

EL ART. 99 LEY 19.550 Y CAUSALES DE DISOLUCIÓN DE SOCIEDADES

(De cómo evitar responsabilidad ante la insolvencia societaria)

Efraín Hugo Richard

La felicidad no es un destino, es la actitud con que se viaja por la vida...

Publicado en Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones (RDCO) 2013-A- pág. 663, año 46, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires 2013.

I - PREÁMBULO.

Las causales de disolución de las sociedades no son sino supuestos que imponen el cese de la actividad normal de la sociedad, para iniciar otra etapa: la de liquidación, que comporta satisfacer el pasivo social y distribuir el remanente entre los socios, para desaparecer como persona jurídica una vez extinguidas todas las relaciones jurídicas que la justificaron .

Ello en beneficio de los socios, conforme sus previsiones estatutarias y las legales, y para los terceros en seguridad de sus créditos, particularmente en supuestos de pérdida del capital social o imposibilidad de continuar el giro, pero también en supuestos de vencimiento de plazo o “desaparición” de la sociedad sin proceder a la liquidación prevista por la ley.

El objetivo de este ensayo es apuntar a la imperatividad de ciertas normas, y cuyo incumplimiento genera responsabilidad en caso de daño a la sociedad, a los socios o, muy particularmente, de terceros. Con las interpretaciones que ponemos a consideración intentamos paliar ciertos efectos disvaliosos, de la misma manera que como lo venimos haciendo hasta la fecha al referirnos a los concursos de sociedades. Hace falta tener en claro el objetivo general de un sistema jurídico, en el caso el de derecho societario, con personificación de las relaciones de organización.¹

La sociedad es un sujeto de derecho –persona jurídica- que el sistema jurídico entrega como técnica de organización para que los fundadores de una empresa puedan generar un centro de imputación autogestante. Esos fundadores y los administradores que elijan como órgano del nuevo ente son los que deben asumir la funcionalidad, evitando perjudicar a terceros y asumir responsabilidad. Sobre esto versa el art. 99 de la ley 19.550 en adelante LSA) con cuyo comentario cerraremos este ensayo.

II - CAUSALES DE DISOLUCIÓN DE SOCIEDADES COMERCIALES.

Las causales de disolución están previstas en el art. 94 LSA, pero pueden incorporarse otras en el estatuto constitutivo.

La constatación de una causal de disolución impone la liquidación de la sociedad. Sobre la imperatividad de las normas de la legislación societaria nos hemos expedido, y ello es reforzado en el Título Preliminar del Proyecto de Código Civil y Comercial en análisis.²

¹ Nto. *Relaciones de Organización – Sistema Societario*, Ed. Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Córdoba 2007, págs.. 91 y ss..

² Nto. “Insolvencia Societaria en el Proyecto de Código” en diario *La Ley* del 4 de marzo de 2013 pág. 1 y ss., específicamente pág. 2 “2. La imperatividad y el orden público en las normas de organización societaria”, LA LEY 2013-B.

El inicio de la liquidación no importa el cese de la actividad, que podría llevar a consecuencias funestas para acreedores y socios, no satisfaciendo a todos pese a un aparente activo superior al pasivo, al generarse un incremento exponencial de este último por indemnizaciones por despido, rupturas de contratos, etc.. La liquidación puede comportar una larga etapa, conforme a un plan concebido de acuerdo a las características del negocio, a las cualidades del activo a liquidar y la minimización de nuevas cuentas de pasivo. Justamente Bernardo Carlino³ expresa: “Final: el procedimiento liquidatorio es un plan de negocios ad-hoc. De igual modo puede analizarse la liquidación de la empresa: todo el proceso liquidatorio (Secc. XIII-Cap. I, LSC) debe responder a un plan, y aunque parezca impropio llamarlo de “negocios”, lo cierto es que el liquidador debe finiquitar los negocios pendientes, aunque ello signifique llevar a cabo algunas actividades propias de un administrador, sea para no malvender las existencias de bienes de cambio, para finalizar los procesos productivos en curso de ejecución, para no interrumpir abruptamente la provisión ya convenida a terceros y generar litigios, etcétera”.

III - EL VENCIMIENTO DEL PLAZO. LA “DESAPARICIÓN DE LA SOCIEDAD”

El vencimiento del plazo es una causal de las que se considera que operan automáticamente, “ipso jure”, “ope legis”, de pleno derecho imponiendo el inicio de la etapa de liquidación, por ser ostensibles. Pero los socios pueden resolver la continuidad. No ingresaremos sobre ello.

Pero sí apuntaremos, que en caso de vencimiento de plazo o simplemente por decisión de los socios, la sociedad deja de actuar y soslaya el procedimiento de liquidación los administradores y los socios pueden correr riesgo.

El riesgo concreto es que no se hubieran cancelado todas las obligaciones, o se dicten sentencias con posterioridad, o se generen incumplimientos formales con los órganos públicos de recaudación, y –en tales casos- los administradores siempre, y quizá los socios, se encontrarán con problemas por la previsión del artículo 99 LSA. Si se han extinguido todos los pasivos y liquidado todos los activos sería un exceso ritual manifiesto exigir la liquidación.

IV - LA DISOLUCIÓN POR PÉRDIDA DEL CAPITAL.

La pérdida del capital social impone iniciar el proceso de liquidación, pues constituye una causal de disolución al constatarse en el balance esa situación, o antes⁴. Se trata de las causales de inmediato conocimiento -que suelen referirse como que actúan de pleno derecho, ipso jure u ope legis, generando la responsabilidad prevista por el art.99 LSA para administradores y socios de no optarse por las soluciones que la misma ley ofrece en el art. 96 para no iniciar la liquidación de la sociedad: “En caso de pérdida del capital social, la disolución no se produce si los socios acuerdan su reintegro total o parcial del mismo o su aumento”.

