

FUNCIÓN DE GARANTÍA DEL CAPITAL SOCIAL (Y UNA APOSTILLA SOBRE EL ANTEPROYECTO)¹

Efraín Hugo RICHARD

Lo fundamental en el reconocimiento de la personalidad jurídica de las sociedades es la protección de los terceros. La libertad en la generación de sociedades tiene como límite no dañar en resguardo de terceros, y ello se basa en la existencia de un patrimonio suficiente para satisfacer las obligaciones sociales (arg. Arts. 143, 154, 163 i, 242, 743 Código Civil y Comercial –CCC-, y disposiciones imperativas –art. 150.1 CCC- de la Ley General de Sociedades –LGS- (arts. 94.5, 96, 99 y 100 LGS).

Corresponde a la autonomía de la voluntad la determinación del capital operativo, pero son normas imperativas las que determinan el capital mínimo y resguardan la función de garantía del capital estatutario, constituyendo causal de disolución su pérdida e imponiendo la disolución salvo capitalización, para resguardar el interés de los terceros acreedores y su patrimonio².

El equilibrio normativo existente parece afectarse en el Anteproyecto de Ley General de Sociedades –ALGS- presentado el 5 de junio de 2019, en un análisis primario.

.....

FUNCIÓN DE GARANTÍA DEL CAPITAL SOCIAL (Y UNA APOSTILLA SOBRE EL ANTEPROYECTO).

Los primeros artículos de cualquier ley de sociedades suelen fijar un criterio para caracterizar esta relación jurídica de organización, en interés mutuo, que es para los socios “realizar aportes para aplicarlos a la producción o intercambio de bienes o servicios participando de los beneficios y soportando las pérdidas”³. O sea generando un nuevo patrimonio como prenda común de los acreedores, regulan para que no pueden generar daño si se adoptan las soluciones previstas imperativamente⁴, que en su caso –como principio- las pérdidas no deben ser trasladadas a terceros.

Evitar el daño, soportando las pérdidas los socios, se encuentra también inserto “en el principio de integridad del capital y en las funciones que a éste se asignan. En efecto, si la defensa del interés de los acreedores descansa en la función de retención patrimonial que tiene asignada la cifra del capital social, parece razonable que en una situación en la que el patrimonio ha descendido”⁵ en forma tal que corre peligro la satisfacción del pasivo.

Sobre la prioridad de las normas imperativas de la LGS hemos presentado otra comunicación (art. 150 CCC).

¹ Publicado en **HACIA UN NUEVO DERECHO SOCIETARIO**, Ed. Universidad Nacional de Rosario, Facultad de Derecho, XIV Congreso Argentino de Derecho Societario, X Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa, tomo III pág. 1965, Rosario 2019.

² “EL CONTRADERECHO: LAS NORMAS IMPERATIVAS DEL DERECHO SOCIETARIO”, con Juan Carlos VEIGA en El Derecho Societario y la Empresa en el Tercer Milenio, XII CONGRESO ARGENTINO DE DERECHO SOCIETARIO, VIII CONGRESO IBEROAMERICANO DE DERECHO SOCIETARIO Y DE LA EMPRESA, 25 al 27 de septiembre de 2013, Ed. Universidad Argentina de la Empresa y Cámara de Sociedades Anónimas, tomo I pág. 161.

³ La transcripción encomillada corresponde al art. 1 de la Ley General de Sociedades de la República Argentina.

⁴ RICHARD, Efraín Hugo “NORMAS IMPERATIVAS DEL DERECHO SOCIETARIO PARA PREVENIR DAÑOS”, en *Los aspectos empresariales en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación*, Ed. Fidas, Buenos Aires 2015, página 79.

⁵ GARCIA CRUCES, José Antonio *Derecho de Sociedades Mercantiles*, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia 2016, pág. 479. En el caso de España por debajo de la mitad del capital social –o de un tercio según el tipo-, en Argentina del 100%, pudiendo verse el estudio de derecho comparado RDCO N° 277, Marzo/abril 2016, pág. 399 investigación “*La Causal de la Disolución de la Sociedad por pérdida del Capital Social y la Convergencia en este aspecto con la Legislación Concursal y Societaria*”.

