

## EN TORNO AL CAPITAL Y LA INSOLVENCIA

Efraín Hugo RICHARD

**Publicado en *Revista de Las Sociedades y Concursos*, Publicación de Fidas, Ed. Legis, Año 15, 2014, 4 pág. 3, Buenos Aires, diciembre 2014.**

### I – INTRODUCCIÓN. TESIS DE UN FALLO.

Un distinguido amigo nos transmitió como histórico el fallo de la CNCom, Sala F, de fecha 13 de Mayo de 2014, en autos “Víctor Carballude SRL sobre quiebra, Incidente de inoponibilidad de la personalidad jurídica”, donde se responsabiliza en la quiebra de una sociedad de responsabilidad limitada a los socios por aplicación del art. 54 ter de la ley de sociedades comerciales (LSA).

Realmente es un fallo que hará historia por sus afirmaciones<sup>1</sup>.

Se analizan en el fallo los fundamentos y efectos de la personalidad jurídica, como “recurso técnico”, “que permite establecer una organización autónoma con patrimonio propio y capacidad de gestión que se distingue de sus instituyentes, estructurando un esquema de simplificación de relaciones y de impermeabilidad patrimonial”, determinando que “La denominada “inoponibilidad de la personalidad jurídica”, no implica una modificación, cambio, reemplazo o alteración alguna, sino una explicación o desarrollo discursivo del significado de la originaria frase “*con el alcance fijado en esta ley*”, con el sentido de precisar y completar el alcance y límites del sistema societario mercantil y, consecuentemente, de la atribución a las variantes asociativas acuñadas por la ley 19.550, de personalidad corporativa diferenciada respecto de sus miembros”, destacando que “La introducción en la LSC:54 parece haber establecido, en el ordenamiento societario, la regulación específica del fraude, la simulación ilícita o el ejercicio abusivo de derechos, añadiendo el fin extrasocietario como defecto propio derivado de la utilización anómala de la estructura societaria, que apareja la inoponibilidad de la personalidad del ente frente a los perjudicados, imputando responsabilidad directa, solidaria e ilimitada a los socios o controlantes que la hicieron posible”.

En consideración del aspecto substancial y procesal, expresa con precisión: “La naturaleza de la acción de inoponibilidad presenta algunas peculiaridades: (i) Es societaria pues se trata de una medida que tiene por objeto declarar irrelevante la diferenciación entre la personalidad del ente social y la de sus componentes (socios); (ii) Es accesoria desde que tiene sentido en tanto y en cuanto existe una actuación social encubridora, violatoria o frustratoria; y (iii) Es una acción declarativa toda vez que su finalidad se agota en la declaración. La sentencia que se obtenga será, dentro de la clásica división procesal, una sentencia declarativa o de mera declaración, cuyo objeto es la pura declaración de que ha acaecido el efecto desestimatorio de la personalidad societaria (...). Se trata, la solución prevista por el artículo 54 in fine de la ley 19550, de una declaración al solo efecto de imputar determinados actos. No puede ejecutarse. Lo ejecutable será la acción principal que da pábulo a la accesoria de inoponibilidad, no la declaración misma. ...La finalidad que propende la acción de la inoponibilidad de la personalidad jurídica será la de hacer cesar el estado de incertidumbre sobre la distinción entre ambas personalidades”.

Calando en la “subcapitalización societaria” relevante, o sea en la “material”, la califican para “el supuesto de que la sociedad carezca totalmente de medios adecuados para cumplir su objeto social”, y sin decirlo aplican la teoría general de la responsabilidad sobre el daño “producido por una malformación de la estructura patrimonial societaria o por decisiones impuestas por socios o controlantes que la fuerzan a emprender actividades que exceden de sus posibilidades, no debe quedar

<sup>1</sup> El fallo puede verse en el número anterior de esta Revista pág. 97.

excluido del ámbito de la norma del artículo 54 último párrafo de la ley 19550, aunque debe subrayarse la necesidad de extrema cautela en el juzgamiento del caso concreto”.

Se afirma que debe evitarse “la confusión de los dos efectos diferenciados que trata el art. 54 tercer párr. de la LS, o sea la inoponibilidad en sí misma y la extensión o traslado de la imputación que es su efecto, por una parte y, por la otra, la responsabilidad por los perjuicios causados por quienes hicieron posible la actuación. Es cierto que en la mayoría de los supuestos existirá intencionalidad. Pero en otros puede que solamente haya mediado negligencia o que, simplemente, la concatenación de los acontecimientos haya tenido por resultado una de las situaciones que la LS habilita para declarar la inoponibilidad”. Adviértase que no será necesario imputar dolo, sino ante el daño, por la incorrecta funcionalidad de la sociedad persona jurídica, mera negligencia o culpa.

