

“El balance anual de las sociedades y sus efectos”

por Jorge Fernando Fushimi¹

PREFACIO IN MEMORIAM EFRAÍN HUGO RICHARD.

Este trabajo es una reelaboración de un trabajo que elaboramos juntos en una obra dirigida por Martín Arecha en el año 2013. Se me ocurrió que -quizás- la mejor manera de homenajear a mi (nuestro) gran maestro y mentor de la Escuela Comercialista de Córdoba, era trabajar alguna evolución de los muchos trabajos que escribimos juntos.

Conocí a Hugo Richard cuando accedí como JTP por concurso a la Cátedra de Derecho Comercial de la Facultad de Ciencias Económicas de la UNC, en una cena en casa de Laura Filippi. Además de ellos dos, estaban la titular de nuestra cátedra Susana Galán de Rodríguez Pardina y el profesor asociado, José María Rodríguez Pardina (Pepe). Así, estuvimos juntos, en aquella mesa, quienes seríamos los últimos tres titulares de esa cátedra (bajo mi titularidad, los nuevos planes de estudio y la realidad legislativa, trocaron el nombre dos veces), que fuera fundada por Mauricio Yadarola en 1935. Esperaba ver al prócer, al mito, y en esa cena entrañable, conocí al querido Hugo quien - con los años- será profesor, maestro, amigo, confidente y mentor. Mis ancestros dirían *sensei*, que no sólo hace referencia al simple docente, sino a un concepto mucho más profundo ante el cual todos se inclinan: es el líder, el maestro, el que guía, el que coordina, el que aglutina, pero sin subir a ningún podio. No quiero entrar en competencias por el mejor o más bello panegírico, tampoco quiero ventilar mis sentimientos, sólo quiero rendir homenaje a Hugo, mi *sensei*. Entre Susana, Pepe y Hugo, me abrieron todas las puertas que me permiten hacer creer que puedo aportar algo a esta prestigiosa publicación a la que su director, Héctor Osvaldo Chomer tuvo la gentileza de invitarme.

¹ Este trabajo es una evolución, actualización y mayor desarrollo de nuestro trabajo conjunto: RICHARD, Efraín Hugo; FUSHIMI, Jorge Fernando: “El Balance Anual de las Sociedades. Constataciones y Efectos” en la obra colectiva: “Aspectos Contables, Impositivos y Previsionales en las Sociedades y los Concursos”, Director: ARECHA, Martín, Págs. 101 a 123 Publicación del Instituto Argentino de Derecho Comercial. Editorial Legis Argentina SA, Buenos Aires, Abril de 2013. I.S.B.N. N° 978-987-1221-98-1.

I – LA CONTABILIDAD Y EL BALANCE

1. El rol de la contabilidad en las sociedades.

El sistema de información contable de un ente (persona individual o ente colectivo, con o sin fines de lucro), tiene por objeto rendir cuentas a quien corresponda y brindar información sobre la situación económica, financiera, patrimonial y de gestión de ese ente. Esto surge del art. 320 del Código Civil y Comercial (CCC) que obliga a todas las personas jurídicas privadas y quienes realizan una actividad económica organizada o son titulares de una empresa o establecimiento comercial, industrial, agropecuario o de servicios. Hemos celebrado esta norma, atento a su indiscutible carácter imperativo².

Múltiples y diversos son los usuarios de la información contable³, entre los que podemos citar a los propios administradores del ente, a los socios (o accionistas), los futuros o potenciales inversores, los trabajadores, el fisco, los acreedores, los clientes, los proveedores, el sistema de seguridad social, entre otros. La contabilidad, y en particular los estados contables son herramientas esenciales para la toma de decisiones por lo que su carencia implica la más absoluta incertidumbre y los cursos de acción que sobre esa incertidumbre se tomen serán decisiones, pero de ninguna manera podríamos considerarlas como racionales⁴.

² Nuestra ponencia: FUSHIMI, Jorge Fernando: “Contabilidad y Estados Contables en el Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación: Lo bueno, lo nuevo, lo malo, y lo que faltó”: en el XIII Congreso Argentino de Derecho Societario y IX Congreso de Derecho Societario y de la Empresa, organizado por la Universidad de Mendoza y la Universidad Nacional de Cuyo, Libro del Congreso: “El Derecho Societario y de la Empresa en el Nuevo Sistema del Derecho Privado”, Tomo III, Pág. 1901, I. Ed. Advocatus, Córdoba 2016.

³ Así lo expresa la resolución técnica Nº 8 de la Federación Argentina de Consejos Profesionales de Ciencias Económicas (FACPCE), expresa en su Segunda Parte, Capítulo primero, Punto A: “Dado que los interesados en la información que ofrecen los estados contables son tan numerosos y de variada gama (el estado, los diversos organismos de control, los inversores actuales y potenciales, los acreedores, los clientes y los propios administradores del ente, entre otros) existe un interés general en que los datos contenidos en dichos estados se presente adecuadamente, de modo que la información sea útil”.

⁴ La Cámara CnCom, Sala B el 19 de marzo de 2012 en la causa “Regueira, Adela Carmen c. A. Regueira y Cía. S.A. s. medida cautelar, incidente de apelación” expuso que “El balance como tal tiene importancia en cualquier empresa, y cobra especial significado en la sociedad anónima para los socios y terceros por su triple función de hacer conocer el estado patrimonial de la sociedad, asegurar la integridad del capital; dar a conocer los negocios sociales y su consecuencia, la distribución de utilidades ... Es por ello, y la indudable importancia de la aprobación de los balances, que la resolución que adopta esa decisión resulta, en principio, susceptible de suspensión cautelar...”. No obstante “tomando en consideración que mediante este pleito se encuentran cuestionados el balance y los estados contables y con el objeto de proteger eventuales derechos de terceros que pretendan contratar con el ente, teniendo en cuenta

Sobre la información condensada que se refleja en los estados contables, la resolución técnica N° 8 de la Federación Argentina de Consejos Profesionales de Ciencias Económicas (FACPCE), expresa en su Segunda Parte, Capítulo primero, Punto A, que *“los estados contables constituyen uno de los elementos más importantes para la transmisión de información económica sobre la situación y la gestión de entes públicos o privados, ya fueran estos con o sin fines de lucro”*.

Hemos sostenido en oportunidades anteriores que: *“llevar libros de contabilidad es una carga para el comerciante individual, pero representa una obligación para los administradores societarios, pues aquellos rinden cuentas de sus operaciones, y los administradores de sociedades lo hacen frente a los socios y terceros, incluso el Fisco, a través de los balances”*⁵ y también aclaramos que *“la documentación contable y la información que proporcionan los libros obligatorios (los que integran el sistema elegido por la sociedad) permiten a los administradores que actúen como buenos hombres de negocios, pues la ciencia contable ofrece ratios para demostrar la operatividad del patrimonio social, evitando la insolvencia u ofreciendo alertas sobre la inminencia de la crisis”*⁶.

Centramos dos posiciones: a) La primera es que, en materia de sociedades comerciales, el llevar y mantener un sistema de información contable

que no están en juego exclusivamente los intereses de los socios (Richard-Muñoz, “Derecho Societario” pág. 504, Ed. Astrea, 4ta. Reimpresión, año 2002), se hace necesario adoptar una solución que, sin desmedro de los derechos involucrados en la contienda, supera una situación que pueda resultar paralizante y por ende perjudicial para el interés social. De tal modo, y en el marco de lo dispuesto por el cpr. 204 se ordenará la anotación marginal de la litis en el legajo de la firma accionada ante la Inspección General de Justicia (CnCom. Sala D integrada por los Dres. Monti y Díaz Cordero in re “Maya, Antonio c/ Instituto Argentino de Diagnóstico y Tratamiento S.A. s/ medida precautoria” del 01.06.05; id. Sala E in re “Kahl Amalia Lucia c/ Degas S.A. s/ sumario” del 07.02.07). Ello bajo caución juratoria de la actora y mediante oficio a librarse en la anterior instancia”. Con esto la Cámara da una respuesta al álgido tema de la impugnación de los estados contables. Sobre el punto reafirmamos nuestra posición de que, así como en general las resoluciones asamblearias constituyen una “declaración de voluntad”, la aprobación de los estados contables y del balance se corresponden a una “declaración de verdad”, por lo que constatado en cualquier tiempo –sin plazos de caducidad- se determinara la falsedad de algún dato contenido, el balance puede ser revisado.