1. Construyendo el sistema de prevención o de preconcursalidad. Vivante entiende a la pérdida del capital social como una causal de disolución que opera de pleno derecho⁶.

Los problemas de déficit patrimoniales de la sociedad son abordados en la causal de disolución de “pérdida del capital social”⁷. La misma debe ser total, apartándose de las posiciones anticipatorias del derecho comparado. A su vez no fija plazo para su remediación (art. 96 LGS), pero si determina responsabilidad (art. 99 LGS) por daños desde su constatación con el balance realizado o que debió realizarse. La solución es congruente pues administradores y socios consideran posible una recuperación patrimonial y la misma se produce no habrá daño a acreedores.

Esa “pérdida” debe ser real, aunque es reconocida por una determinación contable aprobada por el órgano de gobierno de la sociedad. Según la versión más conservadora la misma se produce cuando el patrimonio neto acusa pérdidas de tal envergadura que éstas igualan o superan a todos los importes positivos del patrimonio neto (capital, ajuste de capital, reservas, durante la vida social, de la existencia en la caja de la sociedad). O sea el activo de la sociedad no está en condiciones de satisfacer el pasivo. En los hechos, el capital social sólo tiene entidad en el momento de la constitución de la sociedad. En ese preciso instante, se verifica una relación que no se repetirá, salvo por azar, y es que el activo será matemáticamente igual al capital social, y el capital social será matemáticamente igual al patrimonio neto. A partir del inicio de las actividades económicas del ente, el capital continuará inalterable, y los cambios que se producen en el activo y el pasivo, no se reflejarán en él, sino en otras cuentas del patrimonio neto. Es decir, a diferencia del capital que es una cifra estática e inalterable, que está blindada jurídicamente para dificultar tanto su aumento, como su reducción, lo dinámico son las otras cuentas del patrimonio neto. En particular, la cuenta donde se reflejan los resultados (pérdidas o ganancias) del ejercicio y las acumuladas. Así, el capital social pierde su densidad ontológica, y se convierte en una cifra que aritméticamente tiene existencia, pero no refleja nada. Lo que verdaderamente refleja la situación de la empresa, es el patrimonio neto en pleno. Es decir, la diferencia resultante entre activo y pasivo.

No obstante es la más importante referencia del patrimonio neto. Porque en ningún momento el patrimonio neto puede ser inferior al capital, sin que la sociedad deba adoptar alguna decisión al respecto. Si la cuenta de resultados acumulados (única cuenta dentro del patrimonio neto que admite cifras positivas y negativas), es negativa, y de un monto tal que resulte que el patrimonio neto sea menor que el capital, lo correcto es reducir el capital por pérdidas, aunque esta es una decisión social voluntaria. Si las pérdidas insumen la totalidad de las reservas y la mitad del capital estaremos frente a una causal de reducción obligatoria de capital.

En caso en el que el patrimonio neto sea menor que el capital, ya comenzó la pérdida del capital social. La pérdida total se produce cuando las pérdidas o quebrantos acumulados (cifras negativas del patrimonio neto), igualan o superan a la suma de todas las cifras positivas del patrimonio neto (capital social, ajuste del capital, aportes irrevocables y reservas). También ello se refleja, porque al ser el patrimonio neto igual a cero, o negativo, el pasivo será igual o mayor que el activo.

Cuando el capital está perdido, es decir, las pérdidas acumuladas son iguales o superiores a él (y las cuentas equiparables al capital) y las reservas, la constatación es simple porque en el patrimonio neto, se mostrará una cifra negativo, y el activo será igual o menor que el pasivo.

“En la sociedad anónima, esencialmente capitalista, no parece prudente esperar a que el capital se pierda totalmente para que las pérdidas operen como causa de disolución, pues entonces los

⁶ VIVANTE, César. *Tratado de Derecho Mercantil*, versión española de la quinta edición italiana corregida, aumentada y reimpressa, Ed. Reus, Madrid 1932. Volumen II “Las sociedades mercantiles”, pág. 483/5.

