

DERECHO SOCIETARIO DE CRISIS

Efraín Hugo Richard

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

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



1. Es parte de la construcción de un sistema societario de crisis la determinación del capital operativo, pero sólo son normas imperativas las que determinan el capital mínimo y resguardan la función de garantía del capital estatutario, constituyendo causal de disolución su pérdida e imponiendo la disolución salvo capitalización, para resguardar el interés de los terceros acreedores y su patrimonio¹.

¹ Todos los ordenamientos europeos, por efecto de la 2ª Directiva, incluyen una regulación imperativa del capital social orientada a proteger a los acreedores sociales frente a las

El pensamiento con el que introducimos al tema corresponde a un jurista uruguayo ².

La falta de aplicación de las normas imperativas de la ley societaria ante situaciones concursales nos hizo pensar en una suerte de *contraderecho*, con el que nos hemos referido a esta cuestión. Es que principios básicos de derecho se basan en la buena fe, evitar el daño o la continuidad de las acciones dañosas, en no abusar de derecho ni cometer fraude a la ley.

En dos recientes Congresos Internacionales insistimos sobre ello ³. El primero donde entregó sobre el tema un particular ensayo Alessandro Nigro, Catedrático italiano, sobre *Il 'diritto societario della crisi': una nuova frontiera?* ⁴, aunque nos consta que viene trabajando con esa visión desde hace muchos años (nosotros hemos citado trabajos del mismo del año 1996), y en el segundo afrontamos “El abuso en el derecho societario y en el proceso concursal” ⁵. En Punta del Este, accedimos al libro del jurista uruguayo Daniel Germán *Insolvencia y cesación de pagos* dedicado a la Persona Jurídica ⁶, en cuyo prólogo el jurista español José Antonio Sotillo expresa “Además, en el caso de personas jurídicas mercantiles deudoras, con las normas concursales se entremezcla la regulación jurídica de las sociedades mercantiles, resultando en ocasiones, difícil de determinar cuál debe ser la norma prevalente. Es necesario, pues el estudio coordinado de ambos conjuntos normativos...”. Concordamos, obviamente, pero en torno a la crisis de sociedades la cuestión es anticipatoria y opera como preconcursal a nuestro criterio ⁷.

Ratificando nuestra concepción sobre el presupuesto objetivo que destacamos en el homenaje a Rippe, señala Germán en su Introducción: “...muchos de

consecuencias de la responsabilidad limitada de los socios.

² OLIVERA AMATO, Juan M. “Herramientas societarias para la solución y prevención de las crisis empresariales” en *Situaciones de crisis en las sociedades comerciales AAVV*, Ad-Hoc, Bs. As. 2010, p. 31 y ss., esp. 35.

³ XIII Congreso del Instituto Iberoamericano de Derecho Concursal, Punta del Este, República Oriental del Uruguay, y 3er. Congreso Panamericano de Derecho Societario, Concursal y del Consumo, San José de Costa Rica, en sucesivas fechas de octubre de 2017.

⁴ Que disponemos como asistentes a ese Congreso.

⁵ Publicado en *Derecho societario, concursal y del consumo. Panamericano*. AAVV, directores Gabriela Boquin – Alvaro Hernández Aguilar, p. 430. Editorial Jurídica Continental, San José de Costa Rica, octubre 2017.

⁶ GERMÁN, Daniel *Concurso y Estado de Insolvencia. Efectos sobre los órganos de administración y representación del Personas Jurídicas. Estudios del Derecho Uruguayo y Español*”, Ed. La Ley, Uruguay, Montevideo 2016.

⁷ Como puede verse en el ensayo citado en nota 2.

los problemas y dificultades interpretativas que el Derecho concursal plantea, tanto en Uruguay como en España, encuentran su origen, explicación y, en ocasiones solución, en el estrecho y no siempre armónico relacionamiento de ambos conjuntos normativos...”. Una lúcida presentación del problema que venimos arguyendo y que impone revisar las normas imperativas del derecho societario o de las personas jurídicas.

