

EL REGIMEN SOCIETARIO: LIBERTAD BAJO RESPONSABILIDAD**Efraín Hugo Richard**

Resumen: En mirada retrospectiva y actual queremos reafirmar principios de autonomía de la voluntad en la configuración y funcionalidad de las sociedades en cuanto no perjudiquen a terceros.

Palabras claves: persona jurídica – patrimonio social - responsabilidad

Abstract: From a retrospective and current point of view, we want to reaffirm the principles of autonomy of will in the configuration and functionality of corporations as long as they do not harm third parties.

Key words: legal person - social capital – responsibility

I – TREINTA AÑOS NO ES NADA.

Hace treinta años, cuando junto a Héctor Cámara y Pedro Frías tramábamos la creación de un Instituto de Derecho Comercial en el seno de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, el mundo académico del derecho privado estaba absorbido en la discusión y análisis de la unificación de las obligaciones civiles y comerciales, en el dictado de un nuevo Código Civil y Comercial unificado.

La Universidad Nacional de Tucumán nos reunió en unas Jornadas memorables y junto al tucumano López de Zavalía se nos honró para integrar el panel de cierre junto a todos los integrantes de la Comisión de Reformas que ya había presentado su despacho.¹

Ese acontecimiento nos llevó a pensar más que en un Instituto de Derecho Comercial o Mercantil, en referirnos a la empresa, pues el proyecto parecía personificar difusamente esa organización. Además nos permitía pensar en un horizonte más amplio: el derecho laboral, la organización y las relaciones de consumo, el derecho de las relaciones de organización...² Y cundió, y así nació esta Institución que perdura y se desarrolla, incluso con impronta internacional, como lo acredita el último número que hemos editado de ESTUDIOS DE DERECHO EMPRESARIO, vinculado al Instituto Iberoamericano de Derecho Concursal, con sede en México, donde publicaremos también este ensayo. A su vez nos encontramos vinculados al Departamento de Derecho Comercial de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Córdoba, uniendo esfuerzos bajo un bautismo nominal que debemos a una ex Decano de esa Facultad y actual Secretaria de la Academia, la Prof. Dra. Marcela Aspell: “ustedes constituyen la Escuela Comercialista de Córdoba y sus amigos...”

¹ “Persona jurídica, empresa, sociedad y contratos asociativos en la unificación del derecho privado” en “1a. Conferencia Internacional sobre la unificación del derecho privado argentino”, San Miguel de Tucumán octubre 1987.

² Así escribíamos o disertábamos: “INOPONIBILIDAD DE LA PERSONALIDAD JURIDICA en V Reunión de Academias, Anales de la Academia año 1986. “LA RIFORMA DEL DIRITTO SOCIETARIO IN ARGENTINA en RIVISTA DELLA SOCIETA, Milán, Anno 30 - 1985 - Fascicolo 1 Pág.309 y ss. cfme. Giurisprudenza Commerciale Set. Oct. 1986 Pág. 663. “Responsabilidad agravada de los accionistas” en Comisión II del IV Congreso de Derecho Societario, Mendoza 1986- “EFECTOS SOCIETARIOS DE LA INSOLVENCIA en Anales de la Academia Pág. 161 a 182 año 1987. “El nuevo derecho comercial argentino” en Revista Notarial del Colegio de Escribanos de Córdoba, 1987-2 N° 54 pág. 95 a 114. “El nuevo marco de los contratos de colaboración empresaria” en Comisión I del IV Congreso de Derecho Societario, Mendoza 1986, y publicábamos nuestro libro *SOCIEDADES Y CONTRATOS ASOCIATIVOS*, Ed. Zavalía, Bs. Asires 1987.

II – POR ESO AHORA SOBRE VOLVEMOS SOBRE LA PERSONALIDAD JURÍDICA.

Las ideas han evolucionado, pero no se han alejado demasiado de las esbozadas hace 30 años. Libertad bajo responsabilidad, y es a lo que trataremos de referirnos ahora, disponiendo ya de una sistemática normativa concreta: el Código Civil y Comercial –CCC- vigente desde el 1° de agosto de 2015, con congruentes reformas a la ahora llamada Ley General de Sociedades –LGS-, que no es sino la Ley de Sociedades Comerciales de 1972 con algunos ajustes en el mismo sentido. Claro que el tema de la personalidad se ha normado más integralmente y es nuestra misión formalizar una interpretación integrada de esas normas jurídicas, incluso las constitucionales, conforme manda el art. 2 CCC, y en ello incursionaremos.

Algo apuntamos en “Responsabilidad de la persona jurídica. En los Códigos de 1871 y en el del 2014”³, y luego lo consolidamos centrándonos más en la responsabilidad de sus miembros en “PERSONALIDAD JURIDICA Y RESPONSABILIDAD DE SUS MIEMBROS”⁴, tema más urticante, vinculado indisolublemente a la insolvencia societaria y a la ley 24.522 de Concursos y Quiebras -adelante LCQ-.

Acabamos de presentar nuestro aporte a la investigación a presentar en el Congreso Iberoamericano de Derecho Concursal a realizarse en Noviembre de 2018 en Málaga⁵, sobre la responsabilidad de administradores, pero ahora intentaremos referirnos también a la responsabilidad de sus propietarios, en particular de los socios de una sociedad, la especie más común de las personas jurídicas privadas.

El tema de la responsabilidad de la persona jurídica por falta de voluntad directa, debe complementarse, en el supuesto de patrimonio insuficiente, con la posibilidad de ejercer acciones de responsabilidad contra terceros –miembros o representantes-, y ello impone referirse

³ Publicado en *Problemática actual de la responsabilidad civil – II*, Ed. Rubinzal-Culzoni, “Revista de Derecho de Daños” 2014-2, Santa Fe, 30 de septiembre de 2014, págs. 39 a 80, generado a instancias de Jorge Mosset Iturraspe.

⁴ Publicado en “Revista del Código Civil y Comercial”, mensual de editorial La Ley, primera sección “En Debate”, tema específico “Personas Jurídicas” desde la perspectiva del nuevo Código Civil y Comercial, Co Director Pablo Heredia, año IV número 4 mayo 2018 página 67 a 107, Buenos Aires.

⁵ “Crisis de sociedades y responsabilidad de administradores, por lo menos en el derecho argentino” *Síntesis*: La responsabilidad de administradores de sociedades en relación a sus deberes de lealtad y diligencia esta sujeta a un juicio de razonabilidad al tiempo de sus acciones u omisiones, pero en caso de crisis económico patrimonial la legislación societaria contiene suficientes normas de resguardo a terceros para imponer conductas para que el activo del patrimonio social y los flujos de fondos permitan atender las obligaciones contraídas, generando responsabilidad a los administradores por acción u omisión ante la insuficiencia patrimonial. Por ello son inaplicables normalmente a las sociedades criterios que intentan justificar que los acreedores soporten las pérdidas –en vez de los socios- a través de quitas amparados en que la liquidación de la sociedad daría un resultado menor que la porción que se ofrece en un acuerdo (the best interest of creditors) que es correcta para el caso del concurso de una persona humana pero ilógico en el caso de una sociedad donde, en tal caso, debe pensarse en acciones de responsabilidad por el deficit concursal de administradores cuando no de socios de control. SUMARIO: Objetivo. I – LA RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES FRENTE A LA SOCIEDAD Y LOS SOCIOS. II – RESPONSABILIDAD FRENTE A LOS ACREEDORES. 1. Introducción. 2. Las normas imperativas o indisponibles. 3. Inoponibilidad. 4. Capitalización o liquidación. 5. Viabilidad económica. 6. Responsabilidad. III - ALGUNAS MEDITACIONES EN TORNO AL DÉFICIT PATRIMONIAL Y RESPONSABILIDAD. 1. La acción individual de responsabilidad. 2. Un fallo. 3. ¿Daño directo? 4. Responsabilidad del administrador de la controlante. Acciones derivadas. 5. Acuerdo homologado y acciones de responsabilidad. III – CONCLUSIONES. Expresamos así nuestra opinión en relación a la temática central de la investigación colectiva sobre “INCUMPLIMIENTO DE LOS DEBERES DE DILIGENCIA Y LEALTAD DE LOS ADMINISTRADORES SOCIETARIOS COMO PRESUPUESTO PARA EL EJERCICIO DE ACCIONES DE RESPONSABILIDAD EN SUPUESTOS DE INSOLVENCIA DE LAS SOCIEDADES DE CAPITAL” -convocados por la experta dirección de Ana Belén CAMPUZANO LAGUILLO y Juan Carlos RODRÍGUEZ MASEDA-. A su vez, para el mismo Congreso presentamos una investigación colectiva sobre “CRISIS Y PLAN DE EMPRESA” junto a Alicia FERRER MONTENEGRO y la Coordinación General de María del Carmen BIMA.

particularmente a la personalidad jurídica y las relaciones de organización⁶, por cuanto ante la autonomía de la voluntad para organizar actividades imputables a personas jurídicas y determinar el patrimonio de la misma –una vez cubierto el mínimo en el caso que se exija-, esta técnica contiene previsiones o normas imperativas para evitar la generación de daños a terceros y al mercado atento la separación patrimonial, particularmente en orden a la consistencia patrimonial, conforme su “función de garantía”, y la posible extensión de responsabilidad a administradores, partícipes y otros terceros, que no es otra cosa que el abuso del medio técnico personificado.

Ello lo remedia el descorrimiento del velo de la personalidad para extender responsabilidad, y también verificar las vías para hacerlo en caso de patrimonio insuficiente de la persona jurídica.

Refiriéndonos a responsabilidad atenderemos a los *presupuestos* de la responsabilidad de las personas jurídicas que, genéricamente, son los tradicionales a aquellos que asume la persona humana, afrontados por la teoría general de la responsabilidad civil: a) La autoría, o sea conductas u omisiones reprochables, imputables por culpa o dolo (factor de atribución), y antijurídicas; b) El daño que debe ser cierto, por oposición a eventual o conjetura, actual y subsistente, o sea que el daño que se reclame debe ser un detrimento patrimonial cierto y no meramente conjetural; c) Relación causal entre la conducta imputable y el daño efectivo, generando la consideración de la “causa adecuada”, imponiendo que el juez se retrotraiga mentalmente hasta el momento de la acción u omisión, para formular así el juicio acerca de si ese obrar era o no idóneo para la producción del daño, y determinar si es imputable.

