

LA LIMITADA RESPONSABILIDAD MANCOMUNADA PARA LOS SOCIOS DE LA SIMPLE SOCIEDAD EN LA LEY GENERAL DE SOCIEDADES*

LIMITED JOINT RESPONSIBILITY FOR THE SIMPLE SOCIETY PARTNERS IN THE GENERAL CORPORATION LAW

*Efraín Hugo Richard***

Resumen: Un tema criticado en la reforma a la Ley General de Sociedades (LGS) es la previsión de responsabilidad mancomunada y no solidaria -como era antes- que se plasma en el art. 24 LGS para todas las sociedades incluidas en la sección IV, para recibir en ese sistema de “sociedad simple” a la sociedad civil. Esta supuesta limitación de responsabilidad de los socios frente a los acreedores caduca en caso de falta de patrimonio social, en cuyo caso se los hace responsables solidariamente a los administradores y socios que han favorecido el incumplimiento de normas imperativas, pues ello no desluce la mancomunación prevista para los socios de las sociedades reguladas por los arts. 21 a 26 LGS, con un efecto limitado a su regular funcionamiento.

Palabras-clave: Responsabilidad mancomunada - Responsabilidad de socios - Insolvencia - Capital social - Garantía de terceros.

Abstract: One issue criticized in the reform of the General Corporation Law (GCL) is the anticipation of several and not joint liability -as it used to be- that is reflected in art. 24 GCL for all societies of Section IV, to include the civil society in the system of “Simple Society”. This alleged limitation of liability of partners in relation to creditors expires in case of lack of shareholders’ fund, in which case they are made severally responsible administrators and partners, because they have favored the

*Trabajo recibido el 15 de marzo de 2016 y aprobado para su publicación el 28 de marzo del mismo año.

**Abogado por Universidad Nacional del Litoral. Doctor en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Nacional del Litoral. Doctor Honoris Causa por la Universidad Nacional de Tucumán. Doctor Honoris Causa por la Universidad Católica de Salta. Doctor Honoris Causa por la Universidad del Norte, Santo Tomás de Aquino de Tucumán. Profesor Emérito por la Universidad Nacional de Córdoba, Director de su Departamento *de* Derecho Comercial. Miembro de Número de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Director de su Instituto de la Empresa.

breach of mandatory rules, as this does not detract the pooling foreseen for members of societies regulated by arts. 21-26 GCL, with limited effect to its regular operation.

Keywords: Joint responsibility - Responsibility of partners - Insolvency - Social capital - Third party guarantee.

Sumario: I. Tesis.- II. La responsabilidad en las personas jurídicas privadas en el Código Civil y Comercial.- III. Novedades en el CCC y las sociedades de la sección 4° LGS (arts. 21 a 26 LGS).- IV. La responsabilidad mancomunada.- V. Personalidad y separación patrimonial. Función de garantía del patrimonio y del capital social.- VI. Acceso a responsabilizar a administradores y socios con limitación de responsabilidad: la insolvencia.- VII. Pérdida del capital social. Respuestas imperativas de la Ley de Sociedades a las crisis.- VIII. Sobre la inoponibilidad de la personalidad jurídica.- IX. El apalancamiento financiero y daño a la sociedad y a terceros.- X. Meditaciones conclusivas.

I. Tesis

El patrimonio de las sociedades es la prenda común de los acreedores. La personificación de las sociedades es una técnica de simplificación por centralización de todas sus relaciones jurídicas. La personalidad es en beneficio de los acreedores y no tiene nada que ver con la limitación de responsabilidad.

Intentamos una visión integral de la responsabilidad de la sociedad persona jurídica, dentro de una visión sistémica del rol del derecho (1) y de una integración social del “capitalismo empresario”, en contraposición de una visión financiera del mismo.

II. La responsabilidad en las personas jurídicas privadas en el Código Civil y Comercial

El Título II “Persona Jurídica”, en capítulo 1 luce la Sección 1ª CCC, que al margen de la definición y el comienzo de la existencia, prescribe en el art. 143 *“Personalidad diferenciada. La persona jurídica tiene una personalidad distinta de la de sus miembros. Los miembros no responden por las obligaciones de la persona jurídica, excepto en los supuestos que expresamente se prevén en este Título y lo que disponga la ley especial”*. A su vez, en la Sección 3ª, y ya referida a la Persona jurídica privada, el Parágrafo 1º sobre Atributos y efectos de la personalidad jurídica, en su art. 154, expresa: *“Patrimonio. La persona jurídica debe tener un patrimonio. La persona jurídica en formación puede inscribir preventivamente a su nombre los bienes registrables”*.

Queda así en claro que el patrimonio de la persona jurídica es el que debe responder de las obligaciones contraídas (art. 141 CCC) *“para el cumplimiento de su objeto y los fines de su creación”*.

(1) Nto. “El derecho en el siglo XXI (Visión de un comercialista)”, *Revista de la Facultad de Derecho*, Universidad Nacional de Córdoba, Vol. V n° 2, pp. 29-59.

1. Ante esa división patrimonial se impone referirse a la insuficiencia del patrimonio de la persona jurídica para responder a las obligaciones generadas por relaciones contractuales o extracontractuales.

¿Para qué hablar de responsabilidad, resarcimiento de daños, reparación del incumplimiento de las personas jurídicas si el tercero puede satisfacer su derecho reclamando a la persona jurídica?

Sólo debemos referir otras vías cuando ese patrimonio fuere insuficiente. Vías innecesarias si la persona jurídica tiene capacidad patrimonial para satisfacer el justo reclamo.

Recién si el patrimonio fuere insuficiente se podría pensar en la posibilidad de acciones de responsabilidad contra administradores, de derecho o de hecho, y contra algunos o todos los miembros de la persona jurídica. Ello acaece fundamentalmente respecto de terceros, pues la persona jurídica y sus miembros pueden tener interés en satisfacer los daños a la misma o a sus miembros directamente de quién los generó, y en estos casos no interesa la insolvencia o insuficiencia patrimonial.

Hemos destacado las responsabilidades de socios y administradores ante la insolvencia, pero también la acotamos a la existencia de daño. Y este es tema de polémica (2).

2. Comenzando a hurgar en las nuevas previsiones, advertimos que la personalidad jurídica es una institución jurídica, pues si bien nace de la autonomía de la voluntad requiere procedimientos estrictos para desaparecer, particularmente, la satisfacción de todas las obligaciones (art. 167 CCC), y para ello su funcionalidad esta reglada por normas imperativas (art. 150 inc. a. CCC), sin perjuicio de la maleabilidad autonómica para su organización y funcionalidad.

Dentro de esas normas imperativas están las que aseguran la existencia y consistencia del patrimonio -capital social-, y así en el CCC son causales de disolución, conforme lo dispone el art. 163 inc. c) “...*la imposibilidad sobreviniente de (cumplir)... al objeto social, una de las cuales es la insuficiencia patrimonial*”, e inc. i) “*el agotamiento de los bienes destinados a sostenerla*”, causales de disolución que imponen la liquidación salvo la reconducción en cualquier momento (art. 166) “siempre que la causa de su disolución pueda quedar removida por decisión de los miembros o en virtud de la ley”. Y la liquidación, como hemos anticipado “consiste en el cumplimiento de las obligaciones pendientes con los bienes del activo del patrimonio de la persona jurídica o su producido en dinero”.

III. Novedades en el CCC y las sociedades de la sección 4° LGS (arts. 21 a 26 LGS)

Con este introito sobre la personalidad jurídica podemos afrontar las novedades que sobre responsabilidad trae el CCC en torno a personas jurídicas privadas.

Por una parte, podríamos hablar que se ha agregado como persona jurídica privada al consorcio de propietarios. Tema interesante desde el punto de vista de terceros acreedores,

(2) Ver nuestros trabajos sobre el tema en www.acaderc.org.ar

incluso laborales: ¿cómo cobrar una importante sentencia por despido? ¿Eventualmente se podría solicitar la quiebra? ¿Cuál es la solución? La tenemos en claro, pero no es centro de este ensayo. Lo mismo expresamos sobre la sociedad anónima unipersonal y los problemas que se generan.

