

**LA PÉRDIDA DEL CAPITAL SOCIAL, EL DAÑO A LOS ACREEDORES Y LA RESPONSABILIDAD DE ADMINISTRADORES Y SOCIOS A LA LUZ DEL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL Y LA LEY GENERAL DE SOCIEDADES**

**Efraín Hugo RICHARD**

Publicado 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. 565 (Parte 2. Análisis crítico de jurisprudencia).

**\*INDICE:** Introducción. I – HIPÓTESIS. II – APOSTILLAS PRELIMINARES. III – MEDITACIONES ANTICIPATORIAS. IV – LA FUNCIÓN DE GARANTÍA DEL CAPITAL SOCIAL. 1. El caso “Shirley SA Ruderman Shirley Ivette y otro sobre ordinario”. 2 – ALGO MÁS SOBRE CAPITAL SOCIAL, DISOLUCIÓN, LIQUIDACIÓN y RESPONSABILIDAD. 2.1 – INTRODUCCIÓN. 2.2. - LAS NORMAS IMPERATIVAS DE REGULACIÓN DE PERSONAS JURÍDICAS. 2.3. LA FUNCIÓN DE GARANTÍA. 2.4.REMEDIACIÓN DE LA CAUSAL. 2.5. SOBRE LA DETERMINACIÓN DE LA PERDIDA. 2.6.EFECTOS. 2.7.RESPONSABILIDAD Y ESFUERZO COMPARTIDO. 2.8.CONCURSO Y DAÑO. V – INOPONIBILIDAD Y RESPONSABILIDAD. 1.El caso “Migal Publicidad SA contra Ti Intertele SRL sobre ordinario”. 2. OTRO CRITERIO JURISPRUDENCIAL: el caso “Bianchi Adrián Emilio contra Vanderbelt Group Ltda. Y otros sobre ordinario”. 3. El caso “Víctor Carballude SRL sobre quiebra, Incidente de inoponibilidad de la personalidad jurídica”. VI – RESPONSABILIDAD: OTRAS FACETAS: el caso “Granisem SRL sobre quiebra contra Nisembaunn Néstor Raúl sobre ordinario”. VII – MEDITANDO.

-----

La Fundación y el distinguido colega Ricardo Augusto NISSEN nos han hecho llegar un grupo de seleccionados fallos para su análisis, como acostumbra, y después de leerlos decidimos que podían generar un comentario unificado en torno a tres temas fijados para este nuevo encuentro académico-profesional: “2.5. Remoción de causales disolutivas. - 2.6. Responsabilidad civil, societaria y concursal de administradores de sociedades. - 2.7. Inoponibilidad de la personalidad jurídica.”

**I – HIPÓTESIS.** Centraremos este ensayo en la idea que las sociedades son una técnica de organización maravillosa, que todos los ordenamientos abren a la autonomía de la voluntad para emprendimientos, pero correlativamente fijan normas imperativas, particularmente en defensa de la consistencia patrimonial de la sociedad y causales de disolución, tendientes a evitar daños a terceros, imponiendo un diagnóstico de viabilidad (art. 100 Ley General de Sociedades –LGS)<sup>1</sup>. Es la llamada función de garantía del capital social, y cuyo soslayo genera responsabilidad de base subjetiva, hoy incentivada por el Código Civil y Comercial (CCC).

Esta tesis tiende a ser vulnerada por la práctica generalizada en las soluciones preventivas por aplicación de la Ley de Concursos (LCQ), trasladando el problema a los acreedores, tratándolos como socios sin derechos, o eliminando la responsabilidad referida por un exceso ritual manifiesto, sin aplicar principios tales como “iura curit novia” sin afectar derechos de defensa.

A su vez, anticipar que normas como las del art. 19 LGS tendiendo a oficiosamente evitar la actuación de sociedades –constituídas en el país o en el extranjero que operen en el país-, como las responsabilidades por daños por pérdida del capital social –art. 99 LGS, hoy aclarado en su alcance por el art. 167 in fine CCC-, no son normalmente aplicadas por la judicatura.

## **II – APOSTILLAS PRELIMINARES.**

<sup>1</sup> 2.21.- Sustitúyese el artículo 100 de la ley 19.550, T.O. 1984, por el siguiente: Artículo 100.- Remoción de causales de disolución. Las causales de disolución podrán ser removidas mediante decisión del órgano de gobierno y eliminación de la causa que le dio origen, si existe viabilidad económica y social de la subsistencia de la actividad de la sociedad. La resolución deberá adoptarse antes de cancelarse la inscripción, sin perjuicio de terceros y de las responsabilidades asumidas. *Norma de interpretación.* En caso de duda sobre la existencia de una causal de disolución, se estará a favor de la subsistencia de la sociedad.

En relación a los temarios de este Congreso formalizamos algunas apostillas

a. Respecto al tema “2.5. Remoción de causales disolutorias, nos centramos en la que genera daño indubitable que es la pérdida del capital social. Ella se determina no sólo cuando se confecciona y más aún cuando se aprueba un balance anual con patrimonio neto neutro o negativo, sino también cuando no realizados los balances no se localiza patrimonio en un proceso individual o colectivo para satisfacer las obligaciones imputables a la sociedad.

La constatación de la causal de disolución es inmediata a esos actos o hechos, pero entendemos que no existe plazo para generar su remediación conforme dispone el art. 96 LGS<sup>2</sup>, ni para iniciar la etapa de liquidación. La misma puede ser invocada en cualquier momento, no hay etapa de liquidación promovida “ipso jure”, entendiendo que lo que es de inmediata aplicación es la responsabilidad de quién corresponda. Mientras no se produzca daño porque se entiende que puede revertirse la situación no hay responsabilidad, la responsabilidad se materializa con el daño –no como sanción- pero la atribución de la misma se retrotrae al hecho que la generó.

Estamos tratando el problema de la insolvencia, que en los fallos que comentaremos es presentada como infrapatrimonialización material o sustancial, pero que a la postre es la inexistencia de patrimonio para satisfacer el pasivo de la persona jurídica societaria –pérdida del capital social-. Incluso se suele distinguir entre insolvencia patrimonial –pérdida del patrimonio- de insolvencia financiera –infrapatrimonialización.<sup>3</sup>

b. 2.6. Responsabilidad civil, societaria y concursal de administradores de sociedades. Ella nace cuando se ha producido daño. Los factores de atribución son siempre subjetivos: haber generado daño por relación causal, existiendo una antijuridicidad: mal desempeño de funciones, continuar el giro si no hay patrimonio suficiente, imputando responsabilidad a los administradores y a los socios que colaboraron en ello. El estándar que fija el art. 167 in fine servirá para interpretar el art. 99 LGS particularmente en su última parte “y a los socios en su caso”. c. Y casi como remanente: 2.7. La “Inoponibilidad de la personalidad jurídica”, como técnica de imputación y responsabilidad en las relaciones de organización.<sup>4</sup>

Con estas concepciones introductorias afrontamos el sin duda incompleto comentario de los fallos referidos, particularmente por el acotado tiempo que dispusimos, pero servirá sin duda para debatir por las cuestiones polémicas que se advertirán.

### III – MEDITACIONES ANTICIPATORIAS.

En una rápida mirada limitada a los fallos elegidos por Nissen intentaremos sacar algunas conclusiones al respecto.

1. Anticipamos un párrafo de uno de los fallos como tesis “*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*”.<sup>5</sup>
2. A su vez apuntamos los diferentes criterios de la magistratura en torno a responsabilizar por daño generado por el uso de las sociedades. Oscila desde aquellos que tienden a encontrar responsables cuando existe daños, incluso aplicando normas imprevistas, hacia aquellos criterios –por suerte más acotados- que tratan de limitar la responsabilidad con excesivo rigor formal atendiendo a aspectos procesales o formales.
3. No puede tratarse mejor a Administraciones y socios de una sociedad que pese a haber constatado la causal de disolución por pérdida del capital social, formal o informalmente, la ignoran o la ocultan, generando daños a los acreedores, y a sus trabajadores, no iniciando la

<sup>2</sup> Art. 96 LGS “Pérdida del capital. En el 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”, en realidad se debería decir “la liquidación no se produce...”.

<sup>3</sup> Nto. “El equilibrio en la legislación societaria y concursal uruguaya: la preconcursalidad extrajudicial” en *25 años de la ley de sociedades comerciales. Necesidad de su refojma. Homenaje al Profesor Dr. Siegbert Rippe*, AAVV dirección Eva Holtz y Rosa Piziomek, edición Facultad de Ciencias Económicas y de Administración Universidad de la República, Montevideo 2014, página 415.

<sup>4</sup> Nto. “INOPONIBILIDAD DE LA PERSONALIDAD JURÍDICA: IMPUTABILIDAD Y RESPONSABILIDAD”, en *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe 2009, n° 2008 – 3 pág. 191 a 246.

<sup>5</sup> CNCom, Sala F, Mayo 13 de 2014, “Victor Carballude SRL sobre quiebra, Incidente de inoponibilidad de la personalidad jurídica”, con votos de Rafael F. Barreiro y Juan Manuel Ojea Quintana.

etapa de liquidación y por supuesto omitiendo toda inscripción, ni reintegran ni capitalizan, ocultan balances, desaparecen libros y documentación contable, y en definitiva no hay bienes para satisfacer el pasivo.

#### IV – LA FUNCIÓN DE GARANTÍA DEL CAPITAL SOCIAL.

Se impone una mirada previa sobre las funciones del capital social. La más tratada es la función de productividad, que hace a la funcionalidad de la sociedad, a la posibilidad de cumplir el objeto social.

Se trabaja allí en torno a la “infracapitalización o infrapatrimonialización material o sustancial”, no meramente formal, y se usa para sostener responsabilidad en ciertos supuestos. Es una suerte de zona gris, algo imprecisa, que contrasta con la verdadera función de garantía del capital social que es su pérdida total –en nuestro país- o la constatación de la existencia de patrimonio neutro o peor aún negativo, lo que constituye una línea roja que dispara sin duda la responsabilidad.

Mezclando ambos conceptos en el caso Carballude<sup>6</sup>, se sostuvo “*La infracapitalización, en este sentido, no hace otra cosa más 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*”. Y se aplicó la imputación de responsabilidad prevista en el art. 54 in fine LGS.

No nos oponemos a esa responsabilización –o imputación<sup>7</sup>-, que afectará a los controlantes que abusaron –socios y administradores que colaboraron con ellos-, pero nos llama la atención el no recurrir a la norma precisa que es el art. 99 LGS. Quizá ahora con la reforma se pondrá más atención en ello y aparecerá en los repertorios de jurisprudencia al estar interpretado por el art. 164 in fine CCC<sup>8</sup>, y también por el art. 100 LGS.

1. Afrontamos en primer lugar el caso fallado por la CNCom, Sala A, Diciembre 29 de 2014, en “Shirley SA Ruderman Shirley Ivette y otro sobre ordinario”.

Para la interpretación nos quedamos con una expresión del fallo que define lo que es una causal de disolución en contraposición con la liquidación: “*La disolución no es un “estado”, sino un “momento” en la vida de la sociedad originado por circunstancias específicas que acarrear profundas consecuencias.*”

Señalamos la conclusión precedente porque luego se ingresa en una zona de excesivo rigor formal y desinteligencia de la institución: “*La disolución de la sociedad opera con ciertas características básicas uniformes: a) constatación y declaración del motivo, salvo en el caso de vencimiento del término de duración y de reducción a uno de los socios, b) necesidad de inscripción registral, sin perjuicio de que la operatividad presenta modalidades variables en función de la causal o del tipo societario*”. Realmente una contradicción lógica.

Con referencia a la causal que nos preocupa, que es la que puede generar daño se expresa “El artículo 94 inciso 5º de la ley 19550 indica que para fundamentar la causal de disolución allí prevista, deberá acreditarse la pérdida total de capital”. Una pregunta es ¿como deberá acreditarse esa pérdida? Y se responde: “puede admitirse cualquier documento contable que refleje en forma fehaciente su estado económico”. Correctamente se agrega mucho más adelante “Si hubiere una negativa u omisión de los administradores en verificar la pérdida de capital o en someter la misma a los socios, en principio, su responsabilidad se remontaría a la fecha de la merma”. Esto parece congruente con la primera afirmación y no con la segunda de los párrafos precedentes, en la incongruencia que hemos señalado.

Correlativamente con estos criterios que corresponden a principios normativos, funcionales y de sentido común, empezarán a aparecer los obstáculos, con criterios formales que

<sup>6</sup> Que ya motivó nuestro interés: “EN TORNO AL CAPITAL Y LA INSOLVENCIA, en *Revista de Las Sociedades y Concursos*, Publicación de Fidas, Ed. Legis, Año 15, 2014, 4 pág. 3, Buenos Aires, diciembre 2014.

<sup>7</sup> Nto. “INOPONIBILIDAD DE LA PERSONALIDAD JURÍDICA: IMPUTABILIDAD Y RESPONSABILIDAD” en *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe 2009, n° 2008 – 3 pág. 191 a 246. Reproducido por Microjuris, 2010.

<sup>8</sup> Art. 167 CCC “Liquidación y responsabilidades. ... En caso de infracción 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.”.

luego serán usado como eximentes de responsabilidad, pese a que se enfatiza correctamente: *“El art. 99, 2º párr. en su parte final, dice “... sin perjuicio de la responsabilidad de éstos” refiriéndose a los socios. Este agregado, a simple vista incidental, es sin embargo de trascendental importancia en el punto. Significa que los socios que han consentido la continuación de la actividad de la compañía después de haber sido disuelta, responden solidaria e ilimitadamente por los daños causados a terceros”.*

- Claro que la expresión “después de haber sido disuelta” aparece como un error conceptual, pues no hay “disolución de sociedad”, sino “liquidación”, debiendo haberse referido a “después de haber sido liquidada”.

-Pero inmediatamente, el razonamiento fluye a la responsabilidad subjetiva: “responsabilidades: contractual y delictual, o cuasidelictual. La distinción es importante por cuanto es diferente, en uno y otro caso, la atribución de la carga de la prueba. Si la responsabilidad es contractual, acreditado el daño, la culpa se presume e incumbe al director probar lo contrario; cuando la responsabilidad es delictual o cuasidelictual, en cambio debe probarse la culpa para hacerlo responder”. Lo anticipado corresponde al referido fallo, **con voto desincriminatorio de la Doctora María Elsa Uzal**, señalando que *“1) La quiebra de “Shirly S.A. ”, por intermedio de su síndico, promovió acción de responsabilidad societaria contra las directoras de la sociedad anónima fallida, Shirley Ivette Ruderman y Teresa Najdycz....Destacó que sobrevinida la quiebra de la sociedad, ésta se encontraba totalmente vacía y carente de capital social, sin que las autoridades estatutarias hubiesen brindado explicaciones que justificasen el vaciamiento de dicha empresa y la omisión de liquidarla cuando se produjo la pérdida del capital social, la imposibilidad de consecución del objeto social y el abandono de los negocios societarios. ...para concluir así que:... La demanda contenía fundamentos contradictorios. Destacó que en ella la sindicatura consideró que, al cesar la sociedad su actividad y haber perdido el capital social, ésta habría entrado objetivamente en situación de disolución, “por lo que sus directoras habrían incurrido en responsabilidad objetiva, solidaria e ilimitada en los términos del art. 99 de la L.S. por el incremento del pasivo generado por las compras de mercadería efectuadas en tal estado. Refirió que la contradicción se patentizaba cuando les imputaba haber incurrido en la conducta encuadrada en los arts. 274, 59 y 296 de la L.S., al no disolver la sociedad e impedir con ello la maniobra atribuida ... Afirmó que lo que concretamente sostenía el síndico era que, cumplidos los extremos requeridos por el 94 de la L.S., que -a su entender- implicaban la disolución ipso facto de la sociedad, correspondía que se les requiriese a las directoras codemandadas la indemnización de los perjuicios causados, en los términos del art. 99 segundo párrafo de la L.S. y, además, la responsabilidad derivada de su mal desempeño en virtud de lo establecido en los arts. 274, 296 y 59 de la ley 19.550. El Síndico al apelar entendió que “la conclusión arribada no era aceptada por el orden público societario; agregando que lo contrario conllevaba a que se estableciese un “bill” de indemnidad a quienes ejercían la actividad societaria en forma negligente y/o fraudulenta; situación -ésta- impensable en el estado de derecho.”*

**La Dra. Uzal refirió “IV. - La solución. 1º) El thema decidendum....La cuestión a decidir en esta instancia consiste entonces en establecer si la sociedad se encontraba disuelta, si se verificó o no la existencia de una conducta antijurídica que resultase atribuible a las accionadas en el marco de los hechos denunciados por el síndico accionante y, llegado el caso, si dicha ilicitud originó, o no, los daños cuya reparación pretende este último en favor de la sociedad fallida. Al esclarecimiento de tales aspectos corresponde pasar a abocarse seguidamente, comenzando por efectuar un análisis jurídico de la acción de responsabilidad entablada por el síndico actor. 2º) Lo relativo a la disolución de la sociedad. 2.1. - Se ha sostenido que hay disolución de un ente social cuando cesa la vigencia de su objeto y de sus mecanismos internos por concurrir alguna de las causales del art. 94 o disposiciones de efectos análogos de la ley o del contrato social. De ese modo, se ha dicho que la disolución no es un “estado”, sino un “momento” en la vida de la sociedad originado por circunstancias específicas que acarrear profundas consecuencias (cfr. Zaldívar, Enrique, “Cuadernos de Derecho Societario - Aspectos Particulares en la Evolución de las Sociedades”, tº III - volumen cuarto, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1976, pág. 249). La extinción total del sujeto de derecho y la consiguiente caducidad de su estructura y sus relaciones jurídicas, recién se produce tras el procedimiento de liquidación, seguido de la partición de los bienes sociales entre los socios y la consiguiente inscripción cancelatoria en los registros que**

correspondan según el tipo de sociedad (arts. 112, 1º parte y 8º; cfr. Zaldívar, Enrique, “Cuadernos de Derecho Societario - Aspectos Particulares en la Evolución de las Sociedades”, tº III - volumen cuarto, ob. cit., pág. 250)”.

