y socios.

La novación concursal que genera la homologación no alcanza a esa responsabilidad de sujetos no concursados por acciones u omisiones antijurídicas generadoras de daño, como hemos contestado en vieja polémica<sup>37</sup>. Reiteramos, copiándonos, que *“La homologación de un acuerdo de*

---

<sup>35</sup> Art. 99 LGS argentina: “Administradores: facultades y deberes. Los administradores, con posterioridad ... a la declaración de haberse comprobado alguna de las causales de disolución, sólo pueden atender los asuntos urgentes y deben adoptar las medidas necesarias para iniciar la liquidación.

Responsabilidad. Cualquier operación ajena a esos fines los hace responsables ilimitada y solidariamente, respecto a los terceros y los socios, sin perjuicio de la responsabilidad de éstos”. Y sobre la responsabilidad de los socios ha aclarado el nuevo Código Civil y Comercial en el artículo que reproducimos en la nota siguiente.

<sup>36</sup> Referido al mismo tema indicado en la nota anterior, o sea a la existencia de causales de disolución dispone el art. 167 in fine CCC argentino “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”.

<sup>37</sup> Nto. “SOBRE LA NOVACIÓN POR ACUERDOS CONCURSALES (y algo sobre responsabilidad de administradores)” en *Doctrina Societaria y Concursal*, Ed. Errepar, nº 282, mayo 2011, año XXIV, tomo XXIII, pág. 445: “Nuevamente Truffat, cuya calidez y versación se advierten en todas las polémicas que hemos mantenido, y también en su recuerdo afectuoso en relación a algún reconocimiento –del que no sabemos de que se trata<sup>37</sup>- nos propone dos nuevas polémicas. Se trata de su artículo IMPROCEDENCIA DE ACCIONES EXTRACONCURSALES DE RESPONSABILIDAD CONTRA LOS DIRECTORES 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>38</sup> y no lo beneficia la novación<sup>39</sup>.”*

Con las modificaciones que en torno a la novación ha generado el CCC, se expresa sobre el punto del efecto novatorio del acuerdo concursal “En el concurso, la novación legal producida como efecto de la homologación del acuerdo, no causa la extinción de las obligaciones accesorias de los fiadores y codeudores. Entonces, novada la obligación principal, las accesorias se constituyen en obligaciones autónomas, íntimamente relacionadas con las nacidas del acuerdo homologado pero sin ser accesorias a las mismas porque difieren en cuanto a la causa fuente, no nacen del acuerdo sino que subsisten a él”.<sup>40</sup> Obviamente la responsabilidad corresponde a sujeto no concursado al que se le imputa daño por una conducta u omisión culpable o dolosa, antijurídica, generadora de ese daño.

---

CONCURSADAS POR LAS QUITAS HOMOLOGADAS, en el número anterior de Doctrina Societaria y Concursal, abril de 2011, nº 281, de Editorial Errepar, donde polemiza con gran cordialidad sobre nuestras posiciones en torno a “confiscatoriedad de propuestas de quita en acuerdos concursales” y sobre la “posibilidad de promover acciones de responsabilidad contra las sociedades que han conseguido homologar acuerdos con esas quitas”. Expresa el polemista “Llevo acumulados múltiples contrapuntos, siempre con afecto recíproco y con altura, con el distinguido maestro cordobés Efraín Hugo Richard (quien, en el fondo, recibe mis desafíos –eso creo– como un acicate para pulir sus ideas y convicciones y que, como buen docente de alma, encuentra motivador que alguien de una generación ulterior, no demasiado afecto al temor reverencial, levante periódicamente el guante sobre sus tesis más revulsivas). Es sabido que Richard, a partir de su enfoque sistémico del derecho, ha esbozado una teoría inquietante sobre la responsabilidad de los administradores por las “quitas” impuestas en los concursos”. Esto motiva nuestro reiterado agradecimiento a Daniel. Y la pregunta que se formula Truffat como eje de su posición: “¿Cómo responsabilizar a terceros (administradores/accionistas) por un crédito que ya no existe como tal porque por expreso imperio legal se ha extinguido?”, ya ha sido contestada. Se trata de una obligación independiente, no de garantía, sino de responder al daño causado por su conducta. Las situaciones son múltiples y no sólo por la quita. Así la jurisprudencia: “Si bien el art. 55 de la ley 24.522 establece que el acuerdo homologado importa la novación de las obligaciones con origen o causa anterior al concurso, esta novación no causa la extinción de las obligaciones del fiador ni de los codeudores solidarios. La aplicación de la legislación común (arts. 707, 803, 810, 2042, 2047 y 2049 del Código Civil), extinguiría las obligaciones de los garantes como consecuencia de la novación de la deuda principal. A evitar este efecto la ley apunta la segunda parte del mentado art. 55 expresando que “esta novación no causa la extinción de las obligaciones del fiador ni de los codeudores solidarios”. Imputable”. CNCom. Sala B, Noviembre 12 de 2010, “Braun Estrugamou Guillermo sobre concurso preventivo sobre Incidente de verificación por el Banco General de Negocios SA”. Así Vitolo enfatiza “No caben dudas que la protección del crédito, de la actividad económica y –en materia societaria– de los accionistas y terceros, debe ser uno de los objetivos primordiales del sistema jurídico que gobierna las relaciones empresarias, económicas, financieras y del mercado. Y en ello el capital social tiene un rol preponderante, así lo hemos sostenido en varias oportunidades”, y particularmente concilia con nuestra postura no novatoria expresando “Frente a un Acuerdo Preventivo Extrajudicial o un Concurso preventivo con acuerdos homologados judicialmente, quedará sólo la posibilidad de intentar acciones derivadas del derecho común con el objeto de reclamar los daños y perjuicios sufridos por quien los invoque”.

<sup>38</sup> 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.

<sup>39</sup> Nto. “Sobre la novación por acuerdos concursales (y algo sobre responsabilidad de administradores)” en Doctrina Societaria y Concursal, citado en nota 36, pág. 445.

<sup>40</sup> GRAZIABILE, Darío J. “Injerencia del Nuevo Código Civil y Comercial en la novación concursal” en *Doctrina Societaria y Concursal* nº 328, Marzo 2015, Ed. Errepar pág. 199 y ss..

Un tema extra en torno a la responsabilidad ante insolvencia, lo constituye la llamada “INOPONIBILIDAD DE LA PERSONALIDAD JURIDICA”, que suele aplicar la jurisprudencia ante el abuso generado por controlantes.

Por último nos preguntábamos si “ Residualmente existe una acción de enriquecimiento sin causa por parte de acreedores que no prestaron acuerdo en un concurso donde se homologó una propuesta de quita y espera, contra los socios que se beneficiaron?”

No lo descartamos, parecería que residualmente, quiénes resulten perjudicados por quitas podrían requerir a socios que se han enriquecido a través de ellas, el enriquecimiento sin causa, reconocido en todo el derecho comparado. Pero en la doctrina argentina se ha limitado a trabajar el tema en la teoría general de la responsabilidad y, eventualmente, con la teoría del descorrimento del velo.

**CAPITULO SEGUNDO - COLOMBIA<sup>41</sup>****SECCIÓN PRIMERA****A – Resumen originario**

Atendiendo a la situación regulatoria comercial Colombiana, es preciso indicar que la causal de disolución no hace referencia a la pérdida del capital social, como quiera que ello no es posible en la medida en que éste concepto sólo comporta una cifra de referencia histórica contable, sin contenido económico financiero concreto.

Con mayor precisión, la legislación Colombiana establece la causal con base en las pérdidas contables de gran magnitud, es decir, aquellas que están por debajo del desempeño de la organización corporativa, siendo este un concepto contable material y dinámico, institución que bien puede ser identificada en la más reciente reforma al régimen societario del año 2008.<sup>42</sup>

Para establecer la dimensión de las pérdidas contables que activan la causal, se usa como referencia el capital social, entendiendo que tanto pérdidas como las utilidades afectan el patrimonio social<sup>43</sup>. Al respecto el legislador Colombiano estima como indicativo de ausencia de viabilidad social, el hecho de que esas pérdidas reduzcan el patrimonio por debajo de la mitad de aquella cifra que los socios comprometieron al inicio del emprendimiento corporativo, es decir, la causal se determina por una relación entre patrimonio – capital y no entre perdidas – capital, de tal forma que se requiere que las perdidas disminuyan el patrimonio neto por debajo del cincuenta por ciento del capital, disminución que debe ocurrir entonces en la cuenta contable patrimonio y no en la cuenta contable capital<sup>44</sup>, pues este se mantiene intacto independientemente de las circunstancias económicas que afecten el patrimonio social.

**SECCIÓN SEGUNDA****I. LA CAUSAL DE LA DISOLUCIÓN DE LA SOCIEDAD POR REDUCCION DEL PATRIMONIO NETO POR PÉRDIDAS EN LA LEGISLACIÓN COLOMBIA.**

El régimen legal de las sociedades en Colombia está incorporado en el estatuto comercial, decreto 410 de 1.971 y en las normas que lo complementan, su constitución y capacidad legal en virtud del principio de la libertad contractual, se circunscribe a lo establecido por sus socios, asociados o accionistas en los estatutos sociales o contrato social para el desarrollo de su objeto y para los fines para los cuales fue concebida, ello dentro de los parámetros y límites establecidos por la ley y justamente dentro de los requisitos establecidos por la ley para su constitución, que bien puede ser mediante documento privado o mediante escritura pública según el tipo societario, está, la obligación de incorporar en el documento constitucional, la duración precisa de la sociedad y las causales de disolución anticipada<sup>45</sup>.

<sup>41</sup> A cargo de Germán Monroy Alarcón.

<sup>42</sup> Ley 1258/2008, por la cual se crea la sociedad por acciones simplificada S.A.S. Art 34-7 “Disolución y liquidación. La sociedad por acciones simplificada se disolverá:7. Por pérdidas que reduzcan el patrimonio neto de la sociedad por debajo del cincuenta por ciento del capital suscrito”. subrayado fuera de texto.

<sup>43</sup> Código de Comercio, Parágrafo Artículo 151 “Para todos los efectos legales se entenderá que las perdidas afectan el capital cuando a consecuencia de las mismas se reduzca el patrimonio neto por debajo del monto de dicho capital”

<sup>44</sup> Sociedades anónimas. Código de Comercio Art. 457-2 “Art. 457. “Causales especiales de disolución. La sociedad anónima se disolverá: ... 2. Cuando ocurran pérdidas que reduzcan el patrimonio neto por bajo del cincuenta por ciento del capital suscrito.” subrayado fuera de texto.

<sup>45</sup> Código de Comercio, Artículo 110-9.

Dentro de las causales de disolución de las sociedades, existen algunas que corresponden al desarrollo o cumplimiento del objeto para el cual fueron creadas, son estas las causales normales de disolución de la sociedad como por ejemplo; el cumplimiento del término para el cual fue concebida, lo cual corresponde a la voluntad de los asociados y, existen otras causales de disolución de la sociedad que son carácter extraordinario o anticipada, tales como la causal de disolución por disminución del número mínimo de socios según el tipo societario o la existencia en un determinado periodo de tiempo de pérdidas que finalmente afectan el patrimonio<sup>46</sup> neto de la sociedad, entendido este como el valor residual de los activos de la sociedad después de deducir todos sus pasivos.

Se entiende como causales anticipadas de disolución de la sociedad en Colombia, como todas aquellas circunstancias especiales que producen la terminación de la sociedad y que se encuentran taxativamente establecidas en la ley o en los estatutos sociales, las cuales como ya se indicó, bien pueden ser de carácter legal o de carácter contractual. Una de las causales legales es la denominada causal de disolución de la sociedad por pérdidas, cuya génesis en nuestra opinión es más contable que financiera, la cual se configura cuando la sociedad presenta pérdidas en determinados periodo de tiempo de tal monto que logran disminuir el patrimonio social a menos del cincuenta por ciento del capital, al respecto el parágrafo del artículo 151 de la ley mercantil Colombiana establece *“Para todos los efectos legales se entenderá que las pérdidas afectan el capital cuando a consecuencia de las mismas se reduzca el patrimonio neto por debajo del monto de dicho capital”*.

Importante indicar que en virtud de la ley 1.314 de 2.009, que se ocupó de regular los principios y normas de contabilidad en Colombia de acuerdo con los estándares y normas internacionales de información financiera NIIF, no sufre modificación alguna el concepto y el marco normativo contable aplicable para establecer la causal de disolución por pérdidas.

En Colombia el ordenamiento mercantil establece taxativamente para algunos tipos societarios la causal de disolución anticipada por pérdidas, es así como: (i) El título VI capítulo V Art. 457-2 establece como causal de disolución de la sociedad anónima, la ocurrencia de pérdidas que reduzcan el patrimonio neto por debajo del cincuenta por ciento del capital suscrito, (ii) El título V art. 370, para el caso de las sociedades de responsabilidad limitada, establece como causal de disolución, la ocurrencia de pérdidas que reduzcan el capital por debajo del cincuenta por ciento, al respecto una precisión y es que la Superintendencia de Sociedades ha indicado que para este caso se debe acudir a una interpretación sistemática de la norma, pues habrá que entenderse que cuando la norma habla pérdidas que reduzcan el “capital”, habrá de entenderse el “patrimonio neto”, pues de acuerdo con la norma contable, el capital es una de las diferentes cuentas que conforman el patrimonio social, como ocurre con otras cuentas como el superávit por valorización, las reservas, las revalorizaciones, etc.

(iii) Para el caso de las sociedades en comandita por acciones, el título IV capítulo III, Art. 353 del Código de Comercio, indica que será causal especial de disolución, la ocurrencia de pérdidas que reduzcan el patrimonio a menos del cincuenta por ciento del capital suscrito. (iv) para el caso de la más reciente modalidad asociativa Colombiana, la sociedad por acciones simplificada SAS, establece la ley 1.258 de 2.008 en su Art. 34-7 que la sociedad se disolverá por pérdidas que reduzcan el patrimonio neto por debajo del cincuenta por ciento del capital suscrito, curiosamente existen dos tipos societarios para los cuales la norma no hace expresa referencia a la causal de disolución por pérdidas, la sociedad colectiva Art. 319 y la sociedad en comandita simple Art. 351 del código de comercio, sociedades respecto de las cuales no se puede aplicar las causales generales de disolución

---

<sup>46</sup> Decreto 2649 del 29 de Diciembre de 1993, por el cual se reglamenta la contabilidad general y se expiden principio o normas de contabilidad generalmente aceptados en Colombia.

establecidas en el Art. 218 del estatuto mercantil, por lo que resulta viable la tesis en el sentido de que estas no estarán en causal de disolución si en algún momento presentan pérdidas que afecten el patrimonio negativamente por debajo del cincuenta por ciento del patrimonio.

En cuanto al régimen de las sociedades extranjeras reguladas en los artículos 469 y siguientes del código de comercio Colombiano, si bien no resulta legalmente posible la aplicación de una norma que establezca la disolución de la sociedad por la ocurrencia de pérdidas que afecten su patrimonio, justamente por tratarse de sociedades constituidas conforme a las leyes de otro país y con domicilio en otro país, la norma Colombiana si establece que cuando el capital asignado a la sucursal extranjera disminuya en más de un cincuenta por ciento, corresponde al representante legal reintegrar el capital dentro de un término prudencial a solicitud de la Superintendencia de Sociedades, so pena de responder solidariamente por las operaciones de la sociedad.

Una vez configurada la causal de disolución de la sociedad por pérdidas, cuya existencia no está sujeta a la decisión de los asociados o sus máximos órganos (asamblea general, junta de socios, accionista único o sociedad extranjera titular de una sucursal en Colombia según sea al caso) por tratarse de hecho ciertos, tan solo podrán adoptar; o bien las medidas de restablecimiento del patrimonio social o bien declarar la existencia de la causal y en consecuencia en este último evento, declarar la sociedad disuelta y en estado de liquidación. La declaratoria de disolución por pérdidas de la sociedad no requiere más formalidad que la inscripción del acta de la reunión en el registro mercantil<sup>47</sup>, acto este que no puede ser considerado desde el punto de vista legal como una reforma social, sino que debe ser considerado como un acto de cumplimiento o de ejecución del contrato social, ello en consideración a que el acto como tal no tiene por objeto alterar las reglas pactadas por los socios para regular las relaciones a que dan origen el contrato, bien sea entre los socios, entre estos y la sociedad o entre ésta y terceros.

## **II. LA REMEDIACIÓN DE LA CAUSAL DE DISOLUCIÓN DE LA SOCIEDAD POR PÉRDIDAS EN LA LEGISLACIÓN COLOMBIANA.**

Las causales de disolución de la sociedad pueden clasificarse en aquellas susceptibles de ser enervadas y aquellas que no son susceptibles de ser enervadas, no son susceptibles de ser enervadas causales como por ejemplo; la orden de autoridad competente o cuando se concentren en un solo accionista un determinado porcentaje de acciones o cuotas de interés social, disolución que opera de pleno derecho y, son causales susceptibles de ser enervadas por ejemplo, la imposibilidad de ejercer el objeto social, la reducción del número de asociados o las pérdidas que afectan el patrimonio social por debajo del cincuenta por ciento del capital, causales estas que en la legislación Colombiana son consideradas como susceptible de ser enervada por los socios, accionistas o accionista único para evitar su disolución y posterior liquidación, en consideración a que corresponde justo a estos su declaratoria, so pena de ser declarada por la autoridad competente si ello no ocurre dentro del periodo legal establecido.

Se entiende por enervar la causal de disolución de la sociedad por pérdidas en términos generales, como todos aquellos mecanismos adoptados por los asociados destinados a evitar la disolución de la sociedad dentro del término legal de remediación, destinados a restablecer la situación patrimonial a las condiciones anteriores al momento en que se detectan las pérdidas que afectan el patrimonio social, medidas destinadas en ultimas a vincular más capital a la sociedad o a reponer las pérdidas causadas, medidas que bien pueden ser adoptadas por los diferentes tipos societarios en Colombia.

---

<sup>47</sup> Ley 1429 del 29 de diciembre de 2010, mediante la cual se expide la ley de formalización y generación de empleo.

En cuanto al plazo desde el cual inicia a contarse el término para adoptar las medidas tendientes a conjurar la situación por parte del máximo órgano societario, habrá que indicar la existencia de tres momentos a saber; el primero, que corresponde al momento en que se producen los estados financieros idóneos con los cuales la administración logra evidenciar la existencia de la causal, situación que claramente se logra advertir o bien con los estados financieros del cierre del ejercicio contable o bien con unos estados financieros de un periodo intermedio, el segundo; que corresponde al descubrimiento por parte de la administración de la causal, la suspensión de nuevas operaciones en desarrollo del objeto social y la convocatoria al máximo órgano social para enterarle de dicha situación y, un tercer momento; que corresponde al instante en que el máximo órgano es enterado de la existencia de la causal de disolución por pérdidas, a partir del cual comienza a contarse el plazo de remediación. En conclusión, no es suficiente que se determine la ocurrencia de las pérdidas contables como lo establece la ley para empezar a contabilizar el término que ofrece para enervarla, sino que es necesario que el máximo órgano conozca la novedad para tener la posibilidad de determinar la suerte de la sociedad, bien adoptando las medidas correspondientes o bien declarando su fin.

Si transcurrido el término para enervar la causal de disolución por pérdidas, sin que el máximo órgano social haya adoptado las medidas necesarias para evitar la disolución, irremediamente esta se verá avocada a tan solo reconocer la causal e iniciar el proceso de liquidación.

Establecía el estatuto comercial Colombiano de 1.971 en su artículo 220, que el plazo para enervar la causal de disolución de la sociedad mercantil o para que los socios evitaran su liquidación, incluida naturalmente la causal de disolución por pérdidas, era de seis meses contados a partir de la ocurrencia de la causal<sup>48</sup> entendido este plazo como un periodo de gracia que la ley le otorga a los asociados para evitar la disolución y liquidación de la sociedad. Sin embargo, con la entrada en vigencia de la ley 1.258 de 2008<sup>49</sup>, en el caso de las Sociedades por Acciones Simplificadas SAS y tan sólo para efectos de remediar únicamente la causal disolución establecida en el Art. 34-7 “por pérdidas que reduzcan el patrimonio neto de la sociedad por debajo del cincuenta por ciento del capital suscrito”, el plazo se extendió a diez y ocho meses contados desde que el momento en que la asamblea reconozca su ocurrencia<sup>50</sup>,

Posteriormente con ocasión de la entrada en vigencia de la ley 1.429 de 2010<sup>51</sup> artículo 24, se establece una nueva regulación mercantil en Colombia frente al plazo de remediación de las causales en general de disolución de las sociedades mercantiles, incluida naturalmente, la causal de disolución por pérdidas, norma que estableció un plazo de diez y ocho meses siguientes a la ocurrencia de la causal, para que los asociados adopten las medidas de remediación tendientes a evitar la liquidación de la sociedad. Remediación que se perfecciona con la mera inscripción del acta que contengan las medidas de saneamiento adoptadas por los asociados en el registro mercantil correspondiente y siempre y cuando ello suceda dentro de los diez y ocho meses siguientes a la ocurrencia de la causal, remediación que no requiere la ejecución efectividad de las medidas adoptadas dentro del plazo previsto.

En cuanto a los mecanismos de remediación de la causal de disolución por pérdidas, se mencionan algunos expresamente establecidos en la norma de los cuales bien pueden hacer uso los socios para evitar la disolución y liquidación de la sociedad, tales como; (i) enjugar las pérdidas con las reservas que hayan sido destinadas para tal fin. (ii) enjugar las pérdidas con la reserva legal, (iii) enjugar pérdidas con beneficios de ejercicios futuros. (iv) la venta de bienes sociales valorizados. (v) La

<sup>48</sup> Código de Comercio, Artículos 220,459.

<sup>49</sup> Por medio de la cual se crea en Colombia la sociedad por acciones simplificada S.A.S.

<sup>50</sup> Ley 1258 de 2008, parágrafo Art. 35.

<sup>51</sup> Por la cual se expide la ley de formalización y generación de empleo

reducción del capital suscrito. (vi) La emisión de nuevas acciones o el aumento del capital social por medio de los socios, algunas de las cuales constituyen una reforma al contrato social, razón por la cual exige el cumplimiento de algunas formalidades<sup>52</sup>.

Cuando se opta por disminuir el capital para enjugar pérdidas como mecanismo para enervar la causal de disolución por pérdidas, es preciso indicar que a la luz de la ley mercantil Colombiana, ello constituye una reforma estatutaria y por lo tanto requerirá del cumplimiento de las formalidades legales y estatutarias a saber; deberá ser adoptada por el máximo órgano social, deberá elevarse la reforma a escritura pública e inscribirla en el registro mercantil correspondiente, so pena de ser considerada ésta como inoponible ante terceros y en consecuencia inoponible el efecto de medida de resarcimiento del patrimonio social, reforma que no requiere autorización de la Superintendencia de Sociedades o de cualquier otra autoridad.

### III. RESPONSABILIDAD DE ADMINISTRADORES FRENTE A LA CAUSAL DE DISOLUCIÓN SOCIAL POR PÉRDIDAS.

Cuando la sociedad presente pérdidas que reduzcan su patrimonio por debajo del cincuenta por ciento del capital, ésta quedará en causal de disolución, circunstancia que bien puede ser superada evitando de esta forma su liquidación, siempre y cuando se adopten las medidas de remediación contempladas en la ley mercantil Colombiana dentro del término legal allí establecido, hecho que obliga a los administradores<sup>53</sup> a convocar de manera inmediata al máximo órgano social legitimado según el tipo societario, para ordenar las medidas tendientes a enervar la causal.

