

LA INSTITUCIÓN JURÍDICA SOCIEDAD

(Sobre responsabilidad de socios y controlantes, motivada en fallos laborales)

Efraín Hugo RICHARD

INDICE: I – INTRODUCCIÓN. II - LA FALTA DE PATRIMONIO SOCIETARIO: ¿es la base de la responsabilidad de administradores y socios de control? III - SOBRE LA JURISPRUDENCIA LABORAL: ANTE LA CRISIS SOCIETARIA, ACTITUD OMISIVA DE LOS ADMINISTRADORES, TEMPESTIVIDAD Y RESPONSABILIDAD. IV - LIQUIDACIÓN DE HECHO. IV.1. Conducción fraudulenta imposibilitando el cobro. IV.2. Mudanza sin dejar rastros y conducta dolosa. IV.3. Más sobre la liquidación de hecho. V – PLAN DE NEGOCIOS. VI – INFRAPATRIÑONALIZACIÓN. INSOLVENCIA. INOPONIBILIDAD. VII – ALGUNOS CRITERIOS SOBRE INOPONIBILIDAD Y RESPONSABILIDAD DE LA CORTE O SUS MINISTROS. VIII - RESPONSABILIDAD DE ADMINISTRADORES IX - A MODO DE EPÍLOGO.

I – INTRODUCCIÓN.

La sociedad es un instrumento maravilloso para la organización de actividades. Existe total autonomía de voluntad, particularmente a través del tipo societario que estimen adecuado –tipicidad de segundo grado- para generar un patrimonio autogestante para el cumplimiento del objeto social, como forma de darse la empresa.

A su vez, además de la separación patrimonial que genera la personificación de la sociedad, conforme el tipo elegido se produce una tabicación de responsabilidad para los socios. Los administradores en ningún tipo societario asumen responsabilidad.

Obviamente que para que se produzcan esos efectos, ni la constitución ni la funcionalidad de la sociedad puede ser empleada para dañar a terceros.

Naturalmente la constitución de una sociedad responde a un plan de negocios –plan de empresa-, para cumplir la empresa –objeto social-, lo que impone una escisión patrimonial de parte de los socios dotando de un patrimonio a aquella, apto para el cumplimiento de ese objeto conforme la planificación generada.

La sociedad así constituida, debidamente publicitada, pasa a ser una persona jurídica dotada de un patrimonio independiente que, como tal, se constituye en una institución jurídica en cuanto no puede desaparecer sino a través de una decisión imputable a la sociedad o por el reconocimiento de existencia de una causal de disolución prevista en la ley, que impone un procedimiento de liquidación no disponible. Ello caracteriza a la sociedad como institución jurídica en cuanto, si bien el vínculo nace normalmente de un contrato –no necesariamente-, la liquidación de la persona esta sometida a un trámite institucional necesario para, como si fuera la muerte de una persona física, satisfacer las relaciones jurídicas generadas durante la funcionalidad de esa sociedad-persona, cumpliendo contratos, pagando a los acreedores y entregando a los socios el remanente si lo hubiere.

La jurisprudencia laboral ilustra esas apreciaciones: “La forma societaria es una suerte de cobertura otorgada como técnica jurídica a la empresa y que la misma la torna a esta última, un sujeto de derechos condicionado al cumplimiento de sus fines y respeto de su objetivo social. En los últimos tiempos se ha podido observar un alto índice de incumplimientos y, en algunos casos, se puede advertir claramente el uso de las sociedades comerciales, no orientadas a la realización de su objeto sino como medio de incumplimiento de obligaciones laborales derivadas de leyes imperativas, con un cierto desdén por el orden público”¹. “A través de la personalidad jurídica las sociedades adquieren una entidad de sujeto de derecho distinto de los socios individualmente considerados, con un patrimonio independiente, al cual sus acreedores podrán recurrir para el cobro de sus créditos. La limitación de la responsabilidad permite a los socios, según el grado de intensidad con que este beneficio es otorgado por el legislador, oponer al acreedor de la sociedad los bienes que componen el patrimonio de ella, para que aquel obtenga satisfacción, ya con carácter previo a la ejecución de sus bienes particulares, o bien liberándolo definitivamente por las deudas sociales”².

II - LA FALTA DE PATRIMONIO SOCIETARIO: ¿es la base de la responsabilidad de administradores y socios de control?

1. La organización de la empresa a través de las sociedades genera, en el uso de ese maravilloso instrumento, dos tensiones: la limitación de responsabilidad de los socios (junto a la no asunción de responsabilidad de los administradores) y el riesgo de los terceros acreedores ante su eventual

¹ Estas reflexiones corresponden a la CNTrabajo, Sala IV, Marzo 31 de 2008, “Poledo Ricardo Gastón contra Fundación Samuel Germán y otros sobre despido”

² CNTrabajo, Sala I, Mayo 23 de 2008, “Olivieri Mario contra Menhires SRL sobre ejecución de créditos laborales”, con el voto del DR. VILELA .

incapacidad patrimonial³. Las respuestas normativas a esa tensión se intentan a través de la consistencia patrimonial de las sociedades, generada por una dotación constitutiva, normalmente bajo la noción de capital social, su intangibilidad, y la información de la documentación contable.

Cualquiera sea la solución: sociedades con capital mínimo, sin capital social, con capital variable, identificamos para todas ellas una misma funcionalidad: no deberían las sociedades continuar su actividad, si patrimonialmente no están en condiciones de cumplir el objeto social –lo que normalmente resulta de la realización de ciertos tests⁴–, y menos iniciarla sin el patrimonio suficiente conforme el plan de negocios que debe presumirse tuvieron en miras al constituir la sociedad.

La tensión aumenta cuando el valor patrimonial de la sociedad no permite satisfacer su pasivo, los accionistas pierden interés en la gestión, y los acreedores en cambio pasan a tener interés fundamental en la prosecución exitosa de la actividad. Los acreedores de una empresa en crisis se encuentran en la misma situación de inversores sin derecho⁵, que no tuvieron en cuenta cuanto contrataron sin la información de esa situación o antes que se produjera esa situación. Los deberes del administrador societario aumentan en esta situación frente a los acreedores y terceros.

¿Cuáles son los deberes del administrador si la sociedad es patrimonialmente inepta para el cumplimiento del objeto social? ¿Deberá someter la situación a consideración de los socios? La sociedad es un sujeto de derecho –persona jurídica– que el sistema jurídico entrega (como técnica de organización) para que los fundadores de una empresa puedan generar un centro de imputación autogestante⁶ y con responsabilidad limitada. Esa funcionalidad es el bien jurídico tutelado por el sistema societario, que otorga a la autonomía de la voluntad la capacidad jurígena de concebir personas jurídicas. Se ha venido gestando la tutela de los acreedores no informados a través de la información, perfilando claramente lo que son las obligaciones de los administradores⁷.

Ratificando la prevención se sostiene⁸ que “Si el capital social aparece como manifiestamente desproporcionado en relación a la actividad a desarrollar, o sea si es evidentemente insuficiente o inadecuado para cumplir su objeto, el juez a cargo del Registro Público de Comercio tiene facultades para así determinarlo y denegar la inscripción.... Si el capital social es la contrapartida de la limitación de la responsabilidad del socio, limitación que es considerada un privilegio que excepciona el principio de derecho común de unidad del patrimonio, dicho privilegio exige que los socios aporten fondos suficientes para su cometido, pues sin un capital social adecuado el excepcional beneficio de la «responsabilidad limitada» carece de fundamento.... El procedimiento de inscripción de sociedades no impide verificar si el contrato presentado se ajusta en la forma y en el fondo a los recaudos legales, realizando un control de legalidad, bien que aclarando que ello implica que el encargado del Registro Público de Comercio puede y debe analizar si el acto que se pretende inscribir se ajusta a las normas legales más allá de las formas documentales exteriores, y que el control de «legalidad sustancial» no llega al extremo de que pueda incursionarse en la validez y alcance de las relaciones contractuales entre las partes, esto es cuando se trata de cuestiones societarias vinculadas al derecho común”.

La infrapatrimonialización implicaría una causal disolutiva cuando se analiza la situación patrimonial. La cuestión deba verse más allá: en la funcionalidad de la sociedad. Como señala Girón Tena⁹ que “la conclusión de la empresa que constituye el objeto social origina la disolución... debe equipararse a la imposibilidad jurídica o extrajurídica del mismo...Las dificultades económicas o jurídicas transitorias de la marcha de la sociedad no corresponde a este concepto”. Por ello estamos hablado de situaciones no transitorias, que imponen que la cuestión sea tratada por los socios. La

³ RICHARD, Efraín Hugo *SOBRE EL CAPITAL SOCIAL*, en libro colectivo “Jornadas Nacionales de Derecho Societario en Homenaje al Profesor Enrique M. Butti, Buenos Aires, 2007, pág. 107. RICHARD, Efraín Hugo *PATRIMONIO SOCIAL Y OBJETO POSIBLE*. Comunicación a las XV JORNADAS DE INSTITUTOS DE DERECHO COMERCIAL DE LA REPÚBLICA ARGENTINA: CONFLICTOS SOCIETARIOS: Impugnación de actos societarios (San Nicolás, 17 y 18 octubre de 2008), en Libro del Congreso pág. 5.

⁴ ARAYA, Miguel C. : “*La función preconcursal de la pérdida del capital social*”, en Ensayos de Derecho Empresario N° 3, Director: E.H. Richard, p. 235 y ss., FESPRESA, Córdoba, 2007. Se trata de introducir formalmente –o funcionalmente como obligación de los administradores– lo que todos los auditores usan, y sin duda informan a los administradores sociales aunque nada de ello aparezca en la Memoria de ejercicio que acompaña al balance anual: el *solvency test*. OLIVERA GARCÍA, Ricardo en su libro *Estudios de Derecho Societario*, Editorial Rubinzal Culzoni, Santa Fe 2005, cap. sobre capital social, el XI “La crisis del concepto de capital social” pág. 247.

⁵ STANGHELLINI, Lorenzo *Proprietà e controllo dell'impresa in crisi* Rivista delle Società anno 49° 2004 settembre-ottobre fascicolo 5°, Editorial Giuffrè Milano, pág. 1079. Los socios minoritarios, ajenos al grupo de control y dirección de la sociedad están casi en la situación de inversores, hasta pudiendo constituir una clase de socios, pero siempre tienen derecho a una información sobre el estado de la sociedad y una preferencia ante el aumento del capital, directamente vinculado a su derecho al resultado social; sobre este punto puede verse SPOLIDORO, Marco Saverio *Il capital sociale*, pág. 59 y especialmente pág. 67 en “Il Diritto delle società per azioni: Problema, Esperienze, Progetti” collana della Rivista delle Società, Ed. Giuffrè 1993.

⁶ Centros de imputación no autogestantes lo constituyen los patrimonios destinados a un específico negocio incorporado en Italia (BIANCA, Mirzia *La reforma italiana al régimen de sociedades comerciales* LL 20 junio 2005), y que se encuentran regulados en la mal llamada sociedad accidental o en participación en el art. 361 de la ley de sociedades argentina.

⁷ SPOLIDORO ob. cit. pág. 99. Resolución 6/2006 de Inspección General de Justicia de la Nación, B.O. 31 julio 2006 imponiendo un contenido serio a la Memoria de las Sociedades Anónimas, normalmente con información confusa y difusa.

⁸ C. Civ. y C. Santa Fe, Sala 2ª. 27/4/06. Bocca S.A. Con comentario de los Dres. Di Chiazza y Van Thiene. Colección Zeus – Jurisprudencia, Publicado en el boletín Zeus N° 8233 el 23/07/2007. Portal de la Editorial Zeus, www.editorial-zeus.com.ar, Sección Colección Zeus - Jurisprudencia , documento n° 007856.

⁹ GIRÓN TENA, J. *Derecho de Sociedades* tomo I, Madrid 1976, edición del autor, pág. 623 y ss..

legislación colombiana impide la presentación en concurso de una sociedad si no se han superado las causales de disolución¹⁰.

En soluciones como la chilena, se impone determinar anualmente el capital social como dotación patrimonial no distribuable como utilidad. En efecto se establece “que el capital social se modifica de pleno derecho cada vez que la junta ordinaria de accionistas apruebe el balance del ejercicio (art. 10 inciso 2º, Ley 18.046), lo que demuestra la voluntad de la ley de equiparar en este tipo social el capital social con el capital en sentido económico o patrimonio; la norma que dispone que los dividendos se pagarán exclusivamente de las utilidades líquidas del ejercicio o de las retenidas, provenientes de balances aprobados por la junta y que ordena aplicar tales utilidades en primer término a absorber las pérdidas acumuladas si las hubiere (art. 78 Ley 18.046), lo que impide la descapitalización de la sociedad”¹¹.

No debe entenderse distinta hoy la solución en el sistema societario argentino. Esto es lo que justifica los resultados no asignados¹². Además de la existencia de un patrimonio fundacional que prima facie permite el cumplimiento del objeto social, anualmente los administradores deben asegurarse que la sociedad se encuentra debidamente patrimonializada para el cumplimiento del objeto, procediendo en consecuencia, incluso de ser necesario a convocar a los socios para que afronten la cuestión.

Nuevos fallos laborales imponen revisar la limitación de responsabilidad de socios en ciertos tipos sociales y la falta de responsabilidad de los administradores en todos los tipos. La cuestión se vincula a un aspecto hoy muy sensible: la relación de empleo y su vinculación a la falta de dotación patrimonial de una sociedad o su desaparición, y si bien extraña esta jurisprudencia a la crisis de la “globalización financiera”, puede anticipar alguna visión. Dentro de la “teoría de la empresa”, donde se nuclea intereses múltiples que, incluso, despiertan el interés de la colectividad y del Estado por protección a los puestos de empleo –base de una economía de mercado de producción-, aparece como pionera la justicia laboral. No debe entenderse de ello que la justicia del fuero comercial no se encuentre enrolada en principios de justicia, sino que la defensa del empleo y de la relación de trabajo aparece como el justificativo del fuero laboral.

Conforme a ello y aquella “teoría de la empresa”, con nuestra particular visión, valorizamos la planificación de emprendimientos productivos, para cuya organización se recurra a la técnica organizativa-personificante societaria. La autonomía de la voluntad para esa organización aparece como fundamental, para crear riqueza –para los organizadores/constituyentes y para los que se vinculan a esa organización: técnicos, empleados administrativos y fabriles, proveedores, financistas-. Claro que esa autonomía de la voluntad y libertad organizativa no puede convertirse en un medio para perjudicar, generando daño.

2. La infracapitalización¹³ aparece como la genética de la insolvencia. La falta de recursos patrimoniales para satisfacer normalmente las obligaciones asumidas constituye el escenario del problema societario que estamos analizando. Y de allí se generan efectos básicos: la imposibilidad sobreviniente para el cumplimiento del objeto social –a veces no aparece una pérdida del capital estatutario- como causal de disolución y efecto propio de la funcionalidad societaria. O la responsabilidad de los administradores sociales por no adoptar las medidas congruentes a la situación societaria, y frente a terceros por infringirles daño al contraer obligaciones con el conocimiento genético de no poder satisfacerlas. O la responsabilidad de los controlantes de derecho o de hecho por el uso desviado del recurso técnico de la sociedad con limitación de responsabilidad de los socios, el control torpe o abusivo para actuar en fraude de terceros. Son caras de un mismo fenómeno que tienen distintas respuestas del sistema normativo o de la jurisprudencia ante los casos planteados.

Se trata concretamente de apuntar a la responsabilidad ante la insolvencia no asumida de la sociedad.

Yadarola refería respecto al capital a: “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

¹⁰ Del 27.12.2006 que establece el “Régimen de insolvencia empresarial”, con visión de las normas societarias como preventivas, que resulta del art. 10º que impone que la solicitud de reorganización debe presentarse con la acreditación de “No haberse vencido el plazo establecido en la ley para enervar las causales de disolución, sin haber adoptado las medidas tendientes a subsanarla”, sobre ello puede verse RICHARD, Efraín Hugo (Comunicación al II Congreso Colombiano de Derecho Concursal, organizado por el Capítulo Colombiano del Instituto Iberoamericano de Derecho Concursal (Valle de Leyva, Colombia, Agosto de 2008) www.acaderc.org.ar .

¹¹ UBILLA GRANDI, Luis *El capital social en el derecho chileno. Notas sobre sus funciones ¿Una garantía para los acreedores?* en Libro colectivo “Jornadas Nacionales de Derecho Societario en Homenaje al Profesor Enrique M. Butty”, Buenos Aires 2007, págs. 195 y ss., especialmente pág. 205.

¹² Trabajo conjunto con FUSHIMI, Jorge *FINANCIAMIENTO CON RESULTADOS NO ASIGNADOS*.

¹³ RACCIATTI, HERNÁN RACCIATTI(H); RICHARD, EFRAÍN HUGO Y ROMANO, ALBERTO ANTONIO “Sumetos responsables y subordinación de créditos por el uso abusivo de los préstamos de los socios y de ls entregas a cuentaa de futuros aumentos de capital, tomo III pág. 383. - Ponencias al III CONGRESO NACIONAL DE DERECHO CONCURSAL y I CONGRESO IBEROAMERICANO SOBRE LA INSOLVENCIA, Mar del Plata, 27, 28 y 29 de noviembre de 1997, 3 tomos Ed. Ad Hoc, Buenos Aires, noviembre 1997; RICHARD, EFRAÍN HUGO “La infracapitalización, la insolvencia societaria y la responsabilidad de sus administradores”, parte A pág. 51 a 60 del *Libro de Comunicaciones. A VI Jornadas Nacionales de Institutos de Derecho Comercial*, San Martín de Los Andes, 12/14 de noviembre de 1998.

los perjuicios que para la economía nacional representa siempre el desplazamiento de las economías particulares”¹⁴.

Estamos de acuerdo con el control preventivo si entendemos que la responsabilidad es excesivamente tardía en atención a la ineficiencia del sistema judicial. Esto impondría un inmediato análisis gubernamental para resolver la cuestión, tan negativa para la seguridad jurídica, motor de los sistemas de inversión de capitales. No parece adecuado que una sociedad actúe en insolvencia, contrariando lo dispuesto por el art. 94 inc. 4º ley de sociedades, a sabiendas de no poder cumplir sus obligaciones (arg. art. 931 C.C.).

Un eje fundamental debe tener en cuenta la subcapitalización material constitutiva o sobrevenida –o subpatrimonialización-, distinguiendo la subcapitalización nominal o formal, que ocurre cuando la sociedad esta dotada de un capital social de importe muy reducido, que no aseguraría la congruencia del patrimonio neto con respecto al objeto social. En este caso no necesariamente hay una subcapitalización material, y no hay alteraciones del riesgo de empresa, no configurándose por tanto ningún riesgo ni efecto sobre la responsabilidad.

Una sociedad puede estar operando con el capital estatutario previsto y no obstante ello estar en insolvencia. No existe un paralelismo entre ambas nociones, ni aún en los sistemas de sociedades sin capital social, cuya dotación patrimonial es analizada anualmente antes de distribuir utilidades –si hay capital suficiente- o de disponer la liquidación u otra solución en caso de capital insuficiente.

La infrapatrimonialización aparece como genética de la insolvencia. La falta de recursos patrimoniales (por ser insuficientes o por sobreendeudamiento) para satisfacer las obligaciones asumidas constituyen el escenario del problema societario en análisis. De allí se generan efectos básicos: la imposibilidad sobreviniente de cumplimiento del objeto social –a veces sin pérdida del capital- como causal de disolución y efecto propio de la funcionalidad societaria.

Eje de la cuestión es que constituyentes y administradores deberán determinar si la sociedad es patrimonialmente apta para cumplir el objeto social al inicio, anualmente o ante una causal de disolución. Y a su vez lo deberán someter a la consideración de los socios o accionistas. La integral aplicación de las normas sobre sociedades, como de otras del sistema jurídico, debe permitir prevenir su insolvencia e impedir la transferencia de los daños a los acreedores¹⁵. Si los administradores continúan la operación de una sociedad, y el patrimonio no es apto para el cumplimiento del objeto (empresa), ello se advertirá rápidamente en la no satisfacción de las obligaciones sociales. Y en tal supuesto los administradores asumirán responsabilidad por los principios generales.

En el derecho argentino se ha potenciado que las situaciones sean irreversibles, pese a facilitar herramientas al administrador societario¹⁶, generándose la idea de que los administradores societarios pueden continuar ininterrumpidamente la actividad de la sociedad pese a estar en insolvencia, sin planificación coherente, tratando de obtener más créditos o reciclar el existente, con la misma modalidad que los administradores públicos argentinos afrontaron la deuda externa en la década pasada.

