

RESPONSABILIDAD DE ADMINISTRADORES (Y CONTROLANTES) SOCIETARIOS EN LOS CONCURSOS Y QUIEBRAS

EFRAÍN HUGO RICHARD

SÍNTESIS

Los acreedores sociales que hubieran sufrido daño por el accionar de administradores de sociedades que hubieran asumido esas obligaciones en estado de cesación de pagos, pueden promover acciones individuales de responsabilidad contra éstos.

Esas acciones son extraconcursoales y no requieren la previa apertura de un juicio concursal, que tampoco las atrae. El daño también se perfilaría en caso del perjuicio sufrido por la quita o espera que impusiera un acuerdo concursal.

Similares acciones extraconcursoales pueden promover los acreedores contra el controlante abusivo de su deudora, e incluso contra los administradores de aquella.

1. INTRODUCCIÓN

Venimos presentado en Congresos comunicaciones incentivando encontrar técnicas jurídicas que aseguren la mayor anticipación en

la apertura de los juicios concursales, tendiendo a prevenir los efectos nocivos de la actividad cumplida en cesación de pagos, efectos sin duda expansivos del incumplimiento.

Los medios de tutela no deben ser buscados solamente en la ley concursal, sino en la prevención interna societaria. La cuestión debe ser resuelta en forma práctica y sencilla, advirtiendo que los mayores daños resultan no de la presentación del deudor persona individual sino de la insolvencia societaria.

2. LA PRESENTACION CONCURSAL. LA INSOLVENCIA. LA RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES SOCIETARIOS.

La integral aplicación de las normas sobre sociedades, como de otras del sistema jurídico, debe permitir prevenir la insolvencia de las mismas e impedir la transferencia de los daños a los acreedores ⁽¹⁾.

No tenemos duda que, en la mayoría de los casos una situación concursal implica una infracapitalización material -o subcapitalización-, que si ha sido advertida configura una situación de dolo civil que autorizaría una acción individual de responsabilidad por los acreedores sociales posteriores a esa situación contra los administradores que siguieron operando en estado de cesación de pagos.

Este constituye el meollo de la cuestión. Existe una tendencia, marcada en los proyectos Rojo (español) y Olivera García (uruguayo) a recalcar el interés público que comporta que el concurso se abra en supuestos de insolvencia, evitando la actuación en ese estado, ampliando la legitimación activa para la apertura del llamado concurso preventivo no liquidatorio, habilitando la petición a instancia del acreedor o de sujetos patrimonialmente afectados, con fórmulas de estímulo, otorgando privilegios ⁽²⁾ a tales legitimados que provoquen esa declaración.

Eventualmente, de los propios términos de la presentación - aunque no fuere tardía-, del informe general del síndico o de otros elementos puede determinarse el incumplimiento de los deberes como administrador y autorizar la promoción de acciones de responsabilidad individual por parte de los acreedores.

El ejercicio de esas acciones puede ser consecuencia no de la

¹ Sobre el punto hemos trabajado con anterioridad, p.ej. *Insolvencia societaria y responsabilidad* pág. 380 y ss. en JURISPRUDENCIA ARGENTINA libro en Commemoración de su 80º Aniversario, 1918-1998.

² DASSO, Ariel Ángel en *Tendencias actuales del derecho concursal*, pág. 70, Editorial Ad-Hoc, Buenos Aires 1999.

mera demora en pagar, sino de los perjuicios que les genere a los acreedores la quita o espera que se les imponga en propuestas de acuerdo, aunque la misma fuera votada favorablemente.

El derecho de los acreedores también se perfila cuando el acuerdo es incumplido y ello resulta de la falta de un plan de reordenamiento o de la falacia o irrazonabilidad de ese plan que justificó el voto favorable de los acreedores.

3. LA APARENTE DESESTIMULACION DE LAS ACCIONES DE RESPONSABILIDAD.

Las dificultades esenciales en torno a los magros resultados prácticos que arrojan los procedimientos concursales, resultan de la falta de sanción por la no presentación temporánea de los deudores. La calificación de conducta parecía insuficiente, y ese trámite ha sido removido en el sistema nacional.

La promoción de acciones de responsabilidad patrimonial en la quiebra y las de reconstrucción patrimonial han sido condicionadas a una conformidad de los acreedores, que para más no ha sido interpretada adecuadamente por la doctrina, entendiendo que debe ser otorgada por acreedores que representen la mayoría del capital quirografario, cuando el art. 119 de la ley 24522 requiere "la mayoría simple del capital quirografario", que es mucho menos que aquella al referirse a un acto colegial: "mayoría simple", palabras que no puede considerarse en vano. La falta de una normativa y de una construcción doctrinaria sobre los actos colegiales enturbia el razonamiento.

