

## **CRISIS DE LA SOCIEDAD FRENTE A TERCEROS CONTRATANTES**

*Nilda Graciela Dalla Fontana de Antoraz*

### **Presentación del problema**

Considero que es necesario describir una realidad: hoy, es bastante frecuente encontrarse con sociedades “fantasmas”, que sólo tienen el nombre, la inscripción en el Registro Público de Comercio, formalmente constituidas, (habiendo pasado por el control administrativo, en el caso de las sociedades anónimas), pero o no funcionan en la actividad cuyo objeto pregona, o funcionando están totalmente desvestidas de un patrimonio que responda no solo a las necesidades del objeto, sino también a los compromisos contraídos, y cuando los acreedores o terceros que contratan con ella pretenden el cumplimiento de esos contratos se dan con que han desaparecido, o su actividad es prácticamente nula y los administradores que además suelen ser los únicos accionistas en la realidad y a veces los únicos trabajadores, se desentienden de esas sociedad, no cumplen con la disolución y liquidación, vacían lo poco que tenía en algunos casos y proceden a constituir una nueva, evadiéndose de las deudas anteriores, perjudicando en consecuencia a los acreedores y al crédito que debe tener una entidad reconocida por la ley que debiera favorecer las transacciones comerciales, habiendo sido creadas con una finalidad teniendo gran importancia en el comercio actual.

Es por ello que al no encontrar ningún patrimonio en la sociedad donde poder resarcirse de las deuda contraídas, los acreedores tienen que buscar fórmulas para proceder contra el patrimonio de esos administradores que con su mala fe y temeridad, a veces, con su negligencia y desconocimiento de los negocios han sido los causantes de la generación de la deuda y cuando no, en provecho propio. Así, en la realidad resulta que la sociedad termina pobre, mientras los socios administradores son cada vez mas ricos. Y a la postre no es fácil dirigir las acciones contra el patrimonio de este tipo de administradores que en muchos casos, son profesionales del engaño y toman las precauciones, sienten teóricamente insolventes aunque lleven un alto nivel de vida, puesto que los bienes figuran a nombre de terceros “hombres de paja”.

Este nefasto panorama ocurre no solo con las pequeñas sociedades, sino también con las de grandes emprendimientos y envergadura, provocando desfases económicos a veces impredecibles en una comunidad.

Detectado el problema, es necesario investigar las causas para diagnosticar la situación a fin de encontrar el paliativo correcto.

La ley en su actual ordenamiento, adolece de insuficiencias para buscar remedios a estos problemas, aún cuando exista alguna disposición como la del art. 54 in fine. La ley contempla en general normativa para socios decentes, para administradores que actúan como un buen hombre de negocios, pero no contiene previsiones que en la práctica se hagan efectivas para solucionar este problema acusante y que es preocupación de todos.

Las causas las encontramos en la falta de efectividad de controles por parte de la autoridad competente o de contralor, la poca o casi nula injerencia del Registro Público de Comercio, la escasa recepción judicial de las acciones de responsabi-

lidad y el escaso intento de estas acciones por los terceros perjudicados en razón de la dificultad probatoria, la falta de los mecanismos apropiados, la conocida y remanida insatisfacción que da el sistema judicial y la ineficacia de una sentencia favorable, cuando en la realidad no existen bienes con que resarcir, ni una sanción efectiva penal que intimide al osado manipulador a cesar en estas actitudes.

Para colmo de todos estos indicios de favorecimiento al incumplidor, al defraudador, se encuentra amparado por una legislación falimentaria, que no favorece a los acreedores, en la medida que permite en el caso del concurso preventivo, por ejemplo, el arreglo con los acreedores en la forma mas libre eludiendo el control jurisdiccional, con una categorización que rompe el principio de la "*par conditio creditorum*" ( que podría ser beneficiosa para ciertas empresas que tienen buenas intenciones, pero que en la realidad se la ocupa para engañar a los acreedores) y en el caso de la quiebra no existen sanciones o inhabilitaciones contundentes que hagan desistir de estas maniobras y ni qué decir respecto a los acreedores laborales, los que se encuentran en total desamparo y desigualdad ante la ley actual. Como tampoco existe una legislación o una aplicación efectiva de la ley penal en que sancione con la condena e inhabilitaciones accesoria efectiva y que se cumpla, para delitos de administración fraudulenta y todos aquellos que atentan contra la fe pública y el comercio. La inhabilitación en el caso de la quiebra, por ejemplo, el plazo ha sido reducido a niveles tendientes a desaparecer como sanción (un año desde la declaración de quiebra), desde ya que cualquier trámite dura más que ese tiempo aún cuando la intención del legislador fuere acabar con el proceso en el menor plazo posible (cuatro meses), lo que resulta una utopía.