-Hasta aquí coherencia. Ahora aparece la contradicción”: *“En ese marco, la disolución opera con ciertas características básicas uniformes: a) constatación y declaración del motivo, salvo en el caso de vencimiento del término de duración y de reducción a uno de los socios, b) necesidad de inscripción registral, sin perjuicio de que la operatividad presenta modalidades variables en función de la causal o del tipo societario (cfr. Zaldívar, Enrique, tº III - volumen cuarto, ob. cit., pág. 251)”*.

-Parece un rigor formal manifiesto, que tendería a favorecer a quién quiere apartarse de la ley, sin patrimonio, perdido el capital social, no se realizan balances, se pierden los libros o no se llevan en forma, y existe pasivo insoluto.

-Y aquí sigue el criterio exculpatario de responsabilidad que nos merece crítica, pese al respeto que tenemos de la magistrado opinante: *“la gravedad de la consecuencia que pueda derivar de la comprobación, impone un criterio de prudencia en la aceptación y examen de los documentos a que se hace referencia en el párrafo anterior. En efecto, sea que se trate de una mera documentación contable o de un balance -que sería lo deseable-, no se podrá, en todos los casos, tomar esos elementos objetivamente, es que, cabe reparar, en que un balance puede arrojar una pérdida total del capital y, sin embargo, el patrimonio ser suficiente para afrontar las obligaciones y proseguir el giro social- (cfr. Zaldívar, Enrique, tº III - volumen cuarto, ob. cit., pág. 268)”*.

-Pero en el caso existió quiebra acotamos, o sea insatisfacción de las obligaciones sociales. Seguimos transcribiendo *“...En estos casos cualquier socio -existiendo presunción fundada- podría requerir al órgano de administración y, ante la omisión de éste, a la autoridad de contralor o al juez, que disponga la confección del balance; y si a través de un balance u otra documentación surgiere o pudiere presumirse razonablemente la pérdida del capital, los socios tendrán derecho a pedir la convocatoria del órgano de gobierno -reunión de socios o asamblea- para que trate la cuestión”*.

-Adviértase el rigor formal: la constatación se produce con el balance, o con hechos de falta de patrimonio social, la aprobación del balance es suficiente declaración de la existencia de la causal-. Sigue la Sra. Camarista: *“Se ha observado que si, en definitiva, hubiere una negativa u omisión de los administradores en verificar la pérdida de capital o en someter la misma a los socios, en principio, su responsabilidad se remontaría a la fecha de la merma (cfr. Zaldívar, Enrique, tº III - volumen cuarto, ob. cit., pág. 269).*

-Y esto es si correcto, la responsabilidad nace desde el momento en que se perdió efectivamene el capital social, al margen de la posibilidad de continuar voluntariamente la actividad, hasta en la creencia de superar la pérdida. Continúa: *“En punto a la operatividad de las causas de disolución, tiene gran importancia práctica la determinación del momento a partir del cual produce plenos efectos el motivo disolutorio, pues desde tal momento la sociedad verá restringida su actividad al sufrir un cambio su objeto y que los administradores incurrirán en responsabilidad solidaria e ilimitada si realizan operaciones ajenas a la liquidación (art. 99 de la L.S.). Cabe señalar y esto es especialmente importante en el caso, que únicamente puede hablarse de disolución “de pleno derecho” en las hipótesis del art. 94, inc. 2º (vencimiento del término) y 8º (reducción a uno del número de socios, una vez vencido el plazo de tres meses que otorga para la incorporación de nuevos socios). Es que, debe entenderse por disolución “de pleno derecho” la extinción automática del vínculo societario al presentarse motivos legales o contractuales de disolución. En otros términos, merece ser aprehendido por operatividad de pleno derecho, lo que produce la disolución sin necesidad de que proceda deliberación asamblearia (cfr. Zaldívar, Enrique, tº III - volumen cuarto, ob. cit., págs. 292 y 295).”*

-Reiteramos que no hay “disolución de pleno derecho”, tampoco “liquidación de pleno derecho”. La causal existe y la responsabilidad se dispara como hemos señalado, aunque no se liquide y justamente por ello. Son causales de inmediata constatación al decir de Vivante-. Es un error que lleva a no distinguir entre iniciación de la etapa de liquidación y momento desde que se atribuye responsabilidad. La disolución debe ser vista como una condición o presupuesto necesario para la apertura de un proceso, el de liquidación En estos términos, la disolución entendida como acto

causal<sup>9</sup>, presupuesto o una condición<sup>10</sup>, no reviste el espíritu suficiente –metafóricamente hablando– para poner coto a la vida de la sociedad. Valga la reiteración, pero en palabras de Vivante<sup>11</sup> “...la disolución no hace desaparecer de un golpe a la sociedad, sino que de ordinario señala el momento en que comienza la última fase de su existencia: la liquidación”.

**Segue la Dra. Uzal “Pero además después de disuelta la sociedad en su caso, es decir de constatado y declarado el hecho o acto disolutorio si corresponde, la compañía se encuentra en una situación especial, una de cuyas principales consecuencias se encuentra en la repetidamente señalada mutación restrictiva de su objeto y la limitación de las facultades de los administradores; concordantemente, el art. 92 dispone que disuelta la sociedad, los administradores “... sólo pueden atender los asuntos urgentes y deben adoptar las medidas necesarias para iniciar la liquidación”. Es así como el art. 99, 2º párr. establece que “cualquier operación ajena a esos fines (es decir, los liquidatorios) (los) hace (a los administradores) responsables ilimitada y solidariamente respecto a los terceros y los socios.... El art. 99, 2º párr. en su parte final, dice “... sin perjuicio de la responsabilidad de éstos” refiriéndose a los socios. Este agregado, a simple vista incidental, es sin embargo de trascendental importancia en el punto. Significa que los socios que han consentido la continuación de la actividad de la compañía después de haber sido disuelta, responden solidaria e ilimitadamente por los daños causados a terceros (cfr. Zaldívar, Enrique, tº III - volumen cuarto, ob. cit., pág. 299).”** El subrayado nos corresponde.

-Seguimos acotando: dice “después de haberse constatado una causal de disolución, o después de haber sido liquidada”. No puede confundirse semánticamente en aspecto jurídico *disuelta con liquidada*. Y aquí el extremo formalismo “2.2. - Es claro pues, que en la especie la Sra. Juez de grado estableció que la norma del art. 99 de la L.S. remite al art. 94, inc. 5º, que señala como causa de disolución de la sociedad, la pérdida del capital social, único fundamento legal ofrecido por el síndico accionante para sustentar la responsabilidad de las codemandadas en los términos del art. 99 de la citada ley. No obstante, claro es que -tal como se anticipara- si se pretende fundamentar la disolución de la sociedad en el motivo antedicho -tal como lo hiciera el síndico demandante-, debe acreditarse la pérdida total del capital social.”

-No había balances pero no había activo en la quiebra, pero sorprendentemente se expresa: “Desde tal perspectiva, un análisis detallado de las probanzas obrantes en la causa, solo permite concluir en que dicha causal no fue acreditada en la especie.

-Y aquí el rigorismo formal-. ¡Con este criterio que fácil será evitar responsabilidad ante la pérdida patrimonial; No confeccionó balances, o los oculto, desaparecen los libros, me presento en concurso o quiebra, y en el primero quizá logro un acuerdo traspasando el problema a los acreedores.

Desdiciéndose y en ese acendrado formalismo sigue el fallo “En efecto, en la Memoria del Balance General correspondiente al 30.04.1998, emergente del Libro Inventario y Balance nº 1 - véase fs. 21 del referido libro, reservado en sobre grande nº 49.720 de los autos caratulados “Shirly S.A. s/ quiebra (antes PDQ por Casa Damí S.A.)”-, se dejó constancia que: dicho “ejercicio se caracterizó por una recesión que afectó el nivel de ventas de la empresa, por lo que no pud(o) arribar al cierre con un resultado positivo”.

-Sin embargo, a continuación se dejó sentado que: “...este Directorio se encuentra abocado al estudio de nuevos cursos de acción para poder revertir esta situación para poder en el próximo ejercicio obtener un resultado que satisfaga las expectativas de los Señores Accionistas ... tal circunstancia no permite presumir razonablemente -sin más- la pérdida del capital social de ésta.”

-Pero por propia declaración asumieron responsabilidad si no corregían la situación y generaban daño-. Aquí lo que conceptuamos como error: “Es que -tal como ya se señalara- la

<sup>9</sup> CÁMARA, Héctor *Disolución y liquidación de sociedades mercantiles*, Edit. Tea, Buenos Aires, año 1959, págs. 206/207. En sentido similar Rivarola aducía que la disolución significaba la cesación de los efectos del contrato. Un instante, un momento, luego, un concepto teórico, [...] esto es, el instante en que a la existencia sucede la inexistencia jurídica de la sociedad, aunque en los hechos, los negocios y las relaciones jurídicas no se puedan extinguir repentinamente, sino que necesitan una serie de operaciones y actos cuya ejecución se llama liquidación. Cfr. RIVAROLA, Mario A. *Sociedades anónimas. Estudio jurídico económico de la legislación argentina y comparada*, Tomo I, 5º edición, Edit. El Ateneo, Buenos Aires, año 1957, págs. 304/305.

<sup>10</sup> COLOMBRES, Gervasio *Curso de derecho societario. Parte general.*- tomo II, Edit. Abeledo Perrot, Buenos Aires, año 1966, págs. 301

<sup>11</sup> VIVANTE, César. Ob. cit. pág. 530.

*pérdida del capital social no supone la disolución ipso iure de la sociedad, toda vez que, además de ser necesaria su constatación, también lo es su declaración; de modo tal que, para que opere la disolución de la sociedad por pérdida del capital social, resulta ineludible que los socios la declaren, de conformidad con lo establecido en el art. 94, inc. 1° de la L.S. Pues bien, ese extremo en el caso, no ha acontecido, a poco que se repare en que, más allá de que pueda haberse considerado la alternativa bajo examen, lo cierto es que de modo alguno se halla demostrada una efectiva toma de decisión formalizada en este sentido.”*

-Es absurdo que se pretenda que se genera la responsabilidad cuando se ha resuelto sobre la existencia de la causal, la aprobación del balance es suficiente, o la omisión conforme al art. 164 in fine CCC referido. No hay disolución, sino liquidación cuando exista la constatación de haberse producido una causal de disolución y medie expresa resolución sobre el inicio de la etapa de liquidación. Otro problema es la mera constatación de la existencia de una causal.

Lo demás intentando justificar que no existió ni culpa grave i dolo en los términos de los arts. 59 y 274 nos parece superfluo.

No obstante destacamos del fallo: *“La ley, sin embargo, declara ineficaz la extinción de la responsabilidad en caso de quiebra o concurso (art. 278 de la L.S.) y preserva, en todo caso, las acciones individuales de responsabilidad de los terceros y de los accionistas (art. 279 de la L.S.). En ese contexto, la acción de responsabilidad puede desarrollarse a través de: a) la acción social, que persigue la reparación de los daños causados a la sociedad es, por lo tanto, en beneficio de todos los socios en cuanto a tales y puede ser ejercida por los órganos sociales correspondientes, siempre que medie decisión social o también, individualmente, por el socio o accionista, no variando en este último caso la circunstancia de beneficiar la acción a toda la sociedad y no sólo a quien la ejerce; b) la acción individual, en cuanto persigue la reparación de los daños causados a la persona que la ejerce; ha de ser ejercida tanto por el socio como por terceros afectados. Debe apreciarse que la ley prevé también que la acción de responsabilidad sea ejercida, en caso de quiebra, por el representante del concurso -tal es el supuesto de autos- y, en su defecto y coincidiendo en la solución con la que da la ley de concursos, por los acreedores en forma individual (art. 278 de la L.S.). En suma, los directores no responden personalmente frente a los terceros siempre y cuando los actos realizados en nombre de la sociedad lo hubiesen sido en forma regular. En este supuesto, tales actos son imputados exclusivamente al ente.”*

Concluye la Dra. Uzal *“De ese modo, no habiendo sido concretada la disolución por pérdida del capital social denunciada por el síndico apelante, mal pudo este último avanzar sobre la responsabilidad de las directoras en la extensión y medida autorizada por el art. 99 de la L.S. con base en un presupuesto fáctico necesario y que se muestra inexistente”*.

-Este criterio podría significar una patente de coro para depredar a través de sociedades insolventes, bastaría no aprobar balances u ocultarlos, para poder dañar sin responsabilidad.

## **2 – ALGO MÁS SOBRE CAPITAL SOCIAL, DISOLUCIÓN, LIQUIDACIÓN y RESPONSABILIDAD.**

Se imponen un sinnúmero de reflexiones a tan impensados argumentos que permitirían eludir responsabilidad a administradores y socios simplemente con la omisión de obligaciones.

La función de garantía del capital social impone que una sociedad no deba operar con patrimonio neutro o negativo, pues el mismo es la prenda común de sus acreedores.

La “declaración de haberse comprobado” esa causal no debe rodearse de exagerado formalismo para liberar de responsabilidad a administradores y socios si ante la insuficiencia patrimonial se genera perjuicio.

La responsabilidad de administradores y socios referida por el art. 99 LGS ha sido adecuadamente definida en forma genérica para todas las personas jurídicas por el art. 164 in fine CCC.