III – EL NUEVO SISTEMA NORMATIVO.

Para abordar en forma genérica a esa problemática parece conveniente avizorar las reformas sobre los mismos y relaciones vinculadas, introducidos por el CCC y LGS, tratando de revisar la coherencia del sistema. Intentemos visualizar ese plan o método:

1. Es base de la reforma una renovada normativa en torno a *Persona jurídica* (CCC arts. 142 y ss.) y *Contratos asociativos* en CCC (Cap.16 art. 1442 y ss.), y una unificación de las sociedades en la Ley General de sociedades (LGS), excluyendo la sociedad civil del CCC, a la que luego se agregó la Sociedad por acciones Simplificada –SAS- conforme ley normada por la Ley de Apoyo al Capital Emprendedor n° 27349⁷.
2. Elimina la noción de “acto de comercio” como base de la estructura del derogado Código de Comercio o de la materia comercial, para basarla en la idea de organización incluso para el consumo, en una suerte de capitalismo productivo, y bajo la concepción de “empresa” como actividad –art. 320 CCC-.
3. Pueden reconocerse “relaciones o negocios de organización”⁸. Además de regularse las relaciones de consumo y los contratos de organización para el consumo, aparecen las típicas relaciones asociativas no personificadas (contratos asociativos) y personificados (personas jurídicas privadas). Relaciones donde el advenimiento del contrato o relación del negocio es causa fin y donde existe una misma finalidad común.

⁶ *Las relaciones de organización – El sistema jurídico del derecho privado*, Edición de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, 2° Ed. Advocatus, Córdoba 2002.

⁷ “LA LLAMADA FUNCIÓN DE GARANTÍA DEL CAPITAL SOCIAL EN LA SOCIEDAD POR ACCIONES SIMPLIFICADA”, Publicado en el libro colectivo del INSTITUTO ARGENTINO DE DERECHO COMERCIAL, Buenos Aires 2018, bajo la Dirección de Martín ARECHA y Laura FILIPPI.

⁸ *LAS RELACIONES DE ORGANIZACIÓN. El sistema jurídico del derecho privado*. 2ª edición corregida, citada.

4. Refuerza el CCC la estructura de las personas jurídicas privadas, conformando una verdadera institución jurídica, pues no pueden desaparecer sin liquidarse en resguardo de terceros, y que no se alteran por participar el Estado. Las personas jurídicas se perfilan como una técnica jurídica de organización reconocida por cada sistema normativo. Así no se otorga personalidad al fideicomiso, pese a otorgársele una especial forma de liquidación en ciertos supuestos⁹, y en la antípoda se considera persona jurídica al consorcio con especiales connotaciones.

5. Unifica en la LGS- lo que era la LS para el Código de Comercio derogado, todas las sociedades personas jurídicas privadas, incluyendo así a la sociedad civil. De ninguna forma igualando la idea de sociedad y empresa, aquella una técnica de organización jurídico patrimonial, y ésta una actividad organizada –aunque sea para administrar cartera como señala el art. 31 LGS-. No afecta a ello la regulación de la sociedad por acciones simplificada creando un nuevo tipo societario¹⁰, ni el mantenimiento de formas específicas societarias en los Códigos de Minería y Navegación.

6. Fija claramente la noción de sociedad en sentido estricto, distinguiéndola de sociedad anómala o en sentido amplio como era la pseudo sociedad accidental, que no constituye persona jurídica pues no genera un patrimonio individualizable por terceros. La relación societaria se centra en el reparto de ganancias y soportación de pérdidas –art. 1° LGS, lo que no puede ser alterado mediante el concurso de la sociedad –art. 52 ap. 4 Ley 24522 (LCQ) y arts. 10 y 12 CCC-.

7. Fuera de la LGS, en el CCC se agrupan 4 contratos de colaboración empresaria y se reafirma la posibilidad de creación de otras relaciones de colaboración. Los *Fundamentos* de esa incorporación al CCC, son significativos, y subrayable la crítica que: *“...hay una persistencia del modelo societario que hace que, con demasiada frecuencia, se los confunda y se los termine calificando como sociedad, con los perjuicios que ello genera. La conjunción entre la presunción de existencia de sociedad, personalidad jurídica y tipicidad legal, en el contexto económico actual, se muestra insuficiente y agrietado. Las actividades en común, informales, transitorias, quedan encorsetadas en la hermeticidad conceptual de este modelo de sociedad-persona jurídica-típica.... La colaboración asociativa, como la societaria, presenta comunidad de fines, de modo que las partes actúan en un plano de coordinación y compartiendo el interés, lo que la diferencia claramente de la colaboración basada en la gestión. A diferencia de la sociedad, se trata de una integración parcial y no total, ya que no existe disolución de la individualidad, ni creación de una persona jurídica. El contrato asociativo es un vínculo de colaboración, plurilateral o de participación, con comunidad de fines, que no es sociedad”*. Pedagógico y realista.

Conforme a ello, llevó al CCC un tipo básico de las relaciones de organización como lo son los contratos asociativos, incluyendo el negocio en participación que estaba en la parte final de la LS, los contratos de colaboración empresaria (Agrupamiento de colaboración –AC- y Unión Transitoria de Empresas –UT-), agregando el consorcio de cooperación –Consortio-, pero al mismo tiempo reconociendo la posibilidad de organizarse bajo nuevas formas de contratos asociativos y, a nuestro entender, permitiendo que cónyuges puedan generarlos pese a la norma del art. 1002 inc. d. CCC. Deja afuera la aparcería y explotación tambora,

⁹ Art. 1687 CCC.

¹⁰ Sociedad por acciones simplificada, creada por Ley 27349 de Emprendedores y apoyo al capital emprendedor.

llamados asociativos pero bilaterales, y donde las partes no tienen la misma posición e interés.

8. Desaparecen del art. 30 LGS las limitaciones para que las sociedades por acciones puedan formalizar contratos de colaboración, no existiendo ahora dudas de su vinculación a negocios de participación, en una nueva redacción del mismo. Se removió la posibilidad de realizar por sociedades por acciones negocios en participación, patrimonios afectados, joint venture no sólo con la eliminación de la expresión “sociedad accidental”, sino modificando el art. 30 LGS, eliminando la supuesta y equívoca incapacidad (prohibición) en una incorrecta interpretación de esa norma, de todas formas, hoy alejada por la redacción del mismo en LGS con específico sentido permisivo: “Sociedad socia. *Las sociedades anónimas y en comandita por acciones solo pueden formar parte de sociedades por acciones y de responsabilidad limitada. Podrán ser parte de cualquier contrato asociativo*”.

Así la nueva regulación de los contratos de colaboración, de organización o de finalidad común –asociativos- no están limitadas, cualquiera sea la interpretación, por la remoción expresa de la norma, sino por una solución expresamente permisiva. Nos bastaba determinar el carácter restrictivo con el que debe interpretarse toda prohibición o incapacidad, que –como se ha señalado- “*created many unnecessary difficulties to all business activities*”¹¹. En similar sentido se reguló en el art. 1531 CCC una modalidad especial del mutuo, que debería tenerse en cuenta en el endeudamiento soberano, que es el préstamo participativo.

9. Reforzó la idea de autonomía de la voluntad bajo responsabilidad, pese al aparente debilitamiento de ella por la mancomunación en el texto del CCC, necesario en LGS para absorber la sociedad civil, con las normas sobre persona jurídica del CCC y el art. 100 LGS sobre su viabilidad, reforzando la función de garantía del capital social¹², con la patrimonialización de la persona jurídica privada, particularmente de la sociedad, a través de normas del CCC –art. 167- y de la LGS. A su vez conectando la función de garantía del capital social o el patrimonio suficiente para el cumplimiento del objeto con las previsiones sobre abuso de derecho y fraude a la ley, en caso de concurso, y también con las normas preventivas disuasivas del sistema general de responsabilidad (arts. 1710 y ss. CCC). El daño

¹¹ CASTRO VIERA, Daniel G. “Business Association in Argentina. A critique of de Status Quo and Prospects for the future” pág. 189 y ss., en particular p. 190 en *Report of the 1995 COLLOQUIUM de la International Association of Legal Science*, publicación de la Universidad Argentina de la Empresa, Buenos Aires 1999.

¹² RICHARD, Efraín Hugo “Remoción de causales disolutorias y responsabilidad de administradores (y socios) de sociedades: la función de garantía del capital social”, en *Cuestiones Mercantiles en el Código Civil y Comercial de la Nación*, Ed. Fundación para la Investigación y Desarrollo de las Ciencias Jurídicas, Buenos Aires abril 2016, pág. 279. Esteban Carbonell O’Brien (Perú), Israel Creimer (Uruguay), German Monroy Alarcón (Colombia) y Efraín Hugo Richard (Argentina) Codirectores; y José Pajares y Jesús Quijano Gonzales (España), Claudia Celmira Quintero y Romeo Pedroza Garcés (Colombia), Teresita Rodríguez Mascardi y Alicia Ferrer (Uruguay) investigación “*La Causal de la Disolución de la Sociedad por pérdida del Capital Social y la Convergencia en este aspecto con la Legislación Concursal y Societaria*”. Una apreciación comparatista entre las legislaciones: colombiana, peruana, uruguaya, argentina y española” RDCO N° 277, Marzo/abril 2016, pág. 399, y *Crisis patrimoniales de las sociedades mercantiles: la causal de disolución de la sociedad por pérdida del capital social y la convergencia en este aspecto con las legislaciones colombiana, peruana, uruguaya, argentina y Española*, en *Ensayos de Derecho Empresario Escuela Comercialista de Córdoba y sus proyecciones* (ISSN 2346-9404, Volumen Especial n° 10 Revista Infomática del Instituto Iberoamericano de Derecho Concursal.

generado culposa o dolosamente –por acción u omisión- no puede ser tolerado cualquiera sea el régimen de responsabilidad de los socios.¹³

10. Eliminó efectos sancionatorios respecto las llamadas sociedades irregulares y de hecho con la modificación de los arts. 21 a 26 LGS, que podrán tener diversas lecturas pero que llevan a asegurar su personalidad jurídica plena, resguardando a terceros, con permanencia de la persona jurídica a través de diversos procedimientos, como forma de tutelar la empresa (como actividad u objeto social), incluso introduciendo una sociedad de libre organización, sistema que no ha generado los problemas que primeros comentarios vaticinaban.