La ley de sociedades, autoriza formar una sociedad anónima y la autoridad de aplicación actualmente da curso a la constitución con un capital mínimo de \$ 12.000, sin discriminar el objeto social, así es que un Banco puede formarse con ese capital, (y en la realidad lo ha hecho, según recientes antecedentes en el Registro Publico de Comercio de Tucumán). Se permite el mantenimiento de un capital ínfimo y aparecen cesión de cuotas sociales sobrevaloradas o por montos reales que superan ampliamente el capital. Si bien el patrimonio reflejará el estado de solvencia de la sociedad, lo que garantiza el derecho de los socios e indirectamente a los acreedores, es el capital social, que no responde a una realidad. No existe exigencias que hagan más estricta la adecuación del capital al objeto. No se controla la efectiva integración del mismo.

En España, aún cuando el capital mínimo se ha estipulado en 10.000.000 millones de pesetas, aproximadamente u\$s 80.000 los autores consideran demasiado exigua esa suma respecto al objeto que deben desarrollar las sociedades por acciones pensadas para las grandes empresas. No obstante que en el derecho americano, pueda admitirse formar sociedades sin la mención del capital, el derecho comunitario europeo continúa con el criterio que es nula la sociedad sin capital.

Así como se ha buscado proteger a la actividad empresarial, impulsar actividades económicas de envergadura, favorecer el agrupamiento para obtener la optimización de los grandes emprendimientos, otorgando la posibilidad de constituir empresas bajo la forma societaria y con ello la ventaja de poder limitar la responsabilidad de los socios, es menester también, que esa figura no sea solo un recurso técnico que da la ley para defraudar los derechos de terceros. Para ello, se

debe proporcionar medidas de prevención, controles eficientes, rigidez en el incumplimiento de las disposiciones, que otorguen seguridad a los que contratan con esas empresas a fin de volver a la credibilidad de la actividad societaria. Más aún en estos momentos en que la tendencia doctrinaria y del derecho comparado, es la extensión de la limitación de la responsabilidad a las empresas o sociedades unipersonales se advierte la necesidad de exigir las medidas preventivas, de control y sancionatorias que propugno como una necesidad de cambio.

Se podrá argumentar que todos los controles previos, las formalidades excesivas, puedan molestar, sofocar la creatividad, disuadir la formación de sociedades, pero más allá de permitir la libertad sin control es necesario la protección del crédito para un evitar mal mayor que es el favorecimiento y allanamiento a la tendencia defraudatoria mediante un recurso que la ley favorece con la constitución de sociedades en forma indiscriminada. Como bien dice el Proyecto de reformas a la ley de sociedades comerciales, elaborado por la Comisión designada por MJ 465/91: "...la libertad en el funcionamiento de la sociedad tiene su límite en el cumplimiento de sus obligaciones con terceros. Internamente, este límite resulta de la imposición por los tribunales de muy estrictos deberes fiduciarios sobre los directores respecto de todos los socios y sobre los socios o accionistas entre sí..." (Pag.12 –Ed. Astrea-Ed. 1993)

Soy consciente de la resistencia que puede provocar estas medidas intervencionistas sobre una tendencia liberal en el tratamiento del derecho societario, pero considero que en la balanza de valores existe la seguridad, el orden público mercantil por encima de los valores individuales, en aras de la aplicación de la idea de una justicia distributiva.

Como se ha dicho en el Boletín del Colegio de Abogados N°2 de 1992, pag. 29- España, que "una cosa es el riesgo empresarial, que hay que amparar, incluso cuando pueda recaer sobre terceros y otra muy distinta es el abuso reiterado de situaciones de insolvencia, a veces claramente buscadas".

Para ello propongo medidas preventivas y sancionatorias para el supuesto de que la sociedad produzca daños a terceros por la actuación de los administradores, gerentes, síndicos, controladores. La prevención está dada por la mayor exigencia en los recaudos formales y fiscales para la constitución o fundación de sociedades. La sanción consiste en quitarles el escudo protector de la responsabilidad limitada, haciendo solidaria e ilimitadamente responsables por los daños que causen a terceros. Siendo estrictos en la interpretación presuntiva de la conducta poco transparente y de negocios que no evidencien un accionar prolijo en la registración contable, con controles eficientes y penas de efectiva privación de la libertad cuando la juricidad sea vulnerada.

