

Pérdida del capital social y responsabilidad de los socios

Luisa Isabel Borgarello - Efraín Hugo Richard

La continuidad del giro social cuando ha sido constatada la pérdida del capital social podría desencadenar la responsabilidad de los socios conforme al texto del art. 99 LS²⁷⁴. Este aserto formulado por nosotros en el anterior Congreso trianual, ha merecido una confirmación en la sistemática impuesta por el art. 2 Código Civil y Comercial (CCC), a través de la norma del art. 167 in fine CCC, prevista en forma general para todas las personas jurídicas privadas.

1.- Artículo 99 de la Ley General de Sociedades (LGS)

Es importante determinar el alcance del art. 99 LGS, que no ha sufrido modificaciones. Así en algún supuesto se sostiene que: a. La responsabilidad no se configura en relación a los nuevos acreedores insatisfechos, sino ante la insolvencia posterior de la sociedad. b. La responsabilidad es por no haber satisfecho o intentado satisfacer –en un marco concursal por ejemplo- una obligación anterior que al no localizarse bienes de la sociedad, genera un daño por la insolvencia de la misma. c. La aplicación de la norma es por cualquier causal de disolución, obviamente por los que a la postre resulten acreedores impagos. d. La imprecisa referencia del último párrafo del art. 99 respecto a la responsabilidad de los socios (o accionistas agregamos) “sin perjuicio de la responsabilidad de éstos”, plantea la necesidad de una debida interpretación.

²⁷⁴ BORGARELLO, Luisa Isabel – RICHARD, Efraín Hugo “Pérdida del Capital Social y Responsabilidad de los Socios” en *El Derecho Societario y la Empresa en el Tercer Milenio*, XII Congreso Argentino de Derecho Societario, VIII Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa, 25 al 27 de septiembre de 2013, Ed. Universidad Argentina de la Empresa y Cámara de Sociedades Anónimas, t. III p. 431.

La norma impone una responsabilidad ilimitada y solidaria a los administradores, que ante la causal de disolución, solo deben atender asuntos urgentes y tendientes a la liquidación., lo que exterioriza una doble interpretación de los alcances del precepto: (i) que es una sociedad irregular o de hecho, y (ii) que no es irregular, sino que continúa con las características de la sociedad originaria, y que se trata únicamente de una sanción a los administradores²⁷⁵ Una parte de la doctrina sostiene que la sociedad ante la causal de disolución y no liquidada conforme a derecho, se habría vuelto irregular.

De esta postura participan: Nissen: ya que sanciona con la “irregularidad” de la sociedad y los efectos patrimoniales sobre los socios, con sólida argumentación²⁷⁶, FARINA²⁷⁷, NISSEN²⁷⁸, ARECHA, GARCÍA CUERVA²⁷⁹, y SASSOT BETES²⁸⁰. Se sostiene que continuando la actividad la sociedad deviene irregular²⁸¹, y que ello acontece desde que se produjo la causal de disolución. No es una sociedad diferente de la disuelta y que deviene irregular sino que es la misma²⁸², que es continuación de una sociedad regular en irregular y que la

275 ROITMAN, Horacio y colaboradores *Ley de sociedades comerciales. Anotada y Comentada*, La Ley, 2ª Edición, Buenos Aires 2011, t. II, comentario Art. 99.

276 NISSEN, Ricardo A. *Ley de sociedades comerciales. 19.550 y modificatorias. Comentada, anotada y concordada*, 3ª edición cit., p. 985 y ss..

277 FARINA, Juan M., “*Tratado de Sociedades Comerciales*”, Zeus, Rosario, 1980, Parte General, ps. 283 y 484.

278 NISSEN, Ricardo A., “*...Dos cuestiones vinculadas con la disolución de sociedades mercantiles por vencimiento del plazo contractual*”, ED, 89-383.

279 ARECHA, Martín, GARCÍA CUERVA, Héctor, “*Sociedades Comerciales. Análisis y comentario de la ley 19.550 y complementarias*”, Depalma, Buenos Aires, 1976, p. 168.

