

ABUSO DEL DERECHO SOCIETARIO: ¿PUEDE CONCURSARSE UNA SOCIEDAD DECLARANDO SU INSOLVENCIA?

Efraín Hugo RICHARD

La solicitud de concurso de una sociedad, justificada en su insolvencia, debe ser rechazada. Particularmente si se acompañan balances donde se determina la pérdida del capital social.

Ello está expresamente resuelto por la Ley de Perú. Y resulta también de que el supuesto objetivo de la ley argentina es la “cesación de pagos” y no la insolvencia.

Se trataría de un verdadero abuso de derecho.

1.La insolvencia es una expresión económica que se corresponde a la causal de disolución de pérdida del capital social, en cambio la cesación de pagos importa un pasivo corriente superior al activo corriente.

2.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 en 1999 en la Ley General del Sistema Concursal n° 27809, con concordancia con la legislación societaria. Explica Dasso¹: “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 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.... 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”. Entre ambos límites (un tercio y el total) son los socios los que deben resolver la liquidación o la capitalización. Ello está dispuesto por el art. 24 de la legislación concursal.

La ley general de sociedades de Perú n° 26887, a su vez, en su art. 176 impone a los administradores ante la pérdida del 50% del capital social o ante la presunción de alcanzar tal pérdida, la convocación a la Junta de socios, y en caso de patrimonio negativo, o sea ante la pérdida del capital social igual convocatoria o la presentación concursal liquidativa. La responsabilidad de directores y gerente, de carácter solidario, está prevista en los arts. 177, 181, 190 y 191. Correlativamente la reducción del capital es obligatoria cuando la pérdida alcance el 50% y durante un ejercicio no se hubiere revertido tal situación. La capitalización del pasivo esta prevista en el art. 214, y también en la legislación concursal art. 68 con suspensión del derecho de preferencia para ser suscripto por los socios. La información anual sobre la prospectiva de los negocios esta impuesta a los administradores en el art. 222. La causal de disolución por pérdida de dos tercios del capital social está prevista en el art. 407 inc. 4, que se reduzca el capital social a menos del tercio.

En Colombia, la ley del 27.12.2006 establece el “Régimen de insolvencia empresarial”, fijando el objetivo de “reactividad empresarial” y la visión de las normas societarias como preventivas resulta del art. 10° que impone que la solicitud de

¹ Derecho Concursal Comparado, tomo II. Ed. Legis, Buenos Aires 2009.

reorganización debe presentarse con la acreditación de “No haberse vencido el plazo establecido en la ley para enervar las causales de disolución, sin haber adoptado las medidas tendientes a subsanarla”. Su Código de Comercio dispone la disolución de la sociedad en art. 201 inc. C) por “La pérdida definitiva del cincuenta por ciento (50%) del capital social, salvo que los socios repongan dicho capital o convengan en disminuirlo proporcionalmente”.

3. La pérdida del capital social impone afrontar soluciones o iniciar el proceso de liquidación, pues constituye una causal de disolución al constatarse en el balance esa situación, o antes². Se trata de las causales de inmediato conocimiento -que suelen referirse como que actúan de pleno derecho, ipso jure u ope legis, generando la responsabilidad prevista por el art.99 LSA para administradores y socios de no optarse por las soluciones que la misma ley ofrece en el art. 96 para no iniciar la liquidación de la sociedad: “En 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”. Vivante entiende a la pérdida del capital social como una causal de disolución que opera de pleno derecho³.

Cuestionamos la calificación de las causales de disolución en las que operan de pleno derecho, “ipso jure” u “ope legis”, dentro de las que se señala el vencimiento del término⁴. No nos parece una clasificación adecuada y así lo hemos sostenido⁵. Aún en la causal de vencimiento del término la sociedad podría seguir operando –otro tema es la responsabilidad si ello generara daño-. Es valiosa la clasificación entre causales imperativas y voluntarias, y en relación a las primeras las de inmediata constatación o que deben ser declaradas. Todo en vista a la sanción: la responsabilidad.

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.