En el caso se “acreditan con claridad las distintas circunstancias que justifican la aplicación a la sociedad fallida de la figura de la inoponibilidad de la personalidad jurídica, cuando de la revisión del expediente de la quiebra y de la causa laboral se desprende que: a) No se arrimaron libros contables (sin que se haya brindado siquiera una mínima razón que pudiera hipotéticamente justificar tal ausencia), lo cual permite inferir el desarraigo institucional; b) A lo largo del desarrollo del proceso se ha observado una notoria falta de cooperación de los socios de la fallida; c) La ausencia de la persona jurídica fallida en el propio domicilio legal constituido ante la Inspección General de Justicia; d) La valuación del activo arroja cero y el sujeto societario no cuenta con ningún bien registrable a su nombre, no obstante que la empresa se habría dedicado al transporte de carga y e) Únicamente se integró un 25% del capital social suscripto al momento de la constitución de la sociedad, que data del año 1991 (que ascendía a australes 2.800.000 -hoy \$280- ) y no hay elemento de juicio que permita corroborar que a lo largo de la vida social se hubiera saldado el 75% restante”. Un activo “0” es más que un desbalance contable. Es la inexistencia de patrimonio activo.

Con una apreciación limitada se sostiene que “Es dable sostener que la disponibilidad del capital social es esencial para el cumplimiento del objeto, único y preciso, de la sociedad, por lo que, ligados ambos conceptos, si ésta presenta una ruptura manifiesta entre el capital y la actividad que lleva a cabo, estamos hablando entonces que la sociedad se encuentra infracapitalizada”, pues bien se señala que “El capital social, como está planteado en la LSC, es una cifra de retención y ello es lo que realmente constituye la garantía de terceros, por lo que si los socios o accionistas vulneran esta garantía, su responsabilidad ya no será limitada y responderán más allá del capital aportado”.

Como configurante del daño y de la relación causal se evidencia en “La frustración de los derechos de los terceros -en este caso: acreedores sociales- encuentra su fundamento en la violación de una premisa tan sencilla como elemental: el patrimonio es la prenda común de los acreedores. Y aquí, como se vió, jamás fue constituido ese capital social diferenciado que actuaría como garantía por las obligaciones asumidas por el ente. Ello pone en evidencia, además, una deficiencia en el cumplimiento de los requisitos esenciales que fluyen del artículo 1º de la ley de sociedades, con la consecuente externalización de los riesgos empresarios”.

Se sostiene la decisión en que “La insuficiente capitalización de la sociedad puede constituir un medio para hacerla actuar como recurso para violar la buena fe comercial así como para frustrar derechos de terceros, lo que hace aplicable el instituto de la inoponibilidad de la personalidad jurídica conforme al art. 54, tercer párrafo de la LS. Justifica así que la actuación de la sociedad o las consecuencias de la misma, en este caso el pasivo insoluto de la sociedad caída en insolvencia, y la misma situación jurídica falencial, se imputen a los socios o controlantes que la hicieron posible, siendo importante insistir en que la elección de esta vía puede resultar más apropiada que la extensión de la quiebra fundada en la LCQ 161, cuyos presupuestos pueden no estar configurados por el solo hecho de una deliberada subcapitalización de la sociedad”.

Importante apreciación se deliza “La infracapitalización societaria importa un desplazamiento del riesgo empresario hacia los acreedores, en tanto ellos están soportando las consecuencias de la

insolvencia de la sociedad. Es decir, la sociedad fue utilizada como un recurso para vulnerar los derechos de terceros al actuar en el mercado sin un capital acorde a su actividad”.

Se trata ni más ni menos que el desenvolvimiento no sólo de la función operativa del capital social, indispensable para la funcionalidad de la sociedad, sino de la función de garantía de ese capital, protegida por normas imperativas de la ley de sociedades, y cuyo incumplimiento desata los límites tipológicos de la sociedad con responsabilidad limitada de sus socios<sup>2</sup>.

## II – ALGUNAS REFERENCIAS DEL FALLO.

La primera instancia había rechazando la pretensión de la aplicación de la vía establecida en el LSC 54, tercer párrafo, por su carácter restrictivo, estimando que el asunto relativo a la infracapitalización debía canalizarse en los términos del LCQ 150. La agraviada fué apoyada por la sindicatura, señalando que la ausencia de registros contables y de todo activo, conducen a presumir un fraude en perjuicio de los acreedores. Señaló, también, la insuficiencia del capital social apuntada por el perito contador. La Fiscal General ante la Cámara Comercial dictaminó, primeramente abundó en consideraciones acerca del artículo 54 de la ley de sociedades y sobre la función que cumple el capital social y puntualmente al supuesto de infracapitalización, concluyendo que debían responder los socios por las obligaciones sociales, en tanto la persona jurídica quebrada había actuado infracapitalizada sin que sus administradores aplicaran los remedios legales correspondientes, que son –a nuestro entender– los previstos en el art. 96 LSA para la insolvencia, al margen de la diligencia que deben tener los administradores sociales ante situaciones de insolvencia inminente<sup>3</sup>.

Hemos relatado las consideraciones que nos parecieron relevantes del fallo, que ilustra doctrinal y jurisprudencialmente, siendo aconsejable su lectura completa.

