

CONFLICTOS GENERADOS POR LA INSOLVENCIA DE SOCIEDADES Y SOLUCIONES SOCIETARIAS A SUS CRISIS ECONÓMICO- FINANCIERAS-PATRIMONIALES (arts. 94.5, 96 y 99 Ley de Sociedades Comerciales)

Efraín Hugo RICHARD

Publicado en *Tratado de los Conflictos Societarios* –Director Diego Duprat- Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires 2013, tomo III pág. 2793.

I N D I C E: Preámbulo. I – Delimitación del tema: Las funciones del capital social. La función de garantía. Responsabilidad por insolvencia. II – Terminología: insolvencia, cesación de pagos, pérdida del capital social. III – La pérdida del capital social como causal de disolución. Su constatación. IV. La remediación. Art. 96. Planificación. Las modalidades de la capitalización. V – Incumplimiento. Responsabilidad. El art. 99. Interpretaciones. VI – Efecto ante las situaciones concursales. 1. El acuerdo de quita ante la pérdida del capital social. 2. Ante la homologación la responsabilidad. Novación. La extensión de la reparación. Culpa y dolo. VII – Sobre la preconcursalidad. VIII - Para meditar y actuar.

PREÁMBULO.

Pensamos en los recursos societarios para prevenir o conjurar crisis –anticipatoriamente-, a través de medidas tales como reintegro del capital o capitalización, eventual disolución, reestructuraciones, planificación, adopción de técnicas concursales, soluciones negociadas extrajudicialmente y, por supuesto su contracara, el régimen de responsabilidad de los administradores.

Antes que el concurso, existen otros mecanismos, propios de la ley y estructura societaria, que pueden ser aptos para el reordenamiento de la empresa –como posible objeto de la sociedad- y de sus relaciones. Tan ilícito es generar daño por agravar la crisis, como no tomar los recaudos que brinda la ley societaria para evitarla o, al menos, controlarla y administrarla, reglados por esta ley específica...

I – Delimitación del tema. Las funciones del capital social. La función de garantía. Responsabilidad por insolvencia.

La problemática de las crisis económico-patrimoniales de las personas es muy distinta en el caso de la persona humana, frente a la de las sociedades que tienen un régimen específico.

Se sostiene que la legislación societaria opera en el derecho comparado “como un instrumento preconcursal”¹, “tiene una función *preconcursal* o *paraconcursal*, considerando algún otro considerarla como *anticoncursal*”², y ante los estudios que tratan de rescatar esas normas, desde lo concursal se ha avanzado en las recientes reformas española e italiana³, en una compatibilización que no estamos en condiciones de juzgar.

¹ URÍA, R.; MENÉNDEZ, A. y GARCÍA de ENTERRÍA, J.” La sociedad anónima: disolución” Cap. 4, pág. 1001 en *CURSO DE DERECHO MERCANTIL* dirigido por Rodrigo URÍA y Aurelio MENÉNDEZ, Ed. Civiltas, Madrid 1999, tomo I, especialmente “Las pérdidas graves” págs. 1009 a 1013.

² DÍEZ ECHEGARAY, José Luis *Deberes y Responsabilidad de los Administradores de Sociedades de Capital*, 2006, Ed. Thomson-Aranzadi 2ª edición, Navarra. p. 387.

³ STRAMPELLI, Giovanni “Capitale sociale e struttura finanziaria nella società in crisis, en *Rivista delle Società*, anno 57, 2012, lugrio-agosto 2012, fascicolo 4, pág. 605, Ed. Giuffrè Editore, Italia 2012, donde se analiza la disposición contenida en el decreto ley del 22 de junio de 2012, n. 83, donde se impone la reconstrucción del capital social o el concurso de la sociedad, en forma similar a lo previsto en la última reforma española.

1. El estado de insolvencia de una sociedad puede verse desde dos puntos de vista: uno formal en la pérdida total o parcial del capital social, y otro funcional en la imposibilidad sobreviniente de cumplimiento del objeto social.

La crisis fundamental de las sociedades es, más que su infrapatrimonialización, la pérdida del capital social. Ello implica el mayor conflicto societario pues involucra la propia existencia de la sociedad.

La legislación societaria –que no ha sufrido las modificaciones generadas en la concursal– contiene previsiones imperativas para asumir la crisis tempestivamente y a bajo coste, sin generar daños. Ello impone planificar día a día, pero particularmente con un pulso anual, cual es la confección de la documentación contable como forma específica en que los adiestrados tienen que rendir cuentas a los socios de la marcha social, de los resultados del negocio, sus posibilidades y dificultades, particularmente en el período que se avecina.

2. Conduce a esas anticipadas conclusiones el fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina (CS) del 20 de octubre de 2009, mediante el cual formula un *obiter dictum* sobre el punto, al acoger planteos de arbitrariedad contra la sentencia homologatoria en el concurso de “Sociedad Comercial del Plata S.A. y otros s/ concurso preventivo” El *obiter dictum* es expresado contundentemente en un párrafo del voto mayoritario con la iluminada calificación que “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 así al concurso como “última ratio preventiva” reconoce la existencia de otros remedios para afrontar la crisis. Atiende sin duda a los recursos societarios que registra imperativamente la ley específica, confirmando nuestra tesis, por lo que el concurso aparece –cuando no se ha intentado previamente aquél– como abusivo⁴.

3. Resaltando la cuestión y transfiriendo decididamente el sistema de preconcursalidad a la legislación societaria, se ha sostenido que “...parece razonable pensar que la quiebra de una sociedad anónima –o limitada o comanditaria por acciones– debería convertirse en una institución residual, ya que el sistema preconcursal previsto legalmente debería ser suficiente para impedir que la sociedad llegase a ser insolvente.”⁵

4. A su vez el Presidente de la Corte, Ricardo Lorenzetti –en el caso FUNES, Alejandra Patricia c/ Clínica Modelo Los Cedros S.A. y otro”, de fecha 28 de mayo de 2008– como también en el caso Daverede– entiende, como presupuesto indispensable para la promoción de acciones de responsabilidad (e inoponibilidad) que la sociedad “manipulada” sea insolvente⁶, pues no existiría

⁴ 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*.

⁵ 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 párrafo “5. Responsabilidad de los administradores por las deudas sociales e insolvencia de la sociedad”.

⁶ La aplicabilidad del art. 54 ter de la ley 19.550 requiere –en temas de responsabilidad como señala Lorenzetti en el caso Daverede–, como presupuesto indispensable que la sociedad “manipulada” sea insolvente, ya que, sino no habría razón para aplicar el remedio, pues no se produciría una utilización abusiva de la misma, salvo supuestos de imputación. En efecto la insolvencia de la sociedad no sería necesaria en supuestos de imputación del negocio para burlar derechos de terceros o los otros supuestos previstos por la norma. La “doctrina de la penetración” o “teoría de la desestimación de la persona jurídica” puede aplicarse en derecho del trabajo cuando detrás de la persona jurídica aparente de un empleador se trata de cubrir la responsabilidad patrimonial del responsable, a través de la insolvencia de la sociedad interpuesta.... La aplicación de la “teoría de la penetración” implica, fundamentalmente, la existencia de un abuso que causa un agravio a la justicia o equidad en perjuicio de alguien, por lo que, en el caso concreto de situaciones producidas en el derecho del trabajo, es requisito indispensable que la sociedad “pantalla” del empleador real sea insolvente, ya que si no habría razón para aplicar el remedio, pues no se produciría una utilización abusiva de la misma...: CNTrab., sala VIII, mayo 29 - 989. - Aguirre, Simeón L. c.Sardelick, Antonio F.) DT, 1989-B, 1360. - El abuso de la personalidad societaria suele ocurrir cuando se intentan derivar sobre el patrimonio de entes paupérrimos los débitos provocados

razón para aplicar el remedio al no producirse una utilización abusiva de la sociedad, salvo supuestos de imputación, y no existiría el daño a resarcir pues la obligación habría sido cumplida por la sociedad, en el caso la empleadora.

Si bien el recaudo de la insolvencia lo consideramos relativo, por no exigido por la norma, para ejercer acciones de responsabilidad o la mal llamada inoponibilidad de la personalidad jurídica, resulta obvio para ciertos supuestos por razones prácticos.

5. Función del capital social.

Pese a que la doctrina nacional, de manera reiterada ha tratado sobre la crisis del concepto del capital social⁷, de manera unánime se acepta que el 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 herramientas de técnica jurídica y contable⁸.

Apuntamos en este enfoque a las previsiones en torno al rol del capital social, no en su rol funcional para asegurar el normal cumplimiento del objeto que genera la causal de disolución prevista en el art. 94 inc. 4° de la ley societaria argentina (LSA), que podría dar lugar a juicios diversos, en torno a su razonabilidad y la actuación de los administradores, sino al rol del capital en su función de garantía, o sea a la causal de disolución de pérdida del capital social, prevista en el art. 94 inc. 5° LSA.

Hoy destacaremos la relevancia de esa función de garantía del capital social.

No es igual hablar de capital social que de patrimonio de la sociedad⁹. El primero se presenta como una realidad bifronte, la estrictamente jurídica, como el conjunto de aporte de los socios y jurídica - contable, como cifra fija e invariable expresada en el pasivo. El patrimonio corresponde a la sociedad, respecto a la cual el capital sólo expresa el patrimonio en el momento constitutivo, pues en adelante los balances determinan la existencia del patrimonio, resguardado a terceros, constituyendo luego la cifra de retención en el patrimonio para determinar el reparto de

por quienes ensayaran tal maniobra, sugiriéndose así que la indagación de tal ilícito civil procederá en principio cuando exista insolvencia. CNCom. ,SALA D , marzo 23 - 984 --- Corigliano e Hijos, Domingo c. Alcofer, S. R. L. y otros) LA LEY, 1984-C, 247 - DJ, 984-4-111 - La desestimación de la personalidad jurídica de las sociedades procede, entre matriz y filial, para el caso de insolvencia; en los supuestos de confusión entre persona jurídica y física como, por ejemplo, en lo concerniente a nacionalidad, domicilio o vecindad, disimulación de la propiedad personal de bienes o modificación de su transmisión por sucesión. CNCom. ,SALA B , diciembre 6 - 982 --- De Carabassa, Isidoro c. Canale, S. A. y otra) LA LEY, 1983-B. 362 - JA, 983-II-549 - ED, 103.