⁵FUSHIMI, Jorge Fernando - RICHARD, Efraín Hugo: “La certeza de la ciencia contable y la desaparición de libros de la sociedad que se presenta en concurso”. En la obra: NUEVOS APORTES AL DERECHO CONTABLE (IV Jornada Nacional de Derecho Contable), pág. 297 publicado por Instituto Autónomo de Derecho Contable (IADECO). Editorial Errepar, Bs. As. 2011.

⁶FUSHIMI, Jorge Fernando - RICHARD, Efraín Hugo: “La ciencia contable y la diligencia de los administradores societarios”. En la obra: NUEVOS APORTES AL DERECHO CONTABLE (IV Jornada Nacional de Derecho Contable), pág. 107 publicado por Instituto Autónomo de Derecho Contable (IADECO). Editorial Errepar, Bs. As. 2011.

acorde a las necesidades empresarias supera el concepto de carga que fijó la doctrina en su oportunidad para los comerciantes individuales para convertirse en una obligación autónoma y complementaria de la obligación de rendir cuentas de todo comerciante. b) La segunda posición fijada es que la obligación de llevar un sistema de información contable es inherente a la diligencia del buen hombre de negocios.

Creemos que una errónea interpretación del artículo 331 del CCC que impide a cualquier autoridad, hacer pesquisas de oficio –bajo cualquier pretexto– para inquirir si las personas llevan o no libros arreglados, ha llevado a una creencia generalizada de que la contabilidad en general y los balances en particular, son una carga que el comerciante –en este caso comerciante social– puede o no observar bajo el único riesgo de ser juzgado por los libros de la contraparte en caso de conflicto entre comerciantes. Sin embargo, desde la ley tributaria ya desde hace largo tiempo, se ha considerado que la falta de registraciones contables no sólo es un incumplimiento a los deberes formales del contribuyente (cfr. art. 39 Ley 11.683, t.o. 1998 y sus modificaciones), sino que también es un indicio legal de defraudación fiscal (art. 47 inc. d Ley 11.683, t.o. 1998 y sus modificaciones), además de haberse atribuido el fisco nacional la facultad de verificar el cumplimiento de este deber formal (arts. 33 y 35 Ley 11.683, t.o. 1998, y sus modificaciones), lo que relativizó el concepto de carga de llevar contabilidad y –aunque fuese sólo respecto del Fisco Nacional– determinó que es una verdadera obligación del contribuyente cuyo cumplimiento puede ser exigido y fiscalizado aún de oficio por el organismo tributario. Los códigos tributarios provinciales han seguido el mismo camino que la ley de procedimientos tributarios nacionales por lo que la obligación se extiende a todo el territorio nacional, aunque la facultad de exigir registraciones sólo resida en las autoridades fiscales. Nos ha resultado infructuoso el intento de hallar algún jurista que se expida en sentido contrario a lo manifestado por nosotros aquí.

Escribimos en cierta oportunidad: *“La ley de Sociedades Comerciales N° 19.550 también ha consagrado un nivel preponderante a la contabilidad entre los artículos 61 a 73 (ambos inclusive), y ha ratificado la obligación de llevar un sistema contable, incluso más complejo que el que -en líneas generales- fija el Código de Comercio. No se advierten en esta o en ninguna otra norma la*

exención de la obligatoriedad de llevar un sistema contable". A partir de esta afirmación, explicábamos que la Resolución Técnica N° 8 de la Federación Argentina de Consejos Profesionales en Ciencias Económicas -por su parte- establece la obligatoriedad de la presentación de Estados Contables en forma comparativa con el ejercicio anterior, lo que permite brindar al usuario de esa información, una importante herramienta para que, con un solo instrumento, pueda fijarse una mínima tendencia al brindar al menos dos puntos de referencia. Hoy, en virtud de las reformas introducidas por las Leyes 26.994 y 27.444, y en particular el artículo 320 del CCC, como expresábamos más arriba, la obligación es insoslayable. Más aún, el rígido sistema de secreto fiscal que protegía a la información del contribuyente que disponía el organismo fiscal nacional (DGI, AFIP, hoy ARCA) en art. 101 de la Ley 11.683, sufrió un fuerte cambio a partir de la ley N° 27.430, con respecto de los balances y estados contables de naturaleza comercial presentados por los contribuyentes o responsables, para los cuales no regirá, atento a su carácter público⁷.

Las técnicas de análisis de estados contables, permiten obtener ratios y coeficientes que van marcando el íter financiero y económico del ente que surgen de la propia información vertida por ella, lo que permite detectar tanto al órgano de administración como a cualquier otro usuario de la información contable, anticiparse a la crisis, revelando el estado de preinsolvencia o de insolvencia, momento a partir delo cual se impone adoptar las medidas necesarias para evitar perjuicios a la sociedad, los socios y los terceros.

La jurisprudencia de Córdoba, en el mismo orden de ideas, ha sostenido: *"La mentada pauta axial (refiere al art.902 Cód. Civil), comprende desde los cuidados más elementales cuyo incumplimiento puede importar culpa grave (art. 274 LSC) hasta aquellos que llevan sólo a configurar la culpa leve in abstracto (dada la remisión dispuesta por el primer dispositivo al art. 59 ibídem). Como consecuencia de ello, son susceptibles de engastar en el estándar jurídico del buen hombre de negocios, además del deber de asumir una conducta diligente, contar con idoneidad y poner los administradores toda su pericia para conservar el patrimonio social, y aún más, tratar de incrementarlo, la obligación*

⁷ Cfr. Art. 101 inc. f), Ley 11.683 y sus modificatorias, incorporado por art. 221 de la Ley N° 27.430 B.O. 29/12/2017.

de informar y dar formales cuentas de su gestión de administración (CNCom., Sala D, 25.02.1993, Loschi, Aldo L. c/ ChannelOne SA y otros, www.laleyonline.com.ar), justificando la transmisión de los bienes sociales, y confeccionando los estados contables de conformidad a lo prescripto por el ordenamiento comercial (art. 51 y 52 CCom.), de modo tal, que ello haga factible conocer con exactitud y veracidad las ganancias obtenidas, las pérdidas sufridas y la evolución del patrimonio social, es decir, la real situación económico-financiera de la sociedad...”, lo que no sucede si “...carece de los libros contables pertinentes como de documentación respaldatoria que le otorguen verosimilitud. En otras palabras, de todo lo analizado puede extraerse que los administradores procedieron indebidamente, manteniendo activa la sociedad, y a la vez que se la liquidaba de "hecho", sin al menos haber mantenido resguardo en llevar los libros contables en forma de manera que encuentre respaldo la salida de bienes, ingresos recibidos como contrapartida, o los pagos que aducen los administradores haber realizado⁸”.

Si se advirtiera ante la impugnación de la resolución de Asamblea que aprobó un balance, que el mismo tiene errores, corresponde rectificarlo en una Asamblea posterior⁹, revocando aquella decisión anterior.

En materia concursal hemos fustigado el lugar común de desaparición los libros sociales de contabilidad, conforme el trabajo en nota precedente.

DECONOMI

2. Las funciones del capital social. Cifra de retención para determinar utilidades y el mantenimiento de su función de garantía.

