

ACCIÓN SUBROGATORIA EJERCIDA POR UN ACREEDOR DE LA SOCIEDAD ANÓNIMA, CON REFERENCIA AL SOCIO SUSCRIPTOR DE CAPITAL

ROSA POZIOMEK ROSEMBLAT

La acción subrogatoria es un mecanismo adicional de garantía con que cuenta el acreedor de una sociedad comercial para hacer efectivo su crédito, a través de una acción indirecta, subrogándose en la sociedad para exigir al socio el cumplimiento del aporte prometido.

El análisis de la normativa legal y la búsqueda de posibles soluciones para los diferentes tipos sociales, implicaría una profundidad imposible de abordar, dada la limitación en la extensión de la ponencia.

En ésta oportunidad, enfocaremos el estudio al ámbito de las sociedades anónimas, por entender que las características de la regulación legal de dicho tipo social, ofrecen menores garantías a los acreedores sociales. La exigencia de la integración de una parte del capital social, la responsabilidad limitada de los socios, es la nota tipológica que históricamente ha caracterizado a éste tipo social, lo que implica

un traslado del riesgo empresarial a los acreedores sociales, que no podrán perseguir el patrimonio de los socios en caso de incapacidad de pago de la sociedad.

La presente ponencia plantea la posibilidad por parte de un acreedor de una sociedad anónima de subrogarse a la sociedad en el crédito que ésta tiene contra el accionista suscriptor de capital, exigiéndolo a través de la acción subrogatoria.

1) INTRODUCCIÓN

Nuestra Ley de Sociedades Comerciales (Nº 16.060 del 4 de septiembre de 1989) regula a las sociedades comerciales, en base a dos pilares fundamentales: la naturaleza contractual del negocio societario, y la personería jurídica que se le atribuye, distinguiendo el aspecto contractual o negocial y el institucional.

Uno de los elementos esenciales del contrato de sociedad, lo constituye las prestaciones a que se obligan los socios. El aporte es la obligación principal del socio, no hay sociedad sin aporte, es indispensable para formar su base patrimonial, para que la sociedad pueda llevar adelante su actividad, constituyendo además, la garantía de los acreedores que contratan con dicha persona jurídica.

Al mismo tiempo, dicho contrato da lugar, al nacimiento de una persona jurídica, un nuevo sujeto de derecho diferente e independiente de los socios contratantes. La consecuencia fundamental de dicho reconocimiento es la existencia de un patrimonio propio, autónomo e independiente del patrimonio propio de los socios que la integran.

La sociedad en el desarrollo de su actividad genera obligaciones que constituyen el pasivo de la sociedad y se satisfacen con el patrimonio social; sólo en su defecto, se atienden con el patrimonio de los socios. Podemos entonces concluir, que todas las sociedades comerciales son de responsabilidad ilimitada, en el sentido que el patrimonio social está íntegramente afectado al cumplimiento de las obligaciones contraídas por la sociedad. La responsabilidad de los socios por dicho pasivo será subsidiario, dependiendo del tipo social, desde que los acreedores sociales no podrán exigir de los socios el pago de sus cré-

ditos, sino después de agotado el patrimonio social, en virtud de que aquellos gozan del beneficio de excusión (artículo 76 LSC).

En lo que refiere a la sociedad anónima, la LSC la regula caracterizándola con tres elementos básicos: es una sociedad de capital, el capital se divide en partes iguales que pueden estar representadas en títulos llamados acciones, y los accionistas sólo responden por la integración de las acciones suscriptas.

La normativa legal exige que los fundadores integren al momento de constitución de la sociedad, por lo menos el 25% del capital social, suscribiendo lo que reste hasta llegar al 50%.

La LSC, apartándose de las fuentes consideradas por el legislador de la ley uruguaya, y adoptando una solución que la ley argentina y la de los demás países iberoamericanos no la tienen, mantuvo la solución del régimen anterior, regulando a la sociedad anónima como una sociedad de capital variable, en la cual no existe la obligación de suscripción integral del capital autorizado, y el capital suscrito e integrado pueden ser aumentados o reducidos, sin necesidad de reforma del contrato social.¹

Nuestra ley no fija un plazo para que los suscriptores integren totalmente el valor de las acciones suscriptas, quedando librado a lo que disponga el contrato social, el programa de constitución si fuera por suscripción pública, a las resoluciones de la asamblea, o en su defecto a lo que resuelva el directorio o el administrador único. Las condiciones fijadas por el directorio o el administrador, deben ser publicadas en el Diario Oficial y en otro diario (artículo 317 LSC).