Todo a contar de los propios actos de la sociedad: la presentación del proyecto de balance por los administradores y la aprobación del mismo por los socios, del que resulte como declaración de certeza y de verdad la pérdida del capital social.

Dejamos de lado otra causal disolutoria que puede coincidir con la pérdida del capital social –art. 94 inc. 5° LSA-, pero opinable en cuanto a la constatación de su existencia: la imposibilidad sobreviniente de cumplimiento del objeto social por problemas patrimoniales-financieros –entre otras muchas situaciones previstas por el art. 94 in. 4° LSA-.

³ CARLINO, Bernardo *GENETICA DEL PLAN DE NEGOCIOS (MÁS SOBRE LA CONTRIBUCIÓN DE E. H. RICHARD) en Jurisprudencia Argentina, Newsletter del 20 de marzo de 2009*

⁴ FUSHIMI, Jorge Fernando – RICHARD, Efraín Hugo “EL BALANCE ANUAL DE LAS SOCIEDADES. CONSTATAIONES Y EFECTOS” en prensa.

La causal por pérdida del capital social hace a la función de garantía del mismo, y la referida a la imposibilidad sobreviniente de cumplimiento del objeto social por causas patrimoniales hace a la función de operatividad del patrimonio social, aunque en muchos casos se advertirá su convergencia. Pero esta última es de constatación más dificultosa.

Recurramos a Nissen⁵, para un análisis de los arts. 94 inc. 5°, 96 y 99 LSA, aunque no estamos totalmente de acuerdo con sus apreciaciones, siempre serias y fundadas, representando un punto de partida insoslayable para ello. Nissen expresa "... b) Dicha causal disolutoria no se produce ipso jure, esto es, de pleno derecho, como expresamente prescribía el art. 369 del Código de Comercio... , requiere en principio, una decisión en tal sentido. c) La disolución de la sociedad afectada por tal circunstancia está sometida a una condición suspensiva para su efectivo acaecimiento y tránsito hacia la etapa liquidativa, que los socios no acuerden el reintegro total o parcial del capital social o su aumento... deja sin resolver el plazo con que cuentan los socios para regularizar la sociedad a través de los procedimientos previstos por el art. 96..., así como omitió reglamentar el instituto del reintegro del capital social... pérdida... total del capital social, ... Lo verdaderamente importante, siguiendo a Halperin, es que la pérdida del capital social debe resultar del estado patrimonial no susceptible de variación en el curso de los negocios, pues de lo contrario la disolución estaría sujeta al resultado transitorio de un negocio desfavorable, sin tener en cuenta el resultado de las demás operaciones en trámite... es de sencilla constatación en los estados contables de la sociedad y basta al respecto recurrir al estado de evolución del patrimonio neto durante el ejercicio considerado, que incluye la cifra "capital" como rubro integrante de tal cuenta. Si a tenor de ese instrumento, especialmente requerido por el art. 64, II, ... se observa que las pérdidas del ejercicio o las pérdidas acumuladas no pueden ser absorbidas totalmente por las reservas (cualquiera que sea su clase, incluso por la que incorrectamente se denomina "resultados no asignados", que es –en puridad jurídica- una reserva facultativa), por los fondos de revalúos o por los aportes irrevocables efectuados por los socios, ni tampoco por el capital social, al que supera, la situación prevista por el art. 94, inc. 5°... se configura expresamente, y obliga a los administradores o directores de la sociedad, así como al órgano de fiscalización, a convocar a asamblea de socios o accionistas, a los efectos de adoptar las medidas del caso ... pues los graves efectos que supone la continuidad empresarial por una sociedad carente de capital social torna inadecuado dejar librada la celebración de la asamblea ... a fórmulas tan vagas y genéricas.... Estimamos que resulta más adecuado a derecho, en beneficio de la seguridad jurídica y la protección de los terceros, la aplicación analógica de lo dispuesto por el art. 94 inc. 8°..., en cuanto prevé la existencia de un término de tres meses... período durante el cual debe ser convocada y celebrada una reunión de socios o asamblea... Transcurrido dicho plazo y si la sociedad no se ha pronunciado en uno y otro sentido, la disolución se produce en este caso de pleno derecho ... No es admisible ni se compadece con el parámetro de actuación que prevé el art. 59..., que los administradores nada hagan ante la constatación de que la sociedad ha perdido el capital social".

Cuestionamos la calificación de las causales de disolución en las que operan de pleno derecho, "ipso jure" u "ope legis", dentro de las que se señala el vencimiento del término⁶. No nos parece una clasificación adecuada y así lo hemos sostenido⁷. Aún en la causal de vencimiento del término la sociedad podría seguir operando –otro tema es la responsabilidad si ello generara daño-. Es valiosa la clasificación entre causales imperativas y voluntarias, y en relación a las primeras las de inmediata constatación o que deben ser declaradas. Todo en vista a la sanción: la responsabilidad.

⁵ NISSEN, Ricardo Augusto *Ley de sociedades comerciales. 19.550 y modificatorias. Comentada, anotada y concordada* 3ª edición actualizada y ampliada, Ed. Astrea, Buenos Aires 2010, que hemos comentado, particularmente tomo I págs.. 912 y ss..

⁶ Sobre este aspecto nos hemos explayado en "Disolución y liquidación de sociedades" en *Derecho y principios societarios*, Ed. Tapas, Córdoba 1982, pág. 223, apuntando que en el caso los socios han deliberado y constatado la causal al aprobar el balance con el patrimonio neto neutro o negativo.

⁷ RICHARD, E.H. y MUIÑO O.M. *Derecho Societario*, 2ª edición ampliada y actualizada, Ed. Astrea, Bs. As. 2007, pág. 365 y ss..

No hay duda que la pérdida del capital social cuando se formaliza o debió formalizar el balance con tal revelación aparece como de inmediata constatación e impone la convocatoria a los socios.

