

LA INSOLVENCIA SOCIETARIA

por Efraín Hugo RICHARD¹

Córdoba, setiembre de 1998, trabajo para la Carrera de Postgrado de Derecho de Daños, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional del Litoral (año 1999).

1. INTRODUCCION.

El incumplimiento responde, normalmente, a una decisión meditada del incumplidor que transfiere a su acreedor, no satisfaciendo su acreencia, la posibilidad que su empresa siga en marcha pese a la falta de capital o medios financieros suficientes para la continuidad de su giro. Un proceso civil es casi siempre la consecuencia y el síntoma de falta de honradez, cuando no un delito más o menos disfrazado o disimulado, sostenia premonitoriamente el sociólogo Gabriel Tarde.

2. EXPLICITACION

El propietario o administrador que así opera no lo hace sólo corriendo los riesgos de empresa, propios del comercio, sino a sabiendas de la imposibilidad de cumplir las obligaciones normalmente asumidas, desde su generación.

Ese incumplimiento voluntario de ciertas obligaciones por un deudor en dificultades financieras puede llevar a la quiebra al acreedor previsor que se encontraba "in bonis". Ello resulta particularmente por la demora del sistema judicial para declarar el derecho y luego hacer efectiva la condena y, por otra parte, por un sistema concursal que no estimula la presentación temporánea del deudor en insolvencia, al haber desactivado la calificación de conducta y las acciones de responsabilidad.

La integral aplicación de las normas sobre sociedades, en realidad del sistema jurídico, debe permitir prevenir la insolvencia de las mismas e impedir la transferencia de los daños a los acreedores (²).

Esta posición la venimos sostenido hace muchos años, habiéndola reiterado ante la nueva ley concursal n° 24.522, advirtiéndose el apoyo de distinguidos juristas nacionales como

¹ Académico de número

² Sobre el punto hemos trabajado con anterioridad, p.ej. "Insolvencia societaria y responsabilidad" pág. 380 y ss. en JURISPRUDENCIA ARGENTINA libro en Commemoración de su 80º Aniversario, 1918-1998.

Julio César Otaegui, Francisco Junyent Bas, Orlando Manuel Muño, Ricardo Nissen, Ricardo Gulminelli, Rafael Manóvil, Eduardo Favier Dubois (h), entre otros.

Hemos lanzado la advertencia que existe una cierta tendencia a aplicar las normas jurídicas formalmente, en su materialidad y no en sus objetivos o funcionalidad. La cuestión acaece particularmente ante Juzgados abarrotados de trabajo, permitiendo esa constatación que el litigante incumplidor se intente beneficiar de un pseudo garantismo. Esto también se advierte en la pérdida de un sentido global del derecho, no integrando adecuadamente sus normas. Donde el punto aparece claramente es en torno a la insolvencia societaria, donde se advierte una fractura en la aplicación integral de las normas de derecho societario, y del derecho privado económico en general, frente a situaciones concursales.

Consecuentemente con ello es dable observar un aparente fracaso de las normas concursales al no resolver -con la eficacia pretendida- las cuestiones de la insolvencia, lo que se manifiesta en grandes concursos, donde siempre se encuentra como sujeto a sociedades, cuando no a un grupo de sociedades.

Nuestro criterio es que ello ocurre por otorgarse una preeminencia formal a las normas concursales, que son meramente ordenadoras de la concurrencia, sobre la aplicación de las normas societarias que tienen en sí mismas, o en su congruencia con el sistema normativo general, respuestas preventivas.

3. LAS SOLUCIONES PRE O CONCURSALES.

Un punto central de preocupación es la presentación temporánea en concurso ante el estado de cesación de pagos para prevenir y estar en mejores condiciones de corregir la situación económica que da lugar al inicio del desastre en expansión. Este es un objetivo de toda legislación concursal, coforme lo señala uniformemente la opinión doctrinal.

Los loables fines de dar soluciones lo más inmediatas posibles ante la dificultad económica de un deudor, asegurar la concurrencia de todos los acreedores a un proceso único y agilizar los trámites es observable en el proyecto de sistema concursal uruguayo, incluso con medidas inéditas, e inexistentes en la legislación concursal argentina que ha desactivado las sanciones en tal sentido.

El problema debe ser la anticipación con la que se intente afrontar la crisis, conforme el bien a tutelar. La experiencia permite determinar que los concursos se abren tarde, que normalmente ya se ha destruído mucha riqueza, que la concursada agotó sus medios normales e incluso los extraordinarios, para subsistir en una dificultad económica o financiera generalizada. Y se advierte también que afectó a terceros, a través de la fuerza expansiva destructora de los incumplimientos, que a su vez generan incumplimientos en cadena en empresas que hoy trabajan siempre ajustadas y con vencimientos "calzados".

Formalmente podría sostenerse que el estado de cesación de pagos sólo será observado por los administradores cuando se practique el balance anual. Pero eso es una falsedad, el administrador moderno tiene información inmediata,"on line" -por los medios informáticos disponibles- de la situación de la empresa y pesa sobre ellos una obligación de programar hacia el futuro, no de esperar los resultados estáticos del pasado.

Se trata de tomar conciencia e insistir que la empresa esta normalmente organizada como sociedad y dentro de la regulación de estos centros imputativos debe encontrarse la solución, no en el sistema concursal que implica una simplificación de procedimientos.

