

La función de garantía del patrimonio: Conexión del sistema societario con el concursal. Crisis y terminología

Efraín Hugo Richard

La función de garantía del capital social esta normada a través de la causal de disolución por pérdida del capital social, que constituye parte de las disposiciones imperativas de la ley general de sociedades (LGS) en protección de terceros. Si bien removible su constatación dispara acciones de responsabilidad contra administradores y socios. La autonomía de la voluntad permite la continuidad del giro de la sociedad, evitando iniciar la etapa de liquidación pese a la pérdida del capital social, pero esa decisión (o actitud) no altera la referida responsabilidad de no haberse cumplido las previsiones imperativas del art. 96 LSC (reintegrar el capital o capitalizar la sociedad).

Las normas imperativas de LGS no pueden dejarse de lado por la presentación en concurso, que no esta impuesta por norma imperativa y no autoriza a transferir obligaciones de los socios a los acreedores.

Resultando de un balance aprobado en la asamblea o decisión de socios la pérdida del capital estatutario, ha quedado constatada la causal de disolución prevista en el art. 94 ap. 5° LGS, administradores y socios deben actuar en consecuencia para no asumir responsabilidad. Esa acción debe ser convocar a los socios para reintegrar ese capital, capitalizar o liquidar la sociedad –marco de la autonomía de la voluntad-, resguardando a los terceros acreedores, cubiertos por el patrimonio social, pues la causal de disolución se produce ante el patrimonio neto neutro, o sea que cubre contablemente el pasivo social.¹⁵⁵

Si bien una sociedad puede presentarse en concurso en cualquier momento, incluso en liquidación, y aún no estando en cesación de pagos a través del

¹⁵⁵ Nto. “La pérdida del capital social como causal de disolución”, en *El Derecho Societario y la Empresa en el Tercer Milenio, XII Congreso Argentino de Derecho Societario, VIII Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa*, 25 al 27 de septiembre de 2013, Ed. Universidad Argentina de la Empresa y Cámara de Sociedades Anónimas, t.III, p. 439.

acuerdo preventivo extrajudicial, el sistema concursal aparece como preventivo y para actuar antes de que la sociedad tenga patrimonio neto negativo, situación que esta abordada en la legislación específica societaria con normas imperativas.

.....

I – Sobre la intensidad de la crisis

La LGS contiene normas que permiten asumir extrajudicialmente las crisis de sociedades.

Ello no impide su concursamiento, pero se impone interpretar con congruencias las normas concursales y societarias, lo que ha sido puesto de relieve por el Código Civil y Comercial (CCC) en la integración sistémica que propone en su art.2° y bajo la imposición de buena fe negocial (art. 9° CCC), evitando lo que con Juan Carlos Veiga hemos categorizado como “Contraderecho”¹⁵⁶. Apuntaremos a las normas societarias sobre el punto.

1. La ley de concursos y quiebras (LCQ) como todas las regulaciones similares del derecho comparado tienden a atender la crisis apenas se avizora, para la conservación de la empresa, de los puestos de trabajo y la proliferación del daño. En similar sentido se aconsejan las acciones privadas y confidenciales que deben realizar los administradores de la persona jurídica sociedad, conforme su diligencia, tratando de preservar los intereses de los socios, de los trabajadores y de evitar daño a terceros acreedores.

Se aconseja que los remedios concursales sean tempestivos, cuando no es posible una solución privada, pero cuando es posible conservar la empresa.

2. Cuando la crisis se profundiza afectando el equilibrio patrimonial de la sociedad, o sea cuando el patrimonio neto de la misma pasa a ser negativo, la LGS impone conductas a administradores y socios. Graves crisis patrimoniales deben ser previstas y solucionadas por los socios, convocados oportunamente por los administradores. El art. 96 LGS brinda ese camino de no optarse por la liquidación de la sociedad para no dañar a los acreedores. Esa norma brinda múltiples modalidades de aventar la despatrimonialización de la sociedad, que puede tener muchas otras manifestaicones en la realidad,

¹⁵⁶ VEIGA, Juan Carlos – RICHARD, Efraín Hugo “El contraderecho (El abuso y el Fraude en la homologación de acuerdos concursales propuestos por sociedades comerciales con quitas)”, en *Pensar en Derecho*, N° 5, Año 3, p. 257, Buenos Aires, Febrero 2015. Eudeba, Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires.

frente a la viabilidad económica de la sociedad, por la actividad de los socios o la participación negociada de los acreedores.