Se prevé un régimen especial para la mora en la integración. Los suscriptores caen en mora de pleno derecho y para la sociedad se abren dos opciones: de exigir el cumplimiento forzado en la forma pactada en el acuerdo de suscripción o en el estatuto social, o si nada se dijera, la sociedad puede cobrar lo debido más el interés bancario corriente para las operaciones activas más los daños y perjuicio, o declarar rescindida la suscripción, con la pérdida de las integraciones efectuadas a favor de la sociedad. El suscriptor moroso ve suspendi-

¹ Olivera García, Ricardo. Análisis y perspectivas del concepto de Capital Social en la Ley de Sociedades Comerciales. En Temas de Derecho Societario. FCU. Montevideo, 2000. Pag.101.

dos los derechos que la ley y el contrato le acuerdan (artículo 318 LSC). La solución legal consagra la aplicación de la condición resolutoria tácita prevista en el art. 246 del Código de Comercio y 1431 del Código Civil.

2. ACCIÓN SUBROGATORIA

2.1 Regulación legal

La acción subrogatoria está prevista como uno de los efectos de los contratos respecto a terceros, junto con la acción pauliana y simulatoria, tanto en materia civil como comercial, en los respectivos Códigos. En esta dualidad normativa se perciben algunas divergencias, que son resultado de la diferente naturaleza de las operaciones que en cada materia se desarrollan.

El artículo 227 del Código de Comercio dispone: *“Los acreedores pueden ejercer todos los derechos y acciones de su deudor, y oponer todas las excepciones que le correspondan, excepto las que sean exclusivamente personales.*

Sin embargo, los acreedores no pueden usar de esa facultad, sino cuando el deudor rehusa ejercer los derechos y acciones que le pertenezcan. Los efectos de la acción intentada, sólo aprovechan a los acreedores que la ejercen, fuera del caso de falencia o quiebra”.

La acción subrogatoria se fundamenta en el principio consagrado expresamente en nuestro Código Civil, artículo 2372, de que todos los bienes del deudor son la garantía común de sus acreedores. Constituye uno de los tantos medios de garantía puestos a disposición del acreedor para hacer valer sus derechos.

En cuanto a la naturaleza jurídica nuestra doctrina y jurisprudencia sostienen en forma unánime que la acción subrogatoria, es un procedimiento conservativo del patrimonio del deudor, tiene por finalidad mantener la integridad de los bienes que constituyen la garantía de sus acreedores.²

² Sayagués Laso, Rodolfo. Efectos jurídicos de los contratos respecto a terceros. Editor: Claudio García. Montevideo 1925. Pag. 25.

Como sostiene Peirano Facio, la acción subrogatoria procura que un bien que está fuera del patrimonio del deudor ingrese a ese patrimonio; luego el acreedor deberá emplear un procedimiento ejecutivo para cobrarse.³

2.2 Requisitos para su ejercicio

La doctrina somete dicha acción al cumplimiento de ciertas condiciones: a) existencia de un crédito contra el deudor en cuyos derechos se intenta subrogar el acreedor; b) la inercia del deudor, prevista en el artículo 227 del C de C; c) el interés del acreedor, solo es concebible tal acción cuando el estado patrimonial del deudor ponga en peligro la satisfacción de su crédito;⁴ d) La normativa civil requiere previa autorización judicial, extremo no previsto en el artículo 227 del Código de Comercio.

2.3 Efectos de la acción subrogatoria

Los efectos de la acción subrogatoria consisten en:

a) El acreedor ejercita una acción de su deudor. Por tanto, el deudor mediato puede oponer las excepciones que tenga contra su acreedor, no las que tenga contra el acreedor subrogante.

b) Se ha discutido si la sentencia a pronunciarse hará cosa juzgada contra el deudor del acreedor subrogante. Gamarra sostiene que no la hará, a menos que el deudor sea emplazado.⁵

c) No puede el acreedor cobrarse con el dinero o los bienes que ha hecho ingresar en el patrimonio del deudor, eso lo podrá hacer, luego, cuando inicie su acción ejecutiva.

d) La acción subrogatoria prevista en la legislación comercial, a diferencia de la normativa civil, aprovecha a los acreedores que la ejercen, salvo el caso de quiebra.

³ Peirano Facio, Jorge. Curso de Obligaciones. Tomo III. Reimpresión FCU. Montevideo 1974. Pag 202.

