



## DESENVOLVIMIENTO EMPRESARIAL Y SUSPENSIÓN DE CAUSAL DE DISOLUCIÓN DE SOCIEDADES POR LEY 27541 DE EMERGENCIA, Y AHORA LA PANDEMIA SANITARIA<sup>1</sup>

Efraín Hugo RICHARD

### Resumen:

**El desenvolvimiento económico societario para ser tutelado debe ser económicamente y socialmente viable, dotado de una organización jurídica sustentable, basada en la libertad de constitución, con funcionalidad acotada por pocas normas imperativas para evitar generar daños.**

**Ante la crisis económica se suspendió la causal de disolución de sociedades “por pérdida del capital social” por un año en la Ley de Emergencia 27541 del 23 de diciembre, imponiendo referirse al léxico jurídico “disolución” y “liquidación”.**

**Pero a mediados de marzo del corriente año se generaron no sólo una pandemia sanitaria sino social y económica, de carácter global, imponiendo cierres de fronteras y aislamiento social, con efectos auspiciosos en demorar la velocidad de contagio pero con marcada generación de un desequilibrio en las transacciones económicas, cuando no la inactividad total de muchas, y puesto de relieve la marginalidad y necesidades de grandes grupos de conciudadanos.**

**La situación de los mercados ha desencadenado reuniones y proyectos múltiples, pero muy particularmente en torno a la legislación concursal y la preconcursalidad, que impone algún comentario.**

-----

1° Este sistema virtual rompe mi costumbre de no disertar sino exponer ideas para someterlas a vuestra consideración mirándolos a los ojos, particularmente al referirme a cada especialidad. MI particular acompañamiento a tu dolor por el fallecimiento de tu señora madre María Inés Bergoglio, al mismo tiempo mis condolencias por el fallecimiento hoy del señor padre del Dr. José Cesano, con quién tanto hemos compartido con Carlos Julio Lazcano, en aspectos penales de las personas jurídicas. Pero al mismo tiempo nos permite continuar con el mandato de nuestros Estatutos. Y dirigiéndome a vos quiera iniciar estas meditaciones sobre mi preocupación sobre el futuro, que podrán creer centradas en la pandemia económica que seguirá como consecuencia natural al aislamiento social, con algunas de mis PALABRAS DE CIERRE DEL CONGRESO IBEROAMERICANO DE ACADEMIAS DE DERECHO, como Presidente de la Comisión Organizadora, en 1998, que simplemente recordaré, pues las transcripciones y controles los podrán hacer sobre la versión escrita que acostumbro remitir luego del debate. Y como anticipo en el abstract lo ue me preocupa es que se ha **“puesto de relieve la marginalidad y necesidades de grandes grupos de conciudadanos”**.

Siguiendo aquella vieja guía apuntaba algo que es evidente ahora “...las dos reuniones anteriores en España se consideró necesario que la realidad latinoamericana fuera entrevista desde Córdoba como meridiano austral y mediterráneo de una América pujante, pero a la vez sufriente en el doloroso despertar y crecimiento que genera la globalización económica y de comunicaciones, con sus contrastes de innovaciones tecnológicas y sectorización social... bucearon en el encuentro de la justicia global dentro de

<sup>1</sup> Exposición desarrollada en sesión ordinaria del 5 del mayo de 2020.



**la planetización económica que genera la marginalidad y la negación al hombre de hasta derechos de primera generación, en la convicción que el derecho representa una técnica para el desarrollo humano, pues lo importante son los hombres, y sí no hay crecimiento si no existe desarrollo social, los logros no pueden medirse sólo desde el punto de vista económico si no se visualiza un resultado en el mejoramiento de las condiciones de vida.... Enfrenta esa visión advertir que cada vez más personas quedan marginadas del sistema jurídico: los poderosos que lo ignoran, los pobres que careciendo de todo bien no tienen acceso a través del sistema jurídico a ningún disfrute, y lo más peligroso, los que voluntariamente se marginan del sistema para violarlo -que en número cada vez mayor son individualizables por la inseguridad reinante (tanto en la seguridad física como en la negocial)-.”**

Debemos enfrentar esa realidad social y recuperar no sólo la solidaridad sino la buena fe. Y en esto podrá colaborarse **desde la sociología y la ética.**

Anticipatoriamente destacamos las ayudas que están prestando las organizaciones sociales y estatales –nacional, provincial y municipal-, y también la que se le reclama que aumente, tema indisolublemente ligado ante nuestra crisis original a la **emisión de moneda y a la posibilidad de inflación**, que descartamos en estas circunstancias por la situación del mercado consumidor y la inalterabilidad de tarifas, combustibles, salarios e impuestos. Eventualmente hay normas que permitirían al Estado actuar enérgicamente, como la vieja Ley de Abastecimiento, de lealtad comercial, antimonopolios y otros controles, particularmente con el actual despliegue tecnológico. No somos ingenuos de advertir que muchas personas físicas y jurídicas están haciendo grandes negocios e intentan violar las restricciones para posesionarse en dólares, como la intervención de ilícitos intermediarios que podrían fácilmente ser sancionados por la norma del art. 19 LGS que hemos traído a análisis con los penalistas en esta Academia y en los Congresos Iberoamericanos de Academias que hemos intervenido<sup>2</sup>.

Quizá algunos miembros de esta **Academia pudieran aportar ideas de cómo enfrentar con medidas realmente integratorias, y no solamente con insuficientes apoyos económicos, en un país que no los dispone. Es una tarea inmediata que debe encararse por solidaridad, pues de no generara problemas de seguridad, que ya se insinúan. La marginalidad ha quedado de resalto y desenmascarada con esta pandemia. Indudablemente debería darse trabajo al que puede desempeñarlo, y eso lo intentamos con Raúl Altamira Gigena en el 2000 con comunicaciones al Poder Legislativo. Fue poco escuchado.**

2° Hoy las nuevas técnicas usadas ya exitosamente en el seno del Instituto de la Empresa ensamblado con el Departamento de Derecho Comercial en el Instituto de Derecho Comercial bajo la hábil y convocante dirección de nuestro Miembro de Número Dr. José Fernando Marquez y la colaboración técnica de la Pro Secretaria Académica del Instituto de la Empresa Ab. Fernanda Cocco, y esta primera sesión del pleno, ratifica esa vocación de mantener la llama encendida, “del rescoldo representado por veintiuna estelas” que iluminaron aquel Congreso. Y por eso debo pensar en la invitación de Presidencia de confeccionar recomendaciones útiles para nuestros Gobiernos o nuestra comunidad.

E informo que, con una Institución con la que la Academia ha suscripto un convenio el Instituto Iberoamericano de Derecho concursal (sede México) estamos tratando de concebir una recomendación con

---

<sup>2</sup> En la presentación oral, muy escueta, el Prof. Dr. Rafael Manóvil –que no honró con su presencia- deslizó tres observaciones aunque sólo pudo concretar dos por razones técnicas. Una sobre la dureza del art. 19 LGS, entendiendo que sólo debería aplicarse para ilícitos penales. Compartimos con él que debe ser aplicado en situaciones de evidente gravedad, no necesariamente penales o ya declarado el delito pues generaría una prejudicialidad interminable. Nos hemos referido al punto en diversos artículos, particularmente en los últimos tiempos junto a penalistas cuando se trató la ley de responsabilidad penal de las personas jurídicas a requerimiento de la OCDE, configurando figuras que difícilmente pueda yo ver sancionadas en lo que me queda de vida. La otra observación la trataré cuando se refirió a disolución por pérdida del capital social.



carácter internacional, colaborando personalmente en ello con la Vicepresidente Académica Dra. Alicia Ferrer Montenegro, Miembro correspondiente nuestro en Uruguay, que quizá podamos concluir mañana.

Y estas acciones son coherentes con lo que anticipáramos –ahora ya parece un siglo- en el abstract **“a mediados de marzo del corriente año se generaron no sólo una pandemia sanitaria sino social y económica, de carácter global, imponiendo cierres de fronteras y aislamiento social, con efectos auspiciosos en demorar la velocidad de contagio pero con marcada generación de un desequilibrio en las transacciones económicas, cuando no la inactividad total de muchas, y puesto de relieve la marginalidad y necesidades de grandes grupos de conciudadanos. - La situación de los mercados ha desencadenado reuniones y proyectos múltiples, pero muy particularmente en torno a la legislación concursal y la preconcursalidad, que impone algún comentario.”**

Se supone a la apertura de la feria o inhabilidad judicial –terminología confusa- la promoción y activación de procesos concursales, con problemáticas múltiples, algunas curiosas, que no sólo atascarán al Poder Judicial sino desafiarán la creatividad de los miembros del poder judicial.

Ante estos desafíos y esas estelas reitero una frase de aquel cierre **“No tendría energía para sostener mi vocación a estas alturas, sino mantuviera mi convicción en el sistema jurídico como posibilitador de un cambio social en paz.”**. En diciembre de 2018 al jubilarme y en una entrevista para la Revista de la Caja expresé como fundamento de una dilatada decisión la convicción que la justicia, al margen de sus probos hombres, no estaba cumpliendo la función por los tiempos de la misma”. La semana pasada escuche semejante reflexión, vinculada a los trámites procesales, a uno de los Miembros de Número de esta Academia, descartando la posibilidad de dar inmediatas respuestas a los requerimientos que la pandemia económica y social está generando. También me motivó en otras consideraciones, compartiendo totalmente su visión académica. Y en esto voy a centrar gran parte de las próximas apreciaciones.

3°. Pero previamente centrémonos en la temática. El título de esta comunicación es, o era, **DESENVOLVIMIENTO EMPRESARIAL Y SUSPENSIÓN DE CAUSAL DE DISOLUCIÓN DE SOCIEDADES POR LEY 27541 DE EMERGENCIA, Y AHORA LA PANDEMIA SANITARIA**

**Y para afrontarlo lo más rápidamente posible, para abarcar el futuro, nada mejor que relectura de la primera parte del abstract “El desenvolvimiento económico societario para ser tutelado debe ser económicamente y socialmente viable, dotado de una organización jurídica sustentable, basada en la libertad de constitución, con funcionalidad acotada por pocas normas imperativas para evitar generar daños.**

Ante la crisis económica se suspendió la causal de disolución de sociedades **“por pérdida del capital social”** por un año en la Ley de Emergencia 27541 del 23 de diciembre, imponiendo referirse al léxico jurídico **“disolución”** y **“liquidación”**.

**Centramos nuestra atención en ese momento y la mantenemos ahora, pese a que las propuestas son múltiples en cuanto a reformas transitorias o definitivas de un sistema concursal que, hasta la fecha, no ha asegurado el equilibrio. Este comentario lo ciño en que no parece claramente protegerse la conservación de la empresa viable, con su capacidad de mantener o generar nuevos puestos de trabajo, sino los intereses de los grupos de control de las mismas.**

Vamos al punto de suspensión –desde el 23 de diciembre de 2019 al 31 de diciembre de 2020 de la causal de disolución por pérdida total del capital social –el derecho comparado anticipa a la pérdida parcial-, o sea a supuestos –si el balance está correctamente formalizado- donde el patrimonio activo es insuficiente para satisfacer el pasivo imputable a ese patrimonio. Y donde podemos hablar de **“insolvencia patrimonial”**, que no debe confundirse con la **“cesación de pagos”** o **“insolvencia financiera”**.



Como anticipo de esa situación patrimonial de crisis que genera una causal de disolución, aparece otra dentro de las legislaciones societarias, cual es la imposibilidad sobreviniente de cumplir el objeto social –art. 94.4 LGS–, que es convergente con la idea de la conservación de la actividad empresarial, que debe ser viable. Esto importa también una protección de todos los intereses involucrados. El concurso oportuno no es extraño a esto. Y luego la causal de insolvencia señalada por el art. 94.5 LGS, hoy suspendida.

Esta suspensión ya lo habíamos transitado en el año 2002, mereciendo nuestro comentario<sup>3</sup>: “Frente a la crisis en la República Argentina, una ley de emergencia en el 2002 dispuso que la pérdida del capital social,<sup>4</sup> ... no imponía (una causal de) la disolución de la sociedad, pero no se eliminó la norma que imponía la liquidación o capitalización de la sociedad ante la imposibilidad sobreviniente de cumplimiento del objeto social (art. 94.4. LSA) tema que fue soslayado en la experiencia concursalista. Con el mismo criterio, ahora ante la crisis se ha formalizado una reforma legislativa en Alemania (el 20 de octubre de 2008); la “Ley para la estabilización del mercado financiero”, introduciendo un cambio muy importante al no imponer la presentación en concurso por sobreendeudamiento en ‘aquellos casos en los que la continuidad de la empresa es, bajo todas las circunstancias, bastante probable (o verosímil)’. En situación semejante a la posibilidad de continuación de la empresa o sea consecución del objeto social, imponiendo este análisis a administradores y socios de control, como acaece en toda la legislación societaria mundial”.<sup>5</sup>

4°. Estos 18 años que separan la reiteración de la suspensión de esta causal de disolución enmarcan algunos cambios, particularmente introducidos por el nuevo Código Civil y Comercial y la reforma a la Ley General de Sociedades: el art. 150 del primero sobre la primacía de las normas imperativas de la Ley General de Sociedades al que se agrega la coherente disposición agregada al art. 100 de esta última sobre la “viabilidad económica y social” de la sociedad. Por eso nuestra primera reacción ante la invitación de Marcela en Febrero para disertar sobre lo que habíamos publicado días antes, nos llevó automáticamente a la expresión de Quino para Mafalda “Otra vez sopa”.

El sistema argentino es muy equilibrado y diferente a otros. El art. 94 LGS desenvuelve simples causales de disolución, que no implican generar la liquidación de la sociedad, ni fijan plazo para ello, pero generan una alerta y una previsión de especiales responsabilidades para administradores y socios. Es muy particular y coherente la sistemática de nuestra ley de sociedades, pues las causales de disolución no entrañan automáticamente una liquidación de la sociedad, para lo cual debe existir normalmente otra declaración del órgano de gobierno de la sociedad<sup>6</sup>, pero si genera la constatación de la causal una alteración de las reglas de responsabilidad que referiremos.

**Esa sistemática respeta la tipicidad del negocio societario y sus normas imperativas. El art. 1, 94, 96, 99 y 100 LGS, 150 y 167 CCC, y para la integración prevista en el art. 2 CCC, en el marco de**

<sup>3</sup> “PERDIDA DEL CAPITAL SOCIAL EN LA EMERGENCIA ECONÓMICA (un comentario al Dto. 1269/02) de necesidad y urgencia”, publicado en *Semanario Jurídico*, n° 1379, Córdoba 19 de septiembre de 2002, pág. 225 y ss.. Lo agregamos como anexo.

<sup>4</sup> El Prof. Dr. Rafael Manóvil discrepó –aparentemente a mi entender– con la disolución por pérdida del capital social. En realidad sólo es una “causal de disolución”, enervable, y sólo cuando se decide por el órgano de gobierno iniciar la etapa de liquidación se inicia la “disolución” de la sociedad. En 1992 en Comisión que integré con Fargosi, Le Pera, Araya y otros más, reformando integralmente la Ley de Sociedades Comerciales, proyectó ya la SOCIEDAD POR ACCIONES SIMPLIFICADA, prohibiendo que se incorporara la noción de capital social, imponiendo la idea de aportes necesarios para el desenvolvimiento de la sociedad, o sea la “causal de disolución” que se mantiene en el art. 94.4 LGS. También esbozó la idea que los empresarios querían mantener la sociedad y empresa, lo que es loable y compartimos, pero ello no debe ser traspasando las pérdidas a los acreedores, sino –en todo caso– compartiendo la aventura en común. Con Fushimi hemos presentado múltiples trabajos presentando acuerdos legales, o sea que no sean abusivos ni en fraude a la ley societaria.

<sup>5</sup> En *Perspectiva del Derecho de la Insolvencia*, citado, hacíamos esas apreciaciones a pág. 283, dentro de “La crisis de la organización societaria” que era una comunicación al V Congreso Iberoamericano de Derecho Concursal, realizado en Montepulciano, Italia, del 23 al 25 de septiembre de 2009 bajo la convocatoria “El desafío de la reestructuración de empresa. Costo y ventajas del saneamiento de las empresas en Italia y en Iberoamérica” –pág. 259 y ss.– en cuyo Preámbulo afirmábamos “Quizá nuestra posición se considere provocativa, pero esa es nuestra misión, generar controversia y no necesariamente inmediato consenso o coincidencias, pues en el disenso respetuoso y argumentado se irán encontrando argumentaciones que acercarán posiciones e iluminarán las correctas soluciones”.

<sup>6</sup> Aún en las causales que permitirían suponer el inmediato ingreso a la etapa de liquidación, como podría entenderse en el caso de vencimiento del plazo, se hace necesaria una declaración sobre el cambio de rol del órgano encargado de la liquidación –art. 102 LGS–.