Un capítulo aparte merece atención y es la revisión a las figuras delictivas que tipifica el Código Penal, -no siendo temática de este evento, la he soslayado- pero sería materia de un análisis profundo. Las conductas punitivas sancionadas por el Código Penal no se encuentran *aggiornadas* a los tiempos modernos en que el derecho empresario ha tomado una importancia vital para la economía de los pueblos, surgiendo nuevas instituciones con un interés jurídico que reclaman protección haciendo mas severas y efectivas las penas por delitos que se cometan en el ámbito de la administración societaria, ejercida de hecho o de derecho. Ello, por-

que la realidad socioeconómica ha puesto en evidencia prácticas y conductas punitivas que sólo se pueden dar en el ejercicio de los negocios y cometidos normalmente por famosos directivos empresariales y a veces por personajes populares que como ejemplos de impunidad alardean de su condición para agravio y desilusión de los honestos.

## **Medidas preventivas**

a) Requisitos más estrictos para la constitución de sociedades de responsabilidad limitada y sociedades por acciones.

b) Control efectivo por el órgano competente (Registro Público de Comercio, órgano administrativo de contralor, o contralores especiales) respecto a la constitución y durante la vida societaria, no solo en las del tipo del art. 299 sino en toda de sociedad o empresa de responsabilidad limitada o por acciones. Es decir, ampliar este espectro, no solo a las sociedades anónimas abiertas, sino también a las cerradas y a las S.R.L.

c) Rever la organización del Registro Público de Comercio, que se adecue a las exigencias legales en cada jurisdicción. Abrogando el doble control ineficaz (administrativo y judicial) en las provincias que exista esta duplicidad.

d) Modificación de disposiciones de la ley de sociedades, tendientes a hacer efectiva la extensión de responsabilidad a los administradores, síndicos, gerentes, controladores que incurran, favorezcan, consientan actos que desnaturalicen el fundamento de la existencia del recurso técnico societario.

## **Dentro del primer tipo**

a) exigencia de adecuación del capital al objeto y del tipo a la actividad que desarrollará la entidad.

b) Mantenimiento de la Inscripción en el Registro Público de Comercio y control por el órgano administrativo en las jurisdicciones que el funcionamiento de esos controles se mantengan jurisdiccionalmente separados, no solo a las sociedades por acciones sino también a las SRL.

## **Dentro de la normativa a rever dentro de la Ley de Sociedades**

a) Responsabilidad de los administradores y síndicos por falta de reducción de capital ante los casos que la ley exige (art. 206 LS). Incorporar trámite para el aumento o reducción de capital: Se inscribirán en el Registro Público de Comercio, las actas de las resoluciones asamblearias que acuerden los aumentos o reducción de capital que así lo dispongan. Esta modificación del contrato social se publicará en el Boletín Oficial y en un diario de mayor circulación en la jurisdicción del domicilio social por un día, a los efectos que los acreedores de crédito anterior a la decisión asamblearia puedan ejercer su derecho de oposición y sean garantizados, previamente a la reducción. El derecho de oposición habrá de ejer-

citarse en el plazo de 20 días a contar del último anuncio del acuerdo. La reducción del capital no podrá llevarse cabo hasta que la sociedad preste garantía a satisfacción del acreedor o en otro caso hasta que notifique a dicho acreedor la prestación de fianza solidaria a favor de la sociedad por una entidad de crédito debidamente habilitada. Los accionistas que ejercieren su derecho de receso no podrán reembolsarse el valor de las acciones hasta tanto la sociedad no preste las garantías necesarias. Cuando la reducción del capital tenga por única finalidad restablecer el equilibrio entre el capital y el patrimonio de la sociedad disminuido por consecuencia de pérdidas, cuando tenga por finalidad la constitución o incremento de la reserva legal, los acreedores no podrán hacer uso del derecho de oposición. (*Los antecedentes de estas proposiciones se han tomado de la legislación española, Ley 19/1989*).