**2.1 – INTRODUCCIÓN:** “La función de garantía del capital social” impone conductas, particularmente a los administradores pero también a socios, cuando se constata –normalmente a través del balance anual de gestión social presentado por el órgano de administración al de gobierno- la existencia de patrimonio negativo-, que constituye una causal de disolución de la sociedad cuando la pérdida del capital alcanza un porcentaje relevante cuando no su totalidad. Ello llevó a sostener que la

legislación societaria opera “como un instrumento preconcursal”<sup>12</sup>, “tiene una función *preconcursal* o *paraconcursal*, y algún otro la considera *anticoncursal*”<sup>13</sup>. Estamos considerando el sistema de prevención de crisis, convergiendo con una legislación concursal cada vez más preocupada por la prevención de las crisis empresariales y en la solución de éstas con el menor daño posible a las estructuras productivas, pero no siempre con coordinación y armonización normativa entre legislación societaria y concursal, que no son compartimentos estancos.<sup>14</sup>

## **2.2. - LAS NORMAS IMPERATIVAS DE REGULACIÓN DE PERSONAS**

**JURÍDICAS.** La autonomía de la voluntad para la elección del medio organizativo esta acotado por la existencia de normas imperativas para las personas jurídicas privadas esta reconocida en el art. 150 a) <sup>15</sup> CCC. En tal sentido las que prohíben ciertas cláusulas –art. 13 LGS- o aseguran la representación orgánica y la consistencia patrimonial o imponen la liquidación *in bonis*, o sea con activo suficiente para satisfacer el pasivo –que es la función de garantía del capital social-<sup>16</sup>. La base de la constitución y reconocimiento de una persona jurídica privada es el patrimonio separado para el cumplimiento de su finalidad, apuntalado por el art. 154 CCC, y a la determinación del capital social en LGS. Pese a que la doctrina nacional, de manera reiterada ha tratado sobre la crisis del concepto del capital social<sup>17</sup>, se acepta que el capital social cumple tres funciones: a) Función de productividad; b) Función de garantía; c) Función de determinación de los derechos del socio. La más trabajada es la función de productividad, que hace a la funcionalidad de la sociedad, a la posibilidad de cumplir el objeto social. Se trabaja allí en torno a la “infracapitalización o infrapatrimonialización material o sustancial”, no meramente formal, y se usa para sostener responsabilidad en ciertos supuestos. Hemos señalado que ello es una suerte de zona gris, algo imprecisa, que contrasta con la verdadera función de garantía del capital social que es su pérdida total –en nuestro país- o la constatación de la existencia de patrimonio neutro o peor aún negativo, lo que constituye una línea roja que dispara sin duda la responsabilidad.

Mezclando ambos conceptos en el caso Carballude –que comentaremos más adelante-, se sostuvo “La infracapitalización, en este sentido, no hace otra cosa más 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”. Y se aplicó la imputación de responsabilidad prevista en el art. 54 in fine LGS.

<sup>12</sup> URÍA, R.; MENÉNDEZ, A. y GARCÍA de ENTERRÍA, J.” La sociedad anónima: disolución” Cap. 4, p. 1001 en *CURSO DE DERECHO MERCANTIL* dirigido por Rodrigo URÍA y Aurelio MENÉNDEZ, Ed. Civitas, Madrid 1999, tomo I, esp. “Las pérdidas graves” ps. 1009 a 1013.

<sup>13</sup> DÍEZ ECHEGARAY, J. *Deberes y Responsabilidad de los Administradores de Sociedades de Capital*, 2006, Thomson-Aranzadi 2ª ed., Navarra. p. 387.

<sup>14</sup> De la ponencia al I Congreso Internacional de la Insolvencia (Marzo 2016) “*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*”. Una apreciación comparatistas entre las legislaciones: colombiana, peruana, uruguaya, argentina y española”, presentada por los Codirectores invitantes Dres. Efraín Hugo Richard (Argentina), Israel Creimer (Uruguay), Esteban Carbonell O’Brien (Perú) y German Monroy Alarcon (Colombia); adhiriendo: Dras. Teresita Rodriguez Mascardi y Alicia Ferrer (Uruguay), Dres. Jose Pajares y Jesús Quijano Gonzales (España), Miembros del Instituto Iberoamericano de Derecho Concursal.

<sup>15</sup> Art. 150 CCC. Leyes aplicables. Las personas jurídicas privadas que se constituyen en la República, se rigen: a) por las normas imperativas de la ley especial o, en su defecto, de este Código;...” y recién en el inc. c. se refiere a la aplicación de leyes especiales, como es la concursal.

<sup>16</sup> Nto. “La función de garantía del capital social frente a la agenda concursal –estudio comparativo–” en *Libro homenaje al profesor Emilio Beltrán*, edición del Instituto Iberoamericano de Derecho Concursal, Cartagena de Indias, Colombia, octubre 2014, pág. 279.

<sup>17</sup> 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 [www.acaderc.org.ar](http://www.acaderc.org.ar)



No nos oponemos a esa responsabilización –o imputación<sup>18</sup>, que afectará a los controlantes que abusaron –socios y administradores que colaboraron con ellos-, pero nos llama la atención el no recurrir a la norma precisa que es el art. 99 LGS. Quizá con la reforma se pondrá más atención en ello y aparecerá en los repertorios de jurisprudencia al estar interpretado por el art. 164 in fine CCC<sup>19</sup>

**2.3. LA FUNCIÓN DE GARANTÍA.** Las normas imperativas del derecho societario tienden particularmente a asegurar la solvencia del patrimonio social y consecuentemente a evitar la insolvencia de la sociedad y daños a terceros por incumplimiento de sus obligaciones.

Es necesario convenir en que las normas de la ley general de sociedades sobre la función de garantía del capital social son imperativas. Ello es congruente con la idea que la sociedad debe ser viable y no puede convertirse en un instrumento para dañar a terceros y al mercado en general<sup>20</sup>. Correlativo con ello la disposición del art. 99 LGS, vinculado a la causal de disolución de pérdida del capital social (94.5 LGS), que protege a terceros sin perjuicio de la remediación autorizada taxativamente por el art. 96 LGS. Esa estructura fundante del derecho societario, con normas uniformes en el derecho comparado –al igual que en el nacional-, se reafirma en la nueva concepción del art. 100 introducido en LGS<sup>21</sup> congruente con los arts. 2 y 150 a) CCC, y entre ellos el art. 94.5 LGS que impone la disolución de la sociedad ante su pérdida. Constituyen un sistema normativo completo tendiente a evitar daños en la funcionalidad de la sociedad: “Art. 94 LSA. 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”. Las mismas son calificadas ahora por el art. 164 in fine CCC que hemos revisado, y la nueva redacción del art. 100 LGS.

Al margen de los fallos cuyo comentario se nos encomendó, no podemos dejar de señalar –vinculado a la aplicación del referido art. 99 LGS- el recaído en la causa "Diaz y Quirini SA s/ concurso preventivo s/ incidente de revisión (promovido por Quirini Augusto)" – CNCOM – SALA C - 31/05/2012<sup>22</sup>, de donde extractamos para nuestro ensayo en torno a una verificación de créditos en una quiebra de un préstamo de un socio cuando la sociedad estaba insolvente, declarándolo subordinada con los argumentos que hemos subrayado. Pero al mismo tiempo advertimos que de las propias confesiones judiciales nacieron las responsabilidades previstas en el art. 99 LGS, que parece que no se ejercitaron.

Resumimos y subrayamos de ese fallo: : “... Aquí no sólo la deudora reconoció el crédito de que se trata, sino que el apelante acreditó haber hecho la entrega efectiva del dinero que se alegó prestado a la concursada, lo cual habilita a tener por perfeccionado el contrato respectivo a la luz de lo dispuesto en el art. 2242 del Código Civil.-... La circunstancia –señalada en la sentencia de grado- de que el ingreso de los fondos en la sociedad no haya podido ser constatado contablemente y se desconozca cuál fue su destino, no es elemento suficiente para decidir en sentido diverso al adelantado, dado el específico contexto que atraviesa este concurso.- Adviértase, en tal sentido, que la propuesta concordataria se encuentra homologada desde el año 2008, hallándose en su etapa de cumplimiento (según datos obtenidos mediante consulta informática realizada por Secretaría de la Sala), extremo que

<sup>18</sup> Nto. “INOPONIBILIDAD DE LA PERSONALIDAD JURÍDICA: IMPUTABILIDAD Y RESPONSABILIDAD”, en Revista de Derecho Privado y Comunitario, Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe 2009, n° 2008 – 3 págs. 191 a 246.

<sup>19</sup> “En caso de infracción 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”.

<sup>20</sup> Nto. “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.

<sup>21</sup> Sustituyese el artículo 100 de la ley 19.550, T.O. 1984, por: Artículo 100.- Remoción de causales de disolución. Las causales de disolución podrán ser removidas mediante decisión del órgano de gobierno y eliminación de la causa que le dio origen, si existe viabilidad económica y social de la subsistencia de la actividad de la sociedad. La resolución deberá adoptarse antes de cancelarse la inscripción, sin perjuicio de terceros y de las responsabilidades. asumidas. *Norma de interpretación*. En caso de duda sobre la existencia de una causal de disolución, se estará a favor de la subsistencia de la sociedad.

<sup>22</sup> Citar: elDial.com - AA78BE

habilita al Tribunal a considerar diluida la posibilidad de que el crédito del apelante sea ficticio o destinado a constituir falsas mayorías.-... III. 3. Así las cosas, corresponde que la Sala se expida en cuanto a la graduación del crédito admitido.- Está fuera de cuestión que el prestamista de cuyo crédito se trata es socio de la concursada.- Y también lo está que su parte efectuó el desembolso respectivo cuando la sociedad se hallaba ya en estado de insolvencia y él lo sabía.- El propio recurrente reconoció haber prestado ese dinero a dicha sociedad cuando ella se encontraba ya endeudada y descapitalizada, por lo que "...sintió que debía auxiliar a la firma de acuerdo a [sus] posibilidades económicas, lo cual es lógico tendiendo en cuenta que la concursada es una típica sociedad familiar..." (sic).- **Pues bien: cualquiera que sea el alcance que se otorgue –y aún cuando se la niegue- a la obligación de los accionistas de dotar a la sociedad que integran de un capital suficiente para cumplir su objeto, parece claro que el socio que, sabiendo que el ente se halla insolvente, se aviene a prestarle dinero en vez de arbitrar los mecanismos para capitalizarlo, no puede quedar en el concurso de la sociedad, en igualdad de condiciones con los demás acreedores.- Cuando se verifica –como debe entenderse ocurrido en el caso a la luz del mismo reconocimiento del interesado- un supuesto de infracapitalización formal de la sociedad del que se desprende que, pese a haber perdido su capital de riesgo, la sociedad siguió operando en plaza gracias a los fondos entregados, no a título de aporte, sino en calidad de préstamo por los socios, éstos no pueden aspirar en dicho concurso a disputar derechos a los referidos acreedores.- Es decir: si la sociedad ha perdido su capital de riesgo debe ser disuelta (art. 94 inc. 5 LS) o capitalizada (art. 206, misma ley). Con esta aclaración, que no es sino una reiteración: si, sabiendo que el ente se encuentra en tales condiciones, el socio decide prestarle en lugar de aportar a título de capital, tal decisión no podrá, sobrevenido el concurso, servir de mecanismo para frustrar la función de garantía que a la noción de capital resulta inherente.- Lo contrario importaría tanto como admitir la posibilidad de trasladar el riesgo comercial propio a terceros, lo cual es inadmisibles y justifica que los créditos así nacidos, sólo puedan ser admitidos con el carácter de subordinados.- Esa solución –admitida en otros lugares del mundo por la vía de la recalificación de los llamados "préstamos sustitutivos de capital" (ver Manóvil Rafael Mariano, Responsabilidad de los socios por insuficiencia de capital propio [El modelo alemán], en Revista del Colegio de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires, T. 63, N° 2, XII, 2003) debe entenderse también admitida en nuestro derecho.-Fdo.: Eduardo R. Machin, Juan R. Garibotto, Julia Villanueva.**

Se verá que el art. 12 CCC distingue orden público de normas imperativas. Respecto al primero para impedir puedan dejarse de lado, y respecto a ambos supuestos para sancionar el fraude a la ley. La distinción es superflua en cuanto a la existencia de fraude a la ley

No creemos haya duda de la imperatividad de las normas societarias en caso de pérdida del capital social y de los efectos que se producen. Es casi dialéctica la determinación sobre si esas normas son también de orden público. Defensores de la autonomía de la voluntad en la generación y funcionalidad de sociedades<sup>23</sup> reconocen esos límites “La ley 19.550 posee normas de tipo imperativas y normas de tipo dispositivas. Dentro de las primeras coexisten las normas que tutelan intereses patrimoniales y aquellas que protegen un llamado: orden público. A éstas últimas podemos catalogarlas como: normas imperativas (de orden público). Atento el interés jurídico tutelado, las normas de orden público no pueden ser derogadas por contrato. Hasta aquí llega la autonomía de las partes. Siendo esto así, la cuestión de fondo es saber qué normas de la ley de sociedades son imperativas y cuáles de orden público. Estos autores concuerdan en la imperatividad de: “8) el régimen de disolución y liquidación; entre otros dispositivos. Nadie puede negar que el capital social constituye un elemento esencial del tipo pues hace al patrimonio neto mínimo de retención que el sistema jurídico exige como atributo de la personalidad y del régimen de limitación de responsabilidad.(...) Nadie podría válidamente constituir una sociedad sin capital social; ... Nos animamos a decir que este tipo de normas son imperativas (de orden público) y que su violación da lugar a una nulidad”.

Como se verá esta línea de doctrina sostiene que todo lo referido a las causales de disolución, y referido a la liquidación, como la falta de capital social son normas imperativas, de orden público, irrenunciables e inderogables, indisponibles.

**2.4.REMEDIACIÓN DE LA CAUSAL.**Es nada menos que la “función de garantía del capital

<sup>23</sup> VAN THIENEN, Pablo A. (Director) “Orden público societario...¿estás ahí? En Lax & Finance, Working Paper n° 20, 2008.

social” a la que estamos poniendo de resalto como una línea roja que impone conductas. Es una función distinta a la de “productividad o funcionalidad” del capital social sobre la que se ha escrito mucho a través de la teoría de la “infrapatrimonialización material”. Pero la función de garantía hace a un problema patrimonial: el pasivo social no puede ser igual o superior al activo social. Esta función de garantía funciona también en las legislaciones que autorizan la “one dollar corporation” o “one pound company”.

A salvo la autonomía de la voluntad de remover la causal reintegrando el capital social en el caso o capitalizando (art. 96 LGS). Atento a que la función de garantía del capital social es de orden público y las normas que lo tutelan en resguardo de terceros y del mercado son imperativas, esa norma de remoción del art. 96 LGS, para no liquidar ni asumir responsabilidad: ¿puede ser desoída?

¿Podrían los constituyentes de una sociedad pactar en el estatuto que si la persona jurídica societaria pierde el capital social esa causal de disolución deberá ser afrontada por los acreedores? ¿Se aceptaría por los órganos de control (administrativos o judiciales) inscribirla con tal cláusula? Y si se la hubiera rechazado, eliminándola del Estatuto, podrían los socios en el momento de aprobarse un balance del que surgiera la constatación de la pérdida del capital social –sin ninguna observación contable- decidir que continuarían el giro sin reintegrar ni capitalizar por si, por terceros y acreedores, disponiendo que la sociedad sea concursada y se requiera una quita a los acreedores?

Tema fundamental es si una sociedad en causal de disolución puede intentar un concurso preventivo, sin perjuicio de aceptarlo en el caso que se encuentre en liquidación (art. 5 LCQ). En las Jornadas de Sindicatura Concursal, de noviembre de 2013 y diciembre 2014 organizadas por el Consejo Profesional de Ciencias Económicas de Córdoba, la respuesta fue negativa.

**2.5. SOBRE LA DETERMINACIÓN DE LA PERDIDA.** Nissen<sup>24</sup> 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... dejen 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, ...es de sencilla constatación en los estados contables de la sociedad ... 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 ...la situación prevista por el art. 94, inc. 5º... 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 (p. 914)...pues los graves efectos que supone la continuidad empresaria por una sociedad carente de capital social torna inadecuado dejar librada la celebración de la asamblea ... a fórmulas tan vagas y genéricas...(p. 915).” Introducimos aquí algunas apostillas. Hemos cuestionado 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 término. No nos parece una clasificación adecuada y así lo hemos sostenido<sup>25</sup>. Aún en la causal de vencimiento del término la sociedad podría seguir operando –otro tema es la responsabilidad si ello generara daño-. Así parece 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. Lo que no se genera de pleno derecho es la iniciación formal de la liquidación, pero no vemos que eso afecte que la responsabilidad surja inmediatamente si se genera a la pstre daño. Es burdo que se difiera ese afecto a que sea tratada la pérdida detectada en el balance aprobado en una futura asamblea, que se disponga la iniciación de la etapa liquidativa y que se inscriba tal decisión. Vivante entiende a la pérdida del capital social como una causal de disolución que opera de pleno derecho.<sup>26</sup>

<sup>24</sup> *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.