**la Constitución –como seguramente nos ilustrara Antonio Hernández la próxima sesión-, hoy invitamos a los jusprivatistas que nos ayuden a revisar esa visión sistemática.**

La base es el art. 1° LGS, que conceptualiza la relación societaria, disponiendo que las pérdidas deben ser afrontadas por los socios, coherente con la legislación comparada y el informe Winter<sup>7</sup>, ratificado por el art. 106 LGS. Aún en liquidación la sociedad podrá concursarse –art. 5 Ley 24522CQ-. El ejercicio de la opción esta a su vez condicionado por el art. 100 de la misma ley a la “viabilidad económica” de la sociedad. No son normas disponibles que puedan ser alteradas por el Estatuto social o una resolución de su órgano de gobierno.<sup>8</sup> **Los riesgos de la actividad societaria no pueden ser transferidos por los socios a terceros.**<sup>9</sup>

**Claro que el punto impone referirse en el concepto de sociedad a los límites de la imperatividad para que la libertad de configuración no afecte o dañe a terceros, recalando no sólo en el art. 1° que con énfasis pone riesgo y pérdidas a cargo de los socios, para desenvolver la zona de riesgo que es la falta de patrimonio activo para satisfacer el pasivo, regulado por los arts. 94.4., 96 y 99 de LGS, apuntando particularmente a que socios se refiere el art. 99 LGS, lo que es disipado por los arts. 150 y 167 in fine CCC.** El tema de la función de garantía del capital social y de otras responsabilidades de los socios requiere determinar el orden de prelación de normas.

Las normas imperativas del derecho societario no pueden ser dejadas de lado (art. 150 CCC cuando en su inc. a expresa que las personas jurídicas se reglan “por las normas imperativas de la ley especial, o *en su defecto*, de este Código...”. El art. 99, LGS señala la responsabilidad solidaria de administradores sin perjuicio de la responsabilidad de los socios.

El art. 167 *in fine* CCC aclara la ambigua expresión del art. 99, LGS. Este último expresa ante la falta de liquidación pero habiéndose constatado una causal de disolución que: “Responsabilidad. Cualquier operación ajena a esos fines los hace responsables ilimitada y solidariamente (a los administradores) respecto a los terceros y los socios, sin perjuicio de la responsabilidad de estos”. Y el art. 167 CCC, ante el defecto<sup>10</sup> expresado, en el párrafo 3 sobre Disolución y Liquidación de las Personas Jurídicas privadas, norma sobre el mismo tema, aclarando el alcance subjetivo: “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**”.

Otra norma imperativa es la que impone el requisito de viabilidad<sup>11</sup>. El art. 100 LGS también modificado por la reforma unificadora, concretamente y efectivizando el principio de Conservación de la Empresa, que era sólo una pauta interpretativa en la vieja ley, pero que ahora se lo ha receptado con carácter firme, posibilita la remoción de la causal disolutoria una vez que esta se ha producido, aún iniciada la etapa de liquidación. Se permite la remoción de la o las causales disolutorias acaecidas, desde luego sujetas a ciertos requisitos previstos por la propia ley. La entrada triunfal específica del principio de conservación de la empresa a la ley, que permite la *subsistencia de la actividad de la sociedad cuando hay viabilidad económica y social* es acertada, por cuanto posibilita subsanar causales de disolución cuando ocurren,

<sup>7</sup> Ese informe es el resultado del trabajo realizado por el “Grupo de Alto Nivel de Expertos en Derecho de Sociedades”, presidido por Jaap Winter, con el doble objetivo de iniciar una discusión sobre la necesidad de la modernización del Derecho de Sociedades y elaborar una serie de recomendaciones destinadas a crear un nuevo marco regulador de las sociedades cotizadas.

<sup>8</sup> “EL LABERINTO DE LA PÉRDIDA DEL CAPITAL SOCIAL Y SU REMEDIACIÓN”, citado.

<sup>9</sup> STANGHELLINI, Lorenzo “Proprietá e controllo del’impresa in crisis” en *Rivista delle Società* anno 49° 2004 settembre-ottobre fascicolo 5°, Editorial Giuffrè Milano, pág. 1079.

<sup>10</sup> RICHARD, Efraín Hugo. Prólogo al libro *EMPRESA Y SOCIEDAD. ACTUALIDAD Y RELEVANCIA*. AAVV Dirección Prof. María Cristina MERCADO de SALA, Ed. Lerner. Córdoba 2018.

<sup>11</sup> El art. 100 LGS. BALDUZZI, Leonardo David “La disolución de la persona jurídica como causal de extinción del contrato de agencia” en *El Derecho Societario y de la Empresa en el Nuevo Sistema del Derecho Privado*. Tomo I Ed. XIII Congreso Argentino de Derecho Societario, IV Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa, Universidad de Mendoza – Universidad Nacional de Cuyo, Editorial Advocatus, Córdoba, agosto 2016, pág. 317.



dejándolas de lado, priorizando a las sociedades como fuente de trabajo, instrumentos de concentración de capitales y de concertación de negocios y actividades económicas y comerciales con la importancia que esto trae aparejado para la economía de su zona de actuación.

La sociedad inviable no contiene una empresa conservable en su seno. En síntesis, la tendencia de la conservación de la empresa que marcó toda una época del Derecho Concursal<sup>12</sup> se introduce al Derecho Societario.

Pero ante la pandemia como analizar la viabilidad. Es el juicio de su administrador en cuanto tenga un viso de verisimilitud, aunque luego sea desvirtuado. Es la judgement rule del derecho americano, y no hay que sancionar con responsabilidad al administrador que intenta un plan para salir de la crisis. El único límite es que no sea “descabellado”.

**Esta integración no descarta que la sociedad esté en concurso –aún en liquidación conforme art. 5° Ley 24522 LCQ-**

**Frente a ello aparece lo que con el Miembro Correspondiente Juan Carlos Veiga hemos intitulado “El Contraderecho” o sea las costumbres contra legem en los procesos concursales. Sin nuestros argumentos pero en la misma línea de libertad sin dañar, Interdumentaria SRL 4.2.2020 con el voto de Pablo Heredia remarcó la infrapatrimonialización como factor de imputación del daño, el déficit liquidatorio, a los socios de control en el incidente respectivo en la quiebra.**

El artículo 12 del Título preliminar del CCyC se refiere al “Orden público” y al “Fraude a la ley”: “Las convenciones particulares no pueden dejar sin efecto las leyes en cuya observancia esté interesado el orden público. El acto respecto del cual se invoque el amparo de un texto legal, que persiga un resultado sustancialmente análogo al prohibido por una *norma imperativa*, se considera otorgado en fraude a la ley. En ese caso, el acto debe someterse a la norma imperativa que se trata de eludir”<sup>13</sup>. Se verá que se 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.

El embate desintegratorio se hace desde el derecho de crisis, el derecho concursal, para tratar de transferir el riesgo societario a los acreedores, olvidando aquello que los socios “soportarán las pérdidas” – art. 1° LGS-, como elemento esencial y caracterizante de una relación societaria. Tanto es así que la legislación impositiva grava la “quita” considerándola ganancia para la sociedad y, obviamente, para los socios.

Es que no se trabaja sobre un “derecho societario de crisis”, integrando el sistema concursal con el plezo normativo, como exige el art. 2 CCC, pues consideran algunos que la ley de concursos es una isla.

Sobre el derecho societario de crisis vale traer apreciaciones del jurista alemán Karsten<sup>14</sup> sobre el Debt-to-Equity Swap como prueba de fuego de esa integración, y su pensamientos sobre la reestructuración de empresas. Destaca la interacción entre el Derecho Societario y el Derecho Concursal y su conferencia aborda la creciente influencia del Derecho Concursal sobre el Derecho Societario, pues a la inversa, durante 100 años no existió una cátedra de Derecho Societario en que se enseñara Derecho Concursal. Había coincidencia de que la apertura de un concurso sobre el patrimonio de una sociedad disuelve esta sociedad, porque así lo decía la ley. Pero lo que sucede luego con esta sociedad quedaba en manos de los especialistas

<sup>12</sup> ROJO, Ángel en Prólogo de “El INREC en devenir pretérito y actual del Derecho Concursal Comparado”, de BARO, Alejandro y otros. Ed. Inca, Mendoza, República Argentina, p. 17.

<sup>13</sup>Nuestro “¡Más Justicia y menos Juicios! Conservación de la Empresa y Preconcursabilidad Societaria”, *Revista de Derecho Comercial del Consumidor y de la Empresa*, La Ley, N° 1, febrero 2013, y “Sobre el Título Preliminar del Proyecto de Código Civil y Comercial”, en *El Derecho*, diario del 5 de abril de 2013, Buenos Aires.

<sup>14</sup> SCHMIDT, Karsten “El Derecho Societario y la intromisión del Derecho Concursal. El caso alemán” en: RDCO 297, 09/08/2019, 987,



en Derecho Concursal. Para la práctica, la situación era mala. La liquidación o reestructuración de compañías insolventes es una tarea genuina del Derecho Empresarial. Y esta tarea exige respuestas integradas a múltiples cuestiones, y se preguntaba ¿Qué ha cambiado? Apuntando “el Debt-to-Equity Swap como prueba de fuego ... el ingreso de los acreedores a la sociedad de sus deudores. Entre muchos métodos de saneamiento, el Debt-to-Equity Swap es un ejemplo particularmente apto para mi observación. ... La parte dispositiva del plan puede prever que los créditos de los acreedores se conviertan en intereses o derechos de membresía en el deudor. Se excluye la conversión contra la voluntad de los acreedores afectados. En particular, el plan podrá prever una reducción o ampliación de capital, el pago de aportaciones en especie, la exclusión del derecho de suscripción o el pago de indemnizaciones a los accionistas salientes.

...El plan puede contener cualquier disposición permitida por el Derecho de sociedades, en particular la continuación de una sociedad disuelta o la transferencia de acciones o derechos de socio "Futuro derecho sobre reestructuraciones. ... Hace más de dos años se ha presentado a la Comisión Europea un proyecto de lineamiento —¡todavía no es un lineamiento!— para introducir procesos de reorganización previos al Derecho Concursal; ... Los legisladores nacionales ya están trabajando en la preparación de estos procesos de saneamiento. Esto puede ser beneficioso si amplía el espectro de las posibilidades de saneamiento con nuevas opciones. ... Sería bueno que funcionara. Pero mi lema sigue siendo: "Los mejores saneamientos de empresas transcurren libremente, temprano y en silencio". Sería bueno, que siguiera siendo así.

**Lo conocimientos a Karsten junto Jesús Sanguino Sanchez en el 2000 en La Cumbre, De allí nuestra incorporación al Instituto Iberoamericano de Derecho Concursal – sede México- en 2004 cuando lo creó Jesús, y seguimos en 2008 con Insolvencia Societaria, del cual diría Osvaldo Maffia:**

**Lo importante es la solución, “ante la morosidad del empresario insolvente en promover su concurso los acreedores están facultados para pedir la quiebra proponiendo al par la fórmula concordataria. Es llamativa la audacia de esa innovación, ... El tema de la "conservación de la empresa"... ocupa a Richard desde hace años. ... se apoya en las enseñanzas del brillante jurista español Ángel Rojo, quien habla del bien jurídico tutelado del derecho concursal, y lo relaciona con la eliminación del estado de cesación de pagos, precisando luego que es necesario actuar anticipadamente "frente a la mera crisis financiera o económica general"... reitera su reclamo de "actuar anticipatoriamente a la instalación de la crisis" como presupuesto de "la conservación de la empresa". ... En sede concursal, destaca con razón que la frase recién entrecomillada -no el ideal- suele mezclarse con "la aceptación de un acuerdo con una depredadora quita y espera de los créditos quirografarios", además, "en beneficio directo de los socios..., constituyendo una modalidad de abuso de derecho... so pretexto de la conservación de la empresa". .... Afortunadamente, Richard no se limita a las críticas severas y fundadas de las cuales reproducimos unas pocas muestras, sino que también ofrece, con autoridad, las formas de superarlas con apoyo en el derecho, que ofrece "proyecto de formas de vida capaces de organizar el futuro, y no sólo instrumentos de coacción, control o sanción; pero no bastan buenas nuevas -que las hay- si no son efectivas. ... De esa ineficiencia "del derecho concursal vigente" destaca Richard lo relativo a la "propuesta abusiva". ... tratando "en el concurso que abrirá tardíamente" de "traspasar todos los daños generados a los acreedores". A esa anomalía siguen las propuestas abusivas, y en orden a ellas la "compra de créditos, subrogación, cesión, etc.", estimando, con razón, que ello hace "presumir maniobras para obtener mayorías". ... Y tanto lo preocupa y ocupa el punto, que en su última publicación -un atrevido y logrado "Ensayo sobre axiología del Derecho Concursal"- pregunta "si existen sanciones por... abandonar las soluciones societarias y llegar tardíamente a la presentación en concurso...”.**



Ese comentario corresponde a nto. Insolvencia Societaria, editado en 2008, Y luego seguimos editado en 2012 por esta Academia con nta. Perspectiva del Derecho de la Insolvencia, que pueden encontrar en su web.

**5°. La jurisprudencia empieza a argumentar, sin la integración con la ley societaria que dejamos de resalto, en que la infracapitalización o infrapatrimonialización material no puede usarse para transferir el riesgo, que es de los socios a los acreedores.**

Iluminan hoy fallos sobre infrapatrimonialización o infracapitalización, como las referencias a la sentencia en la causa "Diaz y Quirini SA s/ concurso preventivo s/ incidente de revisión (promovido por Quirini Augusto)" de la CNCOM – SALA C del 31/05/2012, donde **parece claro que el socio que sabiendo que el ente se halla insolvente, se aviene a prestarle dinero en vez de arbitrar los mecanismos para capitalizarlo, no puede quedar en el concurso de la sociedad, en igualdad de condiciones con los demás acreedores.**- Recientemente el erudito voto de Pablo Heredia en el caso Intervestiment SRL del 4 de febrero de 2020 donde el déficit concursal lo pone en cabeza de los socios de control, denunciando esa despatrimonialización y el intento de traspasar el riesgo de los socios a los acreedores. El dictamen y voto precedente señalan acabadamente la imputabilidad del daño a socios no solidarios en caso de quiebra, o sea de insolvencia de una sociedad, por el déficit patrimonial que se registre, e incluso por otros daños. Se funda el voto precedente en la teoría general de la responsabilidad o del derecho de daños, particularmente por mala administración y ser socio gestor y no necesariamente inversores.

Se desliza reiteradamente que la infracapitalización no puede ser usada para transferir el daño –las pérdidas, apuntamos- a los acreedores. Si bien no se citan o se trabaja sobre la normativa societaria imperativa general, la cuestión parece fácilmente reducible y haremos unos comentarios sobre ello.

También la cuestión parece trasladable a las situaciones de concurso preventivo de sociedades, cuando los socios no asumen las previsiones impuestas por esas normas imperativas de la ley específica.

**Por razones de simplicidad agregamos esas piezas junto con otros fallos como Apéndice de este ensayo. El dictamen fiscal y el voto del caso Intervestiment SRL que se registra en ese Apéndice también han sido publicados en el reciente número 20 de Ensayos de Derecho Empresario, revista jurídica en el portal de la Universidad que responde a la acción unitaria de nuestro Instituto de la Empresa y del Departamento de Derecho Comercial de la Facultad de Derecho de la U.N.C..**

**6°. Esto lleva a discurrir sobre los incumplimientos, la crisis patrimonial, cesación de pagos, insolvencia e imposibilidad sobreviniente de cumplimiento del objeto social para sociedades, e imposibilidad de cumplimiento del fideicomiso con los bienes fideicomitidos –art- 1687 CCC-, llevándonos frenéticamente a muchísimos foros nacionales e internacionales con propuestas sobre reformas transitorias o definitivas al régimen procesal concursal, la concursalidad del fideicomiso, beneficios o seguridades para los financiamientos futuros.**

**Todos esos pensamientos se enderezan también a liberar de responsabilidades a socios y administradores societarios, salvo dolo, y también a liberarlos del riesgo asumido intentando que las pérdidas sean asumidas por los acreedores, lo que es una constante en nuestro país.**

Nos comprometimos, bien o mal, en el análisis sistémico, abordamos repetidamente la cuestión desde diversas facetas, una de ellas vinculada a la cesión de créditos, método espúreo para obtener mayorías oportunas **SOBRE EXCLUSIÓN DE VOTO EN CONCURSO,**<sup>15</sup> **y originariamente lo habíamos hecho**

<sup>15</sup> En Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones 248-605 (D); (RDCO), Buenos Aires, Ed. Abeledo Perrot, n° 248 sección doctrina pág. 605, junio 2011.



**en publicación en homenaje a nuestro querido Luis Moisset de Espanés.** Que fue seguido del voto de Julia Villanueva integrando la unanimidad de la resolución en el caso Mandalunis, en febrero de 2014.

