

## **CAPITAL SOCIAL E INFRAPATRIMONIALIZACIÓN. LA PÉRDIDA DEL CAPITAL SOCIAL Y SUS SOLUCIONES SOCIETARIAS**

POR EFRAIN HUGO RICHARD

### **Sumario**

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

Su normativa impone algunos análisis que podrán ser asumidos en este Congreso, asumiendo el *obiter dictum* de la Corte en el caso “Comercial del Plata” en cuanto afirma: **“El proceso concursal, como última ratio preventiva que procura remediar el estado de cesación de pagos, atendiendo coetáneamente la protección de la empresa y la satisfacción del derecho de los acreedores”**.

### **Fundamentación**

En el anterior Congreso nos explayamos en orden a una tercera posición en la vinculación del capital social y el objeto<sup>1</sup>.

También en numerosas oportunidades, en Congresos y ensayos nos hemos expedido en orden a infrapatrimonialización y cuando ello genera responsabilidad de administradores y/o socios, particularmente para referirnos a aspectos de “Insolvencia societaria”<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> “Relación capital-objeto: su regulación”, en Tomo II, p. 405, *X Congreso Argentino de Derecho Societario, VI Congreso Argentino de Derecho Societario y de la Empresa*, Ed. Fespresa, Córdoba 2008, 4 tomos.

<sup>2</sup> Ed. Lexis Nexis, Buenos Aires, 2007; *Perspectiva del Derecho de la Insolvencia*, Ed. Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales, Córdoba, 2010.

Hemos elucubrado por la vinculación de ello con la imposibilidad originaria o sobreviniente de imposibilidad de cumplimiento del objeto social como causal de disolución y generadora de responsabilidad.

La infrapatrimonialización no implica necesariamente la insolvencia, tampoco necesariamente la pérdida del capital social, pero se vincula directamente a ella. Por eso hemos cuestionado las homologaciones de acuerdos concursales propuestos por sociedades basados en que la liquidación en la quiebra daría un resultado inferior al ínfimo que se ofrece<sup>3</sup>, lo que hace presuponer que ni administradores ni socios atendieron oportunamente los indicadores sobre la pérdida patrimonial que excedía en mucho el capital social.

El rol del capital social, la importancia de actuar tempestivamente para solucionar la crisis desde el derecho societario, ha sido recogida en el "Derecho Concursal Peruano" que en 1999 se integra con la Ley de Fortalecimiento del Sistema de Reestructuración Patrimonial, y tres normativas configuran la hoy denominada en Perú Ley General del sistema concursal, cuyo sistema tiene tres procedimientos: el procedimiento concursal ordinario para obtener un acuerdo de reestructuración o de disolución; el procedimiento concursal preventivo dirigido a la obtención de un acuerdo global de refinanciación, y la quiebra de carácter judicial y liquidativo. El concurso ordinario es de instancia preventiva exclusiva del deudor, con confidencialidad mientras se inicia el trámite y al abrirse con amplio derecho de los acreedores de observación e información. El deudor debe optar al presentarse por la reestructuración patrimonial o la disolución, y el presupuesto objetivo es el grado preciso del deterioro económico: **"pérdidas acumuladas, deducidas" las reservas, que superen en un tercio el capital social integrado... acreditado con informe de asesor legal y contador público colegiado y acompañado por un plan de recuperación con una proyección preliminar del que surja un flujo de ingresos por dos años que permitan considerar sustentable en orden a la recuperación. Señala Dasso: "La entidad de las pérdidas (mayor al tercio del capital social integrado) tiende parejamente, en primer término a evitar el abuso de una presentación que tiene el efecto**

<sup>3</sup> "Homologación de acuerdos concursales bajo el fundamento del resultado ínfimo de una liquidación", *Las crisis de las sociedades y cómo abordarlas*, Ed. Fespresa. Córdoba, 2010, p. 21.