La reforma a la LGS de los arts. 21 a 26 viene a suplantar todo régimen de atipicidad, irregularidad, informalidad, validando ahora el contrato entre las partes y los terceros que lo conocieron.

Se trata de asegurar la prueba de la existencia de la sociedad, pese a mantener que puede ser probada por cualquier medio, lo que tiende a asegurar derechos de terceros, incluso de los trabajadores, pues si el empleador es una supuesta sociedad de hecho no sólo hay que probar que se está frente a una sociedad, sino quiénes son los socios y que la prestación laboral se prestó para la sociedad y no para alguno de ellos.

Pero el punto que puede generar más resquemor es la previsión de responsabilidad mancomunada y no solidaria -como era antes- que se plasma en el art. 24 LGS, para recibir en ese sistema de “sociedad simple” a la actual sociedad civil.

En esta supuesta limitación de responsabilidad frente a los terceros centraremos atención.

IV. La responsabilidad mancomunada

Los efectos de las obligaciones mancomunadas han sufrido modificaciones en el CCC, debilitándola en relación a terceros en sus reclamos a los así obligados. Norma el art. 628 CCC: *“La obligación simplemente mancomunada es aquella en la que el crédito o la deuda se fracciona en tantas relaciones particulares independientes entre sí como acreedores o deudores haya. Las cuotas respectivas se consideran deudas o créditos distintos los uno de los otros”*. Y el art. 826 establece que: *“Los efectos de la obligación simplemente mancomunada se rigen, por lo dispuesto en la sección 6ª de este Capítulo, según que su objeto sea divisible o indivisible”*.

Sin duda las obligaciones de dar sumas de dinero son divisibles, en deudas proporcionales (arts. 808 CCC y 24 LGS) “y los deudores no responden por la insolvencia de los demás”, lo que debilita la posición del acreedor de obligaciones simplemente mancomunadas.

¿Un acreedor social deberá demandar a cada uno de los socios, en los casos de estas simples sociedades, por su parte viril y perder acción si alguno es insolvente? La respuesta afirmativa parecería la correcta frente a la claridad de la norma, pero dejamos pendiente nuestra respuesta.

Obviamente que no corresponderá, ante la quiebra de la sociedad, la declaración automática de quiebra de los socios, pues no son solidarios y por tanto no son alcanzados por la norma del art. 160 ley 24522 (LCQ), pero el tema de la responsabilidad no termina allí. Acabamos de referirnos a la insolvencia de un socio en la simple mancomunación, pero deberemos referirnos a la insolvencia de la sociedad.

V. Personalidad y separación patrimonial. Función de garantía del patrimonio y del capital social

Señalamos, conforme el art. 123 CCC que existe una separación patrimonial de la persona jurídica privada, que es lo que la justifica, y no se puede agredir el patrimonio de sus miembros, ni de sus administradores por las deudas de la persona jurídica, que desde ahora las especificaremos como “sociales” por corresponder a una persona jurídica privada societaria.

Así como nombre, domicilio y órganos corresponden a una *estructura específica*, la limitación de responsabilidad también corresponde a ella. Hemos tipificado las personas jurídicas privadas, las estructuras específicas a que referimos corresponden a una tipología de segundo grado, o sea al tipo de sociedad o de asociación elegido por los constituyentes para reglar sus relaciones internas y externas.

La división patrimonial, aun sin estanqueidad, y la autogestión imputativa a través de representación orgánica y no contractual, son elementos reveladores de la existencia de una persona jurídica autónoma de un ente determinado, a lo que debe sumarse el necesario reconocimiento legislativo como tal.

La responsabilidad limitada de los socios no debe ser confundida con el principio de la división patrimonial, es decir, a distinguir entre el patrimonio activo y pasivo de la sociedad y el de los socios. El principio de división significa que el patrimonio de la persona jurídica y el de sus miembros se halla separado. Sin embargo, ello no es óbice -como en nuestro país- para que el derecho positivo establezca que los socios responden por las deudas sociales, en algunos tipos societarios. Por eso no ingresamos en las excepciones que imponen la solidaridad en el mismo art. 24 LGS porque ello distraería la atención del tema central que afrontamos.

1. El derecho societario protege imperativamente la dotación patrimonial a través de la causal de disolución por pérdida del capital social, cuya normativa opera en el derecho comparado “como un instrumento preconcursal”, y debería serlo en nuestro país conforme la función de garantía del capital social estatutario.

Así el punto central es la función de garantía del capital social en todas las sociedades.

Anticipamos que la existencia de normas imperativas para las personas jurídicas privadas está reconocida en el art. 150 inc. a) CCC (3), remarcando la existencia de preceptos imperativos en las leyes especiales que regulan cada persona jurídica privada, y en el propio Código, no disponibles por la autonomía de la voluntad. Un fallo de la Corte que luego acercaremos había señalado este criterio.

(3) Art. 150 CCC: “*Leyes aplicables. Las personas jurídicas privadas que se constituyen en la República, se rigen: a) por las normas imperativas de la ley especial o, en su defecto, de este Código; b) por las normas del acto constitutivo con sus modificaciones y la de los reglamentos, prevaleciendo las primeras en caso de divergencia; c) por las normas supletorias de leyes especiales, o en su defecto, por las de este Título. Las personas jurídicas privadas que se constituyen en el extranjero se rigen por lo dispuesto en la ley general de sociedades*”. Adviértase la preeminencia de la ley societaria sobre las normas de leyes especiales como la de concursos.

La base de la constitución y reconocimiento de una persona jurídica privada es el patrimonio separado para el cumplimiento de su finalidad, apuntado por el art. 154 CCC, y a la determinación del capital social en LGS. No nos estamos refiriendo ahora a la apreciación sobre infracapitalización material, que hace más a la función de productividad del capital social, que tantas discusiones ha traído sobre si el juez puede apreciar al tiempo del registro la existencia de una dotación suficiente de ese capital social, sino a la función de garantía del capital social específicamente en cuanto se constituye en una causal de disolución de la persona jurídica o de la sociedad. Veremos a su vez cómo pseudo situaciones de infrapatrimonialización material son tratadas jurisprudencialmente a través de las previsiones de la “inoponibilidad de la personalidad jurídica”. Decimos “pseudo” situaciones pues en ellas se revela una desaparición lisa y llana del patrimonio social.

Debe convenirse que las normas de LGS sobre la función de garantía del capital social son imperativas. Ello es congruente con la idea que la sociedad debe ser viable y no puede convertirse en un instrumento para dañar a terceros y al mercado en general (4).

La autonomía de la voluntad para generar personas jurídicas, particularmente las societarias, está acotada por normas propias que hacen a la consistencia y subsistencia del patrimonio base de esa personalidad, y su reconocimiento permitirá prevenciones ante la posibilidad de que se generen daños, lo que siempre existió, pero se acentúa conforme las nuevas normas. En esa integración, resulta un aspecto liminar determinar si las normas que organizan ese sistema -especialmente las societarias- son imperativas y/o de orden público.

No creemos haya duda de la imperatividad de las normas societarias en caso de pérdida del capital social y de los efectos que se producen, pues protegen a terceros. Es casi dialéctica la determinación sobre si esas normas son también de orden público.

En cuanto se compromete la continuidad del giro empresario -objeto de la sociedad- aparece un orden público social: la conservación de la empresa por el efecto social y económico en la región, y la conservación del empleo, y el derecho constitucional de propiedad de los acreedores y a trabajar de sus empleados. En tal sentido el art. 154 CCC sobre el patrimonio de las personas jurídicas privadas, el art. 163 ap. c) e i) CCC sobre imposibilidad sobreviniente de cumplimiento del objeto por incapacidad patrimonial o el agotamiento de los bienes destinados a sostener la persona jurídica, y el art. 11 inc. 4° LGS sobre la constitución del capital social o patrimonio fundacional, el art. 94.5 LGS que impone la disolución de la sociedad ante su pérdida.