No debe descartarse el concurso de la sociedad, en principio para cuando la crisis se avizora, se advierte una cesación de pagos, antes de una afectación patrimonial irreversible –aunque la sociedad podría concursarse en liquidación-. Pero ello obliga a una interpretación congruente de la legislación societaria y concursal, evitando situaciones responsabilizatorias.

Camilo Martínez Blanco¹⁵⁷ acota el tema: “En el derecho concursal, siempre ha sido de sus temas más controversiales el presupuesto objetivo habilitante para la puesta en funcionamiento del concurso, y así lo reafirma la profesora española Juana Pulgar Esquerro¹⁵⁸ en su profundo análisis del tema que nos ocupa. – Por lo pronto en nuestro derecho mercantil, más precisamente en materia de quiebras siempre había sido la “cesación de pagos” su presupuesto objetivo, concepto tomado del Código francés de 1807, que equiparó su noción a la del incumplimiento de obligaciones.... Históricamente, el primer significado de “cesación de pagos” fue el que emerge de su propio sentido literal: cesar de pagar es igual a incumplir, por lo que cual cesación de pagos e incumplimiento eran términos que no se diferenciaban desde el punto de vista de su significación jurídica en orden a provocar la falencia. – Esas denominadas teorías materialistas sustentadas por los clásicos (Vivante, Bolaffio) identificaban cesación de pagos con incumplimiento. (...) se fue evolucionado hacia estudios **más avanzados**. – **Primero, comenzó la doctrina italiana a sostener que no debía declararse en falencia al sujeto que simplemente había incumplido**, (...). Son las *teorías intermedias* las que sostiene que no hay cesación de pago sin incumplimiento, pero no siempre los incumplimientos importan cesación de pagos.(...) el presupuesto objetivo de la apertura concursal debería retrotraerse a los prolegómenos o estadios anteriores del estado de cesación de pagos, etapa a la cual se llamó “estado de crisis”, “estado de preinsolvencia”, “estado de dificultades económicas o financieras de carácter general”(…). De ahí que el estado de insolvencia, condición para la apertura concursal se puede definir en lenguaje técnico, como la impotencia para satisfacer, con medios regulares (disponibilidades normales o activos corrientes), las obligaciones inmediatamente exigibles (pasivo exigible o pasivo corriente) (...) la mayoría de los autores españoles, admiten el “desbalance”

¹⁵⁷ *Manual de Derecho Concursal*, 2ª ed. revisada, actualizada y ampliada, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo 2012, p. 150 y ss..

¹⁵⁸ *Derecho concursal. Estudio sistemático de la Ley 22003 y de la ley 8/2003 para la reforma concursal*, Directores García Villaverde, Rafael; Alonso Ureba, Alberto; Pulgar Esquerro, Juana. Dilex SL, Madrid 2003.

o sobreendeudamiento como un “*desequilibrio patrimonial –pasivo superior al activo- que puede verse solventado a través de la financiación externa, evitando así el concurso, dado que se viabilizan los pagos*”¹⁵⁹. (...) Por ello abogan por “*un concepto de insolvencia de fondo o patrimonial, abandonando o dejando fuera del concurso las situaciones coyunturales de iliquidez*”... reiteramos que para nosotros es importante el “desbalance” como síntoma, aun cuando para otras legislaciones (la española sobre todo) no alcanza. Pero además si los problemas transitorios de liquidez trascienden de la tesorería de la empresa, es señal de un agotamiento del crédito (carece de líneas de financiación para transitar el escollo) por lo que las dificultades son graves... importa mucho el llamado *desequilibrio aritmético* o déficit expresado en términos de pasivo mayor que activo (...) pues en ese caso el cotejo se hace entre activo y pasivo en términos nominales, sin atender a la disponibilidad regular de los medios de pago que integran el primero ni a la exigibilidad corriente del segundo. Basta entonces que el patrimonio del deudor sea materialmente insuficiente para satisfacer el garantía común de los acreedores (...) puede haber insolvencia, incluso cuando el activo es considerablemente superior al pasivo, pero aquel está integrado por bienes de lenta y difícil posibilidad de realización, al paso que éste concentra los compromisos de pagos en el corto plazo(...). De ahí la importancia de introducir el tema de la “*insolvencia negocial*”. La profesora española Marta Prats Marquina¹⁶⁰ habla con muy buen criterio de la “*insolvencia negocial*” entendiendo por ella la incapacidad de generar recursos, diferenciándola de la “*insolvencia patrimonial*”, ya transitoria (activo superior al pasivo a una fecha determinada), ya definida (activo inferior al pasivo exigible)(...). Resulta muy interesante la aportación que realiza Prats Marquina, (...) ya que es un dato esencial a tener en cuenta cuando de analizar capacidades empresariales se trata”.