2. Descubrimos en Punta del Este, la tesis de Carlos E. López Rodríguez sobre responsabilidad de administradores por el déficit concursal, que –obviamente– se centra en la Persona jurídica ⁸, entresacando “... la responsabilidad por el déficit concursal sirve para obtener la sujeción del patrimonio de los administradores, liquidadores o apoderados generales del deudor que en razón del incumplimiento de las obligaciones inherentes a sus atribuciones, han colocado a los acreedores y a la sociedad deudora en una compleja situación económica de la que en pocas ocasiones resultan indemnes. En general, una vez promovido un proceso concursal los acreedores deben asumir un empeoramiento de sus créditos sea en cuanto a su monto o en cuanto al tiempo de percepción” (p. 56), apuntando a página siguiente “No nos referiremos en esta parte al Derecho argentino, en razón de que la LCA (Ley 24522 y reformas, aclaramos) carece de regulación alguna respecto a responsabilidad de los administradores por el déficit concursal”.

Esta última apreciación es por no haber conjugado las normas imperativas del derecho societario, que pueden llegar a alcanzar a socios de control. Señala el autor que seguimos “En este punto, el legislador español parece haber seguido las orientaciones del Informe Winter, que señala –aunque sólo en relación a las sociedades cotizadas– que si los administradores están en condiciones de prever que la sociedad no pueden continuar pagando sus deudas, deben decidir o bien sanear la sociedad, garantizando el pago a los acreedores o liquidarla, de lo contrario, los administradores deben ser responsabilizados, total o parcialmente, frente a los acreedores, por los créditos impagos”. Indica en la cita que ese informe es el resultado del trabajo realizado por el “Grupo de Alto Nivel de Expertos en Derecho de Sociedades, presidido por Jaap Winter, con el doble objetivo de iniciar una discusión sobre la necesidad de la modernización del Derecho de Sociedades y elaborar una serie de recomendaciones destinadas a crear un nuevo marco regulador de las sociedades cotizadas. No es sino el marco general socie-

⁸ LÓPEZ RODRÍGUEZ, Carlos E. *Responsabilidad concursal de los administradores societarios. Administración de hecho y déficit concursal. Estudio comparado con la legislación española y argentina*”, Ed. La Ley Uruguay, Montevideo 2016.

tario que brindan las normas imperativas de los arts. 94.5, 96 y 99 LGS, unidas a otras normas que generan un sistema protectivo, y a las que nos hemos referido en otra comunicación a este Congreso de Rosario, en un sistema no abandonado por el Anteproyecto. Sigue López Rodríguez “De la tutela de los intereses de los acreedores resulta, indirectamente, una protección de los intereses generales, a través de la aplicación de un régimen agravado de responsabilidad civil a los supuestos de conductas empresariales reprochables (p. 62) La insolvencia es un riesgo que las legislaciones concursales distribuyen, imputan o hacen soportar por un lado a los acreedores, por otro, si la concursada fuere una persona jurídica, a los socios... La responsabilidad por el déficit concursal constituye otro de los modos de atribuir o distribuir los costes derivados de la insolvencia” (p. 63).

Parece fundamental la reflexión conclusiva que el riesgo de insolvencia es de los acreedores en el caso de crisis de persona humana y es de los socios en el caso de crisis de persona jurídica. Ello tal como lo indican los artículos primero de las leyes de sociedades argentina y uruguaya: “soportar las pérdidas” es a cargo de los socios.

3. No abogamos porque se dicten nuevas normas, como se pretende para el ámbito de la persona humana –quizá innecesariamente–, sino en abordar sistemáticamente las normas imperativas que atienden a la crisis de sociedades en el ámbito de su ley específica, la ley de sociedades, en cuanto de carácter imperativo e indisponibles, y la compatibilización de las normas concursales con las mismas. Es que frente a una crisis económico patrimonial de sociedades se suelen desenvolver estrategias o planes de insolvencia que infringen las normas específicas, los administradores y socios suelen eludir la funcionalidad societaria, omitiendo la confección de balances, ante resultados que indican que el patrimonio es insuficiente para afrontar la actividad económica o, peor aún, que los activos no satisfarán el pasivo, no capitalizan ni liquidan la sociedad.