Hay que poner en claro que se quiere proteger, si a la empresa en general, la seguridad jurídica, a los administradores o únicamente a la empresa en problemas.

Se trata, a la postre de situaciones de desequilibrio que ponen en peligro la supervivencia de una organización¹⁷, de una sociedad. Desequilibrios transitorios que pueden llegar a la permanencia del estado patrimonial.

Nos permitimos apuntar que esos estados de “cesación de pagos” siempre son reversibles dentro del propio sistema societario, llevando a preguntarse si puede presentarse en concurso judicial o extrajudicial una sociedad dentro de la cual los administradores o los socios no han intentado esos remedios para superar la crisis, como exige previamente la ley colombiana.

3. En la insolvencia societaria, creado el patrimonio, generada la persona jurídica, la relación genética intenta el cumplimiento del objeto social con un patrimonio dado. La imposibilidad de cumplimiento del objeto social es causa de disolución e impone la liquidación del ente si no se absuelve la causal.

Descartada la liquidación societaria o por quiebra, debe enfrentarse el problema, o sea el antiválido: la incapacidad patrimonial generada por múltiples problemas que genera la insolvencia causal de disolución por imposibilidad sobreviniente.

La normología societaria trae soluciones, las mismas son a cargo de los socios en primer lugar y de los acreedores en segundo lugar. Es la forma de asumir los repartos con justicia ante los

¹⁴ YADAROLA, Mauricio *Sociedades Comerciales* tomo II de Homenaje a Yadarola, pág. 349, esp. pág. 353, reproduciendo el prólogo a edición argentina de la obra de Roberto Goldschmidt *Problemas jurídicos de la sociedad anónima*.

¹⁵ RICHARD, Efraín Hugo *Insolvencia societaria y responsabilidad* pág. 380 y ss. en JA libro en Conmemoración de su 80º Aniversario, 1918-1998; y en *Las relaciones de organización y el sistema jurídico del derecho privado*, Córdoba 2000, ed. Academia de Córdoba, Capítulo XI Insolvencia societaria y responsabilidad, pág. 481 y ss..

¹⁶ Sobre acuerdos extrajudiciales ALEGRÍA, Héctor *Acuerdo preventivo extrajudicial (Caracterización, problemas y acuerdos privados)* en Revista de Derecho Privado y Comunitario 2002-3 Concursos 1 p. 145; JUNYENT VÉLEZ, Francisco *El acuerdo preventivo extrajudicial: ley 25.589*, en la misma Revista p. 189.

¹⁷ CICHERO, Liliana *Las crisis empresariales y el acuerdo preventivo extrajudicial homologado* en La Ley Actualidad, página 1 del diario del 15 de marzo de 2001.

acontecimientos. Son los órganos societarios los que deben asumir esa solución en el campo privado, previsto en la normología societaria y sujeto al valor justicia, con equilibrio en los repartos conforme el ejercicio de la capacidad jurigenética y funcional que tienen los socios. Si estos no los asumen, por una regla de equidad –principal equity rule- quedan subordinados y son los acreedores son los deben asumir los riesgos, pero también los beneficios.

III SOBRE LA JURISPRUDENCIA LABORAL: ANTE LA CRISIS SOCIETARIA, ACTITUD OMISIVA DE LOS ADMINISTRADORES, TEMPESTIVIDAD Y RESPONSABILIDAD.

Como resumen de ese análisis podríamos acentuar que ante la crisis societaria puede nacer responsabilidad de los administradores si actúan omisivamente, manteniendo la actividad con patrimonio insuficiente, no convocando a los socios para solucionar el problema, liquidando de hecho a la sociedad y no abriendo las vías concursales ante la situación de cesación de pagos del patrimonio societario. A ello se unen otras consideraciones.

Los administradores no socios de cualquier tipo de sociedad nunca deberían ser responsables, ni pueden serlo por el simple riesgo empresario. Aquí se trata de establecer el estándar de conducta que puede generarles responsabilidad.

Se trata, ni más ni menos de una demostración de nuestra tesis sobre como afrontar la crisis societaria que venimos desarrollando hace varios años. En efecto, la jurisprudencia laboral viene en recoger nuestras preocupaciones desde siempre, y particularmente desde fines de la década de los 80 sobre las crisis económicas financieras de las sociedades, en cuanto a las obligaciones de administradores, asumiendo tempestivamente las soluciones de la crisis y convocando a los socios contemporáneamente¹⁸.

Así se señala “De las constancias de la causa reseñada se extrae que al intentar el cobro del monto de condena a la sociedad Artbaby SRL cada diligencia resultó frustrada. El primer mandamiento de embargo fue devuelto por no encontrarse el interesado en el domicilio de la diligencia (ver fs. 105). Luego también resultó infructuosa la traba de embargo en dos cuentas bancarias por no encontrarse operativas (ver fs. 114/115)”, apuntan vocales en el fallo de la CNTrabajo, Sala III, con fecha Septiembre 22 de 2008, en la causa: “Arancibia Nora y otros contra Rodríguez Ricardo Marcos y otro sobre ejecución de créditos laborales”, sobre el que abundaremos.

Estos elementos son prueba de la “desaparición” de la sociedad, de su liquidación de hecho. No se contradijo con la denuncia de bienes al embargo y una rendición de cuentas en el proceso de liquidación de la sociedad. Venimos insistiendo que dentro de las previsiones de la ley societaria existen las normas imperativas para asumir su crisis.

Adviértase la coherencia discursiva del fallo en orden a resguardar la técnica organizativa societaria y la limitación de responsabilidad cuando existe un uso razonable de la misma. Nunca puede usarse operativamente para “frustrar derechos de terceros”.

Se sigue en ese fallo “Ahora bien, todo este esquema institucional tiene como presupuesto que el capital con el que la SRL es dotada -y que es el límite normal de la responsabilidad de sus socios- sea suficiente para respaldar su giro. Existe un límite mínimo de capital para la constitución de una sociedad: si ese requisito se cumple la sociedad puede formarse, ya que no es dado a la autoridad administrativa predecir cuál ha de ser el giro futuro de la empresa. Pero es responsabilidad de los propios socios mantener una relación razonable entre el giro real de la sociedad y el capital con el que ésta se halle dotada: de otro modo, lo que se presenta en el mercado como una empresa sólida y próspera puede encubrir la ausencia casi total de solvencia para hacer frente a las obligaciones contraídas”.

Guibourg –vocal opinante en ese fallo-, conforme la tesis en la que terciamos, admite que “la autoridad administrativa” no puede “predecir cuál ha de ser el giro futuro de la empresa”.

De ello resulta que la sociedad debe tener un capital constitutivo coherente con la planificación del negocio, y esa patrimonialización debe mantenerse durante la funcionalidad de la sociedad, pues de no aparecería una causal de disolución: “la imposibilidad sobreviniente de cumplimiento del objeto social” -art. 94 inc. 4º LSA-. En el caso la infracapitalización (infrapatrimonialización) era constitutiva, pero aunque no lo hubiere sido, se agregan otros elementos que llevarían a la misma solución: el no someter la sociedad-persona jurídica creada por la autonomía de la voluntad de los constituyentes al proceso de liquidación, pues debe afrontar un proceso desatando todos sus vínculos jurídicos conforme un trámite no disponible, ante ciertas causales imperativas –a las que la autonomía de la voluntad puede agregar otras en el estatuto-. En este caso los cambios de domicilio, la inexistencia de etapa liquidativa, la inexistencia de bienes, son elementos ponderables para determinar responsabilidades de los administradores y controlantes.

Se afirma en el fallo: “Desde luego, esta circunstancia permanece en la irrelevancia mientras la sociedad, de hecho, tiene bienes suficientes para servir de garantía común de sus acreedores. Pero,

¹⁸ RICHARD, Efraín Hugo *CRISIS DE SOCIEDADES: ACUERDOS CONCURSALES ABUSIVOS Vs. SOLUCIÓN PRIVADA* Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones, Buenos Aires Lexis Nexis n° 519, julio-agosto 2006; y anterior artículo en esta misma Revista n° 203 –septiembre 2003- pág 553 *Los administradores societarios y la insolvencia*. En un marco general nto. *Ideales y realidad. Afrontar la crisis* en Jurisprudencia Argentina, 2007 – 1 – Fascículo 8 21 de febrero de 2007 pág. 3.

cuando estos bienes faltan -y más aún cuando desaparecen o resultan de propiedad de terceros ajenos al giro de la sociedad- los acreedores encuentran que el límite de responsabilidad de los socios, establecido por ellos mismos en suma cercana al mínimo legal, aparece desproporcionado, no ya sólo con las deudas contraídas, sino con el propio giro social en épocas normales. Esta condición se ve agravada cuando los acreedores son los trabajadores dependientes de la sociedad, porque quienes buscan empleo no están en condiciones -como generalmente sucede con los comerciantes- de tomar en cuenta el capital social de la empresa con la que hayan de contratar”.

Existe un particular activismo de la justicia laboral sobre la infracapitalización que ha sido debidamente conceptualizado por Ricardo Nissen¹⁹, apuntando como conclusión “Como corolario de todo lo expuesto, útil es recordar que la sociedad infracapitalizada constituye un notorio caso de abuso de derecho. Los socios que pretenden constituir una sociedad comercial, eligiendo un tipo social que se caracteriza por la limitación de su responsabilidad ante las deudas sociales, mediante el aporte de escasísimos fondos a la caja social, no constituye una actuación de buena fe, pues nadie puede ignorar que esa manera de proceder implica el traslado del riesgo empresario, que constituye una de las tantas alternativas que implican frustración de los derechos de terceros (acreedores laborales, proveedores, etc.). Si así se entiende el asunto, la aplicación al caso en análisis de lo dispuesto por el artículo 54 in fine de la ley 19550 y la consecuente responsabilidad solidaria e ilimitada de quienes participaron en esa operación resulta verdaderamente insoslayable, en cuanto dispone que *“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 controlantes que la hicieron posible, quienes responderán solidaria e ilimitadamente por los perjuicios causados”* (art. 54 in fine de la ley 19550). Esta es la única interpretación que corresponde asignar a la solución prevista por el artículo 54 in fine de la ley 19550, a los fines de evitar el tan lamentablemente difundido abuso de las formas societarias”.

“Basta reparar que nuestro legislador societario, conciente de la verdadera importancia del capital social, incluyó a la pérdida del mismo como causal autónoma de disolución de la sociedad en el artículo 94 inciso 5° de la ley 19550. Ello es sumamente elocuente y quiere significar que la ley no admite sociedades comerciales sin capital social, y no se requiere demasiado esfuerzo de imaginación para concluir que el legislador se refirió en este inciso a la pérdida de la garantía que el mismo implica para los terceros, pues de interpretarse que dicha causal disolutoria se funda en la inexistencia de capital para afrontar nuevos negocios, ello resultaría totalmente sobreabundante, en la medida que, de ocurrir tal circunstancia, la hipótesis quedaría subsumida en el inciso 4° del referido artículo 94, cuando prevé la causal de disolución de la sociedad, por imposibilidad sobreviniente de lograr el objeto social. - El mejor ejemplo de todo lo expuesto lo brinda el artículo 99 de la ley 19550, cuando dispone que los administradores, con posterioridad al vencimiento del plazo de duración de la sociedad o al acuerdo de disolución o a la declaración de haber comprobado alguna de las causales de disolución, solo pueden atender los asuntos urgentes y deben adoptar las medidas necesarias para iniciar la liquidación, disponiendo acto seguido, que *cualquier operación ajena a esos fines los hace responsables ilimitada y solidariamente respecto a los terceros y a los socios, sin perjuicio de la responsabilidad de éstos*. Es de toda evidencia que el legislador, al no hacer salvedades en lo que respecta al tipo de sociedad de que se trata, como lo hace el artículo 106 del mismo ordenamiento legal, consagra la responsabilidad limitada y solidaria de todos los socios o accionistas de una sociedad disuelta, cuando sus administradores ignoran el trámite liquidatorio, solución que encuentra sobrado fundamento cuando la sociedad, cualquiera fuere su tipo, está disuelta por pérdida de su capital social”²⁰.

IV - LIQUIDACIÓN DE HECHO.

Los acreedores, y menos los laborales que son prestadores de servicios y no pretenden ser tales sino satisfechos inmediatamente con la prestación dineraria remunerativa, no pueden sufrir los efectos de la infrapatrimonialización, y menos a través de una liquidación de hecho. Son los socios los que deben asumir las soluciones, no los acreedores, conservando la empresa que desarrolla la sociedad que constituyeron, o disolviéndola.

Los administradores de esas sociedades, y los socios de control, ante la crisis no siempre adoptan las medidas que la ley les impone, particularmente a través de las vías que les ofrece el sistema societario. No se llama formalmente a los socios a considerar como afrontar la crisis. No se expresa la

¹⁹ INFRACAPITALIZACION SOCIETARIA Y RESPONSABILIDAD DE LOS SOCIOS Y ACCIONISTAS POR DEUDAS LABORALES. NUEVAMENTE LA JUSTICIA VIENE DE LA MANO DE LOS TRIBUNALES LABORALES (Comentario al caso “Arancibia Nora y otros contra Rodríguez Ricardo Marcos y otro sobre ejecución de créditos laborales”) en La Ley 19 de noviembre de 2008. Nosotros lo hemos hecho en *FALTA DE PATRIMONIO SOCIETARIO: ¿puerta para la responsabilidad de administradores y socios de control?*, El Derecho, 10 de diciembre de 2008, Buenos Aires.

²⁰ NISSEN, Ricardo Augusto *INFRACAPITALIZACION SOCIETARIA Y RESPONSABILIDAD DE LOS SOCIOS Y ACCIONISTAS POR DEUDAS LABORALES. NUEVAMENTE LA JUSTICIA VIENE DE LA MANO DE LOS TRIBUNALES LABORALES. (Comentario al caso “Arancibia Nora y otros contra Rodríguez Ricardo Marcos y otro sobre ejecución de créditos laborales)*. Publicado en La Ley 19 de noviembre de 2008.

situación de crisis ni en Asambleas ni en Reuniones Generales, y menos aún se convoca a los socios para aumentar del capital social, reintegración del mismo, reorganización de la empresa, venta de activos inactivos, y particularmente a una capitalización de pasivos por negociación con acreedores.

No asumidos los problemas de la crisis a través de esas soluciones básicas del sistema asociativo, la discusión debería recaer en la disolución por alguna causal, fundamentalmente por la imposibilidad sobreviniente de cumplimiento del objeto social, como forma de exteriorizarse la idea de empresa.

Lejos de ello, se suelen advertir maniobras oscuras y contrarias a deberes fiduciarios de los administradores tales como devolución de préstamos a personas vinculadas, o satisfacción de cuentas personales, o de aquellas que registran fianzas de los socios de control o administradores, e incluso la decisión de no aumentar capital social y devolver aportes irrevocables. Ello ha llevado a diversas respuestas de la legislación, particularmente a la revocabilidad de esos actos y la apreciación de esos créditos como subordinados.

Adviértase la sencillez, para lograr el equilibrio a bajo costo, de la capitalización del pasivo, donde se eliminan todos los costes de transacción para salir de la crisis y se transforma la situación patrimonial de la sociedad.

España ha afrontado la cuestión en la legislación societaria. “Tres son las piezas que componen ese mecanismo legal: el deber de los administradores de convocar junta general en el plazo de dos meses desde que concurra causa de disolución, la admisión expresa de la disolución judicial cuando la sociedad no proceda a acordar la disolución o la remoción de la causa, para lo cual se concede legitimación a cualquier interesado y se impone un deber de solicitud a los administradores; y la imposición a los administradores de una sanción consistente en la responsabilidad por las obligaciones sociales, cuando incumplan cualquiera de los deberes indicados. La más llamativa de esas disposiciones es, sin duda alguna, la que sanciona a los administradores con la responsabilidad solidaria por las deudas sociales (arts. 265, incs. 2º y 5º, LSA, y 195, inc. 5º, LSRL), algo que puede sorprender en sociedades en las que los socios no responden de las deudas sociales (arts. 1º, LSA, y 1º, LSRL)”²¹. “Con el art. 262, inc. 5º, de la ley (española) persigue la misma finalidad. Pero en lugar de quedarse pasivamente esperando a que de forma espontánea los administradores y los socios lleven a cabo las actuaciones conducentes para conseguir la disolución, el legislador del 89 da un importante paso adelante: ha configurado un recurso (la extensión de responsabilidad por deudas) para disuadir a los administradores, con una sociedad en estado de disolución entre sus manos, de que contraigan nuevos compromisos con terceras personas; pero un recurso que al propio tiempo facilita el remedio para salvaguardar los intereses de los terceros sorprendidos en su buena fe: los terceros, en caso de incumplimiento por la sociedad deudora, podrán dirigir su poder de agresión contra el patrimonio personal de los administradores a quienes se hace garantes (responsables) solidarios del buen fin de las obligaciones contraídas”²².

Con esta visión se construye un sistema de preconcursalidad desde el derecho societario. Recuérdese que la ley de sociedades argentina autoriza el aumento de capital, la capitalización del pasivo -que es una forma de superar las dificultades y que en tal caso se extinguen las fianzas y garantías personales de terceros-, que impone la reintegración del capital social, al no poder alcanzarse el cumplimiento del objeto social -empresa-, si los socios no deciden remover el obstáculo, y otorga amplias formas y técnicas de reorganización y reordenamiento del negocio. Con Ángel Rojo mantuvimos muchas conversaciones sobre el punto antes de la formulación de los proyectos españoles, lo que nos llevó en el año 1995 a generar un proyecto novedoso en torno a la responsabilidad de administradores societarios por no haber afrontado la crisis y desde la óptica del derecho de daños²³.

Los fundamentos del fallo “Arancibia”, donde responsabilizan a socios y gerentes de una S.R.L. remarcan esas reflexiones. El Dr. Guibourg, expresó el primer voto en ese fallo. Los votos de los Ministros Porta y Guibourg se desplazan a través de la lógica formal y el realismo empresarial generando un constructivismo en torno al sistema jurídico de las relaciones de organización, coincidentes con nuestra posición de que las crisis societarias deben ser asumidas conforme las normas que regulan específicamente estos entes, para evitar que administradores y, eventualmente, socios puedan ser imputados de responsabilidad, por no actuar tempestivamente como la ley requiere²⁴.

²¹ BELTRÁN SÁNCHEZ, Emilio *La responsabilidad por las deudas sociales de administradores de sociedades anónimas y limitadas incursas en causa de disolución*, en BOLAS ALFONSO, Juan (dir.), *La responsabilidad de los administradores de sociedades de capital*, Consejo General del Poder Judicial, Consejo General del Notariado, Madrid, 2000, p. 133.

²² Además de los trabajos citados en nota anterior: SUÁREZ-LLANOS GÓMEZ, Luis *La responsabilidad por deudas de los administradores de sociedad anónima*, en AA.VV., “*Estudios en homenaje a Menéndez Menéndez*”, Centro de Estudios para el Fomento de la Investigación, Madrid, 1997, p. 2481, esp. p. 2496. Sobre la responsabilidad por no convocar a junta general o no adecuar los estatutos, sentencia del 30/10/2000, Tribunal Supremo, sala Civ., p. 1687; *Tribunal Constitucional*. Sentencias y la sentencia del 21 de diciembre de 2000, p. 169.

²³ En “DE LA INSOLVENCIA, In Memoriam de Héctor Cámara y Francisco Quintana Ferreyra, Editorial Advocatus, Córdoba 2000, comunicaciones al II Congreso Iberoamericano de la Insolvencia, *En torno a responsabilidad y concurso. Un “embrión” de proyecto*. Tomo III pág. 313. y *Daños causados por la insolvencia: Acciones individuales de responsabilidad contra administradores de sociedades* Tomo III pág. 549. 8º. Ausencia de sede y responsabilidad de administradores (II). Tomo III pág. 579. 9º. Pretensiones patrimoniales y contratos comprendidos en art. 20 ley 24.452, Competencia de árbitro frente al concurso. Tomo IV pág. 243.

²⁴ RICHARD, Efraín Hugo “Acción individual de responsabilidad de acreedores contra administradores societarios” en libro colectivo del Instituto Argentino de Derecho Comercial, -en prensa- Ed. Lexis, Buenos Aires. “Patrimonio Social y objeto posible” en AAVV “XV Jornadas de Institutos de Derecho Comercial de la República Argentina – Temas Societarios y Concursales” Edición de la Fundación para la

Veamos esa argumentación en el caso “Arancibia”.