Pese a que la doctrina nacional, de manera reiterada ha tratado sobre la crisis del concepto del capital social¹⁰, de manera unánime se acepta que el

8 Cám 3ª. Civ.yCom de Córdoba., Sentencia N° 123 del 14 de Junio de 2011 en la causa: “Sindicatura en Laboratorio Lister S.R.L. - Quiebra Propia C/ Pujol Marcelino Javier y Otro - Acción Ordinaria - Acción De Responsabilidad - Recurso De Apelación”. - (Expte.. N°1279150/36).-

9 La Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Santa Fe, Sala Primera, el 27 de septiembre de 2012 atendió la causa “Basa Inversores S.A. c/ AMPEX S.A. sobre acción de nulidad, de daños, de remoción y de responsabilidad de los directores”

10 Podemos citar, entre otros: LE PERA, Sergio: “Sobre la futilidad de la noción de capital social” LL, T.1986-b, Pág. 972; ARAYA, Miguel C. “El Capital Social” DPyC – Sociedades, Ed. RubinzalCulzoni, Sta Fe 2003, Pág. 213; ARAYA, Miguel C. “Capital y patrimonio” JA-1996, t. IV. Pág. 676; FOURCADE, Antonio Daniel, en “El patrimonio neto en las

capital social cumple al menos tres funciones: a) Función de productividad; b) Función de garantía; c) Función de determinación de los derechos del socio. No es objeto tratar aquí sobre la validez –o no- del capital social tal como lo tenemos legislado, pero sí podemos afirmar que algunos de los cuestionamientos pueden ser subsanados a través del uso de ciertas herramientas de técnica jurídica y contable que también han generado controversias doctrinarias: nos referimos al uso de los resultados no asignados¹¹ y los aportes irrevocables a cuenta de futuros aumentos de capital.

Hoy adquiere relevancia la función de garantía del capital social.

Sin descartar referirnos a la infrapatrimonialización y a las responsabilidades que de ello resulta por la función operativa que debe tener el capital y patrimonio social, estamos tratando de rescatar la desleída función de garantía del capital social en las legislaciones societarias, configurando la causal disolutoria de pérdida del capital social, imponiendo la capitalización o liquidación, y el apartamiento de esas soluciones deviene en responsabilidades por los daños que se causaren, fundamentalmente los eventuales saldos insolutos o impago de créditos posteriores.

sociedades comerciales” Ed. Osmar D. Buyatti, Buenos Aires 1998; RAMÍREZ BOSCO, Lucas: en “Responsabilidad por infracapitalización societaria”, Ed. Hammurabi Bs.As. 2004 NISSEN, Ricardo en el prólogo a la obra de Ramírez Bosco citada; LE PERA, Sergio en prólogo a la obra “Régimen de Utilidades en las Sociedades Anónimas” de la autora CHINDEMI, Marcela H., Ed. Ad-Hoc, Bs. As. 2004. VERLY, Hernán: “Apuntes para una revisión del concepto de capital social” LL-1997-A, Pág. 756; LISDERO, Alfredo R. “Una posible solución al problema de la infracapitalización societaria” ED t.191, pág. 804; GALIMBERTI, María Blanca: “El capital social en una era de grandes cambios” DSEyC Errepar, T.IX, 1998; BOLLINI SHAW, Carlos (h): “Capital y patrimonio en las sociedades anónimas. El principio de la intangibilidad del capital social” ED-1976, T.65, Pág. 813; REINOSO, José L. “Capital social: mínimo legal y suficiente para el cumplimiento del objeto social” JA-1997. t.IV, Pág. 731; JURADO, María A. “El Capital Social y la Realidad Económica actual”, en la obra colectiva: “CUESTIONES DE DERECHO SOCIETARIO. EN HOMENAJE A HORACIO P. FARGOSI”, VÍTOLO, Daniel R. Director. Ed. Ad-Hoc. Bs. As. 2004, pág. 333; RICHARD, Efraín Hugo: “Sobre el Capital Social”, en “Jornadas Nacionales de Derecho Societario en Homenaje al Profesor Enrique M. Butty, Buenos Aires, 2007, pág. 107 y en <http://www.acader.unc.edu.ar>.-

11 FUSHIMI, Jorge Fernando – RICHARD, Efraín Hugo: “Notas sobre resultados no asignados (en torno a nuevo fallo)”, en La Ley, marzo 2010.

Un importante ensayo de Eva Holt¹² impone algunas reflexiones. Resalta la distinguida jurista uruguaya la cita de Miguel C. Araya¹³: “Esa pérdida de capital, no debe ser confundida con la insolvencia, ya que no son conceptos idénticos. La pérdida de capital social se caracteriza por la disminución del patrimonio neto, precisamente en razón de las pérdidas del ejercicio, que cuando alcanzan cierta envergadura (art. 206 LSC), imponen su reducción y si son totales, la disolución de la sociedad salvo medidas alternativas (art. 94 inc.5 LSC). Obviamente la pérdida total del capital social dispara la responsabilidad prevista en el art. 99 LSA, si no se opta por los caminos señalados en el art. 96 LSA.

Coincidimos en que es cuestionable la responsabilidad de administradores en caso de infracapitalización, y nula la de los socios salvo casos de fraude y abuso de derecho.

Por eso hemos ponemos acento en la causal de disolución de pérdida del capital social que –pese a que la particular legislación no contenga plazos para iniciar la liquidación- dispara la responsabilidad de administradores –y quizá de socios- de continuar el giro y no poder luego satisfacer el pasivo. La libertad para decidir la continuación del giro, sin capitalizar la sociedad, en la esperanza de un plan de negocios exitoso, no los libera en caso negativo de asumir el pasivo insoluto o la satisfacción de las obligaciones contraídas. En ese sentido Fourcade¹⁴ apunta que la sociedad puede continuar operando pese a la pérdida del capital social, porque puede apreciar 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 art. 99 LSA.

Obviamente que es la “insolvencia” la que dispara las acciones de responsabilidad, no siendo obligatoria –aunque si natural- la existencia de un

12 “La infracapitalización societaria en el derecho y doctrina uruguaya”, pág. 89 y ss.. del *Anuario de Derecho Comercial n° 14*, Ed. Fundación de cultura universitaria, Montevideo, marzo de 2012

13 ARAYA, Miguel C. “Debate actual sobre el capital social” en *Derecho económico empresarial. Estudios en homenaje al Dr. Héctor Alegría*, Buenos Aires 2011, tomo II págs. 1109.

14 FOURCADE, Antonio “Sociedades comerciales. Parte especial”, Ed. Advocatus, Córdoba 2001, pág. 114.

proceso liquidativo –societario o concursal- que determine la pérdida (daño), aunque la mera “desaparición” de la sociedad, rectius: de su patrimonio ejecutable, generará la legitimación activa y pasiva.

Apunta la jurista uruguaya que en ese derecho es causal de disolución la pérdida que reduzca al capital a menos del veinticinco por ciento “Lo cual no se produce de pleno derecho, arts. 159 No. 6, sino que puede ser evitada en tanto los socios resuelvan reducir o reintegrar capital, art. 160 –refiriendo a un artículo de su autoría: “Orden público en la ley No. 16.060, Montevideo 2006, pág. 33-. No obstante, la colega entiende que “ante situaciones de pérdida patrimonial de las sociedades, todos los integrantes de los órganos societarios (incluso de las reuniones o asambleas de socios o accionistas) de las mismas, estarán en el futuro alertas y serán proactivos en la búsqueda de soluciones que eviten la continuación del drenaje de recursos. Y ello por la sola existencia de las graves consecuencias que apareja dicha pérdida, según se ha expuesto precedentemente, cuando la misma pueda conducir a que en situación concursal el patrimonio neto social sea negativo”. Se verá así, en definitiva, la concordancia con nuestras opiniones.

Recordemos algunas de las normas del derecho uruguayo. La ley de sociedades dispone en su art. 159 ap. 6° que es causal de disolución por pérdidas que reduzcan el patrimonio social a una cifra inferior a la cuarta parte del capital social integrado; el art. 160 que no se disolverá si los socios reintegran total o parcialmente ese capital. Congruentemente el art. 164 determina la responsabilidad de administradores si continúan el giro en esas condiciones, sin reintegrarse el capital social, señalando que ello es sin perjuicio de la responsabilidad de los socios. Y es probable que el grupo de control que no reintegró el capital y continúe el giro se vea afectado por las previsiones del art. 189 sobre inoponibilidad de la personalidad jurídica. Otra norma coherente con el art. 159 es la reducción obligatoria del capital social si la pérdida alcanza el 50% del capital social. En cuanto al aumento del capital social se determina el derecho de preferencia de los accionistas en el art. 319, y la posibilidad de dejar de lado ese derecho en el caso de capitalización de obligaciones, conforme al art. 330. - A su vez la ley de concursos dispone su aplicabilidad en caso de insolvencia, la que determina entre otros supuestos del art. 4 en su apartado 1°

como la pérdida del capital social cuando exista un pasivo superior al activo comprobado por “normas contables adecuadas”, imponiendo a los administradores la presentación en concurso dentro de los 30 días de haberse advertido tal situación por los administradores societarios, previsto por el art. 10: “conocido o debido conocer su estado de insolvencia”.