⁷ “Art. 94 LGS. Disolución: causas. La sociedad se disuelve:... 5) Por pérdida del capital social... Art. 96. Pérdida del capital. En el 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. 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 deberán adoptar las medidas necesarias para iniciar la liquidación. Responsabilidad. Cualquier operación ajena a esos fines los hace responsables ilimitada y solidariamente respecto de los terceros y los socios, sin perjuicio de la responsabilidad de éstos”. Nto. “Las crisis de las sociedades y como abordarlas”, Ed. Fespresa, Córdoba, agosto 2010, págs.183, 185, 393, 427, 461, 465,581.

acreedores no tendrían ninguna seguridad o garantía para el percibo de sus créditos. De ahí que nuestra ley (art. 260.1.4^a) declare causa de disolución el hecho de que se produzcan pérdidas que dejen reducido el patrimonio a una cantidad inferior al capital social, a no ser que ése se aumente o se reduca en la medida suficiente. Desde esta perspectiva, esa norma opera como un instrumento preconcursal destinado a evitar la insolvencia de las sociedades anónimas y su eventual declaración de quiebra”.⁸

Congruentemente la constatación de pérdida del capital social determina contablemente que los socios han perdido totalmente su inversión⁹. La ley societaria les otorga la posibilidad de reintegrar o aumentar el capital social, evitando la liquidación. El apartarse de tales conductas importa generar responsabilidad a los administradores y a los socios (art. 99 LGS). Es que la legislación especial dispone ante ello opciones imperativas: reintegrar, capitalizar la sociedad por diversos medios o liquidar, bajo la sanción de generar responsabilidad por el daño que se pudiera generar, tanto a administradores como a socios que actuaran en la continuidad de la gestión sin generar remediación.

Principios básicos de derecho se basan en la buena fe, evitar el daño o la continuidad de las acciones dañosas, en no abusar de derecho ni cometer fraude a la ley.

2. El Anteproyecto del 5 de junio de 2015 mantiene la línea de la ley del 72 frente a la causal de disolución de pérdida del capital social, pero la atenúa permitiendo la recomposición dentro del año. O sea que la causal se produciría en el segundo ejercicio. Sin duda se sigue el criterio de la legislación española, pero que es más conservadora pues la causal de produce con sólo la pérdida del 75% del capital social.

La Memoria deberá ser más explícita en el análisis de lo proyectado para ese de ese intermedio: “Art. 66 MEMORIA. Los administradores deberán informar en la memoria sobre el estado de la sociedad en las distintas actividades en que haya operado y u juicio sobre la proyección de las operaciones y otros aspectos que se consideren necesarios para ilustrar de la situación presente y futura de la sociedad. Del informe debe resultar: 6. La política empresarial proyectada y aspectos relevantes de su planificación y financiación, con una estimación prospectiva de las operaciones en curso o a realizar....(original: Estimación y orientación sobre perspectivas de las futuras operaciones)”.

La responsabilidad por el debilitamiento de la garantía de los acreedores, que nosotros agravábamos por la conexión del art. 99 LGS con el 167 in fine CCC, es integrado ese criterio en el propio artículo del ALGS: “Respecto de cualquier operación ajena a esos fines, serán responsables solidariamente frente a los terceros y los socios, sin perjuicio de la responsabilidad de estos últimos cuando la hubieren consentido expresa o tácitamente.” Recordemos que el 167 CCC in fine preceptua “...responden ilimitada y solidariamente sus administradores y aquellos miembros que, conociendo o debiendo conocer la situación y contando con el poder de decisión necesario para ponerle fin, omiten adoptar las medidas necesarias al efecto”, integrando la ambigua expresión de los socios en su caso del art. 99 LGS, conforme el art. 150 1 CCC, para satisfacer el déficit patrimonial.

Ello debe correlacionarse con la “viabilidad económica y social” requerida por el art. 100 LGS, con otra redacción en el Anteproyecto limitada a la “viabilidad económica”.