Establece entonces la norma mercantil<sup>54</sup> como carga para los administradores de una sociedad en causal de disolución por pérdidas, dos obligaciones principales; (i) abstenerse de iniciar nuevas operaciones, y (ii) convocar inmediatamente a la asamblea general, para informarla completa y documentalmente de dicha situación.

Significa que la responsabilidad de administradores sociales frente a la verificación de la causal de disolución por pérdidas, es por una parte; objetiva por omisión, entendida como aquella en que el administrador tiene conocimiento de la existencia de la causal y no obstante ello, no verifica la convocatoria de manera oportuna de tal forma que los socios puedan adoptar las medidas de remediación a que haya lugar, impidiendo que estos puedan conocer oportunamente de la situación y decidir la suerte de la sociedad. La infracción de este precepto hace solidariamente responsable de los perjuicios que puedan causarse a los accionistas y a terceros por operaciones realizadas con posterioridad a la verificación de la causal.

Por otra parte se puede predicar además una responsabilidad subjetiva por omisión de los administradores, como cuando debiendo haber advertido la existencia de la causal de disolución por pérdida no lo hace, contado con toda la información necesaria para ello, situación que los hace igualmente solidarios frente a socios y a terceros, caso en el cual y como sería procedente para el caso de la responsabilidad objetiva, la acción judicial procedente, sería la acción social de responsabilidad en contra del administrador, de la cual en virtud del nuevo Código General del Proceso (anterior Código de Procedimiento Civil), sería competente para conocer con funciones jurisdiccionales la Superintendencia de Sociedades, mediante el proceso verbal sumario de única instancia.

---

<sup>52</sup> Código de Comercio, Artículo 147.

<sup>53</sup> De acuerdo con el artículo 22 de la Ley 222 de 1.995, son administradores además del representante legal, el liquidador y los miembros de las juntas o consejos directivos, el factor y quienes de acuerdo con los estatutos detentan funciones administrativas.

<sup>54</sup> Artículo 458 del Código de Comercio.

Igual responsabilidad es imputable al Revisor Fiscal de la sociedad, por el hecho de no dar cuenta a la asamblea de la existencia de la causal de disolución por pérdidas, en el evento en que habiendo notificado de ello al representante legal o administrador, éste no haya procedido con la convocatoria, lo anterior en consideración a las obligaciones del Revisor Fiscal en los términos de la norma comercial, quien por lo demás está facultado para convocar a la asamblea directamente a reuniones extraordinarias cuando las circunstancias lo ameriten.

#### **IV. TRATAMIENTO DE LA CAUSAL DE DISOLUCIÓN POR PÉRDIDAS EN EL DERECHO CONCURSAL COLOMBIANO.**

A título de antecedente resulta interesante indicar como la norma comercial Colombia se subordina a la norma concursal en cuanto a la causal de disolución por pérdidas de la persona jurídica, la derogada Ley 550 de 1.999 en su artículo 18, establecía como beneficio extensible a cualquier tipo societario, la suspensión de pleno derecho del plazo legal para adoptarse las medidas conducentes al restablecimiento del patrimonio social con el objeto de enervar la causal de disolución por pérdidas, termino de suspensión que se extendía desde la admisión del procedimiento y durante toda la negociación del acuerdo.

Establecía también la norma los mecanismos aceptable para enervar la causal de disolución, tales como la capitalización de pasivos, a través de la conversión en bonos de riesgo o cualquier otro mecanismo de subordinación de deuda, mecanismos que no podían ser impuesto mediante un acuerdo concursal, lo que significa que requería la aceptación expresa del acreedor.

El régimen concursal Colombiano vigente mantiene el anterior beneficio, extensible igualmente a todos los tipos societarios, tanto es así que el Art. 10-1<sup>55</sup>, permite la admisión de una sociedad incurso en causal de disolución por pérdidas, al proceso concursal recuperatorio "*proceso de reorganización empresarial*", con única salvedad de que no puede estar vencido el término para ser enervada, significa lo anterior que la sociedad bien podría acudir al proceso concursal incluso dentro de los diez y ocho meses siguientes a la ocurrencia de la causal de disolución por pérdidas.

Por otra parte, y superado el impedimento de admisión al proceso de reorganización, la misma norma concursal Art. 23, establece la suspensión de pleno derecho del plazo para enervar la causal durante el trámite del proceso; Esto es, desde su admisión hasta la ejecutoria de la providencia del juez concursal que aprueba el acuerdo de reorganización (las estadísticas de la Superintendencia de Sociedades de Colombia, indican que el tiempo promedio que transcurre entre la admisión del proceso de reorganización y la aprobación judicial del acuerdo es de 1.64 años).

En cuanto a las medidas de remediación de la causal de disolución por pérdidas, estas deben quedar expresamente pactadas en el documento de acuerdo de reorganización, indicando con absoluta claridad la forma y términos como se subsanaran, compromisos que deberán ser ratificados expresamente por los socios de la sociedad deudora o acreedores internos cuando ello sea legalmente necesario.

Cuando se haya vencido el termino para enervar la causal de disolución por pérdidas, ya no es posible la admisión de la sociedad al proceso concursal recuperatorio, caso en el cual lo que resultaría procedente seria la apertura del proceso concursal liquidatorio.

---

<sup>55</sup> Ley 1116 de 2006, Por el cual se establece el régimen de insolvencia empresarial en la República de Colombia y se dictan otras disposiciones.

**CAPITULO TERCERO. – ESPAÑA.<sup>56</sup>****SECCIÓN PRIMERA Resumen originario A. <sup>57</sup>**

1. Antecedentes y evolución hasta la situación actual en el ámbito societario. La situación de sociedades que perviven largo tiempo registradas e inactivas con pérdidas patrimoniales graves es ciertamente perturbadora en todos los sentidos, de manera que los ordenamientos han tratado de afrontarla con distinto alcance. En el Derecho español, el antecedente más remoto, que lo fue el art.150 LSA 1951 (trasladado en sus propios términos al art. 30 LSRL 1953), ya consideraba causa de disolución las “pérdidas que dejen reducido el patrimonio a una cantidad inferior a la tercera parte de la cifra del capital social, a no ser que éste se reintegre o se reduzca”; no existía por entonces cifra de capital mínimo y eso facilitaba la reducción, que ya era obligatoria cuando el patrimonio descendiera por debajo de las dos terceras partes de la cifra del capital y transcurriese un ejercicio contable sin haberse recuperado; y junto a esa opción para evitar la disolución, cabría otra, la reintegración, iniciativa precisa y oportuna en el caso, que consistiría en incrementar el patrimonio, sin aumentar el capital, de modo que se pudiera recuperar el equilibrio de ese modo. Pero no disponía la norma de entonces ningún mecanismo para hacer efectiva la disolución. - Lo que hizo el TRLSA 1989, además de elevar de la tercera parte a la mitad de la cifra de capital la medida de referencia del patrimonio que constituye causa de disolución por pérdidas cualificadas y de ofrecer las opciones de aumentar (más exacto era reintegrar) o reducir (entonces ya con el límite de la cifra de capital mínimo, que se fijó en ese texto en 10 millones de pesetas) el capital en la medida necesaria, fue disponer un procedimiento compulsivo para obtener la disolución, habida cuenta de que era necesario un acuerdo de la junta general a tal efecto. Conforme al art.262, los administradores de la sociedad quedaban obligados a convocar junta en el plazo de 2 meses desde que les constara la causa de disolución, circunstancia que, en el caso de las pérdidas cualificadas, suele acaecer al formular las cuentas anuales, al emitirse el informe de auditoría, al cerrar un balance de comprobación, etc. La junta debía acordar la disolución, salvo que optase por alguna de las otras alternativas; pero si el acuerdo no pudiera lograrse o fuera contrario, los administradores estaban ahora obligados a solicitar la disolución judicial. También cualquier interesado (socio, acreedor, etc.) podría hacerlo si la junta no se convocó, no logró acuerdo o fue contrario a la disolución, pero en este caso se trataba de una facultad, mientras que para los administradores constituía una obligación estricta procurar la disolución, convocando la junta o solicitándolo al juez. -La medida del rigor aplicado en exigir el cumplimiento de esa obligación de los administradores quedó bien manifiesta en la introducción de una especial responsabilidad por deudas de la sociedad puestas a su cargo: el ap.5 art.262 hacía a los administradores solidariamente responsables de las obligaciones sociales por incumplimiento de ese deber de procurar la disolución en los dos meses siguientes. -Tan grave responsabilidad generó de inmediato amplio debate, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia, sobre su naturaleza, presupuestos, contenido, régimen, etc. En apretada síntesis puede decirse que se trata de una responsabilidad de alcance sancionador y no indemnizatorio, que se conecta, con clara tendencia objetiva y con exoneración limitada, al incumplimiento de obligaciones legales, y no a la causación de un daño; consiste en hacer a los administradores responsables, personal y solidariamente, de deudas que son de la sociedad, y no dejan de serlo, por lo que los administradores no sustituyen a la sociedad frente a sus acreedores, sino que se añaden a la sociedad, con una posición jurídica de garantía, y derivada, lo que les permite

<sup>56</sup> Con colaboraciones individuales y sucesvas en ls dos secciones de Jesús Quijano Gonzalez y José Pajares.

<sup>57</sup> A cargo de Jesús Quijano González, Catedrático de Derecho Mercantil, Universidad de Valladolid (España)

usar de excepciones válidas que la sociedad tuviera frente al acreedor y ejercer derecho de regreso frente a la sociedad, una vez que hayan satisfecho la deuda. Además, el contenido económico de tal responsabilidad aparecía ilimitado: alcanzaba a todas las deudas sociales, con independencia de su naturaleza, cuantía, procedencia temporal, etc., siempre que se tratara de obligaciones exigibles a la sociedad. Es curioso observar que, poco tiempo después, al aprobarse la Ley de Sociedades Limitadas de 1995, su art.105, que reproducía el mecanismo del citado 262 TRLSA, hacía referencia a la responsabilidad solidaria de los administradores por “todas” las deudas sociales, como queriendo cerrar el paso a una interpretación menos drástica que pretendiera extender la responsabilidad sólo a las deudas generadas una vez que concurriera la causa de disolución o durante el mandato de los administradores incumplidores. - Justamente este aspecto tan gravoso fue corregido en una reforma puntual de 2005, que es de donde procede el inciso que ahora aparece en el art. 367 TR LS de Capital 2010, actualmente vigente. Según él, los administradores que incumplan las obligaciones citadas (convocar junta y no solicitar la disolución judicial) responderán solidariamente de las obligaciones sociales posteriores al acaecimiento de la causa legal de disolución, solamente de éstas y ya no de todas, si bien se ha añadido una presunción legal de que las obligaciones reclamadas se consideran posteriores a la causa, salvo que los administradores acrediten que son de fecha anterior. -Este es, en síntesis, el régimen societario de la disolución por pérdida del capital en la legislación española vigente; régimen que, en buena medida, adquiere un significado de “instrumento pre concursal” en ciertas situaciones pero que, en la mayor parte de las ocasiones, debe ser coordinado con la normativa concursal si se tiene en cuenta que las pérdidas cualificadas habrán provocado una situación de insolvencia, tal vez ya actual o al menos inminente, con lo que habrá quedado integrado el presupuesto objetivo que obliga a solicitar el concurso. Este es el aspecto que debe ser considerado a continuación. -2.Pérdidas cualificadas y concurso de acreedores. Como se acaba de indicar, las pérdidas cualificadas que obligan a disolver pueden haber provocado una situación de insolvencia, actual si la sociedad deudora está ya imposibilitada de satisfacer sus obligaciones exigibles, o inminente si es previsible que vaya a estarlo. No necesariamente tiene que ser así y, por tanto, es claro que las pérdidas cualificadas no son causa de solicitud del concurso, si no implican insolvencia, sino sólo de disolución de la sociedad. - Así vino a entenderlo la reforma que, al aprobarse la Ley Concursal 2003 (LC), se introdujo en el TRLSA 1989: en art.260, 1, 4º, para aclarar que las pérdidas cualificadas son causa de disolución “siempre que no sea procedente solicitar la declaración de concurso conforme a la Ley Concursal”, y en el art.262, 2 y 5, para incorporar la solicitud de concurso como alternativa a la disolución, si concurre insolvencia, y para extender la responsabilidad por deudas a la no solicitud del concurso cuando proceda. Tales extremos están confirmados en los preceptos equivalentes (arts.363, 1, e; 365 y 367) del vigente TRLSC 2010, no sin haber suscitado cierto debate en cuanto a la competencia orgánica para solicitar el concurso, que la propia LC ha resuelto reponiendo la atribución del órgano administrativo. Una clarificadora sentencia del Tribunal Supremo, (1/04/2014), ha argumentado esa distinción entre pérdidas cualificadas e insolvencia con notable precisión y nitidez. -La situación resultante es, en síntesis, la siguiente: si la sociedad está en pérdidas cualificadas, pero no en insolvencia, vale lo dicho en el ámbito societario en cuanto a la obligación de disolver; si la situación es de insolvencia actual, haya o no pérdidas cualificadas, los administradores tienen el deber de solicitar el concurso, pudiendo hacerlo facultativamente si la insolvencia es inminente. Todo ello, sin perjuicio de acudir a los instrumentos pre concursales (acuerdo de refinanciación o acuerdo extrajudicial de pagos), cuya negociación permite suspender el plazo de solicitud del concurso en los términos del art.5 bis LC. Cuando proceda solicitar el concurso, decae la obligación de disolver y no se contrae responsabilidad por deudas; si se intentan los acuerdos pre concursales, dependerá de su resultado, esto es, de que se supere o no la insolvencia, o de que permanezcan o no las pérdidas cualificadas

al término de la negociación, con las alternativas conocidas en cada caso. Por supuesto, cabe también la posibilidad de que una sociedad disuelta por pérdidas haya devenido insolvente durante el proceso de liquidación societaria, debiendo entonces los liquidadores solicitar el concurso para que el procedimiento de liquidación concursal sustituya al societario. - Finalmente, la razón por la que, solicitado el concurso, ya no procede la disolución ni la exigencia de responsabilidad por deudas es justamente que ambos asuntos se ventilarán en sede concursal en otra forma: la disolución, cuando se abra la liquidación; la responsabilidad, con ocasión de la calificación del concurso como culpable, de la declaración de personas afectadas (normalmente los administradores de derecho o de hecho de hasta dos años antes del concurso), y de la condena a la especial “responsabilidad por el déficit concursal” que puede recaer sobre ellos en los términos de los arts.163 y ss., y muy en especial del 172 bis, que regula esta responsabilidad, tras las numerosas reformas de LC en tantos aspectos. -Mientras tanto, y mientras dure el concurso, la exigencia de responsabilidad por deudas, que pudo ser contraída antes de la declaración del concurso, no se puede plantear y, si lo estuviera ya, quedará en suspenso, todo ello en los términos de los arts.50 y 51 bis LC, lo que tiene toda la lógica, con el fin de evitar un posible enjuiciamiento doble, incluso discrepante, de hechos idénticos, en vía societaria y en vía concursal. Lo concursal, en suma, se impone sobre lo societario, en el bien entendido de que no lo extingue: esa acción de responsabilidad por deudas no admitida a trámite o suspendida, ve interrumpido el plazo de prescripción, según los principios del art.60, y, concluido el concurso, cabría ejercitarla para reclamar a los administradores, que en su momento incumplieron la obligación de disolver, las deudas insatisfechas tras el concurso, siempre que fueran posteriores a la causa de disolución por pérdidas y permanezcan vivas.

#### **RESUMEN ORIGINARIO. B<sup>58</sup>.**

En el actual panorama legislativo español existe una clara divergencia entre la normativa societaria y la concursal en lo que hace referencia a la liquidación de la compañía, sus efectos y consecuencias. En la societaria el artículo 327 de la LSC regula una forma de liquidación para el solo caso de la que la sociedad entre en concurso y en este inicie la fase de liquidación, pero sólo en este caso, ya que en cualquier otro han de pagarse o consignarse/asegurarse las deudas con los acreedores, siendo significativo además que de aparecer pasivos ocultos los socios llegarían a responder hasta el límite de su cuota en la liquidación; es decir para liquidar societariamente se ha de pagar o consignar/asegurar identificando al acreedor y la entidad donde se hubieran consignado los importes o asegurado su pago, pues en otro caso no se produce la liquidación societaria ni la extinción e inscripción registral. - ¿Qué ocurre pues cuando una sociedad española no tiene activos con que satisfacer sus deudas? En la regulación societaria actual los administradores cuando concurra causa de disolución, entre otras opciones (ampliar capital ad exemplum), han de acordar la disolución de la compañía, cesando ellos y nombrando al órgano de liquidación, el cual de advertir solo en diez días que no hay masa para liquidar los créditos ha de instar el concurso de acreedores, dando lugar en este caso a la tramitación de un concurso con masa insuficiente para que el Juzgado de lo Mercantil que conozca el procedimiento decida mediante resolución su archivo y cancelación registral (artículo 176 bis LC), extinguiéndose de manera formal las obligaciones con sus acreedores por desaparición del legitimado a responder de las mismas. - Esto es así en general pues ese archivo puede evitarse en el caso de que se entienda que los administradores o liquidadores pudieran ser responsables personalmente, hubieran acciones de reintegración a plantear o pudiera declararse el concurso como culpable. - Naturalmente esta operativa es la que la normativa societaria establece,

---

<sup>58</sup> A cargo de José Pajares.

cohonestándose así la regulación societaria con la concursal. Y ello sin tener en cuenta otras relaciones actuales entre ambas normativas, entre ellas la liquidación societaria ordenada por el Juzgado que conoce el concurso cuando la sociedad entre en liquidación concursal, como específicamente establece el artículo 361 LSC. - Ahora bien, no parece lógico, ni muchas veces posible, que la compañía que carece de activos se vea abocada a todo ese devenir notarial y judicial cuando es manifiesto que no puede hacer frente a las deudas con sus acreedores ni consignar/asegurar, claro está, sus importes.

Es en la Propuesta de Código Mercantil elaborada por la sección de derecho mercantil de la comisión General de codificación publicada en julio de 2013, incorporando un procedimiento especial para obtener esa extinción y su cancelación registral cuando no haya activo (sección 4ª del Capítulo II, artículos 272-44 a 272-54) donde afortunadamente la regulación societaria tiene más en cuenta la normativa concursal, de hecho tiene una gran influencia, hasta el extremo de que la liquidación societaria se regula al modo de la liquidación concursal por decirlo de alguna manera, permitiéndose como sucede en el proceso concursal liquidar una sociedad que no tiene masa suficiente para pagar a todos sus acreedores y por tanto cancelarse registralmente si se dan una serie de requisitos. - Con esta propuesta de código mercantil se conseguirá ya que la sociedad que carezca de masa pueda, como se ha dicho, liquidarse y desaparecer de la vida jurídica sin tener que pasar por el Juzgado y sin tener que usar mayores recursos públicos. - La Exposición de Motivos lo explica claramente: se trata de *“solventar las dificultades para proceder a la extinción de la sociedad liquidada en caso de falta de activo, para lo que se ha dispuesto de un procedimiento razonablemente ágil que permita, todavía en el ámbito societario, constatar con suficiente fiabilidad si hay posibilidades de reintegración patrimonial o de cobertura del déficit que justifiquen la declaración de concurso o si, por el contrario, debe procederse a la extinción y cancelación registral de la sociedad”*. - De este modo regula el artículo 272-44.1: *“si el activo de la sociedad fuera insuficiente para satisfacer a todos los acreedores de la sociedad, una vez agotado, los liquidadores otorgarán escritura pública en la que harán constar esta circunstancia”* que se habrá de publicar en el BORM y bien en la web de la sociedad si está previsto, bien en un periódico de gran tirada de la ciudad donde tenga su domicilio. - Pero no parece que esta fórmula sea una patente de corso puesto que naturalmente la propuesta regula mecanismos de control y confirmación. Así, el artículo 272.48 establece que sólo si transcurre un mes desde la publicación de la operación sin que nadie nombre experto se producirá la cancelación. Es decir, que si los acreedores quieren defender su derecho y/o acreditar la solvencia de la sociedad liquidada han de nombrar ese experto en el RM para que examine la situación y solo en el caso de informar sobre responsabilidad de los administradores o liquidadores, acciones de reintegración o culpabilidad en un concurso instar el concurso de acreedores donde se haya de analizar todo esto. Cuestión compleja para el acreedor porque será a su costa el informe del experto y para el Juzgado cuando el experto inste ese concurso de acreedores de la sociedad concursada, pues constituye una especialidad que la Ley Concursal no regula todavía. - En breve la legislación societaria y concursal en España no diferirá en los métodos de liquidación, facilitándose la desaparición jurídica de sociedades sin actividad.

**RESUMEN ORIGINARIO C<sup>59</sup>.** Respuesta sintética a las primeras cuestiones cuestiones planteadas:

- (i) Por regla general con la formulación de balance, sea el final del ejercicio, o un balance de comprobación, y también con el informe de auditoría.

---

<sup>59</sup> A cargo de Jesús Quijano Gonzalez

- (ii) Los remedios legales son: aumentar o reducir el capital, cuando sea posible, o disolver la sociedad; si hay insolvencia, solicitar el concurso. Los plazos respectivos son de dos meses.
- (iii) Los administradores responden de las deudas sociales posteriores a la causa de disolución si incumplen la obligación de procurar la disolución, convocando la junta o solicitando la disolución judicial.
- (iv) Cualquier interesado, también los acreedores, pueden solicitar la disolución judicial cuando proceda.
- (v) La viabilidad no se exige en el ámbito societario; basta la reconstitución de la ratio capital/patrimonio aumentando o reduciendo. En el ámbito concursal la viabilidad se examina en el contexto de los acuerdos de refinanciación.
- (vi) El concurso procede cuando las pérdidas del capital implican insolvencia actual o inminente; si el concurso es calificado como culpable, los administradores que contribuyeron a generar o a agravar la insolvencia pueden ser condenados a responsabilidad por el déficit concursal.
- (vii) Las pérdidas del capital como causa de disolución no impiden iniciar un proceso concursal; no sólo es que lo permitan, obligan a solicitar el concurso como alternativa a la disolución en caso de insolvencia actual, y lo permiten en caso de insolvencia inminente.

## **SECCIÓN SEGUNDA**

### **Nuevas referencias**

\* LA RESPONSABILIDAD CONCURSAL TRAS LA REFORMA DE 2011<sup>60</sup>

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN: un asunto con interés renovado. II. LA CALIFICACIÓN DEL CONCURSO COMO CULPABLE: PUNTO DE PARTIDA: 1. El modelo legal: la cláusula general, las presunciones y los hechos de concurso culpable. 2. La orientación de la jurisprudencia reciente. 3. La sentencia de calificación y las personas afectadas. III. LA RESPONSABILIDAD CONCURSAL. 1. Los presupuestos: la calificación en caso de apertura de la fase de liquidación y la sentencia condenatoria. 2. La legitimación activa y pasiva. 3. La condena individualizada y por concreta cantidad de todas o alguna de las personas afectadas. 4. La integración en la masa activa de las cantidades obtenidas. 5. La cuestión de la naturaleza de la responsabilidad como conclusión. IV. BREVE CONSIDERACIÓN DE OTROS ASPECTOS RELACIONADOS: 1. Embargo preventivo y aseguramiento de la responsabilidad concursal. 2. La relación entre la responsabilidad concursal y las acciones societarias de responsabilidad por daños y por deudas.

