

## La pérdida del capital social y las soluciones preconcursales

*Agostina Robinson, María Constanza González,  
Mariela Castillo y Zarina Fatała*

El art. 94 de la Ley General de Sociedades (en adelante L.G.S) establece taxativamente las causales disolutorias de las sociedades, incluyendo en su inciso 5° a la pérdida del capital social. Novedosamente, el Código Civil y Comercial (en adelante CCyC) en su art. 163 reproduce prácticamente de forma integral las causales consagradas en el art. 94 de la LGS omitiendo de las mismas el inc. 5 –la pérdida del capital social–. Un primer cuestionamiento sería ¿Nos encontramos frente a una posible colisión de normas?

Previamente definimos al capital social como la expresión numeral del conjunto de aportes que han comprometido los socios <sup>212</sup>, que se traduce en una cifra nominal, un *nomen iuris*, con un carácter eminentemente jurídico ya que constituye el límite de responsabilidad que asumen los socios para con los acreedores, y es un requisito esencial que debe estar presente desde la constitución de la sociedad y durante toda su vida societaria para dar cumplimiento a las actividades que traiga aparejado el objeto social. Tal envergadura tiene, que ante ‘la desproporción conmensurable entre la magnitud del capital fijado estatutariamente y el nivel de riesgos de la empresa que en cada caso se programe para llevar adelante el objeto social’<sup>213</sup> –lo que se conoce como infracapitalización– es que los administradores van a responder por los perjuicios ocasionados con motivo de la actuación de una sociedad infracapitalizada. Por lo que el capital deberá ser *suficiente y adecuado al objeto social durante toda su vida societaria*.

Al interrogante inicialmente planteado, el CCyC a través de su art. 150 establece un orden de prelación de normas, determinando que las personas

---

<sup>212</sup> ESCUTI, Ignacio A., *Sociedades*, Astrea, Ciudad de Buenos Aires, 2006.

<sup>213</sup> PAZ ARES, Cándido, “Sobre la Infracapitalización de las sociedades”, *Revista Anuario de Derecho Civil*, (Madrid, 1983), p. 1597.

jurídicas que se constituyan en la República se rigen en primer lugar por las normas imperativas de la ley especial, o en su defecto por las del C.C.C.N. A la luz del citado art. 150 la respuesta al cuestionamiento no puede ser otra que en sentido contrario. Mas aún, si contemplamos que en la enumeración del reformado art. 163 introduce en su inc. i) una causal novedosa en nuestro ordenamiento jurídico: “el agotamiento de los bienes destinados a sostenerla”, la intención del legislador aquí fue la de sustituir la causal de pérdida del ‘capital social’ propiamente dicho, por una más amplia, que abarque además de esa cifra nominal al patrimonio social.

Practicado el Balance, si se constata la existencia de pérdida del capital social, no se produce ipso jure la causal disolutoria, sino que el art. 96 LGS -por cierto, norma imperativa en protección de terceros- esta causal de disolución a una condición suspensiva: que los socios no acuerden el reintegro total o parcial o su aumento. Convocada la asamblea de socios o accionistas, se pueden dar múltiples situaciones; que haya reintegro total o parcial del capital o aumento, en cuyo caso desaparece todo problema pues no se ha generado ningún daño manteniéndose la garantía de los acreedores. Si la recomposición no se decide y la sociedad continúa operando en estado de insolvencia, la cuestión de la responsabilidad se retrotrae a la fecha en que se acredite que administradores y socios conocieron o debieron conocer la situación (en el caso de haber acreedores insatisfechos o que resultan afectados por quitas y esperas en un proceso concursal<sup>214</sup>).

De decidir los socios no capitalizar ejerciendo su derecho de suscripción preferente, ni invitando a terceros o a los acreedores a la integración-capitalización de las deudas(art. 197 ap. 2º)- deben tener por operada una causal de disolución – normalmente imposibilidad sobreviniente de cumplimiento de objeto social–, y asumir la liquidación con el menor costo posible, para que los acreedores cobren lo más posible<sup>215</sup>.

Si fracasara la tratativa de esa capitalización, o la liquidación privada se considera inviable, recién ahí – postura tomada por el Dr. Richard –aparecería lógica la presentación en concurso. Y es que la cuestión está en la anticipación con la que se intente afrontar la crisis. La experiencia nos muestra que los concursos se abren tarde, cuando ya gran parte de la riqueza ha sido destruida y tras reiterados incumplimientos que han afectado no sólo a los intereses de acreedores sino a trabajadores, proveedores, entre otros.

---

214 NISSEN, Ricardo A., “*Ley de Sociedades Comerciales 19.550 y modificatorias*”. Astrea, Buenos Aires, 2010.

215 RICHARD, Efraín Hugo, “*Reparación de daños por actuación de sociedad en insolvencia*”. 2012.

Al respecto, expresa Truffat que si calificamos al concurso como “última ratio”, implica directamente reconocer que existen remedios societarios para afrontar la crisis, y el concurso aparece como abusivo cuando previamente no se ha intentado aquella vía. Que una quita implica un empobrecimiento de los acreedores – como señala la Corte en “Sociedad Comercial del Plata S.A. y otros s/ concurso preventivo” – y un enriquecimiento para el patrimonio social, y por ende para los accionistas.

Podríamos cuestionarnos entonces a cerca de la legitimidad de la quita en los concursos. Al respecto, Richard sostiene la necesidad de aplicar el art. 197 ap. 2° sobre capitalización del pasivo, si es que los socios no quieren capitalizar antes de pensarse en presentarse en concurso. Y que la solución prevista en el art. 48 de la L.C.Q. permitiendo que terceros interesados puedan exigirla transferencia de participaciones societarias cumpliendo ciertos requisitos, es un reflejo de la solución societaria que pudiera haberse logrado con menos costes. La quita y espera impuestos en acuerdo concursal importan enriquecimiento para los socios y empobrecimiento para los acreedores; es una propuesta abusiva o en fraude a la ley (art. 52 inc. 4 L.C.Q.) e inconstitucional por violar el derecho de propiedad (art. 17 C.N.).

La solución societaria – compartida por Truffat y Barreiro, entre otros – vinculada al “esfuerzo compartido”, propone que en la quita no se excluyan otras soluciones: la capitalización. Es decir, condiciona la legitimidad a que junto a la quita y la espera haya una capitalización de la diferencia. “Un concurso rehabilitatorio que no contemple un ‘sacrificio compartido’ sería un abuso”<sup>216</sup>.

Concluimos con que la L.G.S. a través de sus normas imperativas, se ha encargado de brindarnos soluciones en los casos de crisis. El art. 197 ap. 2°, a través de la capitalización del pasivo contiene una valiosa solución preconcurso, que en los casos de imposibilidad o negativa de los accionistas de reintegrar o aumentar el capital, si bien no genera fondos, elimina el pasivo en forma inmediata del balance, haciendo desaparecer la causal de disolución por pérdida de capital social. De esta manera, mediante la utilización de estas respuestas preventivas, evitaríamos recurrir a un ordenamiento concursal con normas meramente ordenadoras de la concurrencia, y evitaríamos también seguir trasladando el problema de los socios a los acreedores.

---

<sup>216</sup> TRUFFAT, E. Daniel, “El derecho concursal en los tiempos de la ‘gran contradicción’”. Comunicación al V Congreso Iberoamericano de Derecho Concursal, Montepulciano Italia 2009.