“El Derecho Concursal protege a los acreedores imponiendo la obligación de solicitar el concurso cuando la sociedad no puede hacer frente a sus obligaciones definiendo con mucha mayor precisión el riesgo de que continúen actuando en el tráfico empresas insolventes (v., art. 5 LC); subordina los créditos de las personas especialmente relacionadas con el deudor para desincentivar las “resurrecciones” artificiales de empresas insolventes a base de créditos concedidos por los socios (art. 92.5 LC) y declara la responsabilidad de los administradores y socios de control por el déficit

⁸ URÍA, R.; MENÉNDEZ, A. y GARCÍA de ENTERRÍA, J. –“La sociedad anónima: disolución” Cap. 4, pág. 1001 en CURSO DE DERECHO MERCANTIL citado.

⁹ Con Juan Carlos VEIGA “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. Tomo 1 pág. 367.

concurzal en caso de concurso culpable (art. 164 LSC), además de los efectos protectores de las acciones revocatorias. La amenaza de ver relegados los créditos otorgados por los socios de control; la eventualidad de tener que responder del pasivo no satisfecho en el procedimiento concurzal si se retrasa la declaración de concurso o se ha distraído el patrimonio social en perjuicio de los acreedores, constituyen mecanismos mucho más ajustados a las circunstancias de cada caso”¹⁰.

3. Un punto importante, que acabamos de adelantar, es el que pueda agravarse el daño en el segundo período. Un análisis que deberá enfrentarse es que solución dar para el caso que se hubiera perdido no sólo el capital social sino una parte importante del patrimonio en el segundo ejercicio. Creemos que el punto deberá apuntar a la conducta de administradores y socios, en lo que se informe en la Memoria sobre la prospectiva o en considerar incurso a la sociedad en otra causal de disolución en la nueva redacción del art. 94.4. ALGS “Por la imposibilidad de continuar con las actividades previstas en el objeto...” por el estado patrimonial de la sociedad y no preverse soluciones a ello. Se dispararía de inmediato las responsabilidades previstas en el art. 99 ALGS.

Las soluciones normativas-doctrinarias a la capitalización son múltiples.

La capitalización del pasivo tiene efectos tributarios neutros y libera a fiadores y deudores solidarios, y parece ser el lineamiento que se aconseja en los “acuerdos privados” –*company voluntary arrangement*- con los acreedores financieros, que de ser la empresa viable rápidamente colocarán sus participaciones en el mercado. La quita implica un menoscabo de los acreedores, con tributación por ganancias por la sociedad, aunque se establezcan especiales moratorias.

Las vías de capitalización u obtención de financiamiento contenidas en la Ley de LACE –ley 27349-, y traducidas en el Anteproyecto brindan suficientes medios para la operatividad de la sociedad sin perjudicar a terceros o que estos asuman ciertos riesgos como lo previene el préstamo en las versiones que otorga el art. 1531 CCC o en el negocio participativo del CCC. La mención a esa Ley viene al caso para señalar que la función de garantía no está afectada en las S.A.S. que se constituyan con el mínimo capital autorizado por la remisión en el art. 55 a la aplicación de las causales de disolución, como la pérdida total del capital social, que son normas imperativas.

Es un abuso de derecho y fraude a la ley societaria ante la constatación de la pérdida del capital social, soslayar las previsiones del art. 96 LGS.¹¹ Resultan involucradas las normas del art. 12 Título Preliminar CCC.

En el derecho argentino los socios tienen el deber de reintegrar el capital si este se hubiere perdido y se optare por no liquidar la sociedad. Se trata de evitar que la sociedad siga contagiando en el mercado. Obviamente que de no desear reintegrar el capital social, la ley les brinda la posibilidad de recurrir al aumento de ese capital, con la intervención eventual de terceros, incluso a través de la solución normativa del art. 197 LGS de capitalizar el pasivo, ahora perfeccionado por el Anteproyecto¹². Parece necesario que los socios, ante la primer constatación de la pérdida