⁴ Gamarra, Jorge. Estudios sobre obligaciones. Editorial Medina. Montevideo 1956. Pag. 128.

⁵ Gamarra, Jorge. Ob.cit. pag. 128.

3. POSIBILIDAD DE UN ACREEDOR SOCIAL DE EJERCER LA ACCIÓN SUBROGATORIA

Diferentes han sido las funciones asignadas al capital social. Se ha sostenido que el capital marca la responsabilidad de los accionistas frente a la sociedad, ya que ésta no puede exigirles un aporte mayor al fijado como capital. Otra de las funciones es la de servir para la realización de la actividad, de los negocios para la cual fue creada.⁶

Asimismo se ha asignado una función de garantía frente a los acreedores y la función de determinar la posición jurídica del socio.⁷

Se ha expresado que el capital sirve de instrumento de garantía que compensa a los acreedores de la exoneración de responsabilidad de que gozan los patrimonios personales de cada uno de los socios.⁸

Nos interesa detenernos en dicha función de garantía. El capital marca el límite de los recursos que los accionistas pueden retirar de la sociedad, marca el fiel de la balanza entre los derechos de los acreedores y los derechos de los accionistas sobre el patrimonio social.⁹ Al figurar como pasivo no exigible en los balances de todas las sociedades mercantiles, opera como "cifra de retención", que sirve para mantener una correspondiente masa de valores como patrimonio neto, constituyendo la garantía mínima de los acreedores.¹⁰

Pero sin duda frente a los terceros, la falta de comunicación de la responsabilidad social al patrimonio personal de los socios, determina que la garantía de los acreedores quede reducida exclusivamente al patrimonio social.

Aún cuando se ha sostenido que el capital brinda una protección insuficiente y precaria a los acreedores ya que algunos regímenes jurídicos (entre ellos, el nuestro) permiten el funcionamiento de sociedades con patrimonios inferiores al capital social, así como la expresión del aporte y de la obligación resulta diluido por la pérdida del valor

⁶ Pérez Fontana, Sagunto. *Sociedades Anónimas*. FCU. Pag. 5.

⁷ Olivera García, Ricardo. La obsolescencia del concepto de capital social. En *Anuario de Derecho Comercial*. Tomo 7, pag. 25).

⁸ Nissen, Ricardo A. *Curso de Derecho Societario*. Ad-Hoc S.R.L. Buenos Aires 2001. Pag. 399.

⁹ Olivera García, Ricardo. *Ob. Cit.* Pag. 27.

¹⁰ Martorell, E. Eduardo. *Sociedades anónimas*. Ediciones Depalma. Buenos Aires 1988. Pag. 72.

adquisitivo de la moneda en la cual está expresado, el objetivo de protección a los terceros más se profundizaría si parte de ese capital, concretamente el suscrito, no pudiera efectivizarse.

En este punto, la presente ponencia plantea, atendiendo a la protección de los terceros que contratan con la sociedad y pueden ver frustrado su crédito frente a la insuficiencia patrimonial de la misma, la posibilidad de utilizar la acción subrogatoria a fin de ejercer el derecho de crédito que la sociedad tiene frente al socio suscriptor de capital. Es un derecho en beneficio del acreedor a efectos de conservar la garantía que podría volverse ilusoria, por negligencia de su deudor.

Quien debe exigir el cumplimiento del aporte es la sociedad. Pero como ya sostenía el Profesor Mezzera bajo la vigencia de las disposiciones del Código de Comercio de 1866, como último recurso, y en caso de que el acreedor social no pudiera cobrarse con los bienes sociales, podría solicitar se le subrogara en los derechos de la sociedad, que es su deudora, para accionar contra el socio omiso y exigirle la entrega de su aporte.¹¹

En el caso de las sociedades anónimas y tal como lo analizamos en la Introducción, la ley autoriza a que no se integre la totalidad del capital social en el acto de constitución de la sociedad, sino un porcentaje determinado. El contrato de sociedad crea un vínculo entre la sociedad y el accionista, en virtud del cual el suscriptor queda obligado a integrar el capital suscrito.

Por este saldo impago la sociedad dispone de un crédito contra los accionistas. Nuestra ley no establece un plazo para la integración de dicho capital, por lo que la fijación de dicho plazo puede surgir del acto constitutivo, o posteriormente, por resolución de la Asamblea, o en su defecto, por el directorio o el administrador.