11. El art. 1º de la LGS autoriza sociedades generadas por declaración unilateral de voluntad, y elimina efectos sancionatorios de sociedades constituidas con defectos substanciales y formales, facilitando la continuidad de las empresas viables y socialmente útiles (art. 100 LGS). Correctamente se autoriza el fraccionamiento patrimonial a través de la llamada constitución de sociedad por declaración unilateral de voluntad, ya existente en la escisión, conforme al mensaje que produjo la Comisión y que sirve para interpretar las normas, pese a que en el caso no podrá ser usado por la alteración total introducida por el P.E. y luego en el Senado de las soluciones previstas. El nuevo régimen dará lugar a diversas interpretaciones y a la continuidad de las prácticas actuales de simulación lícita, no obstante, la modificación introducida eliminando la originaria constitución plural del órgano de administración y fiscalización. Posteriormente otra ley receptó la sociedad por acciones simplificada generando una revolución del sistema societario. El sistema de sociedad por acciones simplificada se enrola en esos criterios novedosos expuestos por la Comisión en los fundamentos del CCC.

12. Introdujo normas básicas sobre el negocio por mayoría o acto colegial colectivo, aceptando al regular las personas jurídicas la autoconvocatoria, receptando el modelo de la llamada asamblea universal, y la solución al bloqueo de decisiones.¹⁴

13. Receptó para todas las personas jurídicas el llamado sistema de “la inoponibilidad de la personalidad jurídica” en el art. 144 CCC, que no altera la exclusión del CCC de la regulación de la responsabilidad del Estado, pero permite el accionar contra la actividad ilícita de funcionarios de alta responsabilidad, incluso por el propio Estado.

14. Manteniendo el sistema sancionatorio a las personas jurídicas por actividad ilícita, art. 19 LGS, se anticipa a la legislación del derecho comparado y nacional sobre responsabilidad penal de las personas jurídicas, incluso sobre los proyectos de extinción de dominio por enriquecimientos ilícitos, si bien limitado a las sociedades, pero que puede trascender a sus controlantes conforme el art. 54 in fine LGS y el nuevo art. 144 CCC.

15. El CCC ha asegurado la vigencia de las normas imperativas de la LGS, conforme a su art. 150 ap. a) que se integran “en su defecto” con las normas imperativas del mismo CCC, calificando el sistema anticipado por el art. 2 del mismo. Esto implica asegurar que la ley de concursos no es una isla, y que a través de ella no pueden afectarse los principios basilares del derecho de sociedades que pone el riesgo de la actividad en cabeza de los socios y

¹³ “La Responsabilidad Mancomunada en la Ley General de Sociedades” en libro colectivo *Institutos del Derecho Comercial a la luz del Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación*, publicación del Instituto Argentino de Derecho Comercial, Ediciones D&D, Buenos Aires septiembre de 2016, páginas 69.

¹⁴ Art. 161 CCC sobre “Obstáculos que impidan adoptar decisiones”.

administradores, conforme la previsión del art. 99 LGS integrado, en el alcance de a que socios se refiere la responsabilidad, con la norma del art. 167 in fine CCC. 15

16. A su vez precisas normas sobre abuso de derecho –art. 10 CCC- y fraude a la ley –art. 12 CCC, condicionan e integran el obligatorio análisis judicial para la homologación de una propuesta de acuerdo apoyada por la mayoría verificada y declarada admisible, conforme la disposición del art. 52 ap. IV LCQ disponiendo como manda al Juez que “en ningún caso” homologará una propuesta o acuerdo en abuso de derecho y fraude a la ley.¹⁶

17. El art. 100 LGS. impuso la idea de expresar la viabilidad económica y social de la actividad de la sociedad si se había comprobado la existencia de una causal de disolución, lo que normalmente se produce cuando una sociedad se concursa o existe patrimonio neto negativo o una imposibilidad patrimonial económica de continuar el giro normalmente (ambas causales de disolución conforme los ap. 5 y 4 del art. 94 LGS, que pueden ser removidas conforme las opciones imperativas del art. 96 LGS). En ese plan vemos reflejada la visión que sosteníamos cuando se creó el Instituto y poco después cuando enfrentábamos los cambios en la ley de concursos.¹⁷

En esta visión queda en claro el principio básico en las relaciones de organización de “libertad bajo responsabilidad”. O sea, la posibilidad de moldear sociedades, determinar su patrimonio y asegurar su funcionalidad sin generar daño a terceros. Y sobre ello nos explayaremos.

IV – PERSONALIDAD JURÍDICA.

Antes de apuntar a esa responsabilidad, es pertinente referirse a la estructura técnico normativa de la persona jurídica.

¹⁵ “¿UN DERECHO SOCIETARIO DE CRISIS?”, Publicado en *Doctrina Societaria y Concursal*, agosto 2018, Año XXXII, Ed. Errepar, Buenos Aires 2018, tomo XXX pág. 731. El art. 150 del Código Civil y Comercial, vigente desde el 1 de agosto de 2015, ha venido en ratificar nuestro criterio sobre la preeminencia de las normas contenidas en la ley de sociedades (de carácter imperativo por proteger a la sociedad y a los terceros), por sobre las previsiones de la ley de concursos, que deben ser integradas sin alterar aquella primacia. Esto importa en pensar en un Derecho Societario de crisis, preconcursal y concursal.

¹⁶ “La sociedad y los fraudes societarios”, publicado en *El Derecho*, Buenos Aires, jueves 15 de septiembre de 2016. Año LIV, ED 269- SUMARIO: DELIMITACIÓN TEMÁTICA. I – INTRODUCCIÓN. II – METODOLOGÍA. IMPERATIVIDAD DE NORMAS SOCIETARIAS. 1. IMPERATIVIDAD NORMATIVA. 2. CRISIS SOCIETARIAS. 3. LA TEMPESTIVIDAD. 4. PRIORIDAD NORMATIVA. III – EL FRAUDE A LA LEY SOCIETARIA EN PROPUESTAS DE QUITA EN CONCURSO DE SOCIEDADES. 1. SOCIEDAD Y CONCURSO. 2. PLAN DE NEGOCIOS. 3. LA PÉRDIDA DE LA PRENDA COMÚN DE LOS ACREEDORES. 4. CAUSAL DE DISOLUCIÓN Y ETAPA DE LIQUIDACIÓN. 5. LA JUDICATURA ANTE PROPUESTAS DE QUITA EN CONCURSO DE SOCIEDADES. 6. HOMOLOGACIÓN DE ACUERDO CONCURSAL. IV – MEDITANDO SOBRE EL APUBOS O FRAUDE A LA LEY SOCIETARIA POR QUITAS CONCURSALES. 1. EL ESFUERZO COMPARTIDO. 2. CONCLUYENDO Y MEDITANDO; y “LA ENSEÑANZA Y LA INVESTIGACIÓN DEL DERECHO SOCIETARIO DE CRISIS” Publicado en *Anuario XV (2013-2014)* del Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba, pág. 351, editado en Córdoba diciembre 2015, Resumen: La enseñanza centrada en las normas de las leyes 19.550 y 24.522, dificulta una visión sistémico constructivista sobre las crisis de sociedades. La ley de sociedades contiene adecuadas normas imperativas para limitar esas crisis. Posteriores juicios concursales omiten, normalmente, toda referencia a esas normas ley incumplidas. La investigación también esta alejada de una visión integral de la crisis de las personas jurídicas societarias.

¹⁷ “En torno a responsabilidad y concurso. Un “embrión” de proyecto”, en *DE LA INSOLVENCIA*, 3 tomos, libros In Memoriam de Héctor Cámara y Francisco Quintana Ferreyra, Editorial Advocatus, Córdoba 2000, con las comunicaciones al II Congreso Iberoamericano de la Insolvencia, Tomo III pág. 313, comentando un proyecto de 1994. “Cuestiones a resolver por la reforma al régimen de concursos” en *Doctrina Societaria*, marzo 1995, tomo VI p. 852, Ed. Errepar Buenos Aires 1995, correspondiendo a la versión taquigráfica de nuestra exposición como relator en las Jornadas de Junín octubre 1994, en la Comisión “Reforma a la ley de concursos”.

El Derecho es un sistema normativo que se aplica a relaciones sociales; a relaciones intersubjetivas. Elemento fundamental de esas relaciones es el elemento subjetivo pues son relaciones entre dos o más personas, de forma que la Persona es el componente fundamental de la relación jurídica. Pero las relaciones jurídicas pueden existir, también, entre personas que no son humanas, sino que son personas “*jurídicas*”; entidades o creaciones del Derecho -reconocidas legalmente, aunque creadas por humanos-. Las personas jurídicas intervienen en todo tipo de relaciones jurídicas -con alguna excepción, como las propias del Derecho de Familia-, interviniendo tanto en las relaciones jurídicas de Derecho *público*, como en las de Derecho *privado*. Así lo reflejaba nuestro Código civil en su redacción original de 1871 en el art. 30 y subsiguientes, iniciando el Libro Primero expresando que “*son personas todos los entes susceptibles de adquirir derechos y contraer obligaciones*”. Ahora lo hace el Código Civil y Comercial –en adelante CCC desde el art. 141.

Una postura lógica, frente a este fenómeno, sería la de comenzar el estudio del Derecho civil, por el estudio del “*Derecho de la Persona*”, el cual parece embebido dentro de *otros sectores*, como son el Derecho de Familia o el Patrimonio, lo cual conduce a una “*desautonomización*” del concepto de la “Persona”.