En ciertos supuestos debé pensarse en el ejercicio específico de acciones de responsabilidad, individuales o sociales, contra miembros de órganos societarios, administradores y/o terceros controlantes abusivos.

Por otra parte, la cuestión debe ir unida a la convicción, que las acciones de responsabilidad, individuales o sociales pueden ejercitarse no sólo en la quiebra sino ante la presentación en concurso, y que no serían atraídas por esos juicios concursales al no dirigirse contra el sujeto del concurso sino contra administradores o controlantes.

Estas ideas, no controvertidas en doctrina, se vinculan a que la presentación tardía por parte de los administradores sociales habrá causado daño, que los obliga frente a los acreedores -por lo menos los posteriores a cuando los administradores hayan advertido o debido advertir la insolvencia.

3. Riesgo empresario. No se trata de ampliar la responsabilidad de los administradores societarios en cuanto al riesgo empresario. La

Empresa debe ser autosuficiente generando, a partir de su patrimonio y el plan o directriz de desarrollo de sus actividades, los medios para su manutención económica; esto implica la viabilidad de la empresa, de la empresa que no lleva en su destino su autodestrucción por económicamente inviable. Por otra parte la empresa viable es la única que merece conservarse, sea por disposiciones concursales, pre concursales o extraconcursoales. La sociedad es la estructura técnica jurídica personalizante a disposición del empresario como instrumento "de organización". La organización no sólo supone la disponibilidad jurídica de órganos, de un sistema de imputación simplificante de las relaciones jurídicas con terceros y socios, sino la actuación coherente del órgano de administración asegurando el cumplimiento del "objeto social" como forma de manifestación de la empresa o empresas.

Los administradores de un ente personificado deben cumplir su finalidad o objeto social conforme un patrimonio suficiente disponible a tal efecto, y en caso de dificultades económicas que lo arrastren a un concurso recomponer su situación patrimonial.

El incumplimiento de esos deberes fiduciarios por parte de los administradores o controlantes permite imputarles responsabilidad, inclusive contra los administradores de la controlante.

4. RESPONSABILIDAD E INSOLVENCIA.

El capital operativo de una sociedad tiene la necesidad de suficiencia³ que debe revestir para llevar adelante la actividad propia del objeto social. De resultar insuficiente, conduciría a la sociedad al estado de insolvencia o de liquidación por imposibilidad de cumplimiento del objeto, sin perjuicio de la responsabilidad que acarrear los socios por su incumplimiento, y de los administradores por no cumplir con sus obligaciones.

5. LA RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES EN EL DERECHO SOCIETARIO.

Las acciones de responsabilidad, como la de imputabilidad aditiva (muchas veces denominada como de inoponibilidad de la personalidad jurídica), no requieren --como las acciones revocatorias o de extensión de la quiebra-- de un presupuesto de insolvencia para ampliar la legitimación pasiva o autorizar la promoción de acciones especiales.

³ "...un capital social desproporcionadamente reducido en su magnitud determinará la imposibilidad ex origine de cumplir el objeto, que debe, por esencia, ser fácticamente posible..." Vaca Constructora S.R.L." Fallo del Dr. Butty LL-1980-D-pag. 464 y ss.

La limitación de responsabilidad de los administradores esta basada en el supuesto de un comportamiento leal.

Los administradores deben responder de los daños que causen a la sociedad o a terceros por no actuar “con lealtad y con la diligencia de un buen hombre de negocios”, que es el standard que fija el art. 59 LS⁴, imponiendo de seguido que “Los que faltaren a sus obligaciones son responsables ilimitada y solidariamente, por los daños y perjuicios que resultare de su acción u omisión”. Subraya Halperin que es “un criterio objetivo de comportamiento (pero no una responsabilidad objetiva)... la noción de buen hombre de negocios establece una auténtica responsabilidad profesional, ya que implica capacidad técnica, experiencia, conocimientos. Para apreciarla en el caso concreto se tendrá en cuenta: a) la dimensión de la sociedad, b) su objeto, c) las funciones genéricas que incumben como director y las específicas que se le hubieran confiado, d) las circunstancias en que debió actuar (urgencia, acopio de datos, antecedentes e informaciones, etc.) y cómo cumplió su deber de diligencia”⁵.