No existe plazo para remover la causal (art. 96 LSA) o iniciar la liquidación, pero la responsabilidad nace en forma inmediata (art. 99 LSA), y la obligación de resarcir está ligada a la existencia de daño.

Si hay “recomposición” del capital social o su reintegración o aumento desaparece todo problema aunque hubiere demora, pues ningún daño se ha generado manteniéndose la garantía de los acreedores.

Si esa recomposición no se decide y continúa operando la sociedad la cuestión de la responsabilidad se retrotrae a la fecha en que se acredite que administradores y socios conocieron o debieron conocer la situación o si aprobaron un balance donde se registrara la pérdida del capital social, si, como debemos presumir, hay acreedores insatisfechos, incluso los que resultan afectados por quitas⁸ y esperas en un proceso concursal.⁹

Sin duda la causal es de inmediata constatación por lo menos al aprobarse un balance del que resulte la pérdida del capital social. No opera de pleno derecho pues la ley otorga la posibilidad de removerlo, pero debe entenderse que si se continúa el giro sin atender la causal constatada y no se procede a removerla, será de aplicación inmediata la previsión del art. 99 LSA sobre responsabilidad de administradores y socios que colaboraran a ello.

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

Hoy destacamos la relevancia de la función de garantía del capital social.

Por eso hemos ponemos acento en la causal de disolución de pérdida del capital social que –pese a que la particular legislación no contenga plazos para iniciar la liquidación- dispara la

⁸ La quita es una propuesta esencialmente poco equitativa desde el momento que implica una transferencia de riqueza del acreedor al deudor, a título gratuito - RICHARD, Efraín Hugo: “¿Capitalismo de reposición vs. Capitalismo donatario?” en *Doctrina Societaria y Concursal* ERREPAR (DSCE) Tomo XXIII Pág.:933 Setiembre 2011, y el consecuente enriquecimiento del segundo a costas del empobrecimiento del primero, quien no sólo ejecutó una obra, prestó un servicio, dio en locación un bien o entregó bienes sin recibir nada a cambio, sino que además, ve reducida su pretensión creditoria no sólo por la quita de marras, sino por la suspensión de los intereses moratorios y la no consideración de intereses compensatorios por la financiación, ni actualización, que en la mayoría de los casos conlleva la propuesta de espera.

⁹ Nto. “Los administradores societarios y la insolvencia” en *SUMMA SOCIETARIA*, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires 2012, tomo I pág. 1449.

¹⁰ Podemos citar, entre otros: LE PERA, Sergio: “Sobre la futilidad de la noción de capital social” LL, T.1986-b, Pág. 972; ARAYA, Miguel C. “El Capital Social” DPyC – Sociedades, Ed. 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” DSEyC Errepar, T.IX, 1998; BOLLINI SHAW, Carlos (h): “Capital y patrimonio en las sociedades anónimas. El principio de la intangibilidad del capital social” ED-1976, T.65, Pág. 813; REINOSO, José L. “Capital social: mínimo legal y suficiente para el cumplimiento del objeto social” JA-1997, t.IV, Pág. 731; JURADO, María A. “El Capital Social y la Realidad Económica actual”, en la obra colectiva: “CUESTIONES DE DERECHO SOCIETARIO. EN HOMENAJE A HORACIO P. FARGOSI”, VÍTOLO, Daniel R. Director. Ed. Ad-Hoc. Bs. As. 2004, pág. 333; RICHARD, Efraín Hugo: “Sobre el Capital Social”, en “Jornadas Nacionales de Derecho Societario en Homenaje al Profesor Enrique M. Butty, Buenos Aires, 2007, pág. 107 y en <http://www.acader.unc.edu.ar>.-

responsabilidad de administradores –y quizá de socios- de continuar el giro y no poder luego satisfacer el pasivo. La libertad para decidir la continuación del giro, sin capitalizar la sociedad, en la esperanza de un plan de negocios exitoso, no los libera en caso negativo de asumir el pasivo insoluto o la satisfacción de las obligaciones contraídas. En ese sentido se sostiene¹¹ que la sociedad puede continuar operando pese a la pérdida del capital social, porque puede apreciar revertirla con las operaciones en curso.

V - REINTEGRO, CAPITALIZACIÓN O LIQUIDACIÓN.

El planteo puede formalizarse desde la noción del capital social, normalmente vinculado a la limitación de responsabilidad de los socios. Obviamente que un adecuado capital social, su reintegración o su aumento son la solución (transitoria o definitiva) del problema generado por la pérdida.

La conservación de la empresa estructurada societariamente es un problema de los administradores y de los socios¹². Es una cuestión de derecho privado.

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

Adviértase los sistemas que en situaciones semejantes permiten a los administradores emitir acciones sin autorización de los socios¹³. La tutela de los acreedores ante la continuidad de la empresa en cesación de pagos, aumentando la posibilidad de pérdidas ante una prospectiva incierta, impone pensar en la responsabilidad de los administradores¹⁴, señalándose la utilidad que revisten en general “los remedios tempestivos e idóneos a la primera señal de crisis”¹⁵..

La ley societaria argentina ofrece en el art. 96 el remedio para no iniciar la liquidación de la sociedad: “En caso de pérdida del capital social, la disolución no se produce si los socios acuerden su reintegro total o parcial del mismo o su aumento”. La solución es similar en el actual Código de Comercio venezolano, y de la mayoría de los países¹⁶. La paradoja se plantea cuando administradores societarios, ante la crisis patrimonial, que revela la pérdida del capital social, proceden a presentar en concurso preventivo –no sería diferente la cuestión ante la apertura de un procedimiento de acuerdo preventivo extrajudicial- sin haber seguido aquel camino.