RESUMEN: La reforma de la Ley Concursal de 2003 por la Ley de 10 de octubre de 2011 ha introducido numerosas novedades en muy distintos aspectos del modelo concursal español, profundizando y diversificando las modificaciones que ya había operado el real decreto-Ley de 27 de marzo de 2009. Entre los aspectos afectados, y con notable alcance, está la disciplina de la responsabilidad concursal, prevista inicialmente en el artículo 172, 3 y ahora ubicada con más entidad en el nuevo artículo 172 bis.

La nueva configuración de esta especial responsabilidad obliga, sin duda, a replantear todo el conjunto de elementos que integran su régimen jurídico, sean los presupuestos para que el juez del concurso pueda declararla, sean los términos de la condena en cuanto a su alcance personal y

---

<sup>60</sup> Jesús Quijano Gonzalez versión escrita de la ponencia presentada en el X Seminario Harvard-Complutense celebrado en la Universidad de Harvard (Harvard Law School-Real Colegio Complutense) los días 24, 25 y 26 de septiembre de 2012.

material, sean los efectos derivados de la sentencia. La discutida naturaleza de esta responsabilidad concursal debe, igualmente, debatirse de nuevo a partir de las reformas introducidas, porque éstas no sólo impactan sobre cuestiones concretas de su régimen, sino que impactan ampliamente sobre su propia configuración.

Este es el objetivo de este trabajo: analizar los distintos cambios producidos y reconstruir la disciplina de la responsabilidad concursal, tomando como punto de partida la calificación del concurso, materia en la que ya ha recaído una interesante jurisprudencia, poniendo en relación el funcionamiento de esta responsabilidad con otros aspectos colaterales (las garantías y el aseguramiento) y revisando el marco de relaciones de coordinación de la responsabilidad concursal con el eventual ejercicio de otras acciones de responsabilidad societaria, por daños y por deudas, contra los administradores de la entidad concursada.

## **I. INTRODUCCIÓN: un asunto con interés renovado.**

La responsabilidad concursal apareció como una categoría novedosa en la Ley Concursal de 2003 y desde entonces no ha dejado de suscitar interés y debate. Es probable que la intención del legislador de entonces fuera la de acoger una opción alternativa a la del clásico instrumento de la “extensión del concurso” (de la quiebra en la formulación histórica), que trasladaba de forma más o menos automática la declaración concursal a personas físicas o jurídicas distintas del concursado (a sus socios ilimitadamente responsables, a sus administradores, a su sociedad dominante, etc.), cuando éste fuera una sociedad. Tal planteamiento, apuntado en alguno de los Anteproyectos de reforma concursal que se sucedieron a lo largo del siglo XX, no fue acogido como tal en la Ley de 2003, pero, en su lugar, se estableció una peculiar conexión entre concurso de personas jurídicas calificado como culpable, personas afectadas por la sentencia de calificación y responsabilidad personal de los afectados por el pasivo pendiente, dirigida a completar la satisfacción de acreedores que no hubieran visto sus créditos íntegramente cubiertos tras la liquidación de la masa activa.

Los antecedentes más directos de tal responsabilidad, recogida en el artículo 172, 3, habría que encontrarlos en ordenamientos comparados (“l’action en comblement du passif” del Derecho francés, muy en particular), aunque también pudiera haber influido la previa configuración en nuestro ordenamiento de una categoría de responsabilidad de los administradores por deudas de la sociedad en determinados supuestos (de pérdidas cualificadas especialmente) en que hubieran incumplido la obligación de procurar la disolución, sin adoptarse soluciones alternativas, que las leyes de sociedades (la de anónimas de 1989, en su artículo 262, y la de limitadas de 1995, en su artículo 105) ya habían incorporado con anterioridad.

No deja de resultar sorprendente que la Exposición de Motivos de la Ley Concursal de 2003 no se hiciera expresamente eco de tal novedad en su apartado VIII, dedicado a glosar la calificación del concurso, pero lo cierto es que la atención doctrinal por la institución se manifestó enseguida con un amplio número de comentarios, artículos y monografías que examinaron su disciplina y debatieron con polémica sobre la esencia, más sancionadora o más indemnizatoria, de su naturaleza, como es de sobra conocido.

Tal interés, lejos de decaer, se ha incrementado notablemente con el paso del tiempo. No sólo porque la citada polémica doctrinal haya continuado, ofreciendo análisis y construcciones cada vez más sugerentes; recientemente, porque se han producido dos acontecimientos de primera magnitud para estimular un nuevo replanteamiento de la cuestión: de un lado, en los últimos tiempos ha empezado a acumularse una interesante jurisprudencia en sentencias del Tribunal Supremo sobre calificación del concurso y responsabilidad concursal, precedida de pronunciamientos divergentes en distintos Tribunales inferiores y no exenta de controversia; de

otro lado, la reforma concursal de 2011, que ha sistematizado esta responsabilidad en un nuevo precepto monográfico (el artículo 172, bis), ha introducido importantes cambios en su estructura y en su disciplina.

Ambas circunstancias animan a una revisión actualizada del régimen de la responsabilidad concursal desde una nueva perspectiva, como es la cobertura del déficit concursal, antes diluida por la configuración del instrumento con un fin de pago directo de créditos insatisfechos a los acreedores. Este es el objetivo del presente trabajo, que no pretende tanto una reconstrucción completa y exhaustiva de tal institución, sino más bien un análisis selectivo de los aspectos en los que la incidencia de esos acontecimientos ha sido más intensa.

## II. LA CALIFICACIÓN DEL CONCURSO COMO CULPABLE: PUNTO DE PARTIDA.

Es sabido que la sentencia que condene por responsabilidad concursal a las personas afectadas sólo puede dictarse si previamente se ha abierto la sección de calificación (Sección 6ª del procedimiento), en ciertos supuestos y con determinados resultados. Dicho en otros términos, no siempre que haya calificación hay responsabilidad, pero para que haya responsabilidad debe haber habido calificación. Más concretamente, la responsabilidad concursal sólo acaece si el concurso, en ciertos supuestos de apertura o reapertura de la sección de calificación, resulta calificado como culpable. Éste es, pues, el presupuesto procesal y material, y, como tal, el punto de partida en lo que aquí atañe.

El artículo 163 de la Ley Concursal, tras la reforma de 2011, ha dejado de establecer los casos en que procede la formación de la Sección sexta de calificación del concurso. Tal indicación ha pasado ahora al artículo 167, pero, con el cambio de ubicación sistemática, se ha producido también un cambio significativo de orientación: el primitivo artículo 163 enumeraba en clave positiva los supuestos (aprobación judicial de un convenio gravoso para todos los acreedores o para los de una clase, con quita superior a un tercio y espera superior a tres años, y apertura de la fase de liquidación por cualquier causa), mientras que el actual artículo 167, 1, propone una enumeración fundamentalmente negativa (la formación de la Sección sexta se ordena en la misma resolución judicial que apruebe el convenio o el plan de liquidación, o cuando ésta se produzca conforme a las reglas legales supletorias, pero, por excepción, no procederá abrir dicha Sección si el convenio aprobado judicialmente no es gravoso en los términos indicados, salvo que se incumpla. Lo que, a sensu contrario, significa que la Sección sexta se forma si se abre la fase de liquidación, tanto si ésta va a desarrollarse conforme al plan o mediante las reglas legales, y cuando se aprueba un convenio gravoso o se incumple uno no gravoso. En el Proyecto de Ley que precedió a la reforma, el “beneficio” de quedar exento de la calificación quedaba reservado, como incentivo, sólo al convenio no gravoso anticipado; pero tal restricción no prosperó, con lo que a estos efectos es indiferente que el convenio no gravoso proceda de una propuesta anticipada u ordinaria, en los términos respectivos de los artículos 104 y 113.

Conviene, no obstante, insistir ahora, y sin perjuicio de mayor especificación en su momento, que éstos son los supuestos de apertura de la Sección de calificación, pero sólo en algunos de ellos, y siempre que resulte calificación de culpable, podrá declararse la responsabilidad concursal. El artículo 172, 1, en efecto, conecta la eventual condena de personas afectadas a la formación de la sección de calificación en caso de apertura de la fase de liquidación y a la reapertura de dicha sección por incumplimiento del convenio. Tal falta de coincidencia entre presupuestos de la calificación y presupuestos de la responsabilidad debe tenerse muy en cuenta a estos efectos para

evitar asimilaciones precipitadas de dos situaciones concursales que tienen distinta naturaleza y alcance.

Aclarado esto, la base material esencial en la que descansa la eventual responsabilidad concursal es la calificación del concurso como culpable en los términos de los artículos 164 y 165. Éste es, sin duda, el aspecto que merece una especial consideración, a la vista de las diversas reglas y supuestos que lo integran y de las distintas opciones interpretativas que ofrecen, con efectos notablemente distintos para la exigencia de dicha responsabilidad.

### **1. El modelo legal: la cláusula general, las presunciones y los hechos de concurso culpable.**

La calificación del concurso como culpable opera a partir de un modelo legal complejo, integrado por tres elementos esenciales: una cláusula general abierta, formada a su vez por un hecho objetivo y un título de imputación subjetivo, un conjunto de presunciones relacionadas con este título de imputación, y un listado exhaustivo de “hechos de concurso culpable” que desencadenan la calificación con notable automatismo.

La cláusula general (artículo 164.1) se compone, en primer lugar, de un hecho objetivo como lo es el estado de insolvencia del deudor, entendiendo por tal la situación descrita como presupuesto objetivo del concurso en el artículo 2.2 (“se encuentra en estado de insolvencia el deudor que no puede cumplir regularmente sus obligaciones exigibles”). Aunque el debate no tiene una relación directa con las cuestiones que aquí se plantean, sino más bien con el momento inicial de la declaración del concurso, se trata de un concepto notablemente amplio de insolvencia: el deudor debe estar afectado por una “imposibilidad” (no simplemente una dificultad o una falta de voluntad) de cumplir regularmente sus obligaciones exigibles (líquidas y vencidas), pero entendiendo que la regularidad en el cumplimiento implica “pago íntegro y puntual” de esas obligaciones (satisfacción del total importe de la deuda y a su vencimiento), lo que alcanza tanto a supuestos de desbalance o falta de bienes o de crédito, como a supuestos de iliquidez o falta de tesorería. El precepto, además, toma en consideración para valorar la conducta que hace culpable el concurso, tanto la generación como el agravamiento de la insolvencia, lo que, indudablemente, amplía el campo de acción de la cláusula general y el propio margen de la calificación.

En segundo lugar, el título de imputación subjetiva debe situarse en el grado más elevado de la culpabilidad, como lo es el dolo o la culpa grave, una vez más equiparados, de manera que sólo si la generación o agravamiento de la insolvencia procede de una conducta consciente, intencionada o maliciosa dirigida a producir ese efecto, o que no lo pudiera excluir, (ya se trate de dolo directo o indirecto), o de una falta total e inexcusable de la diligencia (tráiganse aquí las pautas o parámetros de comportamiento relacionados con los deberes de los administradores en el ámbito societario del ordenado empresario y representante leal para valorar el descuido, la desatención, la imprudencia, etc.) habrá base para calificar el concurso como culpable y con repercusión para las personas afectadas. Además, entre ambos elementos objetivo y subjetivo debe comprobarse una relación de causalidad adecuada (la expresión legal “hubiera mediado” es bien significativa), de modo que la propia generación o, al menos, el agravamiento de la insolvencia deben ser la consecuencia de un comportamiento reprochable del deudor, que pueda serle imputado a título de dolo o culpa grave, pues conocía, o debía conocer, o no podía ignorar, la trascendencia patrimonial de sus actos. Y ello también significa que si la generación o la agravación de la insolvencia proceden de una circunstancia ajena al comportamiento, incluso culpable, del deudor, hasta el punto de que hubieran acaecido igualmente y en todo caso, no se dará el presupuesto habilitante de la cláusula general. Pero no debe entenderse, en el otro extremo, que la conducta dolosa o gravemente

culpable del deudor debe ser la causa exclusiva de la generación o agravamiento de la insolvencia; bastaría que hubiera contribuido a la generación, o que generada por causas ajenas haya contribuido a agravarla, para que el nexo causal requerido esté presente. Que “haya mediado dolo o culpa grave del deudor” admite gradación, y el amplio margen de valoración se mueve entre la exclusividad y la indiferencia, pero ni exige la una, ni basta la otra.

Como es obvio, el dolo o la culpa grave y la relación causal con la generación o agravación de la insolvencia deben ser probados en el trámite de la calificación del concurso como culpable por quienes la instan o deben emitir informe al respecto (artículos 168 y 169). El modelo legal, no obstante, facilita tal comprobación al suministrar presunciones *iuris tantum* de dolo o culpa grave en determinados supuestos previstos en el artículo 165 (sustancialmente se trata de incumplimiento de los deberes de solicitar el concurso, de colaborar con los órganos que lo desarrollan, o de formular, auditar y depositar las cuentas anuales), lo que permite soslayar la prueba del título de imputación subjetiva, pero no exime probar la relación de causalidad entre esos supuestos y la generación o agravamiento de la insolvencia. Al solicitante correspondería, pues, probar uno de los hechos indicados y su impacto sobre la insolvencia, pero no el dolo o culpa grave del deudor; por el efecto de inversión de la carga de la prueba que emana de la presunción, es éste quien debería probar en contrario la inexistencia de dolo o culpa grave y, en su caso, suministrar la contraprueba capaz de desvirtuar la relación de causalidad, cuya estimación se habrá visto también facilitada por la presunción de culpa, aunque se trate de dos ingredientes de la calificación (la culpa del deudor y el nexo causal con la insolvencia) conceptualmente distintos y no necesariamente vinculados entre sí desde el punto de vista probatorio. Este artículo 165, por tanto, debe entenderse directamente relacionado con el 164.1, en tanto que está expresamente referido a uno de los elementos esenciales de la cláusula general de concurso culpable. No se trata, pues, de una tercera categoría de supuestos de concurso culpable facilitada en la prueba, sino simplemente de un conjunto de casos en los que se presume, salvo prueba en contrario, el dolo o la culpa grave, pero no para conducir sin más a la calificación, sino para aligerar la operatividad de la cláusula general. Tal vez por eso hubiera tenido lógica que el artículo 165 fuera apartado segundo del 164, y a la inversa, para proyectar una mayor claridad sistemática e interpretativa.

Muy distinto significado tiene la enumeración de supuestos del artículo 164.2. El precepto relata seis circunstancias que deben entenderse como una lista cerrada y exhaustiva: incumplir la obligación de llevar contabilidad, llevar doble contabilidad o cometer irregularidad relevante para la comprensión de la situación patrimonial o financiera del deudor; cometer inexactitud grave, o falsedad, en la documentación concursal; incumplir el convenio por causa imputable al concursado, con la consiguiente apertura de la fase de liquidación; realizar alzamiento total o parcial de bienes u obstaculizar embargos en ejecuciones iniciadas o previsibles; extraer fraudulentamente bienes o derechos del patrimonio del deudor en los dos años anteriores a la declaración del concurso; y realizar actos jurídicos de simulación de una situación patrimonial ficticia antes del concurso.

La diversidad de los supuestos y su configuración más rígida o más flexible (especialmente cuando el ilícito se cualifica con conceptos indeterminados, como el “incumplimiento sustancial”, la “irregularidad relevante” o la “inexactitud grave”) debiera compensarse con una interpretación estricta dirigida a evitar una ampliación de su alcance en los casos concretos; entre otras cosas porque llama la atención el contraste con alguno de los supuestos que fundan la presunción de dolo o culpa grave del artículo 165 y el distinto tratamiento a que dan lugar, incluso cuando se trata de casos que pudieran superponerse en la práctica: por ejemplo, entre incumplir sustancialmente la obligación de llevar contabilidad (164.2.1º) y no formular las cuentas anuales cuando se está obligado a ello (165.3º) puede apreciarse cierta coincidencia material y, sin embargo, lo primero constituye un “hecho de concurso culpable”, de notable automatismo, mientras que lo segundo

fundamenta una presunción de dolo o culpa grave que debe conectarse causalmente con la generación o agravación de la insolvencia.

La dicción literal del precepto (nótese la rotundidad del “en todo caso”, con que se inicia), y su propia ubicación sistemática, llevan a pensar que se ha querido delimitar aquí un ámbito de calificación automática del concurso como culpable, estableciendo una restricción a la cláusula general en todo su alcance; ni es necesario estimar la concurrencia de dolo o culpa grave, ni probar que entre el título de imputación y la generación o agravamiento de la insolvencia haya relación de causalidad. Bastaría constatar la situación de insolvencia y comprobar la existencia de uno de los seis hechos descritos, una vez valorada su gravedad o relevancia cuando así se exija, para concluir que el concurso debe ser calificado como culpable; y ello sin necesidad de establecer que entre el hecho y la insolvencia (en su generación o agravación) hay alguna conexión causal que los ponga en relación. Asimismo, tampoco sería necesario probar que en la comisión u omisión en que se materialice el hecho objetivo de concurso culpable concurría dolo o culpa grave, en el sentido de que tal comportamiento estuviera dirigido a generar o a agravar la insolvencia, sea de forma consciente, intencionada o maliciosa, sea de forma gravemente negligente o con descuido total de la diligencia exigible.

Pero, afirmado esto, conviene distinguir claramente los dos tramos o secuencias en que debe producirse la valoración jurídica: una cosa es que, establecido el hecho de concurso culpable, se desencadena la calificación como tal sin necesidad de conectarlo causalmente a la generación o agravación de la insolvencia ni de encuadrarlo en la categoría elevada de la culpabilidad, como dolo o culpa grave, y otra bien distinta es que la propia comisión u omisión antijurídica, considerada en sí misma, no deba ser valorada en términos adecuados de imputabilidad al correspondiente sujeto, sea el deudor concursado, si es persona física, o sus representantes, si es persona jurídica. Porque no se trata ahora de aplicar el rigor legal en cuanto a las consecuencias para la calificación del concurso, sino de enjuiciar el hecho previo que, si llegara a abrirse la sección de calificación, determinará que ésta sea de concurso culpable. Y tal hecho previo debe enjuiciarse aisladamente de su efecto, conforme a las reglas generales de imputación de una infracción, comisión u omisión típica, antijurídica y culpable, tomando aquí, en lo que resulte procedente, las reglas de la valoración cuasi penal de una determinada conducta. Dicho en otros términos, si la irregularidad contable, o la inexactitud documental, o el incumplimiento del convenio, etc., no son imputables al sujeto en esos términos, en el caso concreto, lo que ocurrirá es que no hay “hecho” que pueda luego ser considerado como “hecho de concurso culpable” en el momento de la calificación. La objetividad, con lo que implica de automatismo, opera en la calificación del concurso, si está previamente sustanciado el “hecho de concurso culpable”; pero no debe operar en la propia estimación del “hecho” en sí; de modo que una irregularidad contable, aunque sea relevante, o una inexactitud documental, aunque sea grave, o un incumplimiento del convenio (véase que aquí el texto legal sí habla de “causa imputable al concursado”), etc., serán conductas típicas objetivamente antijurídicas, pero no serán “hecho de concurso culpable” si no pueden ser subjetivamente imputados al deudor concursado o a sus representantes porque concurren circunstancias probadas de exención de la culpa.

Esta apreciación resulta especialmente importante, ya que volverá a plantearse en relación con la condena por responsabilidad concursal, como en su momento se detallará. La calificación del concurso como culpable, sea por aplicación de la cláusula general, con o sin presunción de dolo o culpa grave, sea por la concurrencia de un “hecho de concurso culpable”, no desencadena automáticamente la responsabilidad concursal, o, mejor dicho, no debe desencadenarla. Deberá mediar una motivación o justificación añadida en la decisión del juez, que haga adecuada y proporcionada la condena a la cobertura del déficit concursal. Y de nuevo habrán de tenerse en

cuenta a estos efectos juicios valorativos de imputación y culpabilidad de las personas afectadas que ahora, en el texto legal reformado (artículo 172, bis, 1, párrafo tercero), deben ser además individualizados para argumentar la condena a cantidad concreta de acuerdo con la participación en los hechos que dieron lugar a la calificación del concurso como culpable.

## **2. La orientación de la jurisprudencia reciente.**

Tras una primera fase de conocida y notable disparidad en los pronunciamientos de Juzgados de lo Mercantil y Audiencias Provinciales, la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo ha resuelto ya un buen número de recursos de casación, dictando sentencias relativas a la calificación del concurso y, eventualmente, a la responsabilidad concursal de las personas afectadas. Es el caso de las de 22 y 23 de febrero, 12 de septiembre, 6 de octubre y 17 de noviembre, todas ellas de 2011, y las de 16 de enero, 26 de abril, 21 de mayo, 13 y 20 de junio, 16 y 19 de julio, y 10 de septiembre, de 2012.

Con independencia de las consideraciones sobre otros aspectos más colaterales para lo que aquí interesa (así, el recurrente argumento de la retroactividad vinculado a un pretendido alcance sancionador de la responsabilidad concursal, la falta de legitimación impugnatoria, el carácter de administrador de hecho en algún caso, etc.), la doctrina principal de dichas sentencias versa directamente sobre el significado de los supuestos del artículo 164, 2, de la Ley Concursal, de entre los que el número 1º (irregularidad contable relevante para la comprensión de la situación patrimonial o financiera del deudor concursado) se ha aplicado con especial frecuencia, y, a partir de la calificación del concurso como culpable en esos casos, sobre la naturaleza y los presupuestos de la responsabilidad concursal.

La tesis central mantenida, con más o menos matices en función de las circunstancias del caso concreto, ha venido a establecer el carácter predominantemente objetivo de los supuestos del artículo 164, 2, como “hechos de concurso culpable” que conducen a la calificación del concurso como tal al margen de la cláusula general del artículo 164, 1. Pero simultáneamente se ha estimado también que la responsabilidad concursal, entendida más como responsabilidad resarcitoria o por daño a los acreedores que como responsabilidad sancionatoria, no es una consecuencia automática de la calificación del concurso como culpable; la condena exige una valoración judicial motivada o justificativa y, a tal efecto, sí debe tenerse en cuenta la relación causal entre la conducta de las personas afectadas por la sentencia de calificación y el daño a los acreedores materializado en el impago de sus créditos. Cabe concluir, pues, que no sería necesario un nexo causal entre “hechos de concurso culpable” del artículo 164, 2, y generación o agravación de la insolvencia del 164, 1, para calificar el concurso como culpable, pero sí lo sería entre conducta de las personas afectadas (aunque en la realidad pueda estar en la base del proceso de generación o agravación de la insolvencia o integrar un supuesto de “hecho de concurso culpable”) y daño producido a los acreedores por insatisfacción de sus créditos. Dicho más simplemente, el automatismo objetivo puede jugar para la calificación del concurso como culpable en ciertos casos, pero no para la condena por responsabilidad concursal, que requiere nexo causal con el daño o, quizá más precisamente, imputación del daño a las personas afectadas alcanzadas por la condena a cantidad concreta individualizada.