Esta actitud omisiva de quiénes crearon a la sociedad o son sus titulares actuales, unida a la de los administradores designados por ellos, termina desembocando en un concurso donde se pretende –y se obtiene–, vaya a saber por qué medios que sean los acreedores los que solucionen la cuestión por medio de esperas y quitas ⁹.

⁹ Sobre este aspecto vienen a cuento las expresivas y sinceras manifestaciones *obiter dictum* del camarista Dr. Alfredo A. Kölliker Frers “la realidad cotidiana de nuestros tribunales demuestra que los ‘verdaderos acreedores permanecen ajenos, en general, al trámite de los concursos, ...’”, generado por la reforma del art. 21 de la ley concursal, eliminando su universalidad.

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

La imperdible presentación del director en un Tratado ¹⁰ constituye una autopsia de la legislación concursal: “... todos conocemos lo grave que significó para una comunidad con un nivel de moral colectiva tan bajo como el que ya existía en ese momento en nuestro país, ...: *El principio de conservación de la empresa no constituye una patente de corso para la gestión empresarial...* los APE fueron utilizados para convalidar verdaderos despojos...”.

En este mismo sentido Karsten Schmidt ¹¹ exponía “En la mayoría de los países del mundo muchas de nuestras cuestiones de responsabilidad son tratadas como elementos del Derecho Concursal. En parte eso se basa en la observación correcta, que las cuestiones de responsabilidad entran en vigencia en los casos de insolvencia. La calificación de Derecho Concursal de las reglas de responsabilidad tiene en tanto razones más fenomenológicas que motivos sistemáticos de Derecho. En Alemania, donde prevalecen los pensamientos sistemáticos en el Derecho, la tendencia hasta ahora era la contraria: la mayoría de nuestras cuestiones actuales de responsabilidad son clasificadas como elementos del Derecho Societario –no del Derecho Concursal–, aun si como parte actora comparece un síndico de concurso. En el año 2000, en el Segundo Congreso Iberoamericano ¹² expuse el motivo por el cual en Alemania hasta el momento lo vemos así... En la actualidad todavía considero correcta esta apreciación sistemática del Derecho. Los derechos y obligaciones de los cuales hablamos, por cierto no resultan del procedimiento de insolvencia...” La doctrina italiana reiteraba que la reforma de la legislación concursal omitió una regulación orgánica de la crisis y de la

¹⁰ *Ley de concursos y quiebra comentada*, AAVV, Ernesto E. MARTORELL director, Ed. La Ley, Buenos Aires, mayo 2012, 5 tomos (págs. 1016, 936, 846, 1129 y 1463 respectivamente).

¹¹ SCHMIDT, Karsten “Responsabilidad de los socios y administradores” en *Derecho Comercial y de los Negocios, Sociedades – Concursos* AAVV siendo compiladores Raúl Anibal Etcheverry, Héctor Osvaldo Chomer y Luis Mariano Genovesi, Ed. Eudeba, Buenos Aires 2007, tomo I pág. 395 y ss., reproduciendo una conferencia del año 2005.

¹² SCHMIDT, Karsten “El derecho empresario y el derecho concursal” en *De la Insolvencia Segundo Congreso Iberoamericano* AAVV, Ed. Advocatus, Córdoba 2000, tomo III p. 751 y ss.

insolvencia de la sociedad, perpetuando una laguna de la legislación concursal hace tiempo criticada por la doctrina ¹³.

4. Configurando un sistema anticresis las normas imperativas de la legislación societaria, que conforme dispone el art. 150 C.C. y C. desplazan la prioridad de las normas concursales, cuando en su inc. a expresa que las personas jurídicas se reglan “Por las normas imperativas de la ley especial, o en su defecto, de este Código. El art. 99 LGS señala la responsabilidad solidaria de administradores sin perjuicio de la responsabilidad de los socios. Y todo lo referente al capital social y causales de disolución, y eventuales responsabilidades por daño ante incumplimiento son indisponibles¹⁴.