⁷Entre 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. Rubinzal Culzoni, 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 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" DSEyCERrepar, 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 www.acaderc.org.ar -

⁸ FUSHIMI, Jorge Fernando en XVII JORNADAS NACIONALES DE INSTITUTOS DE DERECHO COMERCIAL, "SOBRE EL REINTEGRO DEL CAPITAL EN LAS SOCIEDADES ANÓNIMAS", en TEMA: FORMAS DE AFRONTAR LA CRISIS SOCIETARIA; ARAYA, Miguel C. "Repensar la noción de capital social" (tomo II pág. 279 II Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa, Mar del Plata 1995); PORTALE, Giuseppe B. – COSTA, Concetto "Capitale Sociale e Società per azioni sottocapitalizzate. Le nuove tendenze nei paesi europei" en obra *Il diritto delle società per azioni: problemi, esperienze, progetti* a cargo de Pietro Abbadesa y Angel Rojo, Milán Giuffrè editore 1993, pág.59 y ss.; SPOLIDORO, Marco Saverio "Il capitale sociale" en la misma obra general citada precedentemente.

⁹ La confusión entre estos dos instrumentos de la vida de la empresa, formal uno, material el otro, puede dar lugar a muchos equívocos peligrosos en la interpretación de la ley; aquél es una entidad jurídica y de cómputo... esta, una realidad concreta, esencialmente mudable, que posee el carácter de una universalidad de derecho indefinida, perteneciente al ser social. SUSSINI, Miguel *J El dividendo en las sociedades anónimas*, Bs.As. 1951 pag. 65 y ss

ganancias o dividendos, en garantía de los acreedores sociales. Cuando acaece una causal de disolución, se abre la etapa de liquidación que presupone la liquidación del patrimonio social para satisfacer las obligaciones de la misma y, de existir remanente, atribuirlo a los socios.

La cifra estatutaria que fija el capital sirve de garantía inmutable para esos terceros, imponiendo mantener el contravalor patrimonial de dicha cifra siempre por encima de aquel y durante toda la vida de la sociedad¹⁰. El capital social se presenta como una cifra permanente en la contabilidad de la sociedad que indica a aquellos con que cifra responderá el ente respecto de estos, por las deudas asumidas por la sociedad.

6. Frente a las crisis globales y nacionales, la protección o conservación de la empresa viable es un asunto de orden público.

El artículo 59 LSA expresa que "los administradores y los representantes de la sociedad deben obrar con lealtad y con la diligencia de un buen hombre de negocios. Los que faltaren a sus obligaciones son responsables, ilimitada y solidariamente, por los daños y perjuicios que resultaren de su acción u omisión". El precepto sienta una directriz que deben observar los administradores. Deben adecuar su conducta al marco legal que fija el artículo, actuando con lealtad y la diligencia de un buen hombre de negocios.

Por su parte, el artículo 274 de la LSA que regula la responsabilidad de los directores de la SA establece en su primera parte que "los directores responden ilimitada y solidariamente hacia la sociedad, los accionistas y los terceros, por el mal desempeño de su cargo, según el criterio del artículo 59, así como por la violación de la ley, el estatuto o el reglamento y por cualquier otro daño producido por dolo, abuso de facultades o culpa grave".

Nuestro objetivo es resguardar a los administradores de sociedades aconsejando adopten las medidas conducentes a solucionar la situación patrimonial de insolvencia de la sociedad o evitando que recurran abusivamente a las soluciones concursales. O sea que no omitan actuar diligentemente, porque si el patrimonio social fuere luego insuficiente podrá imputársele responsabilidad y reclamar la satisfacción del daño.

La irresponsabilidad como la base de la contratación no dolosa (arts. 902, 931 y 1072 C.C. Argentino) es que no exista una reticencia o falsa información, como que uno de los contratantes no se encuentra ya en condiciones de cumplir el contrato. En el actual contexto económico, caracterizado por la apertura y la competitividad, la confianza presenta un valor económico indudable. Como recurso productivo es acumulable, y conlleva un fuerte ahorro en los costos de transacción especialmente en situaciones caracterizadas por la información asimétrica, esto es, cuando una de las partes involucradas en un contrato no dispone de toda la información relevante acerca de las características del otro contratante¹¹.

Actuar como si nada hubiere ocurrido al constatar la pérdida del capital social, cruzando una raya roja, genera responsabilidad de haber perjudicados.

Avancemos para determinar las normas imperativas preventivas de las crisis en la sociedades, debiendo conciliar terminología sobre insolvencia, cesación de pagos, pérdida del capital social, crisis.

II – Terminología: insolvencia, cesación de pagos, pérdida del capital social.

¿De qué crisis de sociedades estamos hablando? Al margen del significado económico-jurídico de cesación de pagos, amenaza de insolvencia o insolvencia, para afrontar las crisis de las sociedades es necesario apuntar a aquella función de garantía del capital social, como protección a terceros que –a la postre- son los convocados en juicios concursales para paliar la crisis de la sociedad deudora común, y cuya su pérdida impone adoptar medidas...

¹⁰ Siguiendo a Butty, el capital constituye una garantía específica hacia los terceros, suplementaria y distinta del patrimonio, entendido como prenda común de los acreedores. Aquellos tendrán la certeza durante la vida social, de la existencia en la caja de la sociedad, del contravalor efectivo de la cifra capital.

¹¹ BEBCZUK, Ricardo N., *Información asimétrica en mercados financieros*, Cambridge University Press, Madrid, 2000, p. 9 s.

Por eso, en este trabajo dejaremos de lado la terminología concursalista, pese a distinguir cesación de pagos de insolvencia, equiparando esta con pérdida del capital social, lo que eventualmente haremos en su uso, explicitándolo al sólo efecto informativo –no necesariamente como conclusión dogmática¹².

Es importante distinguir el mero desequilibrio en medios de pago de la insolvencia patrimonial para satisfacer el pasivo. Desde hace muchos años Mauricio Yadarola y Fernández igualaron los conceptos de cesación de pagos e insolvencia. Pero concordamos con la especialista en Sindicatura Concursal, Prof. Celina Mena¹³, con visión contable-económica, señala que “cesación de pagos” e “insolvencia” “no es lo mismo porque la insolvencia se manifiesta en el patrimonio, es este el que no puede hacer frente al pasivo y el remedio en principio es liquidativo. La cesación de pagos es un problema financiero y económico. Este problema se manifiesta por la falta de capital de trabajo. Esto se puede revertir o agravar según la empresa sea viable o no, es decir de acuerdo a sus resultados. Apunta que la teoría concursal amplia considera la cesación de pagos como un estado del patrimonio que no es capaz de afrontar sus obligaciones en forma generalizada y permanente que se manifiesta a través de diversos hechos reveladores, entre ellos el incumplimiento, la venta a precio vil, el cierre del establecimiento, etc. y cualquier otro medio que revele la *incapacidad del deudor para hacer frente a sus obligaciones en forma generalizada y permanente* en donde el incumplimiento es uno de los hechos reveladores, pero no es necesario que exista para que se esté en cesación de pagos: “*En definitiva la jurisprudencia y la doctrina no advierten una diferencia entre ambos conceptos y los usan indistintamente, sin embargo a nuestro entender, existe una diferencia importante adquiriendo un grado mayor de gravedad la insolvencia. El estado de cesación de pagos se refiere a la incapacidad de pagar en tiempo y forma y la insolvencia cuando además del estado de cesación de pagos, no hay patrimonio neto...*”. Obviamente el último aspecto destacado por la distinguida profesional describe una causal de disolución: pérdida del capital social¹⁴. Y este es el centro de la cuestión en este ensayo.

Marcando aspectos negativos del patrimonio social, la pérdida del capital social – insolvencia- y la cesación de pagos son dos situaciones diferenciadas que se entrecruzan.

Debe tenerse en cuenta que la pérdida del capital social no necesariamente implica la incapacidad de funcionar del ente, ya que si se lleva a cabo una adecuada administración financiera, es posible mantener su capacidad operativa sin que se vean afectadas las posibilidades de cumplir con el objeto social. Es decir que no necesariamente se ve afectada la función de productividad del capital social, concepto éste en crisis desde hace un tiempo atrás.

¹² Se trata, sin duda, de “las expresiones jurídicas que los juristas usan a diario sin reflexionar demasiado sobre ello”... sin “dar cuenta en la realidad el equivalente semántico”... “En definitiva: El derecho se encuentra íntimamente relacionado con esencias de un mundo trascendente o bien tiene que ver con convenciones sociales... el lenguaje común u ordinario que la gente que usa a diario para llevar a cabo sus diversas prácticas de socialización, difiere diametralmente de aquella jerga que utilizan los juristas para comunicarse. Surge entonces el interrogante: ¿si utilizan discursos diferentes y de muy difícil flexibilidad, como pueden referirse a un mismo objeto?... Se nos hace fácil advertir entonces una clara diferencia entre el conocimiento ordinario que maneja a diario el común de la gente y el lenguaje de los juristas... Hacer uso del lenguaje normativo jurídico presupone una compleja práctica social de instituciones creadoras e instituciones aplicadoras del derecho que comparten en forma concomitante, por lo común, funcionarios legales y ciudadanos, quienes la viven como un plexo normativo y autoritario de patrones públicos de comportamientos que evidencian mediante juicios lingüísticos tales como “es correcto”, “es incorrecto... Esta compleja práctica social que desde ya es cultural y normativa, constituye el *test de criterio de validez* de todo aquello que predicamos como “jurídico” o “jurídicamente”; de allí emana todo el *sentido* por el lado del derecho, es decir, la *significación jurídica*...”-HART, H.L.A. “Definición y teoría de la ciencia del derecho” en *Derecho y moral. Contribución a su análisis*, trad. Gerardo L. Carrió, Buenos Aires, Depalma; RAMÍREZ, Jorge Alejandro “Esencialismo vs. Convencionalismo. El planteo superador de Hart”, pág. 99 del *Encuentro Nacional de profesores de “Introducción al Derecho y Teoría General del Derecho”*, Vaquerías 2009 – Córdoba, edición de ponencias-.

¹³ MENA, Celina María “CESACION DE PAGOS VS. INSOLVENCIA”, en libro colectivo “Homenaje al Dr. Osvaldo J. Maffía”, Ed. Lerner Córdoba 2008, Instituto Argentino de Derecho Comercial y Fundación para la Investigación del Derecho Concursal y la empresa en crisis Pablo Van Nieuwenhoven. Coordinadores E. Daniel Truffat – Marcelo Barreiro – Carlos Roberto Antoni Piossek – Ramón Vicente Nicastro. En igual sentido CASADIO MARTINEZ, Claudio Alfredo *Informes del síndico concursal*, Ed. Astrea, Buenos Aires 2011, págs.. 170 y ss., correspondiendo la jurisprudencia citada corresponde a CNCom, Sala B 24.3.81 LL 1981-C-615.