IV.1. Conducción fraudulenta imposibilitando el cobro.

Señaló Guibourg “Razones de orden metodológico imponen tratar en primer término los agravios vertidos por los demandados Rodríguez y Fernández, que se quejan porque el Juez de grado extendió la condena a los recurrentes con fundamento en la infracapitalización del ente social. Entienden que la cuestión no fue debidamente planteada por los actores en la demanda y que en el proceso en que fue condenado el ente ideal (Artbaby S.R.L.) no se invocó ni acreditó conducción fraudulenta por parte de los administradores y socios. Cuestiona la valoración de la prueba y sostiene que no existen elementos con los que pueda sostenerse la idea de vaciamiento o frustración de derechos de los acreedores. No asiste razón a los recurrentes. Las actoras sostuvieron al demandar que, al intentar ejecutar la sentencia obtenida en los autos "Arancibia Nora Rosaura y otro c/ Artbaby S.R.L." (Expte. Nro. 20.237/2002 que obra agregado por cuerda), se encontraron con que la demandada se había mudado sin dejar rastros y también expresaron que existió una conducta dolosa de los socios que, por medio de su manejo, imposibilitaron el cobro de las deudas contraídas. Invocaron como sustento de la pretensión los artículos 59, 157 y 274 de la ley 19550”.

IV.2. Mudanza sin dejar rastros y conducta dolosa.

Guibourg califica así como “conducción fraudulenta” la mudanza “sin dejar rastros” y los actos que “imposibilitaron el cobro de las deudas contraídas”.

En el sistema societario estamos así en supuestos de incumplimiento de normas imperativas, referentes a la institucionalización de la sociedad que exige que se extinga a través de un procedimiento no disponible sin asumir los remedios y procedimientos previstos en la ley societaria.

Asistimos a un claro caso de desaparición de la sociedad sin proceder al proceso no disponible de liquidación. Insistimos en que la sociedad libremente constituida se constituye en una “institución jurídica”, en cuanto su desaparición como persona jurídica no es disponible, tanto en relación a las causales de disolución que imponen su liquidación como respecto al proceso de liquidación que debe iniciarse de no removerse la causal de liquidación.

La sociedad demandada se mudó “sin dejar rastros” y los socios “imposibilitaron el cobro de las deudas contraídas”. La gravedad extrema es la de su desaparición “física”, pues bien podría ocurrir que no se pudieran satisfacer las deudas contraídas y no por ello deviniera la responsabilidad de socios y administradores, si ello es fruto de “riesgo empresarial”, del devenir normal de los negocios, y no de una falta de planificación y de acciones u omisiones culposas –cuando no dolosas- que llevaron a esa situación.

Investigación y Desarrollo de las Ciencias Jurídicas, Buenos Aires 2008, pág. 5; “Insolvencia societaria” con Ricardo Augusto NISSEN, en AAVV “XV Jornadas de Institutos de Derecho Comercial de la República Argentina – Temas Societarios y Concursales” Edición de la Fundación para la Investigación y Desarrollo de las Ciencias Jurídicas, Buenos Aires 2008, pág. 93. - *La nulidad absoluta de actos societarios y el caso Aerolíneas Argentinas* en AAVV “XV Jornadas de Institutos de Derecho Comercial de la República Argentina – Temas Societarios y Concursales” Edición de la Fundación para la Investigación y Desarrollo de las Ciencias Jurídicas, Buenos Aires 2008, pág. 159. *AXIOLOGIA DEL DERECHO CONCURSAL* (Comunicación al II Congreso Colombiano de Derecho Concursal, organizado por el Capítulo Colombiano del Instituto Iberoamericano de Derecho Concursal (Valle de Leyva, Colombia, Agosto de 2008). *LA PLANIFICACION PRECONCURSAL (actuando tempestiva y extrajudicialmente)* Comunicación al IV Congreso Iberoamericano de Derecho Concursal (PUNTA DEL ESTE, República Oriental del Uruguay, 12/14 de Noviembre de 2008) *NOTAS EN TORNO A LA CONSERVACIÓN DE LA EMPRESA: ¿principio concursal o del derecho societario?* para “Ensayos de Derecho Empresarial”, tomo 4. - *La eficiencia del derecho concursal*, con Antonio SILVA OROPEZA (México) en VIA CRISIS, Revista Electrónica de Derecho Concursal, año 3 n° 39, Lima 20 de julio de 2008. Al tratar la temática del título en el CUARTO CONGRESO ARGENTINO-ESPAÑOL DE DERECHO MERCANTIL (Buenos Aires (República Argentina) 5/6 de junio de 2008) convocado para tratar en general las “SITUACIONES DE CRISIS EN LAS SOCIEDADES COMERCIALES: INSOLVENCIA Y CONFLICTOS SOCIETARIOS”: *RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES SOCIETARIOS FRENTE A LA INSOLVENCIA CESION DE CRÉDITOS Y DERECHOS EN EL CONCURSO PREVENTIVO*. En las *XV Jornadas de Institutos de Derecho Comercial de la República Argentina*, San Nicolás 16 y 17 de octubre. En tema FINANCIAMIENTO INTERNO Y EXTERNO DE LA SOCIEDAD COMERCIAL, CAPITAL SOCIAL. FUNCIONES. INFRACAPITALIZACION. RELACIÓN ENTRE EL CAPITAL SOCIAL Y EL OBJETO: *PATRIMONIO SOCIAL Y OBJETO POSIBLE*. Pág. 5. *La conservación de la empresa por asunción de la crisis en la organización societaria (I. ¿Oportunidad para asumir la crisis? II. La funcionalidad societaria y la asunción de la crisis. III. Tempestividad y bien jurídico tutelado. IV. El derecho societario de crisis. V. Conductas tempestivas a seguir ante la crisis para evitar responsabilidades. VI. Reflexiones)* págs. 192 a 216. *EL PLAN DE EMPRESA (o como asumir crisis tempestiva y extrajudicialmente)* En libro colectivo “Homenaje al Dr. Osvaldo J. Maffía” Cap. II pág. 217, Ed. Lerner Córdoba 2008, Instituto Argentino de Derecho Comercial y Fundación para la Investigación del Derecho Concursal y la empresa en crisis Pablo Van Nieuwenhoven. Coordinadores E. Daniel Truffat – Marcelo Barreiro – Carlos Roberto Antoni Piossek – Ramón Vicente Nicastro. *En torno a la funcionalidad de las Sociedades Comerciales* en Zeus, Rosario 19 de noviembre de 2007, pág. 2 y ss., continuando en el boletín del 20 de noviembre, pág. 2, con conclusión en boletín del 21 de noviembre pág. 2, tomo 105. *Administración societaria: responsabilidad por no actuar tempestivamente ante la crisis (Corporation's administration: responsibility for inactivity in front of the economic crisis)* en Anuario X del CIJS, Centro de Invetstgaciones Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Córdoba, pág. 291. *OBJETO SOCIAL (COMERCIAL O CIVIL DE SOCIEDAD CIVIL O COMERCIAL, Y LO IMPORTANTE)* homenaje a Juan M. Farina, Editorial Zeus. *EL AUMENTO DE CAPITAL COMO SOLUCIÓN A LA CRISIS*, con Antonio SILVA OROPEZA, Comunicación al II Congreso Mexicano de Derecho Concursal, Gualajara 2008, en Revista Electrónica “Via Crisis” Lima, 20 de agosto de 2008, Año 3 n° 40. *Responsabilidad de administrador societario por el concurso de su administrada* en Foro de Córdoba. *Respuestas a la insolvencia societaria* en La Ley On line Ciencias Económicas Nro. 1005

La desaparición “sin dejar rastros” de una sociedad hace pensar en una conducta desleal y por tanto dolosa.

IV.3. Más sobre la desaparición de bienes y liquidación de hecho.

En otro caso²⁵, la Dra. Piaggi señaló que “También resulta inexplicable que el codemandado Perpen, quien requirió la quiebra de la sociedad, no haya arbitrado las medidas conducentes, máxime teniendo en cuenta que era de prever la situación laboral de insatisfacción que podía y se produjo a posteriori, con el desorden, el caos, y lo que ocurrió en definitiva con la desaparición de bienes del activo, en perjuicio de la masa de acreedores, justificando su inacción en que “...los últimos días de la empresa... no actuó... porque estuvo sometido a atención médica... no tiene idea de la ubicación actual de los bienes que se encontraban en el depósito... cuando se enteró del decreto de quiebra no pudo tomar ninguna medida, atento a que se encontraba bajo atención médica... era preferible que quedaran los bienes a tutela de las sucursales para evitar traslados, diferencias” ...Todo ello denota una negligencia y una dejadez en los actos de vigilancia cuya responsabilidad es del directorio. Pacífica jurisprudencia dispuso la responsabilidad de los directores en casos de abandono de sus funciones y desaparición del activo de la sociedad o, cuando la fallida cesó en su actividad comercial y liquidó “de hecho” su activo y pasivo (confr. CNCom., esta Sala, in re, “Paramio J. M. c/ Paramio, P. y otro s/ sumario” del 5-11-93; ídem, Sala D, in re, “Phonotone Co. s/ quiebra”, del 25-2-93).- La Dra. Díaz Cordero adhirió al voto anterior.

La liquidación de hecho, la desaparición de la sociedad, la cesación de actividades de facto, son elementos para imputar responsabilidad si existen acreedores no atendidos, pues resulta así usada indebidamente la técnica societaria.

Así se resolvió: “Resulta procedente la extensión de la condena a la sociedad extranjera demandada en sede laboral, con sustento en lo dispuesto por el art. 54 tercer párrafo de la ley 19.550, por ser la accionista mayoritaria, propietaria del 99,99% de las acciones de la sociedad empleadora, siendo el socio minoritario el titular del 0,001 % del capital social... Quien posee el 99,99% del capital accionario de una sociedad, cuenta con el absoluto control, - más aún, cabría preguntarse si reúne una de las exigencias del art. 1 de la ley 19550, cual es la pluralidad de socios- asegurándose el gobierno de aquélla a través del derecho de designar su directorio, aprobar sus balances, fijar la distribución de utilidades y reformar los estatutos sociales y cuenta con la cantidad de votos suficientes para formar la voluntad social, por lo cual mal puede considerárselo ajeno a aquellas circunstancias y decisiones que derivaron en los hechos acaecidos en la demanda laboral. ...A través de su personalidad jurídica, la sociedad adquiere una entidad de sujeto de derecho distinto de los socios individualmente considerados y con un patrimonio independiente, al cual sus acreedores podrán recurrir para el cobro de sus créditos. La limitación de la responsabilidad permite a los socios, y según el grado de intensidad con que este beneficio es otorgado por el legislador, oponer al acreedor de la sociedad los bienes que componen el patrimonio de ella, para que aquel obtenga satisfacción, ya con carácter previo a la agresión de sus bienes particulares, o liberándolo definitivamente por las deudas sociales. A ello cabe agregar que la indebida utilización del contrato de sociedad para encubrir fines ilegítimos o contrarios al espíritu del legislador explica la necesidad de poner límites a los beneficios de la personalidad jurídica de las sociedades comerciales....El principio general es que la personalidad jurídica no debe ser desestimada sino cuando se dan circunstancias de gravedad institucional, que permitan presumir fundadamente que la calidad de sujeto de derecho fue obtenida al efecto de generar el abuso de ella o violar la ley. ...Es la consecución de fines extrasocietarios y el abuso de la personalidad lo que genera su desestimación. ...No debe olvidar el socio controlante de la empleadora, que decidió constituir una sociedad comercial, que existe un procedimiento de disolución y liquidación que marca la ley y que debe cumplimentarse (cfr. arts.94 y sges. de la ley 19550), circunstancia que le impide “desaparecer” del ejercicio del comercio sin afrontar las consecuencias de sus deudas impagas, escudándose en la existencia de una figura societaria, omitiendo asimismo recurrir a las herramientas provistas por la ley concursal....El cierre del establecimiento, sin el cumplimiento de los procedimientos de disolución y liquidación de la sociedad previstos por la ley 19550 implica el consecuente vaciamiento y frustración de los derechos de los acreedores, por lo que estimo que en el supuesto de autos se encuentran acreditados los extremos que tornan aplicable el art.54 tercer párrafo de la normativa societaria para responsabilizar en forma solidaria e ilimitada a la sociedad controlante, titular del 99, 99% de la empleadora y al presidente de la sociedad empleadora, quien ostenta ese cargo desde la constitución de la sociedad, los cuales no sólo han frustrado los derechos de terceros a través de la actuación societaria, sino que además, en el caso particular del presidente del directorio, tampoco ha cumplido con el estándar de conducta marcado por el art.59 de la ley 19550, por lo que resulta responsable en virtud de lo normado por el art.274 de aquél

²⁵ CNCom, Sala B, Diciembre 20 de 2006, “Transportes Perpen SA s/ quiebra c/Ernesto Perpen y otros' s/ordinario (acción de responsabilidad)”.

cuerpo legal.... CNTrabajo, Sala I, Septiembre 17 de 2008, “Mena Norma Cristina y otros c/CW Comunicaciones S.A. y otros s/despido”.

De todo ello resulta la necesidad de que los administradores respondan a la sociedad más que a los accionistas, particularmente ante la crisis, pues deben tutelar el patrimonio para satisfacer a los acreedores, y a los demás intereses afectados por el giro empresarial. No hacerlo implica faltar a su deber de buen hombre de negocios. Seguir contratando con terceros en ese estado significa violar el deber de lealtad. Lo que implica actuar con dolo (art. 931 C.C.).

Afrontar las causales de disolución, importan una verdadera preconcursalidad privada, la prevista en la legislación societaria.

V – PLAN DE NEGOCIOS.

Como apuntábamos la patrimonialización de la sociedad y su funcionalidad se encuentran ligados al plan de negocios concebido por los constituyentes al decidir la suscripción del contrato de la sociedad y la escisión de sus respectivos patrimonios para la dotación del capital social.

La axiología vinculada a la “conservación de la empresa” impone un nexo principista a un “plan de negocios”²⁶.

La expresión “plan de empresa” no es siempre la usada, y recién en el derecho concursal aparece como plan de reestructuración, plan de reorganización, plan de salvataje, plan de viabilidad, que si bien representan la necesidad en ese momento, vienen en exponer la falta de oportunidad en asumir la crisis, pues refiere la planificación a la existencia de la crisis.

Sobre el punto existe una doble VISIÓN una visión CONCURSAL: EL PLAN DE REESTRUCTURACIÓN o SANEAMIENTO, cuando ya se ha instalado la crisis –tardía- y otra –como venimos pregonando- anticipatoria en el derecho societario.

Alberti²⁷ con la profundidad de su escarpelo jurídico subraya que “el concurso preventivo se desenvolverá incurablemente como una dialéctica solamente procedimental, destinada a cerrarse documentalmente cuando los acreedores acuerden con el insolventes vías de solución que continúan siendo principalmente, casi exclusivamente, un aplazamiento de la exigibilidad de los pagos, o una reducción de los montos a pagar... Bastaría para promover una modificación de ese desarrollo ritual de lo actualmente llamado retóricamente solución concordataria... que el concursado ha de exponer un *plan* de su futura actividad económica... pues la sola utilización del remedio jurídico no curará los males empresarios. La necesidad de requerir en el concurso la enunciación y difusión del llamado *plan de empresa* fue sostenida perspicazmente por Richard, en referencia al acuerdo preventivo prejudicial; formulando en torno de ello una exposición válida para toda forma concordataria... la carencia de ese *plan* provoca fatalmente la inoperancia de los esfuerzos aplicados a la concreción del acuerdo preventivo extrajudicial; como puede ser visto en su *Efectos societarios de la insolvencia* –Anales XXVI (1987) 161 de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba... retomó el tema, por segunda vez hasta donde conocemos en su *El “buen hombre de negocios” y el “plan de empresa” –Doctrina Societaria y Concursal, abril 1993 pág. 337-*; ...sostuvo ... valerosamente al hacerlo en un medio más proclive a la tolerancia vergonzante que a la exigencia del cumplimiento de las obligaciones del tráfico, *que un juez podría no homologar un acuerdo que no previera su factibilidad en una formulación mínima en torno de la viabilidad, expresada juntamente con la fórmula de la quita, espera u otras*. Fue esta una tesis atinada; que indica constituir un debito implícito de la obtención del concordato con los acreedores, la formulación de un programa de operaciones ulteriores al acuerdo... la disponibilidad de ese plan permitiría advertir desde una etapa inicial del procedimiento, y casi inequívocamente la viabilidad de la empresa del insolvente... La exposición del plan de empresa, por el insolvente o quien hiciese suya la redención del pasivo y la propiedad de la empresa, elevaría el acuerdo concursal de mera apuesta a ideación intelectual de una obra por realizar... saneará el concurso preventivo de su actual empleo como artificio procedimental destinado simplemente a diferir...”.

²⁶ De nuestro *El PLAN DE EMPRESA (o como asumir crisis tempestiva y extrajudicialmente)*. En libro colectivo “Homenaje al Dr. Osvaldo J. Maffia” Cap. II pág. 217, Ed. Lerner Córdoba 2008, Instituto Argentino de Derecho Comercial y Fundación para la Investigación del Derecho Concursal y la empresa en crisis Pablo Van Nieuwenhoven. Coordinadores E. Daniel Truffat – Marcelo Barreiro – Carlos Roberto Antoni Piossek – Ramón Vicente Nicastro.

²⁷ ALBERTI, Marcelo Edgardo *Una contribución de Efraín Hugo Richard al derecho concursal: El plan de empresa como recaudo del concurso preventivo* en “DERECHOS PATRIMONIALES” Estudios en Homenaje al Profesor Emérito Dr. Efraín Hugo Richard, citado tomo II pág. 949. Cfme. ntos. *SALVATAJE DE LA EMPRESA Y PROPUESTA DE ACUERDO PREVENTIVO*. año 1996 n° 6, pág. 121 a 128, Rosario 2a. quincena de marzo de 1997. Revista Derecho y Empresa de la Universidad Austral; *Propuesta de acuerdo preventivo. Su integración necesaria con un plan de dirección* en Doctrina Societaria n° 109, diciembre 1996, Ed. Errepar, tomo VIII pág. 548 y ss.. *ENSAYO SOBRE EL PLAN DE EMPRESA Y LAS OBLIGACIONES DEL EMPRESARIO* en Revista “Estudios de Derecho Comercial” del Colegio de Abogados de San Isidro, n° 9 año 1993, págs.55 a 70. *EL “BUEN HOMBRE DE NEGOCIOS” Y EL “PLAN DE EMPRESA”* en Doctrina Societaria y Concursal, Ed. Errepar, tomo V Pág. 337. *Crédito y plan de empresa* en XXIX Congreso Anual Ordinario de Abapra, La Rioja 30 de mayo/ 1 de junio de 1988; *¿SE INTEGRA LA PROPUESTA DE ACUERDO CON UN PLAN DE CUMPLIMIENTO?* tomo I pág. 433. - Ponencias al III CONGRESO NACIONAL DE DERECHO CONCURSAL y I CONGRESO IBEROAMERICANO SOBRE LA INSOLVENCIA, Mar del Plata, 27, 28 y 29 de noviembre de 1997, 3 tomos Ed. Ad Hoc, Buenos Aires, noviembre 1997; *Salvataje de la empresa: ¿Una postulación sin respuesta en la ley concursal?* conjuntamente con Francisco Junyent Bas y Orlando Manuel Muiño, en RDCO año 30 1997 pág-525 y ss..

Alicia Susana Pereyra, recordando la posición de Alberti y nuestra posición²⁸, apunta inicialmente a cómo sociedades han compuesto extrajudicialmente su situación “Muchas han cerrado definitivamente sus puestas, sin pasar siquiera por la solución concursal”, afirmando “la crisis de la insolvencia obedece más a factores propios de la dirección empresaria”, y recordando anteriores trabajos suyos del año 2001 que “las causas del fracaso de los objetivos planteados por el derecho concursal argentino: la superación de la crisis económica y la conservación de la empresa, en cuanto actividad útil para la comunidad, debemos ubicarlas en la ignorancia de dos cuestiones fundamentales: el principio de la separación empresario-empresa y la falta de implementación de un plan de reorganización empresarial... Los acreedores prestan su conformidad no a la empresa viable, sino al empresario en el que -una vez más- van a volver a confiar”, en su comunicación afronta los ejes de la regulación concursal la tempestividad afrontando la crisis antes que el estado de insolvencia, los institutos reorganizativos (“cuya finalidad funcional básica dentro del sistema estriba en la conservación –vía reorganización- de empresas”). Apunta como hemos tratado de separar a “denominarlo “Plan de reestructuración” o “Programa de reestructuración empresaria”, ya que no sólo hay que organizar la empresa, sino también, brindarle la estructura adecuada que le permita revertir la situación de insolvencia”, y ello es muy correcto desde la óptica concursal, y la referencia a un “plan de empresa” o mejor “plan de negocios” es omnicomprensiva del nacimiento, vida y muerte de la sociedad. Sigue expresando que “necesita la concurrencia de profesionales y administradores idóneos”, obviamente los leales y diligentes buenos hombres de negocios del art. 59 LS., concluye señalando que “El plan deberá ser presentado en ocasión de solicitar la apertura del concurso preventivo”, claro que estas últimas referencias son de lege ferenda. Nos parece muy correcta sugerencia, pero nos movemos en este ensayo en orden a la legislación actual, por supuesto no limitándonos a la concursal al enfrentar la crisis de sociedades.