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

(4) Nto. “Normas imperativas del derecho societario para prevenir daños”, en *Los aspectos empresariales en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación*, Ed. Fidas, Buenos Aires 2015, p. 79.

E. Daniel Truffat (5) se ha enrolado en esa posición integradora del sistema jurídico hoy reforzada por el contenido del Título Preliminar del CCC: *“La pérdida de autosuficiencia del Derecho Concursal y su necesaria integración no solo con normas supra legales de base constitucional, sino con el derecho positivo clásico y con los ‘nuevos derechos’ (defensa del consumidor, normas de prevención de origen espurio de los capitales, defensa de la competencia, etc.), impacta radicalmente sobre los criterios y enfoques que deben presidir el “diseño” de cada solución concursal y de los acuerdos que a través del concordato se busquen instrumentar (...). Mi generación se formó con ciertas teóricas ideas (que eran más “prejuicios” que auténticas expresiones de racionales) sobre la completividad de tales cuerpos normativos (...). Claramente se integró el derecho concursal con las normas directrices del derecho civil (...). En el área concursal los jueces nacionales se encargaron de remarcar que el derecho concursal “no es una isla” (...). Todo ello con el detalle, tantas veces remarcado, de la “constitucionalización” de las relaciones patrimoniales”*.

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

Las normas societarias a las que referimos tienen carácter imperativo cuanto menos, si es que no constituyen un orden público societario. Como premisa: las normas imperativas de la ley societaria -al margen de si constituyen o no reglas de orden público- son inderogables, y su apartamiento constituye un fraude a la ley.

Defensores de la autonomía de la voluntad en la generación y funcionalidad de las sociedades (6) reconocen esos límites. “La ley 19550 posee normas de tipo imperativas y normas de tipo dispositivas. Dentro de las primeras coexisten las normas que tutelan intereses patrimoniales y aquellas que protegen un llamado orden público. A estas últimas podemos catalogarlas como: normas imperativas (de orden público). Atento el interés jurídico tutelado, las normas de orden público no pueden ser derogadas por contrato. Hasta aquí llega la autonomía de las partes. Siendo esto así, la cuestión de fondo es saber qué normas de la ley de sociedades son imperativas y cuáles de orden público”. Estos autores sostienen que no hay derechos patrimoniales individuales inderogables por razón de orden público si todos están de acuerdo en dejarlos de lado. Lo que es obvio. Pero, como anticipan, aceptan la existencia de un orden público societario, con normas inderogables, tales como: “8) el régimen de disolución y liquidación; entre otros dispositivos. Nadie puede negar que el capital social constituye un elemento esencial del tipo pues hace al patrimonio neto mínimo de retención que el sistema jurídico exige como atributo de la personalidad y del régimen de limitación de responsabilidad. (...) Nadie podría válidamente constituir una sociedad sin capital social; (...) Nos animamos a decir

(5) En el VIII Congreso del Instituto Iberoamericano de Derecho Concursal, México D.F. (México), 17 a 19 de mayo de 2012, su magistral conferencia con el título “Sobre los concursos “a medida”, a la luz de la actual realidad normativa”.

(6) VAN THIENEN, Pablo Augusto (Director y colaboradores). “Orden público societario..., ¿estás ahí?”, *Law & Finance*, Working Paper n° 20, 2008.

que este tipo de normas son imperativas (de orden público) y que su violación da lugar a una nulidad”.

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

Es la “función de garantía del capital social” a la que estamos poniendo de resalto como una línea roja que impone conductas. Es una función distinta a la de “productividad o funcionalidad” del capital social sobre la que se ha escrito mucho a través de la teoría de la “infrapatrimonialización material” (7). Pero la función de garantía hace a un problema patrimonial: el pasivo social no puede ser igual o superior al activo social. Esta función de garantía funciona también en las legislaciones que autorizan la “one dollar corporation” o “one pound company”. Esa función de garantía del capital social esta adecuadamente resguardada en la legislación mundial (8).

2. Correlativo con ello individualizamos la disposición del art. 99 LGS, vinculado a la causal de disolución de pérdida del capital social (94.5 LGS), que protege a terceros sin perjuicio de la remediación autorizada taxativamente por el art. 96 LGS.

Esa estructura fundante del derecho societario, con normas uniformes en el derecho comparado -al igual que en el nacional-, se reafirma en la nueva concepción del art. 100 introducido en la LGS (9) ampliando el vigente, en un todo congruente con los arts. 2 y 150 a) CCC.

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

¿Podrían los constituyentes de una sociedad pactar en el estatuto que si la persona jurídica societaria pierde el capital social esa causal de disolución deberá ser afrontada por los acreedores? ¿Se aceptaría por los órganos de control (administrativos o judiciales) inscribirla con tal cláusula? Y si se la hubiera rechazado, eliminándola del Estatuto, ¿podrían

(7) Que en muchos casos se confunde con la pérdida del capital social, mereciendo otra solución: la prevista en el art. 54 *in fine* LGS como veremos en alguna jurisprudencia más adelante.

(8) Nto. “Notas en torno a la preconcursalidad societaria: Un estudio comparado”, *Revista de Derecho concursal y Paraconcursal*, Editorial La Ley, RPC 20/2014, Reseña Legislativa española y comparada. Madrid 2014, pp. 423 - 446.

(9) 2.21.- *Sustituyese el artículo 100 de la ley 19550, T.O. 1984, por el siguiente: Artículo 100.- Remoción de causales de disolución. Las causales de disolución podrán ser removidas mediante decisión del órgano de gobierno y eliminación de la causa que le dio origen, si existe viabilidad económica y social de la subsistencia de la actividad de la sociedad. La resolución deberá adoptarse antes de cancelarse la inscripción, sin perjuicio de terceros y de las responsabilidades asumidas. Norma de interpretación. En caso de duda sobre la existencia de una causal de disolución, se estará a favor de la subsistencia de la sociedad.*

los socios en el momento de aprobarse un balance del que surgiera la constatación de la pérdida del capital social -sin ninguna observación contable- decidir que continuarían el giro sin reintegrar ni capitalizar por si, por terceros y acreedores, disponiendo que la sociedad sea concursada y se requiera una quita a los acreedores?

Esa función de garantía constituye una línea roja, infranqueable sin asumir responsabilidad. Es que su fragilidad ha sido marcada, ampliándola al mantenimiento de la capacidad operativa de la sociedad (10).

Esa viabilidad está vinculada a las facultades y deberes de los administradores de la sociedad, particularmente en la confección del balance y en la formulación de la Memoria en su caso.

3. El punto ha sido subrayado por la doctrina: “Este enfoque debería ser central dentro de una legislación concursal y su apreciación jurisprudencial, es decir poner los esfuerzos y la atención en las causas que han llevado a la sociedad a una situación de falencia y no limitarse a prever y ordenar los efectos que la misma produce” (11).

Antes de la insolvencia -pérdida del capital social-, en grados menores de crisis debería actuar el derecho concursal, incluso los acuerdos privados (12). La preconcursalidad es hoy abordada por especialistas, como forma de paliar la ineficiencia de la legislación concursal, con métodos más inmediatos y de menores costes económicos y sociales (13). Pero esos especialistas en el derecho concursal suelen no abordar la preconcursalidad prevista en las legislaciones societarias, que tienen soluciones uniformes en el derecho comparado (14), basadas en esa función de garantía.

4. Recordando algo aparentemente olvidado, se ha dicho: “La normativa societaria ha tenido, desde siempre, la preocupación de la defensa y protección del crédito y, por esta vía, de la prevención de las crisis empresariales. Con herramientas y procedimientos diferentes ha ido convergiendo con una legislación concursal cada vez más preocupada por la prevención de las crisis empresariales y en la solución de éstas con el menor daño

(10) OLIVERA GARCÍA, Ricardo. “El concepto de capital como límite a la potestad de distribución de dividendos”, *Jurisprudencia Argentina*, número especial, Buenos Aires, octubre 15 de 1997, n° 6059 bajo nuestra dirección, p. 24 y ss. específicamente p. 27.