¹⁴ Nto. “La empresa: su organización y crisis” en RDCO n° 253 marzo-abril 2012 p.407.

Sin embargo, la pérdida del capital social implica la pérdida de la garantía para terceros¹⁵, y al mismo tiempo, si considerásemos el capital real, advertiríamos que en los hechos éste está por debajo del mínimo requerido como requisito tipificante.

III – La pérdida del capital social como causal de disolución. Su constatación.

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.59 LSA), pero la pérdida del capital social supone acciones imperativas cuya omisión genera responsabilidad por el daño (art. 99 LSA)..

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- genera 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.

1. La pérdida del capital social como causal de disolución. Su constatación.

¿Qué ante la pérdida del capital social de una sociedad? Que en nuestro país debe alcanzar el 100% de la cifra estatutaria. La primera cuestión que se formula es cuando se acredita la pérdida del capital social. Al margen de la posibilidad de cuestionamientos por socios o terceros, ello produce efectos responsabilizatorios cuando los administradores preparan y presentan la documentación contable a consideración de la asamblea, resultando de la misma un patrimonio neto neutro o negativo –en la República Argentina, pues en muchos países ello se anticipa con la pérdida de sólo un porcentaje del capital social¹⁶-, y cristaliza con la aprobación del balance por la Asamblea, como una declaración unilateral de verdad, un acto propio de la sociedad que excluye toda otra consideración.

Fourcade¹⁷ apunta que la sociedad puede continuar operando pese a la pérdida del capital social, porque puede apreciarse 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 LS.

Esta causal la catalogamos como aquellas que producen su efecto *ope legis*, de pleno derecho, *ipso jure*. Vivante entiende a la pérdida del capital social como una causal de disolución que opera de pleno derecho¹⁸

Sea que se sostenga que no se produce la disolución al constatarse en el balance la pérdida del capital, o se acepte tal criterio, ocurren dos efectos:

- a. La responsabilidad de administradores y de los socios que consientan la continuidad se genera por los daños que puedan producirse.
- b. La liquidación no se inicia de oficio, sea porque los socios la consideren reversible o transitoria, sea que difieran la toma de decisión a una futura asamblea. Pero siempre con el efecto de la responsabilidad.

¹⁵ NISSEN, Ricardo Augusto: "LA PÉRDIDA DEL CAPITAL SOCIAL COMO CAUSAL DE DISOLUCIÓN DE LAS SOCIEDADES COMERCIALES". Ed. Ad-Hoc, Bs.As. 2002 pág. 47 y 48.

¹⁶ La ley 16060 de sociedades de Uruguay, en su Art. 159.6 prescribe que haber perdido tres cuartas partes del capital integrado es causal de disolución, el art. 160 permite el reintegro para evitar la liquidación, y el art. 164 los hace responsables solidariamente a los administradores en caso de continuación del giro –sin perjuicio de la responsabilidad de los socios –art. 39-.

¹⁷ FOURCADE, Antonio *Sociedades comerciales. Parte especial*, Ed. Advocatus, Córdoba 2001, pág. 114.

¹⁸ VIVANTE, César *Tratado de Derecho Mercantil*, versión española de la quinta edición italiana corregida, aumentada y reimpressa, Ed. Reus, Madrid 1932. Volumen II "Las sociedades mercantiles", pág. 483/5.

IV. La remediación. Art. 96. Planificación. Las modalidades de la capitalización.

La causal de disolución puede enervarse –el art. 96 LSA fija las condiciones- y, en tal sentido, Ricardo 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 LSA). Pero la reacción debería ser inmediata a la constatación documentada en la aprobación del balance.

Advertida la situación de crisis, imposible de soslayar por un administrador societario – buen hombre de negocios-, debe con diligencia actuar para paliarla –planificando¹⁹-, llevando la cuestión a conocimiento y decisión de los socios, quiénes deben afrontar la cuestión por los diversos medios que prevé la legislación societaria de todos los países: reintegración o aumento del capital social, reorganización societaria o del negocio, capitalización del pasivo o disolución de la persona jurídica. Este es el verdadero sistema de prevención de la insolvencia en el caso de sociedades.

Conlleva a traer de nuevo a cuento el tema del PLAN DE EMPRESA con cuya consideración rendimos homenaje a Pedro J. Frías²⁰, un constante requirente para la sociedad política y empresaria de administradores estratégicos. Volvimos sobre ello ya con el apoyo de Junyent y Muiño²¹, y recalcamos la cuestión que Alberti²² señala “Expresó nuestro autor, amigo y homenajeado, que la carencia de ese *plan* provoca fatalmente la inoperancia de los esfuerzos aplicados a la concreción del acuerdo preventivo extrajudicial, como puede ser visto en su *Efectos societarios de la insolvencia*, publicado en *Anales XXVI* (1987) 161, de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba”. Continúa el prestigioso jurista: “El exigir a los insolventes una concisa exposición de su programa de modificación de la situación empresarial precedente al concursamiento, mediante un plan de aquello por poner en práctica para corregir la pérdida que ha causado los incumplimientos de los pagos, saneará el concurso preventivo de su actual empleo como artificio procedimental destinado simplemente a diferir una fatal liquidación.”.

El art. 66 LSA manda cumplir a los administradores con la obligación de "informar en la memoria sobre el estado de la sociedad". 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 LSA); mediante el uso 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 LSA) o de impugnación (art. 251 LSA), 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 LSA)"²³.

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, explícitamente mencionada en la norma, por lo que "ni la votación unánime aprobando el resto de

¹⁹ Ntos. *Insolvencia societaria*, Ed. Lexis Nexis, Buenos Aires 2007; “El plan de empresa (o como asumir crisis tempestiva y extrajudicialmente)” en libro colectivo *Homenaje al Dr. Osvaldo J. Maffía* Cap. II pág. 217, Ed. Lerner Córdoba 2008, Instituto Argentino de Derecho Comercial y Fundación para la Investigación del Derecho Concursal y la empresa en crisis Pablo Van Nieuwenhoven. Coordinadores E. Daniel Truffat – Marcelo Barreiro – Carlos Roberto Antoni Piossek – Ramón Vicente Nicastro.

²⁰ En *Estudios en honor de Pedro J. Frías*, editado por la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, 1994, nto. trabajo en el tomo III p. 1187 “El plan de empresa, Ética y responsabilidad del empresario”.

²¹ “Salvataje de la empresa: ¿Una postulación sin respuesta en la ley concursal?” con Francisco Junyent Bas y Orlando Manuel Muiño, en RDCO año 30 1997 pág-525 y ss., ya citado.

²² ALBERTI, Marcelo Edgardo “Una contribución de Efraín Hugo Richard al derecho concursal: el plan de empresa como recaudo del concurso preventivo” en *DERECHOS PATRIMONIALES Estudios en Homenaje al Profesor Emérito Dr. Efraín Hugo Richard*, Ed. Ad Hoc, Buenos Aires 2001, tomo II pág. 949.

²³ Nto. *Derecho Societario* con Orlando Muiño, pág. 274, Editorial Astrea, Buenos Aires 1997, donde remitimos a nto. “El buen hombre de negocios y el plan de empresa” en *Doctrina Societaria y Concursal Errepar*, abril 93 t. V p. 337 y ss..

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"²⁴.

“¿Para qué perder tiempo si no hay viabilidad económica? El diagnóstico previo fue la sabia vivificante del sistema procesal francés que le permitió decir que los procesos llevaban a la solución de los concursos. – La separación del hombre de la empresa, sin que la empresa tuviera que acarrearse los errores y las inconductas de sus dirigentes. Si había inconducta de los dirigentes y la empresa era viable, ¿por qué liquidar una empresa por la inconducta de los directivos?”²⁵.

1. Ante la negativa o imposibilidad de los accionistas –probablemente por un plan poco convincente- y no deseando liquidar la sociedad, se abre la solución de invitar a terceros a capitalizar o la del art. 197 LSA capitalizando el pasivo, y en ciertos casos traspasar la sociedad a los acreedores, o su control.

La capitalización del pasivo trae un beneficio inmediato a los accionistas, directores o terceros que hayan garantizado una obligación capitalizada, pues se liberarán de esa obligación de garantía. Adviértase los sistemas que en situaciones semejantes autorizan a los administradores a emitir acciones sin autorización de los socios²⁶.

De no reintegrar el capital los socios o asumiendo el aumento de capital por ellos y/o terceros, para que el balance restituya la cifra del capital social, debe tenerse por operada la causal de disolución y asumir la liquidación con el menor costo posible, para que los acreedores perciban sus acreencias.

2. Veamos aspectos del reintegro asumidos por Nissen²⁷: “sólo tiene referencias en la ley 19.550: a) en el art. 96 como forma de superar la aludida causal disolutoria; ... y c) en el art. 244 in fine, como uno de los supuestos que requieren las mayorías especiales allí previstas, otorgando por remisión del art. 245, el derecho de receso para los accionistas que no votaron a favor de ese acuerdo en el art. 235, como tema de asamblea extraordinaria.... La operación se reduce en consecuencia, a eliminar del activo del balance el rubro “pérdidas”, sin necesidad de entregar nuevas acciones a los accionistas” (p.942)... técnicamente el reintegro es una operación que no afecta el valor capital consignado en el balance de la sociedad, salvo que se realice parcialmente y por el remanente se resuelva reducir el capital, aunque en este caso, debe señalarse que se trataría de dos operaciones distintas, reintegración parcial y reducción del capital (p. 944)... el reintegro del capital social es sólo obligación que debe serle impuesta al accionista en proporción a sus respectivas tenencias (p. 950)... frente a un acuerdo favorable al reintegro del capital social, los socios o accionistas pueden adoptar las siguientes conductas: 1)...ejercer el derecho de receso ... no existirá derecho del socio o accionista al reembolso del valor de su participación que ha perdido todo valor como consecuencia de las pérdidas sufridas por la sociedad...2) Si el socio o accionista no ha ejercido el derecho de receso, aun cuando haya votado en contra, la decisión de la asamblea o reunión de socios que ha aprobado el reintegro del capital social es obligatoria para aquél y obliga al directorio a exigir el correspondiente desembolso (art. 233 in fine, ley 19550)... las soluciones previstas en el art. 193 ... para el suscriptor moroso en la integración... queda abierta la posibilidad de excluirlo, según lo dispone el art. 37...” (p. 252/253).