Se advirtió que la persona jurídica era una construcción artificial y ficticia afirmada a partir de una decisión política del Estado, es decir, un sujeto creado artificialmente capaz de tener un patrimonio, incapaz de querer y obrar, para lo cual necesita representante, definiendo la persona jurídica como “*una creación del derecho, fundada en la realidad social, en virtud del cual grupos humanos organizados, en razón de sus fines, se encuentran investidos de personalidad*”¹⁸, que no tiene otro objetivo que es determinar los límites del marco normativo, bien distinto en cada país¹⁹.

La equivocidad del término persona y más precisamente de la expresión persona jurídica y/o persona moral ha traído aparejado en el ámbito del derecho un debate que aún hoy se mantiene con rigor como explica autorizada doctrina²⁰. Nos hemos ocupado de la cuestión²¹.

1. Persona jurídica.

El concepto de persona tiene su origen en las lenguas clásicas: en latín, el sustantivo “*persona, -ae*” surgió del verbo “*persono, -as, -are*”, que significaba sonar mucho o resonar; derivado del griego *Προσωπον*, utilizado para designar la máscara de los actores. Viene a cuento que luego se aplicó a los actores de la vida social y jurídica, a hombres, como sujetos de derecho, y desde lo jurídico, “*persona*” es todo ser capaz de derechos y obligaciones; capaz de devenir sujeto, activo o pasivo, de relaciones

¹⁸ FERRARA, Francisco *Teoría de las personas jurídicas*, Reus, Madrid, 1929, pág. 313.

¹⁹ JUNYENT BAS, Francisco A. – RICHARD, Efraín Hugo “ARISTAS SOBRE LA INOPONIBILIDAD DE LA PERSONALIDAD SOCIETARIA (y la responsabilidad de administradores societarios)” en el libro colectivo “Temas de Derecho societario vivo” de AAVV, Edición de la Fundación para la Investigación y Desarrollo de las Ciencias Jurídicas, Buenos Aires 2007, pág. 105 y ss.

²⁰ DE CASTRO Y BRAVO, Federico *La persona jurídica*, 2da. edición, Civitas, Madrid, 1994, pags.138/141; GALGANO, Francesco, *Società per azione*, Bologna, 1986, p. 22 y ss.; ASCARELI, Tullio, “Personalità giuridica e problemi delle società”, en *Rivista delle Società*, año 1957; COLOMBRES, Gervasio, *Curso de Derecho Societario*, Abeledo Perrot, 1972, pag. 53; OTAEGUI, Julio César en su disertación recibida en el libro colectivo *Anomalías societarias*, Advocatus, Córdoba, p. 106.

²¹ “PERSONA JURIDICA Y TIPICIDAD. Ponencia a las Jornadas Nacionales sobre la Unificación de las Obligaciones Civiles y Comerciales, Buenos Aires 4/5 de diciembre de 1986, - “Persona jurídica, empresa, sociedad y contratos asociativos en la unificación del derecho privado” en “1a. Conferencia Internacional sobre la unificación del derecho privado argentino”, San Miguel de Tucumán octubre 1987 “PERSONALIDAD DE LAS SOCIEDADES CIVILES Y COMERCIALES, TIPICIDAD E INOPONIBILIDAD DE LA PERSONALIDAD JURIDICA COMO EXTENSION DE LA RESPONSABILIDAD DE SOCIOS O CONTROLANTES, EN EL DERECHO ARGENTINO, en Rev. de Derecho Mercantil, Nos. 193-194, Madrid 1989; “LA PERSONA JURIDICA EN LA EVOLUCION CONTEMPORANEA en Separata de Anales de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, tomo XXV Pág. 81 y ss.. Otros pueden verse en la página electrónica de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba www.acaderc.org.ar

jurídicas, equivalente a de “*sujeto de derecho*”, entendido este término en sentido abstracto, pues no sólo es sujeto de derechos sino también de obligaciones; de deberes y de responsabilidades²².

Sobre el particular explicitamos que existen dos términos estrechamente relacionados, que frecuentemente se emplean como sinónimos, aunque en realidad no lo son: el concepto “*Persona*” y el concepto “*Personalidad*”: “*persona*” es todo ser capaz de adquirir derechos y obligaciones, en cambio “*personalidad*” designa una aptitud para ser sujeto, activo o pasivo, de relaciones jurídicas: se “*es*” persona, se “*tiene*” Personalidad²³. Entonces parte del problema queda solucionado. Solo es persona el *Ser humano*, aunque personalidad pueden tenerla -porque el Ordenamiento se la reconozca- esas *ciertas colectividades por él creadas*.

2. Las relaciones de organización.

El catedrático español De Castro y Bravo²⁴ advierte la existencia de un sustrato fáctico concreto de la persona jurídica, observando que esta noción tiene una raíz más profunda que se funda en las organizaciones que se distinguen de los hombres que las constituyen y que las rigen, con un fin distinto al de los asociados y administradores que las integran.

De acuerdo con el Diccionario de la Real Academia “*organización*” significa la “*acción y efecto de organizar u organizarse*”, “*conjunto de personas con los medios adecuados que funcionan para alcanzar un fin determinado*”. Y “*organizar*”: “*establecer o reformar algo, para lograr un fin, coordinando los medios y personas adecuados*” o bien “*disponer y preparar un conjunto de personas, con los medios adecuados para lograr un fin determinado*”, y así las normas que integran el Derecho de sociedades se muestran como reglas al servicio de una técnica de organización -o de “*organizaciones*”, predispuestas, a las que se accede por la autonomía de la voluntad cumpliendo sus requisitos, a lo que denominamos como *relaciones de organización personificadas*²⁵.

El sistema jurídico ha sido construido a través de normas pensadas originariamente para el acto jurídico bilateral y las relaciones de cambio. Dentro de ese sistema aparecieron desestructurada y aluvionalmente normas tendientes a dar soluciones a las relaciones de organización, y en ese momento reconociendo efectos incluso a la declaración unilateral de voluntad, incluso a través de peculios, dominio imperfecto, y más contemporáneamente otras modalidades de organización como la sociedad, fundaciones, patrimonios especiales y de afectación, leasing, buque, empresa, fideicomiso, fondos, de los que la realidad y la normativa que las reconoce en el derecho comparado da cuenta todos los días²⁶. De todas formas, el mapa de las personas jurídicas se amplía día a día a

²² CASTÁN TOBEÑAS, J.: *Derecho civil español. Común y Foral*, t. I, vol. 2º, edit. REUS, S.A., 12ª ed. revisada y puesta al día por J.L. De los Mozos, Madrid, p. 111.

²³ CASTÁN TOBEÑAS cit., t. I, vol. 2º, pág. 114 y ss.; “LA PERSONALIDAD JURÍDICA, EN EL DERECHO ESPAÑOL” [Texto de la Ponencia sobre Persona Jurídica, elaborada por el Comité de la Academia Gallega de Legislación y Jurisprudencia], publicado en el Libro del VII Congreso de Academias Jurídicas y Sociales de Iberoamérica y Filipinas, España, Ed. Real Academia Gallega de Jurisprudencia y Legislación, A Coruña 2012, a pág. 74; en todo caso, siempre hay que tener presente la distinción entre “*ser persona*” y “*tener personalidad*”; distinción que -entre otros aspectos- trae consigo una consecuencia importantísima: cuando menos, en el caso de las sociedades mercantiles y personas jurídicas de Derecho privado, la personalidad jurídica que se “*tiene*”, nunca es algo inmanente al ente de quien se predica..

²⁴ DE CASTRO y BRAVO, F. *Compendio de Derecho Civil. Introducción y Derecho de la Persona*, reimp. de la 5ª ed. actualizada, impr. R. GARCÍA BLANCO, Madrid, 1970, pág. 22.

²⁵ *Organización asociativa*, Ed. Zavalía Buenos Aires 1994, pág. 143; “LAS RELACIONES DE ORGANIZACIÓN Y EL SISTEMA DEL DERECHO PRIVADO PATRIMONIAL NEGOCIAL (una contribución para el debate)” en 1er. Congreso Internacional sobre “El Derecho Civil en Latinoamérica y Filipinas, concordancias y particularidades” (diciembre 2013, Málaga, Congreso Virtual).

²⁶ “La responsabilidad en el contrato de leasing y fideicomiso”, publicado en AAVV *Responsabilidad por daños en el tercer milenio – Homenaje al Profesor Doctor Atilio Aníbal Alterini*, 1997, Ed. Abeledo Perrot, pág. 561, directores Alberto Bueres y Aída Kemelmajer de Carlucci. Y nuestros *Organización Asociativa*, Ed. Zavalía; *Las relaciones de Organización – El sistema*

impulso de la realidad, al igual que las relaciones de organización en el terreno asociativo. No todas esas relaciones son personificadas, en nuestro sistema sólo son personas jurídicas las reconocidas por el legislador –art. 141 CCC-.

En las comunidades se ha dado lugar a la constitución de *organizaciones*, recurriendo a lo que ha sido descrito como una "técnica de organización unitaria de un patrimonio o de un grupo de personas, mediante el reconocimiento por el Ordenamiento positivo de la titularidad de derechos subjetivos, así como de obligaciones"²⁷; es decir: la separación patrimonial entre el ente y sus miembros; la autonomía de patrimonios: en definitiva, la Personalidad Jurídica, como algo distinto de la mera suma de los socios componentes de la sociedad²⁸.

La conceptualización sobre la persona jurídica es tema que requiere la adecuada comprensión de las relaciones de organización asociativas como género propio de la cooperación y colaboración y, dentro de ellas la tipicidad de la sociedad como persona jurídica.

Deben superarse los dogmatismos en torno a la naturaleza de la personalidad jurídica²⁹, relativizando las concepciones históricas en una nueva formulación de la ficción jurídica, que absorbe al realismo, poniendo el acento en la técnica de organización que asume cada legislación dejándola disponible a la autonomía privada conforme tipos elegibles de esa organización -asociación, sociedad, y dentro de estas los subtipos o tipología de segundo grado: sociedad colectiva, anónima, etc.-.