<sup>25</sup> RICHARD, E.H. y MUIÑO O.M. *Derecho Societario*, 2ª edición ampliada y actualizada, Ed. Astrea, Bs. As. 2007, pág. 365 y ss..

<sup>26</sup> VIVANTE, César *Tratado de Derecho Mercantil*, versión española de la quinta edición italiana corregida, aumentada y reimpressa,

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

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 insatisfechos o que resultan afectados por quitas y esperas en un proceso concursal.

¿Por qué antes de la presentación en concurso, o en el momento de ratificar tan onerosa vía, los socios no optan por la solución prevista en el art. 96 LGS? Es porque la cuestión no ha sido sometida a su consideración ni advertido el riesgo de asumir la responsabilidad que importa esa ratificación.

No necesariamente la ley impone la reintegración para evitar la liquidación. La opción es capitalizar la sociedad por los socios -ejerciendo el derecho de preferencia y el de acrecer en su caso- o por terceros. Es factible la capitalización del pasivo. Y parece hoy en el derecho comparado que la tendencia es inducir a los acreedores profesionales financieros a hacerlo, conforme a un plan de la viabilidad de la sociedad y de su reorganización, que incluso les permitirá colocar luego sus participaciones en el mercado. El negocio de "underwriting" puede vincularse a ello.

De no tratarse la causal una vez acreditada, continuando el giro normal de los negocios, incluso ratificando una presentación en concurso: ¿surge alguna responsabilidad? No si los administradores gestaron correctamente sus deberes. Quizá la responsabilidad por los daños que se causen sea de los socios que mayoritariamente soslayaron las soluciones imperativas de la ley societaria y, en abuso de derecho, intentan que los acreedores cubran el exceso de pasivo.

La ley da clara respuesta a este supuesto en el art. 99 LGS, como anticipamos. Respecto a los socios, la norma contenida en el art.99 LGS agrega "sin perjuicio de la responsabilidad de estos". La doctrina ha interpretado que la referencia en forma inequívoca está aludiendo al consentimiento de los socios en los actos realizados por los administradores en este período. Ante la pérdida del capital social, si los administradores no asumen el camino previsto, y los socios convocados trasladan el riesgo operativo a los acreedores, asumen responsabilidad.

Los fallos que aplican la “inoponibilidad de la personalidad jurídica” configuran claramente la responsabilidad de los socios, en similares términos que el art. 164 in fine CCC. Se distingue: a. Socios que conocieron, consintieron o se beneficiaron con estos actos. La ley no hace distinción y creemos que en los tres supuestos son solidariamente responsables. b. Socios que desconocieron la situación, sea porque aquellos que se beneficiaron se lo ocultaron o porque simplemente no tuvieron conocimiento. Entendemos que en estos casos no pueden ser pasibles de responsabilidad y que gozan del principio de limitación según el tipo. Si se aceptare que la sociedad deviene irregular, todos serían solidariamente responsables. La cuestión es la insatisfacción al tercero de una acreencia por insolvencia, o aparente insolvencia al no encontrarse bienes, de la sociedad, generalizado ahora para todas las personas jurídicas privadas por el art. 164 CCC.

**2.6.EFECTOS.** Sea que se sostenga que no se produce la disolución al constatarse en el balance la pérdida del capital o se acepte tal criterio, ocurren dos efectos: a. La responsabilidad de administradores y de los socios que consientan la continuidad se genera por los daños que puedan producirse. b. La liquidación no se inicia de oficio, sea porque los socios la consideren reversible o transitoria, sea que difieran la toma de decisión a una futura asamblea. Pero siempre con el efecto de la responsabilidad.

Al no existir normas claras que impidan la continuación de la empresa en crisis –en nuestro país la imposibilidad sobreviniente de cumplimiento del objeto social- 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 omisión<sup>27</sup>.

Por eso nos centramos en esa causal de disolución de “pérdida del capital social”, que ha sido

---

Ed. Reus, Madrid 1932. Volumen II "Las sociedades mercantiles", pág. 483/5.

<sup>27</sup> 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.

motivo de importante análisis en las XVII Jornadas Nacionales de Institutos de Derecho Comercial (La Falda 19 y 20 de agosto de 2010)<sup>28</sup>. El análisis de ciertos aspectos vinculados a esa causal son dirimientes para entender el obiter dictum de nuestra Corte en el caso Comercial del Plata sobre que el recurso concursal es el último recurso para solucionar la crisis societaria<sup>29</sup>.

**2.7. RESPONSABILIDAD Y ESFUERZO COMPARTIDO.** ¿En caso de homologación de acuerdo habiéndose constatado por el Síndico en el informe general la existencia de la causal largo tiempo antes de la presentación declarada en los mismos balances aprobados, se mantiene la responsabilidad del art. 99 LSA?

No parece que el efecto novatorio que genera la homologación de un acuerdo concursal alcance a la responsabilidad de administradores y/o socios<sup>30</sup>. Por tanto, los que hubieren sufrido daño, ante el incumplimiento de la norma que implica culpa o dolo, podrán reclamar a administradores y socios intervinientes la reparación del daño efectivamente sufrido. El alcance de la reparación puede alterarse en función del factor de atribución: culpa o dolo.

Conforme lo apuntado deberá también analizarse objetivamente si la funcionalidad societaria no ha sido usada para perjudicar a los acreedores a través del proceso concursal, eventualmente sin “esfuerzo compartido”, como apunta Truffat, como piso que rompe las actuales tradiciones, que alienta nuestra mirada, que es más profunda. La norma reformada del art. 52, num. 4º, de la ley 24.522 (LCQ) impone analizar si no hay abuso de derecho y fraude a la ley, y en caso de crisis de sociedades de las normas imperativas de la Ley General de Sociedades que imponen la patrimonialización de la sociedad a los socios —por sí o invitando a terceros a compartir los derechos sobre el patrimonio social—. El Título Preliminar del Código Civil y Comercial (CCyC) es esclarecedor, no sólo por la integración del sistema jurídico (art. 2º), sino por las precisas referencias a la buena fe, el abuso de derecho y el fraude a la ley (arts. 9º, 10 y 12), y a valores, todos temas muy apuntados en los Fundamentos de elevación del CCC.

Una apreciación inicial impone señalar que el “esfuerzo compartido” implica cuando menos un cuestionamiento frontal a la propuesta —y ulterior acuerdo— de quita —unido a esperas— que hacen que los acreedores sean los únicos a los que se les impone soportar la crisis de las sociedades, sin esfuerzo alguno de los socios y en su exclusivo beneficio al patrimonializar la sociedad. Bernardo Carlino, en reciente ponencia, formula una propuesta en similar sentido<sup>31</sup>. Claro que es un aparente “esfuerzo compartido”, porque la capitalización que hacen los socios en su beneficio por la propiedad que tienen del patrimonio social, y la quita de los acreedores también, pues disminuye el pasivo social y genera una utilidad para ella y correlativamente del valor de las participaciones de esos socios.

Aceptar la continuidad del giro de una sociedad con patrimonio neto negativo, permitiendo que ésta dañe a terceros —acreedores anteriores y posteriores a la crisis patrimonial—, sin responsabilizar a alguien, sería dar por el suelo con la teoría de la inoponibilidad de la personalidad jurídica, pues la sociedad en tal estado y desde ese momento sería un ente que constituye un recurso para violar la ley o para frustrar derechos de terceros (arts. 54 ter LGS y 144 CCyC), como señalan fallos en torno a la inoponibilidad de la personalidad jurídica. Yadarola refería respecto del capital: “Contralor preventivo y represivo que asegure el derecho de las minorías, evite la explotación de empleados y obreros —colaboradores en la obra común— y aleje los perjuicios que para la economía nacional representa siempre el dislocamiento de las economías particulares”<sup>32</sup>.

<sup>28</sup> “Las crisis de las sociedades y como abordarlas”, Ed. Fespresa, Córdoba, agosto 2010, págs. 183, 185, 393, 427, 461, 465, 581.

<sup>29</sup> Nto. *DESJUDICIALIZACIÓN DE LOS CONCURSOS: UN “OBITER DICTUM” DE LA CORTE*, en Zeus Córdoba n° 376, año VIII, 23 de febrero de 2010, tomo 16, pág. 85/90, y en Editorial Zeus Revista n° 11, tomo 113, Rosario 13 de julio de 2010, pág. 561.

<sup>30</sup> En orden a la responsabilidad por el art. 99 LSA, la jurisprudencia en el caso “Trotter S.A. c/Peugeot Citroen Argentina S.A. s/ ordinario s/ incidente (de extensión de responsabilidad por las costas)” – CNCOM – 30/06/2010 “...Esta Sala no comparte la decisión del Juez a quo de calificar de “subsidiaria” la responsabilidad derivada del art. 94 inc. 8º de la ley de Sociedades pues la aludida norma sólo la califica de “solidaria e ilimitada”. “Ante la inexistencia de la pluralidad requerida por la ley, el socio y administrador debió proceder ajustándose a los estatutos del art. 99 LS. y la expresa omisión de tales pautas, no puede beneficiarlo. Por lo expuesto, y si bien la responsabilidad que aquí se declara coincide con aquella decidida al admitir el primero de los agravios, corresponde declarar también incurso en las responsabilidades derivadas del art. 99 de la ley societaria al director del ente.” elDial.com, 12/08/10

<sup>31</sup> CARLINO, Bernardo, “El sistema de preconcursalidad societario ante la pérdida del capital social (arts. 96 y 99) y si ello es incompatible con la pretensión de los socios de no capitalizar y que los acreedores hagan quitas a sus créditos para encubrir esa pérdida”, en *Crisis y Derecho*, cit., p. 121.

<sup>32</sup> YADAROLA, Mauricio, “Sociedades comerciales”, en *Homenaje a Yadarola*, t. II, p. 349, especialmente p. 353, reproduciendo el “Prólogo a la edición argentina” de la obra de GOLDSCHMIDT, Roberto, *Problemas jurídicos de la Sociedad Anónima*.

Es una obviedad que posteriormente a esa situación patrimonial extrema la sociedad podrá concursarse, también en estado de liquidación, pero de ese incumplimiento de socios y administradores no puede resultar una transmisión del daño o del esfuerzo a los acreedores. La conservación de la empresa es prioridad —concursal y societaria—, pero no para beneficiar a administradores y socios, que no podrán escapar a eventuales acciones de responsabilidad extraconcursoales, si el acuerdo fuere homologado.

**2.8. CONCURSO Y DAÑO.** El tema a seguir debatiendo se centra en: a. Que en el concurso de sociedades hay que tener en cuenta las normas de la ley específica que las regula. b. Que no puede trasladarse todo el daño que genera la crisis a los acreedores, imponiendo el esfuerzo compartido de socios junto a los acreedores. c. Que siempre es posible el concurso de una sociedad. d. Que frente a homologación de acuerdos violatorios de la ley societaria siempre caben acciones de responsabilidad a promover por los daños privada y extraconcursoalmente.

Reiteramos lo expresado a p. 166 de *Perspectiva* —artículo del año 2006—: “Recapitulando: la capitalización del pasivo es la forma societaria de afrontar la crisis. Un acuerdo expropiatorio —sin indemnización— de quita y espera para ser constitucional debería ir unido a que los acreedores compartieran el patrimonio social, como una forma de compensación. Ello devuelve a lo que sostuvimos en 1981 en torno a la ‘Conservación de la empresa’, recordando a Abadesa: ‘la remodelación tiende a salvar la empresa, no a aquellos que deben sufrir la responsabilidad y riesgo de la insolvencia’”.

Los acreedores de una sociedad en crisis no pueden ser tratados, al decir de Miola y también de Stanghellini, como accionistas sin derechos. “Lo dirimente es poner la cuestión en manos de los socios. Éstos tal vez decidan la capitalización de la empresa o admitan su fusión por absorción con otro ente más saludable”<sup>33</sup>. Al no existir normas que impidan la continuación de la empresa en crisis, la tutela de acreedores resulta de imputar responsabilidad a administradores sociales, por no actuar debidamente, generando daño por acción u omisión, y a los socios en su caso —art. 99 LGS, hoy calificada por el art. 164 in fine CCC—.

En supuestos de concursos con acuerdos de quitas, la responsabilidad de socios —arts. 164 CCC y 99 LGS— nacerá indubitadamente cuando aquellos soslayando la opción del art. 96 LGS ratifiquen la presentación en concurso prevista por art. 6 de la ley 24522 (LCQ). Si el reintegro o capitalización esta a cargo de los socios, la judicatura no debería homologar propuestas con quita, pues configuraría abuso o fraude generado por administradores y socios, para beneficiar a éstos perjudicando a acreedores. Los socios abusarían del derecho si en vez de reintegrar el capital o capitalizar la sociedad la concursaran para que los acreedores asuman la pérdida. Si fracasara la tratativa extrajudicial de esa capitalización, o la liquidación privada se considerara inviable, recién aparecería lógica la presentación en concurso. La capitalización de créditos quirografarios puede ser la propuesta superadora para 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. Intentar una quita en el concurso, cuya presentación es ratificada por los socios, implicaría un fraude a la ley societaria intentando que los acreedores asuman las obligaciones que tienen los socios, y los enriquezcan. El art. 52 ap. 4 LCQ impone al juez no homologar un acuerdo concursal en ningún caso frente a abuso de derecho o fraude a la ley. Si hay abuso el juez debería aplicar la norma del art. 10 del Título Preliminar: “... *El juez debe ordenar lo necesario para evitar los efectos del ejercicio abusivo o de la situación jurídica abusiva y, si correspondiere, procurar la reposición al estado de hecho anterior y fijar una indemnización*”. Si hay fraude, la norma será la del artículo 12 del Título Preliminar del Código Civil y Comercial se refiere al “Orden público” y al “Fraude a la ley”: “*Las convenciones particulares no pueden dejar sin efecto las leyes en cuya observancia esté interesado el orden público. El acto respecto del cual se invoque el amparo de un texto legal, que persiga un resultado sustancialmente análogo al prohibido por una norma imperativa, se considera otorgado en fraude a la ley. En ese caso, el acto debe someterse a la norma imperativa que se trata de eludir*”.

Para seguir pensando.

**El nuevo art. 164 in fine CCC. delimita y perfila la responsabilidad de socios.**

<sup>33</sup> BARREIRO, Marcelo G. – TRUFFAT, E. Daniel, “Responsabilidad de administradores y representantes en la ley de quiebras: el deber fiduciario de la ley de sociedades, ¿se traslada a los acreedores?”, *Doctrina Societaria y Concursal*, t. XVII, octubre 2005, ps. 1205 y ss.

Como se verá, en esta oportunidad, nuestro enfoque sobre la responsabilidad de administradores y socios fluye ante la aplicación de los arts. 99 y 54 LGS.

#### V – INOPONIBILIDAD Y RESPONSABILIDAD.

En contraposición con el criterio fijado en el fallo comentado precedentemente, que para más es posterior a los que comentaremos de seguido, fallo exculpatario donde se exigen una serie de recaudos formales para imputar a los directores-socios la responsabilidad prevista en el art. 99 LGS, empalideciendo las vías imputatorias de los arts. 59 y 274 LGS, pese a estar acreditado el daño, otros Tribunales habían con anterioridad abierto una vía que es claramente responsabilizatoria en orden a las relaciones de organización: “la inoponibilidad de la personalidad jurídica”, que perfila el uso fraudulento de la sociedad cuando ha perdido su patrimonio, imputando responsabilidad a los abusadores de la personalidad societaria.

1. Así la CNCom, Sala C, en el fallo de Octubre 30 de 2014, en “Migal Publicidad SA contra Ti Intertele SRL sobre ordinario”, donde Migal Publicidad S.A. demandó a TI Intertele S.R.L. por cobro de facturas y solicitó que su reclamo se haga extensivo a los socios de la demandada, Gabriel Claudio Di Vito y Diego Norberto Güida por abuso de personalidad jurídica.

Explicó que realizó trabajos de publicidad sobre el restaurante “La Patriada” por encargo de los sres. Di Vito y Güida, quienes invocaron la existencia de la sociedad demandada, a cuyo nombre se emitieron las facturas impagas.