²⁴ CARLINO, Bernardo “Genética del plan de negocios (más sobre la contribución de E.H.Richard)” en Abeledo Perrot, Newsletter 20 de marzo de 2009, sección Doctrina, pág. 31.

²⁵ PALMERO, Juan Carlos “Nuevo enfoque para empresas en crisis. Modificaciones destacables en relación a la ley 19.551. Apreciación metodológica inicial. Como entender el nuevo régimen concursal” en *Nueva legislación concursal y la participación del profesional en Ciencias Económicas. Jornadas de actualización*, Ed. Advocatus Córdoba noviembre 1995, pág. 17.

²⁶ MIOLA, Massimo *Il sistema del capitale sociale e le prospettive di riforma nel diritto europeo delle società di capitali* en *Rivista delle Società*, anno 50, 2005, Editor A. Giuffrè – Milano, noviembre-diciembre 2005, fascículo 6º p. 1199..

²⁷ NISSEN, Ricardo A. *Ley de sociedades comerciales. 19.550 y modificatorias. Comentada, anotada y concordada* 3ª edición cit. pág. 985 y ss..

3. ¿Si no se reintegra como capitalizar la sociedad para evitar la liquidación?

Debe aumentarse el capital social en monto suficiente para cubrir el pasivo y no quedar nuevamente en supuestos de reducción obligatoria del capital social previstos en el art. 206 LSA. Por eso es más factible la capitalización de pasivo.

El aumento de capital dirigido originariamente a socios o terceros podría imponer una prima de emisión destinada a satisfacer los derechos de los socios originarios en cuanto al valor del negocio –conforme al plan que se explicita para lograr tales aportaciones-.

4. El aumento de capital en la etapa de liquidación es una práctica no usual, pero legítima, así se resolvió judicialmente ante la negativa de la Inspección General de Justicia de la Nación de autorizarla e inscribirla²⁸. Aparece totalmente congruente la actitud de los accionistas como de la judicatura, en un aspecto pocas veces asumido y tratado, que sostenemos como preconcursal²⁹, y sobre las normas imperativas de la ley de sociedades para paliar las crisis societarias: “el ente conserva su personalidad jurídica a los efectos de la liquidación hasta la extensión del pasivo social... y la liquidación es así la realización de todos los actos necesarios para que queden totalmente extinguidos no sólo esas relaciones jurídicas entre la sociedad y los terceros, sino entre aquélla y los socios...”³⁰.

5. PRESUNTO RESULTADO DE LIQUIDACIÓN PARA HOMOLOGAR ACUERDOS PREDATORIOS DE SOCIEDADES CONCURSADAS. El supuesto valor liquidatorio de los bienes en un concurso suele usarse como límite de la abusividad de un acuerdo y justificativo para la homologación, en aplicación de un supuesto para el caso de no obtenerse las mayorías necesarias en todas las categorías (art. 52 inc. 2 ap. B, requisito iv LCQ) “que el pago resultante del acuerdo impuesto equivalga a un dividendo no menor al que obtendrían en la quiebra los acreedores disidentes”.

Podríamos llegar a aceptar ese criterio en el concurso de una persona física, pero nunca en el de una sociedad, pues ello sería olvidar los principios del régimen societario, y la elección de ese medio de organización formalizado por los fundadores, mantenido por los socios actuales y al que se encuentran unidos los administradores elegidos, socios o no.

Ya hemos referido que la ley societaria imperativamente impone ante la pérdida del capital social la disolución salvo la reintegración o aumento del capital, que devuelva un estado patrimonial que, al formalizar un nuevo balance determine que el capital social estatutario se ha reconstruido. Es descartable para una situación concursal la homologación de un acuerdo con

²⁸ En un fallo encontramos referencias a este supuesto, a través de 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.

²⁹ Ntos. “¿REORGANIZACIÓN SOCIETARIA O CONCURSAL ANTE LA CRISIS? (UN “OBITER DICTUM” DE LA CORTE)” en libro colectivo AAVV “Reestructuración y Reorganización Empresarial en las Sociedades y los Concursos”, publicación del Instituto Argentino de Derecho Comercial – 2010, Director Martín Arecha, Vicedirectora Laura L. Filippi, Ed. Legis, Buenos Aires 2010, págs. 3 a 78; y “EN TORNO A LA RESPONSABILIDAD DE ADMINISTRADORES SOCIETARIOS POR PÉRDIDA DEL CAPITAL SOCIAL” en “Foro de Córdoba” año XXI, agosto 2011, n° 148 pág. 57.

³⁰ Estas reflexiones corresponden a la CCCyCA San Francisco, Cba. Del 12 de diciembre 2012 en la causa “Decor Materiales SRL c/ Devoto Auto Club – Ordinario, reivindicación”, publicado en SEMANARIO JURÍDICO, Fallos y doctrina, ed. Comercio y Justicia, Córdoba, jueves 28 de febrero de 2013, año XXXV pág. 314.

quitas, pues la pérdida estaría compensada por la acción de responsabilidad prevista por el art. 173 y concordantes LCQ. Esa situación de impotencia económica de la sociedad frente a los acreedores potencia la responsabilidad de administradores y socios prevista en el art. 99 LSA, por el daño generado a los acreedores si existía una causal de disolución evidenciada o que debieron advertir.

6.¿Los aportes a cuenta de futuros aumentos son suficientes para superar la causal de disolución? Sí, en cuanto dentro de los procedimientos previstos por el art. 96 LSA se produzca efectivamente la capitalización de los mismos. Pero la mera aportación sujeta a condición no es suficiente.

De acuerdo a lo planteado y a lo establecido por la ley, podemos sacar algunas diferencias entre aumento de capital y reintegro de capital: a) El aumento de capital puede ser decidido por la Asamblea ordinaria o Asamblea Extraordinaria (según el caso), con mayorías ordinarias y otorga a los accionistas el derecho de preferencia y de acrecer. El reintegro de capital, en cambio, es decidido por Asamblea Extraordinaria con las mayorías agravadas del último párrafo del art. 244 LSC, no otorgando el derecho de preferencia ni de acrecer. Ambos institutos otorgan derecho de receso: el aumento porque, como dijimos, no basta el aumento nominal de capital (que involucra capitalizar cuentas del patrimonio neto); sino que requiere desembolsos para el socio; el reintegro por expresa disposición de la ley. b) En el aumento de capital pueden participar tanto los accionistas originales (si ejercen su derecho de preferencia y/o de acrecer), acreedores (si se optara por capitalizar pasivo), o terceros. El reintegro en cambio, sólo puede ser ejercido por accionistas. c) El aumento de capital implica o el aumento del valor nominal de las acciones, o la emisión de nuevas acciones; mientras que el reintegro es un acto a título gratuito, merced al cual el accionista no recibe nada a cambio, sin perjuicio del incremento del valor patrimonial proporcional de su acción. d) Para igualar el monto del patrimonio neto al del capital, será necesario aumentar el capital y luego reducirlo por el monto de las pérdidas acumuladas 10. Es decir, siempre llevará implícita la necesidad de realizar dos operaciones. El reintegro, en cambio, lleva implícita una sola operación: el reintegro y la cantidad es por el total de las pérdidas habidas. Ello, además con economías de costo, toda vez que si bien se requieren mayorías agravadas, la decisión no requiere ninguna clase de inscripción registral (salvo que se tratare de un reintegro parcial que también requiera reducción de capital).

Fushimi³¹ sostiene que de ninguna manera el reintegro del capital puede ser obligatorio para los accionistas. No es esta la posición mayoritaria de la doctrina, que sostiene que es obligatoria y que aquel socio que no desee realizar el reintegro puede ejercer el derecho de receso, con lo cual parecieran estar consagrando la fórmula que hemos llamado “*reintegre o receda*”. Los que sostienen que el reintegro es obligatorio se fundan en las disposiciones del art. 233 LSC, que establece que las disposiciones de la Asamblea son obligatorias. Sostiene con la mayoría de la doctrina que el reintegro es un aporte a monto perdido, o a título gratuito, no parece razonable obligar al accionista o socio a que realice un acto a título gratuito³².

Consideramos que este análisis de Fushimi encuentra contradicción en que es impuesto por la ley. Nuestra posición es compartida³³.

³¹ FUSHIMI, Jorge F. y nosotros, comunicación al VIIIº CONGRESO ARGENTINO DE DERECHO CONCURSAL y VIº CONGRESO IBEROAMERICANO DE LA INSOLVENCIA (Tucumán (R.A.) septiembre de 2012) “LA QUITA EN CONCURSOS DE SOCIEDADES Y SU TRATAMIENTO FISCAL (y algunos aspectos periféricos)”t. 1 p. 635.

³² Sin embargo, si algunos socios o accionistas acceden a reintegrar el capital y otros no, y estos que no acceden al reintegro tampoco ejercen el derecho de receso, se produce una situación de absoluta inequidad: los que no reintegran reciben un beneficio sin causa a costa del sacrificio de quienes sí reintegraron. De hecho, el valor patrimonial proporcional antes del reintegro era igual o menor que cero, y luego, merced al reintegro, el valor pasa a ser positivo. Ese enriquecimiento sin causa es lo que motiva que no podamos descalificar la opción “reintegre o receda”, apunta el mismo Fushimi.

³³ HAGGI, Graciela A. “El reintegro del capital social” en AAVV dirección Laura Filippi y Maria Laura Juarez *Derechos patrimoniales. Estudios en homenaje del profesor Emérito Dr. Efraín Hugo Richard*, Ed. Ad Hoc, Buenos Aires 2001, pág. 193. NISSEN, Ricardo A. “La pérdida del capital social...” cit. pág. 77/78. Van Thienen, Pablo A. *Pérdida total del capital social: ¿Reintegro, aumento u operación bandoneón* en Revista de las Sociedades y Concursos n1 27 marzo abril 2004, pág. 81; NORTE SABINO, Osvaldo J. *Reintegro del capital social* en Impuestos XLI A p. 495.

Se sostiene³⁴ que “Una vez aprobado el reintegro del capital por la asamblea extraordinaria, la resolución adoptada de conformidad con la ley y el estatuto, será obligatoria para todos los accionistas, salvo los recedentes, y deberá ser cumplida por el directorio (art. 233, última parte L.S.C.), quien establece que: “Para el socio que no recedió el reintegro de capital se impone como obligación pues así lo ordena el art. 133 (sic) in fine de la L.S.C.: “Las decisiones sociales adoptadas conforme a la ley y el estatuto son obligatorias para todos los accionistas, salvo lo dispuesto en el art. 245, y deben ser cumplidas por el directorio”.