Nos centramos en la figura característica en el ámbito de las personas jurídicas privadas: la sociedad, como sustento de la empresa por la decisión de afrontar una organización de capital y trabajo, constituyendo un patrimonio autogestante con finalidad propia que permite predicar la existencia de personalidad. Al repasar los caracteres fundamentales de la persona jurídica se advierten aspectos propios, como son: a) la organización y, por ende, estructura y estatuto particular; b) su finalidad diferenciada; y c) la existencia de un patrimonio propio. La personificación se vincula a la modalidad de generar un centro de imputación de derechos para facilitar relaciones organizacionales.

El Derecho de sociedades -como una especie de Derecho "de corporaciones"- tiene por objeto regular gran parte de las *organizaciones* privadas, de carácter voluntario, basadas en la agrupación negocial de personas o la afectación finalista de patrimonios³⁰, y se señala que esa condición imputativa de organizaciones viene dado cuando las sociedades y fundaciones -patrimonios afectos a un fin- alcanzan personalidad jurídica; es decir: a partir del momento en que pasan a ser sujetos de Derecho,

jurídico del Derecho Privado (2ª ed.), Relaciones de organización – Sistema societario, y Relaciones de Organización – Sistema de contratos de colaboración, editados por la Academia Nacional de Derecho y Cs. Sociales de Córdoba.

²⁷ GUYON, Y.: *Droit des affaires*, t. I, Droit commercial général et Sociétés, edit. ECONOMICA, 8ª ed., Paris, 1994, p. 130; DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, M.: "La Personalidad jurídica del Comerciante Social", en *Estudios de Derecho mercantil. (La Empresa y el empresario - Constitución, modificación y extinción de sociedades mercantiles - Uniones de empresas y sociedades)*, t. I, EDITORIAL DE DERECHO FINANCIERO/EDITORIALES DE DERECHO REUNIDAS, 2ª ed., revisada, corregida y al día, Madrid, 1977, p. 167.

²⁸ GARRIGUES DÍAZ-CABAÑATE, Joaquín.: *Tratado de Derecho mercantil*, t. I, vol. 1º, Madrid, 1947, p. 456, quien señala que "la Sociedad no es la suma de los socios, sino algo que está por encima de ellos, rebasando su personalidad física".

²⁹ "NOTAS EN TORNO A PERSONALIDAD JURÍDICA", en Libro del VII Congreso de Academias Jurídicas y Sociales de Iberoamérica y Filipinas, España, Ed. Real Academia Gallega de Jurisprudencia y Legislación, A Coruña 2012, pág. 407,

³⁰ En una interesante monografía sobre los empresarios fundacionales, se señala que la personalidad jurídica de la fundación/empresa posee un carácter institucional, y se aclara esta afirmación señalándose que el substrato de este tipo de persona jurídica no esta formado por una agrupación de personas, sino por un "fin" a realizar. VALERO AGUNDEZ, U.: *La Fundación como forma de Empresa*, edit. SERVICIO DE PUBLICACIONES DE LA FACULTAD DE DERECHO DE LA UNIVERSIDAD DE VALLADOLID, Valladolid, 1969, p. 131.

y no meras relaciones intersubjetivas de origen contractual o negocial; cuando *pasan del vínculo, a la persona*.

El ente personificado por la ley está a disposición de la autonomía de la voluntad, que permite elegir la estructura personificada conveniente al negocio jurídico de duración y organizado a realizar, y cumpliendo los recaudos legales hacerla oponible a todos los terceros, acreedores individuales de los socios y de los terceros que se vinculen con el nuevo centro imputativo.

A su vez esta organización generando una persona jurídica impone la existencia de órganos. Los mismos se corresponden a cada tipo de persona jurídica –tipicidad de segundo grado- que se quiera constituir. En las sociedades distinguimos los necesarios órganos de gobierno o reunión de miembros, que se constituye con cierta periodicidad para tomar decisiones o recibir el estado patrimonial; de un órgano de administración, de actuación constante para atender las relaciones jurídicas de la persona jurídica, de un órgano de representación que exterioriza las decisiones del órgano de administración, y probables órganos de fiscalización para asegurar la legalidad del desenvolvimiento de la persona jurídica.

3. Personalidad

La personalidad jurídica permite establecer una “organización autónoma” con patrimonio propio y capacidad de gestión que se distingue de sus instituyentes estructurando un esquema de simplificación de relaciones y de impermeabilidad patrimonial, todo lo cual requiere estudiar sus antecedentes históricos.

Desde esta perspectiva, sostenemos³¹ que la idea de la personalidad jurídica se vincula a una modalidad de generar un centro de imputación de derechos para facilitar relaciones organizacionales.

Del apartamiento de esa funcionalidad pueden resultar efectos especiales.

El CCC y las reformas a la LGS superaron las diferencias de criterios confundiendo la sociedad persona jurídica de la mencionada meramente como “sociedad accidental” que era un mero contrato asociativo no personificado, confundiendo la expresión sociedad en sentido estricto de sociedad en sentido lato³².

La persona jurídica es un medio técnico instrumental, un procedimiento técnico, un expediente jurídico de unificación de derechos y deberes alrededor de un centro, con un presupuesto fáctico o material que se exterioriza en una cierta pluralidad subjetiva y en la configuración de un patrimonio independiente que con una organización social específica tiene una finalidad propia. Tiene como soporte la noción de patrimonio propio.

La Sección 3ª y ya referida a la Persona jurídica Privada, el Parágrafo 1º sobre Atributos y efectos de la personalidad jurídica, en su art. 154 determina imperativamente “Patrimonio. *La persona jurídica debe tener un patrimonio. La persona jurídica en formación puede inscribir preventivamente a su nombre los bienes registrables*”. Correlativamente en el Título 3 “Bienes”, su capítulo 2 destinado a la “Función de garantía” en su art. 242 regla “Garantía común. Todos los bienes del

³¹RICHARD, Efraín Hugo – MUIÑO, Orlando Manuel, Derecho Societario, Astrea, Bs. As. 1999, pág. 20. “En torno al concepto moderno de sociedad” en Anuario de Derecho Comercial, Ed. Fundación de cultura universitaria, Uruguay, tomo 6, diciembre de 1993, pág. 75 a 90; “En torno al subsistema societario”. tomo 2 pág. 417. Ponencias al II Congreso Iberoamericano de Derecho Societario; “En torno a la personalidad societaria”, en Primer Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa, Huerta Grande octubre de 1992, Actas tomo I Pág. 190.

³² *Organización Asociativa*, cit.

deudor están afectados al cumplimiento de sus obligaciones y constituyen la garantía común de sus acreedores, ...”.

La base de la existencia autónoma de una persona jurídica es el patrimonio para imputarle directamente derechos y obligaciones generados por la representación orgánica.

El patrimonio de las sociedades es la prenda común de los acreedores. La personificación de las sociedades es una técnica de simplificación por centralización de todas sus relaciones jurídicas. La personalidad es en beneficio de los acreedores y no tiene nada que ver con la limitación de responsabilidad.

Anticipando aspectos de la inoponibilidad de la personalidad jurídica, que afrontaremos sobre el final de este ensayo, Jesús Alfaro Aguila Real señala³³: Es aconsejable leer algo sobre *la responsabilidad limitada de las personas jurídicas corporativas* para introducirse en el tema, antes de abordar el estudio de esta doctrina. - Las sociedades tienen personalidad jurídica independiente de la personalidad de los socios en el sentido de que, a través de la sociedad, los socios crean un patrimonio separado del individual de cada uno de ellos y actúan unificadamente en el tráfico, esto es, como si el grupo fuera un individuo y, por lo tanto, se pueden imputar derechos y obligaciones al patrimonio/grupo unificado. Estos derechos y obligaciones no son, sin más, derechos individuales de los socios. *Decir que el grupo tiene personalidad jurídica significa que el grupo ha generado un patrimonio separado del patrimonio personal de cada uno de los miembros individuales del grupo.* - Pero esto es una forma de hablar. Es obvio que los derechos y las deudas que forman ese patrimonio separado no dejan de ser derechos y deudas de los socios y, por eso, puede decirse que las personas jurídicas son centros de imputación provisional (o, en otras palabras, centros de distribución de derechos y obligaciones) a diferencia de los individuos que son centros de imputación o atribución definitiva. Son los socios los sujetos pasivos de las deudas sociales y son los socios los titulares de los bienes que integran el activo social. A conclusiones similares se llega desde una concepción contractualista de la personalidad jurídica que se utiliza para explicar el sentido de la responsabilidad limitada. Generalizando esta concepción, puede afirmarse que la utilización de una persona jurídica no sería sino una forma de incorporar al contrato que un grupo celebra *uti universi* con terceros el Derecho de sociedades aplicable a la personalidad jurídica que les permite actuar conjuntamente. Cuando la persona jurídica titular del patrimonio separado tiene estructura corporativa y goza de responsabilidad limitada, la separación se convierte en aislamiento, esto es, incomunicación entre el patrimonio separado y el patrimonio personal de los socios. - En este contexto, “levantar el velo” de la persona jurídica significa, en términos técnicos, *prescindir o inaplicar el principio de separación entre el patrimonio de la persona jurídica y el de sus miembros*, bien imputando a los miembros conductas realizadas por la persona jurídica, bien extendiendo a los miembros la responsabilidad por actos realizados por la persona jurídica. Hay, pues, casos de imputación donde lo que sucede es que la ley o el juez identifican limitadamente a la persona jurídica con los sujetos titulares de la misma (en ambos sentidos) y supuestos de extensión de responsabilidad a los socios o casos en los que, a pesar de que no existe relación jurídica directa entre un tercero y los socios de la sociedad, se hace responsables a éstos frente a aquél. ...”. Cita a la jurisprudencia norteamericana “son casos (In Hystro Products, Inc. v. MNP Corp., 18 F.3d 1383, 1390 (7th Cir.Nos. 12-1351, 12-14303 1994)) en los que, si no se extendiera la imputación a los socios, se estaría enriqueciendo injustamente a una de las partes de un contrato o se permitiría a la sociedad matriz, que generó la responsabilidad de la filial y fue la causa de la incapacidad de la filial para cumplir con esas obligaciones, escapar a su responsabilidad o se permitiría a los antiguos socios

³³ ALFARO AGUILA REAL, Alfaro “Lecciones: Personalidad jurídica y levantamiento del velo” (i) | Nov 17, 2015 | Derecho Civil, Derecho Mercantil, Lecciones | 5 Comentarios en Almacén de Derecho

ignoren sus obligaciones o aceptar las operaciones de ingeniería societaria "to keep assets in a liability-free corporation while placing liabilities in an asset-free corporation.""