¹⁰ ALFARO AGUILA-REAL, Jesús “Concurso culpable y responsabilidad por el déficit concurzal”, Jun 1, 2015 | [Derecho Mercantil](#), en Almacén de Derecho: La [STS de 21 de mayo de 2015](#) decide sobre un concurso declarado culpable y la consiguiente responsabilidad de los administradores por el déficit concurzal. El Supremo confirma la sentencia de la Audiencia que había considerado el concurso culpable por dos causas: ocultar gravámenes que pesaban sobre el único inmueble propiedad de la sociedad concursada y el retraso en la solicitud de concurso (dos años)... *De tal forma que el agravamiento de la insolvencia, como consecuencia del retraso en la solicitud, constituye uno de los elementos objetivos y subjetivos de esta causa de calificación culpable, en realidad el más preponderante, con arreglo al cuál podía articularse la justificación de la responsabilidad por déficit del art. 172.3 LC (en su redacción original, aplicable al caso).*

¹¹ RICHARD, Efraín Hugo “ABUSO AL DERECHO SOCIETARIO: INFRACCIÓN A LA FUNCIÓN DE GARANTÍA DEL CAPITAL SOCIAL”, en *EL ABUSO Y EL FRAUDE en el derecho societario, concurzal y del consumidor* publicación de FIDAS, Ed. Legis, Buenos Aires noviembre 2013, pág. 155.

¹² En la nota de elevación se señala: “8. La Comisión ha entendido necesario efectuar algunas innovaciones para robustecer la importancia del derecho de suscripción preferente y precisar las excepciones al mismo. Ante todo, establece que el derecho se otorga también a los titulares de acciones preferidas convertibles en ordinarias. En otro sentido, el derecho se otorga también a los accionistas para la suscripción de debentures, obligaciones negociables y otros títulos, si son convertibles en acciones (Art. 194). En la misma norma se establece una distinción entre el derecho de preferencia y el de acrecer: se permite que este último sea limitado o suspendido cuando sea en interés de la sociedad el ingreso de nuevos accionistas y, en las que hacen oferta pública, para ampliar su circulación. El ejercicio de la acción cancelatoria y resarcitoria por haberse privado a un accionista de la oportunidad de ejercer su derecho, se condiciona a que este último ofrezca integrar los aportes en las condiciones de la emisión. Se modifica, incorporando un parámetro más ajustado al valor del perjuicio sufrido, la sanción por violar el derecho de suscripción preferente: el mínimo se vincula con el valor

patrimonial, si no se prevé una solución razonable en la Memoria, asumieran los procedimientos previstos en los arts. 96 y 99 ALGS.

Se postula que el accionista que pudiendo hacerlo, legítimamente decida no recapitalizar la empresa insolvente debe pasar la propiedad de la misma a los acreedores¹³. Cuando el valor patrimonial de la sociedad no permite satisfacer su pasivo, los accionistas pierden interés en la gestión, y los acreedores pasan a tener interés fundamental en la prosecución exitosa de la actividad.

Recordamos que la legislación societaria argentina tiene la misma estructura que tenía la española, antes que se agregara la opción, frente a la obligación de liquidar, reintegrar o capitalizar, de presentar la sociedad en concurso preventivo en término perentorio. Sobre el estado actual escribió Jesús Alfaro¹⁴ “Tras la reforma de 2005 de la Ley de Sociedades de Capital, la responsabilidad de los administradores por las deudas sociales en caso que la sociedad estuviera incurso en causa de disolución y los administradores no procedieran a convocar la Junta para que ésta acordase la disolución o el aumento de capital o a solicitar el concurso, se limita a las deudas sociales contraídas por la sociedad con posterioridad a la aparición de la causa de disolución (art. 367 LSC). – La Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 19 de junio de 2015 es modélica en relación con el análisis de este tipo de casos. Los hechos son típicos: el acreedor –un proveedor de la sociedad– demanda a la sociedad deudora y a su administrador. La sociedad está disuelta en el momento de presentarse la demanda y el acreedor prueba que las deudas que reclama se generaron después de que la sociedad estuviera en causa de disolución por pérdidas y transcurridos los dos meses a los que se refiere el art. 367 LSC. Sorprendentemente, el Juzgado desestima la demanda contra el administrador. La Audiencia revoca la sentencia, sosteniendo “Que dicha situación tuvo que ser conocida o debió serlo por los administradores incluso antes de la formulación de las cuentas anuales dada la grave situación de deterioro económico de la sociedad. La jurisprudencia entiende que el plazo de dos meses para el cumplimiento del deber de convocar junta para acordar la disolución se computa desde que el administrador tiene conocimiento de la concurrencia de la causa de disolución en términos de normalidad económica y contable, según el principio de exigencia de intencionalidad o negligencia que, ceñido a la conducta de omisión” generan responsabilidad.