Además, como Karsten Schmidt, Alessandro Nigro y tantos otros seguimos apostando a un derecho societario de crisis. Lo afrontamos en “ENSEÑANZA DEL DERECHO SOCIETARIO DE CRISIS”, sosteniendo que “La enseñanza centrada en las normas de las leyes de sociedades o de concursos, dificulta una visión sistémico constructivista sobre las crisis de sociedades. La ley de sociedades contiene adecuadas normas imperativas para limitar esas crisis.”<sup>16</sup>

Se acentuó nuestra particular atención en Punta del Este en 2019 con el obsequio del jurista uruguayo Daniel Germán de su libro *Insolvencia y cesación de pagos*, dedicado a la Persona Jurídica<sup>17</sup>, en cuyo prólogo el español José Antonio SOTILLO expresa “Además, **en el caso de personas jurídicas mercantiles deudoras, con las normas concursales se entremezcla la regulación jurídica de las sociedades mercantiles, resultando en ocasiones, difícil de determinar cuál debe ser la norma prevalente. Es necesario, pues el estudio coordinado de ambos conjuntos normativos....**”.

Y lo que nos preocupa es la homologación de acuerdos concursales, donde el Juez conforme el art. 52 ap. 4 de la ley 24522 no podría homologarlo si existe abuso de derecho y fraude a la ley<sup>18</sup>.

Estas consideraciones, a la luz de esas nuevas normas imponen preguntarse ¿Cómo se determina el abuso de derecho o fraude a la ley en una propuesta concursal? La jurisprudencia se limita a formalizar esa consideración con criterios cuantitativos, complicados con desvalorización de moneda, tiempo de cumplimiento y rol de intereses. Por ello lo hace sólo afrontando el “abuso” y omitiendo consideraciones al “fraude a la ley” y menos a la ley societaria.

La cuestión debe afrontarse con un cambio metodológico que relegue aquella consideración a concursos de personas humanas pero use criterios sistémicos normológicos para el caso de personas jurídicas, centrándonos en las sociedades.<sup>19</sup>

Ello permitirá a los jueces cumplir el rol que les impone el art. 52 ap. 4 LCQ.

Parece anclado en aspectos cuantitativos el análisis de la legitimidad de las quitas, pregunto a los constitucionalistas cuando son confiscatorias? Lo hemos abordado con José Palazzo, o la integración del sistema normativo, lo que aparece contrario a la evolución generada por lo menos ante el nuevo CCC, aunque ya lo advertíamos desde antes. Por eso sumamos a las apreciaciones que vamos deslizando y a las que hemos hecho en torno a las relaciones de organización, al deber de no dañar, a la buena fe negocial, a la protección del mercado, otras referencias que expresamos de seguido.

<sup>16</sup> Publicado en Doctrina Societaria y Concursal, Ed. Errepar, Buenos Aires, n° 364 Marzo 2018, pág. 165 y ss.. Después de mi exposición oral la Prof. María Cristina Mercado de Sala apunto a la necesidad de educar a los emprendedores, con lo que convinimos como conveniente, pero no necesario, dando mi ejemplo de que lo importante era generar los discípulos o gerenciantes reales, donde su propio ejemplo, el del Dr. Marques, el de las Secretarías Académicas del Instituto de la Empresa Profesoras Luisa Borgarello y Fernanda Cocco, y en el Departamento de derecho Comercial la Prof. Dra. Giselle Javurek, además de otros múltiples ejemplos. Para el emprendedor lo importante, sin perjuicio de su educación es asegurar la eficiencia, que quizá resulta de un laboratorio del que no tiene la más mínima idea de lo que gestiona pero si de sus resultados.

<sup>17</sup> GERMÁN, Daniel *Concurso y Estado de Insolvencia. Efectos sobre los órganos de administración y representación del Personas Jurídicas. Estudios del Derecho Uruguayo y Español*, Ed. La Ley, Uruguay, Montevideo 2016.

<sup>18</sup> RICHARD, Efraín Hugo “**50 AÑOS NO ES NADA: DESAFÍO EN BÚSQUEDA DE MÉTODO SOBRE ABUSO EN PROPUESTAS EN CONCURSO DE SOCIEDADES**”, publicado en RDCO Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones, Fundada por Isaac Halperin en 1968, Edición 50° Aniversario “Desafíos presentes y futuros del Derecho Comercial”, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires 2018, en SOCIEDADES, Doctrina, pág. 239.

<sup>19</sup> METODOLOGÍA SOBRE ABUSIVIDAD DE LAS PROPUESTAS EN CONCURSO DE SOCIEDADES”, en Revista de la Facultad, Vol VIII, N°1- Nueva Serie II (2017), Revista de la Facultad de Derecho U.N.C., Córdoba 2017 pág. 69.



El tema hace a una visión axiológica del sistema jurídico, conforme el art. 2º CCC. Si la sociedad deudora debió expresar en su presentación las razones por las que recurre al concurso preventivo, parecería una incongruencia que allí mismo no anticipara las medidas que ha tomado para atenuar o superar la crisis. Unida a la obligación de los administradores sociales de anticipar el diagnóstico –obligatorio en el caso de sociedades por acciones: la Memoria anual, que impone diagnosticar sobre las actividades en el año que se inicia-. Resulta pertinente, en consecuencia, a traer a cuento el tema del “plan de empresa” con cuya consideración se rindió homenaje a Pedro J. FRÍAS<sup>20</sup>, pues la **viabilidad económica debe mantenerse durante toda la vida de la sociedad, incluso durante el concurso es obligación de los órganos sociales de administración formalizar el balance y presentar la memoria anual, que es un plan de negocios, incluso durante el concurso. Ahora importa para casi todos los concursos de sociedades por el art. 100 LGS**

TRUFFAT ha escrito<sup>21</sup> “Con respeto a la propuesta concordataria propiamente dicha, extraigo –como consecuencia de lo antedicho- tres consecuencias básicas, en tanto y en cuanto se pretenda preservar la moralidad de tal medio de superación de la cesación de pagos: La necesidad de que la solución preventiva a obtener importe aquella que la doctrina argentina –tomando una frase feliz de la ley de emergencia 25.561- denomina: “*el esfuerzo compartido*”. Es literalmente inmoral que la solución concordataria devuelva al empresario (en general en sociedades de capital, a los accionistas de la concursada) una empresa revitalizada y que todo el daño emergente de la cesación de pagos recaiga “en exclusiva” en los acreedores del sujeto así salvado. Esa posibilidad importaría consagrar el enriquecimiento incausado en favor de los antedichos”. Acepta que “el derecho concursal no es una isla, pero sí es un derecho especial”, lo que permite ubicar el problema dentro de lo previsto por el art. 150 incs. a y c CCC.

Antes de la insolvencia –pérdida del capital social-, en grados menores de crisis debería actuar el derecho concursal, incluso los acuerdos privados<sup>22</sup>. 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<sup>23</sup>. 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<sup>24</sup>, basadas en esa función de garantía.

La realidad: se intenta aplicar o encontrar normas concursales para atender situaciones más graves que las previstas en la ley societaria. De esta forma se están desconociendo las normas imperativas del derecho societario, uniformes en el derecho comparado, incluso las que impiden ciertas acciones concursales en caso de pérdida total del capital social<sup>25</sup>.

Aquí comienza el desencuentro. No se aplican las normas societarias que permiten el “esfuerzo compartido”. Se intentan quitar como técnica abusiva, se soslaya la posibilidad de una capitalización, y entonces el Derecho Concursal, los procedimientos concursales, llegan tarde y fracasan, y por eso se tiende a modificar constantemente la ley que los regula.

<sup>20</sup> “El plan de empresa, Ética y responsabilidad del empresario” en *Estudios en honor de Pedro J. Frías*, editado por la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, 1994, , tomo III pág. 1187.

<sup>21</sup> TRUFFAT, Daniel “La abusividad de la propuesta y la moralización de los concursos en lo atinente –precisamente- a la oferta del deudor”, en Segundo Congreso Iberoamericano de Derecho Concursal, Mérida, Estado de Yucatán, México.

<sup>22</sup> “Las soluciones negociadas como respuesta a la insolvencia empresarial. Visión desde el derecho argentino: la preconcursalidad societaria”, en libro colectivo *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, pág. 33 y ss.. “ANTE LAS CRISIS SOCIETARIAS CONSULTAMOS LA LEY ESPECIFICA (respondiendo a un par de críticas)”, en RDCO, Sociedades – Doctrina pág. 113, número 276, Enero/Febrero 2016.

<sup>23</sup> 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.

<sup>24</sup> “NOTAS EN TORNO A LA PRECONCURSALIDAD SOCIETARIA: UN ESTUDIO COMPARADO”, en *Revista de Derecho concursal y Paraconcursal*, Editorial La Ley., RPC 20/2014, Reseña Legislativa española y comparada. Madrid 2014, págs.. 423 a 446.

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



Los administradores societarios no son responsables en ninguna de las sociedades, ni en las colectivas si no son socios.

La conducta “torpe” de los socios en cuanto produzca daño a la sociedad aparece atrapada en el art. 54 de la LGS –en sus tres párrafos-, y ahora en el art. 144 CCC, similar al último párrafo de aquella norma, generalizando para todas las personas jurídicas. Esto está vinculado con las previsiones de asegurar la reparación del daño a través de formas de extensión de la responsabilidad. Que actúa en su defecto conforme el art. 150 CCC. Agregamos en el APENDICE jurisprudencia en ese sentido.

Todos los fallos son contundentes en la aplicación de la legislación societaria para responsabilizar a socios. Por infrapatrimonialización material o desvío del interés social, afectando a terceros y haciéndoles pasibles del déficit patrimonial al grupo de control que lo generó.

**7°.EL COVID-19: SOLO UN DISPARADOR DE LA CRISIS SUBYACENTE Incertidumbre es perplejidad afirma Cafferata Nores.**

**Llegamos a la última parte de lo que prometimos tratar “Pero a mediados de marzo del corriente año se generaron no sólo una pandemia sanitaria sino social y económica, de carácter global, imponiendo cierres de fronteras y aislamiento social, con efectos auspiciosos en demorar la velocidad de contagio pero con marcada generación de un desequilibrio en las transacciones económicas, cuando no la inactividad total de muchas, y puesto de relieve la marginalidad y necesidades de grandes grupos de conciudadanos.<sup>26</sup>**

**La situación de los mercados ha desencadenado reuniones y proyectos múltiples, pero muy particularmente en torno a la legislación concursal y la preconcursalidad, que impone algún comentario.”**

**En realidad ya gran parte la hemos abordado, pero nos ha abierto el camino a que hacer.**

¿Como imaginar la salida jurídica? Concursos, reclamos, medidas cautelares, saturación de los tribunales, procesos inadecuados o lentos, obligación de reformas procesales? Especialistas en derecho constitucional provincial nos podrían ayudar.

Comencé a pensar en ello, ligándolo a que el aislamiento podría haber mejorado la perceptividad de los empresarios, en realidad de todos, rescatando en nuestra interioridad remozar nuestras relaciones con cooperación y buena fe.

Con Jorge Fushimi veníamos pensando en eso, y luego en otro ámbito lo hicimos con Alicia Ferrer Montenegro, nuestra Miembro Corresponsable en Uruguay, y considerábamos que cada Estado debía brindar un escudo transitorio de protección para tratar que los emprendimientos se trataran de reordenar, con las ayudas que está otorgando el Estado, evitando la promoción de juicios, medidas cautelares y presentaciones voluntarias u obligatorias en concurso. Conllevaba acercarse a los procedimientos medioevales de solución de conflictos en forma inmediata: la negociación o renegociación obligatoria. Esa protección debería incluir la liberación de las cuentas corrientes bancarias bloqueadas, pues eso implica hoy la muerte civil de su titular. También sugerimos un plan de financiación equilibrado o fresh money.

---

<sup>26</sup> En este aspecto de la marginalidad fueron muy importantes los aportes del Presidente Prof. Dr. Armando Andruet con sus preguntas ante mi escueta exposición -30 minutos- refiriéndose a los marginados que se generarían cuando se levantaran las restricciones judiciales, la educación de los marginados y de la saturación del Poder Judicial. No puedo sintetizar sus riquísimos aportes. Sólo respondí que con el escudo protector que presentábamos tratábamos de evitar esa marginalidad post pandemia, que con Raúl Altamira en el 2000 habíamos propuestos formas inéditas de dar trabajo a todo el que estuviera en condiciones –lo que llegó al Poder Legislativo-; y que la marginación del Poder Judicial parecería necesaria para no saturarlo evitando creaciones pretorianas, y también evitando que los excluidos patrimonialmente no tuvieran que afrontar los costos de apertura e impuestos de justicia, como los honorarios de sindicatos y mediadores.



Para intentar un equilibrio de la pandemia económica en vastos sectores empresariales, pensamos en la capacidad humana, la razonabilidad, la restitución de la solidaridad y la buena fe, en una norma sencilla, propia de nuestro sistema civilista como ha recordado hace pocos días Guillermo Tinti, inserta en el art. 1011 CCC, evitando la saturación judicial, que sería imponer legislativamente un período de RENEGOCIACIÓN obligatoria de todas las obligaciones pendientes o relaciones en curso. Lo hemos formulado y revitalizado en diversos foros, particularmente en “Saliendo del Arca” con Jorge Fernando FUSHIMI. Consideramos que siempre frente a un diferendo se debe negociar de buena fe. Máxime ahora que estamos frente a situaciones generadas por hechos imprevisibles. Y por supuesto esa renegociación no debe excluir de por sí a esos acuerdos.

Todo buen hombre de negocio deberá negociar de buena fe ante los incumplimientos que se hayan, se estén o se generen por las actuales circunstancias.

No sólo por la calidad de empresario sino porque el sistema judicial y procesal no podrá dar respuesta para la más rápida recuperación de la actividad económica en la normalidad que se pueda alcanzar.

Mientras los más eminentes estudiosos del derecho societario se preocupan de evitar que las consecuencias de la crisis puedan acarrear responsabilidades sobre los empresarios leales y diligentes que fueron sorprendidos por eventos inéditos, y las causas de disolución por pérdida del capital; los juristas concursalistas se dedican a analizar las respuestas desde la perspectiva de la insolvencia, la cesación de pagos y la preinsolvencia; otros analistas del derecho estudian las consecuencias sobre los contratos, sobre las relaciones laborales, sobre las personas vulnerables, sobre el tratamiento de las personas condenadas a penas privativas de libertad (sólo por tratar superficialmente algunos de los tópicos que preocupan a los operadores del derecho) y así la doctrina argentina se prepara para dar herramientas a las autoridades de los tres poderes, a fin de que puedan responder de la mejor manera posible.

Hoy he tomado conocimiento de un proyecto que impide tramitar quiebras pedidas por 150 días, por el mismo período congela enajenaciones en concursos y la adopción de medidas cautelares sobre bienes afectados a la actividad empresarial. Pero es un escudo parcial, más limitado del que pensamos.

Todo buen hombre de negocio debería negociar de buena fe ante los incumplimientos por las actuales circunstancias. Ante la crisis de una actividad empresarial —o la avizoración de ella—, la renegociación de las relaciones insatisfechas debe alcanzar incluso a la anteriores a la pandemia.

No sólo por la calidad de empresario sino porque el sistema judicial y procesal no podrá dar respuesta para la más rápida recuperación de la actividad económica en la normalidad que se pueda alcanzar. De alguna manera, ingresar al sistema judicial implica hacerlo a un oscuro laberinto, y las soluciones de mejora, simplificación y agilización del sistema concursal, cumplen la función de una hoja de ruta, que resulta útil para salir, pero no puede garantizar el tiempo en que se saldrá de él

Ante tales circunstancias, que siempre se han recomendado en los foros sobre PRECONCURSALIDAD y sobre lo que abogaba al final de su conferencia el año 2019 en la UBA el jurista alemán Karsten Schmidt sobre la conveniencia de los acuerdos privados, confidenciales, el Estado —P.E. o P.L.— debería, además de continuar dando la mayor ayuda financiera, crediticia o impositiva, imponer un extenso período de no agresión de RENEGOCIACIÓN OBLIGATORIA.

El objetivo es evitar que las empresas ingresen en insolvencia (casi todas se encuentran en zona de preinsolvencia), a cuyo fin, es esencial facilitar la salida de la situación, a través de mecanismos de buena fe, y donde la lealtad y la diligencia del buen hombre de negocios no estén ausentes. *Buena fe fácilmente alcanzable en los que están involucrados en conservar la empresa, como lo son los proveedores de cualquier naturaleza y los trabajadores. Los bancos deberían ser incentivados en actitudes proactivas a esa renegociación por normas transitorias, dentro de la imposición del escudo de la negociación, para no*



*considerar como incobrables aún esos créditos.* El art. 9 del Título preliminar lo impone como valor, y el CCC registra numerosas conductas reprochables con el antivalor de la “mala fe”.