En ese contexto resulta importante otorgar la preferencia a los socios. Claro que ello puede lograrse con mínimo costo en sede societario. Así resulta de las previsiones de la ley societaria argentina, asegurando la posición del socio ante el eventual aumento de capital, impuesto por el giro de los negocios o por la necesidad de evitar la disolución por pérdida total o parcial del capital social, o por la imposibilidad sobreviniente del patrimonio social para cumplir el objeto social – empresa-.

¹¹ FOURCADE, Antonio “Sociedades comerciales. Parte especial”, Ed. Advocatus, Córdoba 2001, pág. 114.

¹² Nto. “La conservación de la Empresa” en Anales de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba tomo XXV pág. 107 y ss. correspondiendo a nuestra comunicación en ocasión de recibir el Premio Academia en el año 1981; “Los administradores societarios y la insolvencia” RDCO n° 203 pág. 553 y ss., entre otros que pueden verse en la página electrónica de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba www.acaderc.org.ar. MICELLI, María I. “Los nuevos concordatos irrisorios. El delicado equilibrio entre la conservación de la empresa y la protección adecuada del crédito” en Derecho Concursal Argentino e Iberoamericano, cit., t. II pág. 631 y ss..

¹³ MIOLA, MASSIMO “Il sistema del capitale sociale e le prospettive di riforma nel diritto europeo delle società di capitali” en *Rivista delle Società*, 2005-50-1199, fasc. 6. pág. 1310.

¹⁴ MIOLA ob. cit. pág. 1310.

¹⁵ MIOLA ob. cit. pág. 1309.

¹⁶ “¡Más justicia y menos juicios! Conservación de la empresa y preconcursalidad societaria” en Revista de Derecho Comercial y del Consumidor y de la Empresa, año IV, número 1, Febrero 2013, Ed. La Ley, Buenos Aires 2013, pág. 3.

Sobre la cuestión arroja luz el fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina (CS) del 20 de octubre de 2009, mediante el cual la Corte formula un *obiter dictum* sobre el punto, al acoger planteos de arbitrariedad contra la sentencia homologatoria en el concurso de “Sociedad Comercial del Plata S.A. y otros s/ concurso preventivo”, basado en la afectación del debido proceso y del derecho de propiedad, ordenando que vuelvan los autos al tribunal de origen a fin de que se dicte nuevo pronunciamiento con arreglo a lo resuelto. A través del voto de la mayoría-presenta, en torno a la propuesta de acuerdo abusiva, una concordancia con el precedente “Arcángel Maggio S.A.”¹⁷.

El *obiter dictum* es expresado contundentemente en un párrafo del voto mayoritario. –Es iluminada la afirmación: “El proceso concursal, como última ratio preventiva que procura remediar el estado de cesación de pagos, atendiendo coetáneamente la protección de la empresa y la satisfacción del derecho de los acreedores”.

El calificar al concurso como “última ratio preventiva que procura remediar el estado de cesación de pagos”, reconoce directamente que existen otros remedios para afrontar la crisis en forma preventiva. Atiende fundamentalmente a los recursos societarios para afrontar la crisis que registra imperativamente la ley societaria específica, confirmando nuestra tesis., por lo que el concurso aparece –cuando no se ha intentado previamente aquél- como abusivo. No debe olvidarse que una quita implica un empobrecimiento de los acreedores –como señala la Corte- y un enriquecimiento para el patrimonio social, y por ende de los accionistas– particularmente los de control-¹⁸.

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.”¹⁹

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

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

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

¹⁷ BOQUIN, Gabriela y NISSEN, Ricardo Augusto Nissen “UN EJEMPLAR FALLO EN MATERIA DE TRANSPARENCIA DE LOS PROCESOS CONCURSALES”, en “El Cronista Comercial” del 21 de octubre de 2009, pág. 3.

¹⁸ 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 VIII° CONGRESO ARGENTINO DE DERECHO CONCURSAL VI° CONGRESO IBEROAMERICANO DE LA INSOLVENCIA, Tucumán (R.A.) septiembre de 2012, *POR UN MEJOR DERECHO CONCURSAL*.

¹⁹ 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”.

No se trata simplemente de un proyecto de balance, sino de un acto jurídico imputable a la sociedad, con el efecto de imponer la liquidación de la sociedad (arts. 101 y ss. LSC), y en el caso de continuar el giro generando la responsabilidad solidaria indubitable de los administradores prevista por el art. 99 LSC, respecto de terceros y los socios, con una manifestación genérica respecto a la responsabilidad de éstos “sin perjuicio de la responsabilidad de éstos”, que abre tema para el análisis, como en la última jurisprudencia referida.

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

El reintegro impone su consideración en el orden del día y es una forma de confesión de la pérdida del capital social. El aumento de capital sería un llamado neutro, pero tanto aquel como éste abren la posibilidad de receso²⁰, sin bien sin duda con resultado neutro, simplemente liberatorio de la obligación de reintegrar. Quizá, como lo hemos sostenido²¹, la capitalización de deuda podría ser la solución fiscal y socialmente más interesante.

Como señaló la jurisprudencia²² “la suficiente capitalización de la sociedad al momento de su constitución y posteriormente, durante todo el desarrollo de la actividad empresarial es la mejor manera de evitar la insolvencia de la sociedad, atento que ésta cuenta con mecanismos para obtener la financiación interna”, y –eventualmente- la capitalización del pasivo. Equiparamos la pérdida del capital social a la insolvencia, correspondiendo la cesación de pagos a una situación de activo corriente insuficiente²³.

Al no existir normas claras que impidan la continuación de la empresa en crisis aumentando la posibilidad de fracaso ante una prospectiva incierta, la tutela de los acreedores resulta de imputar responsabilidad de los administradores sociales, por no haber actuado debidamente, generando daño por su específica acción u omisión²⁴.