En la sentencia de primera instancia, el magistrado interviniente hizo lugar parcialmente al reclamo, y condenó a la sociedad TI Intertele S.R.L. a pagar el total de lo reclamado (\$30.059,72) más intereses desde la mora de cada una de las facturas. Sin embargo, rechazó la demanda contra Di Vito y Güida por considerar que no se logró acreditar que hubieren cometido el alegado abuso de la personalidad jurídica.

Apeló la actora. Se quejó en primer lugar de la falta absoluta de análisis de la prueba realizada respecto a la extensión de responsabilidad de los socios. Expuso que el a quo no tuvo en cuenta que la actuación de la sociedad fue sólo una pantalla, que el local gastronómico no existe más, que no se presentaron sus libros, y que carece de patrimonio. Recordó que el domicilio legal de la S.R.L. era el de un contador que nada pudo aportar.

El Dr. Juan Roberto Garibotto, que llevó el voto, expresó “*III. La solución. Se trata de determinar si corresponde extender la responsabilidad de los hechos enunciados por el actor a los socios de TI Intertele S.R.L. ... Tal como fue referido por la accionante, surge evidente que la sociedad de responsabilidad limitada fue utilizada para llevar a cabo actividades extrasocietarias, en claro perjuicio de sus acreedores, tanto proveedores como empleados. Es decir, la sociedad fue utilizada como un recurso para vulnerar los derechos de terceros. Cuando el recurso técnico es utilizado para violar la ley, el orden público y la buena fe, para frustrar derechos a terceros, o aún simplemente para llevar adelante fines extrasocietarios, surge la figura de la inoponibilidad de esa personalidad jurídica. Es éste un recurso excepcional, limitado a casos concretos, utilizable cuando a través de la personalidad jurídica se han buscado y logrado fines contrarios a la ley, que queda configurado mediante el abuso de la personalidad jurídica de forma tal que pueda llevar al resultado de equiparar a la sociedad con los socios.... Dado tal supuesto, resulta lícito atravesar el velo de la personalidad y captar la auténtica realidad que se oculta tras ella, -es decir a la persona física que tiene el efectivo ejercicio del poder de decisión, de control-, con la finalidad de corregir el fraude o neutralizar la desviación, toda vez que en tal caso la sociedad configura un elemento por el que se intenta cubrir la responsabilidad patrimonial del verdadero responsable. Claro resulta de lo dicho, que la llamada teoría de la penetración de la persona jurídica constituye un recurso excepcional, que debe aplicarse con sumo cuidado y sólo cuando de las circunstancias del caso puede inferirse, con total certeza, que se ha abusado del esquema societario para alcanzar fines contrarios a los designios de la ley (esta Sala, "Berymar SA c/ Choice Hotel International Inc.", 9.4.10; *id.* "LS4 Radio Continental S.A. y otros c/ Estado Nacional - Secretaría de Medios de Comunicación y otros", 10.8.10; *id.* "Colombino Viviana Karina y otro c/ Megasocks S.R.L. y otros", 4.3.11; "Asociación Civil Comisión Deportiva de Concesionarios Zanella (Co.De.Co.Za.) s/ Quiebra c/ Zanella Hnos. y Cía. S.A.C.I.F.I.", 5.7.11; *id.**

"Frigorífico y Matadero Mercedes S .A. s/ quiebra s/ extensión de quiebra a Di Paola, Alejandro", 17.12.91; id., "Verchik, David c/ banco de la Provincia de Buenos Aires", 12.10.94; Sala A, "Mayéutica S.R.L. c/ Entrepeneur S.A.", 24.3.00; Sala B, "Jabif, Ricardo c/ Bonia y Tomasini S.A.", 20.5.87; id., "Noel, Carlos c/ Noel y Cía. S.A.", 13.6.91; id., "Uhache S.A. s/ quiebra s/ inc. de extensión de quiebra", 8.2.95; id., "Expocrystal S.A. s/ quiebra s/ inc. de extensión de quiebra", 25.2.00; id., "Corralón Patagónico de los Andes S.A. s/ med. precautoria", 5.6.02; Sala E, "Rouso de Guelar, Regina c/ Espósito, Ramón", 21.4.97). En ese marco, es menester referir que existe abundante jurisprudencia que estima que en ciertos supuestos se encuentra permitido al juez levantar el velo de esa persona jurídica y examinar las auténticas fuerzas que se ocultan tras ese velo, ello con el fundamento en la denominada doctrina del "disregard of legal entity". Esta doctrina responde al pensamiento fundamental de que una persona jurídica no pasa de ser una ficción ideada por razones de técnica jurídica a fin de que en la vida de los negocios se puedan alcanzar determinados fines que el ordenamiento jurídico no desaprueba. Sólo dentro de los límites de esta finalidad puede por consiguiente reconocerse vida propia a la persona jurídica. Pero si se abusa de ella para fines ajenos a la vida de la sociedad, se permite adoptar medidas que afecten a los hombres o a las relaciones verdaderas encubiertas detrás de la "máscara" de la persona jurídica; en este caso se permite desatender a la ficción de la persona jurídica (conf. Serick, Rolf; "Apariencia y realidad en las sociedades mercantiles. El abuso del derecho por medio de la persona jurídica"; Ed. Ariel; Barcelona 1958, pág. 96; CNCom., Sala A, "Richard Hugo Hernán c/ Margus SRL y otros", 30/06/10; id. "Johnson Diversey de Argentina SA c/ Foyeza SRL y otros", 2.10.13). Considero que esto es, como ya lo señalé, lo que ha sucedido exactamente en este caso, pues actuando bajo la figura de la S.R.L. los socios han querido sustraer su propio patrimonio y responsabilidad del alcance de los acreedores. Debe tenerse en cuenta que en fs. 269 el perito contador interviniente informó que en el domicilio social de TI Intertele S.R.L. nadie respondió a sus llamados y dicha sociedad no era conocida por los moradores. Por otra parte del mandamiento de constatación obrante en fs. 243 surge que se le informó al oficial de justicia que el requerido -TI Intertele S.R.L.- no vive allí, a pesar de que ése es el domicilio que figura en su estatuto social (fs. 123) sin que se desprenda de su legajo que el mismo haya sido modificado. De la compulsas de las actuaciones puede presumirse la inactividad total respecto de su propio objeto social que ha tenido la sociedad desde su creación, lo cual se infiere del oficio de la Inspección General de Justicia cuando informa que la única documentación inscripta desde la fecha de creación de la sociedad -año 2004- es la copia certificada de la constitución (fs. 134), pues desde su inscripción a la fecha del oficio (año 2009) no se ha registrado ni siquiera un balance. Ahora bien, ya fue señalado que la ley 19550:54, párr. 3º, consagra una acción cuyo efecto es imputar directamente a ciertos sujetos la responsabilidad civil derivada de una actuación de la sociedad que el legislador reputa contraria a derecho -por perseguir fines extrasocietarios, o ser un mero recurso para violar la ley, el orden público o la buena fe, o bien frustrar derechos de terceros- y, para lograr ese efecto, la acción se vale de un vehículo determinado, esto es, la declaración de la inoponibilidad de la persona jurídica societaria. Los sujetos sobre quienes se puede cernir esa imputación diferenciada de responsabilidad son, según los expresos términos de la ley, exclusivamente dos: los "socios" y los "controlantes" de la sociedad; siendo éstos los únicos legitimados pasivos de la acción indicada en la propia letra de esta norma; en cuanto a la interpretación de la palabra "socios", no ofrece dificultades interpretativas, se trata de aquellos que han hecho posible la actuación ilegítima o extrasocietaria, sin importar si son mayoritarios o minoritarios; en tanto la responsabilidad de los "socios" puede verificarse tanto por acción como por omisión (cfr. Roitman, H., "Ley de sociedades comerciales, comentada y anotada", Buenos Aires, 2006, t. I, p. 722); y sin importar si son controlantes o no, como también lo ha advertido mayoritariamente la doctrina (cfr. Manóvil, R., "Grupos de sociedades", Buenos Aires, 1998, ps. 1033/1034, n° 4.5; Martorell, E., "Los grupos económicos y las sociedades", Buenos Aires, 1991, p. 27; Fortín, P., "Reflexiones sobre el control (o dominio) de sociedades", ED 138-867; López Raffo, F., "El corrimiento del velo societario- Alcances del artículo 54, último párrafo, de la Ley de Sociedades Comerciales", Buenos Aires, 2005, p. 131; distinguiendo la situación de los socios minoritarios, véase: Cabanellas de las Cuevas, G., "Derecho Societario- Parte General", Buenos Aires, 1994, t. 3, ps. 98/99) (CNCom., Sala D, "Gasulla, Eduardo y otro c/ Altos Los Polvorines SA y otros", 29/07/09). Es decir que, no tiene incidencia aquí que Di Vito no sea administrador de la sociedad, pues por su sola calidad de socio, ante la aplicación del



*instituto referido y quedando a la vista el verdadero accionar e interés de los demandados, debe responder por los actos llevados a cabo por la sociedad que él integraba, en claro perjuicio de los acreedores en tanto que con su voluntad autorizó que el objeto social en virtud del cual fue constituida TI Intertele SRL se desviara.IV. La conclusión. Propongo, pues, al Acuerdo que estamos celebrando, hacer lugar al recurso de la actora y revocar parcialmente la sentencia, extendiendo la condena impuesta a TI Intertele S.R.L. a sus socios, Diego N. Güida y Gabriel C. Di Vito. Con costas de ambas instancias, a los demandados vencidos (cpr 68 y 279).”.*

**-Contrasta la apreciación de no haberse presentado ningún balance para atribuir responsabilidad, con el criterio del fallo anterior. O sea la distinta perspectiva de dos camaristas respecto a las obligaciones de los administradores y la realización de balances, o su omisión. En un caso es para incriminarlos y en otro su inexistencia para desincriminar.**

Tenemos expresada posición en que el requerimiento de responsabilidad de administradores por terceros, incluyendo por inoponibilidad de la personalidad jurídica esta vinculado a la insolvencia real o aparente de la sociedad deudora, y en este caso ello se había producido

## 2. OTRO CRITERIO JURISPRUDENCIAL.

Se determina por la **CNCom, Sala B, Agosto 29 de 2014, “Bianchi Adrián Emilio contra Vanderbilt Group Ltda. Y otros sobre ordinario”.**

Veamos algunos aspectos del fallo que llevó la señora Juez de Cámara Doctora Piaggi: -El 17-11-05 (fs. 217/231) Adrián Emilio Bianchi demandó a 'Vanderbelt Management Group Ltd.'; 'Vanderbelt Management Latin American S.A.' (constituidas en el extranjero); Eugenio Curatola; 'World Capital Group S.R.L.', 'Jager's S.A.' (constituidas en el país) y/o a los socios, administradores y controlantes de aquéllas, por u\$s 116.015 más intereses. Impetró la disolución y liquidación de estas sociedades (arts. 19 y 24 LSC), para que del importe obtenido cobren sus acreedores. ...Relató que estas inversiones se canalizaban en el país a través de 'Jager's S.A.', que luego los fondos eran transferidos a 'Vanderbelt Management Group Ltd.' para operar en el mercado de divisas 'Forex'. Denunció el incumplimiento de los accionados en la devolución de sus acreencias, y las maniobras delictivas de Eugenio Curatola, contra quien tramitan distintas causas en sede criminal. -La sentencia definitiva de primera instancia del 07-02-13 dispuso: a) admitir parcialmente la demanda incoada por 'Adrián Emilio Bianchi' contra 'Vanderbelt Management Group Ltd.'; 'Vanderbelt Management Latin América S.A.'; 'Jager's S.A.' y Eugenio Curatola, con costas a los vencidos (art. 68 cpr.); y, b) rechazar la acción respecto de Leonardo Oscar Antognoni, Pablo Insúa y 'World Capital Group S.R.L.', con costas al actor. Responsabilidad de 'World Capital Group S.R.L.'. El actor se agravió porque el a quo, rechazó la acción contra 'World Capital Group S.R.L.' y sus socios (Leonardo Oscar Antognoni y Pablo Alejandro Insúa).

La Dra. Piaggi expresó *“Encuentro acreditada la participación de esta sociedad en la operatoria del mercado de divisas; entre otras razones a las que referiré más adelante y porque estas operaciones no fueron refutadas idóneamente. ... Inoponibilidad jurídica de 'World Capital Group S.R.L.' y 'Jager's S.A.'. ... Cuando el recurso técnico es utilizado para violar la ley, el orden público y la buena fe, para frustrar derechos a terceros, o aún simplemente para llevar adelante fines extrasocietarios, surge la figura de la inoponibilidad de esa personalidad jurídica. ... Dado tal supuesto, resulta lícito atravesar la personalidad societaria y captar la auténtica realidad que se oculta tras ella, con la finalidad de corregir el fraude o neutralizar la desviación, toda vez que en tal caso, la sociedad configura un elemento por el que se intenta cubrir la responsabilidad patrimonial del verdadero responsable. Sin fraude, no puede intentarse la desestimación de la personalidad jurídica de un ente societario, constituido conforme a la ley 19.550. Lo contrario implicaría lisa y llanamente desconocer la personalidad diferenciada de sus integrantes para atribuirle, únicamente, una personalidad precaria, que puede ser desplazada en cualquier momento. A lo cual se seguiría un alto grado de inseguridad jurídica. ... En la actividad denunciada tuvieron necesaria participación 'Jager's S.A.' y 'World Capital Group S.R.L.', quienes captaron inversores, emprendieron supuestos negocios jurídicos y luego, denegaron la devolución tanto de los capitales aportados por sus clientes como de sus réditos; perjudicando a terceros con sus maniobras fraudulentas. Es curioso que 'World Capital Group S.R.L.' cancelara su inscripción en el Registro (ver fs. 295) con fecha tan próxima a este litigio; pues ello evidenciaría por parte de Antognoni e*

*Insúa, un intento de eludir responsabilidades en calidad de partícipes; ya que éstos se encargaron de multiplicar la cantidad de clientes, perjudicaron a terceros con la falta de reintegro de sus inversiones. Parece también sospechosa la duración de la sociedad, que se realizó por 99 años a partir de la inscripción en el Registro Público de Comercio, conforme consta a fs.693 y súbitamente se canceló la inscripción prematuramente (después de 4 años) al hacerse públicas las turbias actividades de todos estos entes. Consta en autos que frente al infructuoso intento de Bianchi de retirar los fondos de su cuenta individual, 'World Capital Group S.R.L.' y 'Jager's S.A.', éstos no proporcionaron explicaciones y eludieron toda responsabilidad; desaparecieron, huyendo de todo contacto con sus clientes estafados...Además, ciertas operaciones realizadas por los entes demandados, y por las cuales éstos percibían comisiones, excedían el objeto del contrato social. 'World Capital Group S.R.L.' y 'Jager's S.A.' carecían de la autorización de la Comisión Nacional de Valores (art. 6, ley 17.811) para actuar en el mercado. Pues -como es sabido- las sociedades que efectúan oferta pública en el ámbito nacional de contratos de futuro sobre divisas, u opciones de contratos de futuros de di visas en mercados de exterior y 'Forex' deben solicitarla para su fiscalización permanente”.*

-Aquí algunas apostillas. La Cámara señala que sin fraude no debería aplicarse la teoría de la “inoponibilidad de la personalidad jurídica”. La actividad ilícita de una sociedad esta vinculada sin duda a una actuación ilícita, fraudulenta, tendiente a perjudicar a terceros, eventualmente al mercado genéricamente. En el caso la actividad financiera ilícita o sea no autorizada por el BCRA, que facilita el lavado de dinero, la defraudación al Fisco, con la intervención también ilícita –para nuestro país- de “paraísos fiscales”.