*La normativa que aconsejamos, similar a la del Considerando 29 de la Directiva Europea 2019/1023<sup>27</sup>, tiende a generar un escudo de no agresión por el tiempo que se fijara, de mantenimiento de la administración y de los bienes, de la eliminación de las medidas cautelares que trabajaran el mantenimiento de la actividad. Conlleva evitar la judicialidad, porque entendemos que la mayoría de las situaciones se superaría con herramientas jurídicas disponibles, y eventualmente ara que el sistema procesal y de administración de justicia se prepara, como ahora la “cuarentena” intenta preparar el sistema hospitalario.*

*Debemos convenir en cual es el bien jurídico tutelable. Es fundamental la CONSERVACIÓN DE LA EMPRESA viable, conforme a un plan de negocios razonable que libere de responsabilidad a los que lo tracen de buena fe. Conservación de la empresa para asegurar también la conservación de los puestos de trabajo. Las ayudas financieras –graciables o no- o los alivianamientos de las cargas fiscales que pueda disponer el Gobierno pueden ayudar al trazamiento de la viabilidad. Se debe suponer que el empresario que negocia confía en que si se llega a un acuerdo, grupales o individuales, la actividad será viable. Eso supone buena fe. La buena fe implicaría unir a los enfrentados en el emprendimiento en que están interesados que sobreviva, aumentando automáticamente su valor y/o capacidad operativa y competitividad. Con bajo costo operativo o inclusive sin ningún costo operativo, o con bajos gastos de concreción. No debe ser un negocio de algunos.*

Claro que se requiere buena fe, nos hemos referido a la actividad ilícita con miembros de esta Academia. Es fundamental asegurar la CONSERVACIÓN DE LA EMPRESA viable, conforme a un plan de negocios razonable que libere de responsabilidad a los que lo tracen de buena fe. Conservación de la empresa para asegurar también la conservación de los puestos de trabajo.

Los emprendimientos objeto de una sociedad deberían asegurar la conservación de la empresa viable, inclusive facilitando escisiones u otras colaboraciones, pero de ninguna forma aprovechando la circunstancia para beneficiar a los titulares actuales con perjuicio de los actuales perjudicados o cumplidores o acreedores, salvo acreedores financieros –no bancarios-, pues en este caso se estaría reajustando o equilibrando el negocio inicial con sobrecarga de intereses.

La buena fe implicaría unir a los enfrentados en el emprendimiento en que están interesados que sobreviva, aumentando automáticamente su valor y/o capacidad operativa y competitividad. Con bajo costo operativo o inclusive sin ningún costo operativo, o con bajos gastos de concreción. No debe ser un negocio de algunos.

---

<sup>27</sup> El considerando 29 de la Directiva (UE) 2019/1023 del Parlamento Europeo y del Consejo de 20 de junio de 2019, expresa: *Para fomentar la eficiencia y reducir los retrasos y los costes, los marcos nacionales de reestructuración preventiva deben incluir procedimientos flexibles. Cuando la presente Directiva se aplique mediante más de un procedimiento en un marco de reestructuración, el deudor debe poder acogerse a todos los derechos y garantías previstos por la presente Directiva con el fin de lograr una reestructuración efectiva. Salvo en aquellos casos en que la participación de las autoridades judiciales o administrativas sea obligatoria con arreglo a la presente Directiva, los Estados miembros deben poder limitar la participación de esas autoridades a aquellas situaciones en las que sea necesario y proporcionado, teniendo a la vez en cuenta, entre otras cosas, el objetivo de proteger los derechos e intereses de los deudores y de las partes afectadas, así como el objetivo de reducir los retrasos y los costes de los procedimientos. Cuando los acreedores o los representantes de los trabajadores estén autorizados a iniciar un procedimiento de reestructuración con arreglo a la normativa nacional y el deudor sea una pyme, los Estados miembros deben exigir el consentimiento del deudor como condición previa para iniciarlo, y también deben poder ampliar dicho requisito a los deudores que sean grandes empresas.*



Se impone negociar de buena fe, y esto lleva a convocar a los penalistas para que traten de imaginar en nuestra civilización judeo cristiana, la legislación cuáquera que sanciona penalmente el perjurio y el desacato ante mentiras...<sup>28</sup>

¿O se pretende preparar la legislación para generar concursos de sociedades para que los acreedores asuman la pérdida sin recibir ninguna contraprestación? Recurrimos a Héctor Cámara que apostillaba “El principio de conservación de la empresa no constituye una patente de corso para la gestión empresarial”.

La situación patrimonial de la persona humana sin emprendimiento debe tener una solución jurídica inmediata y eficiente, mucho más simple que los proyectos en curso. La persona humana titular de un emprendimiento debería poder transferir el patrimonio afectado a ello a una SAS para facilitarle esa renegociación.

Los emprendimientos objeto de una sociedad deberían asegurar la conservación de la empresa viable, inclusive facilitando escisiones u otras colaboraciones, pero de ninguna forma aprovechando la circunstancia para beneficiar a los titulares actuales con perjuicio de los actuales perjudicados o cumplidores o acreedores, salvo acreedores financieros –no bancarios-, pues en este caso se estaría reajustando o equilibrando el negocio inicial con sobrecarga de intereses.

En similar sentido a lo que diagnosticamos, en la exposición de motivos del flamante Real Decreto-Ley 16/2020 del 28 de abril de 2020 dictado en España y publicado en el Boletín Oficial del Estado el día 29 de abril de 2020, establece a modo de principio y reconocimiento que: “*La crisis sanitaria del COVID-19 constituye un obstáculo adicional a la viabilidad de las empresas concursadas que puede determinar, bien la imposibilidad de suscribir o cumplir un convenio, abocando a las empresas a la liquidación, o bien una mayor dificultad de enajenar una unidad productiva que pudiera resultar viable*”. Pero, amén de ello, también trata de “*mantener la continuidad económica de las empresas, profesionales y autónomos que, con anterioridad a la entrada en vigor del estado de alarma, venían cumpliendo regularmente las obligaciones derivadas de un convenio, de un acuerdo extrajudicial de pagos o de un acuerdo de refinanciación homologado*”. Más adelante, la norma española trata de “*evitar el previsible aumento de litigiosidad en relación con la tramitación de concursos de acreedores en los Juzgados de lo Mercantil y de Primera Instancia*”. Reconoce así, aquellos problemas que estamos vislumbrando a modo de prognosis, pero todos los remedios van impulsados a la faz judicial, procesal y concursal. Como dijimos en la introducción, vamos más allá.

Si la idea central es la conservación de la empresa, la apuesta debe pasar por la reestructuración empresarial, financiera, económica, de tal manera que la empresa no llegue al conflicto y –menos aún- a la cesación de pagos. No hablamos ya, de preinsolvencia, sino de evitar ingresar en la zona de preinsolvencia. Si, como dijimos, un número aún no cuantificado de empresas se encontrará en zona de preinsolvencia al salir del aislamiento social, preventivo y obligatorio, la apuesta es colaborar con la salida de esa zona, a la actuación normal.

De alguna manera, la reciente Directiva 2019/1023 de la Unión Europea, en sus consideraciones previas hace mención a este fenómeno, cuando expresa que (3) *Los marcos de reestructuración preventiva deben evitar, asimismo, la acumulación de préstamos dudosos. La disponibilidad de marcos eficaces de reestructuración preventiva permitiría tomar medidas antes de que las empresas dejen de poder hacer frente a sus préstamos, lo que contribuye a reducir el riesgo de que los préstamos se conviertan en*

<sup>28</sup> Solo nos limitamos a advertir que se sintetizan conductas en “buena fe”, definida por la Real Academia como “**rectitud, honradez, criterio de conducta al que ha de adoptarse el comportamiento honesto de los sujetos de derecho. En las relaciones bilaterales, comportamiento adecuado a las expectativas de la otra parte**” y como contra valor la “mala fe” es definida como “**doblez, alevosía. Malicia o temeridad con que se hace algo o se posee o detenta alguna cosa. “De buena fe” con verdad y sinceridad”, “de mala fe” “con malicia o engaño**”. Nos viene a la cabeza máximas orientales de orientación a los reyes que no sabían leer ni escribir: “sé bueno y no dañes”.



*préstamos no productivos durante las recesiones cíclicas, reduciendo así las repercusiones negativas en el sector financiero. Se podría salvar un porcentaje significativo de empresas y puestos de trabajo si existiesen marcos preventivos en todos aquellos Estados miembros en los que las empresas tienen establecimientos, activos o acreedores. En los marcos de reestructuración **deben protegerse los derechos de todos los implicados, incluidos los trabajadores, de manera equilibrada.** Al mismo tiempo, las empresas no viables sin perspectivas de supervivencia deben liquidarse lo antes posible. Cuando un deudor en dificultades financieras no es económicamente viable o no puede recuperar fácilmente la viabilidad económica, los esfuerzos de reestructuración pueden provocar la aceleración y la acumulación de las pérdidas en detrimento de los acreedores, los trabajadores y otros interesados, así como de la economía en su conjunto.*

No empleamos, con Fushimi, la expresión “reestructuración” porque en el entendimiento vulgar, esta expresión está asociada a reestructuración financiera, exclusivamente, y –en particular- propuestas de canje de títulos de deuda, o bien de alargamiento de plazos, o –como ocurriera en los años 2003 y siguientes para salir del default del estado nacional- con quitas y esperas. La Directiva UE 2019/1023, emplea la expresión en mismo sentido amplio que nosotros, y la define como “*aquellas medidas destinadas a la reestructuración de la empresa del deudor que incluyen la modificación de la composición, las condiciones o la estructura de los activos y del pasivo o cualquier otra parte de la estructura del capital del deudor, como las ventas de activos o de partes de la empresa y, cuando así lo disponga la normativa nacional, la venta de la empresa como empresa en funcionamiento, así como cualquier cambio operativo necesario o una combinación de estos elementos*”

De allí que nuestro planteo no se agota en la mera negociación entre partes, en negociaciones bilaterales, sino que requiere diálogos y negociaciones sectoriales, requiere de acuerdos de reestructuración empresaria, de activos, de pasivos y de suministros. Requiere renegociar plazos y condiciones de entrega, eficientización de los servicios de logística y suministro, de facilitar medios de pago y de obtención de créditos, de acceso a los mercados de capitales y de reducción de costes de transacción, sean éstos de naturaleza que fue, incluyendo las transacciones judiciales.

La Directiva UE 2019/1023, en su exposición de motivos, expresa que “*Toda operación de reestructuración, en particular cuando es de gran envergadura y conlleva repercusiones importantes, debe basarse en un diálogo con los interesados. Dicho diálogo debe abordar tanto la elección de las medidas previstas en relación con los objetivos de la operación de reestructuración como las opciones alternativas, y debe existir una adecuada participación de los representantes de los trabajadores tal como se dispone en Derecho de la Unión y nacional*”. Pero las Directivas son actos legislativos en los cuales se establecen objetivos que todos los países de la UE deben cumplir. Sin embargo, corresponde a cada país elaborar sus propias leyes sobre cómo alcanzar esos objetivos, por lo que los criterios pueden divergir. Nosotros, también divergimos en relación a que no es necesario que la reestructuración sea de gran envergadura, y/o que conlleve repercusiones importantes. La preservación de la empresa viable, cualquiera sea su dimensión, desde la microempresa hasta la empresa multinacional, requieren del diálogo y la negociación de buena fe, para superar la situación de quiebra.

La renegociación privada, no judicial, que propiciamos permitiría analizar con profundidad la pertinencia de modificaciones legislativas, transitorias o definitivas, de la legislación nacional, y no sólo de la concursal.

**Cierro citando el caso Crew, recordando hace 10 años el GMC. Destaco la reciente presentación de la cadena minorista estadounidense en los tribunales de Virginia pidiendo su quiebra pero acompañando ya un acuerdo con sus acreedores financieros para traspasarles las acciones o sea la propiedad de la sociedad. Lo que propiciamos y señalaba ya Maffia en 2009 y Schmidt el año pasado**



en Buenos Aires... ¿Tendrá esa visión de imponer la renegociación obligatoria nuestro Gobierno, y en su caso seremos capaces de negociar de buena fe? Vaya cuestión! Quizá la Academia pueda hacer llegar reflexiones en tal sentido, conforme el criterio de nuestro Presidente Armando Andruet convocándonos a escribir sobre esta espantosa coyuntura... Nada será igual, aunque quizá consigamos ser más iguales.

## APÉNDICE:

Iluminamos el texto del ensayo precedente con alguna jurisprudencia:

### 1. UN DICTAMEN Y UN FALLO RECIENTES EN LOS TEMAS QUE VENIMOS DESARROLLANDO.

La responsabilidad que venimos sosteniendo por infracción a normas imperativas, encuentra un nuevo sustento judicial en el reciente caso “Interindumentaria SRL. Quiebra” en la acción promovida por el síndico contra administradores y socios por el déficit concursal. La juez de la Primera Instancia la había rechazado in totum, reaccionando el Ministerio Fiscal y resolviendo la Cámara por la revocación del fallo, aceptando la responsabilidad de los socios, pero no haciendo lugar a la acción de inoponibilidad de la personalidad jurídica en torno a otras sociedades.

Sintetizaremos algunos párrafos del extenso dictamen fiscal de la Prof. Gabriela Boquin, y luego el reciente fallo de la Cámara con el erudito voto del distinguido doctrinario Pablo Heredia, revocando el fallo de primera instancia que había rechazado la acción. Por esa síntesis nos permitimos aconsejar la lectura de ambas piezas jurídicas que constituyen un valioso aporte doctrinario. Posteriormente volveremos a reafirmar nuestra posición, coincidente en los efectos, pero parcialmente basado en las normas imperativas expresas de la LGS.

**1.1.El** Ministerio Público de la Nación, ejercido por la Prof. Gabriela Boquin, se basó en la insuficiencia de capital –patrimonio- bajo la noción de “infracapitalización”, sin referencia a las normas del derecho societario, pero forjando una sólida doctrina en torno a la teoría general de la responsabilidad por daño que transcribimos parcialmente. Inicia “... Indicó la juez que, aún cuando los indicios reunidos en ocasión de promoverse esta demanda permitían sospechar gravemente acerca de la existencia de actos legítimos perjudiciales para el ente (y sus acreedores), el devenir del tiempo, de los sucesos y el resultado de la prueba, demostraron que no hubo relación de causalidad entre la conducta reprochada y el daño...”. Sigue “A fin de facilitar la exposición, los agravios serán tratados en el orden en que han sido vertidos: 5.a) Infracapitalización. ...Pero resulta inatendible el argumento de que pese a que la infracapitalización estructural de la fallida fue probada, impide la condena de aquellos el hecho de haber cancelado con un inmueble de EF S.A. parte del pasivo de la hoy fallida. ...Por ello, tal accionar no puede ser inocuo a los acreedores de la deudora ni puede sostenerse que no hubo daño. ; Si la empresa desarrolló su actividad dotada de un capital insuficiente para cumplir con su objeto social, si estuvo infracapitalizada desde su constitución o si contrató con terceros sin activos de respaldo a las deudas que generó, ello debe ser imputado a los administradores o controlantes que lo hicieron posible. Entre todas las funciones que cumple el capital social, la de servir de garantía frente a los acreedores sociales es la que asume el papel más destacado, pudiendo sostenerse que el capital social funciona como instrumento de garantía<sup>29</sup> que compensa a los acreedores de la exoneración de responsabilidad de que gozan los patrimonios personales de cada uno de los socios, en las sociedades por acciones y de responsabilidad limitada. En otras palabras, la cifra capital brinda a los acreedores sociales un dato de fundamental importancia, pues les permite conocer los bienes,

<sup>29</sup> Los subrayados nos corresponden.