4. LA APARENTE DESESTIMULACION DE LAS ACCIONES DE RESPONSABILIDAD.

Las dificultades esenciales en torno a los magros resultados prácticos que arrojan los procedimientos concursales, resultan de la falta de sanción por la no presentación temporánea de los deudores. La calificación de conducta parece insuficiente, y ese trámite ha sido removido en el sistema nacional, pero no tenemos duda que, en la mayoría de los casos una situación concursal implica una infracapitalización -o subcapitalización-, que si ha sido advertida es indudablemente una situación de dolo civil que autorizaría una acción individual de responsabilidad por los acreedores sociales posteriores a esa situación contra los administradores que siguieron operando en estado de cesación de pagos.

La cuestión debe ser resuelta en forma práctica y sencilla, advirtiéndole que los mayores daños resultan no de la presentación del deudor persona individual sino de la insolvencia societaria.

En tales supuestos, pero sin desechar apreciaciones en torno a administradores de la persona individual, debe pensarse

en el ejercicio específico de acciones de responsabilidad, individuales o sociales, contra miembros de órganos societarios, administradores y/o terceros controlantes abusivos.

Por otra parte, la cuestión debe ir unida a la convicción, que las acciones de responsabilidad, individuales o sociales pueden ejercitarse no sólo en la quiebra sino ante la presentación en concurso, y que no serían atraídas por éste al no dirigirse contra el sujeto del concurso sino contra administradores, contralores o controlantes.

Estas ideas, no controvertidas en doctrina, se vinculan a que la presentación tardía por parte de los administradores sociales habrá causado daño, que los obliga con responsabilidad frente a los acreedores -por lo menos los posteriores a cuando los administradores hayan advertido o debido advertir la insolvencia-, como hemos anticipado.

Entendemos que estas conclusiones generarían una presentación temporánea al detectarse el estado de cesación de pagos por parte de los administradores societarios, unida a conductas de planificación de la actividad que no los hicieran pasibles de responsabilidades por no haber cumplido u omitido sus deberes de lealtad y obligaciones de "buen hombre de negocios".

El análisis del punto lleva a poner énfasis en las soluciones doctrinales, jurisprudenciales y legislativas que excluyen la limitación de responsabilidad en las sociedades, eventualmente respecto a sus administradores, cuando existe un abuso del medio técnico aunque sólo sea por sobre endeudamiento, que resulta de la falta de planificación.

5. LAS OBLIGACIONES DE LOS ADMINISTRADORES.

Los administradores societarios tienen la obligación de planificar la actividad social para la consecución del objeto.

Cuando se advierten dificultades económicas o financieras en el desenvolvimiento de la actividad social, los administradores tienen la obligación de recurrir a las previsiones de la ley societaria y convocar a los socios para resolver la disolución de la sociedad, liquidándola, o el aumento de capital o la adecuación de la actividad al patrimonio disponible.

Quién no demuestra capacidad para superar sus propias dificultades, realizando un adecuado diagnóstico y proponiendo a sus socios, acreedores y/o financistas un plan razonable y

congruente para su análisis, no puede ser merecedor de ninguna de las tutelas que el derecho y la economía aconsejan para estas situaciones. No corresponderá sino extirpar lo más rápido posible de la comunidad a quién con su actuación como administrador genera incumplimientos que, como un tumor canceroso, tiende a afectar la totalidad del cuerpo social.

En este punto debemos recordar que una planificación global debe estar contenida en "la Memoria que deben anualmente configurar los administradores de las Sociedades Anónimas, para asegurar una buena administración, formalizar un análisis de los negocios concluídos y perspectiva del futuro de la empresa, para su propio gobierno y examen de los accionistas. Esa información es integrada por el Estado de Resultados (arg. Art. 64 b. 9. In fine ley 19550), y las notas complementarias (art. 65 ley 19550). - La memoria de los administradores y las notas complementarias (arts. 66 y 65 ley 19550) deben expresar las razones en torno a la determinación de reservas facultativas que exceden las legales (exlicación clara y circunstanciada), que permitan determinar que son razonables y corresponden a una prudente administración" (3)

Es que el art. 66 LSC manda (4) a cumplir a los administradores con la obligación de "informar en la memoria sobre el estado de la sociedad". El propósito es "informar por medio de un soporte escrito".

La memoria importa una obligación de los administradores para que "los accionistas de informen adecuadamente no sólo de lo acaecido sino también de lo proyectado por la administración de la sociedad (art. 66 LSC); mediante el suyo de esa información, el socio se debe encontrar en condiciones de determinar la congruencia de lo actuado y lo proyectado para la consecución del objeto social, y determinar la posibilidad de acciones de responsabilidad (art. 59 LSC) o de impugnación (art. 251 LSC), permitiendo después juzgar si lo actuado fue en cumplimiento de lo comprometido en la memoria, ya que en virtud del principio de veracidad de ella, el apartamiento del camino comprometido permitirá una mejor apreciación sobre el ejercicio de acciones de responsabilidad por mal desempeño del cargo (art. 274 LSC)" (5).

La omisión de la Memoria implica una violación de la ley de sociedades en su art. 234 inc.1º, por cuanto comporta una falta de integración de la documentación contable obligatoria,

³ Cfme. nto. "El plan de empresa. Ética y responsabilidad del empresario" en Estudios en honor de Pedro J. Frías, tomo III pág. 1187 y ss., esp.pág. 1197, Ediciones El Copista, Córdoba 1994.