En torno a nuestras reflexiones, se ha expresado el Profesor Bernardo Carlino en “GENETICA DEL PLAN DE NEGOCIOS (MÁS SOBRE LA CONTRIBUCION DE E. H. RICHARD)” –inédito, en prensa-, en los siguientes términos, que transcribimos integralmente porque expresan en pocas líneas la justificación de la cuestión:

“Origen del plan de negocios: la etapa pre contractual

Adhiriendo al enfoque societarista de la prevención de la crisis económica de la empresa, que postula sin descanso hace más de una década Efraín H. Richard²⁹, no caben dudas que la ley de sociedades provee y prevé mecanismos suficientes para conjurarla exitosamente. El Maestro no solo los enumera con acierto, sino que insiste en el “plan de negocios” como requisito necesario para que, dentro de los preceptos de la ley falencial, la propuesta del deudor sea considerada seria y sostenible.

La Memoria se constituye en una pieza central para albergar el mismo, ya que de su redacción se desprende la intención del legislador de suministrar a los socios un sistema de información muy completo, que se integra con el Balance, los cuadros anexos, las notas y el informe del síndico (Cap. I- Secc. IX y art. 294-inc. 5, LSC) en caso de integrar la arquitectura contractual.

Respecto de su contenido, la Res. 6/07 ha hecho un esfuerzo digno de elogio e imitación por parte de las sociedades no obligadas a confeccionar la Memoria, apoyada en un completo y seleccionado repertorio de los aportes de la doctrina. Además de insistir en numerosas ocasiones sobre su importancia, por mi parte he propuesto que cuando incluye la necesidad de un aumento de capital, el socio que la ha aprobado no puede luego ejercer el derecho de receso cuando ello acontece³⁰.

Gracias a la prédica de Richard, ahora estamos en condiciones de percibir la afinidad del plan de negocios con la Memoria -o viceversa- y hacer de esta obligación legal de los administradores societarios la pieza central de la prevención de la crisis de la empresa, y si no resultare suficiente, de su oportuna obturación dentro de las exigencias de la LCQ.

Por ello es que creo oportuno ir un poco más allá respecto de esta herramienta para indagar acerca de la génesis -y eventual extinción- del llamado plan de negocios, sobre el que también nos estamos acostumbrándonos a dar por sentado su contenido a sabiendas de ciertas borrosidades propias de una materia ajena a las preocupaciones de la doctrina jurídica.

Afortunadamente se cuenta con material abundante y convergente respecto de lo que debe contener un plan de negocios, ya que tanto las instituciones bancarias³¹, como las Cámaras empresariales y las Universidades abordan el tratamiento del tema de manera abundante, con apoyo informático y contenido similar; desde muchos de estos sitios se insiste en que no se necesita apoyo especializado para formularlo.

Considero importante entonces que, al estar instalada su importancia, no se conciba al plan de negocios como un emergente de la crisis de la empresa, sino como una práctica continuada que comienza -o debiera comenzar- con el diseño mismo del negocio, en la etapa pre contractual.

²⁸ PEREYRA, Alicia Susana *Plan de reestructuración empresaria: ¿Cuánto mas vamos a esperar?* en Libro de las X Jornadas Nacionales de Institutos de Derecho Comercial, Tanti Sierras de Córdoba 2003, Edición de Fespresa, Córdoba 2003, pág.357 y ss..

²⁹ El más reciente de los cuales se puede encontrar en “Notas en torno a la conservación de la empresa: ¿principio concursal o del derecho societario?”, en “Ensayos de Derecho Empresario” N° 4, Director: E.H. Richard, págs. 56 y ss., FESPRESA, Córdoba, 2008

³⁰ En “Asimetrías societarias”, Ed. Universidad, Bs. As., 194.

³¹ Como por ejemplo, el Banco de la Nación Argentina, www.bna.com.ar/pymes/py_instituto.asp

En efecto, cuando “... dos o más personas en forma organizada, se obligan a realizar aportes para aplicarlos a la producción o intercambio de bienes o servicios participando de los beneficios y soportando las pérdidas.” (art. 1, LSC), previamente han analizado la “idea” del negocio de una manera tal que incluya una serie de componentes que los empresarios conocen o deben conocer muy bien (mercado, producto, recursos humanos, directivos, inmobilizaciones en activos, ventas, márgenes, costos, etc.), que a su vez proyectan en un período de tiempo que puede marcar la duración del contrato societario según el objeto social que se trate.

Probablemente no lo hayan hecho de manera sistemática e integrada como lo prevén los formatos consagrados de planes de negocios en uso, pero no por casualidad ni moda académica desde todas las incubadoras de empresas se reclama primero el plan de negocios como condición básica para que el emprendimiento sea tal de manera creíble y sustentable.

En los países que cuentan con mercados de créditos o de capitales, el requisito para acceder al apoyo de inversores es contar con un plan de negocios.

Sin él, ninguna buena idea pasa de ser tal, y no es tomada en serio para su análisis económico y de factibilidad por parte de terceros. Es mediante tal herramienta que los capitales o el crédito fluyen sin más condicionamientos exagerados de garantías y salvaguardas que el riesgo inherente a toda empresa de negocios, y estas se concretan en su mayoría exitosamente.

El primer plan de negocios debiera estar en el contrato social y exigirse en el art. 11° LSC

Desde esta perspectiva se puede esperar que las personas que formalicen un emprendimiento empresario mediante la constitución de una sociedad comercial, incluyan el plan de negocios como integrante del contrato social, ya que en virtud de sus previsiones deberán obligarse los socios a los aportes de capital al inicio y los diferidos que se revelen como necesarios, y los administradores a rendir cuenta de la gestión en la siguiente reunión de socios.

Como una manera de inculcar por imperio de la ley esta modalidad, postulo como beneficioso para los empresarios, los terceros y la economía en general, que una futura reforma de la LSC incluyera en el art. 11 la obligación de que el contrato (como un anexo) incluya el plan de negocios, aunque fuere de manera sintetizada, que informe las bases según las cuales los socios se obligan a los aportes, esperan determinada tasa de utilidades y juzgarán la gestión y la responsabilidad de los administradores.

Una manera de poner fin al debate sobre infracapitalización y facultades del registrador

Si el plan de negocios que se acompaña al contrato social está formulado de manera consistente y objetiva, de acuerdo a los estándares de lo que se entiende por tal, y se torne exigible como requisito del contrato, o bien se tome conciencia de la conveniencia de integrarlo al mismo, se pondrá fin al debate sobre la infracapitalización constitutiva de cualquier emprendimiento bajo la forma de sociedad, y por extensión, de las facultades del registrador mercantil para inmiscuirse en la cuestión negándose a inscribirla por esta razón.

En efecto: está en la naturaleza misma del plan de negocios establecer si el emprendimiento será tal, es decir, un negocio. Y su contenido revelará la suficiencia o escasez del capital aportado o prometido aportar por los socios, la capacidad de obtener créditos -en torno a lo que se atrincheran buena parte de los argumentos que niegan la determinación de la infracapitalización en base del objeto social- y de la tasa de generación de utilidades.

Precisamente, un componente fundamental del plan de negocios es el flujo de fondos proyectado durante un período de tiempo, ya que la ecuación económica puede arrojar utilidades, pero si no se prevé la cobertura de los déficit de financiamiento del corto plazo, pueden aparecer problemas de iliquidez cuyo costo castigue en buena medida las utilidades, llegando incluso a situar al negocio en los umbrales de la insolvencia.

Lo que es claro al sentido común (sin plata no se hacen negocios) se inserta en fechas y contenidos precisos en el proyecto de flujo de fondos del plan de negocios lo que permite poner en evidencia con anticipación la impotencia patrimonial o la de liquidez, y los mecanismos o fuentes alternativas para conjurarla sin procedimientos ruinosos.

Es claro que situado dentro de este marco, resultará mucho más claro y objetivo perfilar y juzgar el cumplimiento del deber de obrar con lealtad y con la diligencia de un buen hombre de negocios, de los administradores y representantes (art. 59 LSC).

El plan de negocios original debe ajustarse periódicamente con la Memoria

Como sucede con todo plan, que utiliza diversas herramientas destinadas a reducir la incertidumbre del futuro, los datos de la realidad irán introduciendo modificaciones al original (por vía de adaptaciones, por el cambio de estrategias o por el desarrollo de otros objetos sociales) y es la Memoria el instrumento idóneo para proponer los ajustes de timón necesarios para encaminar el rumbo, ya que las indicaciones del art. 66 LSC contemplan en forma integral todas las contingencias de la vida empresarial (1er. Párrafo e inc. 2 y 5) y los mecanismos internos que deben activarse temporáneamente para enfrentarlos (inc. 3 y 4).

Es también la herramienta oportuna y adecuada para que los administradores hagan saber de las necesidades de capital propio que deberán ser materia de nuevos aportes de los socios, si es que

están dispuestos a ello de acuerdo a los fundamentos vertidos y la información del Balance, cuadros anexos, notas y el informe sobre la situación económico-financiera del síndico, en su caso.

Del mismo modo que no se concibe un Balance de ejercicio sin su correlato del anterior, y a su vez éste del que le precede y así sucesivamente hasta la fundación de la empresa, por tratarse de la evolución de saldos de cuentas, casi lo mismo sucede con el plan de negocios: si bien es posible armar un plan para una contingencia dada, a partir de ciertos datos de la realidad y del futuro esperado, su coherencia a lo largo del tiempo solo procede de la primera formulación y de los ajustes periódicos sucesivos.

Ninguna otra herramienta está en mejores condiciones de ilustrar debidamente a los socios que deben decidir ante una crisis disolutoria o de insolvencia, ni a los magistrados que deben analizar la apertura de un concurso o juzgar responsabilidades de los administradores societarios.

Las crisis disolutorias y de insolvencia se conjuran dentro del marco de las respectivas leyes

Una disciplina continuada por parte de los administradores en el ámbito de la LSC, acompañada de la exigencia de los socios de tratar en cada reunión ordinaria la marcha y ajuste del plan de negocios, tornaría automático y natural el ejercicio de su formulación original y re formulación periódica, de tal modo que la insuficiencia de capital y la necesidad de aumentarlo, su pérdida (art. 96) o la necesidad de reducirlo (art. 203), la conveniencia de reorganizar el patrimonio según las alternativas de la ley (arts. 82 y 88), y las demás vicisitudes propias de la vida de una empresa, surgirían con la temporalidad adecuada a los márgenes de previsión y decisión racionales, sin apresuramientos costosos para la sociedad y los terceros.

Si esta fuera la situación, la crisis disolutoria así como la de insolvencia, que tan prístinamente recopilara y planteara ARAYA³² analizando los diferentes enfoques del derecho norteamericano y del europeo respecto de la legislación nativa, se pondrían oportunamente en evidencia en los contenidos del plan de negocios-memoria, con la anticipación suficiente como para que las responsabilidades de los administradores quedaran debidamente resguardadas (o por el contrario: debidamente condenadas por su deficiencia de formulación), y los socios tomaran las decisiones dentro de los parámetros legales vigentes, a cabalidad y sin pretextos ulteriores.

También adquieren meridiana claridad y justificación los reiterados reclamos de RICHARD respecto de "...que ante la crisis económico-patrimonial-financiera de las sociedades, ésta debe ser asumida por el derecho societario. Solo fracasadas las acciones previstas en el él, para conservar la empresa podrá afrontarse el camino concursal, con el debido equilibrio entre acreedores y socios. El derecho societario iberoamericano es suficientemente uniforme para admitir (e imponer) estas conductas"³³.

Final: el procedimiento liquidatorio es un plan de negocios ad-hoc

De igual modo puede analizarse la liquidación de la empresa: todo el proceso liquidatorio (Secc. XIII-Cap. I, LSC) debe responder a un plan, y aunque parezca impropio llamarlo de "negocios", lo cierto es que el liquidador debe finiquitar los negocios pendientes, aunque ello signifique llevar a cabo algunas actividades propias de un administrador, sea para no malvender las existencias de bienes de cambio, para finalizar los procesos productivos en curso de ejecución, para no interrumpir abruptamente la provisión ya convenida a terceros y generar litigios, etcétera.

Es obvio que la designación e inscripción del liquidador no significa un inmediato cierre de la actividad empresarial, salvo excepciones provenientes de la particularidad del objeto social.

Desde esta perspectiva, bien puede el art. 103 LSC leerse como una formulación ad hoc del plan de negocios, más que como una mera formalidad que debe cumplir el liquidador so pena de ser removido y pasible de responsabilidades.

Es que el final del proceso de liquidación ofrece tres alternativas:

1) Que el producido de la liquidación de los activos no alcance para cancelar los pasivos, lo que dará lugar a que "... Cuando los fondos sociales fueran insuficientes para satisfacer las deudas, los liquidadores están obligados a exigir de los socios las contribuciones debidas de acuerdo con el tipo de la sociedad o del contrato constitutivo" (art. 106).

2) Que extinguido el pasivo social, del remanente los liquidadores reembolsen las partes de capital en proporción a la participación de cada socio en las ganancias, o lo que diga el contrato a contrario.

3) Que no quede remanente alguno.

Cuál de ellas devendrá finalmente como resultado, dependerá de la correcta formulación del "plan" para esta etapa que proponga el liquidador y aprueben los socios en la oportunidad de los arts. 103, 104, 107 y 109 LSC.

La última y mínima expresión del plan de negocios está contemplada en el art. 110, al que la ley titula precisamente "plan de partición", que se trata del balance final y el proyecto de distribución de los excedentes, cuya aprobación está sujeta a una serie de formalidades previstas en esa norma, pero de

³² ARAYA, Miguel C. : "La función preconcursal de la pérdida del capital social", cit. p. 247 y ss..

³³ RICHARD, E. : "En torno a la conservación de la empresa", en "Ensayos de Derecho Empresario" N° 3, Director: E.H. Richard, págs. 41, FESPRESA, Córdoba, 2007
ob. cit., p. 41 y ss.

tal entidad que al art. 111 manda agregar al legajo de la sociedad en el Registro Público de Comercio para se proceder a su ejecución.

Lo que cerraría el ciclo vital del plan de negocios, si se admite que su nacimiento reside en la etapa pre contractual de generación de los negocios económico.

En síntesis

La vasta contribución de RICHARD sobre el enfoque de la crisis de insolvencia y su conjura desde las herramientas del derecho societario y a partir de la propuesta que surja de un plan de negocios, encuentra su cabal inserción dentro de un enfoque vitalista del uso continuado de esta herramienta, como disciplina de los socios y de los administradores, en beneficio de ellos y de los terceros.

El plan de negocios nace en la etapa pre contractual, como la base de racionalidad del emprendimiento empresario merced al cual los socios suscriben el contrato societario, se obligan a cierta cuantía de aportes presentes y futuros, y esperan determinada tasa de utilidades.

Como tal, debiera formar parte del contrato y constituirse en el medio idóneo para diseñar periódicamente las estrategias que ejecutarán los administradores y merced al cual se juzgarán sus responsabilidades.

Del mismo modo habrá de procederse en la etapa concursal o en la liquidatoria”

Hasta aquí las reflexiones del distinguido colega tucumano, a quién agradecemos los recuerdos.

VI – INFRAPATRIÑMONIALIZACION. INSOLVENCIA. INOPONIBILIDAD.

1. Con las previsiones de un capital o patrimonio adecuado para la funcionalidad social, a través de un plan de negocios razonable, la sociedad-persona jurídica es la única responsable frente a los acreedores, no resultando más responsabilidad para los socios de la que pueda resultar del tipo societario elegido, y no asumiéndola tampoco por el riesgo del negocio en cuanto actúen ellos, y aquí se incorpora el rol protagónico de los administradores de la sociedad, conforme las previsiones legales. Ante dificultades operativas nacidas del riesgo empresario, si los socios deciden no dotar patrimonialmente a la sociedad conforme las diversas vías disponibles, deben proceder a liquidarla conforme prevé la ley societaria, nunca haciendo desaparecer la sociedad o liquidándola de hecho. De ello, si existieren acreedores insatisfechos la cuestión derivará en los procedimientos de insolvencia y responsabilidad que estamos revisando.

2. Los administradores pueden ser responsabilizados por no haber actuado conforme las previsiones de un buen hombre de negocios, atendiendo a la regla general del art. 59 LSA, con previsiones específicas según los tipos societarios. La vía de responsabilizar a los socios es la de la llamada inoponibilidad de la personalidad jurídica, centrada fundamentalmente en el art. 54 ter LSA.

Debemos advertir que la expresión *inoponibilidad de la personalidad societaria* es usada también muy latamente por la doctrina europea para hacer responsables a administradores o socios de los pasivos ante la insolvencia³⁴.

En la doctrina de los Estados Unidos de Norteamérica se cuestiona la teoría del disregard por su imprecisión y se plantea si no es una modalidad de aplicar responsabilidad. La desestimación en sentido estricto implica el desconocimiento del principio de división (separación o escisión) patrimonial entre la sociedad y los socios o los terceros controlantes, pero normalmente es usado en sentido lato, eliminando las limitaciones de responsabilidad de los socios fijados por el tipo societario o de imputabilidad por las formas societarias. En este sentido se usa en el derecho americano la expresión "disregard of the legal entity o percing of the corporate veil"³⁵.

De todas formas es tema debatido en E.E.U.U. si se esta verdaderamente frente a acciones de descorrimiento de velo o meramente de responsabilidad. La doctrina sostiene que en el derecho americano la teoría del levantamiento del velo es una figura que deja enorme discrecionalidad al

³⁴ RICHARD, EFRAÍN HUGO “ACCIÓN INDIVIDUAL DE RESPONSABILIDAD DE ACREEDORES CONTRA ADMINISTRADORES SOCIETARIOS”, EN LIBRO AA RESPONSABILIDAD DE ADMINISTRADORES, ED. LEGIS, BUENOS AIRES 2008, EN PRENSA POR EL INSTITUTO ARGENTINO DE DERECHO COMERCIAL; ZEÑATI, M. LE PRODUIT DE L’ACTION EN COURBLEMENT DU PASSIF ET LA MASSE DES CRÁNCIERES, N. 213. EN ESTE SENTIDO, NO EXISTE EN EL DERECHO ARGENTINO EL PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD, ES DECIR, PARA QUE LA IMPUTACIÓN JURÍDICA SE REALICE AL SOCIO O CONTROLANTE, NO ES NECESARIO QUE LA SOCIEDAD SE ENCUENTRE EN ESTADO DE INSOLVENCIA.; ARISTAS SOBRE LA INOPONIBILIDAD DE LA PERSONALIDAD SOCIETARIA (Y LA RESPONSABILIDAD DE ADMINISTRADORES SOCIETARIOS) POR FRANCISCO JUNYENT BAS Y EFRAÍN HUGO RICHARD, PUBLICADO EN EL LIBRO COLECTIVO “TEMAS DE DERECHO SOCIETARIO VIVO” DE MARCELO CAMERINI, MARÍA BLANCA GALIMBERTI, FRANCISCO JUNYENT BAS, EFRAÍN HUGO RICHARD, GUILLERMO E. MATTÀ Y TREJO, RICARDO AUGUSTO NISSEN Y DANIEL ROQUE VITOLO, EDICIÓN DE LA FUNDACIÓN PARA LA INVESTIGACIÓN Y DESARROLLO DE LAS CIENCIAS JURÍDICAS, BUENOS AIRES 2007, PÁG. 105 Y SS..