Así por ej. 1º la responsabilidad de los administradores societarios por relación laboral no registrada,⁶ en cuanto de ello resulte perjuicio al trabajador tercero. La operatoria de relaciones de trabajo “en negro” no sólo traduce un menor costo, una ruptura a la libre competencia, sino en intentar dejar inerte al empleado en caso de concurso de la administrada. 2º. La responsabilidad por deudas contraídas a sabiendas que no podían ser satisfechas por la sociedad.

En tales supuestos, pero sin desechar apreciaciones en torno a administradores de la persona individual, debe aceptarse el ejercicio específico de acciones de responsabilidad, individuales o sociales, contra miembros de órganos societarios, administradores y/o terceros.

Por otra parte, la cuestión debe ir unida a la convicción, sin duda doctrinaria, que las acciones de responsabilidad, individuales o sociales pueden ejercerse no sólo en la quiebra sino en el concurso, y que no serían atraídas por éste al no dirigirse contra el sujeto del concurso sino contra administradores o controlantes.

6. LA ACCIÓN INDIVIDUAL DE RESPONSABILIDAD.

Obviamente que la responsabilidad surgirá cuando exista daño a

⁴ Sobre la inteligencia de la locución puede verse a nuestro recordado HALPERIN, Isaac *Sociedades anónimas. Examen crítico del dto. ley 19550*, editorial Depalma, pág. 451 y nota 293, Buenos Aires 1974.

⁵ HALPERIN ob. cit. pág. 452/3.

⁶ Conforme trabajo que con ese mismo nombre comentamos fallo, publicado en Revista de Responsabilidad Civil y Seguros, La Ley año I n° 4, agosto de 1999 pág. 59.

los acreedores y el mismo permita legitimar a éstos activamente para reclamar a administradores societarios como legitimados pasivos. Se resolvió en un caso que se infligió un "daño directo al actor en tanto, encontrándose en cesación de pagos y en la búsqueda de medios ruinosos, lo convenció de que formalizará un préstamo a nombre de una sociedad que él manejaba discrecionalmente y sabía que carecía de toda solvencia, para quedarse con los fondos en provecho propio y en perjuicio del mutuante. De tal suerte se presente la situación del director que induce a la concesión de crédito a una sociedad en situación real de insolvencia que es expresamente ejemplarizada por Garríguez y Uría frente al tercero por lesión directa a su patrimonio,⁷ siendo para el juez fundamental que haya obrado a nombre de la sociedad, ya que de lo contrario, se estaría en la órbita del art. 1109 del C.Civil, sin necesidad de acudir a la normativa societaria".⁸

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 accionistas y terceros individualmente y no depende ningún trámite previo. El acreedor social dispone de la acción de responsabilidad contra los administradores sociales cuando estos contraen la obligación por la sociedad en estado de cesación de pagos, aunque la sociedad abra su concurso o se produzca la quiebra de la misma.

Si la actuación torpe de los administradores genera perjuicio a terceros, éstos pueden promover una acción individual de responsabilidad civil, bajo los mismos presupuestos clásicos de la responsabilidad subjetiva, exigiéndose además de la infracción a la norma la concurrencia de la culpa, el daño y la relación de causalidad.

Sin la causación de un daño directo no cabría el ejercicio de la acción. Debe existir un daño directo que incida en forma inmediata sobre el patrimonio del de tercero (o de un socio), señalándose como supuestos de daños directos la obtención de un crédito o aval facilitado por tercero, ocultado a éstos la situación difícil de la sociedad.⁹

El ejercicio de la acción individual de responsabilidad contra los administradores societarios puede acumularse a la acción incoada

⁷ Ver *Comentario a la Ley de Sociedades Anónimas* t. II, Madrid 1976 página 196, capítulo I nro. 2, último párrafo.

⁸ Fallo de Primera Instancia Juez Dr. Eduardo Favier Dubois (h) en "Peacan Nazar c/ Torres Astigueta" del 16 de mayo de 1995, La Ley t. 1996 C fallo n° 94379, comentado por Alberto Conil Paz "Responsabilidad de representantes sociales y quiebra", confirmado por la CNCom Sala E 16.5.95 apoyando la doctrina el dictamen del Fiscal de Cámara, en ED t. 168 p. 496.

⁹ *Responsabilidad de los administradores - Levantamiento del velo* Dossier práctico de la redacción de la editorial Francis Lefebvre, Madrid 1998, pág. 49.

contra la sociedad. Claro que si ésta se encuentra en concurso o en quiebra es aconsejable no acumularla, partiendo que la insinuación contra la misma se formalizará por la vía de la verificación de créditos.