## III – IMPORTANCIA DEL FALLO.

Un cambio radical se avizora para el derecho concursal a través de las consideraciones de este fallo sobre la infrapatrimonialización material y, a nuestro entender, no sólo en la quiebra sino también en los concursos cuando el juez deba apreciar la existencia de abuso de derecho o fraude a la ley en el momento de decidir sobre la homologación de un acuerdo, pues como bien señala el fallo no se puede transferir el daño a los acreedores. Volveremos sobre ello.

Los aspectos trascendentes de este fallo han sido considerados por el distinguido jurista y amigo Daniel Roque Vitolo en número anterior de esta Revista<sup>4</sup> bajo el título “Responsabilidad por infracapitalización societaria. ¿Soplan nuevos vientos en la jurisprudencia?—Reflexiones y algo más—“

Destacamos de ese importante aporte doctrinario, algunas acotaciones que transcribimos “En alguna oportunidad —al referirnos al problema de la infracapitalización societaria— sostuvimos que debía descartarse —desde nuestro punto de vista— la formulación de normas rígidas que dispusieran la

<sup>2</sup> Nto. “CONCURSOS DE SOCIEDADES. PROPUESTAS DE ACUERDO CON ABUSO O FRAUDE A LA LEY” en LA LEY, tomo 2014-D- diario del miércoles 6 de agosto de 2014, págs. 1 a 6.

<sup>3</sup> Nto. “La función de garantía del capital social frente a la agenda concursal –estudio comparativo–”, donde ensayamos sobre la función de garantía del capital social y su vinculación a la crisis, apreciando la naturaleza de sus normas y la interacción con el derecho concursal siguiendo las enseñanzas de Emilio Beltrán, con visión comparatista. INDICE INTRODUCCION. – EL HOMENAJE Y LA METODOLOGÍA. 1. Preconcursalidad. 2. Causal de disolución. Pérdida del capital social. Insolvencia. 3. Normas Imperativas. 4. Deberes de los administradores. II – LAS NORMAS IMPERATIVAS Y LA FUNCIÓN DE GARANTÍA DEL CAPITAL. 1. Insolvencia, cesación de pagos y pérdida del capital social. 2. Dos líneas de trabajo. 3. La imperatividad de las normas del derecho societario, 4. Nuestra Corte Suprema. 5. Responsabilidad. 6. La preconcursalidad. 7. Capital. Función de garantía. 8. Reintegro. 9. Capitalización de pasivo. III – UNA PRESENTACIÓN COMPARATISTA. LAS PREVISIONES DE LA LEGISLACIÓN SOCIETARIA PARA AFRONTAR CRISIS. LA UNIFORMIDAD DE SOLUCIONES PREVENTIVAS DE LA INSOLVENCIA EN EL DERECHO SOCIETARIO. IV - PARA EL DEBATE Y OPINIÓN SOBRE LA EMPRESA INVIABLE, publicado en *Libro homenaje al profesor Emilio Beltrán*, edición del Instituto Iberoamericano de Derecho Concursal, Cartagena de Indias, Colombia, octubre 2014, pág. 279.

<sup>4</sup> Año 15 - 2014 -3, pag. 97.

exigencia de capitales mínimos sobre la base de montos fijados *ab initio* por la ley como requisito de constitución de las sociedades anónimas o sociedades de responsabilidad limitada,<sup>5</sup> salvo en aquellos casos en los cuales la exigencia de un capital mínimo estuviera establecida en razón de determinada actividad reglada —como es el caso de instituciones financieras, compañías de seguros, administradoras de fondos de jubilaciones y pensiones, entre otras—, sobre la base de considerar que no era éste un modo de combatir la infracapitalización, dado que la relación entre el capital y el objeto social —o más precisamente entre aquél y el giro social— no es algo que pueda establecerse por un monto fijo determinado con carácter universal, sino que depende de cada estructura y de cada empresa. (...) 3. La adecuación del capital social al giro empresario. Adicionalmente al establecimiento de capitales mínimos para la constitución de sociedades comerciales, también nos pronunciamos por la necesidad de que se exija a la sociedades la conformación constitutiva y el mantenimiento a todo lo largo de la vida de la sociedad de un capital social adecuado en relación al giro empresario....La debida adecuación del capital social a la actividad societaria es un supuesto de hecho que debe analizarse desde dos principios básicos: (a) el del caso concreto; y (b) bajo la regla de la razón; y ello debe llevarse a cabo en cuatro momentos específicos —según lo hemos sostenido en nuestra tesis—: al momento constitutivo; durante la vida de la sociedad; frente a la cesación de pagos; y frente a la liquidación voluntaria o forzosa de la sociedad.... La Memoria deberá hallarse confeccionada a la misma fecha de emisión de los estados contables, dado que éstos en virtud del artículo 65, inciso 1, subinciso f) —de la ley 19.550— deben contemplar los acontecimientos u operaciones ocurridos entre su fecha de cierre y la de la Memoria, que pudieran modificar significativamente la situación financiera y los resultados de la sociedad a la fecha de dichos estados”.