(11) RIPPE, Siegbert. “Subcapitalización y responsabilidad de directores y administradores”, p. 27 y ss., en publicación citada en nota anterior, específicamente, p. 34.

(12) Nto. “Las soluciones negociadas como respuesta a la insolvencia empresarial. Visión desde el derecho argentino: La preconcursalidad societaria”, en *Las soluciones negociadas como respuesta a la insolvencia empresarial*, Director José Antonio GARCÍA-CRUCES, Ed. Departamento de Derecho de la Empresa, Universidad de Zaragoza, Thomson Reuters Aranzadi, p. 33 y ss.

(13) PULGAR EZQUERRA, Juana. *Preconcursalidad y acuerdos de refinanciación. Adaptado a la ley 38/2011 de 10 de octubre, de reforma de la ley concursal*, Ed. La Ley grupo Wolters Kluwer, Madrid, julio 2012.

(14) Nto. “Notas en torno a la preconcursalidad societaria: Un estudio comparado”, *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, Editorial La Ley, RPC 20/2014, Reseña Legislativa española y comparada, Madrid 2014, pp. 423-446.

posible a las estructuras productivas. Esta comunidad de objetivos entre ambas ramas del ordenamiento mercantil hacen necesaria una coordinación y armonización normativa -que impone el art. 2 CCC- de modo que su objetivo común pueda ser logrado en forma segura y eficiente, derecho concursal y derecho societario no son dos compartimentos estancos. Ambas disciplinas deben perseguir, desde una concepción integral del sistema jurídico, una armonización de sus sistemas normativos en orden a la tutela del crédito, a la anticipación de las crisis y a evitar su profundización y propagación” (15).

La Corte Suprema de Justicia argentina avala esta visión sobre la imperatividad de las normas societarias. En fallo del 20 de octubre de 2009 formuló un *obiter dictum* al acoger planteos de arbitrariedad contra la sentencia homologatoria en el concurso de “Sociedad Comercial del Plata S.A.”, expresando: “El proceso concursal, como última *ratio* preventiva que procura remediar el estado de cesación de pagos, atendiendo coetáneamente la protección de la empresa y la satisfacción del derecho de los acreedores”. Al calificar al concurso como “última *ratio* preventiva que procura remediar el estado de cesación de pagos”, reconoce que existen otros remedios para la crisis en forma preventiva.

Se confirma así que la legislación societaria tiene normas imperativas, indisponibles, y recursos que permiten reencauzar las crisis patrimoniales. Son fundamentales las previsiones en torno a cómo debe procederse cuando se detecten o produzcan causales de disolución, facilitando la remoción de las vinculadas a aspectos patrimoniales, con el aumento o reintegración del capital social, solución que debería anticiparse a la apertura de cualquier concurso. La capitalización del pasivo es la forma societaria de afrontar la crisis si los socios no desean capitalizar. Ello es congruente con doctrina y legislación mundial, tratando de que las sociedades se recuperen rápidamente acompañadas por los acreedores profesionales financieros -que luego colocarán esas acciones en el mercado- y por los proveedores vinculados al éxito de la sociedad en crisis. El art. 43 LCQ acepta las propuestas de “capitalización de créditos, inclusive de acreedores laborales, en acciones o en un programa de propiedad participada...”

Lo precedente es introductorio en cuanto determina la posibilidad de accionar contra socios simplemente mancomunados por montos más allá de la parte viril.

VI. Acceso a responsabilizar a administradores y socios con limitación de responsabilidad: la insolvencia

Desde hace mucho sostenemos que la conservación de la empresa se tutela en nuestro país en forma inmediata por la legislación societaria y en forma mediata por la legislación concursal (16).

(15) OLIVERA AMATO, Juan M. “Herramientas societarias para la solución y prevención de las crisis empresariales”, en AA.VV. directores José Miguel EMBID IRUJO, Daniel Roque VITOLO, *Situaciones de crisis en las sociedades comerciales*, Ed. Ad Hoc, Buenos Aires, 2010, p. 31 y ss., esp. 35.

(16) “La conservación de la empresa en las leyes de sociedades 19.550 y de concursos 19.551”, con Francisco Quintana Ferreyra, en *Summa Societaria*, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2012, tomo II, p. 1947.

La Ley de Sociedades tiene el sistema imperativo que hemos referido para asumir la insolvencia de esas personas jurídicas, esto es la pérdida del capital social, y ello es complementario de la previsión del art. 24 LGS.

La Ley de Concursos atiende la cesación de pagos de las sociedades, o sea la situación en que el activo corriente es insuficiente para satisfacer el pasivo corriente, a través de los medios preventivos -concurso preventivo, quiebra convertida en concurso o acuerdo preventivo extrajudicial- que frenan las acciones individuales y permiten la reorganización de la sociedad, en este caso. Incluso se trata de atender la crisis en sus momentos iniciales.

Esta es la base normativa de la atención de la crisis de las sociedades que, en casos, puede tener aplicaciones ambiguas pero que, en ningún caso, pueden llegar al abuso de derecho, o peor aún, configurar un fraude a la ley.

Debe tenerse en cuenta que la pérdida del capital social no necesariamente implica la incapacidad de funcionar del ente, ya que si se lleva a cabo una adecuada administración financiera, es posible mantener su capacidad operativa sin que se vean afectadas las posibilidades de cumplir con el objeto social. Es decir que no necesariamente se ve afectada la función de productividad del capital social, pero la continuidad de la actividad como si nada ocurriera encubriría la pérdida del capital social y la posibilidad concreta de dañar.

La pérdida del capital social implica la pérdida de la garantía para terceros e impone la liquidación (17), salvo capitalización. La pérdida de la prenda común de los acreedores sociales.

Ponemos acento en la causal de disolución de pérdida del capital social que -pese a que la particular legislación no contenga plazos para iniciar la liquidación- genera responsabilidad de administradores -y quizá de socios- de continuar el giro y no poder luego satisfacer el pasivo. La libertad para decidir la continuación del giro, sin capitalizar la sociedad, en la esperanza de un plan de negocios exitoso, no los libera en caso negativo de asumir el pasivo insoluto o la satisfacción de las obligaciones contraídas. La responsabilidad por los daños surge inmediatamente, aunque no se efectivizará si las obligaciones con terceros son satisfechas por la sociedad, eventualmente, capitalizándose. La responsabilidad de socios, que surge ahora de la integración de las normas de los arts. 167 CCC y 99 LGS nacerá cuando aquéllos, soslayando la previsión del art. 96 LGS, ratifiquen la presentación en concurso prevista por el art. 6 de la ley 24522 (LCQ). Y esto es aplicable a las sociedades de la sección IV LGS.

El inicio de la liquidación no importa el cese de la actividad, que podría llevar a consecuencias funestas para acreedores y socios, no satisfaciendo a todos pese a un aparente activo superior al pasivo, al generarse un incremento exponencial de este último por indemnizaciones por despido, rupturas de contratos, etc.

La constatación de la pérdida del capital social constituye una causal de disolución (art. 94.5 LGS), impone iniciar un proceso de capitalización o, en su defecto, de liquida-

(17) NISSEN, Ricardo Augusto. *La pérdida del capital social como causal de disolución de las sociedades comerciales*, Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 2002, pp. 47 y 48.

ción, pues constituye una causal de disolución al constatarse en el balance esa situación, o antes (18). Ello para evitar daños a los acreedores y responsabilidad de administradores y quizá de socios.

Se trata de las causales de inmediato conocimiento -que suelen referirse como que actúan de pleno derecho, *ipso jure* u *ope legis*, generando la responsabilidad prevista por el art. 99 LGS para administradores y socios de no optarse por las soluciones que la misma ley ofrece en el art. 96 para no iniciar la liquidación de la sociedad: “En caso de pérdida del capital social, la disolución no se produce si los socios acuerdan el reintegro total o parcial del mismo o su aumento” (art. 96 LCS/LGS).