No existe plazo para remover la causal (art. 96 LSA) o iniciar la liquidación, pero la responsabilidad nace en forma inmediata (art. 99 LSA), y la obligación de resarcir está ligada a la existencia de daño. Y sería un abuso al derecho societario y un fraude ante las normas imperativas de la ley específica presentar en concurso preventivo a la sociedad, intentando la reducción del pasivo por quitas, en vez del aumento del activo por reintegro o capitalización.

La conservación de la empresa estructurada societariamente es un problema de los administradores y de los socios⁶. Es una cuestión de derecho privado.

² FUSHIMI, Jorge Fernando – RICHARD, Efraín Hugo “EL BALANCE ANUAL DE LAS SOCIEDADES. CONSTATAACIONES Y EFECTOS” en *Aspectos Contables, Impositivos y Previsionales en las Sociedades y los Concursos*, publicación del Instituto Argentino de Derecho Comercial año 2013, Ed. Legis, Buenos Aires 2013 pág. 101.

³ VIVANTE, César *Tratado de Derecho Mercantil*, versión española de la quinta edición italiana corregida, aumentada y reimpresa, Ed. Reus, Madrid 1932. Volumen II “Las sociedades mercantiles”, pág. 483/5.

⁴ Sobre este aspecto nos hemos explyado en “Disolución y liquidación de sociedades” en *Derecho y principios societarios*, Ed. Tapas, Córdoba 1982, pág. 223, apuntando que en el caso los socios han deliberado y constatado la causal al aprobar el balance con el patrimonio neto neutro o negativo.

⁵ RICHARD, E.H. y MUIÑO O.M. *Derecho Societario*, 2ª edición ampliada y actualizada, Ed. Astrea, Bs. As. 2007, pág. 365 y ss..

⁶ Nto. “La conservación de la Empresa” en *Anales de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba* tomo XXV pág. 107 y ss. correspondiendo a nuestra comunicación en ocasión de recibir el Premio Academia en el año 1981; “Los administradores societarios y la insolvencia” RDCO n° 203 pág. 553 y ss., entre otros que pueden verse en la página electrónica de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba www.acaderc.org.ar. MICELLI, Maria I. “Los nuevos concordatos irrisorios. El delicado equilibrio entre la conservación de la empresa y la protección adecuada del crédito” en *Derecho Concursal Argentino e Iberoamericano*, cit., t. II pág. 631 y ss..

Respecto a la pérdida del capital social y las normas específicas de la legislación del medio técnico organizativo, la doctrina española –Emilio Beltrán en 1991- 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 –sustancialmente ello no ha cambiado pese a las posibilidades de concursarlas-. La solución con matices especiales no es muy diferente en nuestro país.

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 inicialmente desde la normativa societaria, similar en todos los países.

La acción de conservar la empresa debe estar a cargo de alguien y en el derecho societario lo es a cargo de los administradores, que deben transmitir los problemas y posibles soluciones a los socios, y estos resolver⁷. Ese examen lo debería hacer primariamente el mismo titular del patrimonio, constituyendo *el plan de negocios*. Alberti, con la profundidad de su escarpelo, subraya que “el concurso preventivo se desenvolverá incurablemente como una dialéctica solamente procedimental, destinada a cerrarse documentalmente cuando los acreedores acuerden con el insolventes vías de solución que continúan siendo principalmente, casi exclusivamente, un aplazamiento de la exigibilidad de los pagos, o una reducción de los montos a pagar... Bastaría para promover una modificación de ese desarrollo ritual de lo actualmente llamado retóricamente *solución concordataria* ... que el concursado ha de exponer un *plan* de su futura actividad económica... pues la sola utilización del remedio jurídico no curará los males empresarios”⁸.

4.Sobre la cuestión arroja luz el fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina (CS) del 20 de octubre de 2009, mediante el cual la Corte formula un *obiter dictum* sobre el punto, al acoger planteos de arbitrariedad contra la sentencia homologatoria en el concurso de “Sociedad Comercial del Plata S.A. y otros s/ concurso preventivo”, basado en la afectación del debido proceso y del derecho de propiedad, ordenando que vuelvan los autos al tribunal de origen a fin de que se dicte nuevo pronunciamiento con arreglo a lo resuelto. A través del voto de la mayoría- presenta, en torno a la propuesta de acuerdo abusiva, una concordancia con el precedente “Arcángel Maggio S.A.”⁹.