Vitolo recalca así en la necesidad de fijar capitales mínimos, además adecuados a cada explotación y la explicitación de su suficiencia en la Memoria.

Sigue en 3.3. “El control frente a la cesación de pagos, un proceso de reestructuración de pasivos o su liquidación por declaración en quiebra. (...) Dentro de los mecanismos regulatorios de las acciones de responsabilidad en el marco de la ley 24.522 no se contemplan acciones específicas en los casos en que una sociedad comercial deudora recurra a los procedimientos de un Acuerdo Preventivo Extrajudicial o un Concurso Preventivo, sin perjuicio que la doctrina insista en recurrir a vías posibles mediante la utilización de acciones reguladas por el derecho común.<sup>6</sup>...La Ley de Sociedades Comerciales 19.550 estructuró un sistema de responsabilidad de los administradores —arts. 274 a 279— aplicable también a los órganos de contralor —art. 298—, con fundamento en la culpa, cuando se incurra en violación de la ley, el estatuto o el reglamento —art. 274—, siguiendo una pauta genérica para desempeñarse en el cargo, que es la conducta de un buen hombre de negocios —art. 59, LS—(...). Conforme a lo expuesto, la situación respecto de eventuales reclamos por insuficiencia del capital social en las sociedades comerciales frente a los procesos de crisis estará dada según las siguientes hipótesis: Frente a un Acuerdo Preventivo Extrajudicial o un Concurso Preventivo con acuerdos homologados judicialmente, quedará sólo la posibilidad de intentar acciones derivadas del derecho común con el objeto de reclamar los daños y perjuicios sufridos por quien los invoque. Frente a procesos de quiebra, las acciones a llevarse a cabo son las que prevé en forma específica la ley 24.522 en sus arts. 160, 161, 172, 173 y siguientes. 3.5. El control del capital social en la emisión estados contables. Una de las

<sup>5</sup> Ver VÍTOLO, Daniel Roque, Capital social, infracapitalización y sobreendeudamiento, en Conflictos Actuales en Sociedades y Concursos, Ed. Ad Hoc, 2002; ídem, Capital social, infracapitalización, sobreendeudamiento y el principio de limitación de la responsabilidad, en Sociedades Comerciales, Los Administradores y los Socios, Responsabilidad en sociedades anónimas, Ed. Rubinzal Culzoni, 2005 [Vitolo-Embid Irujo, Directores]; ídem El problema de la infracapitalización societaria, ponencia presentada al IX Congreso Argentino de Derecho Societario y V Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa, Tucumán 2004; Sociedades Comerciales, Ley 19550, comentada, Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2007; entre otros.

<sup>6</sup> Ver RICHARD, Efraín Hugo, Responsabilidad de administradores por obligaciones contraídas por la sociedad en estado de cesación de pagos, La Protección de los Terceros en las Sociedades y en los Concursos, VIII Jornadas de Institutos de Derecho Comercial de la República Argentina, Ad-Hoc, 2000, p.483

formas más efectivas de combate de la infracapitalización societaria en el curso de la vida de la sociedad puede —y debe— establecerse por intermedio de las normas relativas a la confección de estados contables. (...) 4. La responsabilidad derivada de los casos de infracapitalización societaria(...).La ley 19.550 no contiene normas específicas que regulen la responsabilidad de administradores y socios en aquellos casos en los cuales las sociedades no poseen un capital adecuado al volumen del giro de los negocios(...). Ello porque también es obligación inexcusable de los administradores cumplir la ley, de donde si el capital es insuficiente para el giro, o advierten que el mismo se está consumiendo o sufre un impacto negativo considerable, o comienza a resultar insuficiente llevando a la sociedad a un endeudamiento desproporcionado respecto de su capacidad para generar flujos financieros con qué atender los pasivos que se van contrayendo deberán tomar las medidas correctivas pertinentes: a. Anoticiar a los socios respecto de lo ocurrido para que el órgano de gobierno tome una determinación al respecto —aumentar el capital social, reintegrar el mismo si se agota, reducir obligatoriamente el mismo—; b. Poner de manifiesto la pérdida del capital social para que opere la causal disolutoria; c. y —eventualmente— Existiendo dificultades económicas y financieras de carácter general, o materializándose un estado de cesación de pagos, instar los remedios concursales adecuados, más allá de lo que finalmente pudieran resolver los socios. Si los administradores no tomaran esas decisiones y desplegaran las correspondientes conductas en consecuencia, sin duda incurrirán en la responsabilidad fijada por los arts. 59, 157, 274 y concordantes de la ley 19.550”.

Vease el trascendente análisis de las gradaciones de la crisis y el rol de la legislación societaria en el a bordo de las mismas, particularmente para actuar tempranamente.