**de paralizar los derechos individuales de los acreedores, cuando la situación económica es considerada a través de la ecuación legal todavía superable y de otro lado, a descartar el uso de la reestructuración como instrumento meramente dilatorio cuando el deterioro económico asumirá tal magnitud que, en el caso de pérdidas mayores al tercio del capital la ley considera insuperable para la recuperación. En el otro extremo, cuando las pérdidas adquieren mayor importancia (superiores al total del capital social integrado), cuya medida se reputa *ex lege* como impeditiva de la recuperación, queda vedada esa vía y al deudor sólo le queda la vía liquidativa. Vale decir que la franja económica de la crisis que habilita al deudor a acogerse al concurso ordinario, conservativo, es el de pérdidas acumuladas no inferiores a la tercera parte del capital social, pero no superiores a su monto total”<sup>4</sup>.**

Por eso nos queremos centrar en esa causal de disolución de “pérdida del capital social”<sup>5</sup>, que ha sido motivo de importante análisis en las recientes XVII Jornadas Nacionales de Institutos de Derecho Comercial (La Falda 19 y 20 de agosto de 2010)<sup>6</sup>.

Obviamente que esa “pérdida” debe ser real. Según la versión más conservadora la misma se produce cuando el patrimonio neto acusa pérdidas de tal envergadura que éstas igualan o superan a todos los importes positivos del patrimonio neto (capital, ajuste de capital, reservas, aportes irrevocables –capitalizados,

<sup>4</sup> DASSO, Ariel Ángel. *Derecho Concursal Comparado*, Tomo II, Ed. Legis, Buenos Aires, septiembre de 2009. Páginas 805 a 1573 más índices temático y alfabético (El comentario al tomo I fue publicado en la *Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones*, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 240-107 Bibliografía; y en mi libro *Perspectiva del Derecho de la Insolvencia*, Ed. Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Córdoba, 2010, p. 651). La cita corresponde al régimen concursal peruano como se ha expuesto.

<sup>5</sup> “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”.

<sup>6</sup> *Las crisis de las sociedades y como abordarlas*, Ed. Fespresa, Córdoba, agosto de 2010, ps. 183, 185, 393, 427, 461, 465, 581.

agregamos-, etc.)<sup>7</sup>. Una visión más formal llevaría a pensar que la causal se ha generado cuando el pasivo excede al pasivo en una cifra superior al capital social estatutario y no se intentan capitalizar otros importes positivos del patrimonio neto para revertir la pérdida y reconstituir el capital estatutario como cifra de garantía para los terceros y la sociedad.

Consideramos que el análisis de ciertos aspectos vinculados a esa causal es dirimente para entender el *obiter dictum* de nuestra Corte en el caso Comercial del Plata sobre que el recurso concursal es el último recurso para solucionar la crisis societaria<sup>8</sup>.

Conforme a ello, formalizamos esta comunicación con preguntas tendientes a ese esclarecimiento:

1. ¿Cuándo queda reconocida la existencia de esta causal por los administradores y por los socios?

Indubitablemente los primeros, cuando preparan el proyecto de balance y por tanto, debería contener la Memoria referencias sobre ese aspecto. Los socios cuando aprueban o consideran ese balance, aunque no lo aprobaran. Desde ese momento la causal pasa a ser de indubitable y pleno conocimiento imponiendo las conductas previstas por la ley. ¿Ante esa constatación debe cesar la actividad normal y proceder a la liquidación?

Sin dudar, no. Aún en la causal de vencimiento del plazo los socios pueden decidir la continuación. En el caso de la causal

<sup>7</sup> FUSHIMI, Jorge Fernando. "Sobre el reintegro del capital en las sociedades anónimas", en libro referido en nota anterior p. 427, específicamente 428. NISSEN, Ricardo A. *La pérdida del capital social como causal de disolución de las sociedades comerciales*, Ed. Ad Hoc, Buenos Aires, quién transcribe parte de la Resolución 055 de la Inspección General de Justicia de fecha 14 de enero de 2002 en "Duque Seguridad S.A. "Antes de hacer el cálculo para constatar la existencia de la causal disolutoria consistente en la pérdida del capital social, hay que revalorizar el patrimonio social, computar sólo el pasivo hacia terceros y luego absorber las pérdidas en término con las reservas y sólo después proyectar su remanente sobre el capital social. Además debe tratarse de una pérdida definitiva y no meramente circunstancial". Agregamos que esas operaciones deben ser serias, reflejarse en la reunión donde se descartó la obligatoriedad del reintegro o el aumento de capital social para poder continuar las operaciones, y que quedará cuestionada si posteriormente la sociedad se declara concursa o quiebra.