280 SASOT BETES, Miguel y SASOT, Miguel, “*Sociedades anónimas*”, Abaco, Buenos Aires, 1982, p. 320.

281 CNCom., Sala B, Olimpo S.R.L., 22/02/1977. (www.csjn.gov.ar) Errepar, Sociedades, t. II, p. 022.001.001. Sumario N° 2: La disolución de la sociedad por el transcurso del término por el cual fue constituida opera automáticamente e impone su liquidación. De este modo si ha continuado su gestión lo hizo como sociedad irregular (art. 21), por lo que la sociedad cuya inscripción se requiere es una nueva sociedad, una persona jurídica distinta de la anterior, y la adquisición que ella hace del fondo de comercio que explota la primera debe cumplirse con los requisitos establecidos en la ley 11.867.

282 NISSEN, R.: “No se trata de una sociedad irregular diferente a la sociedad disuelta, sino que era la misma sociedad, pero cuyo socios no podían invocar las cláusulas del contrato social, por haber perdido vigencia como consecuencia del acaecimiento de la causal disolutoria, cláusulas que sólo podían ser invocadas hasta la extinción de la sociedad, sólo si la misma entraba efectivamente en el periodo liquidatorio”, “*Ley de Sociedades Comerciales. Comentada, anotada y concordada*”, Ed. Abaco, Buenos Aires, 1997, t. 2, p. 242.

ley aquí, obra con carácter sancionatorio²⁸³, que la ley agrava la situación de los administradores y por ello deviene irregular²⁸⁴.

Esa posición ha perdido hoy sustento, pues no hay sociedades irregulares, y en aquellas que no hubieran cumplido requisitos de forma la responsabilidad sería mancomunada (art. 24 LGS). Por ello cobra fuerza la segunda postura –que siempre compartimos los ponentes– descartando la precedente interpretación, basados en la especialidad de la norma del art. 99 LSA. Participan de esta posición ETCHEVERRY²⁸⁵, ZALDÍVAR²⁸⁶, QUINTANA FERREYRA, ROMERO, RICHARD²⁸⁷, y ZUNINO²⁸⁸. Entienden que la sociedad durante el período de liquidación conserva plenamente su “personalidad” (v. art. 101 LS.C) y además se rige por las normas correspondientes a su tipo y conserva durante ese período los mismos caracteres que tuvo durante su vida activa, en especial la limitación de responsabilidad de sus socios según el tipo. Si no se observan las exigencias legales, se producen sanciones. Así, primero a los administradores, y si hubiere consentimiento de los socios se los hace pasibles de responsabilidad limitada y solidaria por los actos que se hubieren continuado desarrollando después de la disolución. El art. 99 impone al administrador incumplidor, la sanción de constituirlo en responsable *ilimitada y solidariamente respecto a los terceros y los socios*²⁸⁹ por las obligaciones que se hubieren contraído durante este período²⁹⁰.

283 FARINA, J., “*Sociedades...*”, op. cit., Parte General, ps. 283 y 484.

284 ARECHA, J., y GARCÍA CUERVA, H.: Cuando los administradores no adoptan las medidas para iniciar la liquidación “...les agrava la responsabilidad, porque la sociedad en tales condiciones se convierte irregular...”, “*Sociedades...*”, op. cit., p. 168.

285 ETCHEVERRY, Raúl A., “*Sociedades irregulares y de hecho*”, Astrea, Buenos Aires, 1981, p. 178.

286 ZALDÍVAR, Enrique; MANÓVIL, Rafael; RAGAZZI, Guillermo y ROVIRA, Alfredo, “*Cuadernos de Derecho Societario*”, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1976, t. III, vol. cuarto, p. 298.

287 QUINTANA FERREYRA, Francisco y otros “Carácter de la sociedad cuyo plazo de duración ha fenecido”, en “*Primer Congreso de Derecho Societario*”, t. I, p. 511.