El patrimonio es el principio de la función de productividad y debería fijarse en orden a un plan de negocios, pues será el punto básico para la responsabilidad de sus miembros coherente con el art. 143 "Personalidad diferenciada. *La persona jurídica tiene una personalidad distinta de la de sus miembros. Los miembros no responden por las obligaciones de la persona jurídica, excepto en los supuestos que expresamente se prevén en este Título y lo que disponga la ley especial.*"

En sistemas como el argentino, dominados por el principio de tipicidad de los derechos reales, los recursos técnicos de imputación- no pueden ser producto de la autonomía contractual³⁴, pero aceptados por la ley quedan a libre acceso y configuración. Asumidos por acto negocial dentro de los recaudos que exige la ley, extiende sus efectos a terceros, siéndoles "oponible" conforme los efectos previstos, con un nuevo sistema de imputación.

La existencia de patrimonios personificados requieren de una ley que autorice su constitución en función de un determinado fin³⁵, conforme regla el art. 141 CCC.

Adviértase el carácter de institución que entraña la personalidad para la relación a la que se caracteriza como persona jurídica, pues creada y generado su patrimonio, no puede desaparecer sin cumplir los requisitos que la normativa impone para su liquidación. El aspecto institucional cobra especial relieve en todo lo que concierne a la vida externa de la sociedad, es decir, a sus relaciones con terceras personas en el campo de la actividad³⁶.

El concepto de persona es indivisible y excluyente, actúa siempre como un centro de imputación diferenciada, generando un grado de separación patrimonial que podrá ser absoluta o relativa según el tipo societario, implica un sistema de organización a través del cual es posible hacerla actuar como titular de derechos y deberes y a su vez, reconoce un fin autónomo que permite comprender las nuevas maneras de asociación que ofrece el mundo de hoy.

4. El concepto de persona.

Conforme a lo expresado los artículos implicados en la concepción de persona van desde el referido art. 141 hasta el art.167 en cuanto reconocen que la persona jurídica es un ente susceptible de adquirir derechos y contraer obligaciones y que, por ende, sus integrantes no responden, en principio por las deudas de ésta. Perfecciona el sistema anterior, sin variarlo, integrando la normativa sobre las relaciones de organización.

Persona y capacidad son conceptos que necesariamente se complementan y requieren. Toda persona, por el sólo hecho de serlo, tiene capacidad cualquiera sea la medida en que el ordenamiento se la confiera, pero también hay que puntualizar que persona y capacidad no se identifican, pues esta última nace de esa facultad que, en los casos dados, les conceden o niegan las leyes, es decir, que la capacidad varía en razón de la categoría de persona de que se trate.

La noción de capacidad difiere, a su vez, de la imputación mecánica, mediante la cual la ley le atribuye un hecho, acto o situación jurídica a determinada persona.

Pongamos atención en el fundamento y fin, en el por qué o para qué de esa personalidad jurídica. ¿Cuál es el objetivo o bien jurídico tutelado? Seguridad jurídica al unificar relaciones jurídicas, sin

³⁴ GALGANO, Francesco *El negocio jurídico*, Ed. Tirant lo blanch, Valencia 1992, trad. esp., pág. 442.

³⁵ No ingresamos en el tema de la causa que guía a los constituyentes, pero entendemos que ella es la elección del tipo personificado para afrontar determinada empresa (objeto-actividad).

³⁶ URÍA, RODRIGO *Derecho Mercantil*, Madrid 1958 p.99.

afectar derechos de terceros, o sea un fin eminentemente jurídico para el funcionalismo societario. Por este medio se están tutelando los intereses de quienes se vinculan con el mismo pudiendo requerir la satisfacción al patrimonio del ente, al margen de la limitación o ilimitación de responsabilidad de los miembros.

Se justifica en el interés de organizar la empresa y garantizar a los terceros que se vincularon con la persona jurídica –sociedad en el caso- por tal actividad. Este es el bien jurídico que fundamenta la personalidad jurídica. La limitación de responsabilidad no surge de la personalidad jurídica, sino de la tipicidad de segundo grado o sea del tipo de sociedad adoptada, y esa limitación está acotada por su uso racional.

El principio de división patrimonial, base de la personalidad, se estructura en resguardo del nuevo sujeto de derecho y de sus acreedores, más que de los miembros con derechos a ese patrimonio una vez satisfechos aquellos.

La cuestión se ha complejificado con pocas normas para las personas jurídicas públicas, y con una normativa general para las personas jurídicas privadas, que propiciábamos desde hace muchos años. El CCC prescribe en torno a personas jurídicas con mucho mayor detalle y generando una parte general omnicompreensiva para las personas jurídicas privadas, acercando normas de la legislación societaria, que trataremos de seguido. A fin de brindar una regulación unitaria de la organización y funcionamiento de la titularidad plural de una empresa y correlativamente, para proteger los derechos de los terceros que contraten en ocasión de esa actividad, el sistema normativo propone como método de unificación de relaciones jurídicas: la personalidad jurídica. Se trata de una herramienta legislativa que autoriza a los particulares a crear un nuevo sujeto de derecho conforme los recaudos exigidos por la ley.

Una mejor inteligencia puede surgir del análisis específico de las normas, que omitimos en este ensayo, pero que hemos atendido en otra ocasión.³⁷

Sólo una mención al *“ARTICULO 142. Comienzo de la existencia. La existencia de la persona jurídica privada comienza desde su constitución (...)”*. Es decisión del legislador reconocer la existencia de la persona jurídica privada desde su constitución, pero es otro aspecto desde cuando se generan sus efectos. La situación acaece cuando el tipo elegido de sociedad, por ejemplo, una sociedad de responsabilidad limitada, impone su inscripción en el Registro, y recién entonces se producirán la totalidad de los efectos de la figura elegida por los constituyentes. Cuando esta inscripción acaezca no será necesaria otra prueba, pero antes de ello quien quiera promover una acción contra la sociedad constituida pero no registrada deberá acreditar que contrató con la misma o su existencia en caso de una obligación extracontractual. Será un problema de prueba (arts. 24 LGS).

V – SOBRE PATRIMONIO Y RESPONSABILIDAD

A las referencias genéricas del apartado anterior agreguemos ahora referencias específicas.

Corresponde realizar algunas apostillas sobre el patrimonio en relación a la responsabilidad, a lo que dedicaremos reflexiones, volviendo a ciertos aspectos derivados de la personalidad.

Si bien se pone el énfasis en la separación de los patrimonios entre la persona jurídica y de las otras personas físicas o jurídicas que la generan, donde se hace prolija la regulación normativa -en todas las legislaciones- es para asegurar el ingreso de los aportes al patrimonio de la sociedad y en

³⁷ “PERSONALIDAD JURIDICA Y RESPONSABILIDAD DE SUS MIEMBROS”, citado.

resguardar los derechos de los terceros que se han vinculado a la realidad funcional empresaria, o sea al nuevo centro de imputación diferenciada, incluso en referencia a la sociedad en formación³⁸, o aún a la irregular. No es otra cosa que el principio de la división patrimonial, que resguarda a su vez la posibilidad de que la persona jurídica así creada pueda generar nuevas personas jurídicas. Es el fenómeno de las asociaciones de segundo grado, que impone al legislador ciertas regulaciones (arts. 31 y ss. LGS).

La gestación de la división patrimonial impone ciertos atributos como la individualización con denominación y domicilio, para determinar la ley aplicable y la jurisdicción donde puede reclamar o ser reclamada en derecho³⁹.

La responsabilidad directa de la persona jurídica es consecuencia de su naturaleza, estructura y atributos esenciales, que se centran en el *patrimonio* (art. 143 CCC), y por ello no podrá reclamarse a los socios sino a la sociedad. Congruente con ello el art. 242 CCC dispone “Todos los bienes del deudor extán afectados al cumplimiento de sus obligaciones y constituyen la garantía común de sus acreedores...”, y congruentemente el art. 743: “Los bienes presentes y futuros del deudor constituyen la garantía común de sus acreedores”.

En tema de responsabilidad es fundamental, ante la separación del patrimonio de la persona jurídica de sus constituyentes, pues el límite de responsabilidad de éstos o de quiénes les sucedieron, puede sufrir un cambio de existir causales de disolución no atendidas, particularmente la *insolvencia*.

En una de las manifestaciones más clásicas de la personalidad, el de las sociedades, el derecho societario protege imperativamente la dotación patrimonial a través de la causal de disolución “pérdida total del capital social”, cuya normativa opera en el derecho comparado “como un instrumento preconcursal”⁴⁰, con “una función *preconcursal* o *paraconcursal*”⁴¹.

El CCC refiere diversas normas en torno al patrimonio que dan coherencia al sistema, que reiteramos:

La Sección 3ª sobre “Persona Jurídica Privada”, en el art. 154 impone “*La persona jurídica debe tener un patrimonio. La persona jurídica en formación puede inscribir preventivamente a su nombre los bienes registrables*”.