Adviértase como la ley uruguaya recoge las interpretaciones y efectos que hemos puesto de resalto de las normas técnico contables.

Respecto a la pérdida del capital social y las normas específicas de la legislación del medio técnico organizativo, que la doctrina española –Emilio Beltrán en 1991- calificó como solución 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.

“La suficiente capitalización de la sociedad al momento de su constitución y posteriormente, durante todo el desarrollo de la actividad empresaria 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.

3. El balance anual.

En estricta técnica societaria – contable, llamamos balance general al estado de situación patrimonial¹⁵, pero el uso general de la expresión hace referencia al conjunto de estados contables que debe presentar la sociedad, es decir, el referido estado de situación patrimonial, el estado de resultados, el

15 Cfr. Art. 63 Ley 19.550 y Resolución Técnica Nº 8 FACPCE, segunda parte, Capítulo II, puntos C y D.

estado de evolución del patrimonio neto, las notas y los anexos expresados en el artículo 65 de la Ley 19.550 de sociedades comerciales y sus modificaciones (en adelante abreviaremos LSC) a los que se agrega el estado de flujo de efectivo prescripto por las resoluciones técnicas 9 y 11 de la FACPCE.

Asimismo, para favorecer la interpretación y la comparación de la información suministrada, la información se debe presentar en moneda homogénea al cierre del ejercicio y en forma comparativa con el ejercicio anterior. Esta forma de presentación de la información contable redundante en beneficio directo de todos los usuarios de la misma que, de un simple golpe de vista, puede analizar la evolución¹⁶ de los principales componentes de los estados contables y representarse mentalmente el sentido de la evolución del giro comercial y de la gestión administrativa, sin contar con que a esta información se debe adicionar

16 Un sentido no funcional del balance puede advertirse en el fallo de la CNCom, Sala D, el 10 de agosto de 2012 in re “Cicchilli, Oscar y otro c/ Quais S.A. s. medida precautoria”: “comparte la corriente jurisprudencial que sostiene que, como principio general, las decisiones asamblearias que aprueban los estados contables de un ejercicio no son susceptibles de ser suspendidas, puesto que se agotan con su resolución, sin que exista materia alguna que permita hablar de ejecución de la decisión respectiva” – con cita de profusa jurisprudencia a la que aconsejamos acceder directamente-. La primera instancia había rechazado la medida cautelar solicitada, lo que fue confirmado por la Cámara, que señaló que “el balance no es otra cosa que la descripción estática de la situación patrimonial de la sociedad en un momento determinado...-claro que esto como la otra afirmación contenido en el párrafo precedente nos merecerá una consideración- el deber de confeccionar anualmente el balance está íntimamente vinculado con el principio de solidaridad entre los ejercicios sociales, lo que significa que un balance carece de valor y de interés si no se lo compara con los balances precedentes.... De allí que para confeccionar los estados contables de determinado ejercicio se toman como punto de partida los resultados habidos en el ejercicio anterior. Ello lleva a concluir por la admisión de la suspensión cautelar en aquellos casos en que, o bien existen graves y manifiestas irregularidades que ponen en serio peligro la continuidad del giro social (extremos que ... no fueron demostrados), o bien cuando la resolución asamblearia que sirvió de antecedente se encuentra suspendida...”. Pero los ministros de la Cámara agregan algo más: “Es doctrina reiterada...para decretar la suspensión de una asamblea cuestionada se condicionan a la existencia de motivos graves y a la posibilidad de que se consumen hechos que cusen perjuicios irreparables...Los *motivos graves* que autorizarían la suspensión (LSC 252) deben meritarse en función no sólo del perjuicio que podría ocasionar a terceros, sino fundamentalmente para el interés societario... debiendo rechazarse la solicitud cautelar cuando no se han indicado y menos aún demostrado, siquiera subsidiariamente, los concretos perjuicios que *para la sociedad* se seguirían en caso de no suspender la decisión asamblearia impugnada...”. Sólo apuntaremos que los efectos de la aprobación de un balance no se agotan con su aprobación y el balance implica una proyección sobre el futuro. Particularmente por aspectos que suelen minimizarse al referirse a la función de garantía del capital social, pero imponiendo advertir que de los resultados de ese balance se derivan derechos individuales inderogables de los accionistas al dividendo, que resulta frustrado cuando en el mismo balance –sin puntos del orden del día posteriores para resolver- se incluyen “resultados no asignados”, sobre todo si se calcula sobre ellos la remuneración del directorio, y –fundamentalmente- cuando del proyecto de balance que se aprueba resulta declarada por la sociedad la existencia de una causal de disolución por pérdida del capital social (art. 94 inc.5° LSC) o cuando menos de una pérdida parcial que impone su reducción, sin aparecer punto posterior del orden del día para adoptar las soluciones que imperativamente impone la ley societaria. Ese balance luego es presentado ante un juez concursal justificando la apertura de un concurso preventivo para que los acreedores soporten la cuestión que debieron soportar los socios con el reintegro del capital si pretenden continuar operando.

la memoria (sobre la que nos explayaremos en el punto siguiente) y –de corresponder- el informe de la sindicatura o el informe del consejo de vigilancia y eventualmente la auditoría contratada por ésta, si no coexiste con la sindicatura.

Pero, el balance anual sirve para los terceros quienes –en el mejor de los casos- reciben la información contable de los últimos tres meses (como ocurre con las sociedades cotizadas, por ejemplo) y en forma usual, de manera anual para ser presentado ante el órgano de gobierno y para que éstos terceros adopten las decisiones pertinentes.

Sin embargo, no son los estados contables anuales los que sirven de tablero de control al órgano de administración, ya que no se puede aguardar 365 días para tomar conocimiento de la marcha de los negocios, o intentar acciones correctivas. Por ello es que el sistema de información contable no se limita exclusivamente al balance anual, sino que se conforma de las registraciones y los reportes parciales y estados contables que a modo de corte pueden realizarse. Debemos convenir que los sistemas informáticos actuales, tanto en materia de hardware como de software y la accesibilidad de los mismos han convertido a una tarea compleja en un reporte muy sencillo de corte a la fecha que el empresario decida. Es decir, para los terceros ajenos al ente, la herramienta para la toma de decisiones es el balance general anual, pero para los administradores, es todo el sistema de información contable el que le brinda la información útil y pertinente para la toma de decisiones en tiempo real y no de manera diferida.

Adelantándonos al desarrollo de este trabajo, debemos decir que no puede admitirse como excusa absoluta de responsabilidad que una situación que implique una crisis para la sociedad recién pudo ser advertida al concluir el ejercicio contable, al presentarse los balances, ya que ello no se ajusta a la realidad. O no debería aceptarse como pretexto de quien pretende presentarse como un leal, prudente y diligente hombre de negocios.

4. La Memoria

La memoria es una pieza clave que integra y complementa a los estados contables y es obligación impuesta al administrador el informar sobre el estado de la sociedad en que se haya operado y su juicio sobre la proyección de las operaciones y otros aspectos que se consideren necesarios para ilustrar sobre la situación presente y futura de la sociedad.

El artículo 66 LSC enumera el contenido mínimo de la Memoria, lo que implica que su contenido puede ser ampliado lo necesario. No se debería perder de vista que integra conjuntamente con los estados contables la debida rendición de cuentas de los administradores sociales a los propietarios del capital¹⁷.