dinerarios o no, con que cuenta ¡l sociedad para responder frente a los terceros por las obligaciones sociales (Nissen, Ricardo Augusto, "La infracapitalización de sociedades y ¡a responsabilidad de los socios", en Revista de: las Sociedades y Concursos, nro. 1, nov/dic 1999, pág. 15. ...En tal orden de ideas, recuerda Georges Ripert que el capital constituye la contrapartida de la limitación de la responsabilidad de los socios (Tratado Elemental de Derecho Comercial, tomo 2, "Sociedades" TEA, Buenos Aires, 1954, pág. 235), más sí el capital social no guarda directa relación con el objeto de la sociedad carece de fundamento el beneficio de la limitación de la responsabilidad del socio o accionista, con el más probable riesgo que la sociedad así infracapitalizada se convierta en un instrumento de fraude (Vitólo, Daniel Roque, "Nuevos Aspectos al Derecho Societario", Ed. Ad Hoc, 2005;). Por ende, si el capital es el conjunto de recursos constituidos por los aportes de los socios para ser aplicados al giro social y al cumplimiento del objeto social, existe insuficiencia de capital cuando los socios no dotan a la sociedad de los recursos necesarios para ello. Es decir, la sociedad estará infracapitalizada. La doctrina ha señalado dos diferentes clases de la infracapitalización: la sustancial o material y la nominal. La primera tendrá lugar cuando los socios no suministren los recursos necesarios para el giro societario y la segunda se producirá cuando los socios suministren los recursos necesarios para el giro en cantidad suficiente pero bajo un título diverso del correspondiente de aporte que corresponde a su condición de tales. En palabras de un profesor español: un buen método para ¡a construcción impropia que se rige por principios jurídicamente incompatibles tales como ¡a maximización del beneficio con minimización del riesgo (conf. Paz Ares, Cándido "La infracapitalización; una aproximación contractual", EdS, Año ¡I, 1994, Ídem, "Sobre infracapitalización de las sociedades", ADC, 1983, citado por Vitólo, Daniel Roque en "Responsabilidad de los directores al ingresar la sociedad en la zona de insolvencia", en LL 2005-A,; 1207) Para evitar la sociedad estar infracapitalizada, en el caso de que tenga un capital social insuficiente para cumplir con su objeto social, los administradores deben controlar que el capital de la sociedad posea valores de significatividad con el volumen del giro del negocio y requerir de los socios o accionistas que suministren aportes adicionales para recomponer el equilibrio. Sostiene el autor español Paz Ares que las graves consecuencias, que importa la infracapitalización societaria son la externalización o desplazamiento del riesgo empresarial sobre los acreedores, fundamentalmente sobre los pequeños acreedores debido a los altos costos de información e inspección en que deben incurrir para prevenir aquellos riesgos (conf. Paz Ares Cándido, "Sobre infracapitalización de sociedades", año 1983, p. 1597). Precisa Raiser, citado por Manóvil, que si ¡a subcapitalización fue originaria, responden, sin duda, los fundadores de la sociedad. Cuando la subcapitalización es sobreviviente, responderán quienes, pudiendo hacerlo, no corrigieron con nuevos aportes el defecto, así como quienes emprendieron una ampliación de actividades sin dotar a la sociedad de los medios necesarios para ello. ("Raiser, Thonnas, "Konzernhaftung und Unterkapitalisierungs-haftung-Besprechung der Entscheidung BGH AG, 1994, 179, (EDV- Peripherie)", ZGR, año 24, NRO. 1, 1995, pág. 168 citado por Manóvil, Rafael, "Grupo de sociedades en el derecho comparado", Editorial Perrot, Buenos Aires, 1998). Rafael M. Manóvil, por su parte, sostiene que la insuficiente capitalización de la sociedad puede constituir un medio de hacerla actuar como recurso para violar la buena fe comercial! así como para frustrar derechos de terceros (Manóvil, Rafael M, ob dt, p. 1087). Autores como Wiedemann y Ulmer sostienen que los socios deben responder ilimitadamente por el pasivo social, en tanto conciben que el fundamento de esa responsabilidad radica en el deber de impedir la traslación del riesgo a los acreedores derivado de la limitación de responsabilidad por las deudas de la sociedad al patrimonio social. Señalan que la violación de ese deber impide la invocación por los responsables de la limitación de la responsabilidad contenida en las normas del derecho alemán. (Wiedemann, H, "Gesellschaftsrecht", pág. 573; Ulmer, P. "Gesellschfterdarlehen...", págs. 679/81, Citados por Manóvil, Rafael M, "Grupo de sociedades en el derecho comparado", Editorial Perrot, Buenos Aires, 1998, pág.561). Por su parte, el autor español Cándido Paz-Ares precisa que el fundamento de la responsabilidad de los socios por infracapitalización es la pérdida del privilegio de la responsabilidad limitada al aporte social. Así, sostiene que "la limitación de responsabilidad sólo adquiere sentido a través de la construcción simultánea de un patrimonio de



responsabilidad que sustituye a la responsabilidad personal del socio. El privilegio sólo puede mantenerse a través de la subsistencia de sus presupuestos normativos. La limitación de responsabilidad no es una garantía establecida por el "derecho natural", ni una libertad garantizada por la Constitución, sino un privilegio que el ordenamiento no concede incondicionalmente. El socio debe arriesgar un determinado patrimonio para no tener que arriesgarlo todo. Por consiguiente, si falta el presupuesto normativo del privilegio -una adecuada capitalización- se impone su pérdida y el consiguiente restablecimiento de la vigencia del derecho común. (Paz Ares, Cándido "Sobre la infracapitalización de las sociedades", ADC, 1983, pág. 1613). En tal sentido, dice Efraín Hugo Richard que si los socios no dotan a la sociedad de capital necesario, abusan de la institución del capital social, el privilegio de la limitación de responsabilidad de que disfrutaban queda sin fundamento, y por lo tanto responderán ilimitadamente frente a los acreedores de la sociedad de las deudas de la misma (Richard, Efraín Hugo, en "Las relaciones de organización y el sistema jurídico del derecho privado", Ed. Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, 1era. Edición, cap. XII, ap. VI, pág. 493). Conforme lo expuesto, debe combatirse la participación en el mercado de sociedades manifiestamente infracapitalizadas, que contratan con terceros sin contar con capital suficiente para afrontar su giro y el cumplimiento de su objeto social. Además no todos los acreedores de la sociedad se encuentran en iguales condiciones para averiguar cuál es la solvencia de su deudor. administradores En síntesis, si la sociedad actuó infracapitalizada y los y/o controlantes no recurrieron a los remedios que les proporciona el ordenamiento para superar esa situación, los socios deberán responder por las obligaciones sociales. Por ello, encontrándose debidamente acreditada la infracapitalización en que actuó la fallida no corresponde legitimar tal conducta de los administradores y controlantes impidiendo la reparación de los daños causados sosteniendo que tal accionar (la infracapitalización) no ocasionó perjuicios alguno. La infracapitalización ocasionó un daño a los acreedores insoluidos de la quiebra, de eso no hay duda.... Así, el mal desempeño de los administradores no sólo consiste en participar directamente o indirectamente en hechos o actos violatorios de la ley y los estatutos, sino también en la omisión de las diligencias exigidas por las circunstancias de tiempo, lugar y modo, para evitar subsanar incorrectos proceder, que no podían desconocer de haber aplicado la debida atención y preocupación por los asuntos sociales (CNCom, Sala B, "Bonmeñique S.A. s/ quiebra c/ Bonserio, Miguel y otros s/ ordinario" del 9 de mayo de 2016; dictamen nro. 148.654 en autos "Havanatur S.A. c/ Guama SA s/ ordinario" del 30 de agosto de 2016). La ley 19.550 en el art 59 establece el principio general en materia de la responsabilidad de los administradores estableciendo que estos deben obrar con lealtad y con la diligencia de un buen hombre de negocios en cuyo defecto son responsables solidaria e ilimitadamente por los daños y perjuicios que resultaran de su acción u omisión. La reglamentación de esta norma en lo que se refiere a los supuestos concretos se encuentra en los arts. 274 a 279 de la ley. : El deber de lealtad consiste en la prohibición para el administrador de dar preferencia a sus intereses en oposición con los de la sociedad; la diligencia de un buen hombre de negocios intenta reflejar los cuidados propios que deben tener los administradores societarios al desempeñar funciones, presupone un nivel de exigencia traducido en concreta idoneidad, capacidad, conocimiento suficiente y eficiente de; la actividad; que deben ser evaluados atendiendo a las circunstancias de las personas, tiempo y lugar (Otaegui, Julio "Administración societaria", Editorial Abaco, Buenos Aires, 1979, pág. 135; CNCom, Sala B, "San Justo S.A. s/ quiebra c/ Garavano, Alfredo Ernesto y otra s/ ordinario" del 05/12/2013; Sala E, "Bepez SA. s/ quiebra c/ Levy, Augusto Claudio José s/ ordinario" del 6/07/2016, entre otros). Ha sido dicho que la conducta de los administradores debe medirse en función de su actividad (u omisión) aunque no actúe directamente en hechos que originan responsabilidades, pues es función de cualquier integrante de este órgano controlar la gestión empresarial; dando lugar su incumplimiento a una suerte de culpa in vigilando, pues el distinguo entre la condición de administradores y su ejercicio efectivo, en torno a una cuestión concreta, antes de dispensarlos de responsabilidad, la agrava porque comporta no haberse interesado debidamente de la conducción del ente (CNCom, Sala B, "Oniy Plástico SA s/ quiebra s/ incidente de calificación de conducta" del 26/03/1991; Sala A "Minetti y Cia SA s/ incumplimiento de presentación del balance ante la Comisión Nacional de Valores" del 11/06/96; Sala C, "Electricidad Elga SA s/ quiebra" del



7/04/82; Sala , "Banco Medefin SA s/ retardo en la presentación de información contable" del 26/04/96; Sala E, "Comisión Nacional de Valores c/ Banco General de Negocios SA" del 16/08/07, entre otros). Es un principio fundamental en materia de responsabilidad de los directores el carácter colegiado del directorio -principio aplicable al caso de autos- lo que determina que la responsabilidad de todos sus integrantes sea solidaria e ilimitada hacia la sociedad, los accionistas y terceros por el mal desempeño de su cargo, conduciendo esta que no sólo queda configurada por la participación activa de cada director en los hechos generadores de responsabilidad, sino también por una conducta omisiva o negligente. (Nissen, Ricardo A. "Ley de sociedades comerciales", T 3, págs. 263 y sig.). ...En este tipo de obligaciones se enmarca el deber de llevar contabilidad en forma regular (conf. dictamen Nro. 147436 "Bonmetique S.A. s/ quiebra c/ 55 Bonseiro, Miguel Ángel y otros s/ ordinario" con fallo coincidente de la sala B de fecha de 9 de mayo de 2016) De ello se sigue que de acuerdo a las circunstancias del caso, ante el incumplimiento de la manda legal debe tenerse por configurado un supuesto de mal desempeño y falta de diligencia, para cuya procedencia la ley exige como factor de atribución la culpa o el dolo en los términos de los arts. 59 y 274 de la ley 19.550. : Por otra parte, se ha señalado que es responsabilidad de los administradores conservar los bienes sociales, manteniendo su producido en el activo o bien dando cuenta de su destino o aplicación por medio de su registro en la contabilidad legal (CN Com, Sala D, 10.9.92, "Phonoíone Co. S.R.L. s/ Quiebra s/ responsabilidad", citado por Nissen, Ricardo Augusto en "Ley de Sociedades Comerciales", T i, pág. 656). En la especie los demandados no brindaron ninguna explicación satisfactoria de las razones por las cuáles los activos denunciados en la época del concurso preventivo no fueron hallados al momento de la quiebra. ... Además, la omisión de llevar una adecuada contabilidad, es un incumplimiento al deber de la requerida diligencia del caso, que, en lo tocante a la contabilidad, implicaba una obligación de resultado. Así ha sostenido la doctrina que el daño cuya reparación se pretende debe estar en relación causal adecuada con el hecho de la persona o de la cosa a los cuales se les atribuye su producción, y es necesaria la existencia de ese nexo de causalidad pues de otro modo se estaría atribuyendo a una persona el daño causado por otro o por la cosa de otro. Por ello la relación causal es un elemento del acto ilícito y del incumplimiento contractual que vincula el daño directamente con el hecho, e independientemente con el elemento de imputación subjetiva o de atribución objetiva. Es el factor aglutinante que hace que el daño y la culpa, o en su caso el riesgo, se integren en la unidad del acto que es fuente de la obligación de indemnizar (Bustamante Alsina, Jorge "Teoría General de la Responsabilidad Civil", Abeledo Perrot, octava edición, Buenos Aires, 1993, pág. 261) El Código Civil hoy derogado (art. 901) y el actual Código Civil y Comercial (art. 1726) se enrolan en la teoría de la causalidad adecuada, la cual consiste en que no todas las condiciones necesarias para la producción de un resultado son equivalentes. Aquella que según el curso natural y ordinario de las cosas es idónea para producir el resultado, esa es la causa. Las demás condiciones que no producen normalmente y regularmente ese efecto, son solamente condiciones antecedentes o factores concurrentes (op. de Bustamante Alsina, pág. 263) Asimismo fue debidamente acreditada la relación de causalidad adecuada existente entre el obrar de los codemandados y el daño conforme el curso natural y ordinario de las cosas (art 1726 del CCC). Nótese que todas las conductas más arriba ponderadas confluyeron en la producción del daño que no es otro que la insolvencia de la sociedad...". La Fiscal General Gabriela Boquin abunda luego en la aplicación al caso de la inoponibilidad de la personalidad jurídica, que es descartada por innecesaria por la Cámara, por lo que omitimos esas consideraciones para no alargar este ensayo pero sugerimos leer por la posición que sostiene.

1.2. El Tribunal: La Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, sala D(CNCom)(SalaD) formalizó su fallo el 04/02/2020, en Interindumentaria S.R.L. (s/ quiebra) c. F., E. E. y otros s/ Ordinario<sup>30</sup>, del que puede formalizarse como Sumario:

<sup>30</sup>Publicado en: LA LEY 03/03/2020, 03/03/2020, 6 Cita Online: AR/JUR/111/2020



**1 . Las personas codemandadas deben ser condenadas solidariamente a cubrir el pasivo falencial de la sociedad fallida, comprensivo de la totalidad de los créditos verificados o declarados admisibles insolutos y las costas del proceso concursal, en tanto se acreditó que aquellos fueron artífices de su infracapitalización, en ejercicio de un innegable poder de gestión o de decisión respecto de la entidad.**

**2 . La subcapitalización es una situación contraria al interés social y los actos contrarios a ese interés se califican como tales teniendo en cuenta el momento de su ejecución.**

**3 . La utilización de bienes como garantía no cuenta como eventos ponderables para exonerar la correspondiente responsabilidad por infracapitalización de la sociedad fallida si, como ocurre en el caso, no se trató de actos que involucraron una inversión causante de una pérdida en el corto plazo pero determinante de una rentabilidad positiva futura, sino simple y sencillamente de la definitiva disminución de la garantía patrimonial de los acreedores sin prueba del correlativo ingreso de un contravalor.**

**4 . La infracapitalización sobreviniente de la fallida determinó que pasó a ser una “sociedad fantasma”, sin patrimonio que respalde sus operaciones frente a los acreedores, por lo que corresponde concluir que su personalidad ha constituido un recurso para violar la buena fe o para frustrar derechos de terceros y, en consecuencia, es posible imputar el daño sufrido a los socios.**

1.3.Extractamos del erudito voto del Dr. Pablo Heredia al que adhirieron los dos otros dos vocales:

“1º) ...un reclamo proporcionado al pasivo falencial no se contraponen al objeto de la pretendida responsabilidad por infracapitalización (calificable como “material”, según se verá). Ello es así, pues no se trata de que en la quiebra de la sociedad subcapitalizada los socios respondan solamente hasta el límite de los activos con los que debieron dotarla, sino que la insuficiente capitalización justifica —como lo ha destacado un fallo de esta alzada— que los socios o controlantes que hicieron posible esa situación carguen con todo “...el pasivo insoluto de la sociedad caída en insolvencia...” (conf. CNCom., Sala F, 13/05/2004, “Víctor Carballude SRL s/quiebra s/ incidente de inoponibilidad de la persona jurídica”, LA LEY 2014-F, 381); solución que se funda en el hecho de que el daño originado en la subcapitalización, a la época de hacerse efectiva la responsabilidad, es, precisamente, la impotencia del patrimonio social para responder a los acreedores, ya que si la violación del deber de una correcta dotación de capital trae como consecuencia dañosa la insolvencia, parece lógico que el socio responsable deba indemnizar ese daño, esto es, hasta cubrir la totalidad del pasivo social no satisfecho con el patrimonio de la sociedad fallida (conf. Manóvil, R., Responsabilidad de los socios por insuficiencia de capital propio: el modelo alemán, en AA.VV., “Derecho Empresario Actual - Homenaje a Raymundo L. Fernández”, Cuadernos de la Universidad Austral, Buenos Aires, 1996, ps. 625/626; Manóvil, R., Grupos de sociedades, Buenos Aires, 1998, p. 1087; Puliafito, G., La infracapitalización material calificada como supuesto de excepción al beneficio de la limitación de responsabilidad de los socios, en la obra dirigida por Embid Irujo, J. y Vítolo, D., “Sociedades comerciales - los administradores y los socios - responsabilidad en sociedades anónimas”, Buenos Aires - Santa Fe, 2004, p. 241). - Empero, el indicado quantum referente al pasivo falencial no está de acuerdo con la pretendida responsabilidad de los demandados como administradores societarios, pues habiendo encauzado la sindicatura el correspondiente reclamo desde la perspectiva de los arts. 59 y 274 de la ley 19.550 (normas aplicables a los administradores de sociedades de responsabilidad limitada en virtud de lo dispuesto por el art. 157, cuarto párrafo de la misma ley), esto es, como acción “social” de responsabilidad ejercida por el representante del concurso —arts. 278 de la ley 19.550 y 175 de la ley 24.522— (fs. 52 vta. y ss.), el daño indemnizable bajo tal acción no está limitado por el pasivo de la quiebra, sino que el deudor debe reparar íntegramente el perjuicio sufrido por la sociedad (conf. Vassallo, G., La acción de responsabilidad en la nueva ley de concursos y quiebras, JA, 1996-III, p. 954); y si la indemnización fuese mayor que el pasivo



social, aparece un remanente que debe ser entregado al deudor, esto es, a la sociedad fallida (art. 228, ley 24.522; conf. Rivera, J., Derecho Concursal, Buenos Aires, 2010, T. III, p. 722; Junyent Bas, F., Acciones de responsabilidad en el proceso falencial, JA, 1999-II, p. 745, cap. XI; Boretto, M., Notas sobre la responsabilidad de los administradores en la quiebra, JA, 2004-II, p. 996, cap. IV, texto y nota N° 44; Usandizaga, M. en la obra dirigida por Sánchez Herrero, A., Tratado de Derecho Civil y Comercial, Buenos Aires, 2017, T. X, p. 1048)...Distinto sería el caso, desde ya, si no existiese la referida limitación cuantitativa establecida en la demanda y si los socios y administradores societarios fuesen sujetos diferentes con, obviamente, patrimonios personales diferenciados. En tal hipótesis, la responsabilidad del socio no administrador sería autónoma de la responsabilidad de cualquier administrador societario, y el análisis separado de una y otra responsabilidad sería ineludible, sin perjuicio de que ambas pudieran, eventualmente, calificarse como solidarias si, por ejemplo, el socio intencionalmente decidió o autorizó la infracapitalización mediante actos que después ejecutó el administrador, dando cuenta ello de una hipótesis de daño a la sociedad o a terceros, producto de una “heterogestión” (conf. Piccinini, V., La responsabilidad del socio, en la obra dirigida por Balestra, L., “Le azioni di responsabilità nelle procedure concorsuali”, Giuffrè Editore, Milano, 2016, p. 106, N° 2 y ss.; Maffei Alberti, Alberto, Commentario breve al Diritto delle Società, CEDAM, Padova, 2017, p. 1473, cap. XXX).