³⁵ Court of Appeal for the Fifth Circuit, con fecha 29 de enero de 1990 sostuvo que el recurso de la personalidad jurídica no puede ser superado para afirmar la responsabilidad de la sociedad controlante en relación a los costos relativos a la bonificación de un área en la que actúa una sociedad totalmente controlada.... A criterio de la corte el superamiento del recurso de la personalidad jurídica debe ser limitado a la situación en la que la forma de la sociedad PERSONIFICADA es usada como una función preordenada a un fin fraudulento o al efecto de no incurrir en responsabilidad personal (cfr. Corporate Veil Cannot Be Pierced To impose Superfund Liability On Parent, in Securities Regulation y Law Reports, vol. 22, 2 febbraio 1990, p. 158 y ss.).

juzgador, no percibiéndose como una construcción debidamente delimitada para la justicia y seguridad jurídica.

Es que ha llegado a sostener la doctrina que no existen elementos esenciales diferenciadores entre la teoría del *disregard* y de la presunción de responsabilidad por la *enterprise theory*.

En el derecho norteamericano, respecto a sociedad en estado de cesación de pagos cuyos administradores no abren los procedimientos concursales, la jurisprudencia ha dado un viraje a partir de 1991 sosteniendo la responsabilidad civil de esos administradores frente a los nuevos acreedores³⁶. En base a la *business judgement rule* “si la decisión fue tomada sin la información adecuada y disponible, ha existido una gruesa negligencia (culpa grave) del empresario por lo que deberá responder civilmente”³⁷. Se expresa³⁸ “... si en la actualidad una compañía se ve metida en líos, los consejeros pueden ser demandados a título personal...”. Y ello es anterior al caso *Emron* y los demás escándalos corporativos contemporáneos que agravaron las normas y su juzgamiento.

Cabe apuntar, en torno de la inoponibilidad, que la noción de desestimación se puede corresponder a una modalidad o factor de atribución de responsabilidad a quien no la tiene por el negocio societario, pero al mismo tiempo no sólo implica la responsabilidad por los daños causados, sino –más importante aún– la imputabilidad del acto en forma aditiva, o en otras formas de imputación. Ello no implica desimputar a la sociedad, sino adicionar la imputación al controlante, socio o no, o a la sociedad, si se intentara imputar a un tercero.

La declaración de inoponibilidad no afecta la normal y futura actuación del ente societario. Por el contrario, sólo afecta, terminantemente, el acto o relación jurídica particular, que por extrasocietaria o fraudulenta haya ocasionado un perjuicio –impidiendo un acto o generando un daño–, respecto de la cual, quien la hubiera hecho posible no podrán ocultarse tras el velo de la personalidad. No estamos frente a un supuesto de nulidad –dijimos– que a su vez importe la extinción de la sociedad, salvo que, como consecuencia de la declaración de inoponibilidad, se afecte de manera insalvable el capital social³⁹, incurriendo el ente en una causal de disolución⁴⁰. En definitiva se prescinde de la personalidad, y se imputa directamente el hecho, acto o situación jurídica a la persona de los socios o controlantes que hicieron posible el desvío. Hay una nueva imputación de la relación jurídica de que se trata, subsistiendo, en lo demás, la normativa societaria⁴¹.

3. Imputar y responsabilizar. El daño.

a) Como vemos desde un punto de vista semántico, “vulgar” o “no riguroso”, imputar y responsabilizar pueden ser entendidos como conceptos sinónimos. Ambas expresiones significan atribuir a alguien las consecuencias de determinadas conductas, propias (responsabilidad por hecho propio), de terceros (responsabilidad por hecho ajeno) o de las cosas (responsabilidad por el hecho de las cosas). En este último supuesto hay también conducta humana (del dueño o del guardián de la cosa), sólo que se utiliza la locución “hecho de la cosa” para definir un ámbito específico de responsabilidad alcanzado por principios específicos.

b) Desde un punto de vista más riguroso, los conceptos pueden ser diferenciados.

Cuando se habla de imputar, puede asignarse a esta expresión un doble sentido:

1) Imputación (o atribución) material (cuestión que es emplazada en el terreno de la relación causal y se circunscribe a determinar la autoría del hecho ilícito o del incumplimiento obligacional).

2) Imputación en el plano axiológico, que puede ser subjetiva (culpa o dolo) u objetiva (riesgo, garantía, equidad, etc.). La imputación aquí actúa como factor de atribución o sea, el elemento axiológico o valorativo con arreglo al cual el sistema justifica que el sindicado como responsable deba resarcir el daño.

c) Responsabilizar significa atribuir a alguien las consecuencias de un hecho dañoso (ilícito extracontractual o incumplimiento obligacional), lo cual supone algo más que la autoría material del hecho y la existencia de un factor de atribución: requiere esencialmente de daño y, además, en la inmensa mayoría de los casos, de antijuridicidad objetiva en la conducta del dañador.

En resumidas cuentas: la imputación fáctica y jurídica de un hecho ilícito al agente no alcanza por sí sola para hacerlo responsable. Aunque importa que se le atribuya una relación, e incluso imponerle su

³⁶ VICARI, ANDREA “I doveri degli amministratori in caso de insolvenza della società nel diritto statunitense”, en *Rivista delle Società* 1999 p. 1244 y ss.-.

³⁷ cfme. DOBSON trabajo citado específicamente pag. 105..

³⁸ GIBNEY, FRANK *El milagro programado 2ª. Ed. Sudamericana Planeta, Buenos Aires 1987, p. 13.*

³⁹ En principio no comporta la extinción del ente societario, afirma Otaegui, a no ser que se configure la situación prevista por el art. 19 del régimen societario o si se trata de una sociedad anónima, el supuesto contemplado en el art. 303, inc. 2º in fine del mismo cuerpo legal. Ver Otaegui Julio César. Ob. cit. pág. 123.

⁴⁰ La causa de privación de efectos es externa al acto y si ella cesa, renace dichos efectos con todo su vigor original. No se trata de ningún supuesto de invalidez, ya que el acto es siempre válido. La inoponibilidad de la personalidad jurídica no importa la inoponibilidad de la sociedad, ni de su acto de constitución. Ella se refiere únicamente a la actuación de estos entes de derecho, a su vida dinámica, operante. Cfr. Etcheverry Raúl A. –Primeras ideas sobre la responsabilidad de la controlante en el Nuevo régimen del art. 54 de la ley de sociedades comerciales–.

⁴¹ NISSEN Importancia del capital social cit. pág. 74.

cumplimiento. Para responsabilizar es preciso, además, que haya daño y, por lo general, antijuridicidad en la conducta de aquél, salvo casos de responsabilidad por actos lícitos que son mas bien excepcionales (aunque tienen cierta amplitud en el terreno de la responsabilidad del Estado).

O sea que los efectos de la conducta antijurídica o del uso desviado de la sociedad, implica una imputación directa⁴² y, de haber perjuicios, la responsabilidad solidaria e ilimitada.

La medida de elaboración e incorporación de reglas de *disregard* permite, frente a situaciones o instrumentaciones "abusivas" de las formas societarias, prescindir de éstas y de la limitación de responsabilidad de los socios, que son su consecuencia⁴³. Se discute en la doctrina si la extensión de la responsabilidad de los socios en virtud de la teoría del *disregard of the legal entity*⁴⁴, está asociada con determinada concepción sobre la naturaleza de las personas jurídicas. Tanto en la Argentina como en el Brasil se afirma esta pregunta, sosteniéndose que esa teoría reactualiza el problema de la naturaleza de las personas jurídicas. En Alemania, en cambio, la doctrina dominante sostiene la independencia de ambos problemas⁴⁵. Si la limitación de la responsabilidad de los socios es de la esencia de la persona jurídica, tendríamos que concluir que efectivamente ambos problemas están íntimamente ligados. No si la respuesta es negativa, según la opinión que compartimos, la responsabilidad limitada de los socios no es de la esencia del concepto "persona jurídica". El ordenamiento jurídico puede prescribir que los socios respondan solidariamente por las deudas sociales, o en forma subsidiaria como fiadores.

La desviación del control o su disfunción en virtud de medios societarios o de medios contractuales es lo antijurídico en cuanto devengan daños. O sea que la imposición de la voluntad, dominación o subyugación no es antijurídica, en cuanto de ésta no se generen daños, por alteración del interés social, de la empresa u objeto social. La imputabilidad al controlante abusivo no es exclusiva de los daños, sino por el negocio cuestionado y los daños. Respecto del negocio, no hay duda de que se mantiene la responsabilidad o imputación a la sociedad, sin perjuicio de que deba responder por los daños quien abusó del recurso técnico, incluso en favor de la sociedad y de los otros socios o terceros. El controlante también puede ser reclamado para cumplir la prestación a cargo de la sociedad⁴⁶. La relación cuestionada siempre debe cumplirse y, si ello es imposible, deben sufragarse los daños⁴⁷.

En el sistema imputativo natural que atribuye la relación a la sociedad, se genera la imputación y la consiguiente responsabilidad al controlante abusivo. Los controlantes, socios o no, deben responder de todos los daños causados a terceros, a la sociedad y a otros socios. Esa responsabilidad no cesa aunque la sociedad cumpla el contrato o la sentencia.

Señalamos que existe dentro de la doctrina y apartándose de los principios generales, factores de atribución de imputabilidad no subjetivos introducidos en la ley de sociedades, cual son la sociedad de hecho y el socio oculto.

⁴² Si no se admiten excepciones al respecto que merece la forma con que el derecho reconoce a la persona jurídica pueden darse resultados injustos en casos que ofrecen circunstancias especiales. Ello ha determinado que la posibilidad de desestimar la personalidad jurídica tenga categoría de principio tanto en el derecho comparado como en el nacional, e inclusive en el internacional. (Del fallo de primera instancia confirmado por sus fundamentos). La solución del problema relativo a cuándo puede prescindirse del rasgo esencial de la persona jurídica, que es la separación radical entre la sociedad y sus socios, depende de que la persona jurídica actúe sin apartarse de los fines en atención a los cuales el derecho lo ha creado. En última instancia la "disregard doctrine" no niega la existencia de persona jurídica, quien niega su personalidad es quien abusa de ella. La reforma producida hace pocos meses en materia societaria (ley 22.903 -ADLA, XLIII-D, 3673-) ha sancionado un nuevo texto para el art. 54 de la ley de la materia que autoriza a imputar a los socios, derechamente, los actos de la sociedad que impliquen violentar el objeto genérico y abstracto de los entes jurídicos. Este temperamento, como se establece en los fundamentos de elevación del proyecto, no es novedoso sino que arraiga en la directiva del art. 2º de la ley 19.550 (ADLA, XXXII-B, 1760). (Del fallo de primera instancia confirmado por sus fundamentos). CNCom. ,SALA E , setiembre 5 - 984 Oddone, Luis A. y otra s/ quiebra) LA LEY, 1984-D, 412

⁴³ El párrafo, casi textual, también corresponde a LE PERA en *Cuestiones* citado, p. 101.

⁴⁴ MARZORATTI (H), OSVALDO .J. "La teoría del *disregard of legal entity* a través de la jurisprudencia norteamericana" en RDCO año I pág. 717 y ss.. Otaegui, J.C. "Desestimación de personalidad societaria" RDCO año 4 pág. 137 y ss.. LO CELSO, ROGASIANO M. *Penetración de la personalidad en las personas jurídicas. Arbitraje comercial internacional* en RDCO año 9 pág. 27 y ss.. GAGLIARDO, Mariano *El Directorio de la Sociedad Anónima* Abeledo Perrot ed. 1986, Capítulo IX Personalidad jurídica e inoponibilidad de la forma societaria, p.215 y ss., en particular p. 222.

⁴⁵ MOEREMANS, DANIEL E. "Extensión de la responsabilidad de los socios en las sociedades de capital, en virtud del *disregard of the legal entity*" en RDCO, No. 131, Octubre 1989, pág. 713 y ss..

⁴⁶ MANÓVIL, Rafael "¿"Imputación" al socio (o controlante), o "responsabilidad"? (A propósito del art. 54, tercer párrafo, de la ley y como parcial réplica a una erudita ponencia). Pero la norma del tercer párrafo del art. 54 es también operativa para los supuestos en que el acreedor social persigue el cumplimiento de una obligación contractual, que tal vez el socio o controlante hizo que la sociedad no pueda cumplir, pero él sí. Ejemplo podría ser un contrato de suministro incumplido por la sociedad, cuando las mercaderías a suministrar las posee el socio o controlante. O si este último determinó que, aunque la sociedad en apariencia cumpla la obligación, el incumplimiento resulte configurado en cabeza del propio socio o controlante, como puede ocurrir con una obligación de no establecerse o de no competir.

⁴⁷ Nuestros comentarios en el Congreso Argentino de Derecho Comercial, 1990, y luego en La Pampa en 1991, publicados en "Doctrina Societaria y Concursal Errepar", sep. 91, p. 252 y 268, que se apartaron de los comentarios sobre el estándar jurídico introducido en el art. 54 de la LSC para ingresar en el análisis de sus efectos, no siempre fueron debidamente interpretados –sin duda por un defecto en nuestra comunicación–, como ocurre con Otaegui (en el citado trabajo en *Anomalías societarias*), al que contestamos en el Congreso Iberoamericano, t. II, p. 619 y, sin saberlo, también a Manóvil, conforme a la ponencia ya referida publicada en el t. II, p. 641, sosteniendo nosotros que "la supuesta imputación directa implica la responsabilidad solidaria e ilimitada por los perjuicios causados, no sólo en beneficio del tercero sino también de la sociedad en resguardo de las minorías afectadas, puede reclamar a la sociedad y al socio o controlante, sea sólo a aquélla, sea sólo a estos últimos, si la prestación no pudiese ser cumplida por la sociedad (material o jurídicamente) la totalidad de la obligación, la imputación a los socios o controlantes por los perjuicios causados se funda, como dijimos, en el incumplimiento por parte de éstos de las cargas de actuación sustancial".

4. El régimen especial del art. 54 in fine LSA no difiere fundamentalmente, en alguno de sus aspectos, del régimen general de atribución de responsabilidad por conductas, que impone la obligación de reparar cuando concurren todos los presupuestos de la responsabilidad civil: antijuridicidad, factor de atribución suficiente, daño causado y relación de causalidad relevante

El primer requisito de la ilicitud del control es subsumir el interés social, o sea la funcionalidad de la sociedad a intereses ajenos (actividad extrasocietaria o desorbitando el objeto).

En este punto cabe reflexionar que las expresiones literales del art. 54 in fine LSA parecerían apuntar que la antijuridicidad debe resultar de la funcionalidad o actuación, o sea que se refieren al fraude, simulación ilícita, etc., o sea sobre el desenvolvimiento de la sociedad y de su negocio constitutivo, por lo que no quedarían comprendidos el fraude o simulación en la constitución -donde aún no hay ni personalidad ni sociedad-. Pero nos hemos referido, y referiremos, a la "imputación constitutiva" que se genera en la constitución misma de la sociedad para violar la ley o perjudicar a terceros. Por ello, la interpretación debe ser amplia, referida a la actividad que desplieguen no sólo los socios y no socios -controlantes- durante la vida social, sino la que formalicen constituyentes, socios o fundadores, a través del proyecto de constitución de una sociedad que luego actúa como tal.

Y el segundo requisito para configurar la ilicitud sería el daño a la controlada, socios o terceros, o la posibilidad concreta de daño. Los controlantes, socios o no, deben responder de todos los daños causados, a terceros, a la sociedad y a otros socios. Esa responsabilidad no cesa aunque la sociedad cumpla el contrato o la sentencia.

La norma aludida distingue tres supuestos referidos a la actuación societaria y que permiten desestimar la personalidad, o sea, la división patrimonial entre el ente y los socios y administradores que produjeron la conducta impropia: a) el encubrimiento de fines extrasocietarios; b) su utilización como mero recurso para violar la ley, el orden público o la buena fe y; c) que constituye un mero recurso para violar derechos de terceros.

La inoponibilidad de la personalidad tiene repercusión en el derecho societario pero también incide en otras ramas del derecho con el fiscal, laboral y concursal, por tratarse de derecho de daños.⁴⁸

La dificultad de probar el daño generó un interesante desarrollo de la jurisprudencia alemana. La 2a. sección civil del Bundesgerichtshof (BGH), competente para el derecho societario, dictó una sentencia el 29 de marzo de 1993 (II ZR 265/91)⁴⁹, donde precisó su jurisprudencia en materia de responsabilidad en el grupo de sociedades a responsabilidad limitada. Después de la sentencia "Video" del 23 de septiembre de 1991, que había generado gran preocupación, y que, en la literatura de la materia, había encontrado críticas penetrantes, se tenía la impresión que el socio único o de mayoría de una GmbH (SRL), que gestiona también una empresa individual, o participa en otra sociedad, por tales razones solamente debía responder personalmente de las obligaciones de la SRL, en cuanto era el único gestor de esta última. En el mismo se advertía una contradicción con la expresa disposición del Art. 3 Abs. 2 de la ley sobre sociedad a responsabilidad limitada, en el sentido del cual, por las obligaciones de la sociedad, responde sólo el patrimonio de esa. La Corte aclaró que la responsabilidad personal del socio viene en consideración sólo cuando el mismo, con el objeto de perseguir sus propios fines empresariales, extraños a la sociedad, no se adecua a los intereses de la sociedad de él dependiente, y en particular no tome cuidado del hecho que esta sea en grado diferencial de sus obligaciones; en tal caso si realiza un objetivo abuso de la posición de socio dominante, con ventaja de los otros intereses empresarios del sujeto. Si no puede ser determinado específicamente el daño causado a la sociedad -y a sus acreedores- no es posible reconocer a la sociedad dominada, frente al socio, singulares pretensiones definidas en la amortización, a título de reembolso de los bienes individuales usados como capital o -en el caso de sociedad con más socios- de la reparación de los daños sufridos. En casos de este género el socio debe responder personalmente, por los daños generados a "su" sociedad, de modo de asumir la íntegra pérdida que se ha verificado y, según las circunstancias, por ejemplo en la hipótesis de insolvencia, pagar a los acreedores remanentes no satisfechos. El presupuesto de esta responsabilidad son difíciles de probar, sobretudo para un acreedor que no conoce las relaciones internas de la sociedad. El BHG tenía el precedente de que el socio dominante, que había gestionado el sólo los negocios de "su" sociedad, debía pagar sin otro requisito, a menos que pruebe que la pérdida de la SRL no tiene nada que ver con un daño, que no se ha traducido en una ventaja para otras empresas del socio, o que la pérdida en cuestión era independiente, por ejemplo que se corresponde a una secesión económica del sector en cual la sociedad opera. Pero el socio no debe ser tenido por responsable por el solo hecho de no haber podido dar tal prueba. El BHG afirma ahora en la sentencia que el actor debe alegar y demostrar circunstancias que avalen la suposición que se ha realizado un perjuicio para los intereses de la sociedad dependiente. De la situación, normalmente difícil para el acreedor "externo", de no poder "mirar" la sociedad dominada, se ha tenido cuenta, en el sentido que corresponde al socio, que sabe como son realmente generadas las cosas, exponer los hechos que la tipificación, en cuanto el actor no este en condiciones de hacerlo

⁴⁸ Otaegui, Concentración Societaria, Abaco, 1984, pag. 482

⁴⁹ *Rivista delle Società*, año 38, 1993, Sept. dic. 1993, fasc. 5°/6° pág. 1474.

La jurisprudencia laboral ha echado mano repetida a este recurso para responsabilizar a socios y controlantes, incluyendo la técnica del conjunto económico⁵⁰.

Claro que existen situaciones donde el daño puede evitarse con la mera imputación del acto y su cumplimiento –incluso forzado– por el imputado. Por ejemplo cuando el controlante dispone del bien que la sociedad abusada tuvo o debió tener en su patrimonio, para responder a un contrato.

5. Reiteramos que en la actualidad, para atacar al controlante se cuenta con el art. 54, 3º párr. LS, con todas las dificultades de su aplicación. En el 98% de los casos de aplicación se trata de cuestiones de responsabilidad y no de imputación. En el derecho comparado se atiende al problema a través de la teoría general de la responsabilidad, adaptada a lo que nosotros hemos sistematizado como “relaciones de organización”, pues al existir una persona jurídica artificialmente creada, los constituyentes, dueños y administradores asumen especiales roles ante perjuicios que puedan generarse por la actuación del ente, pero generándose dificultades en cuanto a la imputación de actos en sentido estricto.