Los límites aparecen como moldeadores de la responsabilidad en las sociedades respecto de terceros, cualquiera sea el régimen de limitación de la misma que surja del tipo adoptado o de las precisiones estatutarias.¹⁵ Evitar el daño, soportando las pérdidas los socios, se encuentra también inserto “en el principio de integridad del capital y en las funciones que a éste se asignan. En efecto, si la defensa del interés de los acreedores descansa en la función de retención patrimonial que tiene asignada la cifra del capital social, parece razonable que en una situación en la que el patrimonio ha descendido” ¹⁶ poniendo en peligro la satisfacción del pasivo se adopte una solución.

Corresponde la integración del sistema societario con el concursal para afrontar las crisis ¹⁷ porque el concurso genera la posibilidad de un déficit concursal.

¹³ NIGRO, A. “Le società per azioni nelle procedure concursali”, in *Trattato delle società per azioni*, diretto da G.E. Colombo e G.B. Portale, 9^o, Torino 1993, p. 209 ss.

¹⁴ Ntro.” El laberinto de la pérdida del capital social y su remediación” en p. 111 del N° 7 de Estudios de Derecho Empresario, julio de 2016, en portal de la Universidad Nacional de Córdoba.

¹⁵ Ntro. “La responsabilidad de socios en las sociedades simple y en las con responsabilidad limitada” en *Derecho Comercial y de las obligaciones*, Ed. Abeledo Perrot, N° 280, septiembre/octubre 2016, Bs. As. 2^a quincena de noviembre, p. 539.

¹⁶ GARCIA CRUCES, J.A. *Derecho de Sociedades Mercantiles*, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia 2016, p. 479. En el caso de España por debajo de la mitad del capital social –o de un tercio según el tipo–, en Argentina del 100%, pudiendo verse el estudio de derecho comparado en *Estudios de Derecho Empresario*, AAVV “Crisis de Sociedades y la legislación societaria”, en Volumen Especial N°10: “Revista informática del Instituto Iberoamericano del Derecho Concursal, revista electrónica en el portal de la Universidad Nacional de Córdoba <https://revistas.unc.edu.ar/index.php/esdeem/issue/view/1407>

¹⁷ Ntro. *Perspectiva del Derecho de la Insolvencia*, Ed. Academia Nacional de Derecho y Cs.Sociales, Córdoba Rep. Argentina 2012.

Emilio Beltrán¹⁸ calificó la solución como preconcursal, sosteniendo que para evitar que la sociedad llegue al estado de insolvencia, el legislador ha establecido un mecanismo preventivo consistente en obligar a la sociedad a disolverse o adoptar medidas sustitutorias de saneamiento financiero cuando se produzcan pérdidas graves, amenazando con graves sanciones a los administradores si esto no se produce –ello no ha cambiado pese a las posibilidades de concursarlas–. La solución, con matices, no es muy diferente en nuestro país y en el derecho comparado.

“La suficiente capitalización de la sociedad al momento de su constitución y posteriormente, durante todo el desarrollo de la actividad empresarial es la mejor manera de evitar la insolvencia de la sociedad, atento que ésta cuenta con mecanismos para obtener la financiación interna”¹⁹, y –eventualmente– la capitalización del pasivo²⁰.

La capitalización del pasivo tiene efectos tributarios neutros y libera a fiadores y deudores solidarios, y parece ser el lineamiento que se aconseja en los “acuerdos privados” –*company voluntary arrangement*– con los acreedores financieros, que de ser la empresa viable rápidamente colocarán sus participaciones en el mercado. La quita implica un menoscabo de los acreedores, con tributación por ganancias por la sociedad, aunque se establezcan especiales moratorias.

Bastará advertir que no se adoptaron soluciones societarias, que no se afrontó la crisis oportunamente, que sólo se exige un sacrificio a los acreedores, para que la propuesta no pueda sea homologada, por abusiva²¹ u en fraude a la ley al haberse omitido soluciones societarias²².

¹⁸ BELTRÁN SANCHEZ, Emilio “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 p. 154.