Particularmente reveladora de este delicado equilibrio entre calificación y responsabilidad es la Sentencia de 21 de mayo de 2012, cuyo fallo desestimatorio de los diversos recursos de casación interpuestos viene acompañado de un voto particular de especial interés para comprender el alcance de la doctrina establecida y sus eventuales límites. La Sentencia (ver especialmente su Fundamento de Derecho Sexto) había desestimado los argumentos de los recurrentes reiterando la doctrina sentada en sentencias anteriores respecto a la naturaleza de los supuestos del artículo 164,2, (aquí, irregularidad contable relevante e inexactitud documental grave) y su efecto sobre la

calificación del concurso como culpable, aunque, a la vez, había reiterado también que la responsabilidad concursal no es una consecuencia necesaria de tal calificación, sino que requiere una justificación añadida.

El voto particular, con un exhaustivo análisis interpretativo y de antecedentes comparados del entonces artículo 172, 3, y hoy 172, bis, subrayaba igualmente ese aspecto (“la calificación del concurso como culpable es presupuesto básico, pero no condición suficiente para la condena de responsabilidad concursal”, que es esencialmente potestativa para el juez), pero disenta a propósito de la necesaria justificación añadida, por entender que la sentencia no establecía relación de causalidad entre la conducta de las personas afectadas y el daño producido por el impago a los acreedores. La conducta a valorar sería la participación en los hechos que condujeron a la calificación del concurso como culpable, y el daño sería el impago de los créditos derivado de la generación o agravación de la insolvencia de la sociedad concursada; de modo que aunque entre hechos e insolvencia no sea necesario nexo causal para calificar el concurso como culpable, sí lo es entre conducta y daño para condenar por responsabilidad concursal. Y la identidad fáctica entre conducta de las personas afectadas y hechos de concurso culpable, por un lado, y entre daño causado a los acreedores e insolvencia generada o agravada, por otro, no debe llevar a confusión jurídica sobre el efecto que producen (calificación, de un lado; responsabilidad, de otro) ni sobre la valoración de circunstancias que procede en cada caso. De manera que la imputación de responsabilidad debería haber exigido una contribución comprobada a la generación o agravación de la insolvencia, aunque tal conexión no se precise para la calificación del concurso como culpable. Lo contrario es, en términos del voto particular, que terminaba apelando a la seguridad jurídica de los afectados, aplicar una técnica sancionadora en la exigencia de una responsabilidad previamente calificada como resarcitoria. Tesis razonable que, previsiblemente, tendrá consecuencias sobre la doctrina a perfeccionar en futuros pronunciamientos.

### **3. La sentencia de calificación y las personas afectadas.**

Como último aspecto a considerar dentro de la mecánica de la calificación del concurso está la sentencia judicial que debe pronunciarse una vez que, abierta la Sección sexta, se hayan dado los pasos de personación, informes, tramitación y eventual oposición a que se refieren los artículos 168 a 171 de la Ley Concursal. La sentencia, caso de que califique el concurso como culpable, deberá contener los pronunciamientos que indica el artículo 172 y será el presupuesto, si así lo estima el juez, de la condena por responsabilidad concursal prevista en el artículo 172 bis.

De entre esos pronunciamientos, el que atañe más directamente al objeto de este trabajo es, sin duda, la determinación de las personas afectadas (artículo 172, 2, 1º) que, en coherencia lógica con la enumeración incluida en la cláusula general de concurso culpable del artículo 164, 1, son, además del deudor persona física o de sus representantes legales, y para el caso de que se trate de persona jurídica, los administradores o liquidadores, de hecho o de derecho, los apoderados generales y quienes hubieran tenido cualquiera de esas condiciones dentro de los dos años anteriores a la fecha de la declaración de concurso, debiendo motivarse expresamente la inclusión entre las personas afectadas de administradores o liquidadores de hecho. En algún momento de la elaboración del texto que dio lugar a la reforma de 2011, la dualidad “de hecho o de derecho” se extendía también a los apoderados generales, lo que acertadamente se corrigió al observar que en tal caso esa dualidad no es relevante, dada la tradicional identidad de supuestos en que el apoderado general ostenta esa condición, con poder formal inscrito o con notoriedad fáctica, sin que ello obste a su posición jurídica.

La relación de personas afectadas plantea un primer problema colateral como consecuencia de la inclusión en ella de quienes hayan tenido la condición requerida en los dos años anteriores al concurso. Porque tal restricción temporal, como límite a la extensión, no aparece a la hora de enunciar los hechos que conducen a la calificación del concurso como culpable, que podrían ser anteriores a ese periodo. De modo que, a título de ejemplo, una irregularidad contable relevante, e incluso determinante para la insolvencia ahora apreciada, cometida tres años antes de la declaración del concurso, podría conducir a la calificación de éste como culpable, sin que quienes la cometieron como administradores entonces de la sociedad puedan ser declarados en la sentencia personas afectadas por haber transcurrido más de dos años. Tal paradoja podría solucionarse estimando que el plazo retroactivo de los dos años juega para ambas apreciaciones, de modo que si ese tiempo limita la declaración de personas afectadas, también debe limitar la consideración de hechos de concurso culpable o de conductas alcanzadas por la cláusula general. De ahí para atrás jugarían las acciones societarias de responsabilidad por daños, o por deudas, si no hubieran prescrito. Solución que aporta seguridad, aunque también insatisfacción jurídica a la hora de valorar la imputación que conduce a la responsabilidad concursal.

En lo demás, procede remitir a la doctrina societaria, abundante y cualificada, a la hora de precisar el alcance de la condición de administrador y liquidador, de derecho o de hecho, particularmente en este último supuesto (obsérvese aquí la rica doctrina recaída en los casos del socio único, socio mayoritario o de control, sociedad dominante y sus órganos, etc.). Porque no parece razonable entender que cabe aplicar aquí algún tipo de dualidad conceptual que permitiera diferenciar entre “administrador o liquidador de hecho societario” y “administrador o liquidador de hecho concursal”. Más allá del atractivo intelectual que pudiera tener la argumentación en supuestos en que, por ejemplo, una persona ajena al órgano haya participado exclusivamente en algunas decisiones que son precisamente las que han generado o agravado la insolvencia de la sociedad, o haya intervenido en hechos aislados pero determinantes para la calificación del concurso como culpable, a fin de atribuirle la condición de “administrador de hecho concursal”, aunque no fuera suficiente para considerarle “administrador de hecho societario” conforme a los parámetros de participación continuada y efectiva habitualmente utilizados al respecto, o viceversa, tal distinción conduciría a una discrecionalidad poco recomendable.

Novedoso, por el contrario, es el caso de los apoderados generales, no identificados con los administradores a efectos de la responsabilidad societaria, salvo que lo fueran en condición de administradores de hecho, y sí aquí, como personas potencialmente afectadas, a los efectos de la responsabilidad concursal. En otros ordenamientos comparados, singularmente en el Derecho italiano, la asimilación está expresamente establecida en el ámbito societario, bajo la fórmula del Director General, sin perjuicio de la distinción de supuestos de nombramiento estatutario y de nombramiento por acto orgánico u ordinario de designación. Pero lo cierto es que la asimilación concursal, reiterada en los artículos 48, ter, 164, 172 y 172 bis, obliga a delimitar con la mayor precisión posible el alcance de la figura y a recuperar la vieja doctrina del poder general con que se construía la figura del “factor mercantil”, inscrito o notorio, a partir de los artículos 281 y siguientes del Código de Comercio, entendiendo que, como alto cargo, el de mayor rango, de la empresa, que no de la sociedad, y sin perjuicio de las consabidas coincidencias, ostentaba la clásica condición de “alter ego” del empresario más por un criterio material de extensión o amplitud de su poder de representación, conectado al “giro o tráfico del establecimiento”, que por un criterio formal de denominación (director general, gerente, etc.), o incluso de naturaleza, laboral o mercantil, del vínculo contractual.

Delimitados los supuestos de personas potencialmente afectadas por la declaración del concurso como culpable, convendría también aclarar que no todas las que pueden hipotéticamente serlo,

deben efectivamente serlo. Es cierto que el texto legal se expresa en términos formalmente genéricos al respecto; pero nada impide que el juez, en la sentencia, declare personas afectadas a todos los posibles, o seleccione, de entre los que reúnen las condiciones requeridas, a alguno o a algunos solamente, porque considere que sólo a ellos deben alcanzar los efectos de la calificación. El artículo 172, 2, 1º, maneja la expresión “determinación de las personas afectadas por la calificación”, lo que puede perfectamente avalar esa alternativa; al igual que luego, en relación con la condena por responsabilidad concursal, es posible (y aquí ya con expresa previsión en el artículo 172, bis, 1) que no todos los declarados como personas afectadas resulten efectivamente condenados a la cobertura del déficit. En ambos trances, el de la afectación y el de la responsabilidad, podrán, pues, tenerse en cuenta, en términos de imputación, las respectivas conductas y la participación en los hechos determinantes de la calificación del concurso como culpable, o de la propia insolvencia de la persona jurídica concursada, pues lo que puede ser indiferente para la calificación del concurso, puede no serlo, y debe no serlo, para la determinación de las personas afectadas o para la condena selectiva y por cantidad concreta de quienes han sido declarados persona afectada.

### III. LA RESPONSABILIDAD CONCURSAL.

Examinados los aspectos más relevantes de la calificación del concurso como culpable, en tanto que es el punto de partida inexcusable para la exigencia de responsabilidad concursal, procede ahora adentrarse en ésta. No tanto, como ya se anticipó, con un objetivo de reconstrucción general de su naturaleza y disciplina, sino básicamente con el fin de replantear algunas cuestiones que, tras la reforma de 2011, deben ser analizadas de nuevo en la medida en que han resultado especialmente afectadas, y aún sin descartar que tal análisis conduzca a necesarias revisiones en el plano más amplio de la configuración general de esta peculiar institución.

Al comienzo del trabajo ya se apuntó que la responsabilidad concursal debía entender como un mecanismo de “extensión relativa” de los efectos patrimoniales del concurso, que no de su declaración, a personas que, habiendo tenido una especial incidencia sobre el concursado persona jurídica por su posición orgánica, en base a la cual adoptaron decisiones que han podido conducir a su insolvencia, deben contribuir ahora, con su patrimonio personal, a cubrir el déficit concursal para la mejor satisfacción de los acreedores. Como parece obvio, tal reacción sólo deberá producirse si la masa activa integrada por el patrimonio del concursado, debidamente depurado tras reintegraciones y separaciones, es insuficiente para satisfacer los créditos pendientes (sólo entonces habrá déficit concursal a cuya cobertura se pueda condenar), y si la conducta de quienes vayan a ser condenados por responsabilidad concursal merece el reproche que técnicamente deriva de la calificación del concurso como culpable y de su declaración como personas afectadas en tanto que contribuyeron a la generación o agravación de la insolvencia de la persona jurídica, que es lo que ahora hace imposible la satisfacción de esos créditos. De modo que, en vez de producirse un “concurso personal” de administradores, liquidadores o apoderados generales por extensión a ellos de la declaración del concurso de la sociedad, lo que se hace es añadir su responsabilidad personal para cubrir el déficit derivado de la insuficiencia de activo concursal, previo señalamiento como personas afectadas. A tal efecto, nuestro Derecho Concursal ha recogido algún antecedente conocido en el Derecho comparado, como es el caso ya indicado de la acción de complemento del pasivo del Derecho francés, donde tal instrumento siempre estuvo en relación con el comportamiento negligente de los administradores o directivos que hubiera contribuido a la insolvencia de la sociedad.

La Ley española de 2003, seguramente influida por otros precedentes de asunción personal de deudas de la sociedad para su pago directo por los administradores en ciertos casos, configuró así la categoría de la responsabilidad concursal en el artículo 172, 3, como un supuesto de pago directo a los acreedores de créditos insatisfechos tras la liquidación del patrimonio social, subrogando en cierto modo a los administradores en la posición deudora de la sociedad. La reforma de 2011 ha clarificado este aspecto por una doble vía: del texto anterior ha desaparecido el inciso final, que precisamente se refería al “pago, total o parcial, a los acreedores concursales del importe de sus créditos no percibidos en la liquidación de la masa activa”, y ha sido sustituido en el nuevo texto por “la condena a la cobertura, total o parcial, del déficit”; además, el actual apartado 3 del 172 bis indica expresamente que “todas las cantidades que se obtengan en ejecución de la sentencia de calificación se integrarán en la masa activa del concurso”. De manera que con toda intención, y con toda nitidez, la responsabilidad ha dejado de ser instrumento de pago directo a acreedores y ha recuperado su esencia de instrumento de cobertura del déficit concursal. Cambio, sin duda, relevante a la hora de replantear los aspectos concretos de la disciplina de la institución que se abordan a continuación.

### **1. Los presupuestos: la calificación en caso apertura de la fase de liquidación y la sentencia condenatoria.**

Es evidente, por más que todavía pueda apreciarse alguna confusión aislada al respecto, que no siempre que se abre la sección de calificación (artículo 167), ni tampoco siempre que en ella recaiga sentencia de calificación del concurso como culpable (artículo 172), se entienden cumplidos todos los presupuestos para que pueda producirse la condena por responsabilidad concursal a la cobertura del déficit. Ambas son condiciones necesarias, pero no suficientes, para tal pronunciamiento, como deja patente el apartado primero del artículo 172 bis, que debe ser interpretado en el contexto de las situaciones concursales que menciona. Es cierto que el artículo 172 del texto legal de 2003 hacía expresa referencia a “la persona jurídica cuyo concurso hubiere sido declarado culpable”, mientras que ahora la referencia es a quienes “hubieren sido declarados personas afectadas”; pero es igualmente evidente que sólo hay personas afectadas si el concurso ha sido declarado culpable (172, 2, 1º), por lo que ningún cambio se ha producido al respecto.

Los presupuestos específicos están, pues, delimitados en el apartado primero de este artículo 172, bis: sólo si la sección de calificación ha sido formada o reabierta como consecuencia de la apertura de la fase de calificación, y no en otro caso; no, por tanto, cuando la sección de calificación, incluso si recayó sentencia que declaró el concurso culpable, se haya formado al aprobarse un convenio gravoso en los términos del artículo 167, ya que, si el convenio no es gravoso, ni siquiera se habrá formado tal sección de calificación. Ocurre, sin embargo, que el convenio ha podido ser incumplido, lo que traerá consigo la apertura de oficio de la fase de liquidación (artículo 143, 1, 5º), y, a partir de ahí, habrá de formarse la sección de calificación, o reabrirse si ya se hubiese formado con anterioridad al aprobarse el convenio gravoso; se procederá entonces como manda el artículo 167, 2, y si en la sección de calificación, que ahora se reabre por incumplimiento del convenio, hubiese recaído sentencia de concurso culpable, tanto los hechos que entonces se declararon probados en esa sentencia, como los que ahora determinan la reapertura, habrán de ser considerados por el juez para fijar la condena al déficit del concurso, a tenor del párrafo 2 del apartado 1 del artículo 172 bis.

Éstas son, pues, las únicas circunstancias en que puede llegar a dictarse condena por responsabilidad concursal, para la cobertura del déficit, contra personas que la sentencia ha declarado afectadas por la calificación del concurso como culpable.

Aclarado esto, hay que añadir que la sentencia de calificación, a la vez que declare personas afectadas, debe pronunciar expresamente la citada condena. Y es este presupuesto de la

responsabilidad concursal el que puede suscitar mayores dudas a causa de la expresión “el juez podrá condenar” que el artículo 172 bis contiene, y que ha sustituido a la quizá más confusa (“la sentencia, además, podrá condenar”) del anterior artículo 172, 3, en la que la intercalación del “además” podía invitar a considerar dos pronunciamientos de distinta naturaleza, uno más obligado (la declaración de personas afectadas) y otro más potestativo (la propia condena al pago a los acreedores insatisfechos en el modelo anterior). Sin embargo, y ya entonces hubo interpretaciones en este sentido, la condena, que en todo caso es una decisión autónoma que el juez adopta de oficio en la sentencia de calificación, no debe entenderse como un pronunciamiento potestativo añadido. Si se dan los presupuestos (calificación del concurso como culpable en caso de apertura de la fase de liquidación, necesaria determinación de personas afectadas, adecuada valoración de su imputación por participación en los hechos que hayan generado o agravado la insolvencia y nexos causal con el daño producido a la masa activa y a los créditos, según ya se indicó), la condena al déficit concursal debe producirse; otra cosa es que tal condena alcance a todos o a algunos, o solamente a alguno, de los declarados como persona afectada. Es ahí donde está el ámbito de apreciación judicial y éste es el margen facultativo, extender la responsabilidad concursal a todos, a algunos o a alguno. La expresión “podrá condenar” debe leerse, pues, completa y en relación con los destinatarios de la condena (todos o algunos) que se citan a continuación; esa es la interpretación coherente, que el juez “debe” condenar si se dan los presupuestos indicados, pero “puede” condenar a todos o a algunos. Lo contrario implicaría eludir discrecionalmente las consecuencias de un daño comprobado e imputable, lo que no tendría justificación razonable. De modo que el problema del carácter facultativo o potestativo de la condena existe, pero limitado a ese aspecto del alcance subjetivo, y, por tanto, se traslada a la justificación de los criterios de selección de quienes vayan a ser condenados de entre los que podrían serlo por haber sido previamente declarados como personas afectadas por el concurso culpable, como luego se analizará.

## **2. La legitimación activa y pasiva.**

La cuestión de la legitimación para exigir o asumir la responsabilidad concursal presenta, tanto en uno como en otro aspecto, algunas peculiaridades que conviene destacar.

Por el lado activo, el texto legal (artículo 172, bis, 3), sólo hace referencia a la legitimación para solicitar la ejecución de la condena, y no para instar la propia condena, que queda atribuida en primer grado a la administración concursal. Por sustitución, el precepto concede también legitimación subsidiaria a los acreedores que hubieran requerido por escrito a la administración concursal la solicitud de la ejecución, si ésta no lo hace en el plazo de un mes tras la petición; dada la amplitud de esta legitimación de segundo grado, nada impide que los acreedores requirentes puedan solicitar la ejecución de la condena conjuntamente, pero también podrían hacerlo algunos, o alguno, de entre ellos. Sin duda la ley ha tenido en cuenta en este nuevo apartado, que no tenía precedente en el artículo 172, 3, originario, que la condena es dictada directamente, de oficio, por el juez en la sentencia de calificación del concurso como culpable, a la vez que determina las personas afectadas, y no es necesaria, por tanto, instancia de parte a estos efectos. Y también, probablemente, que, debiendo presentar la administración concursal el informe razonado y documentado a que se refiere el artículo 169, 1, con propuesta de resolución sobre la calificación del concurso y sobre personas afectadas, podrá incluir también en él las consideraciones que considere oportunas en relación con su responsabilidad concursal.

Cabe preguntarse, pues, si sería posible instar directamente la condena, y no ya su ejecución, en el hipotético caso de que el juez, al pronunciar la sentencia de calificación y determinar personas afectadas, no hubiere deducido responsabilidad concursal para todas o algunas de ellas. No parece

que tal pretensión tenga amparo legal, pero podrá utilizarse entonces, y ese debe ser el cauce para plantearlo, el recurso de apelación que contra la sentencia de calificación pueden interponer quienes hubieran sido parte en la correspondiente sección, como establece el apartado 4 del artículo 172 e, innecesariamente, reitera el apartado 4 del nuevo 172 bis, si bien la condición de parte (artículo 168) está habilitada para cualquier acreedor o persona que acredite interés legítimo, y no tanto para quienes intervienen en el proceso de calificación (artículos 169, 170 y 171), como es el caso de la administración concursal o del Ministerio Fiscal, cuya legitimación a estos efectos de presentar recurso de apelación, debiera entenderse directamente concedida.

Por lo que se refiere a la legitimación pasiva, es obvio que los eventuales condenados a la cobertura del déficit han de ser personas previamente declaradas como afectadas por la declaración del concurso culpable de la persona jurídica en la que ostentan, o han ostentado en los dos años anteriores al concurso, alguna de las condiciones que señala el apartado 1 del artículo 172 bis, esto es, administradores, liquidadores, de hecho o de derecho, o apoderados generales. Exclusivamente a ellos, y no a otros (por ejemplo, a los auditores de la sociedad, que sí están mencionados en el artículo 48 quáter a propósito de la responsabilidad por daños causados a la persona jurídica concursada), con los matices y precisiones ya mencionados a propósito de la calificación, alcanza la legitimación pasiva a los efectos de la responsabilidad concursal. Cosa distinta es que, estando todos ellos legitimados pasivamente, la condena efectiva no les alcance a todos, ni les alcance por igual, como de inmediato se analizará.

### **3. La condena individualizada y por concreta cantidad de todas o alguna de las personas afectadas.**

Uno de los aspectos más novedosos del artículo 172 bis es indudablemente el que se refiere al alcance de la condena, tanto en lo subjetivo como en lo cuantitativo. El precedente artículo 172 de la Ley Concursal hacía referencia conjunta y genérica a todos los legitimados pasivos indistintamente y sólo ofrecía margen de discrecionalidad en el aspecto cuantitativo de la condena, que entonces se materializaba en el pago total o parcial a los acreedores concursales del importe de los créditos no percibido en la liquidación de la masa activa. Tal formulación había suscitado discusión en cuanto a la naturaleza, solidaria o no, de la responsabilidad concursal; y así parece que debía entenderse, como obligación solidaria al pago de la cantidad fijada en la condena, seguramente más por analogía con los supuestos de responsabilidad societaria de administradores por daños y deudas, que por exigencia segura del propio régimen de la responsabilidad concursal.

El nuevo precepto ha introducido en este terreno novedades muy relevantes en tres direcciones, que deben considerarse con cierta especificidad, aunque todas ellas terminen contribuyendo, por la relación que guardan entre sí, a la configuración de esta peculiar responsabilidad en su conjunto: la condena puede recaer sobre “todos o algunos de de los administradores o liquidadores, de hecho o de derecho, y de los apoderados generales de la persona jurídica concursada que hubieren sido declarados personas afectadas por la calificación del concurso como culpable”; si hay pluralidad de condenados, “la sentencia debe individualizar la cantidad a satisfacer por cada uno de ellos, de acuerdo con la participación en los hechos que hubieren determinado la calificación del concurso”, y, finalmente, la condena puede alcanzar “a la cobertura, total o parcial, del déficit concursal”. Cada uno de estos tres aspectos tiene, en efecto, su propio significado, y todos ellos proporcionan un amplio margen de discrecionalidad judicial, que debe ser cuidadosamente delimitado y utilizado.