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

Vivante entiende a la pérdida del capital social como una causal de disolución que opera de pleno derecho (19). Aun en la causal de vencimiento del término, la sociedad podría seguir operando -pero otro tema es la responsabilidad si la continuidad del giro social generara daño-. Es valiosa la clasificación entre causales imperativas y voluntarias, y en relación a las primeras, las de inmediata constatación o que deben ser declaradas. Todo en vista a la sanción: la responsabilidad.

No existe plazo para remover la causal (art. 96 LGS), por reintegro o capitalización, o iniciar la liquidación, pero la responsabilidad nace en forma inmediata (art. 99 LGS), pues la obligación de resarcir está ligada a la existencia de daño. Y la referencia que hace ese art. 99 a la responsabilidad de los socios “en su caso”, interpretada por la doctrina en el sentido de imputársele a quienes hayan intervenido en la violación de la norma imperativa, encuentra claro sustento en el art. 167 CCC (20), incluso aplicable a los socios de las sociedades de la Sección IV LGS conforme su conducta. Piénsese en la mayoría de socios que aprobó la presentación en concurso de una sociedad que hubiera perdido el capital social, en el que luego se presenta una propuesta de quita, sin adopar las decisiones previstas en el art. 96 LGS. La relevancia interpretativa del art. 99 LGS que genera el texto del nuevo art. 167 *in fine* CCC es definitoria, pero absolutamente lógica y congruente. No pueden aprovecharse los socios de su decisión de no capitalizar la sociedad, evitando

(18) FUSHIMI, Jorge Fernando - RICHARD, Efraín Hugo. “*El balance anual de las sociedades. Constataciones y efectos*”, en prensa.

(19) VIVANTE, César. *Tratado de Derecho Mercantil*, versión española de la quinta edición italiana corregida, aumentada y reimpressa, Ed. Reus, Madrid, 1932, Volumen II “Las sociedades mercantiles”, pp. 483-485.

(20) Art. 167 CCC “LIQUIDACIÓN Y RESPONSABILIDAD... resuelta la liquidación u ocurrida otra causa y declarada en su caso por los miembros, la persona jurídica no puede realizar operaciones, debiendo en su liquidación concluir las pendientes... En caso de infracción responden ilimitada y solidariamente sus administradores y aquellos miembros que, *conociendo o debiendo conocer la situación y contando con el poder de decisión necesario para ponerle fin, omiten* adoptar las medidas necesarias al efecto” (el resaltado pertenece al autor).

responsabilizarse si generan daño a acreedores o intentan que éstos recompongan la situación patrimonial a través de quitas, que implicarían una transferencia de riqueza, un enriquecimiento sin causa de los socios.

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

Adviértase que la causal de disolución es de inmediata constatación y vigencia, pero de ello no debe colegirse que la etapa de liquidación se abre de pleno derecho, ella debe ser decidida y para generar oponibilidad inscribirse. Pero aquella constatación implica la inmediata responsabilidad por los daños que de la situación patrimonial negativa se generen. Si no hay daño, no hay responsabilidad, pues no se trata de una sanción sino del uso abusivo de la sociedad que ha generado daños a terceros, como enfatizamos en el párrafo siguiente.

Si esa recomposición no se decide, y continúa operando la sociedad, la cuestión de la responsabilidad se retrotrae a la fecha en que se acredite que administradores y socios conocieron o debieron conocer la situación, o si aprobaron un balance donde se registró -o debió registrar- la pérdida del capital social. Ello se deberá presumir si hay acreedores insatisfechos, incluso los que resultan afectados por quitas (21) y esperas en un proceso concursal (22). Quizá así se entienda la repetida “desaparición” de libros y documentación contable en estos procesos, que resultará ahora acotada por la disposición del art. 325 CCC, que dispone que “(l)os libros y registros del art. 322 deben permanecer en el domicilio de su titular”, en el caso, en el domicilio social.

Y aquí comienzan a darse las respuestas.

VII. Pérdida del capital social. Respuestas imperativas de la Ley de Sociedades a las crisis

Reiteramos, la responsabilidad de administradores y de los socios que consientan la continuidad se genera por los daños que puedan producirse. Resulta de la violación de una norma imperativa que, ante su desconocimiento, impone expresamente esa responsabilidad. Reza el art. 99: “*Los administradores, con posterioridad al vencimiento del plazo de duración de la sociedad o al acuerdo de disolución o a la declaración de haberse comprobado alguna de las causales de disolución, sólo pueden atender los asuntos urgentes y deben adoptar las medidas necesarias para iniciar la liquidación. - Responsabilidad. Cualquier operación ajena a esos fines los hace responsables ilimitada y solidariamente respecto a los terceros y los socios, sin perjuicio de la responsabilidad de éstos*”. Este último

(21) La quita es una propuesta esencialmente inequitativa desde el momento que implica una transferencia de riqueza del acreedor al deudor, a título gratuito (nto. “¿Capitalismo de reposición vs. Capitalismo donatario?”, en *Doctrina Societaria y Concursal* ERREPAR (DSCE), Tomo XXIII, p. 933, setiembre 2011), y el consecuente enriquecimiento del segundo a costas del empobrecimiento del primero.

(22) Nto. “Los administradores societarios y la insolvencia” en *Summa Societaria*, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2012, t. I, p. 1449.

párrafo, con diferente interpretación doctrinal y jurisprudencial, encuentra ahora claro contenido a través del art. 167 CCC referido a toda persona jurídica privada, obviamente las sociedades: *“Liquidación y responsabilidad... resuelta la liquidación u ocurrida otra causa y declarada en su caso por los miembros, la persona jurídica no puede realizar operaciones, debiendo en su liquidación concluir las pendientes... En caso de infracción responden ilimitada y solidariamente sus administradores y aquellos miembros que, conociendo o debiendo conocer la situación y contando con el poder de decisión necesario para ponerle fin, omiten adoptar las medidas necesarias al efecto”* (el resaltado pertenece al autor). Como señala la jurisprudencia (23) *“la suficiente capitalización de la sociedad al momento de su constitución y posteriormente, durante todo el desarrollo de la actividad empresarial es la mejor manera de evitar la insolvencia de la sociedad, atento a que ésta cuenta con mecanismos para obtener la financiación interna”, y -eventualmente- la capitalización del pasivo.*

Con esta visión se construye un sistema de preconcursalidad desde el derecho societario. Es deber fundamental de los socios capitalizar la empresa si la solución es continuar el giro social. No necesariamente con aportes propios.

Aun cuando desistan de seguir aportando porque no quieren o porque han perdido interés en el proyecto económico de la sociedad-empresa, o no tienen capacidad económica para hacerlo. La solución está prevista en LGS: pueden invitar a terceros a suscribir el aumento de capital necesario para la continuación del giro o la capitalización de las deudas, o sea que los acreedores acompañen a los accionistas no sólo en el riesgo sino en el éxito futuro del negocio (art. 197 LGS).

Como destaca Baracat (24), apuntamos a la preconcursalidad del sistema societario para atender a las crisis y evitar la dispersión del daño. Y ese punto es bien atendido por el régimen societario mundialmente.

Los administradores societarios no son responsables en ninguna de las sociedades, ni en las colectivas si no son socios. Tranquilizamos hace mucho a Héctor Alegría y lo volvimos a reeditar en el libro en su homenaje: *Sobre la conservación de la empresa (en torno a aspectos patrimoniales)* (25). Allí sosteníamos nuevamente que la base de la responsabilidad es siempre subjetiva e imponía el daño, razón por la cual los riesgos se desatan ante la incapacidad de la sociedad de atender sus obligaciones.

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

(24) BARACAT, Edgar J. “El desvanecimiento de los procedimientos ortodoxos para abordar la insolvencia de las personas físicas y empresas. ¿Un giro definitivo hacia el privatismo?”, *Revista de Derecho Comercial y de la Empresa*, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2ª quincena diciembre 2011. El Prof. Baracat es Ministro de la Cámara Comercial de Rosario e inveteradamente preside o es ponente general en la Comisión de Derecho Procesal Concursal de los Congresos de Derecho Procesal.

