

PÉRDIDA DEL CAPITAL SOCIAL Y RESPONSABILIDAD DE LOS SOCIOS

Luisa Isabel Borgarello y Efraín Hugo Richard

PONENCIA

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 LS.



FUNDAMENTOS

1. Artículo 99 de la Ley de Sociedades Comerciales

Es importante determinar el alcance del art. 99, LSC. 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.

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 ca-

racterísticas de la sociedad originaria, y que se trata únicamente de una sanción a los administradores¹ 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 argumentación², FARINA³, NISSEN⁴, ARECHA, GARCÍA CUERVA⁵, y SASSOT BETTES⁶. Se sostiene que continuando la actividad la sociedad deviene irregular⁷, 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 misma⁸, que es continuación de una sociedad regular en irregular y que la ley aquí, obra con carácter sancionatorio⁹,

¹ ROITMAN, Horacio y colaboradores, *Ley de sociedades comerciales. Anotada y Comentada*, editorial La Ley, 2ª edición, Buenos Aires, 2011, tomo II, comentario art. 99.

² NISSEN, Ricardo A., *Ley de sociedades comerciales. 19.550 y modificatorias. Comentada, anotada y concordada*, 3ª edición, cit. pág. 985 y ss.

³ FARINA, Juan M., “*Tratado de Sociedades Comerciales*”, ed. Zeus, Rosario, 1980, Parte General, ps. 283 y 484.

⁴ NISSEN, Ricardo A., “...*Dos cuestiones vinculadas con la disolución de sociedades mercantiles por vencimiento del plazo contractual*”, ED, 89-383.

⁵ ARECHA, Martín, GARCÍA CUERVA, Héctor, “*Sociedades Comerciales. Análisis y comentario de la ley 19.550 y complementarias*”, ed. Depalma, Buenos Aires, 1976, p. 168.

⁶ SASOT BETES, Miguel y SASOT, Miguel, “*Sociedades anónimas*”, ed. Abaco, Buenos Aires, 1982, p. 320.

⁷ 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.

⁸ 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 período liquidatorio”, “*Ley de Sociedades Comerciales. Comentada, anotada y concordada*”, ed. Abaco, Buenos Aires, 1997, t. 2, p. 242.

⁹ FARINA, J., “*Sociedades...*”, op. cit., Parte General, ps. 283 y 484.

que la ley agrava la situación de los administradores y por ello deviene irregular¹⁰.

La segunda postura —compartida los ponentes— descarta la precedente interpretación, basados en la especialidad de la norma del art. 99 LSA. Participan de esta posición ETCHEVERRY¹¹, ZALDÍVAR¹², QUINTANA FERREYRA, ROMERO, RICHARD¹³, y ZUNINO¹⁴. Entienden que la sociedad durante el período de liquidación conserva plenamente su “personalidad” (*v.* art. 101 L.S.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 ilimitada 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*¹⁵ por las obligaciones que se hubieren contraído durante este período¹⁶.

¹⁰ ARECHA, J., y GARCIA 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.

¹¹ ETCHEVERRY, Raúl A., *“Sociedades irregulares y de hecho”*, ed. Astrea, Buenos Aires, 1981, p. 178.

¹² ZALDIVAR, Enrique; MANOVIL, Rafael; RAGAZZI, Guillermo y ROVIRA, Alfredo, *“Cuadernos de Derecho Societario”*, ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1976, t. III, vol. cuarto, p. 298.

¹³ QUINTANA FERREIRA, Francisco y otros, *“Carácter de la sociedad cuyo plazo de duración ha fenecido”*, en *“Primer Congreso de Derecho Societario”*, t. I, p. 511.

¹⁴ ZUNINO, Jorge, *Disolución y liquidación*, ed. Astrea, Bs. As., 1987, p. 283.

¹⁵ 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, Ed. 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.

¹⁶ 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 so-

José Ignacio Romero¹⁷ descarta la irregularidad, sosteniendo —como lo hiciéramos en ponencia compartida en el Congreso de 1977¹⁸—, 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 LSC debe descartarse esa vieja posición jurídica, pues no se registran irregularidades devenidas¹⁹.

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”²⁰. Reiteramos que, respecto a los socios, la norma agrega *sin perjuicio de la responsabilidad de éstos*.

ciudad y 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.

¹⁷ *Sociedades irregulares y de hecho*, 2ª edición, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2012, pág. 314.

¹⁸ Actas del Primer Congreso Nacional de Derecho Societario, 1977, tomo I, pág. 298.

¹⁹ RICHARD, Efraín Hugo - MUIÑO, Orlando Manuel, “*Derecho Societario*”, 2ª edición actualizada y ampliada, ed. Astrea, Buenos Aires, 2007, tomo I, pág. 369.

²⁰ ROITMAN, Horacio y colaboradores, *Ley de sociedades comerciales. Anotada y Comentada*, editorial La Ley, Buenos Aires, 2006, tomo II, pág. 491.

La doctrina²¹ 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.

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 responsables²².

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 terceros²³, y (ii) los que sólo lo limitan a los terceros²⁴. 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, L.S.C. y abriéndose la etapa de liquidación, salvo que el capital se reintegre o se capitalice la sociedad (art. 96, LSC). Igual efecto acaecería ante la desaparición de la sociedad y de sus bienes.

²¹ QUINTANA FERREIRA, F. y otros, "*Carácter de la sociedad...*", cit., p. 512.

²² ZUNINO, J., "*Disolución...*" op. cit., p. 286.

²³ ZUNINO, J., "*Disolución...*" op. cit., p. 287.

²⁴ ZALDIVAR, Enrique y otros, "*Cuadernos...*" op. cit., p. 299.

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, LSC., 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.

No resulta posible promover acciones de responsabilidad contra un socio con responsabilidad limitada per se²⁵. No significa nuestra postura ampliar la responsabilidad de administradores societarios y socios. La responsabilidad de los socios a la que aludimos surge claramente de la normativa del art. 99, LSC.

Y 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 concurso²⁶, 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, LSC, la continuidad del giro llevaría a pensar en la responsabilidad de los socios prevista en el art. 99, LSC.

La situación se cualifica si el órgano de gobierno formaliza una propuesta de acuerdo en un concurso —como hemos sostenido de su ex-

²⁵ Puede verse nuestra posición en RICHARD, E. H. y MUIÑO, Orlando M., *Derecho Societario*, ed. Astrea, Buenos Aires, pág. 543 y ss. Con mayor profundidad lo hemos hecho en *Responsabilidad de administrador de sociedad insolvente* en *Doctrina Societaria y Concursal*, marzo 2002, tomo 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, editorial La Roca, Buenos Aires, junio 2002, correspondiendo a un trabajo entregado el 31 de mayo de 2000.

²⁶ 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, pág. 763.

clusiva competencia ambos ponentes— o de cualquier forma se logra un acuerdo con quita. En este punto los ponentes mantenemos 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 responsabilidad²⁷. 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.

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 demandará una profunda reflexión.

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 LSC, cuando hubiesen conocido, avalado o consentido dichos actos, conociendo la causal disolutoria de pérdida del capital social. Circunstancia que se agrava ante una situación concursal de la sociedad.

²⁷ 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, tomo 1, pág. 367.