En primer lugar, el que la condena pueda recaer en todos, algunos, o alguno, de los legitimados pasivos indicados, implica que el juez debe valorar con precisión el grado o título de imputación que concurra en cada caso para que su eventual selección esté suficientemente justificada. Obviamente, habrá que tener en cuenta la composición del órgano (administrador único, dos o más solidarios,

dos o más conjuntos, si fuera posible, consejo de administración como órgano colegiado, con o sin delegación interna, etc.) o equivalente (uno o más liquidadores, uno o más apoderados generales), dentro del ámbito temporal de los dos años que preceden a la declaración del concurso, para aplicar las correspondientes reglas de imputación en cada caso; como también habrá que tener en cuenta la posición y funciones de cada miembro, concretamente en el supuesto frecuente de órgano colegiado, tal y como sucede en el ámbito societario. Además, como ya el juez habrá podido tener en cuenta estas circunstancias previamente, a efectos de determinar personas afectadas, la argumentación que le hubiere conducido a decidir algún tipo de selección en ese trance, operará también aquí, a efectos de atribuir responsabilidad concursal. Podrá haber más personas afectadas que responsables concursales, pero es lógico que los juicios de valor aplicados en cada caso presenten notable coincidencia.

En tal sentido, y en el citado supuesto de órgano colegiado, no es descartable que la condena recaiga sobre un cargo unipersonal cualificado (el consejero delegado, el presidente del consejo con funciones ejecutivas, el apoderado general, etc.), o sobre algunos de los componentes del órgano en exclusiva (los miembros de la comisión ejecutiva, los diversos consejeros ejecutivos, los miembros de una determinada comisión interna, etc.); y, a falta de base objetiva y constatable para efectuar una imputación más concreta o personalizada, el juez podrá acudir a la presunción de participación y responsabilidad colectiva para fundamentar la condena a todos los integrantes del órgano. La disciplina societaria de la responsabilidad de administradores ofrece materia suficiente para, con técnicas de analogía, aplicar aquí criterios adecuados en cuanto al alcance subjetivo de la condena, tomando también en consideración las implicaciones que derivan de la distinción entre los niveles de la gestión y la supervisión y del juego de las causas de exoneración reconocidas. Porque, en última instancia, de lo que se trata ahora es de poner en relación, sea en términos de imputación o de nexos causales, la exigencia de responsabilidad concursal y la realización de actos o la adopción de decisiones que han generado o agravado la insolvencia o que han contribuido a la calificación del concurso como culpable.

Íntimamente relacionado con el alcance subjetivo de la condena está el segundo de los aspectos indicados, porque, si hay pluralidad de condenados, sean todos o algunos de los legitimados pasivamente como personas afectadas, la sentencia debe, imperativamente, individualizar la cantidad a satisfacer por cada uno de ellos. Se requiere, pues, un plus de determinación, ahora cuantitativa, en la condena: primero hay que determinar quienes resultan afectados por la calificación, luego quienes de entre ellos son declarados responsables del déficit, y finalmente, si fueran varios, la cantidad que cada uno debe integrar a la masa activa. Esta especie de “personalización” creciente y progresiva de la condena constituye, sin duda, una seña de identidad del modelo de responsabilidad concursal tras la reforma de 2011.

La fórmula legal no permite una condena conjunta, exigible en forma solidaria. Cabría, si acaso, establecer globalmente la cantidad total que el conjunto de los condenados debe aportar a la masa activa como cobertura del déficit concursal, pero es necesario que el montante global esté distribuido entre ellos, individualizando de manera concreta la cantidad que cada uno debe satisfacer. De manera que la anterior hipótesis de responsabilidad solidaria para el pago de los créditos insatisfechos ha quedado expresamente descartada en el nuevo modelo, y, con ella, cualquier pretensión de derecho de repetición o de regreso entre los responsables, de liberación de los demás por el pago de uno, de cobertura de la insolvencia personal de alguno de los obligados por los demás, o de elección o variación de demandado.

El precepto (artículo 172, 1, párrafo tercero), además, se pronuncia sobre el criterio de individualización de la cantidad: el grado de participación de cada uno en los hechos que determinaron la calificación del concurso como culpable; he aquí la nítida invocación a la imputación

personal o al nexo causal entre conducta de las personas afectadas y contribución a la cobertura, total o parcial, del déficit. Cabrá entonces distinguir: si se produjo la calificación del concurso como culpable por la vía de la cláusula general del 164, 1, sea mediando prueba de dolo o culpa grave de los afectados, sea mediando presunción de tal en los casos del 165, la cantidad a satisfacer por cada uno habrá de estar proporcionada y conectada causalmente a la generación o agravación de la insolvencia; si la calificación se apoyó en alguno de los hechos de concurso culpable del 165, 2, la cantidad habrá de resultar acorde al grado de imputación personal del hecho concreto apreciado como determinante de la calificación en el caso, y no tanto de dicha generación o agravación. Lo razonable, en un caso y en otro, será que la cantidad individualizada sea distinta en función del grado de culpabilidad en un caso, o de imputación del ilícito en el otro; pero no debe descartarse la hipótesis de que, apreciando el juez idéntico grado de participación, o no encontrando elementos suficientes de diferenciación, la condena individualizada termine concretada en cantidades iguales, dividiendo el montante total de cobertura del déficit en cuotas idénticas entre los declarados afectados y, además, responsables.

Finalmente, la condena puede alcanzar a la cobertura, total o parcial, del déficit concursal, entendido éste como insuficiencia de la masa activa para satisfacer íntegramente el conjunto de los créditos pendientes, entendiéndose incluidas a estos efectos, creo, tanto las deudas de la propia masa, como los créditos concursales que integran la masa pasiva propiamente dicha, pues no parece que haya razón objetiva para un distinto tratamiento desde la perspectiva de la función de la responsabilidad concursal. Con independencia de que el origen último de ese déficit, como cálculo matemático, esté más en las circunstancias adversas, en la coyuntura desfavorable de mercado, en la evolución negativa del negocio del concursado, o en la inadecuada gestión de las personas afectadas, otra vez aquí la ley abre un espacio a la razonable discrecionalidad del juez para valorar la relación de causalidad (en este punto más que el grado de imputación personal, ya que se trata de fijar el volumen de cobertura en su conjunto y no de asignar, como antes, responsabilidad individualizada) entre la conducta de los responsables a los que va a alcanzar la condena y el daño que se pretende compensar, complementando en lo posible la masa activa, provocado por la situación de insolvencia generada o agravada. De ahí que la intensidad del déficit, las causas que lo originaron, la gravedad de las acciones u omisiones, la naturaleza de los créditos que vayan a quedar insatisfechos, etc., pueden ser elementos a tener en cuenta a la hora de establecer el montante, total o parcial, de cobertura, que luego vaya a ser distribuida en la condena individualizada de las personas afectadas a las que se extienda la responsabilidad concursal.

#### **4. La integración en la masa activa de las cantidades obtenidas.**

Uno de los elementos más relevantes del nuevo régimen de la responsabilidad concursal es, sin duda, éste referido al destino que han de tener las cantidades obtenidas en la ejecución de la sentencia de calificación. El modelo anterior se caracterizaba por ser la responsabilidad concursal un instrumento de pago directo, total o parcial, a los acreedores concursales del importe que de sus créditos no hubieran percibido en la liquidación de la masa activa. Ahora ya no hay pago directo ni asunción por las personas afectadas que sean condenadas como responsables concursales de deudas insatisfechas de la persona jurídica concursada; ahora tales responsables serán condenados a la cobertura, total o parcial, del déficit, de modo que todas las cantidades que se obtengan han de integrarse en la masa activa destinada a la liquidación.

Dicho modelo anterior planteaba delicados problemas de orden de pago a los acreedores y en qué medida debían observarse los criterios de graduación de créditos para una operación distinta a la liquidación; porque entonces el sistema operaba tras la liquidación de la masa activa, ya que sólo entonces estaba determinado el montante insatisfecho de cada crédito concursal como

presupuesto para hacer efectiva la condena al pago subrogado, total o parcial, de la parte no percibida.

En el nuevo modelo la responsabilidad concursal ya no opera tras la liquidación, sino en la propia liquidación, pues la integración en ella de las cantidades obtenidas implica que la masa activa aún no está liquidada; lo que va a ser objeto de liquidación es precisamente la masa activa, reintegrada total o parcialmente en la medida de la suma de las condenas individuales por responsabilidad concursal y, obviamente, siempre que la masa activa sea insuficiente para satisfacer los créditos, pues en eso consiste el déficit a cubrir, en que la masa activa no alcance para el pago de los créditos que forman la masa pasiva, que es lo normal en situaciones de insolvencia. Sólo en el hipotético caso de que la insolvencia estuviera motivada por iliquidez, y no por insuficiencia de bienes, cabría pensar en una liquidación no deficitaria que hiciera innecesaria la cobertura total o parcial del déficit. Porque no es descartable que “la imposibilidad de cumplir regularmente las obligaciones exigibles”, con que el artículo 2 de la Ley Concursal tipifica el presupuesto objetivo de la declaración del concurso, derive de una iliquidez que hace imposible el pago íntegro y puntual, que es lo que significa ese cumplimiento regular, más que de un desbalance o insuficiencia de bienes en el activo para cubrir el pasivo.

De modo que lo lógico ahora es que la sentencia condenatoria a la cobertura total o parcial del déficit, que vendrá determinado por la confrontación entre la masa activa y la masa pasiva, se ejecute antes de liquidación; y, reintegrada la masa con las cantidades obtenidas, se proceda a liquidarla aplicando las reglas de prelación en el pago a los acreedores que derivan de la graduación de los créditos reconocidos, en los términos de los artículos 154 y siguientes, comenzando por los créditos contra la masa o pre deducibles y siguiendo por los créditos concursales conforme a su naturaleza y orden de clasificación. Lo que debe ayudar a que la “par conditio” se aplique dentro de los límites legales, evitando los riesgos de discriminación o trato desigual que podía tener el sistema anterior de pago directo tras la liquidación. Ello no obsta, en todo caso, a la “especialidad de la conclusión del concurso por insuficiencia de masa activa”, ahora prevista en el nuevo artículo 176 bis, pues uno de sus presupuestos es precisamente que no sea previsible la calificación del concurso como culpable, que es lo que habilita la condena a la cobertura del déficit por responsabilidad concursal.

##### **5. La cuestión de la naturaleza de la responsabilidad concursal como conclusión.**

Expuestos hasta aquí los cambios experimentados en la regulación legal de la responsabilidad concursal, y las consecuencias que tienen para la configuración de su disciplina jurídica, procede una reflexión final, en clave de recapitulación, sobre el eventual impacto que esos cambios hayan podido tener en el debate abierto sobre la naturaleza de esta responsabilidad, donde, como es bien sabido, se han mantenido posiciones confrontadas, según se entendiera que tal responsabilidad tiene un objetivo más sancionador o más resarcitorio, sin perjuicio de sugerentes posiciones intermedias que han tratado de compaginar ambas perspectivas.

Es cierto, a mi juicio, que la construcción inicial de esta responsabilidad, cuando constituía un instrumento de pago directo de créditos, o de asunción de deudas ajenas por las personas afectadas por la calificación del concurso como culpable, se encuadraba en un “contexto predominantemente sancionador”, tendencia abonada por un conjunto de circunstancias bien notorias. La relación entre la condena por responsabilidad concursal y la calificación del concurso como culpable, el destacado ámbito de ilicitud (que haya mediado dolo o culpa grave en la generación o agravación de la insolvencia, o que concurran hechos objetivos de indudable relevancia) en que se mueve tal calificación, la previa determinación selectiva de personas afectadas sobre la base de una especial imputación de las consecuencias negativas del concurso que se evidencian en una liquidación

insuficiente, la propia forma de exigirse la responsabilidad concursal mediante sentencia condenatoria, etc., constitúan ingredientes significativos para ese contexto sancionador. Además, la sintomática analogía, o similitud, entre esta categoría de responsabilidad, dirigida en última instancia al pago de créditos pendientes, y los supuestos más conocidos de responsabilidad societaria por deudas, en caso de no disolución o no solicitud de concurso, a los que se ha reconocido insistentemente naturaleza sancionatoria, contribuía también a esa tendencia.

Frente a ello, se alegaba que la razón última de esta responsabilidad concursal debía ser la de compensar en la medida de lo posible el daño que los acreedores insatisfechos hubieran experimentado tras la liquidación como consecuencia de la insolvencia que las personas afectadas por la calificación del concurso como culpable habían contribuido a generar o a agravar; lo que requería establecer el nexo causal, típico de la responsabilidad indemnizatoria, entre la conducta de esas personas, la insolvencia de la persona jurídica y el daño producido a los acreedores como presupuesto para condenarles a su resarcimiento, consistente en la cuantía insatisfecha de los créditos.

Tampoco faltaron posiciones más intermedias que consideraban compatible una orientación sancionadora en este ámbito con la reparación del daño causado, entendiendo que precisamente la sanción adecuada era ésa, indemnizar o resarcir el perjuicio experimentado por los acreedores cuyos créditos no hubieran sido íntegramente satisfechos por mor de la insolvencia del deudor; por eso la condena era al pago personal, total o parcial, de esos créditos, sancionando con la asunción de la deuda ajena la contribución causal a la producción del daño.

Los nuevos datos a considerar tras la reforma de 2011 contribuyen más, a mi juicio, a la comprensión de la responsabilidad concursal como una variante de la responsabilidad indemnizatoria, orientada al resarcimiento de un daño, que a lo contrario. Considerar que el hecho de que haya supuestos legales de concurso automático justifica una mayor objetivación de la responsabilidad concursal, de modo que, si en esos casos no es preciso un nexo causal entre conductas desarrolladas y generación o agravación de la insolvencia, tampoco debe exigirse que lo haya entre calificación del concurso como culpable y responsabilidad concursal de personas afectadas, supondría desconocer que la condena a la cobertura del déficit requiere una justificación añadida de la imputación de las conductas o de la insolvencia a quienes vayan a ser sujetos pasivos de tal condena.

El relevante cambio en la finalidad de la condena que supone pasar del pago directo de créditos insatisfechos a la cobertura del déficit concursal mediante reintegración de la masa activa insuficiente, supone admitir que ha habido un daño a los acreedores que debe ser resarcido en la medida en que la conducta de los afectados hubiera contribuido, mediando dolo o culpa grave, a la insolvencia o, sin mediarlo, a la realización de los hechos determinantes de la calificación del concurso como culpable. Y tal apreciación exige una relación de causalidad adecuada, sin la cual no debe haber base suficiente para la condena. La misma circunstancia de que la sentencia deba individualizar la cantidad a satisfacer por cada responsable, de acuerdo con su participación en los hechos que determinaron la calificación del concurso como culpable, presiona en la misma dirección de la naturaleza resarcitoria, que es la establecer un nexo causal entre conducta particular y daño causado, pues esa será la base para fijar con proporcionalidad la cuantía a satisfacer a la masa activa en cada caso, a modo de indemnización.

### **III. BREVE CONSIDERACIÓN DE OTROS ASPECTOS RELACIONADOS.**

Concluido el análisis de la responsabilidad concursal, hay algunos aspectos de interés relacionados con ella que merecen una breve consideración final. Se trata, por un lado, de recordar la previsión

legal de algunas garantías para asegurar la eventual responsabilidad concursal y, por otro, de actualizar la problemática del marco de relaciones entre las acciones societarias para exigir responsabilidad por daños o deudas a los administradores y la propia responsabilidad concursal. Ambos asuntos son examinados de forma sintética a continuación.

### **1. Embargo preventivo y aseguramiento de la responsabilidad concursal.**

Como medida específica para asegurar cautelarmente la responsabilidad concursal, ya el texto legal de 2003 estableció en su artículo 48, 3, para el caso de concurso de persona jurídica, el embargo preventivo de bienes y derechos de sus administradores o liquidadores de hecho o de derecho, o de quienes lo hubieran sido en los dos años anteriores, como decisión facultativa que el juez puede adoptar, de oficio o a solicitud razonada de la administración concursal, desde la propia declaración del concurso. Como presupuestos específicos de tal decisión, el precepto exigía que “de lo actuado resultara fundada la posibilidad de que el concurso resultara calificado como culpable y de que la masa activa fuera insuficiente para satisfacer todas las deudas”, circunstancias que, obviamente, presentan un grado de discrecionalidad ocasional que sólo el buen criterio del juez al valorar la probabilidad podrá neutralizar. Porque, además, la misma discrecionalidad se aplicaba a la cuantía del embargo que el juez estimara bastante y a la posibilidad de sustituir, a solicitud del interesado, el embargo por aval de entidad de crédito.

La reforma de 2011 no ha alterado sustancialmente el funcionamiento de tal mecanismo de garantía, aunque sí ha introducido algunas novedades de interés. El artículo 48 ter, ahora bajo el rótulo monográfico de “embargo de bienes” sigue contemplando esa posibilidad, que ahora califica expresamente como medida cautelar, añadiendo a los apoderados generales como sujetos potencialmente afectados, en coherencia con su inclusión en el ámbito de la calificación y de la responsabilidad concursal. Pero la formulación del presupuesto habilitante del embargo preventivo ha experimentado un cambio notable de perspectiva; ahora se pide que “de lo actuado resulte fundada la posibilidad de que en la sentencia de calificación las personas a las que afecte el embargo sean condenadas a la cobertura del déficit resultante de la liquidación en los términos previstos en esta ley”. El cambio de redacción se comprende fácilmente en el nuevo contexto de la responsabilidad concursal, pues no es necesario advertir de la eventualidad de que el concurso vaya a ser declarado culpable ni de que la masa activa vaya a ser insuficiente para cubrir las deudas; si no hay sentencia de calificación como culpable no habrá personas afectadas ni condena a la cobertura del déficit, por lo que la actual delimitación del presupuesto del embargo es suficiente. Por lo demás, el auto que resuelva la medida cautelar es ahora expresamente recurrible en apelación, a tenor del apartado 3 de este artículo 48 ter.

Cuestión distinta en relación con las garantías de la responsabilidad concursal es la de su aseguramiento contractual mediante el oportuno contrato de seguro de responsabilidad civil. La asegurabilidad de esta responsabilidad no ofrece duda, en principio, aunque también es claro que la cobertura del riesgo no resultará sin más de la previa suscripción de una póliza de seguro de responsabilidad civil de administradores (la conocida póliza D&O); sería necesaria una póliza específica o una previsión expresa en una póliza más general de cobertura de responsabilidad civil. Por lo demás, de la cobertura quedaría excluido el supuesto de dolo, por aplicación de la regla general del artículo 19 de la Ley de Contrato de Seguro, que libera al asegurador del pago de la prestación cuando el siniestro haya sido causado por mala fe del asegurado. Igualmente, los habituales problemas que plantea el aseguramiento de la responsabilidad societaria de administradores por daños o por deudas, tendrían cabida aquí, con la correspondiente adaptación al particular contexto de la responsabilidad concursal: así, la distinta consideración de la prima en la doble eventualidad de que la póliza sea suscrita por los propios asegurados o por la persona

jurídica; la posibilidad de utilizar fórmulas de póliza colectiva con designación de cargos o sujetos cubiertos como potenciales personas afectadas; la delimitación de riesgos incluidos y excluidos, a partir de los hechos de concurso culpable; la fijación de una suma asegurada como tope de cobertura garantizada del déficit concursal; la obligación de comunicar el agravamiento del riesgo cuando se produzca la declaración del concurso, o incluso cuando tengan lugar los supuestos previos del artículo 5 bis, y especialmente cuando se forme la sección de calificación, etc.

## **2. La relación entre la responsabilidad concursal y las acciones societarias de responsabilidad por daños y por deudas.**

Finalmente, la reforma ha operado también algún cambio, saludable aunque incompleto, en esta controvertida materia del “marco de relaciones” entre responsabilidad concursal y responsabilidad societaria, donde se planteaban problemas de coordinación, compatibilidad, superposición, etc., por la evidente razón de que son responsabilidades que pueden afectar a las mismas personas, principalmente a los administradores de la sociedad concursada, y, en ciertos casos, con los mismos objetivos.

La Ley de 2003 solamente contenía referencias a la acción social de responsabilidad por daños a la persona jurídica en el artículo 48, 2. Lo hacía para añadir la legitimación activa de la administración concursal, sin necesidad de acuerdo previo de la junta general, a las legitimaciones societarias (sociedad, minoría, acreedores) para ejercitar la acción contra administradores, auditores y liquidadores. La acción, pues, podía continuarse o iniciarse tras la declaración del concurso, en tanto que su objetivo es el de indemnizar el patrimonio social (ahora la masa activa) en beneficio de los acreedores. La competencia, con efecto de acumulación por atracción en los términos del artículo 51, 1, correspondía al juez del concurso, aunque su mención en el nº 7 del artículo 8 generaba alguna confusión entre responsabilidad por daños y por deudas debido a una reforma poco afortunada de 2009, que la reforma de 2011 ha clarificado.

Lo que ha hecho el actual artículo 48 quáter, acertadamente, es concentrar la legitimación activa en la administración concursal una vez declarado el concurso, dándole carácter de legitimación exclusiva. Con ello se evitan supuestos de dispersión en el ejercicio de la acción, en beneficio de la unidad de objetivo, a la vez que, como indicaba, se ha recompuesto la competencia del juez del concurso con la nueva redacción del nº 7 del artículo 8.

No ha ocurrido lo mismo con la otra acción societaria de responsabilidad por daños, que es la acción individual. La previsión de acumulación en el procedimiento concursal, bajo la competencia del juez del concurso, que aparecía en el texto preparado para la reforma en alguna fase, desapareció del texto final, de modo que en el artículo 51,1, sólo permanece la acumulación de la acción social (reclamaciones por daños y perjuicios a la persona jurídica concursada contra sus administradores o liquidadores, de hecho o de derecho, y contra los auditores) y no la de la acción individual. Ésta, pues, puede continuarse o iniciarse fuera del concurso y ante la jurisdicción ordinaria, con evidentes riesgos de confusión, de afectación de la par conditio y hasta de eventual doble pago. El argumento de que se trata de una acción de socios, acreedores o terceros contra administradores por la lesión directa de sus intereses individuales puede resultar convincente en algunas ocasiones; pero es obvio que en otras, probablemente en la mayoría, lo que se pretende con la acción individual es reclamar de los administradores, bajo su presentación como daño, el pago de las deudas pendientes de la sociedad. En tales supuestos, la coincidencia material de finalidad entre acción individual, responsabilidad por deudas y responsabilidad concursal, debiera haber propiciado un tratamiento equivalente al que se ha incorporado en la reforma para la responsabilidad por deudas propiamente dicha.

Porque, en efecto, la responsabilidad societaria por deudas sí ha sido considerada desde esa perspectiva. Su concomitancia con la responsabilidad concursal, especialmente en supuestos de pérdidas cualificadas y no disolución o no solicitud del concurso, requería de alguna medida de coordinación, y la reforma lo ha resuelto con una doble medida: el artículo 50, 2, ordena la no admisión a trámite, desde la declaración del concurso hasta su conclusión, de demandas que exijan esta responsabilidad por deudas de la sociedad concursada, y, si se admitieran, todo lo actuado carecerá de validez; el artículo 51 bis, por su parte, ordena la suspensión de los procedimientos iniciados, siendo de aplicación, además, la regla de interrupción de la prescripción de acciones suspendidas que el artículo 60, 3, ha explicitado. No cabe, pues, iniciar, ni continuar, el ejercicio de acciones de responsabilidad por deudas, evitándose así la eventual interferencia que podría producirse con la responsabilidad concursal.

Queda, con ello, examinado el nuevo régimen de la responsabilidad concursal en su conjunto; clarificado y depurado en muchos aspectos, sin duda, aunque no dejará de suscitar polémica, como es normal que ocurra con los instrumentos que el Derecho dispone para canalizar intereses contrapuestos en situaciones particularmente delicadas, y el concurso lo es en gran medida.