(25) En libro colectivo *Derecho económico empresarial Estudios en Homenaje al Dr. Héctor Alegría*, Coordinadores Diana FARHI y Marcelo GEBHARDT, Editorial La Ley, Buenos Aires, 2011, tomo II, p. 1397.

Y la homologación de un acuerdo abusivo o en fraude a la ley no borra esa responsabilidad. El art. 167 CCC *in fine* remarca para todas las personas jurídicas privadas el principio societario enmarcado en el art. 99 LGS.

Nos resultó muy interesante el voto de la Dra. Porta en el caso “ARANCIBIA, Nora c/ RODRIGUEZ, Ricardo Marcos y otro - ej. de créditos laborales” de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, Sala III del 22 de septiembre de 2008 (26), por cuanto a las clásicas referencias a los arts. 54, 59, 157, 274 LGS ante transferencia de cuotas e inexistencia de bienes en el patrimonio de la sociedad, apuntadas por el Dr. Guibourg, agrega “...la pérdida del capital social (art. 94 incs. 4 y 5)... sino también por lo que establece el art. 99 párrafos 1 y 2...”, enrolándose en nuestra posición.

Claro que consecuente con ello deben hacerse las acciones de responsabilidad a la existencia de daño (27), y esto introduce otra visión.

VIII. Sobre la inoponibilidad de la personalidad jurídica

La cuestión impone una primera distinción: la norma del art. 54 ter LGS, tiende a hacer responsables no a administradores societarios, sino a otras personas (humanas o jurídicas) que hayan generado daño a través de un uso indebido de la personalidad societaria.

La responsabilidad de administradores surge de otras previsiones que resultan de un obrar desviado del órgano de administración, previstas en las normas de los arts. 59, 99 y 274 LGS.

A su vez es distinta la causal de imputación de responsabilidad prevista para el caso de conjunto económico prevista en el art. 31 Ley de Contrato de Trabajo.

Un fallo que reviste mucho interés es el de la CNCom, Sala F, mayo 13 de 2014, “Víctor Carballude SRL sobre quiebra, incidente de inoponibilidad de la personalidad jurídica”. Lo habíamos ya comentado (28).

En el mismo se sostuvo que *“La personalidad que el sistema legal atribuye a las sociedades comerciales se estructura sobre la base de la diferenciación del sujeto de derecho y las personas físicas -o jurídicas, dato irrelevante en el caso- que la integran en carácter de socios. Tal lo previsto expresamente por el CCiv. 33, 39, 41 y LSC 2 y 56 (...). La persona jurídica es un “recurso técnico” que permite establecer una organización autónoma con patrimonio propio y capacidad de gestión que se distingue de sus instituyentes, estructurando un esquema de simplificación de relaciones y de impermeabilidad patrimonial... La distinción patrimonial que reconoce el artículo 56 de la ley 19550 no es absoluta... La incorporación de*

(26) MJ-JU-M-39249-AR | MJJ39249.

(27) Nto. “sobre el recurso de descorrer velo para imputar responsabilidad ante relaciones laborales”, *FORO de Córdoba*, sección Doctrina, p. 63, año XXIV, agosto 2014, n° 171.

(28) Nto. “En torno al capital y la insolvencia”, *Revista de las Sociedades y Concursos*, Publicación de Fidas, Ed. Legis, año 15, 2014, 4, p. 3, Buenos Aires, diciembre 2014.

la delimitación de la personalidad jurídica “con el alcance establecido en la ley”, mediante la reforma del año 1972, se debió a la necesidad de reafirmar el principio de la personalidad diferenciada ante un emergente fenómeno de sociología jurídica: la desmedida aplicación de la doctrina del “disregard of legal entity” surgida luego del resonante fallo “Swift” de la CSJN (del 4/9/73) (...). La denominada “inoponibilidad de la personalidad jurídica”, no implica una modificación, cambio, reemplazo o alteración alguna, sino una explicación o desarrollo discursivo del significado de la originaria frase “con el alcance fijado en esta ley”, con el sentido de precisar y completar el alcance y límites del sistema societario mercantil y, consecuentemente, de la atribución a las variantes asociativas acuñadas por la ley 19550, de personalidad corporativa diferenciada respecto de sus miembros (...). El instituto de la inoponibilidad de la personalidad jurídica se presenta como un remedio con el que se cuenta para descorrer la personalidad de los entes asociativos, con el objeto de imputar cierta obligación o derecho a un sujeto distinto -tales como sus controlantes o socios-, si se reúnen las especiales circunstancias que enumera el párrafo tercero del artículo 54 de la ley 19550 (...) la ley y el juez deben prescindir de tal personalidad, porque no puede emplearse con fines ilícitos, de engaño o de fraude; y ello supone tener especialmente en cuenta que la ley 19550 exige que la actuación societaria -y la de sus órganos, socios y controlantes que guarden vinculación con la gestión patrimonial- se acomode al principio general de la buena fe (cciv 1198) y al ejercicio regular de los derechos (doctrina cciv 1071) (...). La teoría de la distinta personalidad de las sociedades y los propios componentes que la integran, no puede convertirse en una valla artificial e insalvable que, con apoyo en una deducción meramente maquinal que, en la doctrina de la Corte Suprema (CSJN, Fallos 307:1046), es impropia de la función judicial, impida en la práctica la adecuada aplicación de esa doctrina y prescindiendo de la realidad, único campo en el que debe indagar el juez, conduzca a un fin no querido por el propio ordenamiento jurídico, dejándose de lado el adecuado servicio de justicia que constituye la función que los jueces deben tener como deber primario... Se ha definido a la subcapitalización societaria desde dos aristas: (i) una material que se presenta cuando su capital propio no es suficiente para satisfacer, de acuerdo al tipo y dimensión de la actividad económica efectiva o propuesta, las necesidades financieras de mediano y largo plazo no susceptibles de ser normalmente cubiertas por créditos de terceros, y (ii) una nominal que es aludida en los casos en que se presenta una cuestión vinculada con la sinceridad de la expresión del monto del capital e incluye, por ejemplo, la cuestión de los préstamos sustitutivos de aportes -esto es, cuando la sociedad resulta dotada de los medios financieros necesarios para el desarrollo de su objeto social, pero las necesidades de fondos propios se financian con créditos provenientes de los mismos socios. Habrá infracapitalización material en el supuesto de que la sociedad carezca totalmente de medios adecuados para cumplir su objeto social. Y será meramente formal cuando exista un capital social inadecuado pero los socios o accionistas lo “maquillen” proveyendo de recursos financieros a la sociedad, tales como préstamos o constitución de reservas distintas a las legales. ... Como línea de principio el daño producido por una malformación de la estructura patrimonial societaria o por decisiones impuestas por socios o controlantes que la fuerzan a emprender actividades que exceden de sus posibilidades, no debe quedar excluido del ámbito de la norma del artículo 54 último párrafo de la ley 19550, aunque debe subrayarse la necesidad de extrema cautela en el juzgamiento del caso concreto (...). Los elementos de juicio colectados acreditan con claridad las distintas circunstancias que justifican la aplicación a la sociedad fallida de la