⁴ La terminología corresponde a Bernardo Carlino en "Asimetrías societarias" Editorial Universidad, Tucumán 1994 pág. 25.

⁵ Cfme. nto. "Derecho Societario" con Orlando Muiño, pág. 274, Editorial Astrea, Buenos Aires 1997, donde remitimos a nto. Trabajo "El buen hombre de negocios y el plan de empresa" en Doctrina Societaria y Concursal Errebar, abril 93 tomo V p. 337 y ss..

explícitamente mencionada en la norma, por lo que "ni la votación unánime aprobando el resto de la documentación, puede purgar el vicio, resultado impugnabile desde la convocatoria a la reunión de socios... no pudiendo descomponerse en partes cumplidas e incumplidas, ni es facultad de los administradores el ejercicio de tales opciones, pues se trata de un complejo informativo necesariamente integrado" (6).

Como recuerda Carlino (7), si bien el término MEMORIA importa terminológicamente referirse a lo acontecido en el pasado, "el pivote principal del art. 66 es el escenario futuro de las operaciones", importando un diagnóstico y un pronóstico. Así el párrafo inicial de dicha norma de la legislación societaria califica e impone un "...juicio sobre la la proyección de las operaciones y otros negocios que se consideren necesarios para ilustrar sobre la situación presente y futura de la sociedad".

Ello es adecuado a la integración de un balance que no tiene notas predictivas, pero si permite analizar el presente, con las Notas Complementarias que imponen la referencia a hechos significativos acaecidos entre el cierre de aquél y la redacción de la Memoria que, a partir de dichos documentos, impone una propuesta de acción que han de seguir los administradores sociales.

A partir de los datos ciertos del pasado puede construirse o intentar ajustar las operaciones futuras. No puede tolerarse un acto de futurización a partir de suposiciones que no tienen base en costos o producción pasada, salvo previsiones que puedan generar efectivos cambios y no meramente la remanida suposición de una "conquista del mercado" o de "baja de costos que multipliquen las ventas", de productos que no estén en condiciones de fabricar en la cantidad prevista, ni existe una posibilidad razonable de conquistar una mayor porción del mercado consumidor. Un análisis de las pasadas Memorias permitirá un juicio de valor sobre la capacidad conductiva de los administradores y la posibilidad de que hayan generado daños a la sociedad, a los accionistas y/o a terceros, justificando acciones individuales o sociales de responsabilidad.

6. LA PRESENTACION CONCURSAL. LA INSOLVENCIA. LA RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES.

La falta de Memoria o la ocultación del real estado de la sociedad suele queda vinculada a una demorada presentación en

⁶ Carlino ob. cit. pág.31.

⁷ ob. cit. pág. 33.

concurso. Ambos supuestos implican responsabilidad por parte de los administradores. Unidos se potencia esa responsabilidad.

No habría duda que un administrador societario, ante la constatación de dificultades financieras debería iniciar un análisis interno para superar la situación. Pero si no lo lograre, parece que un paso necesario sería la presentación en concurso.

La cuestión nos acerca al "presupuesto material" de la apertura de un juicio universal de concurso de acreedores o quiebra. En la República Argentina y merced a la posición doctrinaria del Prof. Dr. Mauricio Yadarola (cuyo nombre llevaba el tradicional Instituto de Derecho Comercial de la Universidad Nacional de Córdoba y expresada en el año 1941) insolvencia y cesación de pagos tenían similar significación, lo que es diferenciable en legislaciones -como la española-.

Existe una tendencia, marcada en los proyectos Rojo (español) y Olivera García (uruguayo) a recalcar el interés público que comporta que el concurso se abra en supuestos de insolvencia, evitando la actuación en ese estado, ampliando la legitimación activa para la apertura del llamado concurso preventivo no liquidatorio, habilitando la petición a instancia del acreedor o de sujetos patrimonialmente afectados, con fórmulas de estímulo, otorgando privilegios ⁽⁸⁾ a tales legitimados que provoquen esa declaración.

Eventualmente, de los propios términos de la presentación -aunque no fuere tardía-, del informe general del síndico o de otros elementos puede determinarse el incumplimiento de los deberes como administrador y autorizar la promoción de acciones de responsabilidad individual por parte de los acreedores.

El ejercicio de esas acciones puede ser consecuencia no de la mera demora en pagar, sino de los perjuicios que les genere a los acreedores la quita o espera que se les imponga en propuestas de acuerdo, aunque la misma fuera votada favorablemente.

El derecho de los acreedores también se perfila cuando el acuerdo es incumplido y ello resulta de la falta de un plan de reordenamiento o de la falacia o irrazonabilidad de ese plan que justificó el voto favorable de los acreedores.

Los precedentes son supuestos de ejercicio de acciones individuales de responsabilidad contra los administradores

⁸ Ver DASSO, Ariel Ángel en "Tendencias actuales del derecho concursal", pág. 70, Editorial Ad-Hoc, Buenos Aires 1999.

sociales, basados en el incumplimiento genérico de los presupuestos de conducta de los mismos impuestos por el art. 59 LS o por genéricos factores de atribución.