### SECCIÓN TERCERA.

#### RESPUESTA CONCRETA A LAS NUEVAS SEIS CUESTIONES, RESPECTO DE ESPAÑA.<sup>61</sup>

*La conservación de la empresa desarrollada societariamente. ¿Esa conservación es un problema de orden público?*

En España la conservación de la empresa como tal no parece ser una cuestión de orden público entendida como tal, pero la Constitución española sí que regula como cuestión de orden público la actividad económica, la productividad y la libertad de empresa, lo que evidencia la regulación de orden público de la conservación de la empresa.

Así los artículos 38 (“Se reconoce la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado. Los poderes públicos garantizan y protegen su ejercicio y la defensa de la productividad, de acuerdo con las exigencias de la economía general y, en su caso, de la planificación”) y 40 (“1. Los poderes públicos promoverán las condiciones favorables para el progreso social y económico y para una distribución de la renta regional y personal más equitativa, en el marco de una política de estabilidad económica. De manera especial realizarán una política orientada al pleno empleo”) de la mencionada Constitución española lo establecen.

En virtud de ello, en el Código Civil vigente se establecen los límites a la autonomía de la voluntad en las obligaciones y contratos, entre ellos el orden público.

*¿Es el Estado es que el debe solucionar ese tema?*

Sin duda, y por lo antes respondido, el Estado es el que debe dar resortes, herramientas y medios para evitar que surja el problema y una vez aparecido solucionarlo.

Hasta qué extremo resulta de este modo que es el propio legislador el que así lo indica en muchas de las reglas urgentes que en periodo de crisis económica se ha visto obligado a aprobar, por todas y a modo de ejemplo para la cuestión que se nos plantea, en el Real Decreto-ley 11/2014, de 5 de setiembre, de medidas urgentes en materia concursal se incluye el siguiente apartado VII: “En las medidas que se adoptan en el presente real decreto-ley concurren las circunstancias de extraordinaria y urgente necesidad que exige el artículo 86 de la Constitución como presupuesto habilitante para recurrir a esta figura normativa... Al igual que en la fase pre concursal, la viabilidad

---

<sup>61</sup> A cargo de José Pajares.

futura de parte del tejido empresarial que está o que estará de forma inminente en concurso depende, en gran medida, de la flexibilización del convenio concursal tanto por lo que se refiere a su contenido como por la extensión de sus efectos. Con las modificaciones introducidas, las empresas y sus acreedores contarán con más instrumentos de reestructuración y refinanciación de la deuda... De no abordarse esta modificación... También resulta imprescindible acometer con la mayor celeridad posible las modificaciones que introduce este real decreto-ley... En su virtud, en uso de la autorización contenida en el artículo 86 de la Constitución, a propuesta del Ministro de Economía y Competitividad, previa deliberación del Consejo de Ministros en su reunión del día 5 de setiembre de 2014 dispongo...".

*Si no es de orden público, ¿quién o quiénes deben formalizar el diagnóstico de viabilidad e intentar solucionar el problema?*

Siendo de orden público, la respuesta se contiene en la cuestión anterior.

*Ante la viabilidad y la constatación de la crisis, ¿cuáles son las formas de remediación en el respectivo derecho societario?*

La Ley de Sociedades de Capital regula con claridad las formas de remediación, en concreto mediante los acuerdos societarios de transformación, ampliación o reducción del capital social, o disolución de la Sociedad, y en este último caso la solicitud de concurso de acreedores.

En este sentido, los artículos 236 ("Los administradores de derecho o de hecho como tales, responderán frente a la sociedad, frente a los socios y frente a los acreedores sociales, del daño que causen por actos u omisiones contrarios a la ley o a los estatutos o por los realizados incumpliendo los deberes inherentes al desempeño del cargo"), 360 ("1. Las sociedades de capital se disolverán de pleno derecho en los siguientes casos: 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 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"), 367 ("1. Responderán solidariamente de las obligaciones sociales posteriores al acaecimiento de la causa legal de disolución los administradores que incumplan la obligación de convocar en el plazo de dos meses la junta general para que adopte, en su caso, el acuerdo de disolución, así como los administradores que no soliciten la disolución judicial o, si procediere, el concurso de la sociedad, en el plazo de dos meses a contar desde la fecha prevista para la celebración de la junta, cuando ésta no se haya constituido, o desde el día de la junta, cuando el acuerdo hubiera sido contrario a la disolución") y 397 de la Ley de Sociedades de Capital ("Los liquidadores de la sociedad de responsabilidad limitada serán responsables ante los socios y los acreedores de cualquier perjuicio que les hubiesen causado con dolo o culpa en el desempeño de su cargo. Los liquidadores de la sociedad anónima serán responsables ante los accionistas y los acreedores de cualquier perjuicio que les hubiesen causado con fraude o negligencia grave en el desempeño de su cargo").

*¿Las previsiones del derecho societario de remediación constituyen normas imperativas?*

Sin ninguna duda, estableciéndose las responsabilidades personales antes dichas en los administradores y/o liquidadores que incumplan las normas imperativas.

*¿Las normas imperativas del derecho societario de remediación pueden ser soslayadas por aplicación del sistema concursal?*

No debería ser así pero actualmente lo es, como seguidamente indicaré. No obstante la Propuesta de Código Mercantil aprobado en junio de 2013 evitará esa situación permitiendo que la liquidación societaria pueda producirse sin tener que acudir al instituto concursal. Cuestión que ya he abordado

en el trabajo principal y que a modo únicamente de refrendo informativo –pues no es su lugar– transcribo a continuación: “En la legislación española persiste una importante diferencia práctica entre la Ley de Sociedades de Capital (LSC) y la Ley Concursal (LC) en lo referente a la liquidación societaria, que no obstante se superará, esperamos, con la Propuesta de Código Mercantil aprobado en julio de 2013. Tan grande es la diferencia que en nuestro país hay centenares –si no son miles– de sociedades mercantiles que no se han liquidado por carecer de activos para poderlo hacer, ignorando que la Ley Concursal ofrece, en su artículo 176 bis b, un procedimiento novedoso para llevarlo a cabo. Así, en la LSC se establece que para liquidar una sociedad han de pagarse, consignarse o garantizarse las deudas con los acreedores y, además, que, de aparecer algún pasivo oculto, la responsabilidad sería de los socios que hubieran liquidado hasta su cuota de liquidación. Ni qué explicar tiene que tales exigencias traen como consecuencia ese enorme número de sociedades mercantiles españolas sin liquidar. Pues bien, el procedimiento que ofrece la Ley Concursal parece que no se conoce mucho o más bien se utiliza poco y se aplica preferentemente la Ley de Sociedades de Capital, de acuerdo con la cual, existiendo causa de disolución ha de ampliarse o reducirse el capital, o en otro caso disolverse la Compañía, y todo ello en dos meses desde que se conoce o hubiera tenido que conocer la situación. Disuelta la compañía, el órgano de liquidación ha de solicitar el concurso de acreedores. Precisamente a partir de aquí es donde la vida jurídica de las sociedades mercantiles españolas muere, ya que no se liquidan ni se aseguran las deudas por carecer de activos con que pagar o consignar. Sin embargo, la Ley Concursal regula un procedimiento para llevarlo a cabo. En concreto, cuando la sociedad carece de activos, solicita el concurso sin masa o con masa insuficiente, originando el archivo del expediente y la cancelación registral. Esto es, una extinción sin liquidar a los acreedores, salvo que pudieran entenderse concurrir responsabilidades o acciones de reintegración. Por consiguiente, la norma regula el procedimiento por el que se cancelan sociedades sin activos aunque para ello deba pasarse por el concurso de acreedores con masa insuficiente, operación que es altamente recomendable, ya que se evita responsabilidad. Afortunadamente, esta diferencia quedará superada en el nuevo Código Mercantil pues evitará ese devenir notarial y judicial a las sociedades que no puedan liquidar o asegurar a sus acreedores. Es decir, facilitará la liquidación sin pasar por el concurso”.

En tanto en cuanto ello sucede la normativa concursal es la que soslaya la normativa societaria, en particular en el caso de liquidarse la sociedad en concurso puesto que “la resolución judicial que abra la fase de liquidación contendrá la declaración de disolución si no estuviese acordada y, en todo caso, el cese de los administradores o liquidadores, que serán sustituidos por la administración concursal, sin perjuicio de continuar aquéllos en la representación de la concursada en el procedimientos y en los incidentes en los que sea parte” (artículo 145 de la Ley Concursal de España).

**CAPITULO CUARTO - PERU<sup>62</sup>.****SECCIÓN PRIMERA****Resumen originario**

LA CAUSAL DE DISOLUCIÓN Y LIQUIDACIÓN SOCIETARIA EN LA LEY GENERAL DE SOCIEDADES Y LEY CONCURSAL DEL PERU. UNA NITIDA INCONGRUENCIA. Desde esta perspectiva, debemos precisar que existe incongruencia entre el sistema societario y concursal en la normativa peruana. En tal sentido, para el caso concreto de la liquidación por pérdida de capital social habría que analizar los Arts. 176, 220 y 407 inc. 4 de la Ley General de Sociedades – Ley 26.887 (09.12.1997) o LGS, que regulan la relación existente entre las pérdidas registradas por una sociedad y su capital, para luego analizar lo enunciado en los Arts. 24.2, 26.3, 91 y 99 de la Ley General del Sistema Concursal–Ley 27.809 (08.08.2002) o LGSC, en el mismo extremo. - El procedimiento de liquidación en el Perú al amparo de la LGS, surte efectos ante la causal de liquidación contemplada en el Art. 407 inciso 4, supuesto que venía quedando en suspenso en virtud de las Leyes N° 27610 (28.01.2001) y 28.233 (28.01.2004) desde la entrada en vigencia de la LGS, culminando éste el 31.12.2004, siendo que la fecha se encuentra plenamente vigente. En este extremo se señala: *“La sociedad se disuelve por pérdidas que reduzcan el patrimonio neto a cantidad inferior a la tercera parte del capital pagado, salvo que sean resarcidas o que el capital pagado sea aumentado o reducido en cuantía suficiente.”* Los presupuestos para determinar la causa de disolución, nos enfrenta a un primer problema, el relativo a la oportunidad en que ocurre el presupuesto. Bajo una primera premisa podría deducirse que ello solo ocurre con la presentación de los estados financieros (anualmente), pues allí fluye la causa objetiva. Sin embargo, el Art. 176 de la LGS obliga a los directores a convocar a junta general e informar sobre la situación de la sociedad, si al formular los estados financieros correspondientes al ejercicio o a un periodo menor se aprecia la pérdida de la mitad o más del capital, o si debiera presumirse la pérdida igualmente deberá proceder en dicho sentido si el activo de la sociedad no fuese suficiente para satisfacer los pasivos, o si tal insuficiencia debiera presumirse, en concordancia con el Art. 220 de la LGS, que señala la reducción obligatoria por pérdidas. Ésta es una primera llamada de atención. La segunda está contenida en el artículo 417 de la LGS que impone igual obligación al liquidador, si durante la liquidación se extingue el patrimonio de la sociedad y quedan acreedores pendientes de ser pagados. El primer problema es el relativo al momento en que debe estimarse que ocurre el desequilibrio, pues entonces surge la obligación de los administradores de convocar a junta para que ésta acuerde la disolución – o remueva la causa- Podría pensarse que la causa solo concurriría cuando el desequilibrio patrimonial se desprende de las cuentas anuales debidamente elaboradas, verificadas y aprobadas por la junta general, pues solo entonces puede hablarse realmente de pérdidas.

Finalmente, el artículo 102 nos remite a la aplicación de la LGS cuando precisa que de haberse producido la liquidación societaria y si durante el proceso de liquidación se extingue el patrimonio de la sociedad y quedaran acreedores impagos, la quiebra será tramitada por el juez de acuerdo a las normas de la ley concursal, sin que sea necesario que el deudor se someta al procedimiento concursal ordinario previsto en la ley concursal. De conformidad con el Art. 99.1 de la LGSC deberá solicitarse la declaración judicial de quiebra del deudor ante el juez especializado en lo comercial, no siendo pues necesario retrotraer la situación a la del periodo liquidatario por ser inútil.

---

<sup>62</sup> Esteban Carbonell O'Brien

Sin embargo, en la LGSC, en su Art. 24.2 se expresa: *“Para una reestructuración patrimonial, el deudor deberá acreditar, mediante un informe suscrito por su representante legal y por contador público colegiado, que sus pérdidas acumuladas, deducidas las reservas, no superan al total de su capital social pagado.... De no encontrarse en el supuesto anterior, el deudor sólo podrá solicitar su disolución y liquidación.”*

Asimismo, el artículo 26.3 (modificado por Decreto Legislativo 1189 del 21.08.2015) al referirse a al inicio del procedimiento a solicitud de acreedores señala: *“Difundido el procedimiento concursal conforme al Art. 32, y en cuanto subsista el trámite del mismo, se suspenderá la disolución y liquidación del deudor al amparo de las disposiciones establecidas en la Ley General de Sociedades, quedando dicho deudor y sus representantes sujetos a las reglas de la presente Ley.”*

De otra parte, en la LGSC, son los acreedores, los únicos que deben adoptar una decisión, pues en la llamada JUNTA DE ACREEDORES, éstos pueden optar por dicha figura. Respecto al tercio y el total del capital social pagado, la LGSC conlleva que para optar por la liquidación no se supere los dos tercios, descartándose por mandato legal, la figura de la reestructuración.

En conclusión, la idea de conflicto concreto entre la LGS y LGSC peruana es tal, al existir diferentes supuestos para la liquidación por pérdida del capital, siendo lo resaltante, el importe del porcentaje del capital social pagado, en cada caso en particular como lo hemos explicado anteriormente. Asimismo, la LGS regula y determina el resultado del proceso de toma de decisiones y olvida regular el proceso mismo, que a nuestro juicio, es lo principal. ¿Favorece tal decisión o no a los acreedores? Finalmente, en la LGS se suscita la responsabilidad de los accionistas, socios y liquidador frente a los acreedores, siempre que se verifique un eventual fraude en la administración por dolo o culpa material mientras en la LGSC se privilegia la reintegración del patrimonio a la masa concursal, antes que la imposición de sanciones de índole penal al deudor.

- (i) Como se determina la existencia de la causal de disolución. *Al amparo de la LGS con la verificación del balance general y estados de ganancias y pérdidas y su posterior aprobación y que representen al menos, un tercio del capital social pagado (Art. 407 inciso 4). En la LGSC por acuerdo de los acreedores, pero tomando en cuenta la verificación del balance general, que arroje pérdidas mayores al capital social pagado (Art.24.2).*
- (ii) Cuáles son los mecanismos y plazos para su remediación. *En la LGS a través de la información en una Junta General y posterior capitalización por accionistas, socios o terceros (Arts.176, 220 y 411). En la LGSC si el liquidador a través de un Informe Técnico constata la existencia de factores nuevos, debe solicitar a los acreedores, el cambio de destino, siempre que lo amerite (Art. 91).*
- (iii) Cuál es el grado de responsabilidad para los socios y administradores. *En la LGS es total siempre que se verifique fraude en la administración por parte de accionistas, socios o el liquidador pero caducan a los dos años de inscrita la quiebra judicial (Art. 422). En la LGSC, de igual forma configurándose, el delito de fraude en la administración de personas jurídicas siempre que se verifique, pues se privilegia, la reintegración de patrimonio a la masa concursal.*
- (iv) Si es posible de que la remediación la establezcan los acreedores. *En la LGS no es factible pues queda supeditada al acuerdo de accionistas o socios (Art. 411) y en la LGSC cabe al amparo del Art. 91, salvo que las pérdidas acumuladas superen el capital social, no pudiendo revertirse la liquidación como destino del deudor. En la LGSC cabe que el deudor solicite el ingreso al concurso (voluntario) al amparo del Art. 24, cuando acredite que más de un tercio del total de sus obligaciones, se encuentren vencidas (procedimiento ordinario) pero si tiene pérdidas acumuladas, deducidas las reservas,*

*superiores al total de su capital social, sólo podrá plantearse la liquidación. En los demás casos, cabe la reestructuración.*

*Asimismo, si acredita que sus obligaciones vencidas no superan el tercio, puede acogerse al procedimiento preventivo (Art. 103 y ss.) en donde no se contempla la figura de la liquidación, pues únicamente se homologa el denominado Acuerdo Global de Refinanciación, siendo un simil del Plan de Reestructuración al interior de un procedimiento ordinario.*

- (v) *La viabilidad de la actividad como mecanismos complementario a la remediación. En la LGS es viable por acuerdo de los accionistas o socios de adoptar medidas que permitan sanear sus estados financieros al amparo del Art. 176. En la LGSC al amparo del Art. 91 de igual manera, pero queda a merced de la voluntad de los acreedores, siempre que se configure el mandato legal, siendo que las pérdidas no superen el total del capital social pagado.*
- (vi) *El concurso como remediación o eventual posibilidad de sanción al sujeto que incurrió en la infra capitalización. En la LGS, la responsabilidad es solidaria de accionistas, socios, directores y gerente al amparo de los Arts. 177, 181, 190 y 191 siempre que se verifique palmariamente, dolo o culpa. En la LGSC cabe el denominado periodo de sospecha (un año anterior a la presentación del concurso) siendo que un juez puede declarar ineficaces, aquellas transferencias o contratos y demás actos jurídicos, sean a título gratuito u oneroso, que no se refieran a la actividad normal del deudor y que haya perjudicado su patrimonio. En suma, no consigna apremios legales a los accionistas o socios, sino privilegia, la reintegración del patrimonio.*
- (vii) *Si esta causal permite o impide la iniciación de un proceso concursal. En la LGSC es impedimento, pues no caben dos procedimientos en simultáneo por mandato legal del Art. 26.3, recientemente modificado por Decreto Legislativo 1189 (21.08.2015) prevaleciendo la liquidación al amparo de la LGSC, debiendo suspenderse el iniciado a la luz de la LGS.*

## SECCIÓN SEGUNDA

### Nuevas referencias

*La conservación de la empresa desarrollada societariamente. La cuestión debería plantearse ¿esa conservación es un problema de orden público?*

Resulta de orden público pues la Carta Magna del 1993 lo señala en su Art. 60 segundo párrafo al prescribir: “Solo autorizado por ley expresa, el Estado puede realizar subsidiariamente actividad empresarial, directa o indirecta, por razón de alto interés público o de manifiesta conveniencia nacional”. La anterior Constitución de 1979 en su Art. 113 señalaba lo siguiente: “El Estado ejerce su actividad empresarial con el fin de promover la economía del país, prestar servicios públicos y alcanzar los objetivos de desarrollo”

La Carta de 1993 agrega en el último párrafo del citado Art. “La actividad empresarial pública o no pública, recibe el mismo tratamiento”.

Cabe resaltarse, que el Art. 60 de ese mismo cuerpo de leyes, señala: “El Estado reconoce el pluralismo económico. La economía nacional se sustenta en la coexistencia de diversas formas de propiedad y de empresa”

En dicho texto se deja a la habilidad de cada actor, su propio desarrollo dentro de un marco de igualdad y donde el Estado no fomenta ninguna ventaja para determinada forma asociativa. Dentro de la vigencia de la Carta de 1993 se establece determinados tipos de actividades que exigen una

determinada forma societaria. Esto con el propósito de garantizar un mejor manejo y una mayor transparencia en los negocios.

*El Estado es el que debe solucionar ese tema?*

El Estado juega un rol subsidiario según lo establece la Carta Magna de 1993. En su Art. 58 señala: “La iniciativa privada es libre. Se ejerce en una economía social de mercado. Bajo este régimen, el Estado orienta el desarrollo del país y actúa principalmente en las áreas de promoción de empleo, salud, educación, seguridad, servicios públicos e infraestructura”.

*Asimismo, el Art. 59 señala que “El Estado estimula la creación de riqueza y garantiza la libertad de trabajo y la libertad de empresa, comercio e industria”...“El Estado brinda oportunidades de superación a los sectores que sufren cualquier desigualdad; en tal sentido, promueve las pequeñas empresas en todas sus modalidades”*

A nuestro juicio, la Constitución establece las bases para la relación económica entre el país y las demás potencias o los actores particulares que sin ser Estados tienen una gran fuerza que trasciende nacionalidades en los capítulos del comercio exterior o las inversiones de capital.

La vigente Constitución peruana a diferencia del año 1979, promueve una economía de régimen liberal, aun cuando le puso el nombre de economía social de mercado.

Se busca que no exista conflicto en materia económica, y así evitar acciones de inconstitucionalidad y ello se prevé en su Art. 62 que establece la libertad de contratar al prescribir lo siguiente: “Los términos contractuales no pueden ser modificados por leyes u otras disposiciones de cualquier clase. Los conflictos derivados de la relación contractual solo se solucionan en la vía arbitral o en la judicial, según los mecanismos de protección previstos en el contrato o contemplados en la ley”:

En efecto, podemos arribar a una interrogante, para el caso local. Es constitucional que un organismo como el INDECOPI pueda velar por el procedimiento concursal, siendo una institución del Estado de corte administrativo? Recordemos que a la actualidad existen juzgados en lo comercial, que podrían eventualmente ser los competentes para los concursos y posterior quiebra de las empresas.

*Si no es de orden público, quien o quienes deben formalizar el diagnostico de viabilidad e intentar solucionar el problema?*

Se confirmó que es de orden público, aunque el modelo (patentado por los alemanes luego de la Segunda Guerra Mundial) se centra en una actividad supletoria y subsidiaria del Estado, dando preeminencia a los actores privados tanto en el proceso de creación de riqueza cuanto en la participación de este para limar o cortar las desigualdades que se pueden generar en el tráfico económico corriente entre las personas. Por el principio de subsidiaridad para una economía social de mercado, se entiende por aquellas actividades que se deben realizar los gobiernos locales para ejecutar las inversiones públicas que permitan dinamizar la economía y el empleo dentro de su jurisdicción, ante la omisión o incapacidad de la gestión local.

En suma, a diferencia de la Carta Magna de 1979, la vigente de 1993, le da énfasis a que el Estado debe “orientar” el desarrollo del país y no “promover” el mismo, lo que hace indicar que el Estado tiene que actuar solo con una actividad normativa.

*Ante la viabilidad y la constatación de la crisis, cuales son las formas de remediación en el respectivo derecho societario?*

Que debemos entender a la luz del Art. 12 de la Ley General de Sociedades, en adelante la LGS, que los “socios o administradores, según sea el caso, responden frente a la sociedad por los daños y perjuicios que ésta haya experimentado como consecuencia de acuerdos adoptados con su voto y en virtud de los cuales se pudiera haber autorizado la celebración de actos que extralimitan su objeto social y que la obligan frente a co-contratantes y terceros de buena fe, sin perjuicio de la responsabilidad penal que pudiese corresponderles.”

En ese orden de ideas, los aportes a la sociedad por parte del socio o accionista (depende del tipo

societario) se vuelven necesario y pertinentes en época de crisis financiera o económica. Así el Art. 22 de la LGS señala que: “Cada socio está obligado frente a la sociedad por lo que se haya comprometido a aportar el capital. Estos pueden ser dinerarios o no, y así lo prescribe los Arts. 23 y 25 respectivamente. Por ende, el Art. 31 prescribe que se debe entender por “Patrimonio social” al señalar: *“El patrimonio social responde por las obligaciones de la sociedad, sin perjuicio de la responsabilidad personal de los socios en aquellas formas societarias que así lo contemplan”*.