figura de la inoponibilidad de la personalidad jurídica, cuando de la revisión del expediente de la quiebra y de la causa laboral se desprende que: a) no se arrimaron libros contables (sin que se haya brindado siquiera una mínima razón que pudiera hipotéticamente justificar tal ausencia), lo cual permite inferir el desarraigo institucional; b) a lo largo del desarrollo del proceso se ha observado una notoria falta de cooperación de los socios de la fallida; c) la ausencia de la persona jurídica fallida en el propio domicilio legal constituido ante la Inspección General de Justicia; d) la valuación del activo arroja cero y el sujeto societario no cuenta con ningún bien registrable a su nombre, no obstante que la empresa se habría dedicado al transporte de carga (...). La ausencia de registros contables, la falta de colaboración del socio gerente en el proceso falencial, la inexistencia de la sociedad en el domicilio social inscripto, la carencia total de activos y la falta de integración de los aportes originales, ponen en evidencia una relevante desprolijidad en la administración societaria y no dejan resquicio de duda en cuanto a que el ente societario se constituyó y funcionó sin integrar, al menos, el capital suscrito y con notoria carencia de cualquier activo que pudiera respaldar las obligaciones asumidas frente a terceros (trabajadores en relación de dependencia, acreedores, etc.). Ello autoriza, consecuentemente, a la aplicación en el caso del instituto previsto en el artículo 54, párrafo tercero; es decir, a la declaración de la inoponibilidad de la persona jurídica de la fallida. Es dable sostener que la disponibilidad del capital social es esencial para el cumplimiento del objeto, único y preciso, de la sociedad, por lo que, ligados ambos conceptos, si ésta presenta una ruptura manifiesta entre el capital y la actividad que lleva a cabo, estamos hablando entonces que la sociedad se encuentra infracapitalizada. El capital social, como está planteado en la LSC, es una cifra de retención y ello es lo que realmente constituye la garantía de terceros, por lo que si los socios o accionistas vulneran esta garantía, su responsabilidad ya no será limitada y responderán más allá del capital aportado. *La sociedad comercial, centro de imputación de normas diferenciado de las personas que lo integran, es tal en virtud de ciertos presupuestos o condicionamientos que se deben cumplimentar para excluir de responsabilidad a los sujetos que la forman. Como consecuencia, de no cumplirse aquellos presupuestos, no habrá tal limitación a la responsabilidad.* La infracapitalización, en este sentido, no hace otra cosa más que trasladar los riesgos propios de la empresa hacia terceros y, por lo tanto, no se estaría llenando el presupuesto de dotación de capitales propios a la sociedad, resintiéndose el patrimonio social y la función de garantía frente a los acreedores” (el resaltado pertenece al autor).

Se activa así la función de garantía del capital social. Aconsejamos la lectura integral del fallo o de nuestro artículo citado, terminando este aspecto con la última transcripción: *“La limitación de la responsabilidad de los socios se fundamenta en una dotación adecuada de capital social. Si esa dotación no se produce, los socios estarían abusando de la institución del capital social, razón por la cual quedaría sin fundamento la limitación de responsabilidad. Como consecuencia de esto, los socios deberían responder ilimitada y solidariamente frente a los acreedores y para llegar a esa responsabilidad, se recurre a la doctrina del levantamiento del velo. La infracapitalización societaria importa un desplazamiento del riesgo empresario hacia los acreedores, en tanto ellos están soportando las consecuencias de la insolvencia de la sociedad. Es decir, la sociedad fue utilizada como un recurso para vulnerar los derechos de terceros al actuar en el mercado sin un capital acorde a su actividad. No todos los acreedores de la sociedad se encuentran en iguales condiciones para averiguar cuál es la solvencia de su*

deudor, piénsese por ejemplo en los acreedores laborales que pueden carecer de información al respecto al decidir si trabajan o no para determinado empleador. La aplicación de la solución prevista por el artículo 54 último párrafo de la ley 19550 al caso de infracapitalización societaria, acompaña la tendencia mayoritaria de la doctrina nacional y extranjera que se inclina a que los remedios para combatir la infracapitalización sustancial se busquen mediante la utilización de la doctrina de la inoponibilidad de la persona jurídica, descorrimiento del velo societario o disregard of the legal entity”.

Bien puede agregarse a todo ello lo explicitado por el Ministerio Público en orden a que “se configuró un desplazamiento del riesgo empresario hacia los acreedores, en tanto ellos están soportando las consecuencias de la insolvencia de la sociedad. Es decir, la sociedad fue utilizada como un recurso para vulnerar los derechos de terceros al actuar en el mercado sin un capital acorde a su actividad (v. anteúltimo y último párrafo, fs. 220). Por lo demás, la solución aquí propuesta, en definitiva, acompaña la tendencia mayoritaria de la doctrina nacional y extranjera que se inclina a que los remedios para combatir la infracapitalización sustancial se busquen mediante la utilización de la doctrina de la inoponibilidad de la persona jurídica, descorrimiento del velo societario o “disregard of the legal entity” (Daniel Roque VÍTOLO, Responsabilidad de los directores al ingresar la sociedad en la zona de insolvencia, La Ley, 22/12/2004)”.

Nos parece muy bien, aunque lo mismo se hubiera logrado a través de la aplicación del art. 99 LGS y su nueva norma de interpretación: el reciente art. 167 *in fine* CCC referido, que obligará a administradores y socios tratar se generen daños por el funcionamiento de la sociedad contrariando normas imperativas de su regulación específica. El dato que se desliza sobre la falta de integración del capital social y el no detectar activo alguno, nos hace pensar que podría haberse fundado la responsabilidad en las previsiones de aquella norma, con similar resultado al descorrimiento del velo, generando una suerte de teoría general de la responsabilidad para las relaciones de organización (29).

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

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

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

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

Ahora el CCC lo generaliza en todas las personas jurídicas conforme el referido art. 144.

IX. El apalancamiento financiero y daño a la sociedad y a terceros

Una práctica, no autorizada legalmente en nuestra legislación, es la de usar fondos de la sociedad para asumir obligaciones de los socios. Ello ocurrió en la década del 90 en la sociedad *Aerolíneas Argentinas S.A.*, donde el grupo que ganó la licitación pago sus obligaciones por adquirir el 85% del paquete accionario -el Estado y el Programa de Propiedad Participada retenía el 15%-, con fondos sociales poniéndola en insolvencia. Posiblemente ocurrió en varias de las “privatizaciones” realizadas en esa época bajo una similar política y el estado lo consintió ilegalmente. Sólo un caso llegó a Tribunales al existir otro socio: la provincia de Chubut. Esos fenómenos corresponden a una globalización, no económica -que no existe- sino financiera (30), que se ha acentuado en la última década, devastando los países periféricos y alterando las economías en los países centrales que, con sus políticas agravan más aún la crisis en los periféricos.

Para no estar al margen de la ley, habría un camino que depende tanto de la decisión de nuestro Gobierno como de los particulares damnificados, y es seguir el criterio de esa provincia que fue demandar. En ese juicio se gestó el criterio de nuestra Corte Suprema al expedirse en el caso “*Provincia de Chubut c/ Centrales Térmicas Patagónicas S.A.*” (31), donde se apunta a que en la situación patrimonial de una empresa cuyo objeto concierne al interés general y se vincula con la prestación de un servicio público... se debate un caso de nulidad absoluta, y la acción tendiente a obtenerla no es susceptible de prescribir ni de caducar. Ello con arreglo a la doctrina de esta Corte: “Lo que es inmoral, lo que es contrario al orden social, lo que se reputa inexistente por falta de formas substanciales, no puede subsanarse por el transcurso del tiempo. El acto será siempre inmoral, contrario al orden público o carente de las formas indispensables a su existencia, cualquiera sea el número de años que hayan pasado desde su celebración. El tiempo es impotente para

(30) “La mundialización financiera”, *Revista de Derecho comercial y de las obligaciones*. Revista de Doctrina, Jurisprudencia, Legislación y práctica, n° 198 pp. 351-366, Buenos Aires, junio 2002; “La crisis argentina y la mundialización financiera”, *Revista El Derecho*, 6 de marzo de 2002.

(31) Publicado en: *La Ley* 2002-E, 863.

transformar lo inmoral en moral, lo ilícito en lícito, lo informal en formal, y siempre el acto conservará el vicio original” (32).

La solución a la actual crisis, con el déficit fiscal, y también el privado que hemos tratado en los párrafos anteriores, sigue pasando por parámetros éticos, no sólo de mercado, pues la confianza del mercado está basada en la buena fe de los intervinientes.

Si alguien quiere pensar en “prescripciones”, logradas por las dilaciones judiciales miremos el referido antecedente.

Una reflexión final en este aspecto, antes de las meditaciones conclusivas: el capitalismo productivo impone una visión diferente, de actividad empresarial privada desarrollada dentro de las políticas de objetivos nacionales diseñados establemente, creando empleo, y un Estado que fije esas políticas, asegurando el desarrollo social, educativo y sanitario, sin incurrir en déficit fiscal. Quizá utópico frente a la actitud advertible de sólo obtener votos, conquistando visualmente y no educativamente. ¿Molinos de viento? No, sólo pensar en los nietos, no en los bolsillos...