En la reforma italiana, por ejemplo, el art. 2497 que expresamente establece un régimen de acciones de responsabilidad: "*Las sociedades o los entes que, en ejercicio de actividades de dirección y coordinación de sociedades, actúen en el interés empresarial propio o ajeno, en violación de los principios de correcta gestión societaria y empresarial de éstas sociedades, son directamente responsables frente a los socios de éstas por el perjuicio causado a la rentabilidad y al valor de la participación social, y frente a los acreedores sociales por la lesión producida a la integridad del patrimonio de la sociedad. [...] Responde solidariamente quien haya participado en el acto lesivo y, en los límites del beneficio obtenido, quien se haya beneficiado a sabiendas*"

Se advertirá que la noción de “daño” es extendida notablemente y se autorizan acciones derivativas. Esto hace más fácil las cosas que el art. 54, ya que basta la "violación de los principios de correcta gestión", sea por dolo o culpa, sin que se necesite acreditar abusos o desvíos indebidos. Tampoco es necesario ingresar en la discusión de la "actuación" de la controlante. No se pone en tela de discusión la personalidad o la ineficacia de los efectos del tipo de la controlada.

¿Es posible construir una solución semejante con las normas vigentes? ¿A través del primer párrafo del art. 54 LSA, por el daño causado al patrimonio de la controlada? En tal caso la legitimada sería la controlada, con lo que es difícil que ésta accione contra la sociedad que la controla. Por otro lado los fondos ingresarían al patrimonio de la controlada, que es administrado por personas designadas por quien causó el daño. Conforme a ello debería pensarse en acciones derivativas, oblicuas o subrogatorias, habilitando la acción a los socios minoritarios de la controlada (lo que es perfectamente posible, incluso limitándola al daño sufrido por dicho socio) y en su caso a los acreedores en caso de insolvencia, lo que parece posible dentro del esquema actual.

Un caso de jurisprudencia americana aclara sobre el punto: La acción derivativa -mucho más amplia en la legislación americana que en el Proyecto de reformas a la ley de sociedades argentinas del año 1992⁵¹ y Dto. 677/01- autoriza sólo en el caso que quién demanda haya sido y sea socio de la sociedad al tiempo de los hechos que se imputan y de demandar. Bangor Punta S.A. (en adelante SA) tenía el 98% de las acciones de Bangor & Aroostool RR SA (en adelante BAR). SA luego vende su paquete accionario a Amoskeag Co. (en adelante CO). CO hizo que BAR demandar a SA, alegando que SA saqueó a BAR cuando todavía tenía el control societario. En este caso la acción debiera ser desestimada porque CO no cumplimentó la regla de la contemporaneidad. Aunque se considerase que la

⁵⁰ Entre otros podemos ver: La teoría de la penetración de la desestimación de la personalidad societaria ha sido elaborada a propósito del uso desviado de ésta como cuando, prevaliéndose de dicha sociedad, se afectan los intereses de terceros, de los mismos socios y aun de carácter público, resultando aplicable en materia laboral cuando se trata de remediar una situación de fraude a los derechos de los trabajadores: CNTrab., sala V, febrero 18 - 985 - Insfran Román y otros c. Arroyo, S. R. L. y otro) DJ, 985-49-607 - DT, 985-A, 651. Cuando una persona jurídica, apartándose de los fines para los que fue creada, abusa de su forma para obtener un resultado no querido, al otorgársele esa prerrogativa debe descorsarse el velo de su personalidad para penetrar en la real esencia de su sustrato personal y patrimonial y poner de manifiesto los fines de los miembros cobijados tras su máscara: CNTrab., sala V, julio 31 - 985 --- Cuellar Maldonado, Dionisio de Jesús, c. Calzados Zellarrayán, S. R. L. y otro) DT, 985-B, 1615. La ley admite, como uno de los efectos de la personalidad jurídica reconocida a las sociedades, la separación patrimonial de estos sujetos de derecho respecto de sus integrantes, principio que debe mantenerse y respetarse en tanto no se violen reglas superiores del ordenamiento jurídico que hagan aplicable el criterio de funcionalidad sustentado por el art. 2º de la ley 19.550 (Adla XXXII-B, 1760) pero ello no impide que se aplique la doctrina de la penetración de la persona jurídica cuando se advierte la utilización abusiva de tal ficción en perjuicio de los trabajadores.... Cuando una persona jurídica, apartándose de los fines para los que fue creada, abusa de su forma para obtener un resultado no querido al otorgársele esa prerrogativa, debe descorsarse el velo de su personalidad para penetrar en la real esencia de su sustrato personal o patrimonial y poner de manifiesto los fines de los miembros cobijados tras su máscara: CNTrab., sala V, octubre 6 - 988. - Pacheco de Pugliese, Amelia R. y otro c. Abreviar Editores, S. A. y/u otros) DT, 988-B, 2147. La ley admite, como uno de los efectos de la personalidad jurídica reconocida a las sociedades (art. 2º, ley 19.550 -ADLA, XXXII-B, 1760-), la separación patrimonial de estos sujetos de derecho respecto de sus integrantes. Este principio legal, debe mantenerse y respetarse en tanto no se violen reglas superiores de ordenamiento jurídico que hagan aplicable el criterio de funcionalidad sustentado en la citada norma legal. CNCom., Sala A, octubre 7 - 981 - Otero de Zapico, Alicia D. c. Zapico, Carlos A.) ED, 97-811.

⁵¹ “Proyecto de reformas a la ley de sociedades elaborado por la Comisión designada por resolución MJ 465/91, Ed. Astrea, Buenos Aires 1993.

acción hubiese sido directa entablada por la misma Sociedad (BAR), fue en realidad una acción derivada, entablada contra SA por el accionista mayoritario de BAR. Entonces la ficción de que BAR es el actor decaerá (la evidencia sugiere que CO pagó un precio inferior al real por el paquete accionario debido al vaciamiento (o saqueo), y si la acción prosperara se produciría un injusto enriquecimiento de BAR al conseguir la pretendida indemnización, y consecuentemente de su accionista mayoritario que no había sufrido el daño (Bangor Punta Operations, Inc. v. Bangor & Aroostool R.R., 417 U.S. 703, 1974). El tribunal fue obviamente influenciado por creer que el accionista controlante al momento de demandar (Amonkeag) sabía del hecho reprochable y había pagado un precio que reflejaba ese conocimiento (por lo reducido). Al tiempo de la demanda, alrededor del 1% de las acciones de BAR eran de propiedad de accionistas minoritarios (algunos de ellos probablemente adquirieron las acciones al momento del hecho). El Tribunal podría haber permitido que la acción prosperara en nombre de la sociedad, pero si sólo los accionistas minoritarios recibieran la recompensa (en este supuesto no habría un enriquecimiento injusto -sin causa- de Amoskeag). Este criterio de permitir la recompensa a pro rata, en favor del inocente o de los accionistas que desconocían el hecho es aceptado en la jurisprudencia americana⁵².

VII – ALGUNOS CRITERIOS SOBRE INOPONIBILIDAD Y RESPONSABILIDAD DE LA CORTE O SUS MINISTROS.

La Corte Suprema ha sostenido en el llamado caso Palomeque, con mucha limitación, el criterio para responsabilizar a los socios conforme la norma del art. 54 ter LSA. En ese fallo “Palomeque, Aldo René c/ Benemeth S.A. y otro s/ recurso de hecho”, puede verse, pese a la aparente restricción a la aplicación del art. 54 in fine ley de Sociedades Comerciales, un interesante atisbo de imputaciones constitutivas.

En el mismo, la CSJN (con fecha 3 de abril de 2003) al hacer suyas las consideraciones del Procurador General de la Nación (fecha 23 de octubre de 2001), parecería que sólo acepta la aplicación de la imputación y responsabilización al controlante torpe –la llamada inoponibilidad de la personalidad jurídica-, o a accionistas y directores, en supuestos en que la actividad desviada fuera genética respecto a la sociedad creada (“no ha quedado acreditado que estemos en presencia de una sociedad ficticia o fraudulenta, constituida en abuso del derecho y con el propósito de violar la ley”), lo que realmente implica confundirlo con el supuesto penal societario del art. 19 LS, restringido incluso éste. Indirectamente la CS ha fijado cuatro casos de inoponibilidad (y quizá de actividad ilícita) vinculados a la sociedad aparente o a la constituida en fraude a los acreedores o que opera en insolvencia:

- a. Bi/plurilateralidad genética simulada lícitamente
- b. Sociedad de cómodo, uno de cuyos supuestos –como eruditamente indica el fallo lo es la unipersonalidad encubierta, pero también otros múltiples casos.
- c. Infracapitalización material constitutiva
- d. Sociedad con actividad ilícita inicial.

La limitación de responsabilidad de los administradores, y de los socios queda sujeta en el derecho nacional y comparado al correctivo del *superamento della personalità giuridica*, levantamiento del velo, *piercing the corporate veil*⁵³, o sea al uso funcional de la sociedad como persona jurídica. Al mismo fin debería llegarse a través de principios de atribución de responsabilidad con base subjetiva. Si el obrar culposo o doloso genera daño, el mismo debe ser indemnizado por quién, uso de la técnica societaria para generar el perjuicio. La sociedad debe estar adecuadamente dotada patrimonialmente para el cumplimiento del objeto. Una sociedad infrapatrimonializada genéticamente autorizaría la llamada “inoponibilidad de la personalidad jurídica”, a criterio de la CSJN en el referido caso Palomeque⁵⁴. Es, a la postre la inoponibilidad del beneficio de la limitación de responsabilidad⁵⁵.

Y así quedaría fundada la aplicación de esa norma en los casos laborales que referenciamos. Nissen⁵⁶ afirma que la limitación de la responsabilidad de los accionistas no constituye un principio absoluto en nuestro derecho, y requiere que el negocio societario respete su propia normativa en orden a una adecuada capitalización, ya que, es el capital social la garantía de los acreedores y el reaseguro de un emprendimiento que no es utilizado meramente para deslindar responsabilidades. La infracapitalización, en realidad la infrapatrimonialización, constituye un supuesto que puede generar tanto la aplicabilidad de la teoría de la “inoponibilidad” como la responsabilidad de administradores, pudiendo constituir un presupuesto de ilicitud cuando se contrate con terceros a sabiendas de la imposibilidad de cumplimiento de las obligaciones que así se contraigan, que caiga en la previsión del art. 19 LS –actividad ilícita,

⁵² Cfme. EMANUEL, STEVEN *Corporations*, Harvard Law School, JD 1976, con la colaboración de Gregory G. Patchen, NYU Law School, Class of. 1991. p. 278.

⁵³ MIOLA, Massimo “Il sistema del capitale sociale e le prospettive di riforma nel diritto europeo delle società di capitali”, *Rivista delle Società*, 2005-50-1199, fasc. 6, específicamente pag. 1311 refiriéndose a los Estados Unidos.

⁵⁴ CSJN 3.4.03 en Palomeque, Aldo R. c/ Benemeth S.A. y otro s/ recurso de hecho.

⁵⁵ NISSEN, Ricardo *La importancia del capital social* en libro colectivo “Panorama Actual del Derecho Societario” pág. 29, Editorial Ad Hoc, Buenos Aires 2000; MILLER, Alejandro *Sociedades Anónimas – Directorio – Síndico* pág. 112 y ss., Editorial AMF, Montevideo 2005; RIPPE, Siegbert *Subcapitalización y responsabilidad de directores y administradores*, en JA año 1997, pág. 725.

⁵⁶ Nissen, Ricardo. Un magnífico fallo en materia de la inoponibilidad de la persona jurídica, L.L. Tomo 1999-B, pág. 2 y siguientes.

aunque los actos cumplidos sean lícitos individualmente-. Justamente, como resulta del caso Palomeque, en el caso Daverede, Lorenzetti en su disidencia, punto 8 con cita de aquel fallo, señala in fine “porque la personalidad jurídica sólo debe ser desestimada cuando medien circunstancias de gravedad institucional que permitan presumir fundadamente que la calidad de sujeto de derecho fue obtenido al efecto de generar el abuso de ella o violar la ley”, o sea que el desvío debería ser constitutivo y no posterior, con lo que discrepamos.

Como vimos la crisis fundamental de las sociedades es su infrapatrimonialización⁵⁷, su sobreendeudamiento o la insuficiencia del flujo de caja para asumir las obligaciones contraídas o cumplir el objeto social (empresa). Ello implica el mayor conflicto societario pues involucra la propia existencia de la sociedad. La aplicabilidad del art. 54 de la ley 19.550 requiere –en temas de responsabilidad como señala Lorenzetti en el caso Daverede–, como presupuesto indispensable que la sociedad “manipulada” sea insolvente⁵⁸, agregamos que fuera de esa situación no habría razón para aplicar el remedio, pues no se produciría una utilización abusiva de la misma, salvo supuestos de imputación. En ese caso no se intenta aplicar la teoría de la inoponibilidad para responsabilizar a los socios, sino de responsabilidad de administradores⁵⁹.

En nuevo fallo se destaca la similar disidencia del Dr. Lorenzetti propiciando tratar el recurso donde se refiere no sólo a la responsabilidad de administradores sino a la aplicación de la teoría de la inoponibilidad: “Cabe señalar, respecto de los arts. 59 y 274 de la ley 19.550 que la responsabilidad de los administradores, representantes y directores hacia terceros (como los trabajadores) es la del derecho común, que obliga a indemnizar el daño, la cual es diferente a la del obligado solidario en las obligaciones laborales. En consecuencia, resulta imprescindible acreditar la concurrencia de los presupuestos generales del deber de reparar y ello por cuanto la solidaridad no se presume (art. 701 del Código Civil) y debe ser juzgada en forma restrictiva ... Para imponer la responsabilidad de los directores de la sociedad demandada por omisión en las registración de la actora, resulta necesario demostrar el daño, que ha mediado mal desempeño, violación de la ley, estatuto, reglamento, dolo, abuso de facultades y culpa grave. Por lo demás, la responsabilidad es por la actuación personal y no alcanza a

⁵⁷ La aplicabilidad del art. 54 ter de la ley 19.550 requiere –en temas de responsabilidad como señala Lorenzetti en el caso Daverede–, como presupuesto indispensable que la sociedad “manipulada” sea insolvente, ya que, sino no habría razón para aplicar el remedio, pues no se produciría una utilización abusiva de la misma, salvo supuestos de imputación. En efecto la insolvencia de la sociedad no sería necesaria en supuestos de imputación del negocio para burlar derechos de terceros o los otros supuestos previstos por la norma.

⁵⁸ La "doctrina de la penetración" o "teoría de la desestimación de la persona jurídica" puede aplicarse en derecho del trabajo cuando detrás de la persona jurídica aparente de un empleador se trata de cubrir la responsabilidad patrimonial del responsable, a través de la insolvencia de la sociedad interpuesta.... La aplicación de la "teoría de la penetración" implica, fundamentalmente, la existencia de un abuso que causa un agravio a la justicia o equidad en perjuicio de alguien, por lo que, en el caso concreto de situaciones producidas en el derecho del trabajo, es requisito indispensable que la sociedad "pantalla" del empleador real sea insolvente, ya que si no habría razón para aplicar el remedio, pues no se produciría una utilización abusiva de la misma....La aplicación de la "teoría de la penetración" requiere, además, de la existencia de un agravio a la justicia, la demostración de que hay un "socio controlante" de la sociedad "interpuesta", porque entonces se dan los argumentos requeridos para que, prescindiendo de la forma jurídica empleada, se responsabilice al socio controlante en la medida que ha utilizado una "pantalla" para evadir sus responsabilidades (art. 14, ley de contrato de trabajo) (Adla, XXXIV-D, 3218 ; XXXVI-B, 1175) aunque, de cualquier forma, su situación no puede ser más grave que la de un socio colectivo, resultando responsable previa efectiva ejecución de los bienes sociales: CNTrab., sala VIII, mayo 29 - 989. - Aguirre, Simeón L. c.Sardelick, Antonio F.) DT, 1989-B, 1360. - El abuso de la personalidad societaria suele ocurrir cuando se intentan derivar sobre el patrimonio de entes paupérrimos los débitos provocados por quienes ensayaran tal maniobra, sugiriéndose así que la indagación de tal ilícito civil procederá en principio cuando exista insolvencia. Al respecto, el tribunal ha enseñado sobre lo adecuado de respetar la separación patrimonial de las sociedades, en tanto ésta no sea probadamente el medio de violación de otras reglas jurídicas. CNCom. ,SALA D , marzo 23 - 984 --- Corigliano e Hijos, Domingo c. Alcofer, S. R. L. y otros) LA LEY, 1984-C, 247 - DJ, 984-4-111 - La desestimación de la personalidad jurídica de las sociedades procede, entre matriz y filial, para el caso de insolvencia ; en los supuestos de confusión entre persona jurídica y física como, por ejemplo, en lo concerniente a nacionalidad, domicilio o vecindad, disimulación de la propiedad personal de bienes o modificación de su transmisión por sucesión. CNCom. ,SALA B , diciembre 6 - 982 --- De Carabassa, Isidoro c. Canale, S. A. y otra) LA LEY, 1983-B. 362 - JA, 983-II-549 - ED, 103-165. No basta la demostración de una ceñida vinculación interempresaria para que se relativice la noción y los alcances de la personalidad jurídica (art. 2º, LSC), mediante la aplicación de la teoría del *disregard*, puesto que el proceso de concentración empresarial tiene –con excepción de casos patológicos– una vitalidad que es propia de los nuevos fenómenos económicos que intenta regular el derecho. En nuestro derecho, ni el conjunto económico, ni el estado de dominación ni el control ni la estructura en *holding*, ni el sistema de filial y madre, para citar sólo algunas variantes de combinación de empresas económicas, han justificado por sí solos la aplicación de la teoría del *disregard of legal entity*. Por lo demás, en muchas ocasiones se ha arribado a soluciones en que la desestimación aparece como un exceso que perjudica toda la creación jurídica que implica la estructura llamada *persona de existencia ideal*, en el derecho Admitiendo que el origen doctrinario de la teoría del allanamiento de la personalidad jurídica se encuentra en su aplicación jurisprudencial por los tribunales estadounidenses, resulta acertado estudiar los casos en que se ha declarado procedente. He aquí una serie o listado de posibilidades que permiten inferir la existencia de un conjunto económico, es decir, en que media la calidad de agente, adjunto, o alter ego, etc., de una respecto de otra empresa. Tales indicios son, entre otros, la valoración de la suficiencia o insuficiencia del capital de las subsidiarias tomando como medida el capital de otras empresas competitivas normales; medida en que existe un directorio común, medida en que ambas tienen departamentos administrativos o comerciales comunes ; medida en que la contratación entre ambas fue preferentemente favorable a una de ellas ; medida en que un empleado, funcionario o director de la controlante, intervino causalmente en el contrato o en el acto antijurídico que motiva la acción ; tipo de negocio de cada uno de ellas ; medida en que el comercio o el público en general consideraba a las dos una única empresa ; posibilidad de error en al contraparte contractual en cuanto a la persona promitente. - Partiendo de la teoría del allanamiento de la personalidad jurídica se ha dicho que si la estructura formal de la persona jurídica se utiliza de manera abusiva, el juez podrá descartarla para que fracase el resultado contrario a derechos a que se persigue, para lo cual prescindirá de la regla fundamental que establece una radical separación entre la sociedad y los socios. - La doctrina del "disregard" ha presupuesto, en la formulación inicial, la situación crítica de la insolvencia, pero en su aplicación jurisprudencial, no siempre se ha requerido la existencia de un perjuicio real y actual ni que una de las partes haya caído en estado de insolvencia. - La aplicación de la doctrina de la penetración de la personalidad, debe efectuarse con criterio restrictivo ; la esencia de tal aseveración debe buscarse precisamente en la necesidad de preservar la realidad jurídica que importa el sujeto de derecho sociedad. CNCom, Sala A, 9/8/79, “Zamora Ventas SRL c/Técnica Comercial<%0> Hoy SA”, LL, 1980-C-27, y ED, 85-488.