Por ejemplo, en la sociedad anónima (uno de los tipos societarios que contempla la LGS) se prescribe en el Art. 51, lo siguiente: *“En la sociedad anónima el capital está representado por acciones nominativas y se integra por aportes de los accionistas, quienes no responden personalmente de las deudas sociales.”*

Otras formas establecidas por la LGS son la Sociedad Colectiva, Sociedad en Comandita, Sociedad Comercial de responsabilidad limitada y Sociedades Civiles.

En el caso puntual de obligaciones por pérdidas contemplada dicha figura en el Art. 176 de la LGS que a la fecha se encuentra plenamente vigente. En este extremo se señala: *“La sociedad se disuelve por pérdidas que reduzcan el patrimonio neto a cantidad inferior a la tercera parte del capital pagado, salvo que sean resarcidas o que el capital pagado sea aumentado o reducido en cuantía suficiente.”*

*Las previsiones del derecho societario de remediación constituyen normas imperativas?*

Categorícamente, sí. El Art. 111 de la LGS prevé que la Junta general de accionistas es el órgano máximo y supremo de la sociedad. En ese orden de ideas, el Art. 115 señala que: *“Compete a la Junta: 1. Remover a los miembros del directorio y designar a sus representantes. 3. Aumentar o reducir el capital social. 6. Disponer investigaciones y auditorías especiales. 7. Acordar la transformación, fusión, escisión, reorganización y disolución de la sociedad, así como resolver sobre su liquidación.”*

Para ello basta ver el Art. 177 de la LGS que prescribe: *“Los directores, responden, ilimitada y solidariamente, ante la sociedad, los accionistas y los terceros por los daños y perjuicios que causen por los acuerdos o actos contrarios a la ley, al estatuto o por los realizados con dolo, abuso de facultades o negligencia grave. Es responsabilidad del directorio el cumplimiento de los acuerdos de la junta general, salvo que ésta disponga algo distinto para determinados casos particulares. Los directores son asimismo, solidariamente responsables con los directores que los hayan precedido por las irregularidades que éstos hubieran cometido si, conociéndolas, no las denunciaren por escrito a la junta.”*

Asimismo, los alcances según el Art. 181 de la LGS prescriben: *“La pretensión social de responsabilidad contra cualquier director se promueve en virtud de acuerdo de la junta general, aun cuando la sociedad esté en liquidación. El acuerdo puede ser adoptado aunque no haya sido materia de la convocatoria.”*

Incluso agrega la LGS en su Art. 183 lo siguiente: *“La demanda en la vía civil contra los directores no enerva la responsabilidad penal que pueda corresponderles.”*

Frente a ello, el Art. 407 inciso 4 de la LGS obliga a la sociedad disolver la misma, si se comprueba que las pérdidas que reduzcan el patrimonio neto a cantidad inferior a la tercera parte del capital pagado, salvo que sean resarcidas o que el capital pagado sea aumentado o reducido en cuantía suficiente.

Finalmente, si la opción fuese la liquidación ello no soslaya la responsabilidad de los accionistas o socios frente a los acreedores pues el Art. 422 de la LGS prescribe que éstos últimos podrán hacer valer sus créditos frente a los primeros hasta por el monto de la suma recibida por éstos como consecuencia de la liquidación. Sin embargo existe la figura de la caducidad, que se computa a los dos años de la inscripción de la extinción de la sociedad.

*Las normas imperativas del derecho societario de remediación pueden ser soslayadas por aplicación del sistema concursal?*

Categoricamente sí. En la ley general del sistema concursal, en adelante la LGSC es impedimento, pues no caben dos procedimientos en simultáneo por mandato legal del Art. 26.3, recientemente modificado por Decreto Legislativo 1189 (21.08.2015) prevaleciendo la liquidación al amparo de la LGSC, debiendo suspenderse el iniciado a la luz de la LGS.

Eventualmente, si el deudor se presenta a concurso sea al interior de un procedimiento ordinario o preventivo, valiéndose del beneficio de suspensión de exigibilidad de obligaciones y por ende, logra la protección de su patrimonio cabe se privilegie la Reestructuración como mecanismo de remediación frente a la crisis respecto de una liquidación, sea al amparo de la ley concursal o la LGS. Sin embargo, cabe precisarse que dicha decisión recae en sus acreedores, quienes deben optar por decidir por la figura de la Reestructuración o la Liquidación, guiando su decisión respecto a sus intereses patrimoniales, entendiéndose el recupero de sus créditos de una forma célere, optima y eficaz.

CAPITULO QUINTO - URUGUAY.<sup>63</sup>

## SECCIÓN PRIMERA

Resumen originario

Sobre la cuestión de la infra capitalización o infrapatrimonialización ya se ha elaborado mucho. ¿Pero la cuestión es realmente tan importante? Lo es, pero debe abordarse con cuidado. Es que es muy difícil –como en tantos institutos del Derecho- establecer normas generales y absolutas.

Hemos visto en la práctica, sociedades fuertemente descapitalizadas que, de la noche a la mañana o en un proceso, pasan a una situación de holgura. No es una cosa muy frecuente, pero existe. Es que la realidad económica puede ser tan cambiante que desborda normas demasiado rígidas.

Por eso convendría evaluar las situaciones de infra capitalización caso a caso y no establecer presunciones absolutas que puedan ser contraproducentes. Incluso el órgano estatal de control de las sociedades anónimas en el Uruguay no hace mayor énfasis en este aspecto.

En Derecho uruguayo no existe capital mínimo al modificarse el artículo 279 en redacción dada por el artículo 100 de la Ley 18.083, por lo cual el capital previsto en la constitución de la sociedad puede ser insignificante y no tiene porqué estar vinculado a la actividad empresarial que la sociedad se propone realizar. Esta afirmación no alcanza a las sociedades anónimas que realizan actividad de intermediación financiera, en mercado de valores o de seguros, todas las cuales están bajo supervisión y control del Banco Central y se les exige capital y patrimonio suficiente conforme su actividad.

Es importante destacar que el concepto de capital social está en revisión, a pesar de ser un concepto relativamente nuevo en la vida del derecho comercial, ya que se introduce recién a comienzos del siglo XIX. Recién asume su papel fundamental en el desarrollo del derecho de las sociedades anónimas. Lo medular fue el desarrollo conceptual de las funciones del capital social: de garantía, de organización y de productividad. La primera de esas funciones, que es la que importa en este análisis, está fuertemente cuestionada.<sup>64</sup> Olivera señala que *“La mejor garantía para los acreedores es la existencia de una actividad próspera y rentable. El mantenimiento en el patrimonio social de aquellos recursos necesarios para asegurar dicho nivel de actividad debe representar el auténtico límite a la potestad de socios y accionistas de detraer fondos de dicho patrimonio a título de dividendos. Esta función de productividad o de garantía indirecta, tan necesaria para la salud de las sociedades y del crédito, no es cumplida por el capital social.”*

La ley 16.060 de Sociedades Comerciales (en adelante LSC) regula la disolución de la sociedad comercial. Pérdidas que reduzcan el patrimonio social a una cifra inferior a la cuarta parte del capital social integrado llevan a la disolución conforme establece el artículo 159 num .6 de la norma. Funciona como un mecanismo de alerta que previene la situación de disolución de la sociedad por pérdidas. Los mecanismos para la remediación de esta causal de disolución están expresados en el art. 160 de la Ley de Sociedades: los socios deben acordar reintegrar total o parcialmente o reducir el capital. No existen plazos para ello.

En cuanto a los administradores, conforme los artículos 83 y 391 de la Ley de Sociedades serán responsables por no poner en conocimiento de los socios –sea por acción u omisión- las pérdidas patrimoniales que denuncia el balance general de la sociedad y consecuentemente, citar a

<sup>63</sup> A cargo de Israel Creimer, Alicia Ferrer y Teresita Rodríguez Mascardi.

<sup>64</sup> Olivera García, Ricardo. Estudios de derecho societario. Rubinzal Culzoni. Arentina 2005. Página 267.

asamblea para que se resuelva remediar tal situación. La puesta en conocimiento de los socios y el llamado a asamblea para remediar la situación, les exime de responsabilidad porque actuaron con la debida diligencia. Tendrían responsabilidad si, exteriorizadas las pérdidas no reclaman a los accionistas la integración del capital suscrito, o en el caso de las SRL no reclaman al socio en los plazos legales la integración de las sumas de dinero aún pendientes de aporte. Los socios no responderán por las pérdidas patrimoniales, ya que su responsabilidad –excepto en las colectivas o comanditas respecto del capital comanditado- tiene como límite la integración ya efectuada. Los accionistas de SA, en el caso que sean convocados a asamblea y no aprueben alguno de los remedios a las pérdidas previstos legalmente podría analizarse si se trata de una hipótesis de abuso del derecho de voto y deben responder por los daños y perjuicios causados conforme artículo 324 de la LSC.

Los mecanismos legales de remediación no involucran a los acreedores de la sociedad. El acreedor podría pedir la disolución por la causal del art.159 num 3 porque así lo dispone el artículo 162 de la LSC. También está facultado a pedir la declaración judicial de concurso toda vez que las pérdidas patrimoniales lleven a la sociedad comercial al estado de insolvencia que es el presupuesto objetivo del concurso.

El instrumento de la remediación es posible en el contexto de las decisiones tomadas por la asamblea de socios y siempre y cuando los acreedores o un acreedor no promuevan la apertura del concurso necesario de la sociedad si ésta se encuentra en estado de insolvencia presupuesto objetivo del concurso La insolvencia puede revertirse si los socios realizan aportes adicionales de capital.

Incluso una sociedad declarada en concurso puede participar en una modificación estructural y la modificación estructural de la misma puede ser el contenido del acuerdo concursal que obtenga el consenso de sus acreedores. La ley concursal 18.387 no establece límites al contenido del convenio y menciona en forma expresa la reorganización de la sociedad concursada. Esta redacción de la norma que tiene como único techo la licitud de la propuesta la hace compatible con un convenio en el que se prevean modificaciones estructurales de la sociedad siempre y cuando no estén condicionadas, así como tampoco pueden ser revocadas ni modificadas salvo para introducir condiciones más favorables .La legitimación para presentar el convenio le corresponde exclusivamente a la sociedad a través de sus representantes.

En nuestro derecho es la ley de concursos la que introdujo el concepto de infra capitalización al referirse a la calificación del concurso y la incluye como presunción absoluta de culpabilidad en el artículo 193 numeral 2 al regular el respectivo incidente. en los siguientes términos : cuando en los dos años anteriores a la declaración del concurso de acreedores los fondos o los bienes propios del deudor hubieran sido manifiestamente insuficientes o inadecuados para el ejercicio de la actividad o actividades a las que se hubiere dedicado.

La presunción de culpabilidad del concurso asume que la infra capitalización aumenta la exposición del deudor al riesgo de incurrir en estado de insolvencia .Mientras no se declare el concurso y dicho riesgo no se verifique las consecuencias jurídicas son las ya mencionadas anteriormente y están previstas en la ley de sociedades.

En una interpretación de la norma concursal precitada la doctrina nacional ha sostenido que la infra capitalización debe apreciarse sólo cuando se acredite la desproporción entre la calidad y naturaleza de los recursos propios del deudor y la actividad desarrollada.

La doctrina y jurisprudencia nacional han debatido intensamente sobre cuáles son los fondos o bienes propios a los que se refiere el legislador y del mismo modo en cuanto al plazo como debe computarse. La discusión persiste sin que se perciba dominio de ninguna posición.

No obstante, La Suprema Corte de Justicia ha sostenido que cuando en los dos años anteriores a la declaración de concurso los fondos o bienes propios son insuficientes, corresponde tener por demostrada la presunción absoluta de culpabilidad. (Sentencia 858/2015. Amor Tessuto S.A. IUE 40-37/2012). También ha sostenido que los fondos que el deudor hubiere adquirido a título de préstamo, sin perjuicio de que fueran destinados a otorgar liquidez a la empresa para poder continuar con sus actividades, constituyen un pasivo de la empresa y en absoluto integran el patrimonio de ésta, como si sucede con las aportaciones o los beneficios generados por la empresa que se incluyen dentro de los fondos propios o como si sucede con los bienes propios del deudor. (Sentencia 94/2015. Paylana SA. IUE 40-13/2012)

La circunstancia de que el concurso tiene como presupuesto objetivo la insolvencia del deudor caracterizada por la falta de recursos suficientes para atender sus obligaciones no responde siempre a un caso de infra capitalización.

Adviértase, que en nuestro régimen la infra capitalización como causal de calificación del concurso habilita a calificar como culpables además de la sociedad a los directores, liquidadores, integrantes del órgano de control interno y o el administrador de hecho

El régimen de responsabilidad de socios y accionistas por haber provocado o agravado la infra capitalización se rige por las normas y principios generales de derecho societario en caso de concurso.

La ley concursal prevé exclusivamente la promoción de acciones por el síndico o el interventor contra los socios en los siguientes casos A) cuando se trata de socios personalmente responsables y B) cuando se trate de aportaciones comprometidas por socios o accionistas, así como de prestaciones accesorias.

Si a un accionista o a un tercero se le puede atribuir y acreditar su participación en la causación o agravamiento de la infra capitalización de la sociedad puede ser condenado en el incidente de calificación como cómplice de la sociedad concursada conforme el artículo 195 de la Ley Concursal. Fuera del concurso, se puede promover una acción civil contra quien se considera responsable de tal circunstancia que se regirá por el régimen de responsabilidad general recogido en los artículos 1319 y siguientes del Código Civil.

Esta causal de infra capitalización habilita a solicitar un concurso ya sea voluntario, es decir por la propia sociedad, o necesario, por acreedores u otros legitimados previstos por el legislador nacional, siempre y cuando se configure el presupuesto objetivo del estado de insolvencia y se acredite ante el juez del concurso, con las puntuales consecuencias ya señaladas en sede del incidente nominado de calificación del concurso.

## SECCIÓN SEGUNDA

### Nuevas referencias

*El planteo axiológico ético es la conservación de la empresa VIABLE. Ante la dificultad económico-patrimonial-financiera de una empresa viable: ¿debería plantearse esa conservación como un problema de orden público?*

La conservación de la sociedad, más precisamente la conservación de la empresa de la cual la sociedad es su vestidura jurídica está incorporada como principio y pilar de la LSC. Las normas sobre conservación están incorporadas en el Capítulo I Sección XIII de la Ley 16.060 y a título de ejemplo podemos citar los artículos 160 y 161, aunque la norma societaria paradigmática es el art. 166. Estas normas no son de Orden Público (en el sentido que jurídicamente se le da a la expresión) sino de Interés Público en el mantenimiento de la sociedad como unidad productiva al servicio de la economía en su conjunto.

La ley de concursos también tiene como principio y pilar la conservación de la empresa viable.

*“El salvataje de las empresas no puede ser intentado sino bajo condición de que existan serias posibilidades de éxito y de perdurabilidad en el plano económico. Sólo pueden ser beneficiadas las empresas viables y en la medida en que las condiciones de viabilidad sean concretas”*.<sup>65</sup>

Esta y otras lecturas de la década de los ochenta nos hizo afirmar veinte años después que *“Un sistema concursal que pretenda poner en práctica el principio de conservación de la empresa no puede consistir en un mecanismo de conservación indiscriminado de empresas, por cuanto un sistema de ese género no puede eludir la cuestión fundamental de saber en qué casos deben conservarse y en qué otros deben ser eliminadas”*<sup>66</sup>

Esta tendencia a la conservación de la empresa viable, permitió superar la asimilación entre los conceptos de concurso y liquidación de la actividad económica del deudor y el principio conservatorio de la empresa viable se fue incorporando en forma continua a las distintas legislaciones.

La ley uruguaya de Concursos y reorganización empresarial 18.387, finalmente lo recoge en su articulado.

Hoy podemos hablar de él, como un principio del derecho concursal moderno.

No es un dogma. No se trata de salvar a la empresa en cualquier caso, sino cuando es económicamente viable y socialmente útil.

Es un principio mediante el cual la empresa y su titular se separan y pueden llegar a correr distinta suerte.

El Derecho habrá de tutelar a la primera cuando es viable, aún sacrificando al segundo. Se trata de una rápida reasignación de recursos económicos para evitar la pérdida de valor de la unidad productiva en beneficio de los acreedores, de los trabajadores y de la economía en su conjunto.

La viabilidad de la empresa como problema asociado al de la estructura del capital precisa, ante todo, un ajuste de la perspectiva desde la que se observa, que permita, precisamente, percibirlo como problema de la estructura del capital. Esto significa minimizar los costos procedimentales lo cual no implica reducir al mínimo la intervención del sistema concursal, para evitar la perjudicial repercusión que puede tener en el costo del crédito un mecanismo de conversión de procedimientos costoso, y para reducir el impacto que el propio procedimiento concursal ocasione en las expectativas de recuperación de la empresa. En este sentido, la cuestión de la prevención y la intervención tempestiva del sistema concursal cobran una especial relevancia.

Pero también la necesidad de elegir adecuadamente los puntos de partida para la negociación subsiguiente a la apertura del procedimiento entre los distintos sujetos involucrados con el propósito de evitar dilaciones y conductas estratégicas es importante.

En cualquier caso, la acotación del espacio en el que deben producirse las consideraciones acerca de la estructura del capital de la empresa reorganizada exige una disminución de los costos procedimentales.

Sin embargo, dado que los mercados seguirán siendo imperfectos por mucho que mejore la administración del sistema concursal, parece necesario ahondar en las características de la estructura del capital que contribuyan a facilitar la viabilidad de la empresa.

*En respuesta positiva es el Estado el que debe solucionar el problema?*

El Estado ha actuado legislando y tomando partido por la conservación en las leyes N° 16.060 de Sociedades Comerciales y N° 18.387 de Concursos y reorganización empresarial.

---

<sup>65</sup> Paillusseau, Jean. Del derecho de la quiebra al derecho de las empresas en dificultades. RDCO Año 17 Depalma Bs. As. 1984 página 687

<sup>66</sup> Ferrer Montenegro, Alicia y Rodríguez Mascardi, teresita. ¿Se puede salvar una empresa en crisis? Anuario de Derecho Comercial N° 10 Fundación de Cultura Universitaria. Montevideo. 2004. Página 62.

La intervención directa del Estado frente a la cuestión de dificultades económico financieras de la empresa no es aconsejable a nuestro juicio, salvo en circunstancias excepcionales.

Normalmente el estado uruguayo a través del Poder Ejecutivo ha dado respuestas de protección social a los trabajadores de las empresas concursadas a través de la ampliación de coberturas de seguridad social preexistentes. En algún caso, se ha prestado asistencia financiera a efectos de aliviar la situación cuando un determinado y específico sector productivo atraviesa una situación crítica, básicamente por razones exógenas. El estado debe marcar reglas para el desarrollo de las actividades económicas en forma clara para dotar de seguridad jurídica a los operadores. Mantener un mercado competitivo abierto y sano. En este sentido el Poder Legislativo ha actuado correctamente dotando de una red normativa a las empresas. El Poder Judicial a su vez, debe mantener criterios jurisprudenciales claros y con cierta uniformidad que colaboren con el clima de seguridad jurídica indispensable para el buen desarrollo de la actividad económica y una correcta, rápida y ordenada salida del mercado de aquellas empresas no viables. La instalación desde hace más de una década de Juzgado especializados en materia concursal tiende a ello.

Finalmente, a nuestro juicio no debería excluirse totalmente el aporte del Estado. En casos muy especiales, cuando esté gravemente comprometido el interés general, ello sería admisible.

No se trata de estatizar nada. El problema está en la cristalinidad del aporte estatal. Ello puede lograrse si el aporte se hace **en el proceso concursal**. Si se hace a través del concurso no existe posibilidad de dejar a los acreedores fuera y además cuenta con el control jurisdiccional. La intervención estatal en la solución de crisis empresarias no debe descartarse. Por ejemplo, otorgar un préstamo con plazo de gracias y condiciones de amortización muy benignas a una actividad privada cuya interrupción causaría grave problema a la población o a la economía del país. Sería un caso como el suministro de gas o un laboratorio de medicamentos de uso humano o animal insustituible. La ley ni lo prohíbe ni lo regula, es una posibilidad que sería de utilidad a PYMES.

La pregunta, tal cual se encuentra formulada obtendría una respuesta afirmativa considerando la conducta habitual de la opinión pública en Uruguay que siempre demanda a los poderes públicos la solución a todos los problemas. Jurídicamente, es solo una utopía.

*Si no es de orden público, quién o quiénes deben formalizar el diagnóstico de viabilidad e intentar solucionar el problema?*

Siempre el diagnóstico y el remedio deben provenir de la propia sociedad que desarrolla la actividad en crisis.

Los costos del diagnóstico también son de la empresa. Debe analizarse: 1) cumplimiento de normas de contabilidad y documentación; 2) gestión de negocios que tenga en cuenta la información que surge de los propios Estados Contables; 3) correcta administración de los riesgos inherentes al desarrollo de la actividad sea en el mercado interno como externo; 4) utilización racional de los recursos propios; 5) manejo prudente de la asistencia financiera; 6) transparencia e información adecuada hacia terceros como forma de posibilitar la adecuada valoración de proveedores, bancos, etc., a la hora de otorgamiento de crédito.; 7) análisis de costos de producción y fijación de precios; 8) realizar temporánea y eficazmente los cambios necesarios mientras la situación de crisis sea coyuntural y financiera. El retraso en la adopción de medidas correctivas llevaría a una situación de crisis estructural y económica que luego desemboca inexorablemente en la Justicia Concursal.

*Ante su viabilidad y la constatación de la crisis, cuales son las formas de remediación en el respectivo derecho societario?* Respecto a esta cuestión no remitimos a lo ya señalado supra.

*Las previsiones del derecho societario de remediación constituyen normas imperativas?* No son normas imperativas en derecho uruguayo.

*Las normas imperativas del derecho societario de remediación pueden ser soslayadas por aplicación del sistema concursal?* No son normas imperativas y las soluciones concursales pueden ser complementarias.

*Constituyen una transferencia de riqueza en todos los países las quitas concursales –decididas por mayoría y homologadas por los jueces, de parte de los acreedores en favor de la sociedad en crisis e indirectamente de sus socios?.* Sin dudas el perdón de ciertos créditos supone una transferencia de riqueza de los acreedores a favor de la deudora y sus socios.

*¿Las quitas tienen un tratamiento fiscal como ganancia de la sociedad, aunque no se distribuya? Eventualmente que régimen impositivo tienen.*

En Uruguay el tema está claramente regulado en el art. 254 (disposiciones tributarias) de la Ley de Concursos N° 18.387. En el inc. 2º del mencionado artículo se prevé que: *“el deudor tendrá la facultad de diferir hasta en cinco ejercicios la renta bruta generada por las quitas que se obtuvieron en el concurso”* Ergo, la quita significa una renta para el deudor, sólo que el pago del impuesto se puede diferir hasta en cinco ejercicios.