Analizamos algunos de los puntos que hacen a la integridad del capital social: El inciso 1) establece que se debe informar sobre “las razones de variaciones significativas operadas en las partidas del activo y pasivo”. La expresión “variaciones significativas” podrá parecer vaga o imprecisa, sin embargo, refleja acabadamente la obligación del administrador de informar aquello que implique salir de las variaciones normales. Va de suyo que si el pasivo superara el activo la variación es evidentemente significativa y debe ser informada en la memoria. El inciso 2), por su parte, establece que debe reflejarse en la memoria una adecuada explicación sobre los gastos y ganancias

17 Menoscabando ese documento informativo, ante la falta de Memoria, en primera y segunda instancia se rechazó la pretensión de otorgar la suspensión preventiva de resoluciones asamblearias aprobando estados contables. La CNCom, Sala B, el 7 de noviembre de 2011, en “Raviele, Fernando Esteban y otros c/ Martínez, Jorge Eduardo y otros s/ Ordinario. Los actores sostenían en la apelación que las objeciones no eran meramente formales, que se carecía de Memoria y no existió explicación del Presidente en el curso de la Asamblea, y que se debe otorgar la intervención “al menos con grado de veeduría en virtud del peligro que se cierne sobre el patrimonio social”. Esta última se considera no otorgable sino en casos de excepción “a la cual puede recurrirse una vez agotadas todas las instancias para conjurar el peligro potencial”, lo que se intentó en otro juicio y “pasados casi dos años de la primer pretensión de intervención, ha podido continuar operando en el rubro en el que desarrolla sus actividades y se encuentra tramitando un concurso de acreedores homologado... que importa la existencia de un órgano sindical y de un comité de acreedores, que resultan un resorte de protección contra este tipo de accionar”. En cuanto a la “pretensión de suspender cautelarmente las decisiones asamblearias... sería también desestimada. No se advierte peligro en la demora.... Respecto de los estados contables de tres ejercicios que fueron aprobados... se señala en primer lugar que sea cual fuere el alcance y relevancia concreta que en la especie se asigne a la ausencia de la Memoria..., ese déficit no es suficiente para declarar la existencia de motivación grave que exige el art.252 LSC... analizadas las quejas de los apelantes no se advierte que se haya denunciado la existencia de datos falseados o de cuentas mal realizadas, pues sólo invoca la existencia de pérdidas o la falta de ciertos datos... Véase que los aludidos balances no parecen revelar otra cosa diferente que el real estado financiero de la sociedad y los datos negativos parecen evidenciar que no se ha ocultado la realidad del ente”. Es advertible la falta de valoración de la Memoria por parte de la judicatura societaria y concursal.

extraordinarias y su origen y de los ajustes por ganancias y gastos de ejercicios anteriores, cuando fueren significativos. La previsión es perfectamente razonable, ya que el pasivo no aumenta per sé, sin una contrapartida en aumento del activo o sin una reducción del patrimonio neto. Los rubros mencionados en el inciso 2 tienen directa influencia en los resultados, los cuales inciden directamente en el aumento o disminución del patrimonio neto. El inciso 3) también guarda estrecha relación con nuestro eje argumental al exigir que los administradores expliquen las razones por las cuales se propone la constitución de reservas, explicadas clara y circunstanciadamente. El preservar ganancias como forma de autofinanciación del ente debe ser explicitado bien sea como medida para el crecimiento, bien sea para reforzar la función de garantía del capital. El inciso 5) es clave para prevenir la crisis empresaria al establecer que los administradores deben informar sobre la estimación u orientación sobre perspectivas de las futuras operaciones. Obviamente que la ley no se refiere al futuro de la economía o del mercado (contexto en el que, en general, la sociedad comercial no influye), sino de las operaciones necesarias para el cumplimiento del objeto social y el crecimiento patrimonial del ente o su preservación. En el caso de la crisis, debería contener las operaciones económicas y financieras necesarias para superarla y poner en conocimiento de los socios el plan de empresa que los administradores prevén llevar adelante. El inciso 7) también es de nuestro interés, ya que prescribe que se deben informar los rubros y montos no mostrados en el estado de resultados — artículo 64, I, b—, por formar parte los mismos parcial o totalmente, de los costos de bienes del activo. Tradicionalmente el costo se expresa como la diferencia que surge de la existencia inicial de mercaderías (en general, comprendiendo materia prima, insumos, productos en proceso, productos semielaborados, etc) más las compras de bienes afectados a la venta y restándose la existencia final. En nuestras clases sobre impuestos explicamos que tanto la existencia inicial como las compras son datos que no pueden modificarse arbitrariamente ya que sobre ellas se informa a los organismos fiscales (la existencia inicial fue la existencia final del ejercicio anterior y las compras se informan mensualmente al liquidar el Impuesto al Valor Agregado y sin tener en cuenta otros regímenes informativos), pero —en cambio— la existencia final depende de dos factores: cantidad y precio que pueden “manipularse” de manera tal que incidan notoriamente en las

ganancias y las pérdidas y, como dijimos, las pérdidas influyen en la pérdida del capital¹⁸. Por tal motivo, informar los rubros que componen el costo es de fundamental importancia para tener una idea acabada de la composición de los resultados del ejercicio.

El artículo 64 LSC que trata sobre los estados de resultados también contiene una disposición sobre el contenido de la memoria (lo que refuerza nuestra tesis de que la enumeración del artículo 66 no es taxativa). Luego de detallar el contenido del estado de resultados expresa la norma referida que “cuando no se haga constar algunos de estos rubros, parcial o totalmente, por formar parte de los costos de bienes de cambio, bienes de uso u otros rubros del activo, deberá exponerse como información del directorio o de los administradores en la memoria”. Esto refuerza el hecho de que una de las principales causas por las cuales se produce la disminución del patrimonio neto es a través de las pérdidas.

Al generar la existencia de una persona jurídica, al recurrir a la tipología societaria, los socios deben formalizar una previsión, un plan con respecto al desenvolvimiento de la actividad para cumplir el objeto social, para determinar su dotación, no bastando simplemente determinar el capital social como cifra etérea y genérica. Los directores y administradores deben tener un proyecto, un eje conductor de evaluación del rendimiento del negocio, cuya existencia o inexistencia servirá para determinar el cumplimiento del "standard" de buen hombre de negocios en su conducta, constituyendo la *Memoria Anual* un ejemplo de esa planificación para los directores de las sociedades por acciones, tendiendo a determinar el riesgo operativo de la sociedad, la necesidad de reservas facultativas, la existencia de utilidades líquidas y realizables, que no pueden resultar de una simple comparación patrimonial, con la retención de la cifra del capital nominal y de las reservas legales.

18 Para facilitar la comprensión de los que no son profesionales en ciencias económicas. La ganancia bruta surge de restar a las ventas (de bienes o servicios), su costo. Es decir, si $Ventas - Costo = Ganancia\ bruta$, entonces significa que hay una relación inversa entre costo y ganancia bruta (ello implica que, si aumenta el costo, disminuye la ganancia y si disminuye el costo aumenta la ganancia). Por su parte, dijimos que el $Costo = Existencia\ Inicial + Compras - Existencia\ final$, lo que implica que la existencia final tiene una relación inversa con el costo y directa con la ganancia (si aumentan las existencias finales, disminuye el costo y aumenta la ganancia; o si disminuyen las existencias finales, aumenta el costo y disminuye la ganancia).

El administrador de una sociedad tiene que formalizar ese plan o mirada prospectiva, como medio para la discusión, información, explicación y control de su propia gestión¹⁹. En frecuentes oportunidades hemos podido advertir que la memoria es un relato que no se compadece para nada con lo que expresa la realidad que emerge de los estados contables y un compendio de esperanzas, sueños, anhelos y buena voluntad que lejos está de las posibles perspectivas futuras que arrojaría un estado contable proyectado partiendo de la tendencia que marcan los últimos tres estados contables anuales.

La resolución de la IGJN n° 6/2006 imponía cierto contenido a la Memoria fue rápidamente sustituida. La misma no sólo importaba formular un plan de empresa, sino una apreciación sobre la avizoración de una crisis, sensiblemente anterior al supuesto de una crisis instalada, poniendo la cuestión en manos de los socios.