⁵⁹ CSJN in re “Daverede Ana M. c Mediconex S.A. y otros, La Ley IMP. 2007-13 (Julio) 1330.

otras que no correspondan a la gestión. Aquélla ha de juzgarse en concreto, atendiendo a las específicas funciones asignadas personalmente por el estatuto, reglamento o decisión de la asamblea en el área de la empresa propia de su incumbencia. ...Esta Corte ha descalificado la aplicación indiscriminada de la desestimación de la personalidad jurídica y los jueces ordinarios deben conformar sus decisiones a las sentencias del Tribunal dictadas en casos similares, en virtud de su condición de intérprete supremo de la Constitución Nacional y de las leyes dictadas en su consecuencia (Fallos: 307:1094; 312:2007; 319:2061; 320:1660; 321:2294, 3201; 325:1515; 326:1138, entre muchos otros) ... En las causas "Carballo, Atilano c. Kanmar S.A. (en liquidación) y otros" y "Palomeque, Aldo René c. Benemeth S.A. y otro", registradas en Fallos: 325:2817 y 326:1062, respectivamente, esta Corte Suprema de Justicia dejó sin efecto pronunciamientos que, en contraposición con principios esenciales del régimen societario habían prescindido de considerar que la personalidad diferenciada de la sociedad y sus administradores constituye el eje sobre el que se asienta la normativa sobre sociedades anónimas y que ésta conforma un régimen especial que se aplica porque aquéllas constituyen una herramienta que el orden jurídico provee al comercio como uno de los principales motores de la economía ... Conforme la doctrina sentada por esta Corte en el caso "Tazzoli, Jorge Alberto c. Fibracentro S.A. y otros s/despido", del 4 de julio de 2003, (Fallos: 326:2156), no es arbitrario lo resuelto por la alzada laboral en el sentido de que no cabía hacer lugar a la extensión de la condena pretendida, con sustento en el art. 274 de la ley de sociedades, porque la personalidad jurídica sólo debe ser desestimada cuando medien circunstancias de gravedad institucional que permitan presumir fundadamente que la calidad de sujeto de derecho fue obtenida al efecto de generar el abuso de ella o violar la ley⁶⁰ ... La causal de responsabilidad prevista en el artículo 54 in fine de la ley 19550 debe interpretarse en forma restrictiva, porque, de lo contrario, se dejaría sin efecto el sistema legal estructurado sobre la base del art. 2º de la ley 19.550 y arts. 33 y 39 del Código Civil. En tal sentido, no es ocioso destacar que en el mensaje de elevación de la ley 22.903 se señaló que el supuesto que contempla se configura cuando la sociedad se utiliza "para violentar lo que constituye el objeto genérico y abstracto de las sociedades comerciales a la luz de lo dispuesto en el art. 1º de la ley 19.550". ... El propósito de la norma prevista por el artículo 54 in fine de la ley 19550 es sancionar el empleo instrumental de la sociedad para realizar actos ilícitos y no los que ésta realiza. La ley 19550 responsabiliza a los socios únicamente en los supuestos de uso desviado de la figura societaria, en las que ésta encubre situaciones ajenas al objetivo social, como lo son las hipótesis relativas de utilización para posibilitar la evasión impositiva, la legítima hereditaria, el régimen patrimonial del matrimonio o la responsabilidad de una parte del patrimonio ajeno a la sociedad. Por lo tanto, quedan fuera del ámbito de aplicación de la norma los incumplimientos de obligaciones legales que, aunque causen daño a terceros, no tienen su origen en el uso indebido de la personalidad.... La doctrina de la desestimación de la personalidad jurídica debe emplearse en forma restrictiva. Su aplicación requiere la insolvencia de la sociedad, pues ante la inexistencia de un perjuicio concreto a un interés público o privado no se advierten razones que justifiquen su aplicación ... Aun en el supuesto de insolvencia de la sociedad demandada⁶¹, y a los efectos de la aplicación del artículo 54 in fine de la ley 19550 es preciso acreditar el uso abusivo de la personalidad, pues no cabe descartar que la impotencia patrimonial haya obedecido al riesgo propio de la actividad empresaria ...En Corte Suprema de Justicia de la Nación, Mayo 28 de 2008, "Funes, Alejandra Patricia c/ Clínica Modelo Los Cedros S.A. y otro".

El recaudo de la insolvencia referido es relativo, no exigido por la norma pero obvio para ciertos supuestos por razones prácticos.

En efecto la insolvencia de la sociedad no sería necesaria en supuestos de imputación del negocio para burlar derechos de terceros o los otros supuestos previstos por la norma. En muchos casos, los administradores ante la insolvencia de la sociedad –generada por su propia decisión de patrimonializarse por la emisión de obligaciones ó de crédito sin recurrir a aportes de los socios-, ante la imposibilidad sobreviniente de cumplimiento del objeto social, abusaron de la estructura societaria para so pretexto de ella perjudicar a los acreedores y beneficiar a los socios. Este es un supuesto típico donde sin recurrir a los remedios societarios de capitalizar la sociedad a través de los socios o terceros, la presentan en concursos o pretenden acuerdos preventivos extrajudiciales con quitas y esperas que implican un enriquecimiento para los socios que no asumieron la causal de disolución⁶². Ello importa por un lado la imputación directa a quiénes hicieron posible esa actuación para beneficiarse. Pero además esa insolvencia fue declarada por administradores, fiscalizadores y socios de control para usar abusivamente la sociedad, recurriendo marginalmente al acuerdo concursal o extraconcursal para frustrar los derechos

⁶⁰ Sin duda el Dr. Lorenzetti se refiere al equívoco de invocar normas de responsabilidad cuando se intenta aplicar el régimen del art. 54 ter LS, aunque la doctrina americana sostiene que la llamada desestimación de la personalidad –que si ocurre en ese derecho pero no en el nuestro, ni tampoco la inoponibilidad- son formas de responsabilización, lo que no aparece desatinado, siendo la norma referida una forma de responsabilidad en las relaciones de organización. El criterio no es distinto del seguido en el caso Palomeque. Y a ese criterio respondería el párrafo siguiente que se transcribe del voto del Presidente de la Corte, al referirse al art. 54 ter LS como norma de responsabilidad.

⁶¹ No se justifica la aplicación del sistema sino ante la incapacidad patrimonial de la sociedad, o en supuestos donde se "usa" la situación de insolvencia para imponer soluciones abusivas. RICHARD, Efraín Hugo *¿Es abusiva una propuesta concursal similar en quita y espera a la formulada por el Gobierno argentino para atender la deuda pública externa?* en Zeuz, Año XXXIV, 10 de diciembre de 2007, tomo 105, pág. 2.

⁶² RICHARD, EFRAÍN HUGO *Insolvencia societaria*, Ed. Lexis Nexis, Buenos Aires 2007.

de acreedores y, además, enriquecerse por un medio ajeno al cumplimiento del objeto social, causa lícita del negocio societario y de la constitución de la persona jurídica.

Adviértase entonces la sintonía de la infrapatrimonialización constitutiva, o de la falta de un plan de negocios coherente, para imputar las obligaciones a los controlantes en caso de incapacidad patrimonial de la sociedad, sea constitutiva o devenida si la sociedad no es sometida al proceso de liquidación previsto por la ley, que permita transparentar que la sociedad no fue usada en forma abusiva y la eventual insuficiencia patrimonial resulta del riesgo empresario no imputable ni a los socios ni a los administradores.

“El tercer párrafo del art. 54 de la ley de sociedades hace mención expresa a la inoponibilidad de la persona jurídica y se refiere concretamente a las actuaciones de la sociedad que encubran la consecución de fines extrasocietarios, constituyan un mero recurso para violar la ley, el orden público o la buena fe o para frustrar derechos de terceros, y determina que, en el caso se imputará directamente a los socios o a las controlantes que la hicieron posible, quienes responderán solidaria e ilimitadamente por los perjuicios causados. Algunas veces no será fácil demostrar que la sociedad fue utilizada con el fin de no cumplir o de violar la ley. ...A los fines de la aplicación del tercer párrafo del artículo 54 de la ley 19550 y en rigor de verdad, no resulta necesaria la prueba de la intencionalidad de utilizar la sociedad como escudo de incumplimiento, sino que es suficiente por ejemplo, con la demostración de la violación de las normas de orden público por parte de la sociedad. No es una transformación de la obligación ni tampoco su novación sino una privación parcial de efectos frente a terceros. La sociedad siempre seguirá siendo el sujeto obligado sólo que se extiende la relación pasiva por un accionar abusivo que hace caer su cobertura técnica condicionada que le proporciona esa personalidad limitada”⁶³.

“La indebida utilización del contrato de sociedad para encubrir fines ilegítimos o contrarios al espíritu del legislador explica la necesidad de poner límites a los beneficios de la personalidad jurídica de las sociedades comerciales ... Se encuentran acreditados los extremos que tornan aplicable lo dispuesto por el artículo 54 último párrafo de la ley 19550, cuando, además de encontrarse consentida, firme e impaga la sentencia dictada en sede laboral, el socio gerente de la sociedad de responsabilidad demandada ha admitido expresamente haber realizado el patrimonio de la sociedad que conformaba, olvidando la existencia del procedimiento para la disolución y liquidación de sociedades que disponen los artículos 94 y siguientes de la ley 19550. Ello resulta suficiente para responsabilizar a ambos codemandados, en forma solidaria e ilimitada, puesto que no sólo han frustrado los derechos de terceros a través de la actuación societaria, sino que además no han cumplido con el “estándar” de conducta marcado por el art.59 de la Ley 19.950, y por ello, resultan responsables en virtud de lo normado por el art. 157 de aquél cuerpo legal. ... La omisión de los trámites liquidatorios de una sociedad – que no implica otra cosa que “desaparecer fácticamente de un determinado lugar - no puede dejar subsistente, para los socios de la misma, los beneficios del tipo de sociedad elegido, y mucho menos, la limitación de la responsabilidad de aquellos por las obligaciones de la sociedad. La aplicación para estos casos de la norma prevista por el art.54 in fine LSC, no deja lugar a dudas. Así lo resolvió la CNTrabajo, Sala I, Mayo 23 de 2008, “Olivieri Mario contra Menhires SRL sobre ejecución de créditos laborales”, con el voto del DR. VILELA .

Volviendo a un fallo ya comentado sobre la liquidación de hecho, aplicando la teoría de la inoponibilidad: “La excusa ensayada por el presidente del directorio de la sociedad empleadora, a los fines de justificar su omisiva actuación, relativa a su radicación en los Estados Unidos, es inadmisibles, ya que si no podía ejercer la administración de la sociedad a cuyo frente se hallaba, no debió asumir – y mantener- ese cargo - en el directorio, máxime cuando surge de las constancias de autos, que las órdenes e instrucciones provenían del extranjero. ...Un director "inactivo" debe informar sobre lo que sucede en la corporación, por la conducta de aquellos que conocía o debió conocer, examinando la documentación de la compañía....La insolvencia de la sociedad es uno de los elementos a considerar cuando se evalúa la conducta de aquellas personas cuya responsabilidad puede ser decretada con sustento en la normativa societaria, mas no es el único, y en el caso, la situación de quien fuera empleadora de los actores, reitero, sociedad casi absolutamente controlada por la compañía extranjera apelante, y su cesación de actividades de manera abrupta que se revela rayana al vaciamiento y consecuente insolvencia de la primera, enmarca en las prescripciones del art.54 tercer párrafo de la ley 19.550, sin que a ello obste lo expuesto no implica un apartamiento de lo resuelto por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en las causas “Palomeque” y “Carballo”, por haberse comprobado en autos extremos fácticos de aristas disímiles. ...No resulta reprochable la existencia de un conjunto económico de carácter permanente, sino las maniobras efectuadas por las sociedades demandadas en torno del cierre de la empresa, que revelan una conducción e intromisión temerarias en el manejo de los negocios, despidiendo a la totalidad del personal sin abonar las indemnizaciones que la propia empleadora reconoce ...Corresponde exonerar de toda responsabilidad al director de la compañía empleadora que además de no percibir honorarios como

⁶³ CNTrabajo, Sala IV, Marzo 31 de 2008, “Poledo Ricardo Gastón contra Fundación Samuel Germán y otros sobre despido”

tal y como resultado de la jerarquía imperante no sólo respecto de la empresa local, sino las estrechas vinculaciones derivadas de la participación accionaria prácticamente excluyente de esta sociedad extranjera en el capital social de aquella, los controles y la permanente auditoría llevada a cabo por la primera sobre la segunda, así como el cumplimiento de instrucciones emanadas de la controlante, revelan que aquel director era solo un empleado de la firma local y contaba con un estrecho margen de acción para apartarse de esos mandatos, máxime cuando revestía el carácter de dependiente de la sociedad local siendo uno más de los perjudicados por el cierre de esta última compañía. Todos estos elementos mitigan su obligación de dejar constancia escrita de su protesta en los términos del art.274 in fine de la ley 19.550, para ser eximido de responsabilidad...La función del director es remunerada, de acuerdo a los parámetros máximos y mínimos que prevén las normas societarias, extremos en los cuales se computan las remuneraciones que pudieran percibir los miembros del directorio por el desempeño de funciones técnico administrativas de carácter permanente y guardan relación con la distribución de dividendos para los accionistas ...Si de la prueba aportada se desprende la consumación de una maniobra de cierre y vaciamiento de la sociedad formalmente empleadora en la República Argentina, que resulta asimilable a una situación de insuficiencia económica – financiera indudablemente perjudicial para los trabajadores y que es imputable a su sociedad controlante y al presidente del directorio de la compañía local, corresponde extenderle la condena solidaria a los mismos corresponde descorrer el velo de la personalidad jurídica de la sociedad empleadora y responsabilizar solidariamente a la sociedad controlante y al presidente del directorio de la empresa local, pues tanto una como otra se han valido de la figura societaria creada en la Argentina para el logro de fines puramente individuales ajenos a los objetivos de la referida sociedad. Tal conclusión debe entenderse sustentada en la expresa directiva que emana del art.54, 3er. párrafo de la ley 19.550 y de la doctrina sentada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en los casos “Parke Davis y Cía. de Argentina” (31-7-73, ED 49-480); “Cía. Swift de la Plata s/quiebra” (4-9-73, ED 51-223) y “Mellor Goodwin” (18-10-73, ED 51-344) (del voto del Dr. Miguel Ángel Pirolo)...El presidente del directorio de la sociedad empleadora local, totalmente controlada por una sociedad extranjera y que fue objeto de una maniobra de cierre y vaciamiento, resulta responsable solidario de las obligaciones contraídas por aquella con los actores por aplicación de las previsiones contenidas en los arts.59 y 274 de la ley de sociedades frente a actos ilícitos como el vaciamiento, dirigidos a perjudicar a los terceros que contrataron con la sociedad (del voto del Dr. Miguel Ángel Pirolo)”. CNTrabajo, Sala I, Septiembre 17 de 2008, “Mena Norma Cristina y otros c/CW Comunicaciones S.A. y otros s/despido”.

“Si la sociedad demandada incurría en la práctica de no registrar ni documentar una parte del salario efectivamente convenido y pagado (práctica prohibida por el art. 140 LCT y art. 10 de la Ley de Empleo) lo que comúnmente se denomina "pago en negro", tal conducta genera la responsabilidad de los socios y los controlantes en los términos del agregado de la ley 22903 al art. 54 de la ley 19550. Tal accionar constituye un recurso para violar la ley, el orden público (arts. 7, 12, 13 y 14 de la LCT), la buena fe (art. 63 LCT) y para frustrar derechos de terceros (el propio trabajador, el sistema de seguridad social, los integrantes del sector pasivo y la comunidad empresarial)...La práctica de no registrar ni documentar una parte del salario efectivamente convenido y pagado constituyen irregularidades que configuran violaciones de la ley y que generan la responsabilidad solidaria de los administradores por los daños ocasionados con su conducta al trabajador, con sustento en los arts. 59, 157 y 274 de la L.S. ...No es lo mismo omitir el pago del salario o no efectuar el depósito de los aportes y contribuciones en tiempo oportuno (que son típicos incumplimientos de índole contractual) que urdir maniobras tendientes a encubrir la relación laboral o a disminuir la antigüedad real, o bien a ocultar toda o una parte de la remuneración...porque, más allá del incumplimiento que estos últimos actos suponen, configuran maniobras defraudatorias de las que resultan inmediata y directamente responsables las personas físicas que las pergeñan (arts. 172 y 173 y concordantes del C. Penal)...Cabe responsabilizar a los directores codemandados con la sociedad empleadora, con sustento en los arts. 54, 59, 157 y 274 de la L.S., en forma solidaria e ilimitada, por los daños que son consecuencia de su conducta fraudulenta (la falta de inscripción y la inscripción defectuosa)...Si no está controvertido en autos que el demandado es presidente del directorio de la sociedad demandada, debe tenerse presente que el artículo 59 de la ley 19550 imputa responsabilidad a los administradores y representantes de la sociedad...En las sociedades por acciones, el principio es que los directores no contraen responsabilidad personal ni solidaria por los actos realizados de conformidad con la ley, el estatuto y las resoluciones asamblearias, y en tanto hayan observado el cumplimiento del objeto social los que en tal caso han de considerarse válidos y legales. Para que tal responsabilidad opere es necesario la existencia de culpa, la cual se erige como fundamento de la responsabilidad, siendo una noción adecuada a cada caso y persona en concreto a apreciar prudencialmente por el juez y dicha apreciación debe hacerse a la luz de las pautas configuradas en los arts. 59 de la ley 19550 y 512 y 902 del Código Civil...Si está demostrada la irregularidad registral del salario de la actora, tal ilicitud constituye un quebrantamiento de la lealtad y la diligencia exigible a un "buen hombre de negocios en los términos de los artículos. 59 y 274 de la ley 19550, por lo cual, si el demandado reviste la condición de presidente del directorio de la sociedad demandada, aquel está

incluido en el ámbito subjetivo de aplicación de la primera de las normas citadas. ...La noción de "buen hombre de negocios" previsto por el artículo 59 de la ley 19550 importa una auténtica responsabilidad profesional -capacidad técnica, experiencia y conocimiento- que se evalúa teniendo en cuenta factores tales como la dimensión de la sociedad, su objeto, etc., por lo que devienen aplicables al presente caso los arts. 902 y 909 del Código Civil, estableciendo la primera de dichas normas que "Cuanto mayor sea el deber de obrar con prudencia y pleno conocimiento de las cosas, mayor será la obligación que resulte de las consecuencias posibles de los hechos", mientras que el art. 909, C. Civ. Establece que "Para la estimación de los hechos voluntarios, las leyes no toman en cuenta la condición especial, o la facultad intelectual de una persona determinada, a no ser en los contratos que suponen una confianza especial entre las partes. En estos casos se estimará el grado de responsabilidad, por la condición especial de los agentes"...Cuando una sociedad anónima realiza actos simulatorios ilícitos tendientes a encubrir un contrato de trabajo, resulta pertinente extender la responsabilidad patrimonial de la entidad a los directores por vía de lo dispuesto en el art. 274 de la ley de sociedades;; pero no porque deba caer el velo societario sino porque éstos organizaron maniobras que no sólo estaban dirigidas a incumplir obligaciones contractuales sino, además, a causar lesiones en el patrimonio del trabajador y en sus derechos previsionales, a defraudarlos personalmente y a defraudar al sistema de seguridad social. Esta conducta (dolosa y en violación de la ley) genera la responsabilidad de los directores codemandados en los términos de los citados arts. 54, 59, 157 y 274 de la ley 19550, pero sólo respecto de los perjuicios que sean consecuencia de esa ilicitud que, en el caso, están representados por las indemnizaciones derivadas de las irregularidades registrales y de la ruptura del contrato -motivada, entre otras razones, por la negativa de la demandada a subsanar dicha irregularidad- y ello es así, porque la acción de responsabilidad contra los directores está sujeta a los presupuestos de la teoría general de la responsabilidad civil, entre los que se encuentra la adecuada relación de causalidad entre la conducta y el daño causado (del voto del Dr. Guisado)....En las acciones de responsabilidad, la acreditación de la adecuada relación de causalidad entre la conducta y el daño causado cumple la función de precisar el alcance de la reparación, ya que el daño es indemnizable sólo en la medida en que responde al hecho generador como consecuencia jurídicamente atribuible al responsable y lo mismo cabe decir de la acción de responsabilidad contra los socios, máxime cuando, según el texto del citado art. 54 de la L.S., la obligación de responder se limita a "los perjuicios causados" como consecuencia de la actuación ilícita (del voto del Dr. Guisado).” CNTrabajo, Sala IV, Septiembre 18 de 2008, “B.A.L. contra Italfina y otro sobre despido”.

El pago en negro comporta un problema probatorio que ha sido considerado por la jurisprudencia y la doctrina⁶⁴. Al margen de ello, de existir implica un supuesto de administración fraudulenta pues implica que los administradores disponen de sumas no contabilizadas que aplican a pagos tampoco registrados, impidiendo así todo control de los socios sobre la administración. Un juez laboral que resolviera sobre pagos en negro debería pasar los antecedentes a la justicia del crimen para que investigara el supuesto delito de administración fraudulenta.

La extensión de responsabilidad importa, en gran parte de los casos, alterar los efectos societarios o del tipo de sociedad personalizada. En otros sistemas jurídicos importa alterar los efectos de la personalidad, este no es el caso de la República Argentina. Ello impone la existencia de daño o la insolvencia de la sociedad que contrajo la obligación o que debe responder de tal obligación.