Dasso³⁵ expresa “Constituye cuestión central la determinación de si la decisión asamblearia de reintegro es obligatoria para los accionistas disconformes. ... Si bien el derecho de recesso está consagrado a favor de los accionistas ausentes y disconformes –o ausentes- con la decisión de reintegro total o parcial (art. 245 LSC) es patente que el valor de reembolso experimentará en este caso una reducción equivalente a las pérdidas absorbidas, por lo que se extinguirá su participación y con ello la calidad de socio cuando las pérdidas insuman todo el capital... Si no ejercitara tal derecho la sociedad puede demandar el cumplimiento de la obligación de reintegrar, previa publicación e inscripción en el Registro Público de Comercio (art. 193 LSC). De lo expuesto se sigue que en hipótesis de cesión asamblearia de reintegro del capital el socio que no recede queda expuesto a la persecución social judicial por el pago del reintegro, daños y perjuicios y, en hipótesis –si estuviera previsto en los Estatutos-, a la exclusión de la sociedad. Ahora bien, si opta por el recesso subvierte su calidad de socio por la de acreedor pero su valor de reembolso en el marco de la pérdida total del capital social carecerá de contenido económico”.

Apuntamos nuestra coincidencia, salvo en el aspecto de publicación o inscripción, pues a diferencia de la reducción y aumento, que implica modificación estatutaria, el reintegro conserva las expresiones estatutarias y sólo modifica el balance.

Correlativamente, entendemos como un deber de los administradores comunicar a todos los socios la decisión asamblearia de reintegrar, indicando la modalidad, para que el disidente pueda optar por recesar o reintegrar, o aceptar la posibilidad de la acción judicial. La falta de diligencia del administrador causa perjuicio a la sociedad y al socio requerido que puede quedar imposibilitado substancialmente de optar, aunque se hayan cumplido los recaudos formales de publicidad.

V- Incumplimiento. Responsabilidad. El art. 99 LSA. Interpretación.

Reza el art. 99 “Los administradores, con posterioridad al vencimiento del plazo de duración de la sociedad o al acuerdo de disolución o a la declaración de haberse comprobado alguna de las causales de disolución, sólo pueden atender los asuntos urgentes y deben adoptar las medidas necesarias para iniciar la liquidación. – Responsabilidad. Cualquier operación ajena a esos fines los hace responsables ilimitada y solidariamente respecto a los terceros y los socios, sin perjuicio de la responsabilidad de éstos.”

Constatada la causal y no tratada ni revertida, los administradores asumen responsabilidad. La mera 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 norma tiene trascendental importancia, pues de no observarse los estrictos deberes que se imponen a los administradores, éstos son sancionados con *responsabilidad ilimitada y solidaria*

³⁴ NORTE SABINO, Osvaldo J. “Reintegro del Capital Social” - Impuestos XLI – A – Pág. 495, En igual sentido, se expide VAN THIENEN, Pablo A. “Pérdida Total del Capital Social: ¿Reintegro, aumento u operación bandoneón?” en Revista de las Sociedades y Concursos N° 27 Marzo / Abril 2004, pág. 81.

³⁵ DASSO, Ariel Ángel *Tratado del Derecho de separación o recesso del socio y del accionista (Derecho Argentino y Comparado)*, Ed. Legis, Buenos Aires 2012, pág. 301.

hacia los socios y los terceros, por todas las obligaciones contraídas en este período³⁶. Y el precepto añade que ésta puede hacerse extensiva también a los socios³⁷.

Centremos nuestra visión en el art. 99 LSA, conforme los anticipos formalizados, mostrando interpretaciones contradictorias.

1. La Cám. Apel. en lo Civil, Comercial y Laboral de la Quinta Jurisdicción Judicial de Rafaela, el 25 de septiembre de 2012 falló la causa “Frenquelli, Marcela Claudia y otros c/ Tendidos y Montajes SRL y otros s/ apremio”. La Cámara, al revocar el fallo y hacer lugar a la demanda contra los administradores basa la sentencia en aspectos de responsabilidad subjetiva, que tienen como base la aplicación del art. 99 LSC, en que centramos la atención. “La solución al conflicto la aporta los arts. 56, 59, 100, 157 y 174 de la ley de sociedades comerciales. El mencionado art. 99 dispone que los administradores con posterioridad a la disolución sólo puedan atender los asuntos urgentes y deben adoptar las medidas necesarias para iniciar la liquidación. De la norma surge con evidencia que se impone a los administradores un deber iniciar los trámites de liquidación... La responsabilidad que este artículo atribuye a los administradores se relaciona solamente con la realización de operaciones ajenas al fin liquidatorio. Si bien esta norma no prevé consecuencia alguna para la omisión de realización de los trámites relacionados con la liquidación, ello no implica, ... que la inactividad no acarree ninguna consecuencia...”. Arroja inmediatamente una decisión disvaliosa “... si la empresa continúa con su giro habitual en infracción a lo dispuesto por el art. 99 esto es, si se ha configurado alguna de las causales de disolución... queda encuadrada como sociedad de hecho o irregular...”. O sea que se responsabiliza también a los socios, agregando a la responsabilidad específica del art. 99:

Afirma lo más importante y dirimente que las administradoras-socias “han incumplido con la obligación establecida en el art. 99 de la LSC según la cual debían poner en marcha el proceso de liquidación de la sociedad disuelta por vencimiento del plazo. La omisión en la que incurrieron las hace responsables solidarias frente al tercero reclamante. En el caso, no tiene relevancia alguna que la causa del reclamo sea de fecha previa a la disolución de la sociedad, ya que el reproche radica en la imposibilidad de cobrar a la sociedad habida cuenta de la ausencia de operaciones liquidatorias”.

2. Adviértase los alcances que surgen de este fallo para determinar el alcance del art. 99 LSC: a. La responsabilidad no es en relación a los nuevos acreedores insatisfechos, sino ante la insolvencia posterior de la sociedad. b. La responsabilidad es por no haber satisfecho o intentado satisfacer –en un marco concursal por ejemplo- una obligación anterior que al no localizarse bienes de la sociedad, genera un daño por la insolvencia de la misma. c. La aplicación de la norma es por cualquier causal de disolución, obviamente por los que a la postre resulten acreedores impagos. d. La imprecisa referencia del último párrafo del art. 99 respecto a la responsabilidad de los socios (o accionistas agregamos) “sin perjuicio de la responsabilidad de éstos”, obtiene un contenido extensísimo al sostener la sentencia que la sociedad ante la causal de disolución y no liquidada conforme a derecho se ha vuelto irregular, lo que exterioriza una doble interpretación de los alcances del precepto: (i) que es una sociedad irregular o de hecho, y (ii) que no es

³⁶ SCJ Buenos Aires, Rodríguez, Alberto H. c. Mada S.R.L. y/u otros, 16/06/1992, LL, 1992-E, 39 – DJBA 143, 5318 – DJ, 1993-1-866: Vencido el término de duración de una sociedad de responsabilidad limitada sin que se disponga su liquidación, toda actividad ajena a esos fines hace responsable a los administradores ilimitada y solidariamente respecto de los terceros y los socios sin perjuicio de la responsabilidad de éstos.

³⁷ CCiv., Com. y Lab. Reconquista, Coheres, Luis A. y otros c. Coplex S. R. L., 18/02/1997. LL Litoral, 1998-1-266: Es inadmisibile la solicitud de embargo formulada por los actores respecto de los socios de la sociedad demandada que ha incurrido en la causal de disolución contemplada en el art. 94, inc. 2º de la ley 19.550 si no han acreditado que la sociedad ha ignorado el trámite liquidatorio o bien que sus administradores han realizado actos en violación a lo prescripto por el art. 99 de la citada normativa, pues aquélla conserva su personalidad aunque acotada a la etapa de liquidación.

irregular, sino que continúa con las características de la sociedad originaria, y que se trata únicamente de una sanción a los administradores³⁸.

De la primera participan Nissen: “cuando la sociedad ignora el acaecimiento de la causal disolutoria, la doctrina y la jurisprudencia no es pacífica en cuanto al status de la sociedad”. Nissen sanciona con la “irregularidad” de la sociedad y los efectos patrimoniales sobre los socios, con sólida argumentación³⁹, FARINA⁴⁰, NISSEN⁴¹, ARECHA, GARCÍA CUERVA⁴², y SASSOT BETTES⁴³. Se sostiene que continuando la actividad la sociedad deviene irregular⁴⁴, y que ello acontece desde que se produjo la causal de disolución. No es una sociedad diferente de la disuelta y que deviene irregular sino que es la misma⁴⁵, que es continuación de una sociedad regular en irregular, y que la ley aquí obra con carácter sancionatorio⁴⁶, que la ley agrava la situación de los administradores y por ello deviene irregular⁴⁷.

La segunda descarta la precedente interpretación, basados en la especialidad de la norma del art. 99 LSA. Participan de esta posición ETCHEVERRY⁴⁸, ZALDÍVAR⁴⁹, QUINTANA FERREYRA, ROMERO, RICHARD⁵⁰, y ZUNINO⁵¹. Entienden que la sociedad durante el período de liquidación conserva plenamente su “personalidad” (v. art. 101 LS) y además conserva durante ese período los mismos caracteres que tuvo durante su vida activa, en especial la limitación de responsabilidad de sus socios según el tipo. Si no se observan las exigencias legales, se producen sanciones. Así, primero a los administradores, y si hubiere consentimiento de los socios se los hace pasibles de soportar en forma ilimitada y solidaria los actos que se hubieren continuado desarrollando después de la disolución. El art. 99 impone al administrador incumplidor, la sanción de constituirlo en responsable *ilimitada y solidariamente respecto a los terceros y los socios*⁵² por las obligaciones que se hubieren contraído durante este período⁵³. José Ignacio Romero⁵⁴ descarta la irregularidad,

³⁸ ROITMAN, Horacio y colaboradores *Ley de sociedades comerciales. Anotada y Comentada* Editorial La Ley, 2ª. Edición Buenos Aires 2011, tomo II comentario Art. 99.

³⁹ NISSEN, Ricardo A. *Ley de sociedades comerciales. 19.550 y modificatorias. Comentada, anotada y concordada* 3ª edición cit. pág. 985 y ss..

⁴⁰ FARINA, JUAN M., “*Tratado de Sociedades Comerciales*”, Ed. Zeus, Rosario, 1980, Parte General, ps. 283 y 484.