Desde su especialidad en Sindicatura Concursal, la Prof. Celina Mena¹⁶¹, con una visión contable-económica, señala en relación a “cesación de pagos” e “insolvencia” que: “*En definitiva la jurisprudencia y la doctrina no advierten una diferencia entre ambos conceptos y los usan indistintamente, sin*

159 Luis FERNÁNDEZ de la GÁNDARA, *Comentarios a la ley concursal*, Marcial Pons, Colección Garrigues. Madrid, 2004.

160 Marta PRATS MARQUINA, “Insolvencia y crisis económico: Su reflejo en el derecho concursal”, *R.G.D.*, Madrid, 1998.

161 Celina María MENA “Cesación de pagos vs Insolvencia”, en libro colectivo *Homenaje al Dr. Osvaldo J. Maffia*, Lerner, Córdoba, 2008, Instituto Argentino de Derecho Comercial y Fundación para la Investigación del Derecho Concursal y la empresa en crisis Pablo Van Nieuwenhoven. Coordinadores E. Daniel Truffat – Marcelo Barreiro – Carlos Roberto Antoni Piossek – Ramón Vicente Nicastro

embargo a nuestro entender, existe una diferencia importante adquiriendo un grado mayor de gravedad la insolvencia. El estado de cesación de pagos se refiere a la incapacidad de pagar en tiempo y forma y la insolvencia cuando además del estado de cesación de pagos, no hay patrimonio neto". Obviamente el último aspecto destacado por la distinguida profesional describe una causal de disolución: pérdida del capital social¹⁶².

Nos apoyamos en el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española para comparar las referencias y usar una terminología concursal-societaria de compatibilización: Insolvencia: "Falta de solvencia, incapacidad de pagar una deuda. Insolvente que no tiene con qué pagar". Solvencia en Diccionario "Acción y efecto de solver o resolver. Carencia de deudas. Capacidad de satisfacerlas. Cualidad de solvente". "Solvente" "Desempeñado de deudas. Capaz de satisfacerlas. Que merece crédito. Capaz de cumplir una obligación... y más en especial, capaz de cumplirlas cuidosa y celosamente".

3. Nos inclinamos por las interpretaciones contables en torno a no perder el sentido de las previsiones societarias en el ámbito concursal no para la apertura del concurso sino para determinar responsabilidades y compatibilidades. Teniendo siempre en claro que se trata de un problema meramente terminológico, debemos convenir que las dos situaciones patrimonialmente distinguibles son en las sociedades: 1. El patrimonio activo inferior al patrimonio pasivo, o sea patrimonio neto neutro o negativo que exterioriza la pérdida del capital y reservas, y 2. El activo corriente inferior al pasivo corriente, que exterioriza una imposibilidad transitoria de pago con medios normales. A lo primero cataloguémoslo a los fines de la comunicación como "insolvencia" y a lo segundo como "cesación de pagos". De todas formas quede en claro nuestra distinción.

Esa pérdida del capital social opera como causal cuando ha sido aprobado un balance del que resulte la constatación. La preparación del balance impone a los administradores la situación, que deberían llevar a conocimiento y resolución de los socios coetáneamente a la aprobación del balance, como hemos ensayado en otra comunicación. Angel Rojo reflexiona que resulta "esencial" determinar la función de las normas imperativas que imponen deberes legales a los administradores societarios, agregando que "la tutela de los acreedores sociales es función esencial a la que una norma imperativa sirve".

4. "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"¹⁶³.

¹⁶² Nto. "La empresa: su organización y crisis" en RDCO n° 253 marzo-abril 2012, p. 407.

¹⁶³ BARREIRO, Marcelo G. – TRUFFAT, E. Daniel, "Responsabilidad de administradores

La capitalización tiene múltiples matices¹⁶⁴, incluso para el reparto de derechos entre viejos y nuevos socios. Apreciar adecuadamente sus posibilidades depende del plan de negocios que formulen los administradores o los técnicos a que ellos se lo requieran.

¿Por qué, en caso de patrimonio neto negativo, 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. Incluso capitalizando el pasivo. De no tratarse la causal una vez acreditada, continuando el giro normal de los negocios, 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, que 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 pérdi-

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.