Rescata que “Como lo hemos señalado al comienzo de este artículo, este fallo viene a dar una solución ejemplar a un supuesto de infracapitalización material o sustancial respecto de una sociedad fallida —constituida bajo el tipo de S.R.L.—, relatando los mismos hechos que definen la decisión de la Cámara, para seguir “Y así fue que la Sala F de la Cámara sostuvo que la sociedad comercial, centro de imputación de normas diferenciado de las personas que lo integran, es tal en virtud de ciertos presupuestos o condicionamientos que se deben cumplimentar para excluir de responsabilidad a los sujetos que la forman. Como consecuencia, de no cumplirse aquellos presupuestos, no habrá tal limitación a la responsabilidad. La infracapitalización, en este sentido, no hace otra cosa más —dijo el tribunal— que trasladar los riesgos propios de la empresa hacia terceros y, por lo tanto, no se estaría llenando el presupuesto de dotación de capitales propios a la sociedad, resintiéndose el patrimonio social y la función de garantía frente a los acreedores”.

A modo de conclusión, la Cámara recordó que en los casos de infracapitalización resulta jurídicamente viable correr el velo societario para así poder exigir la responsabilidad de los socios o accionistas por sus obligaciones que "ocultan" tras la estructura normativa de la persona jurídica, constituyendo, de esta forma, una clara sanción por no haber relación entre el capital y el objeto social.

Las consideraciones de esta aleccionadora sentencia se proyectan también a la actuación de administradores y socios de una sociedad concursada o que somete a acreedores a una cuerdo preventivo extrajudicial.

#### IV – MEDITANDO.

Dentro de los despropósitos del uso y abuso de la técnica societaria advertible tanto en concursos como en quiebras, resulta vivificante las reflexiones que se formulan en el fallo y en el artículo de nuestro distinguido amigo Vitolo.

Hemos sostenido desde hace años la responsabilidad por infrapatrimonialización material de la que resulte daño a los acreedores, pero esta teoría se ubica en una zona gris duramente defendida por la teoría concursalista para lograr la homologación de acuerdos con quitas y esperas que no se corresponden con el uso de la estructura societaria y normas imperativas de la misma.

Vitolo lo señala al pasar pero no se detiene en ello, nos estamos refiriendo ya no a una zona gris, ni siquiera a las “ref flags” o señales de alerta, sino a una línea roja detectable en los balances: la insolvencia de la sociedad determinada por un patrimonio pasivo mayor o igual al patrimonio activo que importa al aprobar ese balance una declaración unilateral de verdad sobre la existencia de una causal de disolución (art. 94 inc. 5 LS) que impone asumir ciertas conductas o la liquidación, so riesgo de incurrir en responsabilidad administradores y en su caso socios (hemos dicho cuando ratifican la presentación en concurso de una sociedad con patrimonio negativo), sin asumir la liquidación ni intentar ni la reintegración del capital ni la capitalización de la sociedad. La quita<sup>7</sup> que se intente en esas situaciones es siempre un abuso de derecho<sup>8</sup>, pero si existe pérdida del capital social, ante normas imperativas de la ley societaria –arts. 96 y 99 LSA<sup>9</sup>) constituye un fraude a la ley que impide la homologación de un acuerdo donde los socios intentan transferir su obligación de reintegrar para imponer una pérdida patrimonial sin compensación a acreedores.

Administradores y socios ante un balance deficitario pueden no liquidar la sociedad, pero si luego no pueden satisfacer el pasivo deberán asumir la responsabilidad que resulta del art. 99 LSA, indubitablemente los administradores y los socios conforme su conocimiento y conducta. La Memoria debería haber explicitado porque no se recurrió a la previsión del art. 96 LSA y se continuó el giro.

Ese art. 99 LSA tiene un efecto similar a la previsión del art. 54 ter LSA, en cuanto a responsabilizar por los daños causados<sup>10</sup>.

Se afirma “Las empresas, antes de estar en crisis, pasan por dificultades económicas de muy diversa índole (...) La literatura comparada suele reconocer este tipo de situaciones que se diferencian de –y preceden a- la crisis empresarial o ‘insolvencia’ en un sentido estricto del término”... una vez resulten notorias las dificultades por las que pasa la empresa ... en ponen en marcha una serie de fuertes estímulos perversos sobre socios y administradores. Tales estímulos les empujarán a desarrollar ciertas estrategias no ‘cooperativas’ en perjuicio de los acreedores... La difusión pública de información (*mandatory disclosure*) permite abaratar los costes de transacción inherentes a la asimetría informativa y, sin embargo, ha sido criticada por quienes sostienen que la publicidad de las señales de alarma produce como efecto indeseable la aceleración del proceso de degradación de la empresa en dificultades.

<sup>7</sup> “ABUSO EN EL PROCESO CONCURSAL AL DERECHO SOCIETARIO: LAS QUITAS EN CONCURSO DE SOCIEDADES”, ponencia a las XX Jornadas de Institutos de Derecho Comercial, Mar del Plata, Diciembre 2013, en Boletín 546 “Para la cofradía concursalera” del martes 14 de enero de 2014.