Luego, en el art. 163 CCC determina como causal de disolución “c), la referida “imposibilidad sobreviniente” de cumplir el objeto social, o i) el agotamiento de los bienes destinados a sostenerla”, y congruentemente, al referirse a la liquidación autoriza la “reconducción” en el art. 166 “mientras no haya concluido su liquidación, por decisión de sus miembros adoptada por unanimidad o la mayoría requerida por la ley o el estatuto, siempre que la causa de su disolución

³⁸ El tema se encuentra superado dentro del derecho argentino, particularmente después de la reforma del año 1983. Cfr. “Patrimonio y capital social” pág. 103 y ss. -especialmente a pág. 106- en el libro *Derecho y principios societarios*, publicación de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba, año 1982. Incluso la Corte Suprema de Buenos Aires le ha reconocido efectos anteriores a la propia constitución de la sociedad en formación: “Sociedad en gestación: su calificación jurídica”, en Abeledo Perrot, Buenos Aires noviembre 2008, nº 11 p. 1243, jurisprudencia anotada.

³⁹ URIA, Rodrigo *Derecho Mercantil* Madrid 1958 p. 99.

⁴⁰ URIA, R.; MENÉNDEZ, A. y GARCÍA de ENTERRÍA, J. “La sociedad anónima: disolución” Cap. 4, pág. 1001 en *CURSO DE DERECHO MERCANTIL* dirigido por Rodrigo URIA y Aurelio MENÉNDEZ, Ed. Civitas, Madrid 1999, tomo I, especialmente “Las pérdidas graves” págs. 1009 a 1013.

⁴¹ DÍEZ ECHEGARAY, José Luis Deberes y Responsabilidad de los Administradores de Sociedades de Capital, 2006, Ed. Thomson-Aranzadi 2ª edición, Navarra. pág. 387, considerándola también como anticoncursal.

pueda ser removida por decisión de los miembros...”, en el caso que nos ocupa de falta de patrimonio, por la reintegración del mismo o capitalización por algún modo⁴².

Para evitar asumir responsabilidad “la sociedad siempre debe liquidarse *in bonis*”⁴³. Es la previsión genérica del art. 94.5 LGS, que son tomados por los dos artículos que acabamos de poner de resalto.

Justamente el art. 167 CCC impone que la liquidación “consiste en el cumplimiento de las obligaciones pendientes con los bienes del activo del patrimonio de la persona jurídica o su producido en dinero”, previendo responsabilidad de administradores y miembros que omitieron diligencia. Hemos distinguido⁴⁴: (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 responsables⁴⁵. 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 terceros⁴⁶, y (ii) los que sólo lo limitan a los terceros⁴⁷. 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.

Constatada la existencia de una persona jurídica, no por ser meramente persona, se hace necesario considerar las relaciones internas y externas:

a) En las relaciones externas la responsabilidad del patrimonio por obligaciones sociales, creando el débito social, en favor de terceros acreedores de la persona jurídica, para rechazar la agresión paralela de acreedores individuales de los integrantes.

⁴² “EL ART. 99 LEY 19.550 Y CAUSALES DE DISOLUCIÓN DE SOCIEDADES (De cómo evitar responsabilidad ante la insolvencia societaria)”, en Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones (RDCO) 2013-A- pág. 663, año 46, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires 2013.

⁴³ FIORENZA, Alejandro Ignacio “El fideicomiso ante la insolvencia patrimonial y su liquidación en la ley 24441, ¿es la mejor alternativa?” Segunda parte, en Semanario Jurídico, Fallos y Doctrinas, 6 de marzo de 2014, año XXXV, n° 1945, doctrina pág. 305, especialmente pág. 310.

⁴⁴ BORGARELLO, Luisa Isabel – RICHARD, Efraín Hugo “LA PÉRDIDA DEL CAPITAL SOCIAL Y LA RESPONSABILIDAD DE SOCIOS”, publicado en *Doctrina Societaria y Concursal*, Ed. Errepar, Buenos Aires setiembre 2016, n° 346, pág. 947, donde se formalizó la Nota del Editor: La escuela comercialista de Córdoba, a través de dos de sus tradicionales figuras, plantea sistemáticamente una cuestión tratada pero no generalizada como en el caso lo hace: la diferencia entre la responsabilidad de los socios por el tipo de sociedad que integran y la que les puede caber por aplicación de la teoría general de la responsabilidad que, sin duda no son excluyentes.

⁴⁵ ZUNINO, Jorge, *Disolución y liquidación*, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1987.p. 286.

⁴⁶ ZUNINO, J., “Disolución...”, op. cit., p. 287.

⁴⁷ ZALDIVAR, ENRIQUE; MANOVIL, RAFAEL; RAGAZZI, GUILLERMO y ROVIRA, ALFREDO, “Cuadernos de Derecho Societario”, Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1976, y otros, p. 299

b) En las relaciones internas la indisponibilidad por los partícipes y sus acreedores del patrimonio de la persona jurídica, incluyendo el aporte.

Resulta determinado que la persona jurídica, particularmente las sociedades responden de todas las obligaciones que puedan imputársele con su exclusivo patrimonio. Los socios, cualquiera sea la responsabilidad por el tipo social o estructura personificada no responden de las obligaciones sociales⁴⁸, conforme dispone el art. 143 CCC, claro que ante la insuficiencia patrimonial aparece la responsabilidad conforme el tipo societario constituido y ello sin perjuicio de los daños que pudieran generar los socios por omisión o acción imputables.

1. Responsabilidad penal.

La reciente ley de responsabilidad penal de las personas jurídicas n° 27.401 implementando un programa de integridad (“compliance”) trajo a debate una cuestión académica. Como delimitamos, por exceder el propósito y límites de este ensayo, no ingresamos en el análisis de aspectos de esa responsabilidad penal de las personas jurídicas, pero no desconocemos que las mismas pueden ser objeto de punición a raíz de delitos económicos⁴⁹. El principio clásico de derecho penal cuestiona la existencia de voluntad intencional de una persona jurídica para delinquir, sino que su actuación es a través de personas humanas. Esta ley supera dicho aspecto en relación a delitos cometidos a través de la autoridad estatal, nacional, provincial o municipal, y por supuesto en perjuicio de dichas administraciones públicas. Se sanciona a las personas jurídicas privadas con o sin participación estatal por: delitos de cohecho (sobornar a un funcionario público), tráfico de influencias, nacional o transnacional; negociaciones incompatibles con el ejercicio de funciones públicas, concusión (exigir una dádiva o contribución ilegalmente y quedarse con ese beneficio u otorgarlo a una tercera persona), enriquecimiento ilícito de funcionarios y empleados públicos que utilicen para ellos o terceros informaciones reservadas conocidas en razón de su cargo o se enriquezcan ilegalmente en forma directa o a través de una persona interpuesta (testaferro); balances e informes falsos agravados para ocultar sobornos a funcionarios públicos. Las sanciones pueden ser de multas, suspensión de actividades, disolución, liquidación; en estos dos últimos casos cuando hubiese sido creada para la comisión del delito o esos actos constituyeran su principal actividad. Estas sanciones no podrán ser ordenadas por el juez cuando fuere indispensable mantener la continuidad operativa de la entidad, una obra o servicio en particular. Para graduar las penas se tendrá en cuenta el incumplimiento de reglas y procedimientos internos, la cantidad y jerarquía de los funcionarios, empleados y colaboradores involucrados en el delito; la omisión de vigilancia sobre la actividad de los autores y partícipes; la extensión del daño causado, entre otros aspectos en muchos casos vinculados al código de conducta –compliance-, que será necesario para la obtención de concesiones de servicios públicos y contrataciones con el Estado de monto elevado.

El art. 19 LGS, sanciona con mayor rigor aún a las sociedades por actividad ilícita imponiendo su liquidación y generando responsabilidad civil, configurando una sanción penal económica y administrativa.⁵⁰ Haremos alguna referencia a esta última norma al final de este ensayo.

⁴⁸ “CONCURSOS DE SOCIEDADES: ‘ACUERDOS’ Y CORTE SUPREMA”, en *RECURSOS EXTRAORDINARIOS – DOCTRINA Y JURISPRUDENCIA*, AAVV Directora Angelina Ferreyra de la Rúa, Coordinadora Mariana A. Liksenberg, Edición Advocatus, Universidad Empresarial Siglo Veintiuno, Córdoba, diciembre 2016, pág. 461.

⁴⁹ PALIERO, Carlos Enrico “La sociedad penada: como, por qué y para qué. Sobre la responsabilidad penal de la persona jurídica” en *Revista de Derecho* n° 8 de la Universidad Católica de Uruguay, Uruguay 2013, pág. 171 y ss.

⁵⁰ “PROYECTOS DE RESPONSABILIDAD PENAL DE SOCIEDADES Y DE EXTINCIÓN DE DOMINIO: ¿Y EL ART. 19 DE LA LEY DE SOCIEDADES VIGENTE DESDE 1972?”, en *Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones* N° 285, Julio-Agosto 2017 pág. 1035 (Sociedades - Sección Doctrina).

2. Limitación de responsabilidad.

Así como nombre, domicilio y órganos corresponden a una *estructura específica*, la limitación de responsabilidad también corresponde a ella. Hemos tipificado las personas jurídicas privadas, las estructuras específicas a las que nos referimos corresponde a una tipología de segundo grado, o sea al tipo de sociedad o de asociación elegido por los constituyentes para reglar sus relaciones internas y externas.

La responsabilidad limitada de los socios no debe ser confundida con el principio de la división patrimonial, es decir a distinguir entre el patrimonio activo y pasivo de la sociedad y el de los socios –art. 143 CCC-. El principio de división significa que el patrimonio de la persona jurídica y el de sus miembros se halla separado.

El principio de división patrimonial, base de la personalidad, se estructura en resguardo del nuevo sujeto de derecho y de sus acreedores, más que de los socios. El derecho societario protege imperativamente la dotación patrimonial a través de la causal de disolución pérdida del capital social, cuya normativa opera en el derecho comparado “como un instrumento preconcursal”

La sociedad que se genere por declaración unilateral de voluntad tendrá el efecto fundamental de proteger a los terceros que contratan con un único empresario que desarrolla múltiples actividades⁵¹, permitiendo vincular cada actividad con los terceros que se relacionen con la misma. La ley aprobatoria del CCC modifica la LGS, cuyo art. 1° autoriza a constituir sociedades por declaración unilateral de voluntad. Formas de negocios en participación serán otra técnica para que una persona desenvuelva múltiples actividades asociativas generando centros patrimoniales sin desdoblar la personalidad.