⁴¹ NISSEN, RICARDO A., “...*Dos cuestiones vinculadas con la disolución de sociedades mercantiles por vencimiento del plazo contractual*”, ED. 89-383.

⁴² ARECHA, MARTÍN, GARCIA CUERVA, HÉCTOR, “*Sociedades Comerciales. Análisis y comentario de la ley 19.550 y complementarias*”, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1976, p. 168.

⁴³ SASOT BETES, MIGUEL y SASOT, MIGUEL, “*Sociedades anónimas*”, Ed. Abaco, Buenos Aires, 1982, p. 320.

⁴⁴ CNCom., Sala B, Olimpo S.R.L., 22/02/1977. (www.csjn.gov.ar) Errepar, Sociedades, t. II, p. 022.001.001. Sumario N° 2: La disolución de la sociedad por el transcurso del término por el cual fue constituida opera automáticamente e impone su liquidación. De este modo si ha continuado su gestión lo hizo como sociedad irregular (art. 21), por lo que la sociedad cuya inscripción se requiere es una nueva sociedad, una persona jurídica distinta de la anterior, y la adquisición que ella hace del fondo de comercio que explota la primera debe cumplirse con los requisitos establecidos en la ley 11.867.

⁴⁵ NISSEN, R.: “No se trata de una sociedad irregular diferente a la sociedad disuelta, sino que era la misma sociedad, pero cuyo socios no podían invocar las cláusulas del contrato social, por haber perdido vigencia como consecuencia del acaecimiento de la causal disolutoria, cláusulas que sólo podían ser invocadas hasta la extinción de la sociedad, sólo si la misma entraba efectivamente en el periodo liquidatorio”, “*Ley de Sociedades Comerciales. Comentada, anotada y concordada*”, Ed. Abaco, Buenos Aires, 1997, t. 2, p. 242.

⁴⁶ FARINA, J., “*Sociedades...*”, op. cit., Parte General, ps. 283 y 484.

⁴⁷ ARECHA, J., y GARCIA CUERVA, H.: Cuando los administradores no adoptan las medidas para iniciar la liquidación “...les agrava la responsabilidad, porque la sociedad en tales condiciones se convierte irregular...”, “*Sociedades...*”, op. cit., p. 168.

⁴⁸ ETCHEVERRY, RAÚL A., “*Sociedades irregulares y de hecho*”, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1981, p. 178.

⁴⁹ ZALDIVAR, ENRIQUE; MANOVIL, RAFAEL; RAGAZZI, GUILLERMO y ROVIRA, ALFREDO, “*Cuadernos de Derecho Societario*”, Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1976, t. III, vol. cuarto, p. 298.

⁵⁰ QUINTANA FERREIRA, FRANCISCO y otros “*Carácter de la sociedad cuyo plazo de duración ha fenecido*”, en “*Primer Congreso de Derecho Societario*”, t. I, p. 511.

⁵¹ ZUNINO, Jorge, *Disolución y liquidación*, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1987.p. 283.

⁵² SCBA, Isa Mario Luján c. Automotores Prival S.R.L. s/Ejecución de honorarios., 09/06/1998. CC0100 SN 98.1239 RSD-112-98 S. www.scba.gov.ar/juba: Los actos posteriores a la disolución de la sociedad, ajenos al proceso de liquidación, son los que generan la responsabilidad ilimitada y solidaria por tales actos y no la demora en proceder a tal liquidación. Tal demora los hará responsables ilimitada y solidariamente sólo en caso de que ella hubiere perjudicado a los socios y terceros.

CNCom., Sala C, Jeralco S.C.A. c. Dyya Inmobiliaria S.R.L., 19/09/1976, Ed. Errepar, Sociedades, t. II, p. 022.002.001. Sumario N° 12: Disuelta la sociedad se considera existente a los fines de su liquidación, limitándose el uso de la firma social a la facultad de liquidar o contraer obligaciones que tiendan a ello. Todo lo ajeno a ello hace responsable solidaria e ilimitadamente a los administradores respecto de terceros.

⁵³ CCiv. y Com. San Martín, Sala II, Pappalardo de Paniza, Elsa A. c. Fillipelli, Claudia y otra, 29/11/1988. www.laleyonline.com.ar: Producida la disolución de la sociedad y a partir de ella, los administradores sólo deben atender los

sosteniendo –como lo hiciéramos en ponencia compartida en el Congreso de 1977⁵⁵–, que se trata de un problema de responsabilidad, conforme a la expresa previsión del supuesto en el art. 99 LS, con amplio análisis de jurisprudencia, doctrina nacional y extranjera. No hay duda de la tendencia de la jurisprudencia a calificar de irregular a la sociedad, pero los argumentos de Romero destruyen la posición. La cuestión tiene dos análisis, entre los socios y frente a terceros, y respecto a éstos lo fundamental –como venimos predicando– es la satisfacción de las obligaciones contraídas, pues el daño para poder reclamar por responsabilidad resarcitoria, se genera si el patrimonio social es insolvente, o no se localizan bienes de la sociedad, o si por omitir el proceso liquidatorio no es posible o se ha dificultado a los terceros el cobro de sus acreencias.

Se suele sostener, ante la constatación o declaración de una causal de disolución, que “se extingue la sociedad” y de allí, si continúa operando, se trata de una sociedad de hecho o de una sociedad irregular. ¿Pero entre quiénes? Obviamente no podría involucrarse a los socios que no tomaron conocimiento de esa situación. Ante la expresa disposición del art. 99 LSA debe descartarse esa vieja posición jurídica, pues no se registran irregularidades devenidas.⁵⁶

La continuidad de la actuación de la sociedad sin afrontar la eliminación de las causales de disolución, genera la responsabilidad de administradores, que “puede serle extensiva a los socios si lo consintieron o beneficiaron con ello”⁵⁷. Resulta así la necesidad de que los administradores respondan a la sociedad más que a los accionistas, particularmente ante la crisis, pues deben tutelar el patrimonio para satisfacer a los acreedores y a los demás intereses afectados por el giro empresario. Seguir contratando con terceros en ese estado significa violar el deber de lealtad. Lo que implica actuar con dolo (art. 931 C.C.).

3. Respecto a los socios, la norma agrega *sin perjuicio de la responsabilidad de éstos*. La doctrina⁵⁸ ha interpretado que la referencia en forma inequívoca está aludiendo al consentimiento de los socios en los actos realizados por los administradores en este período.

Si la sociedad deviniera en irregular todos los socios o accionistas serían responsables, no así en la interpretación que formalizamos del art. 99 LSA, pues debe distinguirse:

(a) Socios que conocieron, consintieron o se beneficiaron con estos actos. La ley no hace distinción y creemos que en los tres supuestos son solidariamente responsables.

(b) Socios que desconocieron la situación, sea porque aquellos que se beneficiaron se lo ocultaron, o porque simplemente no tuvieron conocimiento. Entendemos que en estos casos no pueden ser pasibles de responsabilidad, y que gozan del principio de limitación según el tipo. Si se aceptare que la sociedad deviene irregular, todos serían solidariamente responsables⁵⁹.

(c) Los alcances de la responsabilidad también adquieren dos posiciones en doctrina: (i) quienes entienden que los socios que incurrir en esta causal, son responsables hacia los demás socios y los terceros⁶⁰, y (ii) los que sólo lo limitan a los terceros⁶¹. Entendemos que la norma es clara y se refiere sin distinción hacia socios y terceros.

La cuestión es la insatisfacción al tercero de una acreencia por insolvencia, o aparente insolvencia al no encontrarse bienes, de la sociedad, lo que –a su vez– podría derivar en la quiebra de la sociedad. Se viola una norma imperativa de tutela de terceros, de la sociedad y de los propios socios en forma genérica, que específicamente en caso de insatisfacción de terceros

asuntos urgentes —entre ellos la conclusión de los contratos en curso— y adoptar las medidas necesarias para iniciar la liquidación. cualquier operación ajena a esos fines los hace ilimitada y solidariamente responsables, no sólo ante terceros sino ante los propios socios.

⁵⁴ *Sociedades irregulares y de hecho*, 2ª. Edición Abeledo Perrot, Buenos Aires 2012, pág. 314.

⁵⁵ Actas del Primer Congreso Nacional de Derecho Societario, 1977, tomo I pág. 298.

⁵⁶ RICHARD, Efraín Hugo – MUIÑO, Orlando Manuel *Derecho Societario* 2ª. Edición actualizada y ampliada, Ed. Astrea, Buenos Aires 2007, tomo I pág. 369.

⁵⁷ ROITMAN, Horacio y colaboradores *Ley de sociedades comerciales. Anotada y Comentada* Editorial La Ley, Buenos Aires 2006, tomo II pág. 491.

⁵⁸ QUINTANA FERREIRA, F.y otros, “Carácter de la sociedad...”, cit., p. 512.

⁵⁹ ZUNINO, J., “Disolución...”, op. cit., p. 286.

⁶⁰ ZUNINO, J., “Disolución...”, op. cit., p. 287.

⁶¹ ZALDIVAR, ENRIQUE y otros, “Cuadernos...”, op. cit., p. 299.

acreedores evidencia la insolvencia de la sociedad y permite avizorar la pertinencia de acciones resarcitorias del daño generado.

No cabría duda que el efecto responsabilizador de la norma del art. 99 LS, que alcanza a los socios que consientan el giro social con posterioridad a la constatación de la existencia de una causal de disolución u omitan el trámite liquidatorio, con el consiguiente daño a los acreedores. Todo un sistema imperativo para excluir daños derivados de la insolvencia, o sea un sistema de preconcursalidad, fincado en toda la ley societaria y específicamente en los arts. 94 5°, 96 y 99 LSA.

VI – El efecto ante la quiebra y el concurso.

No resulta posible promover acciones de responsabilidad contra un administrador societario per se⁶².

No se trata de ampliar la responsabilidad de los administradores societarios en cuanto al riesgo empresario. La sociedad 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 su viabilidad⁶³. Por otra parte la sociedad viable es la única que merece conservarse, sea por disposiciones concursales, pre concursales o extraconcursoales.