<sup>8</sup> “ABUSO DEL DERECHO SOCIETARIO: ¿PUEDE CONCURSARSE UNA SOCIEDAD DECLARANDO SU INSOLVENCIA?” ponencia a las XX Jornadas de Institutos de Derecho Comercial, Mar del Plata, Diciembre 2013, en Boletín 543 “Para la cofradía concursalera” del 25 de diciembre de 2013. “ABUSO AL DERECHO SOCIETARIO: INFRACCIÓN A LA FUNCIÓN DE GARANTÍA DEL CAPITAL SOCIAL”, ponencia a las XX Jornadas de Institutos de Derecho Comercial, Mar del Plata, Diciembre 2013, en Boletín 544 “Para la cofradía concursalera” del 27 de diciembre de 2013.

<sup>9</sup> “El art. 99, ley 19550, y causales de disolución de sociedades (de cómo evitar la responsabilidad ante la insolvencia societaria)” en RDCO 260-665, sección doctrina, Buenos Aires 2013.

<sup>10</sup> “Las soluciones negociadas como respuesta a la insolvencia empresarial. Visión desde el derecho argentino: la preconcursalidad societaria”. *Este modo de razonar, que es la negación del que emplean para hablar entre sí las personas razonables, es el que algunos llaman “oratoria forense”* Piero CALAMANDREI *Elogio de los jueces escrito por un abogado* (Ed. EJEA Bs. Aires 1969, pág. 76); en libro colectivo de Editorial Aranzadi, España, Director José Antonio García Cruces, pág. 33 y ss..

“NOTAS EN TORNO A LA PRECONCURSALIDAD SOCIETARIA: UN ESTUDIO COMPARADO”, en *Revista de Derecho concursal y Paraconcursal*, Editorial La Ley, RPC 20/2014, *Reseña Legislativa española y comparada*. Madrid 2014, págs. 423 a 446. “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)” tomo III, tratado coordinado por Diego Duprat, Parte III, Capítulo 5 pág. 2793 y ss., Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires 2013. “Una visión rioplatense sobre las crisis societarias y cómo abordarlas ¿Un problema del derecho concursal? (An Argentine perspective on confronting corporate crisis : is this a bankruptcy law issue?)” En *Revista de Derecho* 2013, 08, de la Universidad Católica de Uruguay, Konrad Adenauer Stiftung, pág. 257 a 302. CONCURSOS DE SOCIEDADES. PROPUESTAS DE ACUERDO CON ABUSO O FRAUDE A LA LEY en LA LEY, tomo 2014-D- diario del miércoles 6 de agosto de 2014, págs. 1 a 6. INDICE: I – TESIS. II – PRELIMINAR. III – EL ART. 99 LEY 19550 Y CAUSALES DE DISOLUCIÓN DE SOCIEDADES. IV – ABUSO Y FRAUDE EN PROPUESTAS DE QUITA EN CONCURSO DE SOCIEDADES. V – EL ABUSO EN LA TERCERA VÍA EN CONCURSOS DE SOCIEDADES. VI – LA PRECONCURSALIDAD. VII – SOBRE LA EXCLUSIÓN DE VOTO DE CESIONARIOS PARA APROBAR LA PROPUESTA. VIII – LA ACTUACIÓN JUDICIAL DEBE DESCARTAR LA ILEGALIDAD.

Es la ‘profecía autocumplida’ (*self-fulfilling prophecy*)....Todas estas cuestiones son analizadas a partir del examen del rudimentario sistema de alarmas que encuentra su insuficiente acomodo en el art. 209.1.b) LSA anónimas –en España aclaramos- y en una legislación de desarrollo de ínfimo rango normativo. Ése es el hilo conductor del trabajo, porque proporciona una excelente atalaya desde la que examinar la insuficiencia de nuestro Derecho de sociedades actual en punto al tratamiento societario adecuado del problema de la prevención y de la empresa que soporta un riesgo de insolvencia o de peligro para la continuidad (lo que se conoce por *going concern*).”<sup>11</sup>

Este es un excelente punto de partida para un análisis de la temprana prevención de la insolvencia: las normas societarias y, eventualmente, su modificación, antes que buscar la solución en las continuas reformas del derecho concursal, que genera un conocimiento de la crisis y de las tentaciones de negocio de administradores y socios en perjuicio de los acreedores, que culminan con la homologación de acuerdos con quitas predatorias y esperas ajenas a las prácticas del mercado y de nuestra imparable inflación, que vaya a saber como lo logran<sup>12</sup>. El punto de vista del autor español que acabamos de citar y cuyo pensamiento expondremos en paralelo de nuestra posición, impone al auditor “Las observaciones sobre cualquier hecho que hubiere comprobado, cuando éste suponga un riesgo para la situación financiera de la sociedad... empezamos por subrayar algo que dista de ser obvio: la posibilidad del fracaso empresarial. Dicho de otra forma si no fuere técnicamente posible la predicción del fracaso empresarial sería en vano el intento de construir un Derecho que tiene por presupuesto subjetivo a la empresa en dificultades” –pág. 28-, y creemos que esto se intenta en todos los derechos societarios comparados, en diversa medida. “...la denuncia del grave problema del desfase temporal en la apertura de los procedimientos concursales (el *timing problem* de la literatura jurídico-económica” –pág. 31-. Es obvio que la falta de atención a las normas societarias sobre la función de garantía del capital social conlleva a esa desazón... “La teoría económica demuestra que, a partir de un determinado momento de existencia de una situación de ‘precrisis’ propia de la empresa en dificultades financieras, existen fuertes incentivos perversos para que la dirección acometa una serie de estrategias egoístas contrarias a la conservación de la empresa.... En general, la literatura económica y financiera suele distinguir entre la empresa en crisis (*failure, bankruptchy*) y la empresa en dificultades (*financial distress, entreprise en difficulté*). La segunda es una situación difícil de caracterizar, que se infiere de múltiples y heterogéneos indicadores y que pueden funcionar como una señal anticipada (*early warning*) de la insolvencia definitiva” –pág. 33-.