Pero este supuesto permite aplicar, de oficio inclusive, las previsiones del art. 19 LGS. Sobre estos aspectos tan nocivos para la economía de nuestro país nos hemos pronunciado reiteradamente<sup>34</sup>, incluso específicamente para el caso Curatola<sup>35</sup>

No obstante la probanza de la ilicitud, la Cámara dispuso “... *Sin embargo, la queja sólo podrá progresar respecto de 'World Capital Group S.R.L.' puesto que Bianchi omitió integrar la demanda contra los socios de Jagers S.A. Es por ello, que si el accionante pretendió imputar a Guillermo Mitre y Alejandro Marini la conducta de la sociedad, necesariamente, debió citarlos para que sean oídos y resguardar así su derecho de defensa (art. 18 CN). En consecuencia, tal omisión, descuido o negligencia sellan la suerte adversa del agravio del accionante respecto de los socios de 'Jager's S.A.'. En virtud de lo expuesto, únicamente los socios de 'World Capital Group S.R.L.' (Pablo Insua y Leonardo Antognoni) deberán responder solidariamente, hasta hacer al actor íntegro pago de los daños inferidos; cuya liquidación corresponderá al juez de la anterior instancia.*”

-Otra apostilla, si se hubiera resuelto la aplicación del art. 19 LGS, en el procedimiento posterior se hubiera involucrado y responsabilizado a esas dos personas. Pero este tema esta vinculado a la continuidad del fallo sobre la liquidación de las sociedades extranjeras: “d) Liquidación y

<sup>34</sup> Ntos. “SOCIEDAD EN INSOLVENCIA Y ACTIVIDAD ILÍCITA”, en Doctrina Societaria y Concursal, Ed. Errepar, n° 185, abril 2003, tomo XV pág. 313; *Depósitos pesificados: ¿responsabilidad de los bancos? (la denuncia de Zaffaroni y su relación con tía Rosa y Pedro)* en El Derecho Revista del 7 de marzo de 2004 pág. 1 y ss.; “ACTIVIDAD FINANCIERA ILÍCITA (en torno al fallo Vigarita S.A. y al voto del Ministro Zaffaroni en el caso Bustos)” en Doctrina Societaria y Concursal tomo XVII pág. 431, Buenos Aires Abril 2005; “SOCIEDADES CONSTITUÍDAS EN EL EXTRANJERO (En torno al efecto del incumplimiento del orden público interno: ¿actividad ilícita?)” págs. 101 a 122 en Libro colectivo *La estructura societaria y sus conflictos*, dirigido por Daniel R. Vítolo, editado por la Fundación para la Investigación y Desarrollo de las Ciencias Jurídicas, Editorial Ad Hoc, Buenos Aires Marzo 2006, “*QUIEBRA EN EL PAÍS DE SOCIEDAD “EXTRANJERA” (un fallo de la Corte basado en el indirect doing business)*” en *Doctrina Societaria y Concursal*, Ed. Errepar, n° 258 mayo 2009, pág. 523 y ss.; “EMPRENDIMIENTOS PRODUCTIVOS, DESVIAMIENTO FINANCIERO Y LA LEGISLACIÓN SOCIETARIA” (Productive Enterprises, Financial Diversion and Corporate Law), en Revista Electrónica “*Estudios de Derecho Empresario*” n° 2, portal de la Universidad Nacional de Córdoba. “Problemática de la deuda externa y la mundialización financiera” y “Problemas de la migración de capitales, la mundialización financiera y la deuda externa”, págs. 378 en libro colectivo *V Congreso Iberoamericano de Academias de Derecho*, edición de Academia Aragonesa de Jurisprudencia y Legislación, España 2006.

<sup>35</sup> Con Marcelo Camerini “El caso CURATOLA y su relación con las sociedades de objeto lícito, con actividad ilícita” en RDCO pág. 701, (tomo B Doctrina) año 42, tomo 2009 B, Ed. Abeledo Perrot.

disolución de las sociedades extranjeras: Vanderbelt Management Group Ltd.' y 'Vanderbelt Management Latin America S.A.'. ...La legitimación que reviste el recurrente para solicitar la disolución de los entes extranjeros resulta cuestionable, dado que nada demostró, en punto a que, al tiempo de la celebración del contrato su voluntad se encontrara viciada.”

**La verdad es que se trata de sociedades con objeto lícito y actividad ilícita como resulta de las mismas conclusiones del fallo, lo que hacía que el art. 19 LSC, mantenido en LGS, fuera aplicable incluso de “oficio”.**

Como se verá fueron liberados los socios de las sociedades que operaban ilícitamente. Quizá ante la insolvencia de las condenadas pudieran llegarse al patrimonio de los socios, relevados de responsabilidad por cuestiones formales. La aplicación del art. 19 LGS hubiera eliminado tales obstáculos.

Una jurisprudencia que, si bien avanzó en la atribución de responsabilidad a través del instituto de la “inoponibilidad de la personalidad jurídica” ante el fraude, liberó por aspectos formales a dos socios, que pudieron quedar incluidos con la aplicación del régimen de actividad ilícita –art. 19 LGS– en el procedimiento de liquidación de las sociedades a las que se alcanzara con la sanción prevista en esa norma, aplicable de oficio. A su vez el criterio de “mera declaración” habría solucionado la cuestión formal, lo que es sostenido en el fallo que a continuación referimos.

**3.Un fallo que reviste mucho interés es el de la CNCom, Sala F, Mayo 13 de 2014, “Víctor Carballude SRL sobre quiebra, Incidente de inoponibilidad de la personalidad jurídica”, que hemos tratado con anterioridad, donde se pone en resalto la función de garantía del capital social.**

En la primera Instancia, para decidir como lo hizo, el magistrado sustancialmente consideró que la aplicación de la vía establecida en el LSC 54, tercer párrafo, era de carácter restrictivo y que en el caso no se habían detallado cuales eran las razones que la habilitarían. Asimismo, estimó que el asunto relativo a la infracapitalización debía canalizarse en los términos del LCQ 150. Sostuvo finalmente que el fracaso comercial de la sociedad no importaba per se la existencia de una actuación en fraude a la ley o terceros.

La Sra. Fiscal General ante esa Cámara Comercial dictaminó con consideraciones teóricas acerca del artículo 54 de la ley de sociedades. También se exployó respecto a la función que cumple el capital social y puntualmente al supuesto de infracapitalización: *“De seguido, ponderó que en el sub lite había quedado demostrado que la fallida actuó con recursos insuficientes ya desde su constitución como así también a lo largo del desarrollo de sus negocios. Consideró, como prueba de ello, el informe general de la sindicatura obrante a fs. 274/278, la pericia contable practicada en autos, la carencia de libros contables y la ausencia de prueba sobre la integración total del capital suscripto. Puso de relieve, a su vez, las infructuosas citaciones al socio gerente, Sr. Roberto Víctor Carballude, para que brinde explicaciones. Agregó que la fallida contrató con terceros sin activos de respaldo y que sus socios nada hicieron al respecto. Concluyó, entonces, 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.”*

Sigue la Cámara *“Pues bien, la cuestión recursiva sometida al conocimiento de este Tribunal consiste en determinar si resulta procedente o no la declaración de inoponibilidad de la persona jurídica fallida pretendida por el incidentista y ahora agraviado. ...Este particular modo de reglar los efectos jurídicos de las relaciones entabladas entre distintos sujetos y referidas a determinados patrimonios conduce a la diferenciación, que tiene expreso reconocimiento en el ordenamiento legal nacional, en la imputación de la responsabilidad que la actuación de la sociedad en el medio económico genere. Ello, por cuanto la sociedad tiene un patrimonio propio distinto del de los socios singulares respecto de los acreedores de la sociedad, pero esa personalidad se manifiesta no solamente en las relaciones externas, sino también en las relaciones internas, en lo que se refiere a los socios (Ascarelli, Tullio, "Sociedades y Asociaciones Comerciales", p. 64 y 66, Ediar, Bs. As., 1947). En esta misma línea interpretativa, se ha juzgado que la persona jurídica es un “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 (en igual sentido cfr. Junyent Bas, Francisco,*

*“Reflexiones sobre el abuso de la personalidad jurídica”, en RDCO, Ed. Lexis Nexis, 2005-A, año 38, p. 256). No obstante -bueno es destacarlo-, la equivocidad del término “persona jurídica” ha traído aparejado en el ámbito del derecho un largo debate que hoy se mantiene, tal como lo explican Horacio Fargosi (“Notas sobre sociedades comerciales y personalidad jurídica”, LL, 1988-E, 796), Juan Dobson (“El abuso de la personalidad jurídica”, Ed. Civitas, Madrid, 1994, p. 138/141), Gervasio Colombres (“Curso de derecho societario”, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1972, p. 53) y Carlos Molina Sandoval (“La desestimación de la persona jurídica societaria”, Ed. Abaco, Buenos Aires, 2003, ps. 21 y ss.), entre muchos otros (CNCom, Sala A, 9.10.08, “Trialmat S.A. c/ Destéfano y Feuer Constructora S.R.L. s/ ordinario”, voto de la Dra. Míguez, [www.societario.com](http://www.societario.com), ref. n° 13668). ...De modo que el instituto se presenta como un remedio con el que se cuenta para descender la personalidad de los entes asociativos, con el objeto de imputar cierta obligación o derecho a un sujeto distinto -tales como sus controlantes o socios-, si se reúnen las especiales circunstancias que enumera el párrafo tercero del artículo 54 LSC. Establece la norma: “La actuación de la sociedad que encubra la consecución de fines extrasocietarios, constituya un mero recurso para violar la ley, el orden público o la buena fe o para frustrar derechos de terceros, se imputará directamente a los socios o a los controlantes que la hicieron posible, quienes responderán solidaria e ilimitadamente por los perjuicios causados”. Sabido es que, como ya fue señalado, la personalidad diferenciada de la sociedad y sus integrantes y administradores, constituye el eje sobre el que se asienta la normativa societaria, y configura un régimen especial que se explica porque los entes ideales constituyen una herramienta que el orden jurídico provee al comercio (cfr. C.S.J.N., in re “Palomeque, Aldo c/ Benemeth S.A. y otro” del dictamen del Procurador General, del 03.04.03). 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. 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. En síntesis, puede decirse que la finalidad que propende esta acción será la de hacer cesar el estado de incertidumbre sobre la distinción entre ambas personalidades (conf. Carlos Molina Sandoval, Aspectos prácticos de la desestimación de la personalidad societaria, El Derecho, 17/12/2001). Es preciso puntualizar que para que sea aplicable la LSC 54 deben existir pruebas concluyentes respecto de las situaciones excepcionales que dicha disposición contempla a fin de prescindir de la personalidad jurídica (CNCom, Sala C, 10.05.95 “Ferrari Vasco c/ Arlinton S.A.”; id., Sala E, 23.04.09, “Iglesias Lorenzo Jorge c/ Textil Iglesias S.A.I.C. y otros s/ ordinario”, voto del Dr. Bargalló) porque ello sólo resulta procedente cuando se trata de resguardar intereses de orden superior (CNCom, Sala C, 26.02.08, “M.J.R. c/ M.R.J.P. y otros s/ ordinario”, voto del Dr. Ojea Quintana). ...Cabe señalar como premisa de interpretación que, como fue decidido, la teoría de la distinta personalidad de las sociedades y los propios componentes que la integran, no puede convertirse en una valla artificial e insalvable que, con apoyo en una deducción meramente maquinal que, en la doctrina de la Corte Suprema (CSJN, Fallos 307:1046), es impropia de la función judicial, impida en la práctica la adecuada aplicación de esa doctrina y prescindiendo de la realidad, único campo en el que debe indagar el juez, conduzca a un fin no querido por el propio ordenamiento jurídico, dejándose de lado el adecuado servicio de justicia que constituye la función que los jueces deben tener como deber primario (CNCiv. y Com. Fed., Sala II, “Appel & Frenzel GmbH c/ García Claudia Viviana y otro s/ cese de oposición al registro de marca”, del 11/3/2003). (b) Ahora bien, la precedente introducción sobre el instituto de la inoponibilidad societaria da cuenta del amplio espectro de circunstancias que pueden quedar aprehendidas por la norma. De allí que quepa ceñirse al motivo que particularmente es invocado para justificar la inoponibilidad requerida: la infracapitalización del ente social. Y ello conduce a formular algunas consideraciones teóricas más acerca de esta última situación. **Se ha definido a la subcapitalización societaria desde dos aristas: (i) una material que se presenta cuando su capital propio no es suficiente para satisfacer, de acuerdo al***

*tipo y dimensión de la actividad económica efectiva o propuesta, las necesidades financieras de mediano y largo plazo no susceptibles de ser normalmente cubiertas por créditos de terceros (Leandro Javier Caputo, Inoponibilidad de la personalidad jurídica societaria, Ed. Astrea, 2006, pág. 258; con cita al pie de Ulmer, citado por Manóvil en Grupos de Sociedades, p. 558); y (ii) una nominal que es aludida en los casos en que se presenta una cuestión vinculada con la sinceridad de la expresión del monto del capital e incluye, por ejemplo, la cuestión de los préstamos sustitutivos de aportes -esto es, cuando la sociedad resulta dotada de los medios financieros necesarios para el desarrollo de su objeto social, pero las necesidades de fondos propios se financian con créditos provenientes de los mismos socios- (conf., ibídem, con cita al pie de Boldó Roda, El levantamiento del velo y persona jurídica en el derecho privado español, pág. 426). Es decir que habrá infracapitalización material en el supuesto de que la sociedad carezca totalmente de medios adecuados para cumplir su objeto social. Y será meramente formal cuando exista un capital social inadecuado pero los socios o accionistas lo "maquillen" proveyendo de recursos financieros a la sociedad, tales como préstamos o constitución de reservas distintas a las legales. Otro aspecto de esta temática, de difícil conceptualización, está constituido por el grado de subcapitalización capaz de generar responsabilidad. Se relaciona con él la determinación del objeto a analizar para concluir si la sociedad está o no subcapitalizada. Se entiende que debe evaluarse no sobre la base del capital social nominal, sino en función de la prelación entre obligaciones y recursos propios o entre patrimonio neto y pasivo exigible por terceros (Ibíd., con cita de Cabanellas de las Cuevas, Derecho Societario, Parte General, La personalidad jurídica societaria, p. 364). Sostiene el profesor Manóvil que es imposible que los ordenamientos legales puedan establecer pautas precisas para vincular de antemano, en los tipos societarios en los que se excluye la responsabilidad de los socios, el capital necesario para desarrollar la actividad que se propone realizar la sociedad. Cualquier pretensión de relacionar el capital social con el objeto social o aun con una función de productividad, está destinada al fracaso, porque el objeto social no es más que un listado de actividades posibles, que no indica, en realidad, cuales han de ser las actividades reales. Además, nada hace posible predecir, en términos generales, la envergadura que habrá de asumir la actividad que, enunciada en el objeto social, habrá de realizarse (op. cit., pág. 1077). Ello impone, entonces, un análisis posterior y con especial consideración de las particularidades que pueda presentar cada caso. Pues bien, a nuestro modo de ver, como línea de principio 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 excluido del ámbito de la norma, aunque debe subrayarse la necesidad de extrema cautela en el juzgamiento del caso concreto. Por lo demás, es preciso rechazar 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 (Manóvil, op. cit., pág. 1031).*

*(c) Desde la perspectiva conceptual precedente, estima esta Sala que los elementos de juicio colectados acreditan con claridad las distintas circunstancias que justifican la admisión del recurso del incidentista. De la revisión del expediente de la quiebra y de la causa laboral se desprende que:*

*(i) 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. (ii) A lo largo del desarrollo del proceso se ha observado una notoria falta de cooperación de los socios de la fallida. Agréguese que resultaron inanes las gestiones realizadas en orden a que el socio gerente Roberto Víctor Carballude brindara las explicaciones esperadas por el aquí peticionante en la quiebra (v. expediente principal, fs. 188, 249, 283, 285/286, 299, 319, 322, 330 y 333). (iii) Al cursar el mandamiento de constatación y eventual clausura al domicilio legal de la sociedad (LS 11-2) con fecha 2/7/2008, el oficial de justicia informó que "una persona que dijo ser Miriam Bruno propietaria del inmueble me manifiesta no saber dar razón del requerido" (v. fs. 179). Ello demuestra la ausencia de la persona jurídica fallida en el propio domicilio legal constituido ante la Inspección General de Justicia (v. informe agregado a fs. 110/124 de la quiebra; puntualmente, cláusula undécima, fs. 119).*