4. Si una sociedad no obtiene capital de sus propios socios o de terceros, es porque no existe un adecuado plan que determine la viabilidad y la rentabilidad de la empresa. En realidad, los administradores societarios deben hacer una evaluación y un plan anualmente. Si el balance anual acusa la pérdida tienen obligación de ponerlo a consideración de los socios, sin duda con algún plan si pretenden continuar la gestión, y a su vez deben presentar junto a ese balance una Memoria sobre la prospectiva del año venidero, que importaría anticipar la asunción de una crisis si existiere un sobreendeudamiento o una situación semejante.

El Balance, la documentación contable, la Memoria es una obligación de resultados –no asegurados– para los administradores societarios.

5. Calificando la obligación de capitalizar prevista en el el art. 96 LGS (ALGS), se genera la calificación de subordinación para los aportes, explicando los distinguidos autores “6. Los aportes irrevocables a cuenta de futuras emisiones son una creación un tanto anómala, hija de la necesidad de la historia económica y monetaria argentina, que se convirtió en una suerte de *tertium genus* entre el capital y el pasivo. Su extendido uso determinó que, ante el silencio de la ley, no sólo los organismos de contralor, sino también las entidades profesionales de Ciencias Económicas, dictaran condiciones y reglamentaciones sin sustento legal suficiente. La Comisión ha decidido mantener la ortodoxia y

nominal más la prima de emisión (Art. 195). Por fin, se hacen precisiones respecto de la excepción al ejercicio del derecho de suscripción preferente (Art. 197) en el supuesto de darse en pago por obligaciones preexistentes: los accionistas deben haber tenido oportunidad de ofrecer aportar la totalidad de los montos a capitalizar, o ello debe darse en el marco de una solución concursal o extraconcursal. Además, cuando corresponde por los valores involucrados, la emisión debe hacerse en este caso con prima. Se amplían los supuestos de excepción en los que puede suspenderse el ejercicio de este derecho, siempre con la finalidad de tutelar el interés social.” Responde a alguna crítica que habíamos realizado con Muiño en *Derecho Societario*.

¹³STANGHELLINI, Lonrezo *Proprietà e controllo dell'impresa in crisi* en “Rivista delle Società” settembre-ottobre 2004 pág.1041, específicamente pág. 1072.

¹⁴ ALFARO, Jesús “Responsabilidad de los administradores por las deudas sociales” 29 de julio de 2015, en Almacén de Derecho del 22 de marzo de 2017.

establecer que serán considerados pasivos. Se aparta en ello del Proyecto de 2005. Pero de éste toma, como ya se apuntó al comentar la sociedad de responsabilidad limitada, el razonable criterio de la subordinación de los créditos otorgados por socios y personas allegadas, así como por los dados por una sociedad controlante (Art. 190).”

Se corresponde esta solución a la doctrina judicial que hemos apoyado. ¿Y si los socios no capitalizan pero dan préstamos para continuar el giro social? Puede que acepten dar préstamos para que la sociedad continúe el giro infrapatrimonializada.

Sostenemos que los socios son quienes tienen que mantener capitalizada la sociedad –y obviamente los administradores son los que deben llamarlos a cumplir con ese deber, para mantener la funcionalidad-. Pero suelen hacer préstamos a la sociedad sin capitalizarla, lo que en su caso ha llamado a categorizar esos créditos. Y los mismos no pueden ser quirografarios sino merecer a lo más la calidad de subordinados sin derecho a voto.