Pero no es tal el caso de autos ya que, por el contrario, las personas humanas demandadas fueron los únicos socios controlantes internos de Interindumentaria SRL en la época crítica a considerar (esto es, la anterior a la presentación de su concurso preventivo, luego devenido en quiebra), a la vez que, coetáneamente, gerentes o administradores de facto según lo concluyó la sentencia apelada al desestimar la excepción de falta de

legitimación pasiva opuesta por ellos ...5°) El fallo de la instancia anterior rechazó la pretensión de responsabilizar a E. E. F. y C. M. S. G. de F., como únicos socios controlantes de Interindumentaria SRL, por no haberla dotado del patrimonio necesario para desarrollar su actividad.

Al respecto, la sentencia aceptó como un hecho “...sobradamente...” probado (fs. 2903) y “...evidente...” (fs. 2904 vta.) que Interindumentaria SRL fue objeto de una decisión tomada por las personas humanas indicadas consistente en dejar de capitalizarla y, en lugar de ello, constituir como únicos socios otra entidad societaria, EF SA, a la cual sin contraprestación alguna transfirieron inmuebles de la primera, al par que su actividad principal (fs. 2904 y 2912). ... Esta última conclusión es cuestionada por la sindicatura actora, dando ello lugar a su primer agravio. A mi modo de ver, asiste razón a la queja. Veamos. a. Son conocidas las dos formas de la infracapitalización: la nominal o formal y la material. La primera se refiere a aquellos casos en que existe un capital insuficiente para la realización de la actividad social, de manera tal que la financiación que necesita la sociedad se genera, no a través de aportes de los socios en concepto de capital, sino mediante préstamos que se convierten en créditos de ellos contra la sociedad. El problema que plantea la preferencia de tales créditos de los socios contra la sociedad —comúnmente quirografarios, pero que también podrían ser garantizados— y su vocación a participar *pari passu* con los demás acreedores en la liquidación de los bienes de la quiebra social, puede en gran medida ser resuelto mediante la reconfiguración del préstamo catalogándolo como sustitutivo de capital y sujetándolo, por esa vía, a un cobro subordinado al previo pago de los acreedores contra la masa (conf. CNCom., Sala C, 31/05/2012, “Díaz y Quirini SA s/ concurso preventivo s/ incidente de revisión promovido por Quirini, Augusto”; Vizcaíno Garrido, Pedro, El interés social como fin de la actividad de los administradores de las sociedades en crisis: acreedores frente a socios, Thomson Reuters - Aranzadi, Pamplona, 2015, p. 122; Ramírez Bosco, L., Responsabilidad por infracapitalización societaria, Buenos Aires, 2004, p. 80, N° 11 “b”). No es este, sin embargo, el concepto que interesa al sub examine sino el siguiente. b. La infracapitalización material, de su lado, se refiere a la situación que se da cuando el capital propio de la sociedad no es suficiente para satisfacer, de acuerdo con el 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 (conf. CNCom., Sala A, 26/11/2015, “Isabella, Pascual c. Bingo Caballito SA s/ ordinario”).

En un afín orden de ideas, que es el que aquí interesa, la infracapitalización material también se refiere generalmente a la extensión de responsabilidad de la sociedad a los socios como expresión de la vulneración del deber general que tienen de mantener una capitalización adecuada (deber que tiene sustento normativo en el art. 2° de la ley 19.550; Manóvil, R., Grupos de sociedades, Buenos Aires, 1998, p. 1084), en el entendimiento de que cuando no han capitalizado adecuadamente a la sociedad, no pueden alegar, frente a la reclamación de terceros, la exclusión de una responsabilidad personal. Es decir, la subcapitalización material alude a una responsabilidad por lesión del interés de aquellos que han entrado en relación con la sociedad y que ven insatisfechos sus créditos a causa de la insuficiencia patrimonial derivada de no haber mantenido los socios una estructura de capital con entidad adecuada para soportar la actividad o inversión efectivamente realizada por el ente. - Y a tal extensión de responsabilidad de las deudas sociales hacia los socios se llega a través de la desestimación de la personalidad jurídica de la sociedad subcapitalizada (art. 144 del Cód. Civ. y Com. de la Nación —ex art. 54, tercer párrafo, de la ley 19.550—; CNCom., Sala F, 13/5/2004, “Víctor Carballude SRL s/ quiebra s/ incidente de inoponibilidad de la persona jurídica”, LA LEY, 2014-F, p. 381; Cabanellas de las Cuevas, G., Derecho Societario - Parte General, Buenos Aires, 1994, T. 3 [la personalidad jurídica societaria], p. 360 y ss., N° 30; Roitman, H., Ley de sociedades comerciales, comentada y anotada, Buenos Aires, 2006, T. I, p. 240; Manóvil, R., Grupos de sociedades, Buenos Aires, 1998, p. 1087; Ramírez Bosco, L., ob. cit., p. 80, N° 11 “a”; Proietti, D., La infracapitalización y la teoría del corrimiento del velo societario para responsabilizar a socios y accionistas, LA LEY Suplemento Actualidad del 29/9/2011; Junyent Bas, F., Infracapitalización societaria - responsabilidad de administradores y socios, LA LEY, 2009-C, 1045; Rovira, A., Responsabilidad por insolvencia y capital social, en la obra “Empresa en Crisis” [dirigida por el mismo autor], Buenos Aires, 2005, p. 351).

En situación de quiebra social la infracapitalización material puede justificar la promoción de las acciones de responsabilidad societaria o concursal (véase mis votos en las causas “Conix SA s/ quiebra c. Edixer SA y otro s/ ordinario”, sentencia del 16/03/2009, e “Instituto Italo Argentino de Seguros Generales SA c. Giorgetti, Héctor N. y otros s/ ordinario”, sentencia del 04/12/2013). c. Ahora bien, dejando de lado los casos de sujetos alcanzados por normas específicas relacionadas al deber de integración del capital por razón de su déficit —con mira al mantenimiento de una particular solvencia— mediante exigencias cuantitativas que son determinadas por organismos estatales de control (por ejemplo, las aseguradoras; conf. esta Sala, cit. causa “Instituto Italo Argentino de Seguros Generales SA”), lo cierto es que el problema que plantea la infracapitalización material con relación a los restantes sujetos societarios es, por una parte, el de la fijación de los parámetros aplicables dado que no existen claros y unívocos criterios económicos que indiquen cuál es el índice de capitalización adecuado, o cuál debe ser el índice de solvencia mínimo que ha de requerir la estructura económica de una sociedad; y por otro lado, es el de la negación del concepto de socio como “inversor” que aporta el capital esencial dentro de un sistema de financiación empresarial (conf. Vizcaíno Garrido, Pedro, ob. cit., p. 123), ya que en las sociedades de cuotas o capital si el socio pierde su derecho a limitar la responsabilidad para responder al daño a terceros que causa la subcapitalización, el lógico efecto negativo es la pérdida de incentivos para invertir en tal tipo de sociedades (conf. López Tilli, A., Financiamiento de la empresa, Buenos Aires, 2010, p. 96 y ss.; Stordeur, E. y Stordeur, E. [h], Responsabilidad por infracapitalización: apuntes para un análisis económico, en la obra dirigida por Embid Irujo, J. y Vítolo, D., “Sociedades comerciales - los administradores y los socios - responsabilidad en sociedades anónimas”, Buenos Aires - Santa Fe, 2004, p. 243 y ss.).

Ahora bien, con estricta relación al sub lite, estos dos últimos problemas pueden, sin embargo, ser solventados de acuerdo con los siguientes razonamientos.



d) En primer término, cabe observar que no hay lugar para discutir en autos acerca de cuál fue el índice de capitalización adecuado o de solvencia mínima que requería la estructura económica de Interindumentaria SRL.

... De su lado, la problemática que relaciona el fenómeno de la infracapitalización con el concepto del socio como “inversor” que, en las sociedades de cuotas o de capital, limita su responsabilidad trasladando el riesgo, solamente se plantea, a mi modo de ver, con relación a la “gran sociedad”.

Es en este último supuesto, en efecto, que racionalmente aparece la exigencia de mantener la responsabilidad limitada del socio “inversor” frente a una subcapitalización societaria —con traslación del riesgo de la insolvencia a los terceros— ya que, como regla, habría de prevalecer el criterio según el cual la función económica de la sociedad no se podría cumplir a no ser que, precisamente, se admita la responsabilidad limitada de los socios (conf. Ascarelli, T., Principios y problemas de las sociedades anónimas, Imprenta Universitaria, México, 1951, p. 22). Acaso sólo podría admitir algún matiz la consideración de la situación de los acreedores involuntarios (extracontractuales) en comparación con los que, por el contrario, han entrado voluntariamente en relación con la sociedad informándose sobre la existencia de dicho fenómeno y, por ello, contratado con garantías o con precios que incluyen una prima de riesgo (en este sentido, véase: Vizcaíno Garrido, Pedro, ob. cit., ps. 123/124; De Arriba Fernández, María L., Derecho de grupos de sociedades, Civitas, Pamplona, 2009, p. 497, texto y nota N° 182; Pereira Duarte, Diogo, Aspectos do levantamento da personalidade colectiva nas sociedades em relação de domínio - contributo para a determinação do regime da empresa plurissocietária, Almenida, Coimbra, 2007, p. 311 y ss., N° 32; Deya, F., La infracapitalización societaria desde una perspectiva económica del derecho, RDCO 2002-813). - Por el contrario, la problemática no se plantea con igual proyección cuando se trata de la “pequeña sociedad” o de la llamada “sociedad cerrada” en la que, a diferencia de las sociedades abiertas o grandes sociedades, los socios usualmente confunden su condición de tales con el ejercicio de cierta capacidad gestora, lo que lleva implicaciones que van más allá de la mera actitud pasiva típica del inversor. En este diferente escenario, en efecto, como lo ha destacado la doctrina (conf. Ramírez Bosco, L., ob. cit., p. 109; Vizcaíno Garrido, Pedro, ob. cit., ps. 125/126), es posible excepcionalmente imputar al socio una responsabilidad ilimitada, pese a que por el tipo societario la tuviera como limitada, cuando del ejercicio de su capacidad gestora, sea por omisión o comisión, con dolo o culpa, se ha derivado una infracapitalización de la sociedad contraria al deber general de mantener una capitalización adecuada. Bien entendido que la mayor responsabilidad de que se trata tendría justificación en la implicación del socio en la gestión social (conf. Vizcaíno Garrido, Pedro, ob. cit., ps. 125/126) o por entenderse como la consecuencia del individual ejercicio que hizo de un poder de decisión sobre los asuntos sociales (conf. Manóvil, R., Responsabilidad de los socios por insuficiencia de capital propio: el modelo alemán, en AA.VV., “Derecho Empresario Actual - Homenaje a Raymundo L. Fernández”, Cuadernos de la Universidad Austral, Buenos Aires, 1996, p. 627); responsabilidad que, en sustancia, conduce —como ya se dijo— a desestimar la persona jurídica societaria e imputar al socio el correspondiente deber de reparar a los acreedores insatisfechos por causa de la insolvencia. - c. Por lo que toca al caso, la calificación de “pequeña sociedad” o “sociedad cerrada” es la que, sin dudas, corresponde a Interindumentaria SRL, que fue integrada por solo los dos socios demandados, cónyuges entre sí. De tal suerte, conforme con lo ya expuesto, no hay óbice en el especial caso de autos para desestimar la personalidad jurídica de la referida sociedad e imputar personal responsabilidad a E. E. F. y a C. M. S. G. de F., en forma solidaria, por la no discutida infracapitalización de Interindumentaria SRL de la que indudablemente fueron sus artífices en ejercicio de un innegable poder de gestión o de decisión respecto de la entidad.... la subcapitalización es una situación contraria al interés social (conf. Pelletier, N., La responsabilité au sein des groupes de sociétés en cas de procédure collective, LGDJ - Lextenso Éditions, Paris, 2013, p. 96, N° 151) y los actos contrarios a ese interés se califican como tales teniendo en cuenta el momento de su ejecución (conf. Heredia, P., El acto del administrador contrario al interés de la persona jurídica privada, RCCyC, año 2018, N° 4, ps. 121 y 124, texto y notas N° 94 y 111, con cita de Medina,



Annie, *Abus de biens sociaux*, Ed. Dalloz, Paris, 2001, p. 96, N° 2.32 y p. 103, N° 2.48),... corresponde recordar que el principio de la responsabilidad limitada presupone que la sociedad debe contar con un capital adecuado para cumplir su objeto, de donde si ella aparece frente a terceros sin patrimonio que respalde sus operaciones, corresponde concluir que su personalidad ha constituido un recurso para violar la buena fe o para frustrar derechos de terceros y, en consecuencia, es posible imputar el daño sufrido por tales terceros a los socios (conf. CNCom., Sala E, 24/08/1987, “Ceretti, César c. Ditto SA y otros”, JA, 1990-I, p. 317; en similar sentido, véase también: Macagno, A., *El fenómeno de la infracapitalización y la falencia social sobreviniente*, Rev. Soc. y Conc., vol. 3, Buenos Aires, 2000, ps. 47 a 53; Vítolo, D., *Infracapitalización, sobreendeudamiento y responsabilidad falencial - Incluye tratamiento del tema en derecho comparado*, en Fundación para la Investigación y Desarrollo de las Ciencias Jurídicas, *Derecho Concursal Argentino e Iberoamericano. Congreso Argentino de Derecho Concursal, 5° y Congreso Iberoamericano sobre la Insolvencia 3°*, vol. 2, Buenos Aires, 2003, ps. 139 a 156; Méndez, J., *Responsabilidades emergentes de la infracapitalización societaria*, en RDCO, 2005-A, p. 651/700; Richard, E., *Capital social y concurso preventivo - responsabilidad por infracapitalización*, Rev. Dcho. Concursal, Santa Fe, vol. XIII, ps. 13/44)... En las relaciones de control societario, es claro que constituye un abuso de poder que compromete la responsabilidad del sujeto controlante si provoca el vaciamiento (“svotuamento”) del sujeto controlado debilitando su consistencia patrimonial —por ejemplo realizando la transferencia de sus recursos productivos o bienes a otra sociedad, sin un correspectivo adecuado, ni la previsión de ventajas competitivas— o si el sujeto dominado es privado de su capacidad redituable en favor del sujeto controlante o de otra sociedad del grupo (conf. Niutta, Andrea, *Il finanziamento intragrupo*, Giuffrè Editore, Milano, 2000, ps. 430/431 y ss., N° 4.5); y también, obviamente, cuando se produce una infracapitalización material del sujeto controlado (conf. Rondinone, Nicola, *I gruppi di imprese fra diritto comune e diritto speciale*, Giuffrè Editore, Milano, 1999, p. 797 y ss., N° 23, texto y nota N° 511).

En nuestro derecho, para indemnizar el daño derivado de ese abuso de control está el art. 54, primera parte, de la ley 19.550, que precisamente determina, en lo que aquí interesa, la obligación del sujeto controlante (que puede ser una persona humana o jurídica; conf. Boretto, M., *Responsabilidad civil del sujeto controlante por los daños ocasionados a la sociedad controlada*, Buenos Aires, 2007, p. 138), de indemnizar al sujeto controlado

—en forma directa o indirecta— los daños producidos a activos tangibles o intangibles, por acción u omisión, culposa o dolosa, incluso en el manejo de una política empresarial (conf. Calcaterra, G., *La responsabilidad en los grupos de sociedades*, Buenos Aires, 2007, ps. 266/267; Miguens, H., *El grupo insolvente*, Buenos Aires, 2009, p. 182, N° 2.1).