X. Meditaciones conclusivas

Ante la eventual insuficiencia del capital social, que hace a un tema de infrapatrimonialización, que es una zona gris (33), se abre una línea roja, las “red flags” que funcionan incluso en la “one dollar corporation”, pues cuando el balance como declaración unilateral de verdad es aprobado por la asamblea, indicando que el patrimonio neto es neutro o negativo significa que se ha perdido ese dólar, que era una barrera. Y en muchas legislaciones la línea roja se traza con la pérdida de sólo parte del capital social, en la argentina recién el 100%, pero sería suficiente si se aplicara, pero en derecho concursal de eso no se habla, particularmente al homologar acuerdos.

Confiamos que las nuevas normas del CCC, que se unen a las tradicionales de las legislaciones societaria y concursal -que deben integrarse en la crisis de personas jurídicas societarias- servirán para prevenir el daño, salvar a las sociedades de sus propios administradores de ser necesario y a los puestos de trabajo. A su vez, el adecuado consejo de profesionales de las ciencias económicas y jurídicas a administradores y socios de sociedades en dificultades, les prevendrán de asumir responsabilidades, y con adecuadas técnicas equilibrarán las relaciones de ciertos acreedores y de la sociedad para la recuperación con menores costos de transacción de ésta.

(32) En “¿Hay que largar los perros! (por los daños de la actividad financiera ilícita)”, *Revista Foro de Córdoba*, n° 165, noviembre 2013, año XXIII, Córdoba, p. 31.

(33) Se usa y hemos usado “infrapatrimonialización material”, tanto en la jurisprudencia como en la doctrina, en forma imprecisa, JUNYENT BAS, Francisco A. “La infracapitalización societaria. Responsabilidad de administradores y socios”, *La Ley* 13/05/2009, 1 - La Ley 2009-C, 1045. Se impone precisar que la infrapatrimonialización material no siempre importa la pérdida del capital social, que vinculamos a la inexistencia de patrimonio exteriorizado y no meramente insuficiente. La terminología está ligada a la “función de productividad” y nosotros nos estamos concentrado en la “función de garantía del capital social”.

Esta visión sobre la función de garantía del capital social y la responsabilidad de administradores, síndicos y algunos socios -que han desconocido las normas imperativas o han sido mal asesorados- entreabre nuevas perspectivas para los acreedores en caso de concurso o quiebra de una sociedad.

Este ensayo 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 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.

No hay daño si la sociedad cumple con las obligaciones dinerarias, incluso dispuestas por una sentencia. El reclamo a socios (incluso a administradores) debe fundarse en la existencia de daño, o sea el impago de las obligaciones o de las sentencias, y a la existencia de un obrar antijurídico y de un factor de atribución causal.

Por eso la mancomunación es casi un mero enunciado con poca significación práctica y gran desvelo de los académicos, pues si el patrimonio desaparece podremos encontrar responsables solidarios que valdrá la pena demandar si son solventes, lo que implica otro tema.

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

Ese art. 99 LGS tiene un efecto similar a la previsión del art. 54 ter LGS, en cuanto a responsabilizar por los daños causados (34), ahora calificado por el art. 167 *in fine* CCC.

(34) “Las soluciones negociadas como respuesta a la insolvencia empresarial. Visión desde el derecho argentino: la preconcursalidad societaria”. *Este modo de razonar, que es la negación del que emplean para hablar entre sí las personas razonables, es el que algunos llaman “oratoria forense”*. CALAMANDREI, Piero. *Elogio de los jueces escrito por un abogado*, Ed. EJEA Buenos Aires, 1969, p. 76; en libro colectivo de Editorial Aranzadi, España, Director José Antonio García Cruces, p. 33 y ss. “Notas en torno a la preconcursalidad societaria: un estudio comparado”, en *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, Editorial La Ley, RPC 20/2014, Reseña Legislativa española y comparada. Madrid 2014, pp. 423-446. “Conflictos generados por la insolvencia de sociedades y soluciones societarias a sus crisis económico-financieras-patrimoniales (arts. 94.5, 96 y 99 Ley de Sociedades Comerciales)”, Tomo III, tratado coordinado por Diego Duprat, Parte III, Capítulo 5 p. 2793 y ss., Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2013. “Una visión rioplatense sobre las crisis societarias y cómo abordarlas ¿Un problema del derecho concursal? (An Argentine perspective on confronting corporate crisis: Is this a bankruptcy law issue?)”, *Revista de Derecho*, 2013-8, de la Universidad Católica de Uruguay, Konrad Adenauer Stiftung, pp. 257-302. “Concursos de sociedades. propuestas de acuerdo con abuso o fraude a la ley”, *La Ley*, tomo 2014-D, diario del miércoles 6 de agosto de 2014, pp. 1-6.

No podemos dejar de reiterar un la base de un fallo comentado: “*El capital social, como está planteado en la LSC, es una cifra de retención y ello es lo que realmente constituye la garantía de terceros, por lo que si los socios o accionistas vulneran esta garantía, su responsabilidad ya no será limitada y responderán más allá del capital aportado*” (35).

Se afirma: “Las empresas, antes de estar en crisis, pasan por dificultades económicas de muy diversa índole (...). La literatura comparada suele reconocer este tipo de situaciones que se diferencian de -y preceden a- la crisis empresarial o ‘insolvencia’ en un sentido estricto del término (...) una vez resulten notorias las dificultades por las que pasa la empresa (...) en poner en marcha una serie de fuertes estímulos perversos sobre socios y administradores. Tales estímulos les empujarán a desarrollar ciertas estrategias no ‘cooperativas’ en perjuicio de los acreedores (...). La difusión pública de información (*mandatory disclosure*) permite abaratar los costes de transacción inherentes a la asimetría informativa y, sin embargo, ha sido criticada por quienes sostienen que la publicidad de las señales de alarma produce como efecto indeseable la aceleración del proceso de degradación de la empresa en dificultades. Es la ‘profecía autocumplida’ (*self-fulfilling prophecy*)... Todas estas cuestiones son analizadas a partir del examen del rudimentario sistema de alarmas que encuentra su insuficiente acomodo en el art. 209.1.b) LSA nómicas -en España, aclaramos- y en una legislación de desarrollo de ínfimo rango normativo. Ése es el hilo conductor del trabajo, porque proporciona una excelente atalaya desde la que examinar la insuficiencia de nuestro Derecho de sociedades actual en punto al tratamiento societario adecuado del problema de la prevención y de la empresa que soporta un riesgo de insolvencia o de peligro para la continuidad (lo que se conoce por *going concern*)” (36).

¿Mancomunación? Insistimos: de muy acotada aplicación práctica.

Con este ensayo tratamos de cumplir el fin didáctico y la obligación profesional de advertir a los socios de los riesgos de desinteresarse de la marcha de una sociedad, posibilitando se generen daños a terceros.

Pero la Academia, los asesores económicos y jurídicos tenemos que asumir un compromiso ético, en principio, lo debería ser con la República, con la comunidad, pero por lo menos deberá serlo con sus asesorados: administradores y socios de sociedades comerciales primero, para que sepan usar esa magnífica técnica de organización, y segundo, para que no asuman responsabilidad con prácticas ilegales que puedan dañar a terceros y generarles imputación por los perjuicios causados.

Toda una reformulación del contrato social, que pasa por revisar la enseñanza del derecho en nuestra Facultad (37).

(35) CNCCom., Sala F, mayo 13 de 2014, “Víctor Carballude SRL sobre quiebra, Incidente de inoponibilidad de la personalidad jurídica”, con votos de Rafael F. Barreiro y Juan Manuel Ojea Quintana.

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

(37) Nto. “La enseñanza y la investigación del derecho societario de crisis”, *Anuario XV (2013-2014)* del Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba, La Ley, diciembre 2015, p. 351.