Los administradores de esas sociedades, y los socios de control, ante la crisis suelen no adoptar ninguna de las medidas o vías que les ofrece el sistema societario: no llaman formalmente a los socios a considerar como afrontar la crisis, no se expresa ello ni en Asambleas ni en Reuniones Generales, y menos aún se les convoca para aumentar del capital social, reintegración del mismo, reorganización de la empresa, venta de activos inactivos, y particularmente a una capitalización de pasivos por negociación con acreedores.

Pero hemos determinado que es deber legal fundamental de los socios capitalizar la empresa si la intención es continuar el giro social ante la pérdida del capital social. No necesariamente con aportes propios. Pues aún cuando desistan de seguir aportando porque no quieren o porque han perdido interés en el proyecto económico de la sociedad-empresa, o no tienen capacidad económica para hacerlo, encuentran la solución en la ley de sociedades: pueden invitar a terceros a suscribir el aumento de capital necesario para la continuación del giro o la capitalización de las deudas, o sea que los acreedores acompañen a los accionistas no sólo en el riesgo sino en el éxito futuro del negocio.

Si fracasara la tratativa extrajudicial de esa capitalización, o la liquidación privada se considerara inviable, recién aparecería lógica la presentación en concurso, formalizada temporáneamente con ese proceso. Y la capitalización de los créditos quirografarios puede ser la

²⁰DASSO, Ariel A *Tratado del Derecho de Separación o Receso del Socio y del Accionista*, Ed. Legis, Buenos Aires 2012, pág. 193 y ss..

²¹FUSHIMI – RICHARD “La quita en concursos...” cit..

²² Cám. Trabajo y Minas 4ª Nominación de Santiago del Estero, República Argentina, con fecha 15 de junio de 2005, en la causa “Salazar, Oscar E. c/ Forestal El Milagro SRL”, LLNOA 2005-1446.

²³ VEIGA, Juan C. – RICHARD, Efraín H. “NUEVA VISIÓN EN TORNO A LA HOMOLOGACIÓN DE ACUERDOS CON QUITAS EN CONCURSO DE SOCIEDADES. EL ABUSO Y EL FRAUDE”, en VIIIº CONGRESO ARGENTINO DE DERECHO CONCURSAL y VIº CONGRESO IBEROAMERICANO DE LA INSOLVENCIA, Tucumán (R.A.) septiembre de 2012 *POR UN MEJOR DERECHO CONCURSAL* Tomo I pág. 367.

²⁴ MIOLA ob.cit..pág. 1310..

propuesta superadora para lograr un acuerdo. Quita y espera impuestas en acuerdo concursal importan enriquecimiento para los socios y empobrecimiento para los acreedores, un verdadero abuso de derecho y fraude a la ley, reafirmado en el Proyecto de Código Civil y Comercial en análisis.²⁵

La capitalización tiene múltiples matices²⁶, incluso para el reparto de derechos entre viejos y nuevos socios. Apremiar adecuadamente sus posibilidades depende del plan de negocios que formulen los administradores o los técnicos a que ellos se lo requieran.

Los resultados que prometa el plan de negocios permitirán a los socios analizar la conveniencia de reintegrar o aumentar el capital social. A su vez la posibilidad de invitar a terceros a integrarse a la sociedad por el buen negocio que resulta el adecuado cumplimiento de su objeto, la rentabilidad esperada, lo que puede permitir atender o reorganizar el pasivo exigible. Hemos intervenido en negocios donde los nuevos inversores aceptaron capitalizar con prima de emisión los fondos suficientes para satisfacer el pasivo, por la seguridad de las utilidades que se generarían una vez extinguido el mismo.

VI - LIQUIDACIÓN EXTRAJUDICIAL SOCIETARIA.

Algo ya hemos adelantado. ¿Y si la liquidación no satisficiera la totalidad del pasivo, como presumimos en caso de insolvencia? ¿Podrá solicitarse la quiebra por parte de acreedores? Obviamente que sí, pero carecerá de resultado práctico y se incurrirá en altos costos si no existieren acciones de responsabilidad o de integración de activos. No sería aplicable la clausura del procedimiento por falta de activo y el pase de antecedentes a la justicia del crimen, pues justamente se ha liquidado conforme prevé la ley societaria. También se podría solicitar el concurso, o la conversión de aquella quiebra, pero se deberá tener en cuenta que se tutela en tal caso.

Sin duda la liquidación de la sociedad debe sujetarse a un plan. En forma alguna corresponde el cese total de la actividad aún en casos de constatare causales de inmediata acreditación –causales que operan ipso jure, de pleno derecho, u ope legis-, pues tal interpretación podría llevar a funestas consecuencias por pérdida de valor del patrimonio. Además todas las causales pueden ser removidas por decisión de los socios, por ellos mismos o por intervención de terceros²⁷.

VII – EL AUMENTO DE CAPITAL EN LA LIQUIDACIÓN.

²⁵ Nto. "Insolvencia societaria en el Proyecto de Código", en diario La Ley del 4 de marzo de 2013, pág. 1 y ss..correspondiente al tomo La Ley 2013-B.