La solución debe empezar por la atención y diligencia de los administradores, y sin duda por la aplicación de las normas imperativas de la legislación societaria, sin duda en la zona roja (arts. 94.5, 96 y 99 LSA). Si el patrimonio de la sociedad sólo está en cesación de pagos, la quita en la propuesta o en el acuerdo logrado por mayoría implica, cuando menos un abuso de derecho y un fraude a la ley si se ha perdido el capital social. Si el patrimonio de la sociedad sólo está en cesación de pagos, la quita en la propuesta o en el acuerdo logrado por mayoría implica, cuando menos un abuso de derecho y un fraude a la ley si se ha perdido el capital social. En todos los casos la judicatura no debería homologar tal abuso o fraude generado por administradores y socios, recordando normas imperativas de la ley societaria<sup>13</sup>.

Sigue el autor español “A partir de las primeras señales inequívocas de peligro cierto de crisis empresarial se corre el riesgo de que los administradores/socios incurran en conductas tendientes a la

<sup>11</sup> FERNANDEZ DEL POZO, Luis *Posibilidad y contenido de un derecho preconcursal (Auditoría y prevención de la crisis empresarial [art. 209.1.b) LSA]*, Ed. Marcial Pons, Madrid 2001.

<sup>12</sup> Nto. “ABUSO DE DERECHO EN JUICIOS DE CONCURSO PREVENTIVO DE SOCIEDADES” en ponencia a las XX Jornadas de Institutos de Derecho Comercial, Mar del Plata, Diciembre 2013, en Boletín 547 “Para la cofradía concursalera” del martes 31 de enero de 2014, que también puede verse en [www.acaderc.org.ar](http://www.acaderc.org.ar)

<sup>13</sup> Nto. “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)” tomo III, tratado coordinado por Diego Duprat, Parte III, Capítulo 5 págs. 2793 y ss., Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires 2013.

asunción no racional de riesgos innecesarios (*gambling*); la desinversión (no se realizan las aportaciones de capital necesarias ante el riesgo de insolvencia previsible)... o el expolio de la sociedad en perjuicio de acreedores (desordenada liquidación del activo, *asset gambling*)...”. Se trata de las previsiones indicadas de la ley societaria argentina, repetida en el concierto del derecho comparado.

Por eso es fundamental el tratamiento anticipatorio de las crisis, primero por aplicación de las normas societarias, y de ser insuficiente con el concurso abierto tempestivamente. Seguimos transcribiendo: “En un sentido muy amplio, formarían parte del Derecho “preconcurso” todas aquellas normas e instituciones no concursales que tienen por presupuesto de hecho la situación anterior a la crisis empresarial y por fin específico la prevención de la misma –pág. 50- .... la desjudicialización no supone ningún ataque al derecho constitucional a la tutela judicial efectiva –pág. 59-. El concepto de capital social desempeña, en los sistemas español y comunitario de Derecho de sociedades, la posición vertebral propia de un principio fundante de su disciplina jurídica... Es sabido que, por múltiples vías, el Derecho positivo de sociedades tutela la integridad del capital social –pág. 63-... la situación típica, la que la Ley considera como referente común de gran parte de las normas de salvaguarda de capital, es la de desbalance patrimonial. Es decir: el desequilibrio que resulta del hecho de que el patrimonio neto (contable) sea inferior a la cifra de capital social.... a los efectos de la reducción forzosa de capital, disolución forzosa por pérdidas, ... exclusión del derecho de suscripción preferente –pág.64-... En general, toda la normativa sobre aplicación de resultados está dirigida a garantizar la aplicación de la ‘regla de oro’ del art. 213.2 LS (patrimonio superior a capital social) –pág. 65-.... Es un lugar común de nuestra doctrina que la disciplina de la ‘pérdida grave del capital social’ –disolución por pérdidas ex arts. 260.1.4 LS anónimas y 104.1e LSRL- tiene en nuestro Derecho de sociedades y, en verdad, en el Derecho comparado de sociedades de la Unión Europea, una finalidad ‘preconcurso’; preventiva de la insolvencia de la sociedad<sup>14</sup> -pág. 66-... En cualquiera de estos casos incurre en responsabilidad el auditor que, al emitir informe de auditoría, no revelara la situación y el eventual incumplimiento de las normas legales y estatutarias –pág. 67-... La ‘pérdida del capital social’, como dicen nuestros textos clásicos y la Segunda Directiva, es un indicador anticipado de crisis empresarial que ha tenido una singular fortuna. Cuando, en la terminología de la Ley, las ‘pérdidas disminuyen el haber social’, se produce una situación indeseable desde la perspectiva de la función garantista del capital social –pág. 68-“.