b) trámite con publicidad registral para el caso de transferencia de cuotas sociales, transformación, agrupamiento, control societario. Incluir en dicho trámite: denuncia de acreedores y notificación fehaciente a cada acreedor de la modificación del contrato social que se intenta. En todos los casos cumplimentar el trámite de la ley 11867 debiendo publicarse el proyecto de transformación, agrupamiento, control, transferencia de cuotas, a fin de otorgar publicidad y poder ejercer la oposición de los demás socios o terceros acreedores, debiendo garantizar su crédito previo a la inscripción de la modificación del contrato social. *El fundamento de este punto está dado en que aún cuando no incide en los acreedores el cambio del tipo o la titularidad del socio atento a que se mantiene el tipo social, puede no ser indiferente la calidad del socio por los efectos de la extensión de la responsabilidad solidaria e ilimitada en el caso de la inoponibilidad de la personalidad jurídica*. En las SA para el caso de transmisibilidad de acciones de los administradores y síndicos, que fueren nominativas o escriturales se necesitaría los mismos requisitos que para la transmisión de cuotas de las S.R.L.

c) AGREGAR al art.104 última parte, el proceso de liquidación no puede prolongarse mas de dos años a partir de producirse la causal de disolución, para dar por concluidas las operaciones, bajo apercibimiento de responder en forma solidaria e ilimitada por las obligaciones sociales pendientes. Sanción extensiva a los socios : en caso de omisión al cumplimiento de la obligación de liquidar la sociedad o la omisión de denunciar la causal de disolución incurrida.

d) AGREGAR al art. 152 última parte, que los acreedores se encuentran legitimados para ejercer la oposición a la transferencia de cuotas sociales, en virtud de la potencial responsabilidad solidaria e ilimitada que pudiera resultar por perjuicios que cause la sociedad a terceros. En tal caso, deberá inscribirse la transferencia, una vez realizada la publicación en el Boletín Oficial, y con el trámite que prevé para la oposición de acreedores el art. 83 relacionado a la fusión.

e) Obligación de presentar anualmente memoria y balance ante el Registro Público de Comercio no solo de las S.A. sino también las S.R.L, cuya omisión hace incurrir en incumplimiento susceptible de acciones de responsabilidad.

f) Obligación de mantener actualizada en el organismo de aplicación el domicilio de la sociedad y la sede social. Sanción: idem al punto e)

g) Obligación de presentar anualmente al organismo de control societario libre deudas de aportes previsionales, cargas sociales, declaraciones juradas de la DGI, memoria y balances tanto en SA como SRL, como la rubricación de libros obligatorios.

h) Obligatoriedad de inscripción en todos los casos de la emisión de obligaciones negociables o debentures, fianzas y cualquier otro gravámen.

i) Obligatoriedad de la inscripción en el organismo de contralor ( Registro Público de Comercio y especial para cada tipo societario), de todo embargo o inhibición de bienes que recayera sobre la sociedad y/o personalmente sobre los administradores, síndicos de las SRL y sociedades por acciones.

j) exigencia de requisitos para ser elegido administradores o gerentes de SRL y síndicos en ambos casos: garantías o caución, manifestación de bienes, certificados de buena conducta, certificados de libre deuda en que consta que no se encuentra inhibidos para disponer de sus bienes, ni tienen juicios pendientes como demandados por deudas de contenido patrimonial.

k) Inclusión en el art. 54 bis de la ley 19550 último párrafo: “ se imputará directamente a los... administradores, fundadores, y síndicos...” *Ello tiene su fundamento pues la norma vigente limita solo a los socios y para el caso de que los administradores, fundadores o síndicos no sean socios, les cabría igualmente la responsabilidad.*

l) Supresión del art. 299 y 300 y 301 LS. En virtud de que todo tipo social que limite la responsabilidad de los socios implica el compromiso de transparencia ante los co-contratantes toda la actividad social, otorgando publicidad a los actos mediante los órganos de contralor (Registro Público de Comercio, órganos administrativos específicos) y en todos los casos la fiscalización estatal debe ser permanente, pues se encuentra comprometido el orden público mercantil.

m) Deber de depositar en garantía, en cuenta especial, las reservas legales (art. 70 LS) durante la vigencia de la sociedad. Este depósito puede ser en dinero, títulos, certificados de plazo fijo o gravámenes de bienes registrables, los que serán efectuados ante los Registros respectivos y los títulos depositados en instituciones autorizadas (Bolsas o Comisión Nacional de Valores) o cuentas bancarias, salvo que las sociedades integren S.G.R.

n) Toda infracción a las disposiciones de los arts. 61 a 73 LS (Sección IX) será causal de las acciones por responsabilidad a los administradores, síndicos, controladores y socios que hubieren votado favorablemente las decisiones asamblearias aprobando cuentas o que haya incurrido o favorecido dicha infracción o no denunciare las irregularidades ante la autoridad de aplicación.