Obviamente que la responsabilidad surgirá cuando exista daño a los acreedores y el mismo permita legitimar a éstos activamente para reclamar a administradores societaris como legitimados pasivos. Se resolvió en un caso que se infligió un “daño directo al actor en tanto, encontrándose en cesación de pagos y en la búsqueda de medios ruinosos, lo convenció de que formalizará un préstamo a nombre de una sociedad que él manejaba discrecionalmente y sabía que carecía de toda solvencia, para quedarse con los fondos en provecho propio y en perjuicio del mutuante. De tal suerte se presente la situación del director que induce a la concesión de crédito a una sociedad en situación real de insolvencia que es expresamente ejemplarizada por Garríguez y Uría frente al tercero por lesión directa a su patrimonio (ver comentario a la Ley e Sociedades Anónimas t. II, Madrid 1976 página 196, capítulo Y nro. 2, último párrafo”, siendo para el juez fundamental que haya obrado a nombre de la sociedad, ya que de lo contrario, se estaría en la órbita del art. 1109 del C.Civil, sin necesidad de acudir a la normativa societaria”⁹

Deberá estarse a la antijuridicidad de la conducta de los administradores, como presupuesto de su responsabilidad, con el mismo concepto del derecho civil, en cuanto contradicción entre su conducta con el ordenamiento jurídico, o sea en el daño injusto a reparar, que se plasma específicamente en la norma del art. 59 LS..

La conducta que genera responsabilidad debe ser culposa o dolosa, en cuanto negligencia, imprudencia e impericia. El dolo implica la ejecución del acto a sabiendas y con la intención de dañar, lo que muchas veces es fácilmente advertible en el trámite concursal, por cuanto el administrador societario ha soslayado la aplicación de las previsiones de la legislación societaria, particularmente en cuanto a la insuficiencia del capital social para el cumplimiento del objeto social.

El art. 59 de la ley societaria establece las directrices de lealtad y diligencia de un buen hombre de negocios, como cartabón abstracto de apreciación de la culpabilidad del administrador societario. El artículo citado, no solo asume un parámetro abstracto, sino que, establece una auténtica responsabilidad profesional que implica capacidad técnica, experiencia y

⁹ Fallo de Primera Instancia Juez Dr. Eduardo Favier Dubois (h) en “Peacan Nazar c/ Torres Astigueta” del 16 de mayo de 1995, La Ley t. 1996 C fallo n° 94379, comentado por Alberto Conil Paz “Responsabilidad de representantes sociales y quiebra”.

conocimiento. Para apreciarla se tendrán en cuenta las circunstancias concretas del art. 512 del C. Civil, pero el criterio de comparación será la pauta ideal de la norma societaria. La directriz del art. 59 constituye un caso característico y particular de culpabilidad. Las obligaciones del administrador constituyen obligaciones de medios, pero calificadas por su severidad al responder a un patrón abstracto de conducta. Por ello, en la mayoría de los casos la culpabilidad surgirá, ante la mera infracción normativa, de la naturaleza de las cosas, habrá una imputación legal de culpa ¹⁰.

La determinación del sujeto damnificado, legitimado para accionar por la reparación, surge de identificar a quien ha sufrido el daño o perjuicio y permite la división de las acciones de responsabilidad en social o individual. En la segunda se legitima a los accionistas y terceros individualmente y no depende ningún trámite previo.

La autoplanificación se impone. Planificar es un compromiso con el futuro (¹¹). Plan de empresa es lo que puede hacerse razonablemente con el patrimonio disponible. Los DIRECTORES, ADMINISTRADORES Y FISCALIZADORES deben tener un plan, cuya existencia o inexistencia servirá para determinar el cumplimiento del "standard" de buen hombre de negocios en su conducta previsto en el art. 59 de la ley 19.550.

7. SUBTRACTO DE LA LIMITACION DE RESPONSABILIDAD EN LOS ENTES SOCIETARIOS.

La Empresa debe ser autosuficiente generando, a partir de su patrimonio y el plan o directriz de desarrollo de sus actividades, los medios para su manutención económica; esto implica la viabilidad de la empresa, de la empresa que no lleva en su destino su autodestrucción por económicamente inviable. Por otra parte la empresa viable -como señalamos- es la única que merece conservarse, sea por disposiciones concursales, pre concursales o extraconcursoales. La sociedad es la estructura técnica jurídica personalizante a disposición del empresario como instrumento "de organización". La organización no sólo supone la disponibilidad jurídica de órganos, de un sistema de imputación simplificante de las relaciones jurídicas con terceros y socios, sino la actuación coherente del órgano de administración

¹⁰ Cfme. JUNYENT BAS, Francisco "Responsabilidad civil de los administradores societarios"^{2ª}. Edición, Córdoba, Advocatus, con nuestro prólogo. En el mismo sentido MANOVIL, Rafael "Grupos de Sociedades. En el derecho comparado" edición Abeledo Perrot, Buenos Aires p- 767 y ss..

¹¹) Cfme. nto. **El plan de empresa. Etica y responsabilidad del empresario**, en Libro de Estudios en Honor de Pedro J. Frías, tomo III pág. 1187 y ss. Córdoba, Ed. El Copista, 1994.

asegurando el cumplimiento del "objeto social" como forma de manifestación de la empresa o empresas.