Pues bien, en su aplicación fuera de una situación concursal, la reparación impuesta al controlante por el citado precepto de la ley societaria debe ser integral o plena (art. 1740 del Cód. Civ. y Com. de la Nación), debiéndose materializar, de ordinario, en el restablecimiento del potencial y aptitud de la empresa de la sociedad para desenvolverse en el mercado en cuanto haya sido perjudicada por el sujeto dominante (conf. Manóvil, R., *Grupos de sociedades*, Buenos Aires, 1998, p. 688).

El mismo criterio podría ser predicado cuando la reparación se reclame en sede concursal, pues la quiebra se apropia de la acción habilitada por el art. 54, primer párrafo, de la ley 19.550, sin modificarla.

Sin embargo, en la medida que no hay dificultad en reconocer que el daño resarcible está constituido por el perjuicio sufrido por los acreedores por la falta de conservación del patrimonio social de la controlada, con el resultado de que no es suficiente para satisfacer sus créditos (conf. Di Majo, Alessandro, *I gruppi di società - Responsabilità e profili concorsuali*, Giuffrè Editore, Milano, 2012, p. 48, N° 2.3), nada obsta a que el sujeto controlante solamente se haga cargo del pasivo verificado en el concurso de la dependiente. Es decir, el controlante responsable cumple adecuadamente su deber indemnizatorio pagando limitadamente el monto de los créditos verificados en la quiebra de la controlada (conf. Miguens, H., *ob. cit.*, ps. 194/195,



Nº 2, y p. 197, Nº 5 y su cita de Otaegui en nota Nº 116) o, mejor dicho, el pasivo falencial comprensivo del monto de los créditos insinuados que resten insolutos, más intereses y costas. ...fácil resulta apreciar la inutilidad de admitir una condena bajo el argumento del invocado rol atribuido a las personas humanas demandadas de haber sido controlantes de EF SA, La Artesana SA y Grupo Inversor Argentino SA (o, más ampliamente, del denunciado “Grupo Fábrega”), toda vez que, de acuerdo con este voto, aquellas ya han de ser condenadas a pagar el pasivo falencial de Interindumentaria SRL como socios controlantes responsables de su infracapitalización, de donde constituiría una plétora jurídica condenarlas también a pagar lo mismo pero como controlantes de otras sociedades....”.

Frente a ello se rechaza por innecesaria la consideración de imputación por la teoría de la “inoponibilidad de la personalidad jurídica”. Los doctores Vassallo y Garibotto adhieren al voto que antecede. Concluida la deliberación los señores vocales la suscriben Pablo D. Heredia. — Juan R. Garibotto. — Gerardo G. Vassallo.

1.4. El dictamen y voto precedente señalan acabadamente la imputabilidad del daño a socios no solidarios en caso de quiebra, o sea de insolvencia de una sociedad, por el déficit patrimonial que se registre, e incluso por otros daños. Se funda el voto precedente en la teoría general de la responsabilidad o del derecho de daños, particularmente por mala administración y ser socio gestor y no necesariamente inversores.

Se desliza reiteradamente que la infracapitalización no puede ser usada para transferir el daño –las pérdidas, apuntamos- a los acreedores. Si bien no se citan o se trabaja sobre la normativa societaria imperativa general, la cuestión parece fácilmente reducible y haremos unos comentarios sobre ello.

También la cuestión parece trasladable a las situaciones de concurso preventivo de sociedades, cuando los socios no asumen las previsiones impuestas por esas normas imperativas de la ley específica.

## 2. RESPONSABILIDAD SOLIDARIA DE SOCIOS CON RESPONSABILIDAD LIMITADA POR OTRA VIA.

2.1. Revisemos una jurisprudencia que determina la responsabilidad solidaria de socios en una sociedad con responsabilidad limitada, generando una posición ejemplificadora. Se trata de la resolución de la Cámara CIVIL - SALA C en la Ciudad de Buenos Aires, a los treinta días del mes de agosto de dos mil diez y siete en los autos **“VON SANDEN DE KLEIN ROSA CRISTINA C/ ANGELINO MIGUEL ANGEL Y OTROS S/ DAÑOS Y PERJUICIOS”**, cuya lectura también aconsejamos. **La sentencia toca tres puntos sensibles a la responsabilidad de socios: sobre la prescripción, la integración de la litis y las causas por las que se les responsabiliza.**

**Lleva el voto el Doctor Diaz Solimine** que delimitó la cuestión litigiosa: “La sentencia acogió el objeto de la pretensión de daños y perjuicios contra Miguel Angel Angelino, Nicolás Enrique Ruiz Guiñazu – luego desistido a fs.521 - y José María González de la Fuente al pago del crédito admitido en los autos “Birlen SA c/ Von Sanden de Klein Rosa Cristinas/ cumplimiento de contrato. Con costas.”

En primer término trata la excepción de prescripción opuesta por los codemandados González de la Fuente y Angelino, que fuera desestimada. ... El rechazo de la excepción es bien fundado, y quizá corresponda también señalar que dentro de la funcionalidad societaria como persona jurídica, juega el precepto del art. 56 de la hoy ley general de sociedades –LGS-, vigente desde el año 1972 que dispone “La sentencia que se pronuncie contra la sociedad tiene fuerza de cosa juzgada contra los socios en relación a su responsabilidad social y puede ser ejecutada contra ellos, previa excusión de los bienes sociales, según corresponda de acuerdo con el tipo de sociedad de que se trate”.

El valor expansivo de la sentencia es indubitable, aunque la ejecución directa de la misma pueda estar condicionada al tipo social (tipicidad de segundo grado), y cuando no hay responsabilidad por el tipo social asumido puede resultar la misma de otras normas de la ley, como sucede en el caso y esplicitaremos.

Ingresa el Camarista que lleva el voto en el tema central: la “responsabilidad” de los accionistas demandados: “Los apelantes se quejan del acogimiento de la pretensión , señalando que no se encuentra



acreditada la responsabilidad invocada, ni la integración en la sociedad , peticionando su desestimación. En primer término, adentrándonos en las quejas ,debo exponer que el carácter de socios integrantes de la sociedad condenada Birlen SA , ha quedado plenamente probado con los elementos colectados en el proceso.” Omitimos las cuidadas referencias subrayando que la defensa aparece en este aspecto como burda.

Continúa con precisión “Adentrándonos en la responsabilidad que les endilga, diversa es la prueba que lleva en forma unívoca a concluir como lo hizo el sentenciante de grado. En primer término, la inexistencia actual de la sociedad condenada Birlen SA en el domicilio constituido ante la Inspección General de Justicia – ver informe de fs. 289 - y actas de constatación de fs. 37/38. Otro claro y medular indicio es la falta de presentación de balances contables ante la correspondiente autoridad, los cuales no se efectuaron desde la fecha de constitución de la misma acaecida con fecha 7-12-1978 y la rúbrica de los libros societarios que datan del año 1988 – ver informe de fs. 301 , e informe de fs. 300 emanado de la Inspección General de Justicia, que no fuera tampoco materia de impugnación. En este orden , merece señalarse que la última rubrica de los libros societarios data del año 1988 – ver informe de fs. 300 -. Pero ahonda aún más los indicios que llevan a la responsabilidad de los accionistas en los términos del artículo 54 de la ley 19.550 , ... Estos indicios logran trasuntarse en presunciones , que al decir de Alsina , “son la consecuencia que se obtiene por el establecimiento de los caracteres comunes de los hechos ( Tratado , tomo III, pág. 683).- El artículo 163 inciso inciso 5 to. Determina que “ las presunciones no establecidas por ley constituirán prueba cuando se funden en hechos reales y probados y cuando (“los indicios”, el encomillado me pertenece) por su número, precisión, gravedad y concordancia , produjeren convicción según la naturaleza del juicio, de conformidad con las reglas de la sana crítica”.- Los hechos referidos en el examen , revisten la calidad de precisos (son unívocos), graves ( es decir tienen un alto grado de probabilidad ) y son concordantes ,es decir debidamente entrelazados por puntos de inferencia y concurrentes hacia una determinada conclusión: la existencia de hechos que demuestran palmariamente la responsabilidad de los accionados . Es que frente a la imposibilidad de una prueba directa o determinada, el juez debe ponderar esmeradamente el conjunto de las circunstancias anteriores, concomitantes y apreciarlo con soberana facultad para interpretar el “ánimus” ( SCTúc. LL 44-602, citado Por Alonso I. y Giatti, J. “Aspectos procesales de la aplicación de la teoría de la inoponibilidad de la personalidad jurídica” ). Por su parte los demandados, ... debiendo expresar que no han acreditado que la sociedad haya sido liquidada mediante el correspondiente proceso que regulan los arts. 101/112 de la ley 19.550 , lo que demuestra la falta total de capital de la sociedad , y no es menos cierto que en los instrumentos públicos mentados los partícipes han sido siempre los accionados. Asimismo los accionados se encuentran en una mejor posición al tener acceso a los libros. Balances, contratos con terceros , etc, es decir toda la documentación idónea para probar que aquella realiza una actividad real, así como de que forma el acto que realizaron esta enderezado a satisfacer el interés social a través del cumplimiento del objeto de la sociedad, pues nadie mejor que los socios controlantes para acreditar la realidad que perjudico a terceros. Aúnese a ello la grosera ausencia patrimonial del Birlen SA para hacer frente a responsabilidades patrimoniales , no hace más que trasladar estos actos en forma directa a los partícipes en la misma, pues han sido ellos que han llevado a esta situación en la cual se ha generado una carencia total de patrimonio a fin de salvaguardar ,primero a la sociedad misma y luego hacia los terceros que pudieran verse afectado por los actos de ella. Ante la descapitalización o infracapitalización, comparto lo indicado por la Cámara Comercial , Sala F, en cuanto a que estos casos resultan inoponibles la persona jurídica ( Cfe. Carballude v. s/ Quiebra , Vitolo, Daniel Roque “ Responsabilidad de los directores al ingresar la sociedad en la zona de insolvencia LL 22-12-2004). La responsabilidad debe extenderse a los socios cuando “.... La sociedad haya desaparecido sin efectuar el trámite de liquidación prevista por la legislación societaria” (Teoría de la desestimación de la persona jurídica “ ( Ramos Santiago J. SAJ:DACF070024 ). Por lo cual y con sustento en estos argumentos, en el presente Acuerdo propongo que las críticas esbozadas sean rechazadas, debiendo confirmarse el decisorio recurrido.” La sentencia es suscripta por el opinante OMAR LUIS DIAZ SOLIMINE y el adherente JOSÉ BENITO FAJRE.



Es una sólida interpretación del sistema societario y de sus normas imperativas o indisponibles para sintetizar el abuso de control que impone la previsión responsabilizatoria del art. 54 in fine LGS por infracapitalización.

2.2. Sigamos con otro fallo sobre inoponibilidad que ilustran sobre responsabilidad ante daño. **La CNCom, Sala C, Octubre 30 de 2014, en “Migal Publicidad SA contra Ti Intertele SRL sobre ordinario”, sostuvo “... Si se advierte que la sociedad tiene por objeto dedicarse a operaciones comerciales relativas a productos de internet e informática y no se menciona nada relativo a la actividad gastronómica, a pesar de que la sociedad demandada ejercía actos ajenos a su objeto social al explotar un restaurante, surge evidente que la referida sociedad fue utilizada para llevar a cabo actividades extrasocietarias, en claro perjuicio de sus acreedores, tanto proveedores como empleados, esto es, la sociedad fue utilizada como un recurso para vulnerar los derechos de terceros. ... La sociedad es un sujeto de derecho con el alcance fijado por la Ley 19.550: 2, en tanto no se violen las reglas superiores del ordenamiento jurídico; ... Resulta aplicable el artículo 54 tercer párrafo de la ley 19550 cuando actuando bajo la figura de la S.R.L. los socios han querido sustraer su propio patrimonio y responsabilidad del alcance de los acreedores.... Los sujetos sobre quienes se puede cernir esa imputación diferenciada de responsabilidad son, según los expresos términos de la ley, exclusivamente dos: los "socios" y los "controlantes" de la sociedad; siendo éstos los únicos legitimados pasivos de la acción indicada en la propia letra de esta norma; en cuanto a la interpretación de la palabra "socios", no ofrece dificultades interpretativas, se trata de aquellos que han hecho posible la actuación ilegítima o extrasocietaria, sin importar si son mayoritarios o minoritarios; en tanto la responsabilidad de los "socios" puede verificarse tanto por acción como por omisión; y sin importar si son controlantes o no, como también lo ha advertido mayoritariamente la doctrina.**

2.3. La CNCom, Sala B, Agosto 29 de 2014, en “Bianchi Adrián Emilio contra Vanderbelt Group Ltda. Y otros sobre ordinario”, expresó: “... Cuando el recurso técnico es utilizado para violar la ley, el orden público y la buena fe, para frustrar derechos a terceros, o aun simplemente para llevar adelante fines extrasocietarios, surge la figura de la inoponibilidad de esa personalidad jurídica. ...**Resulta lícito atravesar la personalidad societaria y captar la auténtica realidad que se oculta tras ella, con la finalidad de corregir el fraude o neutralizar la desviación, toda vez que en tal caso, la sociedad configura un elemento por el que se intenta cubrir la responsabilidad patrimonial del verdadero responsable. ...** Ante la aplicación de la norma del artículo 54 tercer párrafo de la ley 19550, el socio responde, no por una consecuencia del tipo legal sino por un acto disvalioso que él personalmente ha causado. ...El tercer párrafo del art. 54 LSC determina que la actuación de la sociedad se imputa directamente a los socios que la hicieron posible y esto tiene su base en las normas derivadas del derecho común, entre otros, art. 1109 CCiv. ... Corresponde la aplicación de la doctrina de la inoponibilidad de la personalidad jurídica cuando en la actividad ilegítima denunciada tuvieron necesaria participación las sociedades demandadas, quienes captaron inversores, emprendieron supuestos negocios jurídicos, para luego, denegaron la devolución tanto de los capitales aportados por sus clientes como de sus réditos; perjudicando a terceros con sus maniobras fraudulentas, siendo curioso que una de dichas compañías cancelara su inscripción en el Registro Público de Comercio con fecha tan próxima a este litigio; pues ello evidenciaría por parte de sus administradores un intento de eludir responsabilidades en calidad de partícipes; ya que éstos se encargaron de multiplicar la cantidad de clientes y perjudicaron a terceros con la falta de reintegro de sus inversiones. ...Debe aplicarse la solución prevista en el artículo 54 in fine de la ley 19550 cuando consta que frente al infructuoso intento del actor de retirar los fondos de su cuenta individual, las sociedades involucradas en la operación no proporcionaron explicaciones y eludieron toda responsabilidad; desapareciendo y huyendo de todo contacto con sus clientes estafados, debiendo tenerse en cuenta, además, que ciertas



operaciones realizadas por los entes demandados, y por las cuales éstos percibían comisiones, excedían el objeto del contrato social y carecían de la autorización de la Comisión Nacional de Valores (art. 6, ley 17.811) para actuar en el mercado. ...

**2.4. La CNCom, Sala F, Mayo 13 de 2014, en la causa “Víctor Carballude SRL sobre quiebra, Incidente de inoponibilidad de la personalidad jurídica”, consideró: “...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. ...El instituto de la inoponibilidad de la personalidad jurídica se presenta como un remedio con el que se cuenta para descender la personalidad de los entes asociativos, con el objeto de imputar cierta obligación o derecho a un sujeto distinto -tales como sus controlantes o socios-, si se reúnen las especiales circunstancias que enumera el párrafo tercero del artículo 54 de la ley 19550.... 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).... Esta no se traduce ni en la caída del sujeto de derecho ni en el impedimento a su funcionamiento sucesivo, simplemente se dan las dos alternativas que como efecto práctico de la inoponibilidad prevé el art. 54 que son la imputación directa del obrar -responsabilidad por ende ilimitada-, y además una responsabilidad por daños y perjuicios, título distinto que está establecido por el mismo art. 54 y también la habrá cuando por vía de la desviación de la causa contractual, o como efecto empírico de la actuación posterior, se produzca el desbaratamiento del derecho de terceros....La naturaleza de la acción de inoponibilidad presenta algunas peculiaridades: (i) Es societaria pues se trata de una medida que tiene por objeto declarar irrelevante la diferenciación entre la personalidad del ente social y la de sus componentes (socios); (ii) Es accesoria desde que tiene sentido en tanto y en cuanto existe una actuación social encubridora, violatoria o frustratoria; y (iii) Es una acción declarativa toda vez que su finalidad se agota en la declaración. La sentencia que se obtenga será, dentro de la clásica división procesal, una sentencia declarativa o de mera declaración, cuyo objeto es la pura declaración de que ha acaecido el efecto desestimatorio de la personalidad societaria. ...No se admite, por vía de principio, la ponderación restrictiva de la solución legal prevista en el artículo 54 último párrafo de la ley 19550.... 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 sustitutos 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. ....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.... ; d) La valuación del activo arroja cero y el sujeto societario no cuenta con ningún bien registrable a su nombre, no obstante que la empresa se habría dedicado al transporte de carga y e) Únicamente se integró un 25% del capital social suscrito al momento de la constitución de la sociedad, que data del año 1991 ( que ascendía a australes 2.800.000 -hoy \$280- ) y no hay elemento de juicio que permita corroborar que a lo largo de la vida social se hubiera saldado el 75% restante....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 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.... Medió en consecuencia una infracapitalización agravada susceptible de quedar aprehendida como causal de declaración de inoponibilidad de la persona jurídica y ello aun cuando la cuestión pudiese ser analizada desde su perspectiva más restrictiva.....La frustración de los derechos de los terceros -en este caso: acreedores sociales- encuentra su fundamento en la violación de una premisa tan sencilla como elemental: el patrimonio es la prenda común de los acreedores. ...Ello pone en evidencia, además, una deficiencia en el cumplimiento de los requisitos esenciales que fluyen del artículo 1º de la ley de sociedades, con la consecuente externalización de los riesgos empresarios....La insuficiente capitalización de la sociedad puede constituir un medio para hacerla actuar como recurso para violar la buena fe negocial así como para frustrar derechos de terceros, lo que hace aplicable el instituto de la inoponibilidad de la personalidad jurídica conforme al art. 54, tercer párrafo de la LS. Justifica así que la actuación de la sociedad o las consecuencias de la misma, en este caso el pasivo insoluto de la sociedad caída en insolvencia, y la misma situación jurídica falencial, se imputen a los socios o controlantes que la hicieron posible, siendo importante insistir en que la elección de esta vía puede resultar más apropiada que la extensión de la quiebra fundada en la LCQ 161, cuyos presupuestos pueden no estar configurados por el solo hecho de una deliberada subcapitalización de la sociedad.....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.”