*¿Existen incentivos para que los acreedores financieros capitalicen sus créditos, extrajudicial o judicialmente, ante sociedades en crisis para ayudar a su recuperación?*

Hay normas que permiten la capitalización de los créditos, como por ejemplo el artículo 139, así como la misma puede estar prevista en un acuerdo privado de reorganización conforme lo establecido en los artículos 214 y siguientes de la Ley N° 18.387.

No hay incentivos.

En la práctica concursal no se ha visto con el régimen legal vigente convenios con este contenido. Con anterioridad en un régimen que no lo prevenía expresamente, hubo algún caso en el cual se recurrió a esta modalidad.

Hay resistencia del empresario concursado a aceptar “socios forzados”.

Tampoco se advierte la vocación de los acreedores por asociarse a un deudor concursado. Como ya se afirmara, es una situación ajena a la realidad de los concursos en Uruguay,

*Existen normas para capitalizar los créditos impositivos ante la crisis de la sociedad deudora? No. Acciones de responsabilidad de acreedores contra administradores y socios: ante daños concretos que posibilidad tienen de promover acciones societarias, concursales o dentro de la teoría general de la responsabilidad contra administradores y socios de la sociedad en crisis, sea por vía concursal o extra concursal?*

Tanto las acciones de responsabilidad previstas en la ley societaria, como en la concursal, como en las normas generales tienen cabida contra administradores y socios de la sociedad en crisis.

Si los socios eligen a directores ineptos o directamente defraudadores podría existir una culpa “in eligendo”. Gamarra<sup>67</sup> en sus estudios sobre responsabilidad hace referencia al tema extendiendo esa responsabilidad a los gerentes. De acuerdo, pero ¿eligen ineptos o luego descubren la ineptitud y ya es tarde? ¿Eligen defraudadores deliberadamente? Advertimos dificultades muy serias en la prueba, porque si entramos en el “facilismo” de que toda vez que el director defrauda la culpa la tienen los socios por elegirlo terminamos siempre en la objetivización de la responsabilidad que no está prevista ni en LSC ni en LCRE que mantienen el criterio subjetivo. ¿Qué requisitos debe tener un administrador o director conforme las leyes precitadas? ¿Hay un medidor de idoneidad y/u honestidad? Estas medidas están dadas por los modelos de conducta previstos en el artículo 83 de la Ley de sociedades que indica que deben actuar con lealtad y con la diligencia del buen hombre de negocios. Preocupa la destrucción de paradigmas societarios muy relevantes como es el régimen de responsabilidad de los socios, sin perjuicio, véase lo dispuesto en el artículo 74 de la ley de

<sup>67</sup> Gamarra, Jorge Tratado de Derecho Civil uruguayo.

sociedades: *(Dolo o culpa del socio) El daño ocasionado a la sociedad por dolo o culpa de un socio obligará a su autor a indemnizarlo sin que pueda alegar compensación por el lucro que su actuación haya proporcionado en otros negocios. El socio que aplique fondos o bienes de la sociedad a su uso o negocios por cuenta propia o de terceros estará obligado a traer a la sociedad las ganancias resultantes, siendo las pérdidas o daños de su cuenta exclusiva.*”

Respecto a los directores y administradores, en el régimen anterior y en el caso de la crisis bancaria del año 2002, se presentaron múltiples acciones contra directores de bancos liquidados. A excepción de estas acciones, no hubo muchos casos de acciones contra directores. En la actual redacción de la ley concursal, se ha acentuado notoriamente el accionamiento respecto a directores de derecho y de hecho.

*Si la quita representa un daño para los acreedores que posibilidad tienen éstos de promover acciones de responsabilidad, extra concursales al haberse homologado un acuerdo de quita, contra administradores y socios?* No pueden. Las mayorías obtenidas obligan a todos los acreedores.

*Residualmente existe una acción de enriquecimiento sin causa por parte de acreedores que no prestaron acuerdo en un concurso donde se homologó una propuesta de quita y espera, contra los socios que se beneficiaron?* No pueden. Las mayorías obtenidas obligan a todos los acreedores, aún los ausentes y disidentes. Si bien las mayorías obligan a los acreedores por las quitas o esperas podría darse el caso, -de hecho se ha dado en la práctica- que accionistas se ven beneficiados patrimonialmente. Véase el caso de una sociedad que obtiene una quita de un X por ciento y en el ejercicio siguiente reparte utilidades a sus accionistas. Esto aparece a los ojos de los acreedores como totalmente abusivo. En este sentido solo se puede afirmar que se trata de una carencia de la ley concursal que –como en otros aspectos- deberá revisarse.

Existe la posibilidad de accionar por enriquecimiento indebido, pero dicha acción deberá promoverse contra la sociedad. Se entiende que además, podría introducirse una demanda cautelar de no innovar que impida el reparto de utilidades hasta que haya pronunciamiento en la acción de enriquecimiento indebido. En opinión de la Prof. Rodríguez Mascardi, la acción de enriquecimiento injusto requiere la ausencia de causa jurídica que legitime el desplazamiento de valores y si ese desplazamiento es consecuencia del acuerdo colectivo con los acreedores que resultó abusivo o porque se les ocultó la real situación y todo fue una maniobra de la concursada lo que hay que atacar y hacer caer es al convenio, no a través de la vía procesal propuesta

**TERCERA PARTE.****CONCLUSIONES**

Repasamos ideas ya vertidas. Señalamos que esta investigación ha avanzado en tema normalmente no tratado ni por societaristas ni concursualistas: las crisis de sociedades y el capital social. Ante la autonomía de la voluntad para crear personas jurídicas societarias y dotarlas patrimonialmente, advertimos un campo interesantísimo frente a problemas financiero-patrimoniales graves: la pérdida del capital social como afectación de la consistencia patrimonial.

I - Las preguntas-cuestiones formuladas para esta investigación y las respuestas que intentamos sintetizar fueron:

1. ¿Como se determina la existencia de la causal de disolución de pérdida del capital social?

Por el conocimiento del balance con patrimonio neto negativo.

2. ¿Cuáles son los mecanismos y plazos para su remediación?

Puede no existir plazos, en algunos son de dos meses para optar por alguna solución o hasta de un año y medio desde que el órgano de gobierno tomo conocimiento. Los mecanismos de remediación son uniformemente la capitalización –por socios, terceros o acreedores- o la liquidación. No se descarta el concursamiento, que en España se impone de no adoptarse aquella remediación. Se supone la viabilidad económica de la actividad social.

3. ¿Cuál es el grado de responsabilidad para los socios y administradores?

Puede ser intenso para administradores, alcanzando en algunos supuestos para los socios.

4. ¿Es posible de que la remediación la establezcan los acreedores?

No parece claramente previsto, pero puede acaecer en la práctica o por mecanismos indirectos. En Uruguay esta previsto la promoción de acciones concursales por los acreedores.

5. ¿La viabilidad de la actividad es un mecanismo complementario a la remediación?

Siempre es necesario un plan de negocios que permita avizorar, aunque no asegurar, la viabilidad económica de la sociedad. Normalmente aparece impuesta en la legislación societaria y/o concursal.

6. El concurso como remediación o eventual posibilidad de sanción al sujeto que incurrió en la infracapitalización.

De no solucionarse intra societariamente, el concurso viabiliza una remediación, y su fracaso potencia acciones de responsabilidad.

7. ¿Si esta causal –pérdida del capital social- permite o impide la iniciación de un proceso concursal?

La constatación de patrimonio neto negativo –a través del balance con pérdida del capital social- condiciona la apertura de algunos procesos –cuando existen varias varias- o potencia alguno de sus efectos.

8. La conservación de la empresa desarrollada societariamente: ¿debería plantearse como un problema de orden público?

Si bien en ciertas legislaciones se considera de orden público, nos parecería más bien que se trata uniformemente de una cuestión de interés público, por lo que señalamos en el punto siguiente.

9. ¿Es el Estado el que debe solucionar ese tema?

No. Si debería orientar e intervenir en la solución de problemas cuando la inviabilidad es general para una actividad devenida de impuestos o condiciones que alteran el mercado y tornan inviables empresas de idéntico rubro. El Estado dispone en la regulación societaria y/o concursa normas imperativas.

10. Si no es de orden público ¿quien o quienes deben formalizar el diagnóstico de viabilidad e intentar solucionar el problema?

Sin duda los órganos de administración y fiscalización, para llevarlo a decisión del órgano de gobierno.

11. Ante la viabilidad y la constatación de la crisis ¿cuales son las formas de remediación en el respectivo derecho societario?

El reintegro del capital social, la capitalización por socios, terceros o de pasivos, o la liquidación, abriéndose también la posibilidad –cuando no la obligación- de concursar a la sociedad.

12. ¿Las previsiones del derecho societario de remediación constituyen normas imperativas?

Sin duda. Algunos las consideran imperativas y de orden público.

13. ¿Las normas imperativas del derecho societario de remediación pueden ser soslayadas por aplicación del sistema concursal?

Las soluciones y opiniones presentan facetas diversas, desde las que sostienen la negativa, a las que no contienen normas sobre el punto, marcándose generalmente la falta de congruencia entre la legislación societaria y concursal.

\*También se hicieron preguntas periféricas en el diálogo que mantuvimos entre los Directores y Secretaria Académica<sup>68</sup>:

14. ¿Constituyen una transferencia de riqueza en todos los países las quitas concursales –decididas por mayoría y homologadas por los jueces, de parte de los acreedores en favor de la sociedad en crisis e indirectamente de sus socios?

Sin duda.

15. ¿Como en Argentina las quitas tienen un tratamiento fiscal como ganancia de la sociedad, aunque no se distribuya? Eventualmente que régimen impositivo tienen.

Si.

16. ¿Existen incentivos para que los acreedores financieros capitalicen sus créditos, extrajudicial o judicialmente, ante sociedades en crisis para ayudar a su recuperación?

No en forma directa.

17. ¿Existen normas para capitalizar los créditos impositivos ante la crisis de la sociedad deudora?

No se advierten. Pero sería congruente en el caso de considerarse de orden público y de necesaria intervención estatal la crisis de sociedades.

18. Acciones de responsabilidad de acreedores contra administradores y socios. Ante daños concretos ¿que posibilidad tienen acreedores sociales de promover acciones societarias, concursales o dentro de la teoría general de la responsabilidad –posición de Meján en el eCongreso- contra administradores y socios de la sociedad en crisis, sea por vía concursal o extraconcursal?

Las respuestas fueron diversas, aunque la conclusión sería que quién actuó con dolo y generó daño debe resarcir.

19. Si la quita representa un daño para los acreedores ¿que posibilidad tienen éstos de promover acciones de responsabilidad, extraconcursoales al haberse homologado un acuerdo de quita, contra administradores y socios?

La respuesta fue en general negativa, aunque al mismo tiempo se aceptó que no se afectaban las acciones individuales de responsabilidad.

20. Residualmente. ¿existe una acción de enriquecimiento sin causa por parte de acreedores que no prestaron acuerdo en un concurso donde se homologó una propuesta de quita y espera, contra los socios que se beneficiaron?

---

<sup>68</sup> Sólo fueron respondidas por Argentina y Uruguay.

Las respuestas permiten avizorar que es un campo posible, pero no tratado y que debería analizarse.

II - Como se verá la investigación generó dubitaciones para construir las respuestas de cada legislación, imponiendo aclaraciones que surgen de la lectura completa de este informe, pues estas líneas finales constituyen simplemente un incentivo para el posterior acercamiento al contenido total precedente.

Consecuentemente se nos ocurren algunas reflexiones comunes.

La «conservación de la empresa» es una preocupación constante en un tiempo de responsabilidad social empresarial, considerando los costos del concurso para las sociedades, a lo que se agregan los recursos públicos. Es pensar en la salud de la empresa viable –si no es viable no es empresa-, no sólo desde el punto de vista de su rentabilidad, sino en la conservación de los puestos de trabajo, cuando no en su incremento con justa remuneración. La cuestión va más allá de una mera cuestión metodológica, es casi ontológica porque la dotación patrimonial hace al nacimiento y funcionalidad de la persona jurídica societaria, y también a su crisis. Se trata de tutelar a la empresa, no a los socios que no la capitalizaron y recurrieron a que los acreedores soportaran el daño a través de quitas.

Las legislaciones analizadas incorporan esas apreciaciones, de una u otra forma, incluso ante la insuficiencia patrimonial determinada incluso antes de la pérdida total del capital social como valor contable de referencia, imponiendo a los socios la remediación, normalmente capitalización –por diversos sistemas- o la liquidación, generando responsabilidades específicas para administradores y socios, imponiendo, ante la no elección de alguna de esas vías por los socios, el concursamiento preventivo de la sociedad por los administradores, donde si se da el presupuesto objetivo de la apertura parece diluirse el sistema societario y la responsabilidad de administradores y socios.

Al margen de la terminología (cesación de pagos, insolvencia, insolvencia financiera o patrimonial, infrapatrimonialización material) la pérdida –total o parcial- del capital social es una constatación contable que impone conductas.

Es posible que en los tres supuestos referidos las sociedades podrán continuar o no su giro más o menos normalmente, con o sin pérdida del capital social, pero es indudable que si existe esa pérdida se imponen acciones y, de producirse daño por impagos, se planteará la idea de acciones de responsabilidad si puede imputarse su causalidad.

Por eso los socios, con un buen plan de negocios presentado por los administradores, optarán por no liquidar e intentar la patrimonialización de la sociedad por el reintegro del capital o la capitalización. El reintegro supone una entidad que no se limita a reconstruir el monto del capital social, sino que el patrimonio activo supere al pasivo en una cifra igual al capital estatutario.

Se apunta que “El reintegro del capital es un institución de aplicación especialmente en los escenarios de crisis empresarial. Busca eliminar total o parcialmente la pérdida, recomponiendo el capital perdido a través de nuevos aportes. ... Se caracteriza por entonces, por un aumento del patrimonio de la sociedad, aun cuando la cifra de capital social pueda permanecer incambiada”<sup>69</sup>.

Respecto a la LA RESPONSABILIDAD contra administradores y/o socios, pueden estar expresamente previstas en la legislación societario y/o concursal, pero también pueden responder a la teoría general de la responsabilidad, particularmente dejando abiertas acciones individuales de responsabilidad por el que resulte dañado.

---

<sup>69</sup> OLIVERA GARCIA, Ricardo “Reintegro del Capital Social – Capital Repayment” en *Revista de Derecho Comercial* Ed. La Ley Uruguay, Quinta Época, año I, n° 1, Enero-Marzo 2016, pág. 3.

El valor que atribuimos a nuestro trabajo colectivo es generar un intento de pensamiento globalizante, con visión axiológica valorativa, como invitación a repensar las crisis de las sociedades, el rol de la legislación societaria en las mismas y la modelación de la legislación concursal, el equilibrio de los intereses en juego en forma sistémica, y la posibilidad de acciones de responsabilidad de los perjudicados contra los beneficiados, o incluso contra los que facilitaron o generaron el perjuicio, que han tenido diversas respuestas e interpretaciones derivadas de las normas y del pensamiento académico. Así aparece poco clara la diferenciación de si los problemas de la conservación de la empresa son de orden público o de interés público, con respuestas divididas, pero que permiten atisbar que sería un problema de “interés público”, por lo que el Estado no quedaría obligado a afrontarlo en cada caso sino en forma genérica.

En estas MEDITACIONES FINALES incorporamos una preocupación de dogmática pedagógica de revisar como se enseña el Derecho de Sociedades y el Derecho Concursal en nuestras facultades. ¿Hay un intento de generar un estudio de congruencia ante la crisis de sociedades, particularmente ante el principio general de derecho de no generar daño? Y obviamente un tema más para el Derecho de la Responsabilidad, en una teoría general para compatibilizar los escenarios, ante la generación de daño.

Sin duda se afinarán criterios sobre el rol didáctico de asesores y de la academia en cuanto a asistir a los administradores para no caer en responsabilidad, particularmente al advertir un patrimonio negativo, y la necesidad de planificar para salir de la crisis asegurando la viabilidad de la empresa, que sin duda pasa por la capitalización de la misma en caso de insolvencia patrimonial, induciendo incluso a los acreedores financieros a la capitalización. Como así analizar la conveniencia de las soluciones concursales silenciosas -de las que no existen estadísticas por su confidencialidad-, basados en los principios del derecho societario que se han desenvuelto.

Congruente con ello un desafío a la construcción legislativa. ¿No deberíamos revisar el sistema societario antes que el concursal para atender la crisis de sociedades? Este es un problema axiológico, además de sistemática normativa.

III - Ante la unidad conceptual de que es de orden o por lo menos de interés público la conservación de la empresa viable, se impone pensar en la necesidad de un plan de negocios conocido por todos los sujetos que se pretenda asuman el problema, y quizá se pueda pensar en una forma de “esfuerzo compartido” consistente en capitalizar socios y acreedores profesionales, proveedores, trabajadores e incluso el estado, alejándose de la práctica tradicional de poner en manos de acreedores financieros, proveedores y trabajadores soportar con quitas y esperas el problema. Sería una forma de comprometer a todos los interesados en asegurar e intervenir en la conservación de la empresa, eventualmente transitoriamente y no tratarlos como únicos socios sin derechos. Sin duda el acreedor involuntario debería tener otro tratamiento, lo que no es difícil en el panorama organizativo que imaginamos.

Así entregamos nuestra colaboración. En las cinco legislaciones la pérdida del capital social tiene vinculaciones con la legislación concursal y obligan, en forma diferente en cada caso, a especiales conductas. Quedamos pendientes de reflexiones u observaciones que sin duda se generaran en el Congreso del Instituto Iberoamericano de Derecho Concursal a realizarse el mes próximo en San José de Puerto Rico.

Reiteramos y repasamos ideas ya vertidas. PARA EL DEBATE señalamos que esta investigación ha avanzado en tema normalmente no tratado ni por societaristas ni concursalistas: las crisis de sociedades y el capital social. Ante la autonomía de la voluntad para crear personas jurídicas societarias y dotarlas patrimonialmente, advertimos un campo interesantísimo frente a

problemas financiero-patrimoniales graves: la pérdida del capital social como afectación de la consistencia patrimonial.

Sin plazos determinados o con plazos, para ejercer la opción y la remediación, no hay duda que la normal detección de esa pérdida, en cuantías diversas según la legislación, se produce a más tardar en el balance anual.

Desde ese momento se genera un efecto que impone conductas, y el apartamiento puede generar responsabilidades a quienes deben adoptar las resoluciones, por acción u omisión. Siempre tenemos en claro que una cosa es la detección de la causal, en el balance o cuentas periódicas – salvo circunstancias excepciones- que exterioriza la existencia de un patrimonio neto negativo, que dispara efectos, y otra el inicio de la etapa de liquidación que comporta una decisión específica.

Al margen de la terminología (cesación de pagos, insolvencia, insolvencia financiera o patrimonial, infrapatrimonialización material) la pérdida –total o parcial- del capital social es una constatación contable que impone conductas.

Es posible que en los tres supuestos referidos las sociedades podrán continuar o no su giro más o menos normalmente, con o sin pérdida del capital social, pero es indudable que si existe esa pérdida se imponen acciones y, de producirse daño por impagos, se planteará la idea de acciones de responsabilidad si puede imputarse su causalidad.

Por eso los socios, con un buen plan de negocios presentado por los administradores, optarán por no liquidar e intentar la patrimonialización de la sociedad por el reintegro del capital o la capitalización. El reintegro supone una entidad que no se limita a reconstruir el monto del capital social, sino que el patrimonio activo supere al pasivo en una cifra igual al capital estatutario.

Se apunta que “El reintegro del capital es un institución de aplicación especialmente en los escenarios de crisis empresarial. Busca eliminar total o parcialmente la pérdida, recomponiendo el capital perdido a través de nuevos aportes. ... Se caracteriza por entonces, por un aumento del patrimonio de la sociedad, aun cuando la cifra de capital social pueda permanecer incambiada”<sup>70</sup>.

II – La continuidad del análisis lleva al TEMA DE LA RESPONSABILIDAD contra administradores y/o socios, pueden estar expresamente previstas en la legislación societario y/o concursal, pero también pueden responder a la teoría general de la responsabilidad, o sea que el legitimado activo haya sufrido daño y el imputado pasivamente haya tenido una conducta –por acción u omisión- antijurídica (no liquidar ni capitalizar), con culpa o dolo –el deber de haber actuado- y un vínculo causal que esta conducta antijurídica haya general aquel daño. Esta es una frontera aún poco explorada. En algunas legislaciones puede aparecer con una fuente de responsabilidad objetiva y como sanción.

La «conservación de la empresa» es una preocupación constante en un tiempo de responsabilidad social empresarial, en la empresa viable –si no es viable no es empresa-. La cuestión aparece como una cuestión casi ontológica porque la dotación patrimonial hace al nacimiento y funcionalidad de la persona jurídica societaria, y también a su crisis. Se trata de tutelar a la empresa, no a los socios.

Ese es el valor que atribuimos a nuestro trabajo colectivo: un intento de pensamiento globalizante, con visión axiológica valorativa, como invitación a repensar las crisis de las sociedades, el rol de la legislación societaria en las mismas y la modelación de la legislación concursal, el equilibrio de los intereses en juego en forma sistémica, y la posibilidad de acciones de

---

<sup>70</sup> OLIVERA GARCIA, Ricardo “Reintegro del Capital Social – Capital Repayment” en *Revista de Derecho Comercial* Ed. La Ley Uruguay, Quinta Época, año I, n° 1, Enero-Marzo 2016, pág. 3.

responsabilidad de los perjudicados contra los beneficiados, o incluso contra los que facilitaron o generaron el perjuicio.

Así entregamos nuestra colaboración. En las cinco legislaciones la pérdida del capital social tiene vinculaciones con la legislación concursal y obligan, en forma diferente en cada caso, a especiales conductas.

Formulamos algunas MEDITACIONES FINALES, porque se compromete más análisis. Uno de dogmática pedagógica de revisar como se enseña el Derecho de Sociedades y el Derecho Concursal en nuestras facultades. ¿Hay un intento de generar un estudio de congruencia ante la crisis de sociedades, particularmente ante el principio general de derecho de no generar daño? Y obviamente un tema más para el Derecho de la Responsabilidad, conviniendo que no debería imponerse responsabilidad como sanción, sino dentro de la teoría general de la responsabilidad, con base subjetiva de culpa o dolo, por acción o omisión causante de daño, con relación de causalidad, derivado de una conducta antijurídica.

Nada fácil ni automático, pero no puede existir un uso abusivo de la sociedad para causar daño a sabiendas, como le preocupa a Martínez Florez.

\*Sin duda se afinarán criterios sobre el rol didáctico de asesores y de la academia en cuanto a asistir a los administradores para no caer en responsabilidad, particularmente al advertir un patrimonio negativo, y la necesidad de planificar para salir de la crisis asegurando la viabilidad de la empresa, que sin duda pasa por la capitalización de la misma en caso de insolvencia patrimonial, induciendo incluso a los acreedores financieros a la capitalización.

\*Analizar las soluciones pre concursales silenciosas -de las que no existen estadísticas por su confidencialidad-, basados en los principios del derecho societario que se han desenvuelto.

Congruente con ello un desafío a la construcción legislativa. ¿No deberíamos revisar el sistema societario antes que el concursal para atender la crisis de sociedades? Este es un problema axiológico, además de sistemática normativa.

Agradecemos la atención que se dispense a estas ideas. Quedamos pendientes de reflexiones u observaciones.