¹⁹ Cám. Trabajo y Minas 4^a Nominación de Santiago del Estero, República Argentina, con fecha 15 de junio de 2005, en la causa “Salazar, Oscar E. c/ Forestal El Milagro SRL”, LLNOA 2005-1446

²⁰ FIMMANO, Francesco, “L’allocazione efficiente dell’ impresa in crisi mediante la trasformazione dei creditori in soci”, en *Revista delle società*, 2010, p. 57 y siguientes.

²¹ Ntro. “Crisis de sociedades: Acuerdos concursales abusivos vs. Solución privada” en *Summa Concursal*, Abeledo Perrot, Bs. Aires 2012, tomo II p. 1945.

²² Así el fallo de la CNCom, Sala F, de fecha 13 de Mayo de 2014, en autos “Víctor Carballude SRL sobre quiebra, Incidente de inoponibilidad de la personalidad jurídica”, donde se responsabiliza en la quiebra de una sociedad de responsabilidad limitada a los socios por aplicación del art. 54 ter de la ley de sociedades comerciales.

Esto supone distinguir entre cesación de pagos, que es la falta de patrimonio activo corriente para satisfacer el patrimonio pasivo corriente de la persona jurídica societaria, de la situación en que se ha perdido la totalidad del capital social, y hay insolvencia patrimonial y no meramente financiera.

5. “El Derecho Concursal protege a los acreedores imponiendo la obligación de solicitar el concurso cuando la sociedad no puede hacer frente a sus obligaciones definiendo con mucha mayor precisión el riesgo de que continúen actuando en el tráfico empresas insolventes (v., art. 5 LC); subordina los créditos de las personas especialmente relacionadas con el deudor para desincentivar las “resurrecciones” artificiales de empresas insolventes a base de créditos concedidos por los socios (art. 92.5 LC) y declara la responsabilidad de los administradores y socios de control por el déficit concursal en caso de concurso culpable (art. 164 L.S.C.), además de los efectos protectores de las acciones revocatorias. La amenaza de ver relegados los créditos otorgados por los socios de control; la eventualidad de tener que responder del pasivo no satisfecho en el procedimiento concursal si se retrasa la declaración de concurso o se ha distraído el patrimonio social en perjuicio de los acreedores, constituyen mecanismos mucho más ajustados a las circunstancias de cada caso”²³.

Los socios deben evitar dañar, eventualmente capitalizando la sociedad. ¿Y si los socios no capitalizan pero dan préstamos para continuar el giro social? Puede que acepten dar préstamos para que la sociedad continúe el giro sin patrimonio activo. La respuesta es la subordinación. Esa referencia al no capitalizar la sociedad ha sido proveída en la jurisprudencia en Sentencia en la causa “KLP Emprendimientos S.A. s/ Megaconcurso”, del 22 de abril de 2016 del Juez de Mendoza Pablo Gonzalez Masanes, y en la sentencia recaída en la causa “Diaz y Quirini SA s/ concurso preventivo s/ incidente de revisión (promovido por Quirini Augusto)” de la CNCom., Sala C del 31/05/2012.

Se advierte una corriente evolutiva, integradora entre la legislación concursal y la societaria frente a la crisis de sociedades, y justamente formulada en juicios de concursos de sociedades. Si la recomposición no se decide y continúa operando la sociedad la cuestión de la responsabilidad se retrotrae a la fecha en

²³ ALFARO AGUILA-REAL, Jesús “Concurso culpable y responsabilidad por el déficit concursal”, Jun 1, 2015, Derecho Mercantil, en Almacén de Derecho: La *STS de 21 de mayo de 2015* decide sobre un concurso ...*el agravamiento de la insolvencia, como consecuencia del retraso en la solicitud, constituye uno de los elementos objetivos y subjetivos de esta causa de calificación culpable, en realidad el más preponderante, con arreglo al cuál podía articularse la justificación de la responsabilidad por déficit del art. 172.3 LC (en su redacción original, aplicable al caso).*

que se acredite que administradores y socios conocieron o debieron conocer la situación si, como debemos presumir, hay acreedores insatisfechos²⁴.