La Memoria de los administradores y las notas complementarias (arts. 66 y 65, ley 19550) debe expresar las razones en torno a la determinación de reservas facultativas que excedan las legales²⁰, que permitan determinar que son razonables y corresponden a una prudente administración²¹, las causas "detalladamente expuestas" por las que se propone el pago de dividendos o la distribución de ganancias en otra forma que en efectivo, y, fundamentalmente, la estimación u orientación sobre perspectivas de las futuras operaciones²⁰, como también lo acaeció entre el cierre del balance y la confección de la memoria (art. 65 1º f, ley 19550). Las perspectivas de las futuras operaciones importan anticiparlas en su orientación y determinar el posible impacto económico y resultados de las mismas, que deben tener una vinculación directa con el plan de reservas facultativas y política de dividendos. Implica sin duda una planificación de las operaciones futuras y de su prospectiva. En todo un "plan de negocios". La fallida reforma de la ley general de sociedades intentada en el año 2019, por la comisión integrada por los Dres. Manóvil, Rovira, Ragazzi,

19 MARZAL, Antonio *Empresa y Democracia económica* Ed. Argot, Barcelona 1983.

20 Explicación clara y circunstanciada.

21 Arg. art. 70 ley 19550 que autoriza el cuestionamiento de la constitución de reservas facultativas excesivas. ²⁰ Art. 66 apartado 5, en concordancia con las notas que impone el art. 65 apartado f de la ley 19550.

Calcaterra, Liendo Arce y Liuba Lencova Besheva, en un proyectado artículo 65 (sobre la memoria), inciso 6) preveía que la misma debía informar sobre “*La política empresarial proyectada y aspectos relevantes de su planificación y financiación, con una estimación prospectiva de las operaciones en curso o a realizar*”. Esto no hacía sino reconocer la necesidad de la exteriorización y publicidad del plan de empresa y valoramos enfáticamente esta inclusión que no pudo concretarse²².

La Memoria se integra a un sistema de las relaciones de organización, imponiendo diligencia a los administradores y constituyendo un instrumento funcional para el cumplimiento del objeto social. Representa a su vez, en caso de crisis, un verdadero sistema preconcursal, al imponer avizorar y afrontar las crisis de las sociedades, en el que el contenido de la Memoria toma así su verdadero carácter, imponiendo el análisis preventivo de toda situación de crisis ajustando el rol del sistema concursal.

II – LA PREPARACIÓN DEL BALANCE Y DE LA MEMORIA.

1. La función preventiva de crisis de las normas societarias.

A lo largo del tiempo y en este mismo trabajo, hemos venido sosteniendo que la verdadera prevención de las crisis económicas y financieras empresarias no debe buscarse en la legislación concursal que –en rigor– no tiene esa función preventiva, sino en la legislación societaria. La legislación concursal sólo prevé algunas formas de soluciones que procuran evitar la quiebra, o, de no hallarse éstas, liquidar a la empresa de manera forzosa a través del mecanismo de la falencia. Las denominaciones “concurso preventivo” o “acuerdo preventivo extrajudicial”, pese a la terminología empleada no tratan sobre la prevención de la insolvencia ni de la crisis empresarial, sino sólo de la prevenir la quiebra.

²² FUSHIMI, Jorge Fernando: nuestra ponencia al XIV Congreso Argentino de Derecho Societario y X Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa, “Sobre regímenes contables en los proyectos de reforma al CCCN y LGS. Siguen los errores y unos pocos aciertos”, publicado en el Libro de Ponencias del Congreso (“Hacia Un Nuevo Derecho Societario”), editado por Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario y editorial Advocatus, Córdoba, 2019. Tomo I, Pags. 457-466.

La legislación societaria, en cambio, al tratar sobre la sociedad *in bonis*, ha previsto diversas hipótesis que permiten evitar que la empresa deba arribar a los mecanismos concursales.

Concretamente, estamos refiriéndonos a la parte de la legislación societaria que regula la pérdida del capital, y todo el plexo normativo referido a la responsabilidad del administrador societario, como así también a los instrumentos que indican el estado de crisis: los estados contables y la memoria.

La pérdida del capital social, como causal de disolución, impone iniciar el proceso de liquidación, pues actúa de pleno derecho al constatarse en el balance esa situación. Se trata de las causales de inmediata constatación, que actúan de pleno derecho, *ipso jure* u *ope legis*, generando la responsabilidad prevista por el art.99 LSA para administradores y socios. La declaración de la causal se genera al aprobar un balance con patrimonio neto neutro o negativo.

La propia ley argentina ofrece en el art. 96 el remedio para no iniciar la liquidación de la sociedad: “En caso de pérdida del capital social, la disolución no se produce si los socios acuerden su reintegro total o parcial del mismo o su aumento”. La solución es similar en el actual Código de Comercio venezolano, y de la mayoría de los países. La paradoja se plantea cuando administradores societarios, ante la crisis patrimonial, que revela la pérdida del capital social, proceden a presentar en concurso preventivo –no sería diferente la cuestión ante la apertura de un procedimiento de acuerdo preventivo extrajudicial- sin haber seguido aquel camino.

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 *obiterdictum* 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.”²³.

No ingresaremos en los aspectos centrales del fallo en torno a la arbitrariedad, la obstaculización del voto, la afectación del derecho al debido proceso, lo predatorio de la propuesta y la afectación del derecho de propiedad o a la sustracción de uno de los principales activos a través de no ejercer una suscripción preferente sobre una controlada.

El *obiterdictum* 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”.

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-²⁴.

El derecho societario contiene un verdadero sistema preconcursal y resulta paradójico que en los concursos de sociedades –en los que el informe general del síndico suele dar cuenta que llevan varios años operando en cesación de pagos, no se advierta que los administradores han gestado un plan para afrontar la crisis y sometido a los socios para eliminar causales de disolución –pérdida del capital social y/o imposibilidad sobreviniente de

23 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.

24 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”.

cumplimiento del objeto social-. Afrontar esas causales de disolución, importa una verdadera preconcursalidad privada, prevista en la legislación societaria.

La afirmación de la Corte pone en el centro de la cuestión la omisión de la “preconcursalidad societaria”, o sea el uso de las técnicas concursales o preconcursales sin intentar las previsiones que marca el derecho específico de la organización societaria, a fin de beneficiarse con quitas y esperas impuestas por las mayorías logradas –con diversas “técnicas” como la relatada en el voto de la mayoría-

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.”²⁵

2. Resultado de la preparación del balance por los administradores y la determinación de patrimonio neto neutro o negativo.

Cuando los administradores preparan el proyecto de balance advierten la existencia de patrimonio neto neutro (activo y pasivo se igualan) o negativo (el pasivo es mayor que el activo) deberían expresar en la Memoria referencias sobre ese aspecto. Los socios cuando aprueban o consideran ese balance, aunque no lo aprobaran toman conocimiento de la situación y desde ese momento la causal de disolución por pérdida del capital 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 de pérdida del capital

25 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”.

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

Atento la norma del art. 96 LSA la causal de disolución puede enervarse y, en tal sentido, Nissen sostiene que la reversión debe producirse dentro de los 60 días por aplicación analógica de lo previsto respecto a la causal de cancelación de oferta pública (inc. 9º art. 94). La reacción debería ser inmediata a la constatación documentada en la aprobación del balance. Se escuchan importantes opiniones sobre que la sociedad puede continuar operando pese a la pérdida del capital social, porque puede apreciarse revertirla con las operaciones en curso. En nuestra opinión, además de deber expresarlo en la primera Memoria –conforme el tipo social- se mantiene el riesgo de responsabilidad de administradores y socios por las nuevas operaciones conforme el art. 99 LSA, de no ser exitoso ese apartamiento de la norma imperativa, o sea enjugar las pérdidas.

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.

La reorganización societaria hace pensar en administradores diligentes que, ante la crisis, formulan un plan de negocios y lo someten a consideración de los socios para superarla, incluso con la incorporación de nuevos socios, como los casos de fusión, sin perjuicio de otras vías como es la transformación o la escisión. Nada impide esa reorganización en cuanto no esté destinada a burlar a los acreedores o perjudicar a los empleados. Los administradores como buenos hombres de negocios deben planificar e informar a los socios sobre la crisis y la viabilidad de la empresa,

Ello impone pensar si la sociedad puede concursarse si se encuentran pendientes causales de disolución que no han intentado ser afrontadas por los socios, como expresamente dispone la legislación colombiana.