288 ZUNINO, Jorge, *Disolución y liquidación*, Astrea, Buenos Aires, 1987, p. 283.

289 SCBA, Isa Mario Luján c. Automotores Prival S.R.L. s/Ejecución de honorarios., 09/06/1998. CC0100 SN 98.1239 RSD-112-98 S. www.scba.gov.ar/juba: Los actos posteriores a la disolución de la sociedad, ajenos al proceso de liquidación, son los que generan la responsabilidad ilimitada y solidaria por tales actos y no la demora en proceder a tal liquidación. Tal demora los hará responsables ilimitada y solidariamente sólo en caso de que ella hubiere perjudicado a los socios y terceros. CNCom., Sala C, Jeralco S.C.A. c. Dyya Inmobiliaria S.R.L., 19/09/1976, Errepar, Sociedades, t. II, p. 022.002.001. Sumario N° 12: Disuelta la sociedad se considera existente a los fines de su liquidación, limitándose el uso de la firma social a la facultad de liquidar o contraer obligaciones que tiendan a ello. Todo lo ajeno a ello hace responsable solidaria e ilimitadamente a los administradores respecto de terceros.

290 CCiv. y Com. San Martín, Sala II, Pappalardo de Paniza, Elsa A. c. Fillipelli, Claudia y otra, 29/11/1988. www.laleyonline.com.ar: Producida la disolución de la sociedad y

José Ignacio Romero²⁹¹ ya descartaba la irregularidad, sosteniendo -como lo hiciéramos en ponencia compartida en el Congreso de 1977²⁹²-, que se trata de un problema de responsabilidad, conforme a la expresa previsión del supuesto en el art. 99 LS, con amplio análisis de jurisprudencia, doctrina nacional y extranjera. No hay duda de la tendencia de la jurisprudencia a calificar de irregular a la sociedad, pero los argumentos de Romero destruyen la posición. La cuestión tiene dos análisis, entre los socios y frente a terceros, y respecto a éstos lo fundamental -como venimos predicando- es la satisfacción de las obligaciones contraídas, pues el daño para poder reclamar por responsabilidad resarcitoria, se genera si el patrimonio social es insolvente, o no se localizan bienes de la sociedad, o si por omitir el proceso liquidatorio no es posible o se ha dificultado a los terceros el cobro de sus acreencias.

Se suele sostener, ante la constatación o declaración de una causal de disolución, que “se extingue la sociedad” y de allí, si continúa operando, se trata de una sociedad de hecho o de una sociedad irregular. ¿Pero entre quiénes? Obviamente no podría involucrarse a los socios que no tomaron conocimiento de esa situación. Ante la expresa disposición del art. 99 LGS debe descartarse esa vieja posición jurídica, pues no se registran irregularidades devenidas.²⁹³

2. La responsabilidad de los socios

La continuidad de la actuación de la sociedad sin afrontar la eliminación de las causales de disolución, genera la responsabilidad de administradores, que “puede serle extensiva a los socios si lo consintieron o beneficiaron con ello”²⁹⁴. Reiteramos que, respecto a los socios, la norma agrega *sin perjuicio de la responsabilidad de éstos*.

La doctrina²⁹⁵ ha interpretado que la referencia en forma inequívoca está aludiendo al consentimiento de los socios a los actos realizados por los administradores en este período.

a partir de ella, los administradores sólo deben atender los asuntos urgentes —entre ellos la conclusión de los contratos en curso— y adoptar las medidas necesarias para iniciar la liquidación. Cualquier operación ajena a esos fines los hace ilimitada y solidariamente responsables, no sólo ante terceros sino ante los propios socios.

²⁹¹ *Sociedades irregulares y de hecho*, 2ª. Edición, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2012, p. 314.

²⁹² Actas del Primer Congreso Nacional de Derecho Societario, 1977, t. I, p. 298.

²⁹³ RICHARD, Efraín Hugo – MUIÑO, Orlando Manuel, “*Derecho Societario*”, 2ª Edición actualizada y ampliada, Astrea, Buenos Aires 2007, t. 1, p. 369.

²⁹⁴ ROITMAN, Horacio y colaboradores, *Ley de sociedades comerciales. Anotada y Comentada*, La Ley, Buenos Aires 2006, t. II, p. 491.