La subordinación ha sido recogida en el Anteproyecto: “6. Los aportes irrevocables a cuenta de futuras emisiones son una creación un tanto anómala, hija de la necesidad de la historia económica y monetaria argentina, que se convirtió en una suerte de *tertium genus* entre el capital y el pasivo. ... La Comisión ha decidido mantener la ortodoxia y establecer que serán considerados pasivos. Se aparta en ello del Proyecto de 2005. Pero de éste toma, como ya se apuntó al comentar la sociedad de responsabilidad limitada, el razonable criterio de la subordinación de los créditos otorgados por socios y personas allegadas, así como por los dados por una sociedad controlante (art. 190).”.

6. El análisis doctrinal y jurisprudencial sobre la imposición al juez que en ningún caso homologue un acuerdo con abuso de derecho o fraude a la ley se limita –en caso de quitas y esperas– a sus aspectos cuantitativos omitiendo cualquier consideración en torno al fraude a la ley²⁵.

La quita figura en el listado de las soluciones concursales²⁶, pero no en forma imperativa sino potestativa, y como varias otras propuestas que corresponden al concurso de personas humanas como la “constitución de sociedad con los acreedores”, varias son potestativas para sociedades. Si no hay déficit patrimonial una quita sería abusiva, pues la sociedad solo necesitaría espera. Pero si hay déficit patrimonial –evidenciado en un balance con patrimonio neto negativo– son los socios los que deben reintegrar o capitalizar la sociedad por sí o acercando a terceros, compartiendo la propiedad. La quita devendría en un enriquecimiento para ellos violando normas imperativas de la ley societaria.

²⁴ Ntro. “Remoción de causales disolutorias y responsabilidad de administradores (y socios) de sociedades: la función de garantía del capital social”, en Cuestiones Mercantiles en el Código Civil y Comercial de la Nación”, Ed. Fundación para la Investigación y Desarrollo de las Ciencias Jurídicas, Buenos Aires abril 2016, p. 279. En el debate de esta comunicación en el III Congreso sobre los Aspectos Empresarios en el Código Civil y Comercial de la Nación, realizado en ese mes en Mar del Plata, cuando insistimos que la responsabilidad se generaba al día siguiente de constatada la insuficiencia patrimonial, se debatió unánimemente que no, que esa responsabilidad se generaba al minuto siguiente –corrección que aceptamos–.

²⁵ Ntro. “La sentencia del art. 52.4 L.C.Q.: abuso de derecho y fraude a la ley” en p. 741 en Cuestiones actuales y controvertidas de derecho societario, concursal y del consumidor, Ed. FIDAS, Bs. As., abril 2017.

²⁶ En el art. 43 L.C.Q. argentina.

Si la sociedad tiene un patrimonio neto neutro o negativo se ha producido una causal de disolución que impone su liquidación salvo que los socios decidan reintegrar el capital o capitalizar, sea ellos o terceros, incluso capitalizando el pasivo. De no resulta responsabilidad de administradores, y quizá de socios²⁷, si el pasivo no resultara satisfecho. Intentar una quita en el concurso, cuya presentación es ratificada por los socios, implica un fraude a las normas imperativas de la ley societaria, intentando que acreedores asuman obligaciones que tienen los socios, y los enriquezcan.

Parte de la doctrina clásica ha intentado morigerar nuestra interpretación interactiva de la legislación societaria sosteniendo la legalidad del “esfuerzo compartido”. Juristas especializados en concursos, como Truffat²⁸, Botteri²⁹ y Carlino³⁰ (Marcelo Barreiro en reciente conferencia), aceptan que para la quita no configure una ilegalidad debe existir “esfuerzo compartido”, acercando ideas.

La solución es la capitalización de pasivos que hoy se aconseja en las reformas en la legislación de crisis, y aparece en el Anteproyecto en el reformado art. 197.

Franco Bonelli³¹ afronta el supuesto de la continuación de la gestión social después de la pérdida del capital social, con la responsabilidad de los administradores. Si no existen normas claras que impidan la continuación de la actividad social en crisis –en nuestro país la imposibilidad sobreviniente de cumplimiento del objeto social– aumentando la posibilidad de fracaso ante una perspectiva incierta, la tutela de acreedores impone responsabilidad de los administradores³².