En un catálogo de hechos que acreditan conducta del administrador como causa de responsabilidad se ha apuntado: No llevar ningún tipo de contabilidad, no formular el administrador ningún balance sobre la situación de la sociedad, desaparición de hecho de la sociedad, ignorancia del administrador de todo lo relativo al tráfico y giro de la sociedad que administre, cesación meramente de hecho de la actividad, galopante incremento de las deudas de la sociedad, carácter de operación arriesgada, atribuible a las compras efectuadas, tras un año o más de ejercicios contables negativos, y particularmente subrayamos la contratación o asunción de deudas a sabiendas de la situación netamente deficitaria arrastrada¹⁰.

Los deberes fiduciarios del administrador societario frente a terceros están mejor delineado en las legislaciones donde no existe capital fijo, por lo que el administrador debe anualmente determinar el capital necesario para afrontar la continuidad de la sociedad (insolvency test), tutelando así a potenciales nuevos acreedores.

El apartamiento de las nociones de capital social fijo, para introducir en la de capital necesario para el giro social, es una noción que debe entenderse en nuestra legislación como vinculada a las obligaciones de los administradores sociales: operar in bonis, o sea sin caer en estado de cesación de pagos. El análisis del balance anual debería ser específico en ese aspecto, pero no lo libera del continuo análisis de la situación en el control permanente de la marcha del giro social. En legislaciones como la del Código Californiano se impone la imposibilidad de distribuir utilidades, entre otros actos, sino se somete a dos exámenes las cuentas sociales: Quantitative Liquidity Test y Quantitative Solvency Test ó de un simplificado Equity Insolvency Test¹¹.

Con respecto al período de preconcursalidad, o sea de sociedad en estado de cesación de pagos cuyos administradores no abren los procedimientos concursales, la jurisprudencia estadounidense ha dado un viraje a partir de 1991 sosteniendo la responsabilidad civil de esos administradores frente a los nuevos acreedores¹².

¹⁰ El catálogo corresponde a MOYA JIMENEZ ob. cit. pág. 19.

¹¹ ESCRIBANO GÁMIR, Rosario C. *La protección de los acreedores sociales*. Editorial Aranzadi, Navarra 1998, Monografía de Revista de Sociedades n° 10, pág. 44 y ss..

¹² VICARI, Andrea I doveri degli amministratori in caso de insolvenza della società nel diritto statunitense, en *Rivista delle Società* 1999 p. 1244 y ss.-.

En tales supuestos hay daño directo al patrimonio del acreedor, pues en ningún caso se previó recurso patrimonial de la sociedad para satisfacerlo, existe una relación de causalidad entre el obrar del administrador al tomar el crédito u ordenar el suministro a sabiendas del incumplimiento, amen de la infracción a normas imperativas de la ley societaria en torno a su viabilidad y liquidación.

Una doctrina judicial semejante suplirá la falta de normas en la legislación concursal para imponer la presentación temporánea en concurso al advertirse el estado de cesación de pagos de una sociedad.

7. EL DAÑO DIRECTO.

No hay duda que cuando el administrador de una sociedad insolvente contrae obligaciones, beneficia a la sociedad y perjudica al tercero. El tema es más urticante cuando lo hace beneficiando a la sociedad controlante, y ésta no autoriza la promoción de una acción social de responsabilidad. ¿Debe obligarse a promover una acción social en minoría para que los fondos se incorporen al patrimonio social y luego accionar para obtener que una asamblea le distribuya el presunto beneficio? Sería un exagerado rigorismo formal. Al mismo tiempo las acciones previstas en el art. 54 in fine LS permitirían ese resultado, pero esto no es tema de esta comunicación.

8. RESPONSABILIDAD DE ADMINISTRADORES POR OBLIGACIONES SOCIALES CONTRAÍDAS EN ESTADO DE CESACIÓN DE PAGOS.

Recapitulamos la cuestión central : la insolvencia de la sociedad y la responsabilidad de sus administradores frente a terceros.

Una dotación patrimonial insuficiente implica la existencia de una causal de disolución: "imposibilidad sobreviniente en el cumplimiento del objeto social" o sea la "inviabilidad de la empresa", fundando una causal de responsabilidad de los administradores (arts.59 y 99 LS).