²⁹⁵ QUINTANA FERREYRA, F. y otros, “*Carácter de la sociedad...*”, cit., p. 512.

Resulta claro que si la sociedad deviniera en irregular, todos los socios o accionistas serían responsables, justamente por esta irregularidad devenida, sin importar el tipo societario. Distinta es la situación de los socios en la interpretación que formalizamos del art. 99 LSC, pues debe distinguirse:

(a) Socios que conocieron, consintieron o se beneficiaron con estos actos. La ley no hace distinción y creemos que en los tres supuestos son solidariamente responsables.

(b) Socios que desconocieron la situación, sea porque aquellos que se beneficiaron se lo ocultaron, o porque simplemente no tuvieron conocimiento. Entendemos que en estos casos no pueden ser pasibles de responsabilidad, y que gozan del principio de limitación según el tipo. Si se aceptare que la sociedad deviene irregular, todos serían solidariamente responsables²⁹⁶.

Los alcances de la responsabilidad de los socios también adquieren dos posiciones en doctrina: (i) quienes entienden que los socios que incurrir en esta causal, son responsables hacia los demás socios y los terceros²⁹⁷, y (ii) los que sólo lo limitan a los terceros²⁹⁸. Entendemos que la norma es clara y se refiere sin distinción hacia socios y terceros.

La cuestión se califica ante la insatisfacción al tercero de una acreencia por insolvencia, o aparente insolvencia al no encontrarse bienes de la sociedad, situación, que podría derivar en la quiebra de la sociedad.

Se viola la norma imperativa de tutela de los terceros cuando ante la pérdida del capital social, evidenciada en la aprobación de un balance quedando exteriorizada la causal de disolución prevista en el art. 94 inc. 5 LGS, y abriéndose la etapa de liquidación, salvo que el capital se reintegre o se capitalice la sociedad (art. 96 LGSC), en ambos casos por decisión del órgano de gobierno. Igual efecto acaecería ante la desaparición de la sociedad y de sus bienes.

El daño aparece específicamente en caso de insatisfacción de terceros acreedores, lo que evidencia la insolvencia de la sociedad y permite avizorar entonces, la pertinencia de las acciones resarcitorias por el daño generado.

No cabría duda que el efecto responsabilisatorio que impone la norma del art. 99 LGS, alcanza a los socios que consientan el giro social con posterioridad a la constatación de la existencia de una causal de disolución u se omita el trámite liquidatorio, con el consiguiente daño a los acreedores. Todo un sistema imperativo para excluir daños.

²⁹⁶ ZUNINO, J., "*Disolución...*", op. cit., p. 286.

²⁹⁷ ZUNINO, J., "*Disolución...*", op. cit., p. 287.

²⁹⁸ ZALDÍVAR, Enrique y otros, "*Cuadernos...*", op. cit., p. 299.

No resulta posible promover acciones de responsabilidad contra un socio con responsabilidad limitada per se²⁹⁹. No significa nuestra postura ampliar la responsabilidad de administradores societarios y socios. La responsabilidad de los socios a la que aludimos surge recién y claramente de la normativa del art.99 LSC.

Un tema que impone repensar ante lo expresado precedentemente, es el caso de la sociedad que se concursa y los socios –todos o una mayoría necesaria- ratifican esa presentación en concurso,³⁰⁰ conociendo la causal disolutoria de pérdida del capital social.

Si en los balances sociales presentados aparece la pérdida del capital social y se ha incumplido la previsión del art. 96 LGS, la continuidad del giro llevaría a pensar en la responsabilidad de los socios prevista en el art. 99 LGS.