²⁷ Ntro. “El art. 99 ley 19.550 y causales de disolución de sociedades (De cómo evitar responsabilidad ante la insolvencia societaria)”, en RDCO 2013-A- p. 663, año 46, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires 2013.

²⁸ TRUFFAT, Daniel “La abusividad de la propuesta y la moralización de los concursos en lo atinente –precisamente- a la oferta del deudor”, en Segundo Congreso Iberoamericano de Derecho Concursal, Mérida, Estado de Yucatán, México.

²⁹ BOTTERI, José David “Notas sobre las quitas concursales, acuerdos abusivos y la integración entre el nuevo Código Civil y la Ley de Concursos y Quiebras 24.522”, en Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones Nro. 278 (mayo/junio de 2016).

³⁰ CARLINO, Bernardo “Las quitas a los pasivos deben ser proporcionales o menores a la inyección de fondos de los socios (art. 96 L.G.S.)”, en Crisis y Derecho IV Congreso Argentino de Derecho Concursal – VII Congreso Iberoamericano de Derecho de la Insolvencia, Córdoba, septiembre 2015, Ed. Fespresa, tomo III El sistema concursal, p. 48.

³¹ *La responsabilità degli amministratori di società per azioni*, Ed. Giuffrè, N° 135 de los Quaderni di Giurisprudenza Commerciali

³² MIOLA Massimo *Il sistema del capitale sociale e le prospettive di riforma nel diritto europeo delle società di capitali* en Rivista delle Società, anno 50, 2005, Editor A. Giuffrè – Milano, noviembre-diciembre 2005, fascicolo 6° p. 1199, especialmente p. 1310.

Resaltando la cuestión y transfiriendo decididamente el sistema de preconcursalidad a la legislación societaria, se ha sostenido que “Después de todo lo que se ha indicado, parece razonable pensar que la quiebra de una sociedad anónima –o limitada o comanditaria por acciones– debería convertirse en una institución residual, ya que el sistema preconcursal previsto legalmente debería ser suficiente para impedir que la sociedad llegase a ser insolvente”³³. “En la sociedad anónima, esencialmente capitalista, no parece prudente esperar a que el capital se pierda totalmente para que las pérdidas operen como causa de disolución, pues entonces los acreedores no tendrían ninguna seguridad o garantía para el percibo de sus créditos. De ahí que nuestra ley declare causa de disolución el hecho de que se produzcan pérdidas *que dejen reducido el patrimonio a una cantidad inferior al capital social, a no ser que ése se aumenta o se reduzca en la medida suficiente*. Desde esta perspectiva, esta norma opera como un instrumento preconcursal destinado a evitar la insolvencia de las sociedades anónimas y su eventual declaración de quiebra”³⁴.

No dudamos de la posibilidad de una sociedad de concursarse o convertir un pedido de quiebra, ello es posible aún en liquidación. Lo que no es posible en el sistema argentino es intentar que las pérdidas las soporten los acreedores desnaturalizando la tipicidad de la relación societaria, donde las pérdidas deben soportarlas los socios.

³³ BELTRAN SANCHEZ, Emilio “La responsabilidad por las deudas sociales de administradores de sociedades anónimas y limitadas incursas en causa de disolución”, en BO-LAS ALFONSO, Juan (dir.) *La responsabilidad de los administradores de sociedades de capital*, Consejo General del Poder Judicial, Consejo General del Notariado, Madrid, 2000, p. 133, especialmente a pág. 154 parágrafo “5. Responsabilidad de los administradores por las deudas sociales e insolvencia de la sociedad”.

³⁴ URÍA, R.; MENÉNDEZ, A. y GARCÍA de ENTERRÍA, J., “La sociedad anónima: disolución” Cap. 4, pág. 1001 en *Curso de Derecho Mercantil* Ed. Civitas, Madrid 1999, tomo I, especialmente “Las pérdidas graves” ps. 1009 a 1013