<sup>8</sup> Nuestro "Desjudicialización de los concursos: un '*obiter dictum*' de la corte", en Zeus, Córdoba n° 376, año VIII, 23 de febrero de 2010, Tomo 16, ps. 85/90, y en Editorial Zeus, Revista n° 11, Tomo 113, Rosario 13 de julio de 2010, p. 561.

de pérdida del capital social la liquidación puede ser evitada por el reintegro del capital social o la capitalización.

Atento la norma del artículo 96 la causal de disolución puede enervarse y, en tal sentido, Ricardo Nissen sostiene que la reversión debe producirse dentro de los 60 días por aplicación analógica de lo previsto respecto de la causal de cancelación de oferta pública (inciso 9º artículo 94). La reacción debería ser inmediata a la constatación documentada en la aprobación del balance.

Fourcade apunta que la sociedad puede continuar operando pese a la pérdida del capital social, porque puede apreciarse revertirla con las operaciones en curso. Ello además de deber expresarse en la primer Memoria –conforme el tipo social– deja en claro el riesgo de responsabilidad de administradores y socios por las nuevas operaciones conforme el artículo 99 LS.

2. ¿Cuál es el monto de la reintegración del capital social: el monto original u otro monto?

El monto que requiera la situación patrimonial y no meramente la cifra nominal del capital original, pues la pérdida que registrara el balance podría ser muy superior al mismo. El desembolso por reintegro debe ser tal que permita equiparar el activo con el pasivo y recomponer la cifra del capital social. La decisión de reintegro adoptada en el caso de sociedad anónima por asamblea extraordinaria con mayorías agravadas, impone a todos los socios la obligación –salvo ejercicio del derecho de receso sin valor económico evidentemente, pero que evita la obligación de reintegrar–. Fushimi entiende “que de ninguna manera el reintegro del capital puede ser obligatorio para los accionistas”<sup>9</sup>. Nos hemos pronunciado por la obligatoriedad por devenir de una resolución social válida, en orden a una solución impuesta por la ley para evitar la liquidación, posición que ha sido compartida<sup>10</sup>.

<sup>9</sup> Trabajo citado, p. 435.

<sup>10</sup> HAGGI, Graciela A. “El reintegro del capital social” en AAVV dirección Laura Filippi y María Laura Juárez *Derechos patrimoniales. Estudios en homenaje del profesor Emérito Dr. Efrain Hugo Richard*, Ed. Ad Hoc, Buenos Aires 2001, p. 193. NISSEN, Ricardo A. *La pérdida del capital social...* citado, ps. 77/78. Van Thienen, Pablo A. “Pérdida total del capital social: ¿Reintegro, aumento u operación bandoneón” en *Revista de las Sociedades y Concursos* n° 27, marzo-abril, 2004, p. 81; NORTE SABINO, Osvaldo J. “Reintegro del capital social” en *Impuestos XLI A*, p. 495.

3. ¿Si no se reintegra como capitalizar la sociedad para evitar la liquidación?

Debe aumentarse el capital social en monto suficiente para encubrir el pasivo y no quedar nuevamente en supuestos de reducción obligatoria del capital social previstos en el artículo 206 Ley de Sociedades Anónimas. Por eso es más factible la capitalización de pasivo.