Dentro del tema hay que distinguir entre los supuestos de infracapitalización nominal (forma) y material (substancial). Esta última se produce cuando los socios no dotan a la sociedad de dichos recursos, ni por la vía de un capital de responsabilidad ni por la vía de créditos otorgados por ellos mismos. Faltan, de ese modo, tanto recursos propios como ajenos. Por el contrario, nos hallamos ante un caso de infracapitalización nominal 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. Es necesario separar ambos supuestos por los diferentes efectos jurídicos a que deben dar lugar. Mientras la infracapitalización material puede justificar la exigencia de la responsabilidad civil (y en su caso incluso penal) de los administradores y el levantamiento del velo de la persona jurídica de la sociedad, haciendo responder personalmente a los socios, la infracapitalización nominal requiere más bien la recalificación por parte de la Ley o de los Tribunales, de los recursos aportados en concepto de créditos, como fondos o capital propios¹³.

9. LA INOPONIBILIDAD DE LA PERSONALIDAD JURIDICA.

Haremos ahora alguna referencia al grupo empresario, pero no en relación al concurso del agrupamiento, sino a la responsabilidad del controlante abusivo en relación al concurso o quiebra de la controlada. Y en este último supuesto no lo haremos en relación a la extensión de la quiebra, sino en ambos supuestos (concurso y quiebra) en relación a supuestos de imputabilidad o responsabilidad.

Caracterizamos a la inoponibilidad de la personalidad jurídica como una forma de imputación, normalmente aditiva. La inoponibilidad es una forma de la invalidez de los actos jurídicos: el acto no es nulo, es válido entre las partes, sino que es inoponible a determinadas personas, como aplicación de la relatividad de los contratos frente a terceros que determinan previsiones como las de los arts. 1195 in fine y 1199 C.C..

El tema viene siendo trabajado intensamente por la doctrina jurídica después de los comentarios siempre favorables a la norma introducida en el art. 54 in fine de la ley de sociedades por la reforma del año 1983.

Los efectos de la conducta antijurídica o del uso desviado de la sociedad, implica una imputación directa y, de haber perjuicios, la responsabilidad solidaria e ilimitada. Etcheverry señala como efectos de la norma del art. 54 in fine LS "hacer recaer de modo directo en la persona controlante la titularidad y efectos del acto cumplido" y "La persona o personas controlantes responderán en forma ilimitada y solidaria por los perjuicios que causaren"¹⁴.

En este aspecto juegan las acciones tradicionales de fraude, o

¹³ Cfme. VICENT CHULIÁ, Francisco *Compendio crítico de Derecho mercantil*, 3ª ed., Barcelona 1992, pp.976-979).

¹⁴ ETCHEVERRY, Raúl A. *Responsabilidad de la persona controlante en R.D.C.O. año 19* pág. 578 y ss., específicamente págs.592 y 594.

aquellas que van destinadas tan sólo a obligar a los dirigentes a completar el pasivo social -acción de "comblement", dentro del derecho francés-, donde debe probarse el daño, la falta cometida por los administradores o socios, y el nexo de causalidad con la insolvencia de la sociedad.

Dentro de la inoponibilidad distinguimos si lo inoponible es la personalidad jurídica, o sea la imputación a la sociedad o el principio de división patrimonial, o patrimonialización de la sociedad. O si lo son los efectos de la figura societaria o tipo societario, y no de su personalidad jurídica. Efectos propios de la figura societaria son la limitación de responsabilidad de los socios o administradores.¹⁵

Debemos advertir que la expresión "inoponibilidad de la personalidad societaria" es usada también muy latamente por la doctrina europea para hacer responsables a administradores o socios de los pasivos ante la insolvencia.¹⁶

La "inoponibilidad" también podrá utilizarse para ingresar dentro de la relación societaria con motivo de conflictos no sólo externos,¹⁷ sino internos, frente a situaciones que hacen aparecer el uso abusivo del organicismo societario. En estos supuestos también estaríamos, en principio, en inoponibilidad de la estructura, organización o tipo societario, y no de la personalidad societaria advenida con motivo de la organización societaria.

Un punto concreto en cuanto a responsabilidad de administradores y controlantes en relación a la empresa, es la necesidad de mantener una dotación patrimonial suficiente para el cumplimiento del objeto social como forma de traducir jurídicamente la idea de empresa.

La cuestión radica en saber cuáles son las posibles vías para imponer como sanción, la responsabilidad ilimitada por las deudas

¹⁵ Cfme. ponencia citada *PERSONALIDAD Y TIPCIDAD: INOPONIBILIDAD DEL TIPO*. de Francisco Junyent Bas y Laura Filippi. PONENCIA: La inoponibilidad de la personalidad jurídica regulada en el tercer párrafo del art. 54 de la Ley 19.550, no significa ni debe interpretarse como desestimatorio de la personalidad del ente sino que implica alterar los efectos del tipo social en cuanto al límite de la responsabilidad del socio controlante que abusó del recurso.