Los administradores de un ente personificado deben cumplir su finalidad o objeto social conforme un patrimonio suficiente disponible a tal efecto, y en caso de dificultades económicas que lo arrastren a un concurso recomponer su situación patrimonial. Frente a un CONCURSO, esta noción toma dimensión en la posibilidad de absolver el estado de cesación de pagos ⁽¹²⁾. Un juez no podría homologar un acuerdo que no previera su factibilidad en una formulación mínima en torno a la viabilidad, expresada conjuntamente o en forma inmediata a la fórmula de la quita o espera.

El incumplimiento de esos deberes fiduciarios por parte de los administradores o controlantes permite imputarles responsabilidad.

Manóvil ¹³ asienta la responsabilidad de los administradores de la controlante en los presupuestos de toda responsabilidad civil, que no son otros para ellos o para los administradores de la sociedad dominada, o independiente, cuando opera infracapitalizada materialmente y afecta los derechos de los acreedores, o de los accionistas minoritarios.

8. LA CLAVE: CAPITAL INSUFICIENTE PARA LA VIABILIDAD DE LA EMPRESA O SEA DE LA CONSECUCION DEL OBJETO SOCIAL.

Un punto concreto en cuanto a responsabilidad de administradores y controlantes en relación a la empresa, es la necesidad de mantener una dotación patrimonial suficiente para el cumplimiento del objeto social como forma de traducir jurídicamente la idea de empresa. Una dotación patrimonial insuficiente implica la existencia de una causal de disolución: "imposibilidad sobreviniente en el cumplimiento del objeto social" o sea la "inviabilidad de la empresa", fundando una causal de responsabilidad de los administradores (arts.53, 59 y 99 LS).

Se enfrenta una insuficiencia de capital cuando los socios no dotan a la sociedad de los recursos patrimoniales necesarios para llevar a cabo el objeto social. Se afirma

¹²⁾ cfme. nto. "El bien jurídico tutelado en la legislación concursal" en Revista de la Universidad Nacional de Córdoba, 1979/1980 pág. 261 y ss..

¹³⁾ En su reciente libro "Grupos de sociedades. En el derecho comparado" edición Abeledo Perrot, Buenos Aires 1998, pág. 758 entre diversas referencias que hace a la cuestión.

entonces la procedencia de la aplicación de la doctrina del levantamiento del velo¹⁴, aunque en relación a los efectos que esta puede producir hay que distinguir entre los supuestos de infracapitalización nominal y material. La primera se produce cuando los socios no dotan a la sociedad de dichos recursos, ni por la vía de un capital de responsabilidad ni por la vía de créditos otorgados por ellos mismos. Faltan, de ese modo, tanto recursos propios como ajenos. Por el contrario, se trata de infracapitalización nominal cuando la sociedad resulta dotada de los medios financieros necesarios para el desarrollo de su objeto social, pero las necesidades de fondos propios se financian con créditos provenientes de los mismos socios. Es necesario separar ambos supuestos por los diferentes efectos jurídicos a que deben dar lugar. Mientras la infracapitalización material puede justificar la exigencia de la responsabilidad de los administradores y la inoponibilidad del recurso técnico de la personalidad jurídica de la sociedad, haciendo responder personalmente a los socios.

La Comisión Nacional de Valores, superando el criterio formal de capital en la ley de sociedades, en el artículo 8.1.8.1.11 del Libro VII de Normas Compiladas por la Resolución General 290/97, incluye en el concepto de capital las primas de emisión, los aportes irrevocables y los ajustes de capital, pudiéndose pensar que dentro del mismo criterio podría ubicarse a los préstamos de los socios a la sociedad¹⁵

Si no existe precepto alguno que limite la libertad de los socios fundadores para determinar la cifra concreta de capital social, ni que establezca la obligación de éstos de establecerla de conformidad con las necesidades financieras de la empresa social, prohibiendo la infracapitalización material de la misma, ello no impide que el deber de los socios y administradores de procurar una adecuada capitalización de la sociedad esté reconocido a nivel normativo,¹⁶ aunque sea

¹⁴ Cfme. BOLDO RODA, Carmen "La desestimación de la personalidad jurídica en el derecho privado español" Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones año 30, 1997, pág. 1 y ss., en especial pág. 43.

¹⁵ Así lo hemos sostenido en diversas comunicaciones a Congresos, en los que sostenemos que tanto aportes irrevocables como tales préstamos deben ser considerados obligaciones subordinadas frente a los acreedores quirografarios, ante la insolvencia de la sociedad (ver Actas del Primer Congreso Iberoamericano de Derecho Concursal y de la Insolvencia).

¹⁶ Así lo reconoce PAZ-ARES, C., ("La infracapitalización. Una aproximación contractual," *RdS*, nº2 1994, p. 262) que parte de la premisa de que en nuestro ordenamiento se consagra __de manera implícita__ un deber de capitalización adecuada y, por tanto, la responsabilidad de los socios por infracapitalización. Para MASSAGUER, J., ("El capital nominal," *RGD*, 1990, p. 5571) en el ordenamiento jurídico español, el principio de adecuación entre la cifra de capital social y las necesidades financieras de la empresa, de congruencia con el objeto de la sociedad, se halla presente, sobre todo, en el art. 260.3º LSA, puesto que éste incluye entre las causas de disolución de la sociedad anónima la "imposibilidad manifiesta de realizar el fin social". También encuentra base legal en el art. 167 LSA que reconoce el

casi imposible fijar con criterios apriorísticos cuales son las necesidades financieras de una determinada actividad empresarial.¹⁷

La cuestión radica en saber cuáles son las posibles vías para imponer como sanción, la responsabilidad ilimitada por las deudas sociales, en los casos de incumplimiento de dicho deber de mantener la sociedad correctamente capitalizada.