En caso que la sociedad se concurse y se homologue un acuerdo con quitas y esperas predatorias, entendemos que esta situación habilita a los acreedores nacidos con posterioridad a la crisis para promover acciones individuales de responsabilidad (artículo 279 de la Ley 19.550) contra los administradores sociales que no afrontaron la crisis por los medios societarios y descargaron el problema sobre esos acreedores⁶⁴. También los anteriores si se acreditara que la omisión de administradores los perjudicó (relación de causalidad=

La eliminación del plazo para presentarse en concurso preventivo⁶⁵, no libera de responsabilidad a administradores y socios cuando no hayan actuado tempestivamente. En una palabra, *la ausencia de un plazo expreso, cierto y determinado, para la presentación en concurso, en forma alguna puede autorizar que la sociedad continúe operando sin adoptar las medidas que impone la ley societaria, contratando en cesación de pagos con terceros, todo lo cual atento la imposibilidad de aducir desconocimiento, implica una contratación dolosa.*⁶⁶

Obviamente que esas acciones están vinculadas al derecho de daños y a la clásica teoría general de la responsabilidad que comporta, para una obligación de medios⁶⁷.

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 de ningún trámite previo.

⁶² Puede verse nta. posición en RICHARD, E.H. y MUIÑO, Orlando M. *Derecho Societario*, Ed. Astrea, Buenos Aires, pág. 543 y ss.. Con mayor profundidad lo hemos hecho en *Responsabilidad de administrador de sociedad insolvente* en *Doctrina Societaria y Concursal* marzo 2002 tomo XIII p. 887, y en *Daños causados por la insolvencia societaria (vías no concursales de reparación)* como capítulo XXVII p. 657 del Libro Colectivo “Derecho de Daños Quinta parte Daños causados en el derecho comercial, Libro en Homenaje de Isaac Halperin y Carlos Zavala Rodríguez, Editorial La Roca, Buenos Aires junio 2002, correspondiendo a un trabajo entregado el 31 de mayo de 2000.

⁶³ Nto. “LA CONSERVACION DE LA EMPRESA EN LAS LEYES DE SOCIEDADES Y DE CONCURSOS”, con Francisco Quintana Ferreyra, en RDCO año 1978 Pág.1373; “LA CONSERVACION DE LA EMPRESA”, Anales de la Academia Nacional de Derecho tomo XXV Pág.107 y ss. .

⁶⁴ Nto. NUEVA VISIÓN EN TORNO A LA HOMOLOGACIÓN DE ACUERDOS CON QUITAS EN CONCURSO DE SOCIEDADES. EL ABUSO Y EL FRAUDE, con Juan Carlos Veiga, en VIIIº CONGRESO ARGENTINO DE DERECHO CONCURSAL y VIº CONGRESO IBEROAMERICANO DE LA INSOLVENCIA, Tucumán (R.A.) septiembre de 2012. Tomo I pág. 367.

⁶⁵ Artículo 10 conforme redacción Ley de Concursos 24.522 (LCQ).

⁶⁶ Nto. con JUNYENT BAS, Francisco “¿No existe plazo para que una sociedad comercial se presente en concurso preventivo?”, en VI Congreso Argentino de Derecho Concursal IV Congreso Iberoamericano sobre la insolvencia, Rosario, 27, 28 y 29 de septiembre de 2006, T. II, p. 169 y ss.

⁶⁷ ARAYA, Miguel C. “Responsabilidad de los administradores de la Sociedad Anónima” en *DERECHOS PATRIMONIALES Estudios en homenaje al Profesor emérito Dr. Efraín Hugo Richard*, Editorial Ad Hoc, Buenos Aires 2001, bajo la dirección de Laura Filippi y María Laura Juárez, página 639 tomo II, especialmente pág. 647.

1. ¿En caso de homologación de acuerdo habiéndose constatado por el Síndico en el informe general la existencia de la causal de pérdida del capital social largo tiempo antes de la presentación declarada en los mismos balances aprobados, se mantiene la responsabilidad del art. 99 LSA?

No parece que el efecto novatorio que genera la homologación de un acuerdo concursal alcance a la responsabilidad de administradores y/o socios.

Si los administradores continúan la operación de una sociedad, con pérdida del capital social y el patrimonio no es apto, ello se advertirá rápidamente en la no satisfacción de las obligaciones sociales. Y en tal supuesto los administradores asumirán responsabilidad por los principios generales.

Los acreedores sociales que acrediten: (a) haber sufrido daño (b) por el accionar de administradores de sociedades (c) que hubieran asumido esas obligaciones en conocimiento del estado de cesación de pagos, (d) pueden promoverles acciones individuales de responsabilidad.

Esas acciones son extraconcursoales y no requieren la previa apertura de un juicio concursal, que tampoco las atrae.

El daño también se perfilaría en caso del perjuicio sufrido por la quita o espera que impusiera un acuerdo concursal.

2. La ley de sociedades destina un solo artículo, el 279 LS, que establece que los accionistas y los terceros conservan siempre sus acciones individuales contra los directores. Cuando la conducta antijurídica de los administradores ha causado un daño al patrimonio personal de los accionistas y de los terceros, éstos tienen una acción individual para obtener el resarcimiento del daño sufrido⁶⁸.

La responsabilidad surgirá cuando exista daño a los acreedores y el mismo permita legitimar a éstos activamente para reclamar a administradores societarios 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 ejemplificada por Garríguez y Uría frente al tercero por lesión directa a su patrimonio⁶⁹, 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”⁷⁰.

Se sostiene que sin la causación de un daño directo no cabría el ejercicio de la acción. Debe existir el daño directo que incida en forma inmediata sobre el patrimonio del tercero (o de un socio), señalándose como supuestos de daños directos la obtención de un crédito o aval facilitado por tercero, ocultado a éstos la situación difícil de la sociedad⁷¹.

Es el daño que se infiere a un tercero acreedor de la sociedad, cuando el administrador contrata con él sin informarle del estado de crisis en que está inserta la administrada (arg. art. 831 CC).

3. Sobre la exigencia de daño directo a los terceros por parte del administrador, Nissen⁷², con su característica de no asumir dogmas, sostiene que el tercero puede accionar directamente

⁶⁸ ARAYA “Responsabilidad...” cit. pág. 652.

⁶⁹ ver *Comentario a la Ley de Sociedades Anónimas* t. II, Madrid 1976 página 196, capítulo I nro. 2, último párrafo.

⁷⁰ 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”, confirmado por la CNCom Sala E 16.5.95 apoyando la doctrina el dictamen del Fiscal de Cámara, en ED t. 168 p. 496.

⁷¹ *Responsabilidad de los administradores – Levantamiento del velo* Dossier práctico de la redacción de la editorial Francis Lefebvre, Madrid 1998, pág. 49.

⁷² NISSEN, Ricardo A. “El daño resarcible en las acciones individuales de responsabilidad contra los administradores de

por el daño sufrido, aunque el mismo derive indirectamente de la afectación del patrimonio social –como acepta hoy la legislación española ante la inacción de la sociedad o de los socios contra los administradores-. En el mismo sentido Abdala⁷³.

Los administradores deben responder de los daños que causen a la sociedad o a terceros por no actuar “con lealtad y con la diligencia de un buen hombre de negocios”, que es el estándar que fija el art. 59 LS⁷⁴, imponiendo de seguido que “Los que faltaren a sus obligaciones son responsables ilimitada y solidariamente, por los daños y perjuicios que resultare de su acción u omisión”. Subraya Halperin que es “un criterio objetivo de comportamiento (pero no una responsabilidad objetiva, agregamos)... la noción de buen hombre de negocios establece una auténtica responsabilidad profesional, ya que implica capacidad técnica, experiencia, conocimientos. Para apreciarla en el caso concreto se tendrá en cuenta: a) la dimensión de la sociedad, b) su objeto, c) las funciones genéricas que incumben como director y las específicas que se le hubieran confiado, d) las circunstancias en que debió actuar (urgencia, acopio de datos, antecedentes e informaciones, etc.) y cómo cumplió su deber de diligencia”⁷⁵.

4. Extraconcuralidad de la acción individual de responsabilidad contra el administrador de la sociedad concursada. El ejercicio de esas acciones puede ser formalizada antes de la presentación en concurso, ante el juicio de quiebra o presentación en concurso, en consecuencia no de la mera demora en pagar, por 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. Posiblemente la prueba del daño, del actuar de los administradores recién se advierta claramente o pueda probarse a través de los elementos acercados al proceso concursal, particularmente a través del informe general del síndico.

4. La extensión de la reparación está vinculada al dolo. En el Código Civil argentino se declara que: “Acción dolosa para conseguir la ejecución de un acto es toda aserción de lo que es falso o disimulación de lo verdadero; cualquier artificio, astucia o maquinación que se emplee con ese fin” (art. 931) El art. 932 determina las condiciones para que el dolo anule el acto. “La omisión dolosa causa los mismos efectos que la acción dolosa, cuando el acto no se hubiera realizado sin la reticencia u ocultación dolosa” (art. 933). Se trata de un error inducido, causando un menoscabo económico, y aunque no haya sido causa del contrato, será un dolo incidental que obliga al que lo cometiere a resarcir los daños causados.

Si es doloso contratar con terceros a sabiendas que la sociedad que administra no podrá satisfacer la obligación contraída, la extensión de esa responsabilidad alcanza a las consecuencias remotas conforme dispone el art. 906 C.Civil, y el art. 931 CC señala la contratación dolosa.

5. La acción derivada. La misma conforma un tema candente en el aspecto de los grupos para ejercer la acción de responsabilidad contra los administradores de la controlante. Manóvil⁷⁶ 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.

sociedades comerciales” en *Derechos patrimoniales. Estudios en homenaje al Profesor Emérito Dr. Efraín Hugo Richard*, Directores Laura Filippi y María Laura Juarez, 2 tomos Ed. Ad Hoc, Buenos Aires 2001, tomo II pág. 655. Ello sin perjuicio de destacar los efectos prácticos que obstaculizan esa acción.

⁷³ ABDALA, Martín E. “Restricciones a las acciones individuales de responsabilidad a los administradores societarios”, quién sostiene que esas restricciones no surgen de la ley societaria y no se corresponden en absoluto con una actual y adecuada interpretación de esa norma, razón por la cuál consideramos que esa tesis es una alambicada construcción absolutamente equivocada que conduce a resultados sumamente disvaliosos y que, por ello, debe ser dejada de lado.

⁷⁴ Sobre la inteligencia de la locución puede verse a nuestro recordado HALPERIN, Isaac *Sociedades anónimas. Examen crítico del dtto. ley 19550*, editorial Depalma, pág. 451 y nota 293, Buenos Aires 1974.

⁷⁵ HALPERIN ob. cit. pág. 452/3.

⁷⁶ 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.

