

Tempestividad concursal. Las consecuencias de la tardía presentación en concurso preventivo (Parte I)

Por Germán E. Gerbaudo¹

I. Introducción.

El concurso preventivo es un remedio concursal de reestructuración que tiene por objeto remover el estado de cesación de pagos. Se procura alcanzar ese objetivo a través de un acuerdo celebrado por el deudor con sus acreedores².

En este trabajo analizamos la importancia de una oportuna o tempestiva presentación concursal tanto para la protección del patrimonio del deudor, del derecho crediticio de los acreedores y para evitar la expansión de la crisis en el mercado.

La necesidad de una oportuna presentación concursal ha sido profundamente analizada desde hace muchos años por Efraín Richard³.

En este trabajo vamos a reafirmar la importancia de una oportuna presentación en concurso preventivo y discurrir sobre las consecuencias que se derivan de la falta de la misma.

II. La necesidad de la oportuna presentación concursal.

1. La existencia de un derecho societario de crisis.

Consideramos que existe un derecho societario de crisis, la resolución de la crisis de las sociedades debe buscarse primeramente con los mecanismos societarios, los cuales tienen carácter imperativo⁴. Es allí donde cumple un papel trascendental la noción de capital social y su función de garantía.

El capital social es un elemento esencial del contrato de sociedad (art. 11, inc. 4º, LGS)⁵. La noción tradicional del capital social aparece en el siglo XVII vinculada al momento del nacimiento de las sociedades por acciones. Surge como una concesión a los acreedores que con las sociedades por acciones perdieron la garantía que significaba la responsabilidad ilimitada de los socios por las deudas de la

¹ Abogado (UNR). Doctor en Derecho (UNR). Magister en Derecho Privado (UNR). Especialista en Derecho de Daños (UCA). Profesor adjunto de Derecho de la Insolvencia, Facultad de Derecho (UNR). Presidente del Instituto de Derecho Concursal (Colegio de Abogados de Rosario). Secretario Académico de Posgrado (Facultad de Derecho, UNR).

² Véase: GERBAUDO, Germán E., *Introducción al derecho concursal*, Buenos Aires, Astrea, 2018, ps. 36 a 46.

³ Entre otros trabajos del profesor de Córdoba puede consultarse: RICHARD, Efraín H., *Tempestividad en la presentación en concurso*, en Astrea, www.astrea.com.ar (consulta: 30/09/2018).

⁴ El tema es desarrollado y estudiado profundamente por Efraín Richard, véase: RICHARD, Efraín H., *Ante las crisis societarias, consultemos a la ley específica (respondiendo a un par de críticas)*, en "Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones", Buenos Aires, Abeledo Perrot, 276, p. 113; RICHARD, Efraín H., *En torno a la conservación de la empresa (insolvencia societaria y responsabilidad)*, J.A. 2014-IV, p. 18; RICHARD, Efraín H., *Concursos de sociedades. Propuestas de acuerdo con abuso o fraude a la ley*, en L.L. 2014-D, p. 1029; RICHARD, Efraín H., *Crisis societaria: integración del sistema concursal con el societario*, en "Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones", Buenos Aires, Abeledo Perrot, p. 643.

También puede consultarse: FERRERO, Luis F., *Respuestas normativas ante la pérdida de capital social*, en "Estudios de Derecho Empresario", Córdoba, Departamento de Derecho Comercial y de la Navegación, Facultad de Derecho, Universidad Nacional de Córdoba, vol 7, 2016, p. 85.

⁵ El art. 11 dispone que "El instrumento de constitución debe contener, sin perjuicio de lo establecido para ciertos tipos de sociedad: 4) el capital social, que deberá ser expresado en moneda argentina, y la mención del aporte de cada socio".

sociedad. En tal sentido, Miguel Araya sostiene que “en su lugar, aparece la noción jurídica del capital social, que viene a reemplazar, si bien modestamente, aquella garantía asegurando a los acreedores que, al menos una parte del patrimonio societario, no podría ser dispuesto libremente por los accionistas, sino que debía retenerse en la sociedad”⁶. También se sostiene que “el capital social fue concebido como contrapartida necesaria de la limitación de responsabilidad que caracteriza a ciertos tipos societarios. Excluido el patrimonio personal de los socios de la prenda común de los acreedores sociales, el legislador consideró necesaria la formación y el mantenimiento de un "colchón" de capital indisponible por los socios, en garantía de los legítimos intereses de dichos acreedores”⁷. Se señala que “representa así el monto que se escinde del patrimonio de los constituyentes para generar el nuevo sujeto de derecho”⁸.

De este modo aparece la denominada función de garantía del capital social, que algunos señalan que es su función más importante⁹. Según Ricardo Nissen esta función “consiste en garantizar, a quienes contratan con la sociedad, que ésta contará -como mínimo- con el monto del capital social para afrontar sus compromisos”¹⁰.

El capital social figura en el pasivo de la sociedad. Ello es así no porque constituya un débito de la sociedad hacia los accionistas, sino porque constituye la garantía ofrecida por la sociedad para con los terceros. Opera como una “cifra de retención”¹¹ o una “cifra de responsabilidad en relación a terceros”¹².