Esta constituido así en la legislación societaria un buen indicador y debe aplicarse conforme normas imperativas de la ley societaria, y ante la dificultad de adoptar otros, Fernández del Pozo expone a pág. 75 “Por eso he dicho que la regla de oro de la ‘correspondencia del capital social y del patrimonio’ tiene una saludable eficacia preventiva con un mínimo coste... Desde siempre se ha tratado de conjurar el miedo a lo desconocido poniendo un nombre a lo que se ignora. Se acude al término de ‘infracapitalización’ para describir una situación de riesgo grave de continuidad por causas financieras” –pág. 76/7-. ... objeto de exigir de la dirección una opinión expresa sobre la continuidad de la empresa” –pág.88-“, el autor funda la prevención en la responsabilidad de administradores y auditores, y el rol de la contabilidad y de la memoria, “A los efectos de nuestro estudio bástenos dejar constancia de que la normativa de ‘pérdida grave de capital’ desempeña una *posición crucial en nuestro Derecho societario preconcursal*. Por una razón obvia: por el rigor de la ‘sanción’ (responsabilidad solidaria de los administradores por las deudas sociales)...” –pág. 148- Como estudia la doctrina que se ocupa de la *infracapitalización material*, a la que antes me referí, mediante la técnica, y con los fundamentos heterogéneos aducidos por doctrina y jurisprudencia que se han ocupado del caso, el remedio y técnica del ‘levantamiento del velo’, se funda básicamente en la teoría del abuso de Derecho.... Como es sabido, pueden pensarse, en base a esa doctrina, en ‘penetrar en el sustrato de la persona jurídica’ para exigir

<sup>14</sup> Cita entre otros a G. Esteban Velasco “Algunas reflexiones sobre la responsabilidad de los administradores frente a los socios y terceros: acción individual y acción por no promoción o remoción de la disolución, RdS núm 5, 1995 p. 70, y E. Beltrán Sánchez *La disolución de la sociedad anónima*, 2ª. Ed., Madrid Civitas 1997 p. 147 y ss..

responsabilidad a los administradores y a los socios –*rectius*: a los socios de control, a la dominante...- por los perjuicios causados por el impago de las deudas sociales en caso de manifiesta y abusiva infracapitalización (notoriamente insuficiente dotación de recursos propios). –pág. 149-... Aun a riesgo de parecer osado, me parece muy conveniente hacer una serie de recomendaciones ahora que, parece, vuelve a discutirse la reforma de la legislación concursal. No estaría de más aprovechar la ocasión para introducir en la Ley de Sociedades ciertas reformas de detalle que hagan posible un desenvolvimiento realista del mecanismo preventivo de la alerta...” –pág. 153-“, que el A. concreta en el informe de gestión, y que sin duda esta en las previsiones sobre la redacción de la Memoria en el derecho argentino.

El fallo en cuestión se acerca a la posición del Presidente de la Corte en el caso *Daverede y otros*, al sostener que la norma del art. 54 ter LSA, en cuanto a responsabilizar, esta condicionada a la insolvencia de la sociedad abusada, lo que en el caso se ha generado, insolvencia que también se advierte cuando los propios socios requieren en un proceso concursal que los acreedores resiguen parte importante de sus créditos.

Claro que el dato que se desliza sobre la falta de integración del capital social y el no detectar activo alguno, nos hace pensar que podría haberse fundado la responsabilidad en la previsión del art. 99 LSA, como similar resultado al descorrimiento del velo, generando una suerte de teoría general de la responsabilidad para las relaciones de organización<sup>15</sup>.

De todos modos, un claro aviso a administradores societarios –y también a socios- la sociedad es un maravilloso instrumento de organización empresarial, pero el capital social no sólo debe integrarse sino que ante su pérdida se impone el reintegro del mismo, su capitalización por socios o terceros, o la liquidación, disparándose responsabilidad –art. 99 LSA- por el impago del pasivo si no se atiende a la previsión imperativa del art. 96 LSA.

---

<sup>15</sup> La llamada inoponibilidad de la personalidad así asumida, desprendiéndose en esta generalización de la formulación especial del art. 54 in fine LSA, apunta exclusivamente a imputar y responsabilizar a socios, asociados, miembros o controlantes directos o indirectos, por los daños causados por la irregular actuación de ellos en relación a la persona jurídica. En la doctrina de EEUU se cuestiona la teoría del *disregard* por su imprecisión y se plantea si no es una modalidad de responsabilizar, llegando a sostener que no existen elementos esenciales diferenciadores entre esa teoría y de la presunción de responsabilidad por la *enterprise theory*. El abuso de técnicas personificadas comporta un sistema de responsabilidad o imputación propio de las relaciones de organización.