Se sostiene⁷⁷, ratificando el criterio que sustentamos y habilitando una acción derivada, que “consideramos contrarias al espíritu de la ley las interpretaciones que, por lo restrictivas, y por la suma de exigencias formales a las que suele condicionarse la promoción y éxito de las acciones de responsabilidad.... Como los directores son electos por la mayoría... las acciones sociales de responsabilidad rara vez son promovidas.... Ningún sistema capitalista o no, puede funcionar en forma adecuada y justa, si se fomenta –al no repararse- la causación de daños a los socios y a terceros.... En primer lugar, ¿por qué el daño derivado del menoscabo –en ocasiones la volatilización- del patrimonio social es calificado como indirecto? Se trata de una afirmación dogmática tantas veces descalificada por la Corte Suprema de la Nación con sustento en la doctrina de la arbitrariedad. Si la ley ha otorgado legitimación al accionista para promover una acción invocando el daño sufrido por la sociedad, y en beneficio de ésta, a fortiori debe estar legitimado para reclamar a título personal el resarcimiento de los perjuicios.

Esta “acción derivada” apareció autorizada por el art. 73 del Dto. 677/2001 sobre transparencia contra los actos o contratos con partes relacionadas, previendo en la última parte que la acción sea promovida por “un accionista” que “demanda resarcimiento de los perjuicios ocasionados”, o sea que no se trataría de demandar los perjuicios sufridos por la sociedad, sino los correspondientes a ese accionista. Si se entendiera que el daño que debe reclamar el accionista es el total y lo es en beneficio de la sociedad, lo que se habría consagrado no es el ejercicio de una acción derivada, sino la promoción de una “acción en representación”, lo que es bien distinto⁷⁸. Esta norma ha sido sustituida por el ARTICULO 76 de la Ley 26.831 de Mercado de Capitales, Publicada en el Boletín Oficial el 28 de Diciembre de 2012 dispone respecto a las “acciones de responsabilidad derivadas” contra integrantes de órganos en las sociedades que hacen oferta pública: “Acciones de responsabilidad. En las sociedades que hacen oferta pública de sus acciones, la acción de responsabilidad prevista en el artículo 276 de la ley 19.550 de sociedades comerciales (t.o. 1984) y sus modificaciones, cuando correspondiere ser ejercida por los accionistas en forma individual, podrá ser ejercida para reclamar en beneficio de la sociedad el resarcimiento del daño total sufrido por ésta o para reclamar el resarcimiento del daño parcial sufrido indirectamente por el accionista en proporción a su tenencia, en cuyo caso la indemnización ingresará a su patrimonio”. La norma del decreto disponía una inversión de la carga probatoria, imponiendo “a la parte demandada probar que el acto o contrato se ajustó a condiciones de mercado o que las condiciones de la operación no causaron perjuicio a la sociedad”, inversión que ahora aparece más generalizada en el art. 74 de la nueva Ley de Mercado de Capitales.

Las acciones derivadas son una forma de expresión de la acción subrogatoria u oblicua⁷⁹, pudiendo aplicarse en supuestos de administradores de sociedades que no hacen oferta pública.

6. La sanción por actividad ilícita, configura un punto de interés respecto a la sociedad que actúa en insolvencia pertinazmente en el mercado, conforme la norma sanción del art. 19 de la ley de sociedades comerciales, que impone la disolución de oficio de la sociedad y la responsabilidad no sólo de los administradores sino también de los socios que no acrediten buena fe. La jurisprudencia y doctrina son reacias a la aplicación de esta norma, sosteniendo que toda la

⁷⁷ ROUGUES, Julio M. V *Acción social e individual de responsabilidad. Replanteo de una “vexata quaestio”* p. 537 tomo II del IV Congreso Iberoamericano.

⁷⁸ Sobre ambas acciones puede verse el Proyecto de reformas a la ley de sociedades comerciales elaborado por la Comisión designada por el Ministerio de Justicia 465/91 que integráramos, en el Título I, Capítulo Primero, sección IV “De ciertas acciones” arts. 21 a 26, Ed. Astrea.

⁷⁹ Nto. *Las relaciones de organización y el sistema jurídico del derecho privado*, Córdoba 2000, ed. de la Academia de Córdoba, Capítulo IX Fraccionamiento de la responsabilidad frente a consumidores y terceros a través de los contratos de colaboración, parágrafo XIII “Medios no tradicionales de ejercitar la responsabilidad”, pág. 426. La acción oblicua abriría el camino ante tesis restrictivas, pues los acreedores sociales podrían ejercer la acción social de responsabilidad contra los administradores que perjudicaron el patrimonio social. Esta es la hipótesis que abre la responsabilidad en la quiebra conforme al art. 173 ley 24.522, no dudando en calificar de dolosa la actuación de administradores societarios que contrata por la sociedad con un tercero a sabiendas que no podrá o tendrá dificultades en cumplir el contrato.

actividad debe ser ilícita⁸⁰. Anticipamos que no concordamos con esas posiciones. Cuando la sociedad actúa ilegalmente alterando el mercado la visión debe variar, y ello se produciría cuando el administrador opera con una sociedad insolvente, a sabiendas que no podrá cumplir sus compromisos.

En algunas causas, más que sancionar el abuso de la personalidad jurídica o la responsabilidad de administradores y controlantes, debería sancionarse a la propia sociedad, por su gestión antifuncional, por actividad ilícita.

El incumplimiento masivo del insolvente se irradia en el mercado y afecta a los acreedores *in bonis* del insolvente, generando en muchos casos su propia insolvencia.

El Proyecto de Código Civil y Comercial contempla las relaciones civiles y comerciales, y su artículo 1710 consagra el deber de prevención para toda persona con los siguientes alcances: a) en cuanto dependa de ella y b) se deben adoptar las diligencias conforme a lo que haría una persona que obrara de buena fe, disponiendo medidas razonables para evitar el daño o disminuir su magnitud o no agravarlo si ya se ha producido.

Y lo más importante es que la omisión del deber de prevención da lugar a la acción judicial preventiva (artículo 1711), cuyos presupuestos son: a) autoría: que en este caso puede consistir en un hecho o una omisión de quien tiene a su cargo un deber de prevención del daño (en el caso, los administradores societarios); b) antijuridicidad: porque constituye una violación del deber de prevención; c) causalidad: porque la amenaza de daño (insolvencia, agravamiento de la crisis) debe ser previsible de acuerdo con el régimen causal que se define en el Proyecto. Se reconoce legitimación sustancial para petitionar judicialmente por la prevención a quienes acrediten un interés razonable en la prevención del derecho amenazado⁸¹.

La sentencia que admite la acción preventiva debe disponer, a pedido de parte o de oficio, en forma definitiva o provisoria, obligaciones de dar, hacer o no hacer, según corresponda; debe ponderar los criterios de menor restricción posible y de modo más idóneo para asegurar la obtención de la finalidad (artículo 1713).

VIII – Para meditar y actuar.

El Título Preliminar ahonda en el abuso de derecho. Hoy el Art.1.071 del C.Civil, luego de recordar que el ejercicio regular de un derecho propio o el cumplimiento de una obligación legal no puede constituir como ilícito ningún acto, agrega “*La Ley no ampara el ejercicio abusivo de los derechos. Se considerará tal al que contraríe los fines que aquélla tuvo en mira al reconocerlo o al que exceda los límites impuestos por la buena fe, la moral y las buenas costumbres*”. A ello debe agregarse el contenido del art. 953 del C.Civil que sanciona con nulidad absoluta (art. 1044 C.C.) a este tipo de actos⁸². En el caso el derecho de proponer quitas implica un real abuso de derecho frente a su obligación incumplida de reintegrar o aceptar la capitalización de la sociedad⁸³.

Para meditar en torno a la causal de disolución “pérdida del capital social” que impone soluciones societarias concretas. No afrontar la crisis oportunamente y exigir un sacrificio a los acreedores, impone que la propuesta no pueda sea homologada, por abusiva⁸⁴ u en fraude a la ley al haberse omitido las previsiones imperativas. En el estado actual no puede un juez considerar una propuesta de quita en el concurso de una sociedad, sin hacer un análisis sobre su abusividad a la

⁸⁰ Nto. “SOCIEDAD EN INSOLVENCIA Y ACTIVIDAD ILÍCITA”, en *Doctrina Societaria y Concursal*, Ed. Errepar, n° 185, abril 2003, tomo XV pág. 313.

⁸¹ Código Civil y Comercial de la Nación. Proyecto del Poder Ejecutivo de la Nación redactado por la Comisión de Reformas designada por Decreto 191/2011. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2012, p. 656 y 657.

⁸² “Sobre el título preliminar del Proyecto de Código Civil y Comercial” en *El Derecho*, Buenos Aires, viernes 5 de abril de 2013.

⁸³ FIMMANO, Francesco, “L’ allocazione efficiente dell’ impresa in crisi mediante la trasformazione dei creditori in soci”, en *Revista delle società*, 2010, páginas 57 y siguientes.

⁸⁴ Nto. “Crisis de sociedades: Acuerdos concursales abusivos vs. Solución privada” en *SUMMA CONCURSAL*, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires 2012, tomo II pág. 1945.

luz de las normas imperativas del derecho societario, eventualmente excluyéndolo de las mismas en forma expresa.

“En la sociedad anónima, esencialmente capitalista, no parece prudente esperar a que el capital se pierda totalmente para que las pérdidas operen como causa de disolución, pues entonces los acreedores no tendrían ninguna seguridad o garantía para el percibo de sus créditos. De ahí que nuestra ley (art. 260.1.4ª) declare causa de disolución el hecho de que se produzcan pérdidas *que dejen reducido el patrimonio a una cantidad inferior al capital social, a no ser que ése se aumenta o se reduzca en la medida suficiente*.. Desde esta perspectiva, esta norma opera como un instrumento preconcursal destinado a evitar la insolvencia de las sociedades anónimas y su eventual declaración de quiebra”⁸⁵.

Cuidemos los asesores económicos y jurídicos al instrumento maravilloso de la organización empresaria que es la sociedad y evitemos que pueda responsabilizarse a administradores y eventualmente a los socios por su obrar contrario a la ley⁸⁶.

Todo un postulado.

⁸⁵ URÍA, R.; MENÉNDEZ, A. y GARCÍA de ENTERRÍA, J. –“La sociedad anónima: disolución” Cap. 4, pág. 1001 en *CURSO DE DERECHO MERCANTIL* citado..

⁸⁶ ¡MÁS JUSTICIA Y MENOS JUICIOS! CONSERVACIÓN DE LA EMPRESA Y PRECONCURSALIDAD SOCIETARIA Publicado en Revista de Derecho Comercial, del Consumidor y de la Empresa (DCCyE, Editorial La Ley) Año IV, Número 1, Febrero 2013, pág. 3.