El carácter imperativo del capital social cobra mayor vigor en las sociedades por acciones. Ello es así dado que en estas sociedades “existe un particular interés en la protección de los acreedores sociales frente a las consecuencias de la responsabilidad limitada de los socios”¹³.

2. La pérdida de capital social como señal de alarma pre-concursal.

Empieza a considerarse que la pérdida de capital social funciona como una alarma pre-concursal¹⁴. En este sentido, encontramos al derecho concursal y societario español que responsabilizan a los administradores ante la inacción frente a la pérdida de capital social.

⁶ ARAYA, Miguel, *Debate actual sobre el capital social*, en “Derecho económico empresarial. Estudios en homenaje al Dr. Héctor Alegría”, Farhi, Diana-Gebhardt, Marcelo (Coord.), La Ley, Buenos Aires, t. II, 2011, p. 1079.

⁷ MANÓVIL, Ezequiel, *El capital social en las Sociedades Anónimas. Un análisis económico*, en L.L. 2010-A, p. 585.

⁸ RICHARD, Efraín H. y MUIÑO, Orlando, *Derecho societario*, 1º ed., 1º reimp., Astrea, Buenos Aires, 1998, p. 417.

⁹ ROVIRA, Alfredo., *Empresa en crisis*, Astrea, Buenos Aires, 2005, p. 379.

¹⁰ NISSEN, Ricardo A., *Control externo de sociedades comerciales*, Astrea, Buenos Aires, 2008, p. 175.

¹¹ ROVIRA, A., op. cit., p. 379; VERÓN, Alberto, *Sociedades comerciales*, 2ª ed., Astrea, Buenos Aires, 2007, p. 644; GARRONE, José, *Derecho comercial*, 2ª ed., Abeledo Perrot, Buenos Aires, t. I, 2008, p. 340; NISSEN, Ricardo, *Ley de sociedades comerciales*, 3ª ed., Astrea, Buenos Aires, t. I, 2010, p. 913; FARINA, Juan M., *Derecho de las sociedades comerciales*, Astrea, Buenos Aires, t. 2, 2011, p. 744; FERNÁNDEZ ANDREANI, Patricia, *Cooperativa prestadoras de servicios públicos*, Astrea, Buenos Aires, 2017, p. 416.

¹² ESCUTI, Ignacio, RICHARD, Efraín y ROMERO, José, *Manual de derecho societario*, Astrea, Buenos Aires, 1983, p. 54.

¹³ PAOLANTONIO, Martín, LEGÓN, Pablo, CORNES SANGIAO, Santiago, *capítulo IX “Sociedad Anónima”*, en “Sociedades” Gebhardt, Marcelo –Director-; Romero, Miguel Álvaro –Coord.-, Astrea, Buenos Aires, 2016, p. 271.

¹⁴ ROVIRA, A., op. cit., p. 344; GEBHARDT, Marcelo, *Prevención de la insolvencia*, Astrea, Buenos Aires, 2009, ps. 50 y 51; DOBSON, Juan I., *Interés societario*, Astrea, Buenos Aires, 2010, p. 351.

En tal sentido, cuando la sociedad empieza a tener pérdidas de capital graves o cualificadas, los administradores deben convocar a la junta de accionistas en el plazo de dos meses, a fin de dar a conocer la disminución del patrimonio neto y proponer medidas adecuadas para superar la situación de desequilibrio. La omisión de la obligación de la convocatoria o su fracaso habilitan a cualquier interesado a pedir la disolución de la sociedad e impone a los administradores el deber de pedirla judicialmente. No obstante, este sistema se garantiza con una grave sanción a los administradores que incumplen con estos mecanismos dado que responderán personal y solidariamente por las obligaciones sociales.

Marcelo Gebhardt correctamente sostiene que “el régimen sumariamente descripto ha sido calificado por la doctrina mayoritaria como preconcursal, entendiendo que las pérdidas graves constituyen una señal de alarma que debe alentar a los administradores a enfrentar una situación de desequilibrio patrimonial próximo a la insolvencia”¹⁵.

3. Los mecanismos societarios y la intervención concursal subsidiaria.

La correcta utilización de los mecanismos societarios en la prevención de la insolvencia determina que el derecho concursal se presente con un carácter subsidiario.

De este modo el ordenamiento societario nos suministra mecanismos de prevención de la insolvencia. Se trata de una solución interna o solución societaria de bajo costo de transacción –es un costo muy inferior al proceso concursal-¹⁶.

En este sentido, Efraín H. Richard sostiene que “debemos pensar y generar un derecho de crisis, que partiendo de la norma organización societaria permita anticiparse a la insolvencia por las normas imperativas de la ley societaria, permitiendo la intervención concursal subsidiaria”¹⁷.

¹⁵ GEBHARDT, M., op. cit., p. 51.

¹⁶ Véase: RICHARD, Efraín H., *Crisis societarias: visiones encontradas: la societaria y la concursal*, en “Revista de la Facultad”, Córdoba, Universidad Nacional de Córdoba, 2011-2, p. 1.

¹⁷ RICHARD, Efraín H., *El derecho en el siglo XXI (la visión de un comercialista)*, en “Revista de la Facultad”, Córdoba, Universidad Nacional de Córdoba, 2014-2, p. 29.