¹⁶ cfme. Zénati *Le produit de l'action en comblement du passif et la masse des créanciers* 1983 n° 213. En este sentido no existe en el derecho argentino el principio de subsidiariedad, es decir, para que la imputación jurídica se realice al socio o controlante no es necesario que la sociedad se encuentre en estado de insolvencia.

¹⁷ H. Masnatta *Teoría de la penetración y doctrina clean hands* en J.A. t.15 p.365, Fernández Duque ob.cit. nota 4 n.11, Otaegui ob. cit. p. 215. Raúl A. Etcheverry *Responsabilidad de la persona controlante* RDCO año 19 p.579 y ss.. CNTrab.Sala I, 21 octubre 1986 Perez, Pablo y otro c/ Escic S.R.L. y otro "En caso de comprobarse la existencia de un abuso en la forma societaria, deberá descorsarse el velo de su personalidad para penetrar en la real esencia de su substracto personal o patrimonial y poner de manifiesto los fines de los miembros cobijados tras la máscara". No hay duda que el efecto estará limitado a la imputabilidad, sin afectar los derechos de los terceros de buena fe acreedores de la sociedad.

sociales, en los casos de incumplimiento de dicho deber de mantener la sociedad correctamente capitalizada.

Ante falta de disposición normativa existe la posibilidad de enfocar el problema de la infracapitalización desde la óptica de la *responsabilidad de los administradores*. Así se contempla en Francia, con la *action en comblement du passif*, que establece en sede concursal la sanción a la infracapitalización.¹⁸ Lo mismo sucede en Italia, por la aplicación de la acción del art 2449 del *Codice Civile*.¹⁹ Si bien en España no existen normas similares,²⁰ la aplicación del art. 262.5 de la LSA puede llevar a obtener resultados semejantes²¹.

Dentro de la doctrina argentina poco es lo que se ha trabajado en el caso de concurso de la controlada, recayendo la preocupación en el ineficiente sistema de la extensión de la quiebra, salvo algunas comunicaciones que se han formalizado a Congresos, entendiéndose que "se trata de una cuestión de responsabilidad lisa y llana de los socios, como materia interna que hace a la estructura de la entidad societaria"²². Los daños que se generen podrán ser imputados por aplicación del sistema general de responsabilidad o del específico de la LS. por la ineptitud del fondo patrimonial que esconde para la explotación de la empresa social y, por ello, para la realización del objeto social²³.

10. INFRACAPITALIZACION Y RESPONSABILIDAD.

Manóvil hace notar que lo que nació como excepción se ha convertido en los albores del siglo XXI en regla dentro del esquema del derecho societario. Esa regla²⁴ implica la imputación de las obliga-

¹⁸ Art. 180 de la Ley 85-98 de 25 de enero de 1985 relative au redressement et à la liquidation judiciaires des entreprises.

¹⁹ Cuando se ha continuado en la gestión social una vez acaecida la infracapitalización o la pérdida del capital social, causas de disolución contempladas en los números 2 y 4 del art. 1448 del *Codice Civile*.

²⁰ Sobre esta cuestión, cfr. MASSAGUER, J., *La reintegración a la masa de los procedimientos concursales*, Barcelona, 1986, p. 168.

²¹ Cfme. MASSAGUER, J., *El capital nominal...*, R.G.D. 1990 pág. 5571 y ss. en especial p. 5576, n.82 y 5572.

²² Cfe. MANOVIL *Grupos de Sociedades* cit. Pág. 1002.

²³ Como señala OTXOA-ERRARTE, *Comentario a la resolución de la Dirección de los Registros y del Notariado de 22 de junio de 1993. La infracapitalización*, CDC, septiembre 1994, p. 284), también en Alemania, últimamente, parece que un sector doctrinal propugna, frente a la responsabilidad por infracapitalización material, la responsabilidad de los administradores que nace en los casos en que el sobreendeudamiento (*Überschuldung*) es presupuesto para la apertura de un procedimiento concursal y existe retraso por parte de los mismos en instar dicho procedimiento ante esa situación (§ 823.2 BGB y § 830 del mismo texto legal, aplicable a los socios cuando haya por su parte algún tipo de colaboración en esa actuación).

²⁴ Esta imputación y patrimonio diferenciado resulta una característica única de los tipos que la admiten y no de la personalidad societaria -recurso técnico- que es reconocida a todas las so-

ciones a la persona jurídica con independencia de la responsabilidad de los socios.