Ante falta de disposición normativa existe la posibilidad de enfocar el problema de la infracapitalización desde la óptica de la *responsabilidad de los administradores*. Así se contempla en Francia, con la *action en comblement du passif*, que establece en sede concursal la sanción a la infracapitalización.¹⁸ Lo mismo sucede en Italia, por la aplicación de la acción del art 2449 del *Codice Civile*.¹⁹ Si bien en España no existen normas similares,²⁰ la aplicación del art. 262.5 de la LSA puede llevar a obtener resultados semejantes²¹.

Dentro de la doctrina argentina poco es lo que se ha trabajado al respecto, salvo algunas comunicaciones que se han formalizado a Congresos, entendiéndose que “se trata de una cuestión de responsabilidad lisa y llana de los socios, como materia interna que hace a la estructura de la entidad societaria”²².

Con ello se seguiría el "modelo italiano" de tratamiento positivo de la infracapitalización material, basado ante todo "en la función empresarial del capital social y, por tanto, en soluciones que atienden a la ineptitud del fondo patrimonial que esconde para la explotación de la empresa social y, por ello, para la realización del objeto social.”²³

derecho de oposición de los acreedores en los casos de reducción del capital social. Cfme. Boldó Roda en trabajo cit..

¹⁷Cfme. MASSAGUER, J., "El capital nominal...", op. cit., p. 5567-5570.

¹⁸Art. 180 de de la Ley 85-98 de 25 de enero de 1985 *relative au redressement et à la liquidation judiciaires des entreprises*.

¹⁹Cuando se ha continuado en la gestión social una vez acaecida la infracapitalización o la pérdida del capital social, causas de disolución contempladas en los números 2 y 4 del art. 1448 del *Codice Civile*.

²⁰Sobre esta cuestión, cfr. MASSAGUER, J., *La reintegración a la masa de los procedimientos concursales*, Barcelona, 1986, p. 168.

²¹cfme. MASSAGUER, J., "El capital nominal...", R.G.D. 1990 pág. 5571 y ss. en especial p. 5576, n.82 y 5572.

²²Cfe. MANOVIL "Grupos de Sociedades" cit. Pág. 1002.

²³Como señala OTXOA-ERRARTE, ("Comentario a la resolución de la Dirección de los Registros y del Notariado de 22 de junio de 1993. La infracapitalización," *CDC*, septiembre 1994, p. 284), también en Alemania, últimamente, parece que un sector doctrinal propuga, frente a la responsabilidad por infracapitalización material, la

El administrador deberá convocar a reunión de socios para que elimine la causa de disolución mediante el oportuno aumento del capital social o para que acuerde la disolución de la sociedad. De esta citación y de lo que se actúe en la respectiva reunión se perfilarán las conductas de administradores y socios que compongan la mayoría a fin de analizar la imputación de responsabilidad.

9. LA SUBCAPITALIZACION MATERIAL Y LA INOPONIBILIDAD DE LA PERSONALIDAD JURÍDICA.

No obstante lo afirmado precedentemente, que compartimos, sobre la innecesariedad de recurrir a la inoponibilidad de la personalidad jurídica para imputar a administradores y controlantes ante los daños generados a acreedores al haber operado no sólo sin capital suficiente sino en estado de insolvencia, formalizaremos algún comentario adicional para supuestos marginales donde no sea aplicable la teoría de la responsabilidad, sino la de la imputación al requerirse el cumplimiento del negocio y no meramente la satisfacción del daño causado.

Por ello reiteramos la preocupación que formalizamos en el I Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa, en comunicación intitulada “PERSONALIDAD Y TIPICIDAD: INOPONIBILIDAD DEL TIPO”²⁴, donde textualmente expresábamos:

“La responsabilidad no es en principio exclusiva por los daños, sino por el negocio cuestionado y los daños. Respecto al negocio no hay duda que se mantiene la responsabilidad o imputación a la sociedad, sin perjuicio que de los daños deba responder quién abuso del recurso técnico, incluso en favor de la sociedad y de los otros socios, o terceros.

“La relación cuestionada debe cumplirse y ante la imposibilidad de cumplimiento deben sufragarse los daños.

“Nuestro comentario²⁵, que se apartaron de los comentarios sobre el standard jurídico introducido en el art. 54 L.S. para ingresar en el análisis de sus efectos, no siempre

responsabilidad de los administradores que nace en los casos en que el sobreendeudamiento (*Überschuldung*) es presupuesto para la apertura de un procedimiento concursal y existe retraso por parte de los mismos en instar dicho procedimiento ante esa situación (§ 823.2 BGB y § 830 del mismo texto legal, aplicable a los socios cuando haya por su parte algún tipo de colaboración en esa actuación).

²⁴Tomo II pág. 611, en particular punto 6 a pág. 624/5.