Se sostiene que se trata de aumentos que implican el patrimonio neto y que se producen cuando los socios o terceros realizan aportes genuinos a la sociedad<sup>11</sup>. La legislación societaria prevé expresamente la capitalización de pasivos en el artículo 197.2 LSA, como supuesto claro para este caso; suspendiendo el derecho de suscripción preferente. Esta suspensión sólo es inteligible por la urgencia en generar esa capitalización y remover la causal de disolución, pero es incongruente con la postura de socios –aún minoritarios– que ejercieran en el mismo acto el derecho de suscripción preferente y anticiparan el deseo de acrecer –lo que podrían ejercer sin afectar derechos de los demás socios a hacerlo posteriormente– adoptando la posición que hemos dado en llamar la de “suscriptor e integrador provisional”.

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

4. ¿Si no tratándose la causal una vez acreditada, continuando el giro normal de los negocios, y se ratificara la presentación en concurso surge alguna responsabilidad?

Constatada la causal y no tratada ni revertida, los administradores asumen responsabilidad. La misma presentación de balances anteriores donde conste la pérdida del capital social y haber puesto a consideración de los socios el reintegro o aumento, pretendiendo la solución concursal, genera esa responsabilidad por las operaciones posteriores. Los socios al ratificarla sin haber asumido previamente las conductas previstas en la Ley de Sociedades parecería que también han asumido esa responsabilidad.

5. ¿En el caso anterior se aplica el artículo 99 LS para las deudas postconcursoales?

<sup>11</sup> FOURCADE, Antonio. *Sociedades comerciales. Parte especial*, Ed. Advocatus, Córdoba, 2001, p. 114. FUSHIMI, ob. cit., p. 430.

No aparece en nuestro derecho una opción para los administradores, como en España<sup>12</sup>, y los socios al aceptar la continuación del giro social sin asumir ni el reintegro del capital social ni su aumento, quizá en búsqueda de que el problema sea asumido por los acreedores a través de quitas y esperas, deberán afrontar la responsabilidad del artículo 99 LSA para el caso de una ulterior quiebra.

6. ¿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 artículo 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>13</sup>.

7. ¿Los aportes a cuenta de futuros aumentos son suficientes para superar la causal de disolución?

Sí, en cuanto dentro de los procedimientos previstos por el artículo 96 LSA se produzca efectivamente la capitalización de los mismos. Pero la mera aportación sujeta a condición no es suficiente.

Sin duda, otras muchas cuestiones aparecerían...

Resulta sugestiva las previsiones en leyes concursales, tales como México, Colombia y Perú, como así también las sanciones por falta de activo, y la imposibilidad de homologar un acuerdo entendiendo que el mismo no es abusivo, pese a ser ínfimo

<sup>12</sup> Cuya nueva ley publicada el 3 de julio de 2010, prevé en el artículo 367 la responsabilidad de administradores que no convocaran a asamblea o, en su caso no presentaran en concurso a la sociedad en el término de 60 días de constatada la causal de disolución.

<sup>13</sup> En orden a la responsabilidad por el artículo 99 LSA, la jurisprudencia en el caso "Trottar S.A. contra Peugeot Citroen Argentina S.A. sobre ordinario sobre incidente (de extensión de responsabilidad por las costas)", C. N. Com., 30 de junio de 2010 "... Esta Sala no comparte la decisión del Juez a quo de calificar de "subsidiaria" la responsabilidad derivada del artículo 94 inciso 8° de la Ley de Sociedades pues la aludida norma sólo la califica de "solidaria e ilimitada". "Ante la inexistencia de la pluralidad requerida por la ley, el socio y administrador debió proceder ajustándose a los estatutos del artículo 99 LS. y la expresa omisión de tales pautas, no puede beneficiarlo. Por lo expuesto, y si bien la responsabilidad que aquí se declara coincide con aquella decidida al admitir el primero de los agravios, corresponde declarar también incurso en las responsabilidades derivadas del artículo 99 de la Ley societaria al director del ente." [en línea] Disponible en: elDial.com, 12 de agosto de 2010.

lo que se ofrece pagar, por supuesta liquidación ruinosa –sin advertir que ello desataría acciones de responsabilidad, incluso de inoponibilidad pues habría habido un uso antifuncional de la sociedad–.