²⁶ Por ejemplo : emitir con prima, o acciones de clase, con preferencias, determinando pactos de rescate, etc.. LAS CLAUSULAS O CONVENIOS DE PREFERENCIA PARA LA COMPRA DE ACCIONES O CUOTAS SOCIALES, SON DE VALIDEZ INDISCUTIDA EN EL DERECHO ARGENTINO TANTO COMO EN EL COMPARADO, SEA QUE ESTEN CONTENIDOS EN EL ESTATUTO O EN PACTOS PRIVADOS ENTRE ACCIONISTAS (CFR. MANOVIL, R., "GRUPOS DE SOCIEDADES", P. 320, BS. AS., 1998; REGGIARDO, R., "SOBRE LA TRANSMISION 'ENTRE VIVOS' DE ACCIONES", ED 205-844; VANHAECKE, M., "LES GROUPE DE SOCIETES", P. 76, N° 65, LIBRAIRIE GENERALE DE DROIT ET DE JURISPRUDENDE, PARIS, 1962; CHAMPAUD, C., "LE POUVOIR DE CONCENTRATION DE LA SOCIETE PAR ACTIONS", PAGES. 51-52, N° 49 Y 50, SIREY, PARIS, 1962; ASCARELLI, T., "SUI LIMITI STATUTARI ALLA CIRCOLAZIONE DELLE PARTICIPACION AZIONARIE", EN SAGGI DI DIRITTO COMMERCIALI, P. 359, ESPEC. P. 391, N° 18, MILANO, A.GIUFFRE, 1955), Y SEA QUE COMPRENDAN A TODOS LOS ACCIONISTAS O SOLO A CIERTA CLASE DE ELLOS, EN CUALQUIER CASO, ES INCUESTIONABLE LA LICITUD DEL CONVENIO (CFR. BROSETA PONT, M., "RESTRICCIONES ESTATUTARIAS A LA LIBRE TRANSMISIBILIDAD DE ACCIONES", PAGES. 51 Y 138, MADRID, 1963). In re *RECUPERO ENERGETICO SA C/ CAMUZZI GAS PAMPEANA SA S/ ORDINARIO.vocales* HEREDIA - VASSALLO – DIEUZEIDE de CAMARA COMERCIAL: D., 2007-02-14.

²⁷ RICHARD-MUIÑO *Derecho Societario* 2ª Ed. citada, tomo I pág. 365 y ss., especialmente pág. 370 "la sociedad puede seguir actuando, lo que relativiza la imperatividad de la causal".

El aumento de capital en la etapa de liquidación es una práctica no usual, pero legítima.

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.

Aparece totalmente congruente la actitud de los accionistas como de la judicatura, en un aspecto pocas veces asumido y tratado, que sostenemos como preconcursal²⁸, 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 aquella y los socios...”²⁹.

Estas reflexiones son normalmente olvidadas, intentando encubrir la insolvencia por procedimientos varios –preferentemente concursales-, eludiendo normas imperativas del régimen societario.

VIII - 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

²⁸ 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.

²⁹ Estas reflexiones corresponden a la CCCyCA SanFrancisco, 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.

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.

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.

La pérdida y su cuantía, en el caso de concurso de la sociedad sin haberlo afrontado, resultará de la documentación con la que los administradores societarios acrediten en la presentación a ese trámite la existencia de la “cesación de pagos” como estado patrimonial, de cuyas propias manifestaciones resultará la profundidad del mismo, la falta de tempestividad en afrontarlo y las responsabilidades consiguientes. Los accionistas o socios podrán asumir las responsabilidades previstas en el art. 99 LS al ratificar la presentación en concurso, apartándose de la liquidación de la sociedad sin optar por la reintegración ni el aumento de capital, por los daños que se puedan generar, obviamente entre otros a acreedores –con especial atención a los nacidos con posterioridad a la pérdida del capital social o a la cesación de pagos-.

IX – LAS CAUSALES DE DISOLUCIÓN Y LA RESPONSABILIDAD DEL ART. 99 LSA.

Constatada la causal y no tratada ni revertida, los administradores asumen responsabilidad. La misma presentación de balances anteriores donde conste la pérdida del capital social y haber puesto a consideración de los socios el reintegro o aumento, pretendiendo la solución concursal, genera esa responsabilidad por las operaciones posteriores. Los socios al ratificarla sin haber asumido previamente las conductas previstas en la ley de sociedades parecería que también han asumido esa responsabilidad.

La sanción de responsabilidad –para algunos la irregularidad de la sociedad- que prevé el art. 99 LSC se refiere también a los socios, todos ante la tesis de irregularidad y sin duda a los que resuelven la confirmación de la presentación en concurso si antes o en la propia presentación aparece en la documentación contable la pérdida del capital social.

Ello podría acaecer, si se ha soslayado anterior tratamiento, cuando se convocare a asamblea para ratificar la presentación en concurso formalizada por los administradores acompañando documentación de la que resulta esa pérdida del capital social.

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”³⁰. 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 empresarial. Seguir contratando con terceros en ese estado significa violar el deber de lealtad. Lo que implica actuar con dolo (art. 931 C.C.).

Centremos ahora nuestra visión en el objetivo de este ensayo: el art. 99 LSA.

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/

³⁰ ROITMAN, Horacio y colaboradores *Ley de sociedades comerciales. Anotada y Comentada* Editorial La Ley, Buenos Aires 2006, tomo II pág. 491.

Tendidos y Montajes SRL y otros s/ apremio” sobre la nulidad y justicia de la sentencia de primera instancia que hizo lugar a la pretensión de apremio conforme un título suficiente, y que la legitimación de las codemandadas –socias pero en su calidad de gerentes, “surge del informe que extendiera el Registro Público de Comercio que indica que la sociedad demandada se disolvió por expiración del término en fecha 08.02.2008, responsabilidad que impone ante la disposición del art.99 LSC, y por la falta de liquidación de la sociedad y aparente inexistencia de bienes de la misma para atender el reclamo laboral nacido en 1997, dando valor a la sentencia contra las administradoras-socias por entender que no se había afectado el derecho de defensa, ejercitado en el período de ejecución –tema ya debatido en estos Seminarios-.

La Cámara, al revocar el fallo y hacer lugar a la demanda contra las 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 acaree 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: “En pocas palabras, al ser ambas socias y gerentes a la vez, sobre ellas caen las responsabilidades previstas para las dos situaciones... Como lo expresa ut supra, el no cumplimiento de la obligación de iniciar los trámites para la liquidación de una sociedad disuelta, si bien no tiene prevista sanción alguna en el art. 99, ello no significa que la inconducta quede impune. Por el contrario, entran a jugar las disposiciones ... del art. 59 LSC”, al que añade el vínculo con los arts. 157 y 274 LSC.