²⁵En varias oportunidades con Moeremamans, como p. ej. en el Congreso Argentino de Derecho Comercial del año 1990 y luego en La Pampa en el año 1991, publicadas en Doctrina Societaria y Concursal de Septiembre de 1991, págs. 252 y 268.

fueron debidamente interpretados -sin duda por un defecto en nuestra comunicación-, como ocurre con Otaegui²⁶, donde entiende que en ponencia presentada en el Congreso de Derecho Comercial²⁷ sostuvimos que la responsabilidad del controlante se limita a los perjuicios causados. Lamentamos esa equivocada interpretación, generada quizá por cuanto no ingresamos a fondo en el tema.

“No obstante queremos reproducir algunos párrafos de esa ponencia conjunta “La letra del artículo 54, tercer párrafo, aparente oponerse a la tesis que sustentamos, pues literalmente pareciera prescribir que en los casos previstos por él, la consecuencia sería la “imputación directa” al socio o controlante que abusó del recurso técnico, debiendo responderse por los perjuicios causados. Tal interpretación debe, sin embargo, ser rechazada pues generaría un estado de inseguridad inaceptable, pues implicaría que no sólo el tercero pudiera pretender agredir todo el patrimonio del socio o controlante, sino que la sociedad rechazara toda legitimación pasiva que intentara imputársele por el tercero, cuando acreditare el actuar abusivo del socio o controlante. Tal conclusión debe ser dejada de lado no sólo por ese absurdo, sino también porque la propia letra de la ley limita la imputación a los perjuicios causados”. Adviértase que rechazábamos tal interpretación, para afirmar de seguido “La supuesta imputación directa implica la responsabilidad solidaria e ilimitada por los perjuicios causados, no sólo en beneficio del tercero sino también de la sociedad en resguardo de las minorías afectadas... Puede reclamar a la sociedad y al socio o controlante, sea sólo a aquella, sea sólo a estos últimos, si la prestación no pudiere ser cumplida por la sociedad (material o jurídicamente)... la totalidad de la obligación. La imputación a los socios o controlantes por “los perjuicios causados” se funda, como dijimos en el incumplimiento por parte de estos de las cargas de actuación sustancial”.

“Si bien tampoco ingresamos a fondo en la cuestión en otra Ponencia presentada en La Pampa, expresamos claramente “por medio del instituto de la inoponibilidad se produce que personas que jurídicamente aparecen como terceros -socios o controlante- se responsabilicen por las obligaciones de la sociedad ... genera una imputación conjunta”, señalando ya en las conclusiones “La imputación directa al socio o controlante llevaría a impedir que el tercero

²⁶ En “Inoponibilidad de la personalidad jurídica” en el Libro Anomalías Societarias, cuya edición dirigieramos -Advocatus, Córdoba.

²⁷ A pág. 193 de la publicación efectivizada para dicho Congreso “Inoponibilidad de la personalidad jurídica” con Moeremans.

podiera siquiera reclamar el cumplimiento del contrato en cuestión a la sociedad que en definitiva es la legitimada pasiva natural para su cumplimiento. Extremando la interpretación que cuestionamos llevaría a que la sociedad, ante el abuso de control, y reclamándole el tercero el cumplimiento del negocio y de sus consecuencias dañosas, se exceptionara sosteniendo que por imperio de la ley debe atribuirse exclusivamente al controlante (imputación directa) la relación contractual, o por lo menos a dividir la cuestión exceptionándose de satisfacer los efectos dañosos.. la imputación es extensiva... y el de la responsabilidad que tiene también el mismo efecto, o sea que es extensiva, aunque pueda ser ejercida directamente”.

“De todas formas el comentario de Otaegui es oportuno para disipar cualquier aduda, al controlante puede requerírsele todas las consecuencias del negocio y no sólo las consecuencias dañosas, aunque en principio el mismo debe ser cumplido por la sociedad.”

Hasta aquí la transcripción en lo que nos interesa, pues permitiría introducir la posibilidad de la acción de responsabilidad por infracapitalización contra los socios y controlantes, y no solamente contra los administradores. Pero la transcripción viene nuevamente a ser de utilidad en relación a un comentario similar de Manóvil al referirse a Moeremans y nosotros ²⁸ en la citada comunicación al Congreso de Derecho Comercial, manteniendo un criterio similar al que referimos de Otaegui, que formalizó en la misma ocasión que contestamos a éste último en comunicación al Primer Congreso Iberoamericano de Derecho Societario²⁹, que luce en forma inmediata a nuestras aclaraciones que subrayan igual inteligencia original, con crítica a la construcción literal de la norma, superada por la similar de la ley de sociedades uruguaya.

Ante el abuso o fraude no hay duda sobre que existe imputación aditiva a los controlantes.

La limitación de la responsabilidad de los socios se fundamenta en una dotación adecuada de capital social, y en

²⁸ Ver MANOVIL “Grupos de sociedades” cit. Pág. 1017. Sin duda por esto, éste distinguidísimo jurista y amigo, suele señalarme cordialmente, en los Congresos o paneles que integramos y refiriéndose a otros temas, que ahora ha dejado de discrepar con nosotros, ante lo que siempre le solemos contestar con una sonrisa que las discrepancias están más en su imaginación que en la realidad. Destacamos que las discrepancias son siempre constructivas y los encuentros se van produciendo con el paso del tiempo en la preocupada tarea de ver el derecho como una técnica para el mejor sostén del orden social.