Todos estos fallos son contundentes en la aplicación de la legislación societaria para responsabilizar a socios.

### 3. LA INOPONIBILIDAD DE LA PERSONALIDAD JURÍDICA.

En el caso “Intervestimenta SRL” el dictamen fiscal había acogido con fundados argumentos la pretensión de declarar la inoponibilidad de la personalidad jurídica en relación a otras sociedades que habían colaborado en el vaciamiento de la fallida. La Cámara la obvió creemos por considerar innecesario ese paso, ante la responsabilidad por el dato total atribuido a todos los socios con responsabilidad limitada.



Nos cabe una duda: iniciadas las maniobras en el año 1992 y fallada esa responsabilidad en el año 2020, el patrimonio de esos socios será suficiente para cubrir el daño? Quizá pasarán 20 años en dilucidarlo.

La llamada inoponibilidad de la personalidad jurídica, que consideramos integra aquel sistema general, en orden a las relaciones de organización, aparece en el caso “Von Seiden”<sup>31</sup> que es una suerte de síntesis de ese orden imperativo en resguardo de terceros, rescatando la aplicación del art. 54 en su previsión final: “La actuación de la sociedad... 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”.

La congruencia de esta fórmula normativa con las demás normas que hacen a la regular funcionalidad de la sociedad, permite resguardar a terceros y, sobre todo, recordar a los socios con supuesta responsabilidad limitada que, para mantener esa limitación, no deben cruzar ciertas líneas rojas –violando normas imperativas del sistema societario-, pues implica un fraude a la ley societaria, sintetizado en el referido artículo.

Al decir de Jesús Alfaro, la constitución de una sociedad por socios genera un centro de imputación provisional, obviamente diferenciado del patrimonio de los socios, agregamos. Pero la imputación diferenciada está condicionada al buen uso de la sociedad y que los socios no hayan violentado normas imperativas de la legislación para perjudicar a terceros.

Se afirma la utilidad que revisten en general “los remedios tempestivos e idóneos a la primera señal de crisis”<sup>32</sup>. Responsabilidad siempre de base subjetiva, por accionar culposo o doloso generando daño.<sup>33</sup>

Apuntemos alguna jurisprudencia

**3.1.** La desestimación de la personalidad societaria debe ser utilizada cuidadosamente, pues su aplicación irrestricta llevaría a consagrar la excepción como regla: circunstancia que no fue la que inspiró el nacimiento de tal remedio jurídico, aunque claro que ello no puede conducir a la introducción de restricciones irrazonables, que conviertan al dispositivo de la LSC 54, párrafo tercero, en letra muerta y que, además, carecen de expresa previsión legal. No admito, por vía de principio, la ponderación restrictiva de la solución legal. - El dolo es comprobable mediante el aporte de cualquier medio de prueba y la prueba de la incurrancia en dolo incumbe a quien alega haber sido víctima de dicho obrar.

CNCom, Sala F, Marzo 19 de 2019, “Medvedeff Víctor contra Yelda SA y otro sobre ordinario”.

**3.2.** Cuando se denuncia el vaciamiento y trasvasamiento de activos de una sociedad a otra sociedad es usual que la configuración de tales extremos no pueda acreditarse por medio de prueba directa y que en la mayoría de los casos tal conclusión puede deducirse de la reunión de prueba indiciaria, entendiendo por indicio al hecho real, cierto ( probado o notorio ) del que se puede extraer críticamente la existencia de otro hecho no comprobable por medios directos, según la prueba aportada a la causa y que las presunciones constituyen, por su propia naturaleza, una prueba indirecta basada en el raciocinio.

CNCom, Sala D, Mayo 7 de 2019, “Pramac Ibérica SA contra Sincrolamp SA sobre ordinario”.

<sup>31</sup> RICHARD, Efraín Hugo “ RESPONSABILIDAD SOLIDARIA DE SOCIOS: UN FALLO SENCILLO Y EJEMPLIFICADOR”, Revista de las Sociedades y de los Concursos”, Ed. Fidas, pag. 87, Año 18 2017-3.

<sup>32</sup> MIOLA ob. cit.pág. 1309.

<sup>33</sup> RICHARD, Efraín Hugo “TEORIZACIÓN SOBRE SOCIEDADES COMERCIALES EN CRISIS ECONÓMICO-PATRIMONIAL”, en *Derecho Concursal, 10 años de reflexiones*, Instituto Colombiano de Derecho Concursal, Bogotá 2017, pág. 195 y ss..



3.3. Opinión doctrinal: Jesús Alfaro Aguila Real señala<sup>34</sup>: Es aconsejable leer algo sobre la responsabilidad limitada de las personas jurídicas corporativas para introducirse en el tema, antes de abordar el estudio de esta doctrina. - Las sociedades tienen personalidad jurídica independiente de la personalidad de los socios en el sentido de que, a través de la sociedad, **los socios crean un patrimonio separado del individual de cada uno de ellos y actúan unificadamente en el tráfico**, esto es, como si el grupo fuera un individuo y, por lo tanto, se pueden imputar derechos y obligaciones al patrimonio/grupo unificado. Estos derechos y obligaciones no son, sin más, derechos individuales de los socios. - *Decir que el grupo tiene personalidad jurídica significa que el grupo ha generado un patrimonio separado del patrimonio personal de cada uno de los miembros individuales del grupo.* - Pero esto es una forma de hablar. Es obvio que los derechos y las deudas que forman ese patrimonio separado no dejan de ser derechos y deudas de los socios y, por eso, puede decirse que **las personas jurídicas son centros de imputación provisional** (o, en otras palabras, **centros de distribución** de derechos y obligaciones) a diferencia de los individuos que son centros de imputación o atribución definitiva. Son los socios los sujetos pasivos de las deudas sociales y son los socios los titulares de los bienes que integran el activo social. A conclusiones similares se llega desde una concepción contractualista de la personalidad jurídica que se utiliza para explicar el sentido de la responsabilidad limitada. Generalizando esta concepción, puede afirmarse que la utilización de una persona jurídica no sería sino una forma de incorporar al contrato que un grupo celebra *uti universi* con terceros el Derecho de sociedades aplicable a la personalidad jurídica que les permite actuar conjuntamente. Cuando la persona jurídica titular del patrimonio separado tiene estructura corporativa y goza de responsabilidad limitada, la separación se convierte en **aislamiento**, esto es, incomunicación entre el patrimonio separado y el patrimonio personal de los socios. - En este contexto, “levantar el velo” de la persona jurídica significa, en términos técnicos, **prescindir o inaplicar el principio de separación entre el patrimonio de la persona jurídica y el de sus miembros**, bien imputando a los miembros conductas realizadas por la persona jurídica, bien extendiendo a los miembros la responsabilidad por actos realizados por la persona jurídica. Hay, pues, casos de: **imputación** donde lo que sucede es que la ley o el juez identifican limitadamente a la persona jurídica con los sujetos titulares de la misma (en ambos sentidos) y supuestos de **extensión de responsabilidad** a los socios o casos en los que, a pesar de que no existe relación jurídica directa entre un tercero y los socios de la sociedad, se hace responsables a éstos frente a aquél. ...”. **Cita a** la jurisprudencia norteamericana “son casos (In *Hystro Products, Inc. v. MNP Corp.*, 18 F.3d 1383, 1390 (7th Cir.Nos. 12-1351, 12-14303 1994)) en los que, si no se extendiera la imputación a los socios, se estaría enriqueciendo injustamente a una de las partes de un contrato o se permitiría a la sociedad matriz, que generó la responsabilidad de la filial y fue la causa de la incapacidad de la filial para cumplir con esas obligaciones, escapar a su responsabilidad o se permitiría a los antiguos socios ignoren sus obligaciones o aceptar las operaciones de ingeniería societaria “to keep assets in a liability-free corporation while placing liabilities in an asset-free corporation.””

#### 4. RESPONSABILIDAD SOLIDARIA DE SOCIOS CON RESPONSABILIDAD LIMITADA POR OTRA VIA.

Revisemos una jurisprudencia que determina la responsabilidad solidaria de socios en una sociedad con responsabilidad limitada, generando una posición ejemplificadora.

Se trata de la resolución de la Cámara CIVIL - SALA C en la Ciudad de Buenos Aires, a los treinta días del mes de agosto de dos mil diez y siete en los autos “**VON SANDEN DE KLEIN ROSA CRISTINA C/ ANGELINO MIGUEL ANGEL Y OTROS S/ DAÑOS Y PERJUICIOS**”, cuya lectura también

<sup>34</sup> ALFARO AGUILA REAL, Alfaro “Lecciones: Personalidad jurídica y levantamiento del velo” (i) | Nov 17, 2015 | Derecho Civil, Derecho Mercantil, Lecciones | 5 Comentarios en Almacén de Derecho



**aconsejamos. La sentencia toca tres puntos sensibles a la responsabilidad de socios: sobre la prescripción, la integración de la litis y las causas por las que se les responsabiliza.**

**1.4.1.Lleva el voto el Doctor Diaz Solimine** que delimitó la cuestión litigiosa: “La sentencia acogió el objeto de la pretensión de daños y perjuicios contra Miguel Angel Angelino, Nicolás Enrique Ruiz Guiñazu – luego desistido a fs.521 - y José María González de la Fuente al pago del crédito admitido en los autos “Birlen SA c/ Von Sanden de Klein Rosa Cristinas/ cumplimiento de contrato. Con costas.”

En primer término trata la excepción de prescripción opuesta por los codemandados González de la Fuente y Angelino, que fuera desestimada. ... El rechazo de la excepción es bien fundado, y quizá corresponda también señalar que dentro de la funcionalidad societaria como persona jurídica, juega el precepto del art. 56 de la hoy ley general de sociedades –LGS-, vigente desde el año 1972 que dispone “La sentencia que se pronuncie contra la sociedad tiene fuerza de cosa juzgada contra los socios en relación a su responsabilidad social y puede ser ejecutada contra ellos, previa excusión de los bienes sociales, según corresponda de acuerdo con el tipo de sociedad de que se trate”.

El valor expansivo de la sentencia es indubitable, aunque la ejecución directa de la misma pueda estar condicionada al tipo social (tipicidad de segundo grado), y cuando no hay responsabilidad por el tipo social asumido puede resultar la misma de otras normas de la ley, como sucede en el caso y explicitaremos.

Ingresa el Camarista que lleva el voto en el tema central: la “responsabilidad” de los accionistas demandados: “Los apelantes se quejan del acogimiento de la pretensión , señalando que no se encuentra acreditada la responsabilidad invocada, ni la integración en la sociedad , peticionando su desestimación. En primer término, adentrándonos en las quejas ,debo exponer que el carácter de socios integrantes de la sociedad condenada Birlen SA , ha quedado plenamente probado con los elementos colectados en el proceso.” Omitimos las cuidadas referencias subrayando que la defensa aparece en este aspecto como burda.

Continúa con precisión “Adentrándonos en la responsabilidad que les endilga, diversa es la prueba que lleva en forma unívoca a concluir como lo hizo el sentenciante de grado. En primer término, la inexistencia actual de la sociedad condenada Birlen SA en el domicilio constituido ante la Inspección General de Justicia – ver informe de fs. 289 - y actas de constatación de fs. 37/38. Otro claro y medular indicio es la falta de presentación de balances contables ante la correspondiente autoridad, los cuales no se efectuaron desde la fecha de constitución de la misma acaecida con fecha 7-12-1978 y la rúbrica de los libros societarios que datan del año 1988 – ver informe de fs. 301 , e informe de fs. 300 emanado de la Inspección General de Justicia, que no fuera tampoco materia de impugnación. En este orden , merece señalarse que la última rubrica de los libros societarios data del año 1988 – ver informe de fs. 300 -. Pero ahonda aún más los indicios que llevan a la responsabilidad de los accionistas en los términos del artículo 54 de la ley 19.550 , ... Estos indicios logran trasuntarse en presunciones , que al decir de Alsina , “son la consecuencia que se obtiene por el establecimiento de los caracteres comunes de los hechos ( Tratado , tomo III, pág. 683).- El artículo 163 inciso inciso 5 to. Determina que “ las presunciones no establecidas por ley constituirán prueba cuando se funden en hechos reales y probados y cuando (“los indicios”, el encomillado me pertenece) por su número, precisión, gravedad y concordancia , produjeren convicción según la naturaleza del juicio, de conformidad con las reglas de la sana crítica”.- Los hechos referidos en el examen , revisten la calidad de precisos (son unívocos), graves ( es decir tienen un alto grado de probabilidad ) y son concordantes ,es decir debidamente entrelazados por puntos de inferencia y concurrentes hacia una determinada conclusión: la existencia de hechos que demuestran palmariamente la responsabilidad de los accionados . Es que frente a la imposibilidad de una prueba directa o determinada, el juez debe ponderar esmeradamente el conjunto de las circunstancias anteriores, concomitantes y apreciarlo con soberana facultad para interpretar el “ánimus” ( SCTúc. LL 44-602, citado Por Alonso I. y Giatti, J. “Aspectos procesales de la aplicación de la teoría de la inoponibilidad de la personalidad jurídica” ). Por su parte los demandados, ... debiendo expresar que no han acreditado que la sociedad haya sido liquidada mediante el



correspondiente proceso que regulan los arts. 101/112 de la ley 19.550 , lo que demuestra la falta total de capital de la sociedad , y no es menos cierto que en los instrumentos públicos mentados los partícipes han sido siempre los accionados. Asimismo los accionados se encuentran en una mejor posición al tener acceso a los libros. Balances, contratos con terceros , etc, es decir toda la documentación idónea para probar que aquella realiza una actividad real, así como de que forma el acto que realizaron esta enderezado a satisfacer el interés social a través del cumplimiento del objeto de la sociedad, pues nadie mejor que los socios controlantes para acreditar la realidad que perjudica a terceros. Aúnese a ello la grosera ausencia patrimonial del Birlen SA para hacer frente a responsabilidades patrimoniales , no hace más que trasladar estos actos en forma directa a los partícipes en la misma, pues han sido ellos que han llevado a esta situación en la cual se ha generado una carencia total de patrimonio a fin de salvaguardar ,primero a la sociedad misma y luego hacia los terceros que pudieran verse afectados por los actos de ella. Ante la descapitalización o infracapitalización, comparto lo indicado por la Cámara Comercial , Sala F, en cuanto a que estos casos resultan inoponibles la persona jurídica ( Cfe. Carballude v. s/ Quiebra , Vitolo, Daniel Roque “ Responsabilidad de los directores al ingresar la sociedad en la zona de insolvencia LL 22-12-2004). La responsabilidad debe extenderse a los socios cuando “.... La sociedad haya desaparecido sin efectuar el trámite de liquidación prevista por la legislación societaria” (Teoría de la desestimación de la persona jurídica “ ( Ramos Santiago J. SAJJ:DACF070024 ). Por lo cual y con sustento en estos argumentos, en el presente Acuerdo propongo que las críticas esbozadas sean rechazadas, debiendo confirmarse el decisorio recurrido.” La sentencia es suscripta por el opinante OMAR LUIS DIAZ SOLIMINE y el adherente JOSÉ BENITO FAJRE.

Es una sólida interpretación del sistema societario y de sus normas imperativas o indisponibles para sintetizar el abuso de control que impone la previsión responsabilizatoria del art. 54 in fine LGS por infracapitalización.