La meditación que fluye es que -ante la afirmación de la Corte-, la sociedad que se concursara sin intentar los remedios societarios de bajo coste -asegurando la continuidad de la empresa y del empleo, aunque pueden comprometer parcialmente la titularidad de las participaciones sociales-, si intentara la homologación de un acuerdo de quita y espera se debería encontrar con una tacha inicial, metódica, de abusividad.

3. Reflejos de la crisis empresarial:

La crisis económica patrimonial de una sociedad, particularmente la constatación de la pérdida del capital social, configurando una causal de disolución y la imposición de responsabilidad de no solucionarla o iniciar de inmediato la liquidación, ante la resolución asamblearia aprobando un balance con patrimonio neutro o negativa, genera una serie de dilemas para los administradores -para no asumir responsabilidad-, que trataremos de apostillar.

a. En la Memoria.

La pérdida del capital social puede ocurrir por un evento catastrófico (no resultan desconocidas a uno de estos autores, por ejemplo, las pérdidas sufridas por las personas y empresas ubicadas en las zonas próximas a la ciudad de Fukushima en marzo de 2011 afectadas casi de manera simultánea no sólo por uno de los terremotos más fuerte de la historia del Japón, sino también por un tsunami y un accidente nuclear) y sabemos que no hay Memoria que pueda contemplarla²⁶. Pero, en el devenir empresario normal el capital se va consumiendo paulatinamente, a través de sucesivas pérdidas que, si no son revertidas en breve, pueden concluir en la pérdida del capital. La ley societaria argentina ha previsto diversos mecanismos tales como la reducción del capital por pérdidas (reducción voluntaria que sólo procura adecuar la cifra nominal del

²⁶ Curiosamente, ambos autores pudimos constatar que -pese a semejante hecho catastrófico y totalmente fortuito e involuntario- es posible superar la crisis, con otros recursos de planificación empresarial y lo plasmamos en nuestra ponencia conjunta: RICHARD, Efraín Hugo; FUSHIMI, Jorge Fernando: “El crowdfunding como propuesta alternativa a la quita- El caso Yagisawa Shouten Co.”, en el X Congreso Nacional de Derecho Concursal y VIII Congreso Iberoamericano de la Insolvencia, publicada en el libro de ponencias de la Jornada, Tomo II, pág. 109 a 118. Ampliamos este estudio en nuestro artículo: RICHARD, Efraín Hugo; FUSHIMI, Jorge Fernando: “La ineficiencia de la quita como financiación de la empresa concursada. Algunas propuestas”, en Doctrina Societaria y Concursal Errepar N° 373, Diciembre de 2018, Tomo XXX, Pág. 1143-1158

capital a las pérdidas acumuladas hasta el momento), la reducción obligatoria del capital cuando las pérdidas acumuladas superan a la suma de las reservas (voluntarias, estatutarias y legales) y la mitad del capital social, hasta desembocar finalmente en la causal de disolución por pérdida del capital que se produce cuando las pérdidas son mayores que todas las demás cifras “positivas” del patrimonio neto. A partir de ese momento, significa que el pasivo iguala o supera al activo social. Es una clara manifestación de la función de garantía del capital social y de tutela de los acreedores sociales.

La consideración de las pérdidas no pueden ser soslayadas en la Memoria, si bien no hay un deber específico de informarlas salvo cuando fueran extraordinarias, la realidad es que no es razonable esperar que un ente comercial refleje pérdidas y menos aún que las mismas se extiendan en el tiempo y sean de tal magnitud que impliquen la reducción obligatoria o la pérdida del capital. A partir de allí se impone no sólo explicarlas, sino también establecer el plan de empresa que implique la superación o bien detallar a los socios la necesidad de recomponer la situación patrimonial (realizando aportes, capitalizando pasivos, o reintegrando las pérdidas habidas), si así lo desean, o bien plantear la necesidad de buscar soluciones alternativas (reorganización societaria, nuevas formas de financiamiento, negocios participativos, etc). Lo que resulta inadmisibles es lo contrario, es decir, minimizar las pérdidas acumuladas, negarlas, buscar soluciones mágicas (en los casos más ingenuos) o convertir a la insolvencia en un negocio lucrativo.

Estas reflexiones, nos llevarán, en el año 2024 a emprender el estudio del sistema de Alertas Tempranas prescripto por la Directiva CE 2019/1023, que plasmaremos en nuestras ponencias al respecto, como recepción por parte de la doctrina europea de anticiparse a la crisis y evitar los fenómenos de cesación de pagos y de insolvencia²⁷.

²⁷ Nuestras ponencias conjuntas: RICHARD, Efraín Hugo; FUSHIMI, Jorge Fernando: “Reflexiones en torno a las alertas tempranas” ponencia al XII Congreso Argentino de Derecho Concursal y X Congreso Iberoamericano sobre Insolvencia, en el Libro de Ponencias del Congreso “El Derecho Concursal en el Siglo XXI” Tomo 1, Editorial D&D SRL Buenos Aires, 2024, pág. 336 a 343, y RICHARD, Efraín Hugo; FUSHIMI, Jorge Fernando: “Derecho contable argentino, alertas tempranas y reestructuración extrajudicial”, ponencia al XII Congreso Argentino de Derecho Concursal y X Congreso Iberoamericano sobre Insolvencia. Publicado en el Libro de Ponencias del Congreso “El Derecho Concursal en el Siglo XXI” Tomo 1, Editorial D&D SRL Buenos Aires, 2024, pág. 360-368.

b. En el Orden del día de la Asamblea o reunión de socios, en el dilema de cumplir la ley o exteriorizar la crisis ante el mercado.

Al confeccionar el proyecto de balance, decidiendo la convocatoria a reunión de socios, con un orden del día congruente, y ponerlo a disposición de los accionistas 15 días antes de la Asamblea, y sin perjuicio de las observaciones que se hicieren en la Memoria, los administradores enfrentan el dilema referido al iniciar este parágrafo.

Es obvio que, como hemos visto, deben informar a los socios, por el deber de lealtad y diligencia para con ellos y para con la sociedad misma, pero publicitar la situación en el edicto, abriendo las vías que prevé el art. 96 LSC, sea llamando a reintegrar, capitalizar o disponer la liquidación, como correspondería al aprobarse el balance con patrimonio neutro o negativo, podría ser una ortodoxia negativa frente al mercado y los acreedores.

No obstante, algo deberán hacer y sobre ello volveremos de inmediato.

En ese sentido es muy interesante la resolución de una Cámara Comercial Nacional que revocó la negativa de la Inspección General de Justicia de inscribir un aumento de capital en el trámite de liquidación, dirigido a solventar la totalidad de las deudas de la sociedad, ante su patrimonio negativo²⁸.

28 El fallo está referido a la apelación contra la resolución de la IGJ que “declaró irregular e ineficaz a los efectos administrativos lo resuelto como punto 2° del orden del día en las Asambleas Generales Extraordinarias de Accionistas del 09.08.09 y 11.12.10 respectivamente, denegando con ello la inscripción de los aumentos de capital y modificación del estatuto allí resueltas, motivando la sentencia de la CNCom, sala A. del 6 de febrero de 2012 en la causa “Inspección General de Justicia c/ Orígenes AFJP sobre organismos externos”. La Inspección fundó el rechazo en que la sociedad “estaría inmersa en un proceso liquidatorio conforme lo establece el art. 101 y ss. LSC. Agregó que el procedimiento de aumento de capital previsto en los arts. 188 y ss. del ordenamiento societario, conlleva la voluntad social de continuar la actividad que tiene por objeto la sociedad”. La fiscal general propició “la revocación de la resolución administrativa y la inscripción de los aumentos de capital oportunamente efectuados por los accionistas de Orígenes AFJP S.A. –en liquidación-. La sociedad apelante “Refirió que no existiría norma alguna que obste un aumento de capital en un caso como el de autos, donde la sociedad se encuentra en liquidación y no cuenta con activos suficientes para hacer frente a sus pasivos. La Cámara entendió que “lo cierto es que los accionistas de cualquier sociedad anónima en liquidación tienen derecho a provocar y realizar aumentos de capital de la sociedad destinados a llevar a cabo una liquidación ordenada y sana de la misma, previendo que los activos puedan no ser suficientes para cancelar los pasivos y evitando así una eventual quiebra de la sociedad”. Admitiendo el recurso interpuesto. Aparece totalmente congruente la actitud de los accionistas como de la judicatura, en un aspecto pocas veces asumido y tratado, que venimos sosteniendo como preconcursal.

c. LA APROBACIÓN DEL BALANCE CON PATRIMONIO NETO O NEGATIVO.