El *obiter dictum* es expresado contundentemente en un párrafo del voto mayoritario. –Es iluminada la afirmación: “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”.

⁷ RICHARD, Efraín Hugo “Los administradores societarios y la insolvencia” en SUMMA SOCIETARIA, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires 2012, t. I pág. 1449.

⁸ ALBERTI, Marcelo Edgardo *Una contribución de Efraín Hugo Richard al derecho concursal: El plan de empresa como recaudo del concurso preventivo* en “DERECHOS PATRIMONIALES” Estudios en Homenaje al Profesor Emérito Dr. Efraín Hugo Richard, citado tomo II pág. 949.//*****

⁹ BOQUIN, Gabriela y NISSEN, Ricardo Augusto Nissen “UN EJEMPLAR FALLO EN MATERIA DE TRANSPARENCIA DE LOS PROCESOS CONCURSALES”, en “El Cronista Comercial” del 21 de octubre de 2009, pág. 3.

El calificar al concurso como “última ratio preventiva que procura remediar el estado de cesación de pagos”, reconoce directamente que existen otros remedios para afrontar la crisis en forma preventiva. Atiende fundamentalmente a los recursos societarios para afrontar la crisis que registra imperativamente la ley societaria específica, confirmando nuestra tesis., por lo que el concurso aparece –cuando no se ha intentado previamente aquél- como abusivo. No debe olvidarse que una quita implica un empobrecimiento de los acreedores –como señala la Corte- y un enriquecimiento para el patrimonio social, y por ende de los accionistas– particularmente los de control-¹⁰.

Resaltando la cuestión y transfiriendo decididamente el sistema de preconcursalidad a la legislación societaria, se ha sostenido que “...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.”¹¹

5.Como señaló la jurisprudencia¹² “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”, y –eventualmente- la capitalización del pasivo. Equiparamos la pérdida del capital social a la insolvencia, correspondiendo la cesación de pagos a una situación de activo corriente insuficiente¹³.

Si fracasara la tratativa extrajudicial de esa capitalización, o la liquidación privada se considerara inviable, recién aparecería lógica la presentación en concurso, y únicamente anticipando en caso de hacerlo en concurso preventivo –para evitar el abuso- la formulación de una propuesta de la capitalización de los créditos quirografarios. 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, reafirmado en el Proyecto de Código Civil y Comercial en su art. 12 del Título Preliminar¹⁴.

La conversión de la quiebra en concurso también sería abusiva si no va unida a conductas de los órganos societarios tendientes a cumplir las normas imperativas de la ley de sociedades.

¹⁰ FUSHIMI, Jorge Fernando – RICHARD, Efraín Hugo “LA QUITA EN CONCURSOS DE SOCIEDADES Y SU TRATAMIENTO FISCAL (y algunos aspectos periféricos)” t. 1 p. 635 de los libros de los Congresos VIIIº CONGRESO ARGENTINO DE DERECHO CONCURSAL VIº CONGRESO IBEROAMERICANO DE LA INSOLVENCIA, Tucumán (R.A.) septiembre de 2012, POR UN MEJOR DERECHO CONCURSAL.

¹¹ BELTRAN SANCHEZ, Emilio La responsabilidad por las deudas sociales de administradores de sociedades anónimas y limitadas incursas en causa de disolución, en BOLAS 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”.

¹² Cám. Trabajo y Minas 4ª 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.

¹³ VEIGA, Juan C. – RICHARD, Efraín H. “NUEVA VISIÓN EN TORNO A LA HOMOLOGACIÓN DE ACUERDOS CON QUITAS EN CONCURSO DE SOCIEDADES. EL ABUSO Y EL FRAUDE”, en VIIIº CONGRESO ARGENTINO DE DERECHO CONCURSAL y VIº CONGRESO IBEROAMERICANO DE LA INSOLVENCIA, Tucumán (R.A.) septiembre de 2012 POR UN MEJOR DERECHO CONCURSAL Tomo 1 pág. 367.

¹⁴ Nto. “Insolvencia societaria en el Proyecto de Código”, en diario La Ley del 4 de marzo de 2013, pág. 1 y ss...correspondiente al tomo La Ley 2013-B.