Resulta un abuso de la personalidad jurídica “cuando las personas que dirigen y manejan las sociedades mercantiles utilizan la personalidad jurídica de éstas para no contraer obligaciones y responsabilidades personales ante los terceros. Se puede poner como ejemplo el de una individuo de reconocida capacidad económica que es administrador y socio mayoritario (o único) de una sociedad limitada cuyo capital social (y consiguiente patrimonio) es todo lo exiguo que la ley permite y cuya denominación está constituida por el nombre y apellido de aquella persona física, seguidos por las siglas S.L.; con lo que puede ocurrir – de hecho ocurre– que terceros de buena fe contraten con la sociedad (realmente infracapitalizada) creyendo hacerlo con un empresario individual (ampliamente solvente)”.²⁵

El principio de la no responsabilidad de los socios esta sujeto a que se cumpla los presupuestos que permiten la exclusión de esa responsabilidad²⁶. Para que proceda la responsabilidad por infracapitalización²⁷, debe existir relación causal con la imposibilidad de pago o insolvencia del ente, siendo menester que tal estado de cesación de pago sea comprobado.

Si la infracapitalización resulta del acto de constitución, responderán fundadores y administradores que la hicieren posible. Cuando resulta sobreviniente en razón de la actividad empresarial desplegada por la sociedad, responden –en principios– aquellos que la hicieron posible, sean administradores o controlantes, manteniendo la actividad y perjudicando a terceros, por un mal uso de su personalidad o de un ejercicio antisocial del derecho.²⁸

El deber de crear y mantener un capital social compatible para dar cumplimiento a las actividades que traiga aparejado el objeto social, el standard jurídico de actuación que estipula el art. 902 del C.C. en el sentido de quien se vale del privilegio de falta de responsabilidad

²⁵ ciudades sin entrar a considerar la responsabilidad de sus integrantes.
GOMEZ CALERO, Juan *Responsabilidad de socios y administradores frente a acreedores sociales* Editorial Dykinson, 1998, Madrid, pág. 19. Con remisión a S.T.S. 2-XII-88, Comentario en Revista General de Derecho 546/1990, págs. 1474/76.

²⁶ Siguiendo esta línea de pensamiento, LA LEY DE SOCIEDADES ANÓNIMAS DE ESPAÑA prescribe que la reducción del capital puede tener como finalidad: ... restablecer el equilibrio entre el capital y el patrimonio de la sociedad disminuido como consecuencia de las pérdidas.... Otro ejemplo es LA LEY 18.046 DE SOCIEDADES ANÓNIMAS DE CHILE que propone la modificación de pleno derecho del capital social.

²⁷ Existe infracapitalización material en una sociedad 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 cubierta por créditos de terceros.

²⁸ GOMEZ CALERO ob. cit. pág. 21, señalando la sentencia del STS del 28 de mayo de 1984.

personal por los pasivos de la sociedad que integra como socio, impone obrar con prudencia y pleno conocimiento de las cosas, en tanto mayor será la obligación que resulte de las consecuencias posibles de los hechos.

La inoponibilidad de la restricción de responsabilidad por subcapitalización amplía los legitimados pasivos, pues puede extenderse (además de a los administradores) a la controlante abusiva y a los administradores de ésta .

Al controlante puede requerírsele todas las consecuencias del negocio y no sólo las consecuencias dañosas, aunque en principio el mismo debe ser cumplido por la sociedad..

La acción de responsabilidad por infracapitalización puede dirigirse contra los socios y controlantes, y no solamente contra los administradores. Ante el abuso o fraude no hay duda sobre que existe imputación aditiva a los controlantes.

La limitación de la responsabilidad de los socios se fundamenta en una dotación adecuada de capital social, y en que éste se preserve conforme a las normas de defensa del capital para poder hacer frente a la responsabilidad de la sociedad frente a los acreedores de la misma.²⁹ Si los socios no dotan a la sociedad del capital necesario, -"abusan de la institución del capital social",³⁰ 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. Corresponderá a los tribunales, mediante la *aplicación de la doctrina del levantamiento del velo*, decretar dicha responsabilidad ilimitada. Pero se ha advertido que se trata de un remedio excepcional al que debe recurrirse "en aquellos casos límite en que se observe que la capitalización de la sociedad es manifiestamente y sin asomo de duda desproporcionada al nivel de riesgo de la empresa programada para la explotación del objeto social."³¹ Siguiendo esa opinión, no será de aplicación la doctrina de la infracapitalización en favor de los acreedores financieros, sino sólo respecto de los acreedores extracontractuales y de los llamados "acreedores ignorantes" a los que no se hubiera avisado oportunamente.³²

²⁹ Sobre la dotación de un capital como fundamento de la responsabilidad limitada de los socios, puede verse la RDGRN española del 21 de junio de 1990.