ñ) Otorgar legitimación activa a los acreedores para impugnar de nulidad las decisiones asamblearias cuando la resolución recaiga sobre actos celebrados en perjuicio de los derechos del acreedor, cuyos casos de aplicación será analizado con criterio restrictivo. Para la admisibilidad el acreedor debe ser reconocido por la misma sociedad o por sentencia judicial firme su calidad de acreedor. Esta acción puede ejercerse aún encontrándose en trámite un concurso preventivo de la sociedad. *En el texto refundido de la ley de SA. Real Decreto 1564/89 Española contempla en su art. 117 esta posibilidad, adecuada a las Directivas de la Comunidad Económica Europea en materia de sociedades.*

o) Agregar al art. 275 LS último párrafo: “...también es ineficaz la extinción de responsabilidad en caso que haya oposición fundada por algún acreedor”.

p) Los socios que hubieren votado favorablemente decisiones de las asambleas o reuniones de socios, que incurran en violación a las disposiciones de la ley, se les extenderá la responsabilidad solidaria e ilimitada igual que a los admi-

nistradores, síndicos y controladores de dichas sociedades, salvo que demuestren que hubo error excusable u otro vicio del consentimiento.

q) En ningún caso exonerará de responsabilidad la circunstancia de que el acto o acuerdo lesivo haya sido adoptado, autorizado o ratificado por las Asambleas.

r) Extensión: La responsabilidad solidaria e ilimitada se extiende a los bienes gananciales, previa excusión de los bienes propios del administrador. (*Fundamento: En el caso de responsabilidad personal de los administradores que deberán responder con sus bienes, es necesario contemplar qué sucede con los bienes gananciales. Tratándose de deudas contraídas por uno de los cónyuges en el ejercicio de su profesión, siendo éste comerciante y en el caso administrador de sociedades de responsabilidad limitada o por acciones, siendo que el resultado de dicha actividad beneficia a la sociedad conyugal, es obvio que también acarree los resultados negativos*). Para evitar inconvenientes sería necesario el asentimiento conyugal para la aceptación del cargo de administrador quien expresamente se encuentra en conocimiento y aceptación de las consecuencias que la actividad potencialmente acarree a los bienes que conforman la sociedad conyugal.

s) Disponer expresamente que la responsabilidad personal solidaria e ilimitada de los administradores de SRL o sociedades por acciones, que se extiende a los bienes de la sociedad conyugal, se extienda a la inclusión de los bienes que integran la comunidad de bienes en el concubinato, debidamente probada su existencia.

t) Caso especial de sociedades constituídas en el extranjero que integran una Agrupación de Colaboración Empresaria o Unión Transitoria de Empresas o ejercen el control societario interno o externo. Extensión de la responsabilidad solidaria e ilimitada de los administradores, síndicos, gerentes, controladores que ejecuten, favorezcan, consientan actos tendientes a perjudicar a terceros por medio de las sociedades a la que forman parte e induzcan a provocarlos a las sociedades de las que conforman el agrupamiento o unión.

u) Respecto de la prescripción de las acciones: Aquí tenemos que discriminar tres tipos de acciones: a) la acción individual de responsabilidad ejercida por los terceros perjudicados o acreedores en contra de los administradores, gerentes, síndicos, controladores de la sociedad; b) acción individual de responsabilidad ejercida por los accionistas contra la sociedad y c) acción colectiva de responsabilidad ejercida por la sociedad contra los administradores, etc. de la sociedad. Tratándose de actos lesivos que realice la sociedad a través de sus administradores, síndicos, controladores o síndicos, en perjuicio de terceros (acreedores), estos invocarán actos ejecutados con negligencia, imprudencia, impericia o incumplimiento de los reglamentos o deberes a su cargo, la responsabilidad será aquiliana o extracontractual basado en el art. 1109 del Código Civil, por lo que la prescripción será bienal. En relación al acto lesivo perpetrado por los representantes de la sociedad, síndicos, controladores, etc. hacia la misma sociedad o los socios, tiene como fundamento el incumplimiento de las normas contractuales (societaria), concordante con el art. 512 del Código Civil por lo que la prescripción será decenal, si para el caso no se ha estipulado una prescripción menor.