La situación se cualifica si el órgano de gobierno formaliza una propuesta de acuerdo en un concurso –como hemos sostenido ponentes- o de cualquier forma se logra un acuerdo con quita. En este punto los ponentes mantene- mos una cordial disidencia interpretativa. Uno, conforme lo tiene publicado, entiende que si hay pérdida del capital social y de tal abuso- y de fraude a la ley societaria- resultaría responsabilidad³⁰¹. La otra entiende que la eventual responsabilidad de los socios deviene por violación a la norma legal de no realizar actos que continúen el giro normal de la sociedad y por ello contraigan nuevos pasivos, en relación a los cuales se generaría responsabilidad solidaria, sin legitimar a anteriores acreedores a ejercer esa acción, quienes podrían soportar una quita, siempre que ésta fuese razonable. Esta original disidencia la mantenemos a la fecha.

²⁹⁹ Puede verse nuestra. posición en RICHARD, E.H. y MUIÑO, Orlando M. *Derecho Societario*, Astrea, Buenos Aires, p. 543 y ss.. Con mayor profundidad lo hemos hecho en *Responsabilidad de administrador de sociedad insolvente* en *Doctrina Societaria y Concursal* marzo 2002, t. XIII, p. 887, y en *Daños causados por la insolvencia societaria (vías no concursales de reparación)* como capítulo XXVII, p. 657, del Libro Colectivo *Derecho de Daños Quinta parte Daños causados en el derecho comercial, Libro en Homenaje de Isaac Halperin y Carlos Zavala Rodríguez*, La Roca, Buenos Aires junio 2002, correspondiendo a un trabajo entregado el 31 de mayo de 2000.

³⁰⁰ RICHARD, Efraín Hugo y BORGARELLO, Luisa Isabel, “Legitimación para formular propuestas de acuerdo imputables a sociedades comerciales”, *VI Congreso Argentino de Derecho Concursal y IV Congreso Iberoamericano sobre la Insolvencia*, Rosario (R.A.), t. 1, p. 763.

³⁰¹ RICHARD, Efraín Hugo y VEIGA Juan Carlos, “Nueva visión en torno a la homologación de acuerdos con quitas en concurso de sociedades. El abuso y el fraude”, *VIIIº Congreso Argentino de Derecho Concursal y VIº Congreso Iberoamericano de la Insolvencia*, Tucumán (R.A.) septiembre de 2012. t. 1, p. 367.

La determinación del sujeto damnificado, legitimado para accionar por la reparación, surge de identificar a quien ha sufrido el daño o perjuicio y permite la división de las acciones de responsabilidad en social o individual. En la segunda se legitima a los terceros individualmente, y no depende de ningún trámite previo, configurando una acción extraconcursal. El efecto novatorio previsto en el art. 55 LCQ no favorece a terceros obligados no concursados.

Si la sociedad que ha perdido su capital, es declarada en quiebra, ¿Sería viable también la acción de responsabilidad que prescribe el art. 173 de la Ley de Concursos y Quiebras, en contra de algún socio, que hubiese conocido la causal de disolución de pérdida del capital y hubiese consentido la realización de actos ordinarios del giro comercial de la sociedad? Es un tema que sosteníamos demandaría una profunda reflexión.

3. El art. 167 CCC

Esas interpretaciones que nos unen han recibido una ratificación en normativa específica, conforme norma imperativa del CCC, que se refunde con esa norma imperativa del art. 99 LGS, conforme lo dispuesto por el art. 150 CCC, la parte final del art. 167 CCC referida a una cuestión similar a la prevista por aquella norma societaria: la continuidad del giro sin iniciar la etapa de liquidación ni remediar la causal de disolución: con la responsabilidad consiguiente: *“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”*.

Sin duda una norma que se afilia a la teoría general de la responsabilidad de base subjetiva, donde debe existir un daño, pero existente éste la norma señala claramente la antijuridicidad y el vínculo causal, como así también la conducta omisiva o activa que le genera la imputación.

4. Conclusión

Resulta razonable afirmar que los socios adquieren responsabilidad solidaria e ilimitadamente frente a los terceros perjudicados por los actos que continúan con el giro social, en infracción a la normativa a la norma del artículo 99 LGS, interpretada en los límites del art. 167 CCC, o sea cuando hubiesen conocido, avalado o consentido dichos actos, conociendo la causal disolutoria de pérdida del capital social.