Luego 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”.

Adviértase la trascendencia del fallo para determinar el alcance del art. 99 LSC:

1. La responsabilidad no es en relación a los nuevos acreedores insatisfechos, sino ante la insolvencia posterior de la sociedad.
2. 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.
3. La aplicación de la norma es por cualquier causal de disolución, obviamente por los que a la postre resulten acreedores impagos.
4. 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.

Como sostiene 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 argumentación³¹.

Nos permitimos ante ello insistir en la responsabilidad de administradores y socios de control, pues la irregularidad en tal supuesto podría generar la responsabilidad de accionistas independientes, solventes, que no tuvieron acceso a la información respectiva. La sanción deviene del art. 99 LSA. De todas formas destacamos que tenemos coincidencia en que la omisión de afrontar la causal disolutoria genera responsabilidad. Es del caso recordar que en nuestro sistema no existe una responsabilidad por irregularidad sobrevenida –tesis en la que nos enrolamos-. Una vez regularizada la sociedad ese régimen desaparece y sólo son aplicables las previsiones ante infracciones puntuales, y allí la del artículo en cuestión que reproducimos integralmente: “*Art. 99. Administradores: facultades y deberes. 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*”.

La sentencia abunda sobre el tema, pues con cita de Ricardo Nissen apunta “al haber vencido el plazo del contrato social... el tercero acreedor puede demandar a la sociedad el cumplimiento del contrato celebrado y ejecutar la sentencia contra los socios sea que se considere que la sociedad se transformó en irregular o que se halla comprometida la responsabilidad personal. Ello así por cuanto con mayor razón frente a los terceros, que nunca pueden ser perjudicados, si el contrato social no tiene más vigencia por ocurrir una causa de disolución y la sociedad debió entrar en liquidación y no lo ha hecho, la inoponibilidad de las cláusulas sociales que benefician la responsabilidad de los socios es evidente y son los socios los únicos responsables de ese hecho pues de lo contrario la exigencia del plazo de duración del art. 11 LS perdería todo sentido pues la responsabilidad limitada sería indefinida a pesar de la desobediencia por socios y administradores, de la normativa legal que impone el trámite liquidatorio... Comparto esa corriente –apunta el vocal-, porque considero un abuso de derecho por parte de las socias, más aún en el caso en que son además gerentes lo que les impide alegar desconocimiento de la desobediencia a la ley, el pretender utilizar la figura societaria para librarse de toda responsabilidad, cuando el plazo contractual ya ha vencido y no se realizaron los trámites tendientes a su liquidación”.

José Ignacio Romero³² descarta la irregularidad, sosteniendo –como lo hiciéramos en ponencia compartida en el Congreso de 1977³³-, 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

³¹ NISSEN, Ricardo A. *Ley de sociedades comerciales. 19.550 y modificatorias. Comentada, anotada y concordada* 3ª edición cit. pág. 985 y ss..

³² *Sociedades irregulares y de hecho*, 2ª. Edición Abeledo Perrot, Buenos Aires 2012, pág. 314.

³³ Actas del Primer Congreso Nacional de Derecho Societario, 1977, tomo I pág. 298.

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.³⁴

Subrayamos que aquí se introduce una interpretación extendida del art. 99 LS como causal de responsabilidad –y no sólo la mera irregularidad societaria-, que de inmediato se califica “Haber concretado la liquidación implicaba hacer público el activo de la sociedad y abonar las deudas de ésta para lo cual es obligatorio denunciar los juicios en trámite, para finalmente distribuir el remanente, e inscribir la disolución. El derecho del actor hubiera estado resguardado... De este modo, la culpa surgirá in re ipsa, o sea, de la propia naturaleza de las cosas. El texto de la ley no configura una responsabilidad objetiva... sino que asume como factor de atribución subjetivo la culpa, el dolo y el abuso de facultades. ... En el caso de autos, el daño se configura en la imposibilidad de los actores de percibir sus créditos al desconocer la inexistencia de bienes de la sociedad, la conducta antijurídica de las socias gerentes está constituida por el incumplimiento del deber propio del cargo y derivado de la situación de disolución y liquidación societaria y en la negligencia en el cumplimiento de sus funciones (culpa). El nexo causal entre ambos es evidente, al no tramitarse la liquidación se ha hecho público el activo no se han denunciados los juicios en trámite y no se han saldado las deudas de la sociedad”.

Un fallo que impone meditar sobre muchos aspectos, pero fundamentalmente en los alcances y aplicación del art. 99 LS, que solemos vincularlo a la causal de pérdida del capital social, pero es aplicable a la constatación de cualquier causal de disolución que, a la postre, derive en 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 acreedores evidencia la insolvencia de la sociedad y permite avizorar la pertinencia de acciones resarcitorias del daño generado.

X – DISCREPANCIA SOBRE EL ALCANCE DEL ART. 99 LSA.

Anotamos otro fallo sobre la causal de disolución por vencimiento del plazo y la naturaleza de la sociedad que continúa el giro.

En forma diversa –pero conforme los criterios doctrinales que hemos expuesto- razonó la CNCom Sala C, con fecha 4 de junio de 2012 al rechazar el pedido de extensión de quiebra de la Sociedad de Responsabilidad Limitada a sus socios, en el caso de su supuesta irregularidad por vencimiento del plazo, en la causa “Interchange & Transport International SRL”³⁵.

Al rechazar la pretensión, confirmando el fallo de primera instancia, se apuntó “En primer lugar, y contrariamente a lo sostenido por la quejosa, el solo vencimiento del plazo de vigencia de la sociedad, no la convierte en *irregular* en los términos del art. 21 y ss., ley 19550. La irregularidad, en cambio, y tal como surge de las normas recién citadas, es vicisitud que sólo puede

³⁴ RICHARD, Efraín Hugo – MUIÑO, Orlando Manuel *Derecho Societario* 2ª. Edición actualizada y ampliada, Ed. Astrea, Buenos Aires 2007, tomo 1 pág. 369.