Incluso no es necesario imputar un acto a una persona, sino de saber quién es responsable de un determinado acto o abstención. A través de la extensión de responsabilidad, por medio del llamado instituto de la *inoponibilidad*, en la norma en examen, se produce que personas que jurídicamente aparecen como terceras –socios o controlantes– sean responsabilizadas de las obligaciones de la sociedad. En este caso, *la* desestimación no hace que se descarte la personalidad societaria, sino que produce la inaplicabilidad de los efectos del tipo en las sociedades con responsabilidad limitada o la asunción de responsabilidad de los controlantes respecto de los perjuicios causados por éstos a otros. Es, a la postre, una forma de imputación extensiva, pues podrá –según el caso, como apuntamos precedentemente– requerírsele el cumplimiento de la prestación en especie y también el resarcimiento del daño causado.

VIII - RESPONSABILIDAD DE ADMINISTRADORES

¿Cómo asegurar esa actuación temprana, prejudicial, privada, de bajo coste de transacción desde las sociedades en crisis?

Mauricio Yadarola en el año 1925 expresaba que un sistema concursal debe tener un “plan o método”, conforme el cual las normas “puedan ser armonizadas en todo momento, mediante la obra de una sabia jurisprudencia”, proyectando en torno a la situación en “que puede hallarse un comerciante: simplemente en dificultades para afrontar sus compromisos, más o menos próximos, o ya en estado de cesación de pagos; para el primer caso el pedido de convocatoria es facultativo, ya que conviene dejar

⁶⁴ RODRÍGUEZ, Claudia R. “La prueba de los pagos en negro en la relación laboral” en Jurisprudencia Argentina, Fascículo 5 2009-I pág. 44.

librado al propio criterio del deudor, la apreciación de si podrá o no salir de esas dificultades. En el segundo caso, es cuando la cesación de pagos se ha producido, cuando la exigencia amenazante de un acreedor puede llevarlo a pagar a éste, en perjuicio del resto de sus acreedores para evitar un pedido de quiebra, o a realizar operaciones desastrosas con el mismo fin, se hace necesario obligar al deudor a convocar judicialmente a sus acreedores para que, sin más dilaciones resuelvan éstos lo que más convenga a sus intereses comprometidos. Ahora bien, la primera pregunta que surge cuando se establece una cláusula legal con carácter de imperativa, es ésta: ¿cuál es la sanción para el caso de incumplimiento?⁶⁵ Tal el nudo de la cuestión, lo que preocupa a alguna doctrina hoy, ya había sido requerido y planteado en el año 1925. Y a ese interrogante hemos tratado de responder señalando que es la responsabilidad de los administradores –y eventualmente de los controlantes- incluso frente al acuerdo consursal homologado.

Si los administradores societarios no formularan un plan para afrontar la crisis y de ello resultara daño, podrían ser responsabilizados, incluso ante la posterior homologación de un acuerdo⁶⁶.

Sin duda la insolvencia –la mera crisis- genera daños en el entorno de la sociedad en crisis. Hasta aquí hemos tratado las referencias a un *plan de negocios* dentro de la insolvencia declarada, para lograr soluciones. Afrontamos ahora un análisis de la insolvencia desde el derecho de daños. Consideramos que operar en insolvencia genera daños. Los incumplimientos dañan, inclusive contagian el incumplimiento y potencian los daños, multiplicándolos.

Se afirma⁶⁷ que “El caso de los agentes con solvencia insuficiente para responder por los daños que producen es un problema frecuentemente tratado en el análisis económico de la responsabilidad por daños...: cuando un agente no cuenta con bienes suficientes para responder por todos los daños que puede causar, sus incentivos para invertir en medidas de prevención se reducen correlativamente al incremento de la diferencia entre el valor de sus bienes y el valor del daño. Para decirlo simplemente, la posibilidad de verse enfrentado al deber de resarcir constituye una amenaza menos seria cuanto menor es la solvencia del potencial dañador... La denominación inglesa “judgment proof” precisamente, intenta identificar a un tipo especial de individuos a quienes su solvencia nula los convierte en sujetos “a prueba de condenas”. Esto explica a lo que se refería Alberti, a la insolvencia planificada⁶⁸, y –obviamente- a la necesidad que se piense en un plan de recuperación ante lo constatado negativamente.

A la postre, se enfatiza⁶⁹ “... pasar a ser un agente insolvente no es más que una decisión”. Decisión que muchas veces se adopta en la constitución misma de una sociedad, o traspasando los riesgos a otros agentes –p.ej. obligacionistas- y luego manteniendo conductas para maximizar las ganancias haciendo soportar el riesgo de la insolvencia a los acreedores, “...entendemos que el agente en cuestión decidirá ser insolvente cuando ello le sea más beneficioso que no serlo”, tal situación se advierte en las sociedades cuando no adoptan los administradores y los socios si son llamados a hacerlo, las medidas societarias para paliar la crisis, que las hay y muy buenas.

Actuando como buen hombre de negocios, se impone al administrador societario, como deber de lealtad, informar a los socios para que estos colaboren en la asunción de la crisis. Cumpliendo ese deber, no omitiendo diligencias propias de un buen hombre de negocios no asumen responsabilidad.

Si se constata que no hay planificación, que no existieron previsiones, que no se formuló ningún plan de empresa, que no hay dotación patrimonial suficiente, que no puso la cuestión a decisión de los socios⁷⁰ para que realicen aportes y aseguren la patrimonialización para enfrentar la actividad social, se

⁶⁵ YADAROLA, Mauricio en “Homenaje a Yadarola” Ed. Universidad Nacional de Córdoba, 1963, tomo I pág. 335 y ss. *Proyecto de Ley de quiebras* con indicación “Publicado en la Revista de la Universidad Nacional de Córdoba, año 1925”.

⁶⁶ Nta. posición sobre este y otros aspectos puede verse en *Invalidez societaria*, Ed. Lexis Nexis, Buenos Aires 2007; *Responsabilidad de administradores societarios por insolvencia*, pág. 504 en “Jornadas italoargentinas de derecho: perspectivas del derecho entre Latinoamérica e Italia” Córdoba Argentina 2004-2005, Ed. Alveroni, Córdoba Agosto 2006. *Responsabilidad de administradores y socios en caso de sociedad operando en insolvencia* en “Sociedades comerciales. Los administradores y los socios. Responsabilidad en Sociedades Anónimas”, AAVV, directores José M. Embid Irujo y Daniel Roque Vitolo, Rubinzal Culzoni, Santa Fe 2005 pág. 165. *RESPONSABILIDAD DEL DIRECTORIO POR OMISIÓN (no liquidarla ni presentarla en concurso y no llevar contabilidad en forma)*, en Revista de las Sociedades y Concursos, Ricardo Nissen Director, n° 43 año 2007 noviembre-diciembre año 9, pág. 127. *Respuestas a la insolvencia societaria* en La Ley 24 de septiembre de 2007 pág. 1 y ss..

⁶⁷ ACCIARRI, Hugo A.; CASTELLANO, Andrea y BARBERO, Andrea *El problema de la insolvencia en el Derecho de Daños. Un aporte para su análisis económico* en Jurisprudencia Argentina 2008-I Número especial “Derecho y Economía” coordinador por Hugo A. Acciarri, Ed. Lexis Nexis, Buenos Aires 2008, doctrina, pág. 10 y ss.

⁶⁸ PALACIO LAJE, Carlos *Delitos de vaciamiento de empresas*, Editorial Marcos Lerner, Córdoba 2002, refiere a las sociedades que se generan sin capital suficiente, “con capitales de humo” (p. 54), “los vencimientos del pasivo se van postergando y se obtiene refinanciamiento, mediante la exhibición de un “gran patrimonio”, aunque total o parcialmente impago. Con este ardid se obtiene también crédito por parte de los proveedores comerciales que aumentan el pseudo patrimonio o el stock de mercadería”, con una descripción que se corresponde a los Informes Generales que los Síndicos que formalizan en la mayoría de los Concursos Preventivos (no Quiebra) de Sociedades que han venido operando en insolvencia, lo que como vimos el A. califica como “ardid”, con un análisis minucioso de la figura del art. 174 6° CP. un delito penado con 2 a 6 años que determina en su primera parte “el que maliciosamente afectare el normal desenvolvimiento de un establecimiento o explotación comercial, industrial, agropecuaria, minera, o destinada a la prestación de servicios”, como afectación al patrimonio como prenda común (pág. 85 y ss.), para más adelante (Capítulo 5) tomar la segunda parte de ese art. 174 art. 6° (pág. 105) “destruyere, dañare, hiciere desaparecer, ocultare o fraudulentamente disminuyere el valor de materias primas, productos de cualquier naturaleza, máquinas, equipos u otros bienes de capital”, donde reflexiona que la norma sólo se refiere a la “cuantía del activo” (pág. 109), “de ese patrimonio sólo se alude a la disminución del activo y no al aumento del pasivo” amplía.

⁶⁹ ACCIARRI, Hugo A.; CASTELLANO, Andrea y BARBERO, Andrea *El problema ...* citado.

⁷⁰ Como apuntan BARREIRO y TRUFFAT en *Responsabilidad de administradores y representantes en la ley de quiebras: el deber fiduciario de la ley de sociedades, ¿se traslada a los acreedores* citado.

genera responsabilidad por los daños que se acrediten por tales actos u omisiones causados. Conforme la ley actual, si se ha abusado del medio técnico, los controlantes deberán dotar a los liquidadores para satisfacer el pasivo o deberá abrirse la quiebra con responsabilidad para los que agravaron el estado de cesación de pagos. Una norma expresa en tal sentido, eliminaría la mayoría de las quiebras.

Como sostiene Ángel Rojo, “...el concurso de acreedores debe ser un instrumento técnico para poder curar enfermos y no para enterrar cadáveres.”⁷¹ Lo importante sería recoger el principio de la conservación de la empresa⁷², cuando hay empresa. Correlativamente, como contracara, la demora en adoptar los remedios adecuados para el saneamiento de la empresa conlleva la responsabilidad de quienes la administran.

La planificación, la previsión, el régimen operativo, que debe prever la administración societaria no necesariamente debe ser evaluada. No obstante su exteriorización permitirá en su momento analizar la conducta y responsabilidad de los mismos, y de los fiscalizadores internos. Esa planificación servirá, conforme su razonabilidad –no necesariamente su éxito- para evitar acciones de responsabilidad. Por otra parte, en ciertos supuestos, como lo es para la homologación del acuerdo, ese régimen permitirá un cuestionamiento a la razonabilidad o posibilidad de la propuesta, sea por un impugnante o por el Juez.

Franco Bonelli⁷³ afronta el supuesto de la continuación de la gestión social después de la pérdida del capital social, con la responsabilidad de los administradores por actos cumplidos en conflicto de intereses, particularmente por daño a una sociedad controlada y daño a la sociedad directamente administrada para aventajar a la controlante o otra sociedad del grupo, una forma de ellas la dirección unitaria.

España ha afrontado la cuestión en la legislación societaria. “Tres son las piezas que componen ese mecanismo legal: el deber de los administradores de convocar junta general en el plazo de dos meses desde que concurra causa de disolución, la admisión expresa de la disolución judicial cuando la sociedad no proceda a acordar la disolución o la remoción de la causa, para lo cual se concede legitimación a cualquier interesado y se impone un deber de solicitud a los administradores; y la imposición a los administradores de una sanción consistente en la responsabilidad por las obligaciones sociales, cuando incumplan cualquiera de los deberes indicados. La más llamativa de esas disposiciones es, sin duda alguna, la que sanciona a los administradores con la responsabilidad solidaria por las deudas sociales (arts. 265, incs. 2º y 5º, LSA, y 195, inc. 5º, LSRL), algo que puede sorprender en sociedades en las que los socios no responden de las deudas sociales (arts. 1º, LSA, y 1º, LSRL)”⁷⁴. “Con el art. 262, inc. 5º, de la ley (española) persigue la misma finalidad. Pero en lugar de quedarse pasivamente esperando a que de forma espontánea los administradores y los socios lleven a cabo las actuaciones conducentes para conseguir la disolución, el legislador del 89 da un importante paso adelante: ha configurado un recurso (la extensión de responsabilidad por deudas) para disuadir a los administradores, con una sociedad en estado de disolución entre sus manos, de que contraigan nuevos compromisos con terceras personas; pero un recurso que al propio tiempo facilita el remedio para salvaguardar los intereses de los terceros sorprendidos en su buena fe: los terceros, en caso de incumplimiento por la sociedad deudora, podrán dirigir su poder de agresión contra el patrimonio personal de los administradores a quienes se hace garantes (responsables) solidarios del buen fin de las obligaciones contraídas”⁷⁵.

Entre las múltiples manifestaciones jurisprudenciales, que nos abruman, hemos elegido alguna más para ilustrar las reflexiones precedentes.

Así se ha sostenido que “Si bien la fundación es una asociación civil sin fines de lucro, ello no la dispensa de ser responsable tanto ella como sus miembros de las irregularidades que puedan suceder con sus empleados....La directiva del artículo 274 de la ley 19550 referida a los directores de una sociedad anónima también puede operativizar la responsabilidad personal de los gerentes de una SRL o la de un administrador de una sociedad en comandita por acciones -por vía de lo establecido en el art. 157, tercer párrafo y del art. 316 de la L.S.-; e incluso aplicando en forma analógica la solución que deriva de la norma, la del administrador de cualquier otro tipo societario comercial o del director de asociaciones civiles.... La imputabilidad a los directores, gerentes o administradores, a los fines de su responsabilidad por incumplimiento de las leyes laborales no parece discutible pues ellos son quienes orientaron la actividad societaria hacia la realización de actos destinados a defraudar, dañar o perjudicar a terceros.... El armónico juego de los arts. 59 y 274 de la ley 19550 son muy claros en cuanto contempla la

⁷¹ ROJO, Ángel *La reforma del derecho concursal español*, pag. 87 y ss. en el libro colectivo “La reforma de la legislación concursal”, dirigido por el mismo, específicamente pag. 113.

⁷² Nto. En torno a la conservación de la empresa en “Ensayos de Derecho Empresario”, pág. 4, pero mucho antes en el año 1978 con Francisco Quintana Ferreyra *La conservación de la empresa en las leyes de sociedades n° 19550 y de concursos 19551* en RDCO p. 1373.

⁷³ En *La responsabilità degli amministratori di società per azioni*, Ed. Giuffrè, n° 135 de los Quaderini di Giurisprudenza Commerciali,

⁷⁴ BELTRÁN SÁNCHEZ, Emilio *La responsabilidad por las deudas sociales de administradores de sociedades anónimas y limitadas incursas en causa de disolución*, en BOLAS ALFONSO, Juan (dir.), *La responsabilidad de los administradores de sociedades de capital*, Consejo General del Poder Judicial, Consejo General del Notariado, Madrid, 2000, p. 133.

⁷⁵ En los mismos trabajos citados en nota anterior; SUÁREZ-LLANOS GÓMEZ, Luis *La responsabilidad por deudas de los administradores de sociedad anónima*, en AA.VV., “*Estudios en homenaje a Menéndez Menéndez*”, Centro de Estudios para el Fomento de la Investigación, Madrid, 1997, p. 2481, esp. p. 2496. Sobre la responsabilidad por no convocar a junta general o no adecuar los estatutos, sentencia del 30/10/2000, Tribunal Supremo, sala Civ., p. 1687; *Tribunal Constitucional*. Sentencias y la sentencia del 21 de diciembre de 2000, p. 169.

responsabilidad personal, solidaria e ilimitada de los administradores, representantes y directores que a través de sus conductas u omisiones, al margen de su comportamiento en relación a la normativa interna del ente societario, violen la legislación vigente....Estas reflexiones corresponden a la CNTrabajo, Sala IV, Marzo 31 de 2008, “Poledo Ricardo Gastón contra Fundación Samuel Germán y otros sobre despido”.

IX - A MODO DE EPÍLOGO.

Alejandro Drucarroff Aguiar⁷⁶, apunta importantes consideraciones en torno a la limitación de la responsabilidad de administradores y socios de las sociedades comerciales, apuntando que “es una prerrogativa concedida por la ley que obliga a sus beneficiarios a ajustarse a los fines perseguidos por ella y a un obrar acorde con las normas aplicables a la actividad desarrollada por el ente societario. - Para su valoración en el contexto de la sociedad globalizada en la cual vivimos, no puede prescindirse de la realidad circundante, de los principios esenciales del Estado de Derecho, de los derechos y garantías de las personas y del supremo objetivo del bien común. - Entendemos fundamental, para la decisión de las causas judiciales que se planteen en esta materia, determinar si la herramienta societaria ha sido empleada de modo acorde a los fines legales, cumpliendo las normas aplicables. En caso de resultar negativa la respuesta a cualquiera de esos interrogantes, debe establecerse cuál ha sido el rol de –o el beneficio obtenido por- aquellos que la oponen para evadir su responsabilidad personal. - Consideramos erróneo formular un criterio apriorístico en sentido restrictivo o extensivo con relación a la responsabilidad de administradores y socios. Las circunstancias de cada causa serán determinantes para su juzgamiento, con base en los parámetros enunciados. - Postulamos que el cumplimiento por las sociedades comerciales de las leyes vigentes con relación a sus actividades, aventa cualquier duda y confiere certeza a los administradores y socios por las consecuencias que pueden caberles –a título personal- a raíz de la actividad societaria. Confluyen así la seguridad jurídica, la justicia y la equidad, en resguardo y beneficio de la sociedad en su conjunto”.

Se trata, frente al uso antifuncional de una sociedad persona jurídica, de revisar las diferentes modalidades de evitar la frustración de derechos de terceros, socios o acreedores (de la sociedad o de los socios), distinguiendo entre las técnicas de imputación aditiva o de responsabilidad de integrantes de órganos y de controlantes, socios o no, además de la posible responsabilidad de todos los socios.

Terciando en la polémica sobre la determinación del capital en la constitución de sociedades anónimas y de responsabilidad limitada, conflicto entre autonomía de la voluntad de los constituyentes y las facultades del órgano jurisdiccional de registración, no debe dudarse de la facultad del órgano jurisdiccional de registración para solicitar justificación del capital asignado en la constitución de una sociedad, rescatando su función básica operativa, o sea para asegurar la funcionalidad de la sociedad. Ello coherente con lo expuesto en torno a las previsiones de un plan de negocios congruente con la decisión de constituir una sociedad.

Estas afirmaciones no deben entenderse que afectan la autonomía de la voluntad de los fundadores para determinar ese monto, que encuentra su contrapartida en la generación de responsabilidad a los constituyentes y administradores por la insuficiencia del mismo en cuanto afecte a terceros, o sea frente a cualquier situación de la que resulte una infrapatrimonialización.

La conservación de la empresa como expresión significa mantener un patrimonio funcional para el cumplimiento del objeto.

La funcionalidad y la legislación societaria tienen hoy normas y recursos que permiten reencauzar las crisis patrimoniales o la insuficiencia patrimonial constitutiva o acaecida en la funcionalidad de la sociedad. Son fundamentales las previsiones en torno a como debe procederse cuando se detecten o produzcan causales de disolución, facilitando la remoción de las vinculadas a aspectos patrimoniales las de aumento o reintegración del capital social, aumento por capitalización de pasivos, solución esta última que debería anticiparse a la apertura de cualquier concurso, como lo hace la ley concursal de Colombia, vinculando ambas legislaciones.

La conservación de la empresa estructurada societariamente es un problema de los administradores y de los socios. Es una cuestión de derecho privado. Obviamente que tal reorganización podría ser asumida directamente por la sociedad. A veces sospechamos que los esos administradores ignoran la gravedad de sus conductas por la falta de un adecuado asesoramiento.

Este ensayo sobre responsabilidad de administradores y controlantes frente a cierta jurisprudencia laboral, deja abierta la conveniencia de converger sobre una axiología de la empresa, o mejor aún de las relaciones de organización, para atender desde la genética (concepción) hasta la liquidación (muerte), y a través de su funcionalidad (vida) colaborando con la interpretación constructivista en el perfeccionamiento y simplificación del sistema normativo, y en la predictibilidad de las conductas (de jueces y de administradores y partícipes de esas relaciones), para utilizar correctamente la institución

⁷⁶ EL OBRAR ANTIJURÍDICO Y LA RESPONSABILIDAD PERSONAL DE ADMINISTRADORES Y SOCIOS DE SOCIEDADES COMERCIALES, *Revista de Responsabilidad Civil y Seguros*, año X, N°12, p.3.

jurídica sociedad, no afectando a terceros deliberadamente o por falta de adopción de las prácticas previstas en la legislación para la sociedad-persona jurídica, más allá del riesgo empresario.