Aunque nada impide integrar el total del capital social en el momento de constitución de la sociedad, en la práctica es frecuente que la sociedad no necesite de la totalidad del mismo, cumpliendo estrictamente con el desembolso de los mínimos exigidos legalmente.

Pueden darse, por tanto, dos situaciones: a) que en el estatuto se

¹¹ Mezzera Alvarez, Rodolfo. Curso de Derecho Comercial. Tomo II Vol. I. FCU. Montevideo 1986. Pag. 57.

fije un plazo para cumplir con la obligación de suscribir, o se fije con posterioridad por los órganos societarios (obligación a plazo suspensivo cierto); o b) que el socio se obligue a aportar, sin haberse establecido un plazo determinado (obligación a plazo suspensivo incierto). Analizaremos el ejercicio de la acción subrogatoria para ambas hipótesis.

En el primer supuesto suponemos la existencia de un crédito exigible, vencido e incumplido. En caso de que la sociedad no ejecute los efectos de la mora contra los suscriptores incumplidores, el acreedor de la sociedad podrá iniciar la acción subrogatoria, debiendo acreditar los siguientes extremos: a) la insuficiencia patrimonial de la sociedad para garantizar su crédito, como resultado de un accionamiento judicial contra la sociedad o por lo que arrojen sus estados contables; b) el incumplimiento del socio de su obligación de aportar; c) la inactividad de la sociedad para reclamar dicho crédito. El acreedor, en ejercicio del derecho de la sociedad, podrá optar por la ejecución forzada con los intereses, más los daños y perjuicios, o por la rescisión de la suscripción con la pérdida de las cantidades abonadas a favor de la sociedad (artículo 318 LSC).

Más allá de la conveniencia económica del acreedor en optar por la rescisión de la suscripción (que en principio no la tiene), éste cuenta con la legitimación para solicitarlo. La acción de resolución es la que se otorga a “la parte a quién se ha faltado” (art. 1431). La legitimación activa corresponde al acreedor (la parte frente a quien se ha incumplido) sus herederos, al acreedor del acreedor (por acción subrogatoria, art 1295).....”¹²

En el segundo supuesto, cuando se constituyó la sociedad, el socio fundador asumió la obligación de integrar, pero no se especificó la fecha de su exigibilidad. De acuerdo al artículo 317, en ausencia de previsión contractual, es la sociedad a través de sus órganos quien debe fijar la fecha para poder exigir al suscriptor su derecho de crédito.

La solución en este caso parte de sostener que el derecho de

¹² Gamarra, Tratado de Derecho Civil Uruguayo. Tomo XVIII. Responsabilidad contractual (final), pag.9.

crédito que tiene la sociedad contra el socio que suscribió capital, comprende el derecho a fijar la fecha de exigibilidad para integrar dicho capital y posteriormente, el derecho a reclamarlo.

El acreedor social a través de la acción subrogatoria con el doble contenido mencionado ut supra, podrá solicitar al Juez, una vez acreditada la insuficiencia patrimonial de la sociedad para garantizar su crédito: a) fijar un plazo de cumplimiento de la obligación de suscribir; b) frente al incumplimiento del socio, en virtud de la mora automática prevista legalmente, optar por alguna de las sanciones del artículo 318 de la LSC.

Aún cuando la sociedad anónima fue pensada como un instrumento jurídico para desarrollar grandes emprendimientos empresariales, la realidad muestra que se ha convertido en una técnica organizativa de gran polivalencia, que se adopta para empresas más modestas, sirviendo a necesidades de la pequeña empresa, incluso de carácter familiar con participación de escasos socios. Esto determina, cuando la sociedad atraviesa por situaciones de dificultad económico-financiera, que los socios, frecuentemente soporte de los órganos sociales, no exijan los aportes de los cuales son deudores. ¿Qué interés puede tener la sociedad de reclamar las suscripciones, cuando éstas aumentarán el patrimonio de la sociedad, el que a la postre, será ejecutado por los acreedores sociales?.

La obligación es útil en la medida en que constituye un medio hábil para lograr la satisfacción del interés del acreedor. Cuando existen conflictos de intereses entre los órganos sociales y el accionista deudor, la sociedad acreedora (representada por los socios) no tiene interés en que se cumpla con la obligación. En esos casos debe protegerse a los acreedores frente a la inercia societaria de determinar el plazo y exigir el aporte adeudado, postergándose indefinidamente su cumplimiento.