Esa referencia a la subordinación de los créditos de los socios al no capitalizar la sociedad ha sido proveída en la jurisprudencia argentina en la Sentencia en Mendoza, en “KLP Emprendimientos S.A. s/ Megaconcurso”, 22/4/2016 del Juez Gonzalez Masanes, y en sentencia recaída en la causa “Diaz y Quirini SA s/ concurso preventivo s/ incidente de revisión (promovido por Quirini Augusto)” de la CNCOM – SALA C del 31/05/2012.

Se advierte una corriente evolutiva, integradora entre la legislación concursal y la societaria frente a la crisis de sociedades, y justamente formulada en juicios de concursos de sociedades. Si la 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 si, como debemos presumir, hay acreedores insatisfechos¹⁵.

La responsabilidad se genera ante concreto daño a terceros, incluso a la sociedad y a socios minoritarios, por el actuar de administradores y de ciertos socios, aún en las personas jurídicas con limitación de responsabilidad por no actuar conforme a normas imperativas de la ley y generar ese daño. El debido contrapeso al control preventivo lo constituyen, decía Mauricio Yadarola, las acciones de responsabilidad contra administradores y socios que arguyeron la viabilidad de mala fe causando daño.¹⁶

Si el capital social es la contrapartida de la limitación de la responsabilidad del socio, limitación que es considerada un privilegio que excepciona el principio de derecho común de unidad del patrimonio, dicho privilegio exige que los socios aporten fondos suficientes para su cometido, pues sin un capital social adecuado el excepcional beneficio de la «responsabilidad limitada» carece de fundamento¹⁷.

Una vez que se generaliza la responsabilidad limitada para todas las sociedades, la cifra de capital sirve, fundamentalmente, a la protección de los acreedores. En contrapartida por la irresponsabilidad por las deudas sociales, los accionistas han de “ofrecer” a los acreedores sociales un patrimonio específico que pueda ser atacado por éstos para cobrar sus créditos (función de garantía del capital social)...¹⁸

¹⁵ RICHARD, Efraín Hugo. “Remoción de causales disolutorias y responsabilidad de administradores (y socios) de sociedades: la función de garantía del capital social”, en Cuestiones Mercantiles en el Código Civil y Comercial de la Nación”, Ed. Fundación para la Investigación y Desarrollo de las Ciencias Jurídicas, Buenos Aires abril 2016, pág. 279. En el debate de esta comunicación en el III Congreso sobre los Aspectos Empresarios en el Código Civil y Comercial de la Nación, realizado en ese mes en Mar del Plata, cuando insistimos que la responsabilidad se generaba al día siguiente de constatada la insuficiencia patrimonial, se debatió unánimemente que no, que esa responsabilidad se generaba al minuto siguiente –corrección que aceptamos-. Posteriormente lo hicimos en “La causal disolutoria de pérdida del capital social”, en Doctrina Societaria y Concursal ERREPAR (dsce) tomo/boletín XXVIII, mayo año 2016.

¹⁶ RICHARD, Efraín Hugo “Responsabilidad de administradores societarios por insolvencia” pág. 504 en “Jornadas italoargentinas de derecho: perspectivas del derecho entre Latinoamérica e Italia” Córdoba Argentina 2004-2005, Ed. Alveroni, Córdoba Agosto 2006.

¹⁷ C. Civ. y C. Santa Fe, Sala 2ª. 27/4/06. Bocca S.A. Con comentario de los Dres. Di Chiazza y Van Thiene en “La infracapitalización originaria y una sentencia digna de no ser imitada”, donde sostienen que “*En consecuencia, para la Sala II de la Cámara de Apelaciones Santafesina sentenciante en Bocca S.A. el capital debe adecuarse con el objeto social porque: (I) es innegable que el objeto social se cumple con el capital social y (II) al no observarse dicha adecuación el objeto sería de cumplimiento imposible (art. 94, inc. 4), ergo, la sociedad nacería con una pseudo causal de disolución congénita.*”

¹⁸ ALFARO ÁGUILA-REAL trabajo citado.