³⁵ JA 2012-IV, fascículo n. 6 pág. 85, Buenos Aires, noviembre 7 de 2012, con dictamen favorable de Fiscalía General y voto de los magistrados Julio Villanueva, Eduardo R. Machin y Juan Roberto Garibotto. También puede verse en “Revista de las Sociedades y Concursos” cit. 2012-5-pág. 205.

configurarse durante el llamado *iter constitutivo* y a causa de la omisión de inscribir el ente en el registro público pertinente. Así resulta, por lo demás, de lo dispuesto en el art. 7 de la misma ley, norma que, al establecer que la sociedad sólo se considerará regularmente constituida con su inscripción en el aludido registro, deja en claro que tal inscripción es condición necesaria y suficiente a esos efectos; cuando ocurra con posterioridad podrá, en su caso, dar lugar a soluciones de otro tipo, pero no a la irregularidad de que aquí se trata, que sólo depende de ese registro. Por lo demás, la mera omisión de los socios de iniciar el proceso liquidatorio tras haber vencido el plazo de vigencia del ente, no constituye un elemento que por sí solo habilite inexorable y categóricamente a extender la quiebra social a aquéllos” –con citas jurisprudenciales y doctrinales-

Luego centra la cuestión, como lo venimos haciendo en casos de insolvencia en la previsión del art. 99 LS: “Ello, claro está, sin perjuicio de la responsabilidad que pudiere imputárseles en los términos del art. 99 de la misma ley; artículo que no establece que la sociedad que se encuentra en las condiciones en él previstas se convierta en irregular, sino que se limita a adoptar uno de los efectos –responsabilidad ilimitada y solidaria- propios de ésta, pero no excluyente de ella, como se advierte a poco que se tenga presente que tal efecto es común a todas las sociedades *por parte de interés*.”

Determinado ello y no surgiendo que todos los socios sean ilimitada y solidariamente responsables, excluye la Sala la aplicación del art. 160 24522 (LCQ): “En esa situación se encuentran los socios de la sociedad disuelta que, con consentimiento de éstos, omite arbitrar su liquidación y continúa su actividad como si tal solución no se hubiera producido. Y esto en aplicación de lo dispuesto por el citado art. 99 LSC, norma que impone sobre tales socios responsabilidad ilimitada y solidaria por todo el pasivo social que se genere a partir de la disolución de que se trate. No obstante, para que tal norma hubiera podido ser aplicada con ese alcance, hubiera sido necesario que el apelante demostrara la pretendida continuación de la operatoria social tras el vencimiento de aquel plazo, lo que no ha hecho”.

A su vez, y apartándose del fallo precedente, marcan que la acreencia insatisfecha fue anterior a la causal de disolución y por tanto no pudo beneficiarse con la responsabilidad prevista en el art. 99. Tema sin duda opinable.

X – LAS VISIONES SOBRE EL ALCANCE DEL ART. 99 A MANERA DE CONCLUSIÓN Y MEDITACION.

Impone el debate las disidencias y las coincidencias de los dos fallos en torno a la aplicación del art. 99 LSA, que exponemos sintéticamente:

1. Disienten en cuanto se acepta uno y no la otra que la continuidad del giro social o la inexistencia de liquidación genere una sociedad irregular, o no exista en nuestro régimen la irregularidad que hemos dado en llamar “devenida”.

2. Coinciden en el efecto responsabilisatorio 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.

3. No acuerdan si la responsabilidad alcanza a todos los socios o a los que lo consistieron o al grupo de control.

4. Disienten en si esa responsabilidad es por las obligaciones posteriores o alcanza también a las anteriores –como predica el fallo anterior, pues la norma es ambigua “Cualquier operación ajena a esos fines los hace responsables . . . , respecto a los terceros y los socios...”. ¿Responsabilidad sólo frente al tercero con el que contrataron

posteriormente o ante la insolvencia de la sociedad también frente a todos los terceros perjudicados?

5. ¿Se limita la responsabilidad a las obligaciones nacidas con posterioridad a la constatación de la causal o ante la insolvencia de la sociedad la responsabilidad se asume frente a todos los terceros perjudicados por la falta de oportuna y planificada liquidación?

Lo central es la coincidencia sobre la responsabilidad de los socios que consintieron la no liquidación de la sociedad, de la que resulta la insolvencia y 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. 95 5°, 96 y 99 LSA.

El llamado de atención es la prevención.

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

Se ha intentando poner de resalto la congruencia de normas societarias para prevenir la crisis y tratar que los administradores societarios –e inclusive socios- no asuman responsabilidad por el incumplimiento de normas imperativas y la producción de un daño, particularmente a terceros acreedores, evitando incluso la posibilidad de afrontar el pasivo social ante conductas negligentes o abusivas (una suerte de la acción de “*comblement du passif*” de la legislación francesa, a través de la interpretación que se dé al art. 99 LSA).

Se trata de prevenir y planificar. La documentación contable brinda suficientes elementos para ello. Las causales de disolución, que abren la etapa liquidativa importan “la extinción total de los vínculos, y la extinción no sólo de la sociedad sino del patrimonio y de las relaciones generadas en torno al patrimonio”.³⁶

Y como corolario, que desconocer el procedimiento previsto por el art. 99 LSA general responsabilidad, particularmente cuando la sociedad no puede satisfacer todas sus acreencias, pues su patrimonio es insolvente, caso en que –sin duda- habrá daño patrimonial a terceros.

³⁶ Nto. “Disolución y liquidación de sociedades”, en *Derecho y principios societarios*, Ed. Tapas, Córdoba 1982, pág. 215 y ss..