²⁹ En Actas tomo II pág. 627 ¿Imputación al socio (o controlante) o responsabilidad? (A propósito del art. 54, tercer párrafo, de la Ley y como parcial réplica a una erudita ponencia)”.

que éste se preserve conforme a las normas de defensa del capital para poder hacer frente a la responsabilidad de la sociedad frente a los acreedores de la misma.³⁰ Si los socios no dotan a la sociedad del capital necesario, __"abusan de la institución del capital social"³¹ __, el privilegio de la limitación de responsabilidad de que disfrutan queda sin fundamento, y por lo tanto responderán ilimitadamente frente a los acreedores de la sociedad de las deudas de la misma. Corresponderá a los tribunales, mediante la *aplicación de la doctrina del levantamiento del velo*, decretar dicha responsabilidad ilimitada. Pero se ha advertido que se trata de un remedio excepcional al que debe recurrirse "en aquellos casos límite en que se observe que la capitalización de la sociedad es manifiestamente y sin asomo de duda desproporcionada al nivel de riesgo de la empresa programada para la explotación del objeto social."³² Siguiendo esa opinión, no será de aplicación la doctrina de la infracapitalización en favor de los acreedores financieros, sino sólo respecto de los acreedores extracontractuales y de los llamados "acreedores ignorantes" a los que no se hubiera avisado oportunamente.³³

Como hemos señalado, la eliminación del efecto del tipo en las sociedades con responsabilidad limitada, afectando a los socios por las deudas de la sociedad no requiere la afectación de la personalidad jurídica de la misma. La infracapitalización no representa tanto un abuso de la personalidad jurídica de la sociedad cuanto un incumplimiento de los presupuestos del privilegio de la responsabilidad limitada de los socios de la sociedad, sin que de ello se derive perjuicio alguno para la autonomía patrimonial e individualidad jurídica de la sociedad.

10. RUPTURA DE LA LIBRE COMPETENCIA.

Una sociedad que contrata trabajadores en negro, que no paga impuestos, que acepta empréstitos o provisiones que o no puede pagar , actúa en el mercado con condiciones

³⁰Sobre la dotación de un capital como fundamento de la responsabilidad limitada de los socios, puede verse la RDGRN española del 21 de junio de 1990.

³¹Vid. MASSAGUER, J., "El capital nominal...", op. cit., p. 5573.

³²El recurso a la doctrina del levantamiento del velo constituye, según PAZ-ARES una "vía intermedia." Cita en este punto el autor la sentencia de la Audiencia provincial de Albacete de 15 de julio de 1991 (RGD 1991, pp. 10691 y ss.), a la que critica sus deficiencias técnicas pero valora su interés por poner el acento en los problemas de información.

³³ Cfme. PAZ-ARES, "La infracapitalización, una aproximación contractual," op. cit., p. 262. Sin embargo, para MASSAGUER, J., ("El capital nominal...", op. cit., p. 5576) califica esta distinción basada en el criterio del desconocimiento o conocimiento de la infracapitalización, de poco convincente.

ventajosas frente a sus competidores, pudiendo fijar precios por debajo del costo. Pretende subsistir en el mercado y no cumplir con la legislación que teleológicamente o normativamente impide a una sociedad continuar su actividad sin los medios suficientes para ello.

Esa ruptura del sistema societario, y general, implica que los administradores no han cumplido su obligación. No se trata de acciones específicamente cuestionadas en el art. 41 de la ley 22.262 (B.O. 6.8.80) de defensa de la competencia, pero que sin duda caen dentro de la previsión del art. 1º "distorsionen la competencia", aunque no encuentren específicamente sanción en el referido artículo, a tenor del art. 3º. La práctica de operar en estado de cesación de pagos o insolvencia en el mercado lo distorsiona, y la cuestión debería ser analizada para determinar quiénes tienen interés legítimo en impedir ese estado de cosas. El punto tiene interés, como hemos referido antes, para estudiar la legitimación activa para solicitar la apertura del concurso de terceras personas que operen en estado de cesación de pagos.

La responsabilidad de los administradores por los daños que generen a los terceros por no cumplir las reglas del sistema societario en orden a las sociedades que administran resulta indubitable (args. Arts. 59 y 279 de la ley de sociedades argentina).

XI EN CONCLUSION.

Quién no demuestra capacidad para superar sus propias dificultades, realizando un adecuado diagnóstico y proponiendo a sus socios, acreedores y/o financistas un plan razonable y congruente para su análisis, no puede ser merecedor de ninguna de las tutelas que el derecho y la economía aconsejan para estas situaciones. No corresponderá sino extirpar lo más rápido posible de la comunidad a quién con su actuación genera incumplimientos que, como un tumor canceroso, tiende a afectar la totalidad del cuerpo social. El juez concursal tiene esos medios a su alcance, solo si cierra los ojos a la realidad y a una interpretación funcional de la letra de la ley las cosas seguirán como hasta ahora. El Síndico tiene la obligación de ayudarlo en esa tarea.

Los problemas concursales -o de crisis de empresa- no pueden solucionarse dentro de la legislación concursal si, al mismo tiempo, no se integra el análisis con las normas de organización de la empresa a través de la sociedad, contenidas en la ley 19.550.