³⁰ Vid. MASSAGUER, J., *El capital nominal...* op. cit, p. 5573.

³¹ El recurso a la doctrina del levantamiento del velo constituye, según PAZ-ARES una "vía intermedia." Cita en este punto el autor la sentencia de la Audiencia provincial de Albacete de 15 de julio de 1991 (RGD 1991, pp. 10691 y ss.), a la que critica sus deficiencias técnicas pero valora su interés por poner el acento en los problemas de información.

³² Cfme. PAZ-ARES, *La infracapitalización, una aproximación contractual*, p. 262. Sin em-

La infracapitalización material, como insuficiencia de capital, es una inadecuación de la cifra del capital social, y de los activos patrimoniales disponibles, a la magnitud del giro propio y de las actividades congruentes para el cumplimiento del objeto social.³³

11. PRESUPUESTOS DE LA LEGITIMACION PASIVA (AMPLIADA POR RESPONSABILIDAD Y/O POR CONTROL ABUSIVO).

Debe demandarse expresamente a quiénes se considere inmersos en las conductas tipificantes de la imputación prevista por el art. 54 in fine L.S., como así también acreditar los extremos de esa imputación. Adviértase que el administrador societario tiene supuestos de responsabilidad, y que la norma del art. 54 in fine fue introducida para imputar relaciones a terceros no administradores.

Sentado este criterio aparece como académico y carente de contenido práctico discutir el carácter de "controlante" del administrador omnímodo, o sea "de quienes no siéndolo (socios) la controlen", que la doctrina tiende a vincular a la previsión de control contenida en el art. 33 "ejercza una influencia dominante como consecuencia de acciones, cuotas o partes de interés poseídas, o por los especiales vínculos existentes entre las sociedades", debiendo indicarse que el control no sólo lo ejercitan las sociedades, como resulta del precepto del art. 33 LS, sino particulares, y un especial vínculo puede ser la condición de pariente o de confianza con el accionista mayoritario que ejercita un administrador. Dejamos de lado, como señalábamos, estas elucubraciones por encontrar sustento la responsabilidad en otra norma.

Manóvil³⁴ asienta la responsabilidad de los administradores de la controlante en los presupuestos de toda responsabilidad civil, que no son otros para ellos o para los administradores de la sociedad dominada, o independiente, cuando opera infracapitalizada materialmente y afecta los derechos de los acreedores, o de los accionistas minoritarios.

bargo, para MASSAGUER, J., ("El capital nominal...", op. cit., p. 5576) califica esta distinción basada en el criterio del desconocimiento o conocimiento de la infracapitalización, de poco convincente.

³³ GOMEZ CALERO ob. cit. pág. 22. VINCENT CHULIA, Francisco *Introducción al Derecho Mercantil* pág. 183.

³⁴ En su reciente libro *Grupos de sociedades. En el derecho comparado* edición Abeledo Perrot, Buenos Aires 1998, pág. 758 entre diversas referencias que hace a la cuestión.

12. EN CONCLUSIÓN

Centramos con este comentario la referencia inicial que hacíamos del presupuesto de la insolvencia societaria que impone a los terceros perjudicados afrontar las diversas acciones que el sistema otorga para satisfacer el crédito. Esos terceros pueden analizar varias vías de acceso para extender los legitimados pasivos obligados a la reparación, aún cuando la sociedad haya abierto un juicio de concurso preventivo o de quiebra, incluso cuando medie acuerdo. Estos juicios universales de la sociedad no atraen acciones basadas en la responsabilidad específica de administradores.

Los problemas concursales -o de crisis de empresa- no pueden solucionarse siempre dentro de la legislación concursal, y la problemática de la reparación de los acreedores debe ser afrontada integrando el análisis con las normas sobre responsabilidad general contenidas en el Código Civil y las específicas de la ley societaria.

El sistema debe habilitar vías sencillas para determinar la responsabilidad de esos administradores como las que abren las reflexiones que dejamos formalizadas, incluso contra los controlantes torpes y aún respecto de los socios.

Las cuestiones abordadas pueden vincularse al caso Aerolíneas Argentinas S.A., sociedad que opera en cesación de pagos desde principios del año 1992.