¹⁶⁴ Por ejemplo: emitir con prima, o acciones de clase, con preferencias, determinando pactos de rescate, etc.. Las cláusulas o convenios de preferencia para la compra de acciones o cuotas sociales, son de validez indiscutida en el derecho argentino tanto como en el comparado, sea que esten contenidos en el estatuto o en pactos privados entre accionistas (cfr. MANOVIL, r., *Grupos de sociedades*, p. 320, Bs. As., 1998; REGGIARDO, I., “Sobre la transmisión ‘entre vivos’ de acciones”, ed 205-844; VANHAECKE, M., *Les groupes de sociétés*, p. 76, n° 65, Librairie generale de droit et de jurisprudence, Paris, 1962; Champaud, C., “Le pouvoir de concentration de la société par actions”, ps. 51-52, n° 49 y 50, Sirey, Paris, 1962; ASCARELLI, T., “Sui limiti statutarî alla circolazione delle partecipazioni azionarie”, en *Saggi di Diritto Commerciali*, p. 359, espec. p. 391, n° 18, Milano, A.Giuffrè, 1955), y sea que comprendan a todos los accionistas o solo a cierta clase de ellos, en cualquier caso, es incuestionable la licitud del convenio (cfr. BROSETA Pont, M., *Restricciones estatutarias a la libre transmisibilidad de acciones*, ps. 51 y 138, Madrid, 1963). In re Recupero energetico SA c/ Camuzzi gas pampeana SA s/ Ordinario.Vocales Heredia - Vassallo – Dieuzeide de Camara Comercial: d., 2007/02/14.

da del capital social, si los administradores no asumen el camino previsto, y los socios convocados trasladan el riesgo operativo a los acreedores, asumen responsabilidad.

Fallos que se comentaron en un reciente Congreso¹⁶⁵, aplicando la “inoponibilidad de la personalidad jurídica” configuran claramente responsabilidad de socios, en similares términos que el art. 167 in fine CCC, que dispone “*Liquidación y responsabilidades... 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*”, calificando así la previsión de la ley específica en el art. 99 LGS sobre la responsabilidad “*de los socios en su caso*”, que son sin duda los referidos en la nueva norma.

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.

II – Riesgos de dejar de lado normas imperativas

En el análisis de las normas de los arts. 94.5, 96 y 99 LGS aparece como posibilidad si hubiere daño de atribuir responsabilidad a administradores y a socios, en su caso.

Por ello deberá individualizarse a los socios que conocieron, consintieron o se beneficiaron con estos actos. La ley no hace distinción y creemos que en los tres supuestos son solidariamente responsables. Por otra parte estarán los socios que desconocieron la situación, sea porque aquellos que se beneficiaron se lo ocultaron o porque simplemente no tuvieron conocimiento, y que no pueden ser pasibles de responsabilidad. Si se aceptare que la sociedad deviene irregular, todos serían solidariamente responsables. La cuestión es la insatisfacción al tercero de una acreencia por insolvencia, o aparente insolvencia al no encontrarse bienes, de la sociedad.

¿En caso de homologación de acuerdo habiéndose constatado por el síndico en el informe general la existencia de la causal largo tiempo antes de

¹⁶⁵ El referido en la nota anterior.

la presentación declarada en los mismos balances aprobados, se mantiene la responsabilidad del art. 99 LGS? No parece que el efecto novatorio que genera homologar un acuerdo concursal alcance a la responsabilidad de administradores y/o socios. 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.

Al no existir normas claras que impidan la continuación de la empresa en crisis –la imposibilidad sobreviniente de cumplimiento del objeto social– aumentando la posibilidad de fracaso ante una prospectiva incierta, la tutela de los acreedores resulta de imputar responsabilidad de los administradores sociales, por no haber actuado debidamente, generando daño por su específica acción u omisión¹⁶⁶.

El art. 99 LGS fija criterios con “la declaración de haberse comprobado” la causal.

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 hubiere alguna demora, pues ningún daño se generó manteniéndose la garantía de los acreedores.

Correlativamente: ¿quién debe darle solución? Sin duda los socios con la opción prevista en el art. 96 LGS, incluso con la colaboración privada o concursal de los acreedores “capitalizando el pasivo” (arts. 96 y 197 LGS), también previsto en el art. 43 2º párrafo LCQ “capitalización de créditos, inclusive de acreedores laborales, en acciones o en un programa de propiedad participada...”.

Y sin duda podremos hablar de responsabilizar, conforme lo hacemos en otra comunicación.

¹⁶⁶ MIOLA, Massimo, “Il sistema del capitale sociale e le prospettive di riforma nel diritto europeo delle società di capitali”, en *Rivista delle Società*, 2005-50-1199, fasc. 6. p. 1310.