(iv) 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 (v. pericia contable obrante a fs. 99/102, punto II, y lo informado por el síndico en oportunidad de la LCQ 39 a fs. 274/278 del proceso falimentario). Y (v) *Únicamente se integró un 25% del capital social suscripto al momento de la constitución de la sociedad el 19/7/1991, que ascendía a australes 2.800.000 -hoy \$280- (v. pericia contable, punto III, fs. 100vta./101 y fs. 117 de la quiebra). No hay elemento de juicio que permita corroborar que a lo largo de la vida social se hubiera saldado el 75% restante.... 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 (Méndez, Juan José, Responsabilidades Emergentes de la Infracapitalización Societaria en "Derecho Comercial y de las Obligaciones. Revista de Doctrina, Jurisprudencia, Legislación y Práctica", 2005-A, año XXXVIII, p. 651 y ss.). 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 consecuencia de esta máxima, se han elaborado algunas teorías que justifican dichas medidas. Una de ellas es la sostenida por Manóvil, quien afirma 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 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. Otra corriente sostiene que la responsabilidad de los socios "...por los casos de infracapitalización es de carácter excepcional... requiriendo el análisis de cada caso particular por el juez que conozca la causa, debiendo determinar, de acuerdo con el caso, no solamente la existencia del estado de infracapitalización, sino también la extensión de la responsabilidad según el grado de responsabilidad que les sea imputable". Es decir, pareciera ser que esta postura arguye la extensión de la responsabilidad por el daño producido en virtud del ordenamiento civil, debiendo probarse, como corolario, la intencionalidad y el grado de contribución de los socios o accionistas al estado de infracapitalización. Por otro lado, autores como Nissen y Paz-Ares argumentan que en los casos de infracapitalización resultaría 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 (Proietti Diego, La infracapitalización y la teoría del corrimiento del velo societario a los socios o accionistas, La Ley Online AR/D0C/3024/2011; y numerosas citas allí efectuadas). A juicio de este Tribunal, más allá de la delgada línea que es posible trazar ante los diversos supuestos de infracapitalización societaria que puedan presentarse y sin que sea menester un emplazamiento preciso en algunas de las hipótesis precedentemente señaladas, es evidente que en el caso medió una infracapitalización agravada susceptible de quedar aprehendida como causal de declaración de inoponibilidad de la persona jurídica -aún cuando la cuestión pudiese ser analizada desde su perspectiva más restrictiva-. ...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 1 de la ley de sociedades, con la consecuente externalización de los riesgos empresarios. 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. Es 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 (Manóvil, op. cit. pág. 1087). Resulta adecuado traer aquí algunas consideraciones recogidas de una jurista española -en consonancia con la cita de Paz Ares que luce en el dictamen de la Fiscalía General-: se considera que la limitación de la responsabilidad de los socios se fundamenta en una dotación adecuada de capital social. Si esa dotación no se produce, los socios estarían abusando de la institución del capital social, razón por la cual quedaría sin fundamento la limitación de responsabilidad. Como consecuencia de esto, los socios deberían responder ilimitada y solidariamente frente a los acreedores. Para llegar a esa responsabilidad, se recurre a la doctrina del levantamiento del velo. Su aplicación tiene carácter restrictivo, cuando se observa que la infracapitalización es manifiestamente, y sin asomo de duda, desproporcionada al nivel de riesgo de la empresa programada para la explotación del objeto social (Caputo, op. cit., refiriéndose a Boldó Roda).”*

-Los argumentos son hartos suficientes en orden al uso desviado de la técnica societaria. Bien puede agregarse a todo ello lo explicitado por el Ministerio Público en orden a que *“se configuró 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 (v. anteúltimo y último párrafo, fs. 220)....Por lo demás, la solución aquí propuesta, en definitiva, acompaña la tendencia mayoritaria de la doctrina nacional y extranjera que se inclina a que los remedios para combatir la infracapitalización sustancial se busquen mediante la utilización de la doctrina de la inoponibilidad de la persona jurídica, descorrimiento del velo societario o disregard of the legal entity (Daniel Roque Vítolo, Responsabilidad de los directores al ingresar la sociedad en la zona de insolvencia, La Ley, 22/12/2004)”*.

-Nos parece muy bien, aunque lo mismo se hubiera logrado a través de la aplicación del art. 99 LGS y su nueva norma de interpretación: el reciente art. 167 in fine CCC.

Claro que la norma del art. 54 ter LGS (144 CCC), permite soslayar los recovecos formales que suele usar la jurisprudencia para exonerar de responsabilidad de que no se acreditó la pérdida del capital social, y la aplicabilidad del art. 99 LGS, porque no hay balance confeccionado, ni libros, ni bienes..., como vimos recepta exculpatariamente el primer fallo. Que mejor prueba de la pérdida del capital social que la inexistencia de bienes y la existencia de pasivos. En ese momento aparece clara la existencia de la causal y sólo merecería prueba la fecha en que se generó para imputar responsabilidad a los administradores determinados, y a los socios que omitieron actuar –por lo menos el grupo de control-.

## VI – RESPONSABILIDAD: OTRAS FACETAS.

Sigamos ahora con el fallo de la CNCom, Sala A, Diciembre 11 de 2014, *“Granisem SRL sobre quiebra contra Nisembaunn Néstor Raúl sobre ordinario”*, donde a través del voto de la Doctora Isabel Míguez, expuso: *“I. - ANTECEDENTES DEL CASO. 1) En la sentencia de fs. 416/420, el Sr. Juez a quo hizo lugar a la demanda por responsabilidad societaria (arts. 274 y 276, LSC) deducida por la sindicatura actora contra el demandado, Néstor Raúl Nisenbaunn, en su carácter de ex socio gerente y administrador de ‘Granisem S.R.L.’ (hoy fallida), a quien condenó a pagar a la accionante la suma de U\$S 76.225,53 (con más intereses). ... II. - LA SOLUCIÓN ...Ahora bien: si alguna duda pudiese subyacer en torno a la valoración de la prueba efectuada por esta preopinante al considerar responsable al demandado por la grave omisión en la que incurrió, debo manifestar que la moderna doctrina ha avanzado en la línea argumental expuesta, al postular que, en las obligaciones de medios, el pago consiste en la prestación de una conducta diligente orientada a la obtención de la finalidad anhelada por el acreedor, aunque ello implique la frustración de la obtención del resultado (Bueres, Alberto J., “Responsabilidad contractual objetiva”, JA, 1989-II, 977; mismo autor, “Responsabilidad civil del escribano”, Ed. Hammurabi, 1984, Bs. As. p. 50). En este tipo de deber calificado existe un doble juego de intereses: uno primario, abastecido cuando el deudor aplica su celo y cuidados al cumplimiento del proyecto de conducta tendiente a obtener la finalidad del*

acreedor; otro, mediato (resultado), que es aleatorio porque su alcance no depende sólo de la conducta esmerada sino de la influencia de circunstancias inciertas, propias de la realidad en que se inserta la obligación (cfr. Bueres, Alberto J., “Responsabilidad civil de las clínicas y establecimientos médicos”, Ed. Abaco, Bs. As., 1979, 2a ed. 1981, p. 132). Por tal motivo, en los deberes de medios, el pago consiste en la prestación de un comportamiento razonablemente idóneo enderezado a la consecución del interés final, aunque éste, en definitiva, no llegue a concretarse en su materialidad (cfr. Agoglia, María M., “Responsabilidad del proveedor informático”, RCyS, 2008, 696). Bajo esa inteligencia, en la “obligación de medios”, caracterizada como un compromiso de diligencia orientada a la obtención del resultado, el incumplimiento se verifica cuando el deudor omite la prestación de la conducta debida. De este modo, la culpa -que puede ser conceptualizada como la omisión de la diligencia prestable- y el incumplimiento devienen inescindibles (cfr. Bustamante Alsina, Jorge H., “Prueba de la culpa”, LL, 89-886; Bueres, Alberto J., “Responsabilidad de las clínicas y establecimientos médicos”, ob. cit. p. 154). En virtud de lo aquí expuesto, es claro que el incumplimiento genera una responsabilidad subjetiva, donde el criterio legal de imputación es la culpa, aprehendida de conformidad con los arts. 512, 902 y 909 del Cód. Civil -receptados a su vez, con matices específicos por los arts. 59, 157 y 274, LS- por lo cual el deudor (en el caso: administrador/representante societario) puede eximirse mediante la prueba de su no culpa, vale decir, de su diligencia en el cumplimiento del plan de prestación. 3.2) Recapitulando: el accionado en su condición de integrante del órgano societario (gerencia), tenía como misión la de gestionar bienes e intereses que le eran ajenos, al pertenecerles a la sociedad a la cual también representaba. En esa actividad de gestión/representación, y siempre efectuando el examen -tal como se adelantara- a la luz de la normativa societaria, invocada por la demandante al momento de fundar su acción (véase fs. 96) -y no las acciones falenciales que nacen con motivo de la quiebra (art. 173 y cc., LCQ), cuyos recaudos de procedencia, como es sabido, varían al exigirse, entre otros, la prueba del dolo, no requerida en la especie- los administradores societarios deben ser leales con la persona que les encarga la función de administrar sus intereses y obrar con la diligencia de un “buen hombre de negocios” (art. 59, LSC), cartabón -éste- anotado supra que debe apreciarse según las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar (art. 512, Cód. Civil) y la actuación presumible de un comerciante experto (art. 902, Cód. Civil). Cuando así no lo hiciera debe, pues, el administrador implicado responder por los daños y perjuicios ocasionados (art. 157, 274 y cc., LSC; cfr. Gagliardo, Mariano, “Responsabilidad de los directores de sociedades anónimas”, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1981, ps. 180 y ss.). Con base en la conceptualización expuesta es nítido, en mi parecer, que, verificada la existencia del daño, sumado al hecho irrefutable de que los cheques pertenecían a la chequera emitida por Banco Río a nombre de ‘Granisem S.R.L.’, no le cabe al síndico probar la negligencia en el accionar del gerente de la fallida, al ser éste quien -por el contrario- debió acreditar la diligencia en su obrar. Lo que, tal como se adelantara, no hizo. Conforme a lo anticipado, no sólo era Nisembaunn quien tenía dicha carga sobre su cabeza, sino también quien se hallaba en mejores condiciones para producir prueba a los fines de reafirmar su postura y eximirse de responsabilidad. Debe recordarse, a este respecto, que -aún en el mejor de los casos para el accionado, esto es, de apreciarse que éste carecía de la carga de probar su no culpa, conforme lo establecía la ya superada concepción decimonónica elaborada en torno al onus probandi en las obligaciones de medio- la carga de la prueba recae en el litigante que se encuentra en mejores condiciones de ofrecer y allegar los elementos de juicio que permitan elucidar las cuestiones controvertidas, lo que constituye una exigencia elemental de coherencia y “buena fe-lealtad” en el marco del proceso, que se expresa hoy en la doctrina de la denominada “carga dinámica de las pruebas” y cuya base normativa se encuentra en el art. 377, CPCCN (esta CNCom., esta Sala A, 14/04/2011, mi voto, in re: “Mac Frut S.A. c/ Banco de la Provincia de Buenos Aires”; idem, 02/06/2000, Sala C, in re “Suministra S.R.L. c/ Pulmic S.A.”; en igual sentido, Sala B, 14/02/2005, in re: “Palavecino, Mariela c/ Banco de Galicia y Buenos Aires S.A. s/amparo”, entre muchos otros”).

-La Señora Juez de Cámara Dra. María Elsa Uzal, tomó la palabra y dijo: “1. Coincido con la descripción de los hechos que formula mi distinguida colega preopinante, aunque **debo discrepar con las conclusiones a las que arriba en su voto en cuanto a la solución de fondo** y para establecer las razones de mi conclusión resulta necesario volver a precisar ciertas circunstancias fácticas que me permitirán remarcar las diferencias de apreciación sobre la cuestión. 2. Observo que en el escrito de



demanda, la sindicatura, a fs.96/9, promovió la acción social de responsabilidad societaria prevista por los arts. 276 y 278 L.S. contra el ex socio gerente y administrador de la empresa fallida ... 3. A esta altura estimo pertinente también, efectuar un breve encuadramiento del tratamiento legal que nuestro ordenamiento dispensa a la cuestión de la responsabilidad de los administradores. Se ha dicho que el tema de la responsabilidad de los directores y gerentes es, ciertamente, uno de los más difíciles y complicados del derecho de las sociedades, por las consecuencias que las desviaciones de los administradores pueden tener para con la sociedad, accionistas y terceros y que, por ello, debe subrayarse la necesidad de solucionar estas cuestiones de manera equitativa, de modo que se contemple debidamente el interés de todos, inclusive el de estos mismos agentes. La figura ha llevado a sostener como válida la tesis de que la responsabilidad del director frente a la sociedad es de base contractual y que, en cambio, la falta del administrador, en ese carácter, importaría una responsabilidad de base extracontractual frente a terceros y que, en todos estos casos, cabría la reparación del daño causado por el proceder anti-normativo en el que el administrador incurra; también se ha sostenido, que se impondría una sistematización de los posibles perjudicados: la sociedad, sus acreedores, los accionistas u otras personas (confr. Gagliardo, M., "Responsabilidad de los Directores de Sociedades Anónimas", Ed. Lexis Nexis - Abeledo Perrot, Buenos Aires 2004, T° II, págs. 890/2). **En punto a la responsabilidad de los órganos sociales, concretamente en el ámbito de las sociedades de responsabilidad limitada, el art. 157 de la ley 19550 dispone que "los gerentes serán responsables individual o solidariamente, según la organización de la gerencia y la reglamentación de su funcionamiento establecidas en el contrato", que "si una pluralidad de gerentes participaron en los mismos hechos generadores de responsabilidad, el Juez puede fijar la parte que a cada uno corresponde en la reparación de los perjuicios, atendiendo a su actuación personal" y que "son de aplicación las disposiciones relativas a la responsabilidad de los directores", en particular, cuando la gerencia fuere colegiada. Ergo, es clara la LSC, cuando en sus arts. 271 a 278, responsabiliza a los gerentes ante la sociedad y los terceros, por el mal desempeño de su cargo, con igual extensión y forma que la impuesta a los directores (véase en esta línea: Verón, "Sociedades Comerciales", ed. Astrea, Buenos Aires 1944, T° 4, pág. 264). ... En esta línea, concluye el art. 274 enmarcando dentro del mal desempeño, cualquier daño producido por dolo, abuso de facultades o culpa grave. ... en cualquiera de estos supuestos, se reitera, debe tratarse de culpa grave, pudiéndose afirmar que la responsabilidad del director no empieza allí donde termina su diligencia, sino donde comienza su culpa o malicia, traducida en la voluntad consciente de causar un daño a sabiendas, o en descuido injustificado o negligente de sus obligaciones como "buen hombre de negocios". En esta línea de ideas, debo remarcarlo, se ha señalado que no existe norma genérica de responsabilidad sin culpa que se oponga a este principio (Verón, "Tratado de los Conflictos Societarios", Parte II, Buenos Aires, la Ley 2007, pág. 315/316). ... En esta línea de ideas, comparto como regla de apreciación que debe mediar una rigurosa interpretación de la responsabilidad en todo aquello que importe violación de la ley, estatuto o reglamento, o que constituya una violación al deber de lealtad con aprovechamiento de la posición gerencial o de información reservada. En consecuencia, el deber de cuidado o la debida diligencia deben ser analizados atendiendo a las características de cada caso particular, a la dimensión y objeto de la sociedad y las funciones y condiciones personales de los directores con apartamiento de un molde abstracto, rígido y ejemplar del director. Es necesario pues, la ejecución de actos u omisiones a sabiendas, un proceder consciente para ocasionar un perjuicio, intención de dañar, dolo o culpa grave en el proceder, acción o actividad del presunto responsable, extensible a la reticencia, afirmación falsa, afirmación incompleta o dolo omisivo. El abuso de facultades, que no implica otra cosa que el abuso de derecho contemplado en el ordenamiento civil, debe ir acompañado de alguna de las formas de culpabilidad, de responsabilidad por culpa subjetiva que la ley prevé o bien, cumplir con los presupuestos del acto ilícito (delito), para calificar la responsabilidad del incumplidor a los fines que aquí interesan. En efecto, es necesario que junto al dato objetivo del abuso aparezca una determinada situación subjetiva referible a alguna de las categorías de culpa o dolo requeridas. El abuso es sólo una modalidad de la acción a la que es atribuible la calificación de ilicitud, pero no una forma de culpabilidad, ésta exige la justificación de un daño causado a otro. ...estimo claro que de la existencia de la declaración de falencia de una sociedad no cabe extraer, mecánicamente, la responsabilidad ilimitada y solidaria de sus administradores en los términos que aquí resultan de**