Insistimos que la resolución asamblearia o de la reunión de socios aprobando un balance anual del que resulta un patrimonio neutro o negativo, configura la declaración del órgano de gobierno societario de la existencia de la causal de disolución de la sociedad, prevista en el art. 94 inc. 5° LSC. Se trata de una declaración de verdad, imputable al órgano de gobierno de la sociedad que, tácita pero indubitablemente, declara constatada una causal de disolución, generando los efectos previstos por la ley.

No se trata simplemente de un proyecto de balance, sino de un acto jurídico imputable a la sociedad, con los efectos consiguientes.

Y ellos imponen la liquidación de la sociedad (arts. 101 y ss. LSC), y en el caso de continuar el giro generando la responsabilidad solidaria indubitable de los administradores prevista por el art. 99 LSC, respecto de terceros y los socios, con una manifestación genérica respecto a la responsabilidad de éstos “sin perjuicio de la responsabilidad de éstos”, que abre tema para el análisis, como en la última jurisprudencia referida.

A ese camino y esa responsabilidad el art. 96 LSC da una vía de solución “la disolución no se produce si los socios acuerdan su reintegro total o parcial del mismo o su aumento”.

El reintegro impone su consideración en el orden del día y es una forma de confesión de la pérdida del capital social. El aumento de capital sería un llamado neutro, pero tanto aquel como éste abren la posibilidad de receso²⁹, sin bien sin duda con resultado neutro, simplemente liberatorio de la obligación de reintegrar. Quizá, como lo hemos sostenido³⁰, la capitalización de deuda podría ser la solución fiscal y socialmente más interesante.

29 DASSO, Ariel A *Tratado del Derecho de Separación o Receso del Socio y del Accionista*, Ed. Legis, Buenos Aires 2012, pág. 193 y ss..

30 FUSHIMI – RICHARD “La quita en concursos...” cit..

d – SOBRE LAS CONDUCTAS A SEGUIR PARA EVITAR RESPONSABILIDAD ANTE EL BALANCE CON PATRIMONIO NEUTRO O NEGATIVO.

En orden al dilema que hemos planteado, pongámonos en las diversas conductas que podrían asumir los administradores en la convocatoria a Asamblea cuando presentan un proyecto de balance del que resulta patrimonio neutro o negativo.

d1. Ni Memoria ni Orden del día contienen provisiones sobre la pérdida del capital.

Aprobado el balance del que resulta confesada la pérdida del capital social deberán actuar congruentemente para evitar responsabilidad. Se suele señalar que el plazo sería de 60 días para cumplimentar lo dispuesto por el art. 96 o iniciar la liquidación, por analogía con el plazo previsto para atender la causal de disolución del inc. 9º del art. 94. No lo descartamos, pero si en el interín se agravara la situación generando daño a acreedores –p.ej. toma de deuda o disminución del activo, no se relevarán de responsabilidad-.

La situación sería similar, pese a exteriorizarse una mayor diligencia en el caso de que la Asamblea que aprueba el balance deficitario llame a nueva asamblea para considerar la situación, los riesgos de la previsión del art. 99LSC serían similares.

Se ha sostenido la posibilidad de la continuidad del giro social sin mención alguna. No tenemos duda de esa posibilidad, pero debe quedar en claro que se trata de libertad bajo responsabilidad. Si el giro social es exitoso y las ganancias enjugan dicha pérdida no habría existido daño. Pero si ello no es así, la responsabilidad de administradores y de socios de control que hayan apoyado esa solución será indubitable ante los acreedores.

d2. La correcta mención en el orden del día del reintegro del capital o liquidación

sería una publicitación del estado patrimonial.

A ello nos hemos referido negativamente por razones pragmáticas. Una solución sería el llamado a aumento de capital en el orden del día.

Ello llevaría a que aprobado el balance con la pérdida del capital social, fueran los socios, en forma inmediata, los que resolvieran la capitalización para evitar responsabilidad.

La capitalización de aportes irrevocables formalizados con anterioridad o en el acto puede ser una solución para la sociedad, pero ello puede generar un cuestionamiento por afectar el derecho de suscripción preferente. La solución sería que los aportes irrevocables fueran aceptados bajo condición resolutoria de que alguno de los socios hiciera uso del derecho de suscripción preferente y acrecer, en cuyo caso se cancelaría con esa suscripción el aporte irrevocable devolviendo el equilibrio entre el interés social a capitalizar y el derecho de suscripción preferente aparentemente preterido. Recuérdese que la afectación del derecho de suscripción preferente, de no ser posible cancelar la emisión, deriva en una indemnización por el triple.

d3. Otra solución más equilibrada

Una solución más equilibrada sería llamar al Aumento del capital social por capitalización de pasivo, previsto en el art. 197 LSC, evita que los socios tengan que reintegrar el capital. La suspensión del derecho de suscripción preferente puede condicionarse a que los socios no asuman directamente el pago de esas deudas, liberando a la sociedad.

d4. En caso de asamblea unánime.

Obviamente que si estuvieran presentes todos los socios –asamblea unánime-, aún sin punto del orden del día a tratar, y particularmente cuando se constatare la pérdida del capital social, podrían de común acuerdo adoptar las opciones del art. 96 LSC, incluso autorizar la capitalización de pasivos (previsto en el art. 197 LSC), siempre sujeto a que los titulares de esos créditos aceptaren esa modalidad cancelatoria.

III – MEDITACIONES FINALES.

Hemos resaltado el rol de la documentación contable, particularmente el balance en la vida de las sociedades, con un efecto interdisciplinario para la buena marcha de la sociedad, el contralor de terceros, incluso de la AFIP, y de las particulares circunstancias de esa documentación ante la crisis social, tratando de introducirnos en el dilema de los administradores y el equilibrio de los derechos de los socios y de terceros.

No desconocemos que las crisis empresarias tienen diversas causas, inclusive –como mencionamos- el caso fortuito o la fuerza mayor, o que pueden existir circunstancias especiales que las desencadenen de manera inesperada o imprevisible. Esas crisis no nos desvelan. Nos preocupan aquellas que pueden estar desde la génesis de la empresa (con una evidente infracapitalización sustancial) y las que se van produciendo gradualmente llevando al ente a funcionar durante largos períodos con resultados magros o negativos, incompatibles con las necesidades económicas y financieras del ente, hasta llegar a actuar con patrimonio neto negativo (pérdida del capital). Explicamos aquí que esta involución se refleja en el sistema de información contable y se hace conocer a los socios con los balances anuales, y a partir de aquí se plantea nuestra verdadera preocupación. ¿Qué deben hacer los administradores, descartando las soluciones mágicas?

Nos desvela que la falta de diligencia de los administradores se traslade de manera forzosa a los acreedores y a toda la sociedad e incluso se premie con la homologación judicial a acuerdos preventivos a todas luces perjudiciales, y que en definitiva la solución concursal termine siendo no sólo un blanqueo de prácticas reñidas con el buen gobierno societario, sino también un ejemplo a imitar por el resto de las empresas.

Nuestro desvelo no es un sistema “moral”, sino el correcto funcionamiento del sistema societario y concursal que hace al valor justicia y al valor seguridad jurídica, conceptos ambos indispensables para el buen funcionamiento del sistema capitalista.

DECONOMI

AÑO VIII – NÚMERO 25

Los efectos societarios y concursales de lo aquí expuesto son evidentes, pero si hace falta motivaran nuevos trabajos pero ya no conjuntos como prometimos originalmente.

Córdoba, Agosto de 2025.



DECONOMI