*aplicación. En efecto, hay que acreditar que ha existido culpa y será menester considerar las circunstancias en cada caso concreto o probar el dolo o culpa grave con que se ha actuado. Se ha observado que en el ordenamiento legal societario los malos resultados obtenidos por los administradores en su gestión suelen constituir per se el antecedente necesario para que sean responsabilizados por los perjuicios que la sociedad sufra durante ese período, pero deberá probarse cómo ha incidido la conducta culposa o negligente de cada administrador en las consecuencias dañosas a los intereses sociales. De no acreditarse -conforme las pautas del art. 512 del Cód. Civ.- una conducta culposa o negligente o violatoria de la ley o del estatuto, no cabrá adoptar ninguna sanción contra los administradores sólo porque fracasaron en su gestión. Por lo tanto podemos concluir en que nuestro sistema societario ha impuesto un sistema de responsabilidad subjetiva (véase: Vanasco C.A., “Sociedades Comerciales”, ed. Astrea, Buenos Aires 2006, T° 1, pág.215/219). También se ha debatido en doctrina si la base de la responsabilidad que aquí nos ocupa reposa en el cumplimiento de obligaciones de resultado o de medio, pues es clara la importancia de la distinción en lo atinente a la carga de la prueba. Sustancialmente, se ha señalado que la obligación de resultado consiste en el compromiso asumido por el deudor de conseguir un objetivo determinado, mientras que en las obligaciones de medios el deudor no asegura el logro aguardado por el acreedor, sino que sólo se obliga a poner de su parte los medios aptos para tal cometido. Si la índole de la prestación fuere de resultado, la presunción de culpa tendrá vigencia; por el contrario, si es de medios y se reclama por la obtención del fin esperado, habrá que ponderar la conducta del deudor para establecer si puede reconocerse al acreedor derecho a la reparación.4. En la especie, descartada la autoría de las firmas de los cuatro cheques en que se sustentaron las acusaciones de la demanda, en la sentencia se enrostró y en definitiva, se condenó, por una omisión negligente en la custodia de las chequeras de las que provinieran los cartulares que dieron origen a la declaración de falencia, construida “a posteriori”, a mi entender, con base en meras presunciones de conductas culposas. Señalo por una parte, y esto lo estimo dirimente, que esa imputación concreta no fue formulada al tiempo de la demanda, con lo que no integró el marco acusatorio de modo que se hiciese posible una defensa sobre las puntuales conductas que se refieren y señalo, por otro lado, que ese encuadramiento presuncional, claramente, importó atribuir una genérica y potencial omisión de cumplir con una obligación de medios en la correcta custodia de ciertos instrumentos de pago prescindiendo de una imputación fáctica circunstanciada oportunamente, de modo preciso y con debida atribución de un nexo causal, extremo que, en una comprensión corriente, debió exigirse o imponerse a la sindicatura accionante en este caso, como prueba en juicio del incumplimiento y de la culpa que concretamente se adjudica al demandado. ...Tampoco la documentación aportada por el acreedor Monsanto a su pedido de verificación demuestra que la mercadería haya sido efectivamente recibida por la fallida o por su administrador y los libros de la empresa no fueron hallados ni examinados -véase fs. 2-, con lo cual la supuesta maniobra defraudatoria y la falta de ingreso de las mercaderías en el activo social para la utilización posterior y venta en beneficio propio, que se imputó en la demanda al accionado, no pasó de ser una mera conjetura. ...Es por todo ello, que estimo que debe concluirse de modo adverso al fallo que se examina. En este marco, estimo que el recurso del Defensor Oficial, debe ser acogido y que la demanda debe ser rechazada”.*

*-A su vez, el Señor Juez de Cámara Dr. Alfredo A. Kolliker Frers, dijo: “Coincido con mi distinguida colega la Dra. Uzal en cuanto a la naturaleza esencialmente subjetiva de la responsabilidad de los administradores societarios, en el sentido de que para que ella opere resulta estrictamente necesaria la existencia real de culpa del administrador, conforme se infiere del régimen consagrado por los arts. 59 y 274 LSC, al que remite el art. 157 del mismo cuerpo legal al contemplar la responsabilidad de los “gerentes” en las sociedades de responsabilidad limitada, régimen según el cual es exigible al administrador obrar con la diligencia de un “buen hombre de negocios”, de manera de tener que responder frente a la sociedad y los terceros por todo acto obrado mediante una conducta culposa o negligente que implique una violación a dicho “standard” de comportamiento. Mucho más, obviamente, cuando la infracción a este último resulta atribuible a dolo o culpa grave. No obstante ello, a diferencia de lo que acaece cuando lo que se promueve es la acción concursal de responsabilidad, donde en principio resulta exigible la concurrencia de dolo para la procedencia de la acción (LCQ:173), en las acciones de responsabilidad societaria regulada por los arts. 276 y 278 LSC, como la de la especie, basta la conducta culposa del agente para que se*

*vea configurada la responsabilidad. Es verdad que en autos no pudo ser comprobada la hipótesis de comportamiento fraudulento atribuida al accionado, ... Sin embargo, coincido con la Dra. Míguez en que esta circunstancia no libera de culpa a este último, a quien, en su condición de gerente de la sociedad, le era exigible la custodia de las chequeras emitidas a nombre de ella. ...Pero, por encima de ello, nada obsta a que el órgano jurisdiccional recalifique jurídicamente la pretensión mediante la aplicación de la regla del iuria novit curia, encuadrando la conducta del accionado como culposa o negligente, fundando en esta circunstancia la procedencia de la acción. Con estas precisiones, adhiero entonces al voto de la Dra. Míguez.*

**-Por tanto no cuajó la argumentación exculpatoria de la Dra. Uzal, que nos sorprenden por segunda vez en los fallos que Nissen nos encargo comentar. A su vez, sus argumentos olvidan totalmente normas como el art. 99 y ahora 164 CCC.**

**Haremos breves referencias sobre estos aspectos, que también sirven para catalogar las obligaciones de los administradores en cuanto a la formulación de balances, conservaciones de bienes y responsabilidad por insuficiencia patrimonial.**

**Sobre obligaciones de medio y de resultado se ha escrito mucho, pero existe otro género, imposible de soslayar que es cuando nos hallamos ante una vasta serie de obligaciones de resultado que pueden llegar a integrar el programa de prestaciones de un diligente administrador, por tratarse de uno de los supuestos en los cuales la existencia de la culpa es algo que no interesa, la responsabilidad del agente dañoso aparecerá impuesta con la mera acreditación de que el resultado no fue alcanzado".** (Conf.: Martorell, Ernesto E. "El contrato de auditoría", en "Tratado de los Contratos de Empresa", Tº III, págs. 377 y 378, Ed. Depalma, Bs.As., 1997). **Con relación a la distinción entre obligaciones de medio y de resultado en el ámbito de la responsabilidad extra-contractual, Demogue sostuvo que en todos los casos la prueba de la culpa está regida por los mismos principios, y que es preciso tener en cuenta el contenido de la prestación –que puede consistir en un resultado o en un medio- para determinar cuál es el régimen de la prueba de la culpa. Por lo tanto, en cualquiera de los campos de la responsabilidad civil habría obligaciones de resultados y de medios, y la asignación de la carga de probar la culpa depende del enrolamiento en una o en otra categoría: en las de resultado se la presumiría, mientras que en las de medio el acreedor tendría la carga de demostrarlas.** (Conf. Alterini, Atilio A. y otros: "Derecho de Obligaciones Civiles y Comerciales", pág. 500, Ed. Abeledo Perrot, Bs.As., 1996). **Resumiendo, en las obligaciones de resultado el acreedor tiene la expectativa de obtener algo concreto, en nuestro caso el balance que asegure no sólo una rendición de cuentas sino la habilidad patrimonial para no dañar. En tanto en las de medios, el acreedor sólo aspira a cierta actividad que no le ha prometido nada preciso y su deber se agotó en la actividad misma** (Conf. Alterini, Atilio A. y otros, Ob. Cit. Pág. 500).

**No parece controvertible si la gestión de los administradores constituye una obligación de medios o de resultados<sup>36</sup>, aunque la doctrina expresa que debe formalizarse alguna puntualización para no ingresar en una abstracción. En las obligaciones de medios el objeto de la obligación está formado por una conducta del obligado (administrador) dirigida a alcanzar un resultado que no es afianzado<sup>37</sup>. Nadie se obliga simplemente a un esfuerzo a una diligencia abstracta, sino que conforme a una conducta planificada, de actuar como buen hombre de negocios, para el cumplimiento del objeto social, y no dar a sabiendas ni a la sociedad, ni a los socios y menos a los terceros. La formulación de las cuentas y del balance es un resultado esperado, impuesto por la ley a los administradores de sociedades.**

**No puede considerarse obligado el administrador simplemente a un esfuerzo o a una diligencia abstractos, sino que se obliga a través de una conducta a alcanzar, en el caso, el cumplimiento del objeto de la sociedad. Agregamos que ello debe ser sin dañar a terceros, a través del ente personificado concebido por la autonomía de la voluntad de los socios.**

<sup>36</sup> RIVERA, Julio César *Responsabilidad de los administradores sociales y síndicos* en Revista de Daños 2001-3, Editorial Rubinzal Culzoni Santa Fe diciembre 2001, p. 39 y ss., en especial 45 y 62, donde se indican algunas obligaciones de resultado.

<sup>37</sup> BUERES, Alberto J. *El incumplimiento de la obligación y la responsabilidad del deudor* en Revista de Derecho Privado y Comunitario, Editorial Rubinzal Culzoni, Santa Fe 1998, tomo 17 "Responsabilidad contractual I" p. 95 y ss., en especial p. 109, a quién seguimos: el objeto de la obligación, cualquiera sea su especie, es un plan de conducta del deudor para satisfacer un interés del acreedor. En el caso ese plan esta descrito en el art. 59 LS que configura la conducta diligente del administrador (deudor de la obligación).

No rendir cuentas, no formalizando balance, mientras todo el patrimonio ha desaparecido, suena a administración fraudulenta.

En las obligaciones de resultado basta advertir que no se alcanzó dicho resultado, en las obligaciones de medios, quién pretende la atribución de responsabilidad debe allegar los medios de convicción idóneos para demostrar que los medios empleados no fueron los adecuados, “para poner en evidencia la culpa del deudor”<sup>38</sup>, bastará acreditar que no se cumplió la actividad comprometida, además de la culpa<sup>39</sup>, pues en el caso de la responsabilidad por omisión no debe mediar necesariamente una imposición expresa de la ley del deber de actuar<sup>40</sup>.

El resultado debe ser siempre útil, no una mera apariencia de resultado, conformado por la actividad diligente del deudor, pues la obligación no puede perseguir abstractamente una actividad diligente (tan sólo), pues a ninguna persona le puede interesar el mero esfuerzo o la diligencia de otra<sup>41</sup>.

Claro que no es tema definitivo determinar si la actividad que examinamos genera una obligación de medios o de resultado, pues incluirla en una u otra categoría responde a un problema de axiología que compete a la doctrina y a la jurisprudencia<sup>42</sup>, que no afecta a la seguridad jurídica, pues en todos los casos el inculpaado podrá probar el *casus* para exonerarse de responsabilidad con la prueba de haber observado la diligencia exigible<sup>43</sup>.

Adviértase que un fraude de los confeccionantes de un balance, o de algunas cuentas sociales, bien podía ser evitado –y sus daños- si síndicos –societarios o concursales- hubieran cumplido adecuadamente sus tareas. El análisis del caso comprobará si las obligaciones de medios asumidas podía o no descubrir los fraudes –o simplemente errores-. O sea que la cuestión esta ligada a la modalidad del cumplimiento inexacto de la obligación de medios, por lo que se alcanzó un resultado aparente, que luego apareció como inadecuado. Y nada tan fácil de determinar en la evolución de una empresa es la inexactitud de apreciaciones en la apreciación de documentación contable. Que el resultado no sea afianzada no quiere decir que estén exentos de responsabilidad. Lo que suele estar en cuestión en el alcance meramente aparente del resultado, que encubre información falsa o distorsionada.

**¿Y cual es el resultado no afianzado que debía alcanzarse? El exhibir documentación contable veraz. En el caso no hay incumplimiento del resultado, el mismo se exhibe siempre, lo que no quiere decir que cumpla con el requisito de veracidad o “visión segura” sobre la idoneidad de la información brindada (*true and fair view*), que impone que cuando de las disposiciones normales no se produzca dicha imagen fiel, debe producirse diligencias o informaciones complementarias. Si esa visión no se alcanza el resultado presentado habrá sido aparente, y es el profesional el que deberá asegurarse de su desincriminación acreditando el *casus* (no culpa).**

**VII – MEDITANDO. Reiteramos que la sociedad es un instrumento maravilloso de organización, disponible a la autonomía de la voluntad de los constituyentes, que incluso pueden determinar la dotación –salvo caso de capital mínimo-. Pero al mismo tiempo no puede ser un vehículo para dañar, y como un automotor es un instrumento para generar daño –patrimonial- por su indebido uso.**

Normas imperativas lo han acotado, cuales son los arts. 94.5, 96 y 99 LGS, este último ahora alcanzado por la interpretación que impone el art. 167 in fine CCC, existiendo también una correcta inclinación a la aplicación de la previsión del art. 54.3 LGS, afianzada por el art. 144 CCC. No sería extraño académicamente la aplicación de la previsión del art. 19 LGS, que inclusive permite actuar oficiosamente, sin perjuicio de la posibilidad del ejercicio de legítima defensa que puedan ejercitar los que queden así alcanzados por la responsabilidad de los daños

<sup>38</sup>RIVERA ob cit. p. 62, adhiriendo a la doctrina que considera que puede existir responsabilidad por omisión aunque no medie la imposición expresa de la ley del deber de actuar. Sobre el tema puede verse BUERES ob. cit.

<sup>39</sup>OTAEGUI, Julio César en *Administración Societaria*, n.º 82p. 371 y ss. Ed. Abaco, Buenos Aires, RIVERA ob. cit. .

<sup>40</sup>RIVERA, Julio César *Responsabilidad civil del síndico societario* Buenos Aires 1985, n.º 6 1.5 págs. 46 y ss..

<sup>41</sup>BUERES ob. cit. *Incumplimiento...* p. 102.

<sup>42</sup>BUERES ob. cit. *Incumplimiento...* p. 103.

<sup>43</sup>BUERES ob. cit. *Incumplimiento...* p. 95.

generados, pues sin daño no hay sanción.

Claro que una práctica contra leggem en materia concursal ha desdibujado esa estructura sistémica, permitiendo que la obligación de los socios se traspase a los acreedores, tratándolos como socios sin derecho a través de quitas que generan una transferencia de riqueza.

Y frente a ello, que es un daño –además de generar un enriquecimiento sin causa- no cabe duda de que nace responsabilidad, por la vía societaria o concursal, pero particularmente por la teoría general de la responsabilidad civil, sin perjuicio de los referidos fallos que optan ante el fraude en el uso de la sociedad recurrir a la teoría de la inoponibilidad de la personalidad jurídica.

Como se verá parece que se fuera construyendo una teoría general de la responsabilidad por el indebido uso de sociedades perjudicando a terceros, que deberán soportar administradores y socios por su actitud omisiva. Las nuevas normas acentúan esta visión.

Para que los asesores jurídicos sepan asesorar a los administradores y socios de sociedades para evitar responsabilidades de administradores y socios por afectar la prenda común de los acreedores societarios. Debe llevarse contabilidad, realizar balances periódicos, evitar la desaparición de la sociedad si quedan acreedores insatisfechos y ante la existencia de patrimonio negativo actuar conforme prevén las normas imperativas del derecho societario que regula todas las relaciones jurídicas de una sociedad como persona jurídica y sistema de simplificación de obligaciones.