3. Patrimonio neto negativo.

La continuidad del giro social cuando ha sido constatada la existencia de patrimonio neto negativo –causal de disolución art. 94 ap. 5 LGS- podría desencadenar la responsabilidad de los socios conforme al texto del art. 99 LGS.

Esta posición que hemos expuesto hace años, se afirma a través de la sistemática impuesta por el art. 2 Código Civil y Comercial (CCC), y los arts. 150 y 167 in fine CCC.⁵²

Retieramos que la responsabilidad general de todos los socios se determina por el tipo de sociedad elegido, esa responsabilidad es siempre subsidiaria, aun cuando sea solidaria o mancomunada, a tenor de lo dispuesto por el art. 143 CCC y 56 LGS, aunque la sentencia contra la sociedad haga cosa juzgada frente a los socios. Es la responsabilidad social que surge de esa tipología de segundo grado del tipo elegido por los constituyentes de la persona jurídica.

⁵¹ “LA PERSONALIDAD JURÍDICA, EN EL DERECHO ESPAÑOL” cit. III.6.2.- *La personificación de las sociedades unipersonales*. p.121. Sin embargo, España -y la Europa Comunitaria- han optado por la técnica de las “sociedades” unipersonales, lo cual podría parecer, en términos dogmáticos, un error; un defecto del Derecho español -y europeo- de sociedades, que habría quedado, técnicamente, por debajo del Derecho peruano. Y, sin embargo, esta sería una conclusión tal vez equivocada, ya que la configuración de la Sociedad Unipersonal como tal “sociedad”, permite la recomposición de la pluralidad de socios, sin tener que llevar a cabo un complejo -y costoso- proceso de refundación: simplemente, transfiriendo el socio único, a otra persona, alguna participación. Mas no cabe duda de que la Sociedad Unipersonal supone una clara anomalía, al tiempo, en el sistema del Derecho de sociedades y en el sistema del Derecho de Personas, ya que -en términos reales- conduce a una quiebra material -aunque no formal- del principio de responsabilidad patrimonial universal, de los empresarios; razón por la cual es preciso ofrecer algunas garantías legales, normativamente previstas para evitar posibles abusos.

⁵² BORGARELLO, Luisa Isabel – RICHARD, Efraín Hugo “PÉRDIDA DEL CAPITAL SOCIAL y RESPONSABILIDAD DE LOS SOCIOS” citado.

Un tema fundamental es aceptar que la responsabilidad de los socios no necesariamente se agota en esa “responsabilidad social”, pues puede generarse responsabilidad, no necesariamente a todos, conforme a los principios generales de la responsabilidad: que una conducta culposa o dolosa de alguno de ellos, antijurídica, por acción u omisión, cause un daño.

En la ley societaria se advierten numerosas normas que se apartan de la “responsabilidad social” para integrarse con un sistema de responsabilidad general, que no puede atribuirse a todos los socios sino a los que se les impute esas conductas, por ej. Arts. 19, 54, 99 LGS.

4. Las normas imperativas.

Para determinar el grado de obligatoriedad de conductas de cuyo apartamiento puede resultar responsabilidad si resulta daño, debemos referirnos a que normas imponen conductas a administradores y particularmente socios.

El art. 150 CCC –al que hemos hecho referencia- determina una prelación de normas, disponiendo que “Las personas jurídicas privadas que se constituyen en la República, se rigen: por las normas imperativas de la ley especial o, en su defecto, de este Código”.

Las normas que tutelan el patrimonio social, su consistencia para evitar daños a terceros, constituyen normas imperativas. Numerosa doctrina así lo ha considerado, particularmente la pérdida del capital social y los efectos que se producen. Es casi dialéctica la determinación sobre si esas normas son también de orden público.

En cuanto se compromete la continuidad del giro empresario –objeto de la sociedad- aparece un orden público social: la conservación de la empresa por el efecto social y económico en la región, y la conservación del empleo, y el derecho constitucional de propiedad de los acreedores y a trabajar de sus empleados. En tal sentido los art. 154 CCC sobre el patrimonio de las personas jurídicas privadas, el art. 163 ap. c) e i) CCC sobre imposibilidad sobreviniente de cumplimiento del objeto por incapacidad patrimonial o el agotamiento de los bienes destinados a sostener la persona jurídica, y el art. 11 inc. 4° LGS sobre la constitución del capital social o patrimonio fundacional, y el art. 94.5 LGS que impone la disolución de la sociedad ante su pérdida.

Las normas imperativas del derecho societario tienden particularmente a asegurar la solvencia del patrimonio social y consecuentemente a evitar la insolvencia de la sociedad y daños a terceros por incumplimiento de sus obligaciones. Las pérdidas deben soportarlas los socios conforme el art. 1° LGS.

Se verá que el art. 12 CCC distingue orden público de normas imperativas. Respecto al primero para impedir puedan dejarse de lado, y respecto a ambos supuestos para sancionar el fraude a la ley. La distinción es superflua en cuanto a la existencia de fraude a la ley.

Las normas societarias a las que referimos tienen carácter imperativo cuanto menos, si es que no constituyen un orden público societario. Como premisa: las normas imperativas de la ley societaria –al margen de si constituyen o no reglas de orden público-, son inderogables, y su apartamiento constituye un fraude a la ley.

Defensores de la autonomía de la voluntad en la generación y funcionalidad de las sociedades⁵³ reconocen esos límites. “La ley 19.550 posee normas de tipo imperativas y normas de tipo dispositivas. Dentro de las primeras coexisten las normas que tutelan intereses patrimoniales y aquellas que protegen un llamado orden público. A éstas últimas podemos catalogarlas como:

⁵³ VAN THIENEN, Pablo Augusto (Director y colaboradores) “Orden público societario... ¿estás ahí? En Lax & Finance, Working Paper n° 20, 2008.

normas imperativas (de orden público). Atento el interés jurídico tutelado, las normas de orden público no pueden ser derogadas por contrato. Hasta aquí llega la autonomía de las partes. Siendo esto así, la cuestión de fondo es saber qué normas de la ley de sociedades son imperativas y cuáles de orden público. Esta distinción es vital para comprender el marco contractual”.

Estos autores sostienen que no hay derechos patrimoniales individuales inderogables por razón de orden público si todos están de acuerdo en dejarlos de lado. Lo que es obvio. Pero, como anticipan aceptan la existencia de un orden público societario, con normas inderogables, tales como: “8) el régimen de disolución y liquidación; entre otros dispositivos. Nadie puede negar que el capital social constituye un elemento esencial del tipo pues hace al patrimonio neto mínimo de retención que el sistema jurídico exige como atributo de la personalidad y del régimen de limitación de responsabilidad. (...) Nadie podría válidamente constituir una sociedad sin capital social; ... No importa la escuela donde nos enrolemos (BORDA o LLAMBIAS) el intento por derogarlos dará lugar a la nulidad absoluta. Nos animamos a decir que este tipo de normas son imperativas (de orden público) y que su violación da lugar a una nulidad”.

Como se verá esta línea de doctrina acepta que todo lo referido a las causales de disolución, y referido a la liquidación, como la falta de capital social son normas imperativas, de orden público, irrenunciables e inderogables, indisponibles. Hacen a la limitación de responsabilidad y a la protección de terceros.

Es nada menos que la “función de garantía del capital social” a la que estamos poniendo de resalto como una línea roja que impone conductas. Es una función distinta a la de “productividad o funcionalidad” del capital social sobre la que se ha escrito mucho a través de la teoría de la “infrapatrimonialización material”. Pero la función de garantía hace a un problema patrimonial: el pasivo social no puede ser igual o superior al activo social. Esta función de garantía funciona también en las legislaciones que autorizan la “one dollar corporation” o “one pound company”. Esa función de garantía del capital social esta adecuadamente resguardada en la legislación mundial⁵⁴.

Correlativo con ello individualizamos la referida disposición del art. 99 LGS, vinculado a la causal de disolución de pérdida del capital social (94.5 LGS), que protege a terceros sin perjuicio de la remediación autorizada taxativamente por el art. 96 LGS como opción imperativa para los socios.⁵⁵ El art. 99 LGS in fine se refiere a la responsabilidad solidaria de los administradores por daños y de los socios en su caso. ¿En qué caso? La respuesta la otorga ahora el art. 167 CCC en su segundo párrafo “*La liquidación consiste en el cumplimiento de las obligaciones pendientes con los bienes del activo del patrimonio de la persona jurídica o su producido en dinero*”, y el último párrafo “*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*”. Se observa entonces que, la responsabilidad de administradores o miembros se genera si el patrimonio es insuficiente para satisfacer las obligaciones, en identidad con el art. 99 LGS, aunque más acotado⁵⁶.

⁵⁴ “NOTAS EN TORNO A LA PRECONCURSALIDAD SOCIETARIA: UN ESTUDIO COMPARADO”, en Revista de Derecho concursal y Paraconcursal, Editorial La Ley, RPC 20/2014, Reseña Legislativa española y comparada. Madrid 2014, págs. 423 a 446.

⁵⁵ “EL LABERINTO DE LA PÉRDIDA DEL CAPITAL SOCIAL Y SU REMEDIACIÓN”, en pág. 111 del n° 7 de ESTUDIOS DE DERECHO EMPRESARIO, julio de 2016, Revista Electrónica en portal de la Universidad Nacional de Córdoba.

⁵⁶ “EL ART. 99 LEY 19.550 Y CAUSALES DE DISOLUCIÓN DE SOCIEDADES (De cómo evitar responsabilidad ante la insolvencia societaria)” en Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones (RDCO) 2013-A- pág. 663, cit.

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.

La única duda que podría existir es si ambas normas son compatibles. Ello no ocurriría si el art. 99 LGS, de prelación indudable, descartara la posibilidad de aplicar la otra norma imperativa que sólo sería aplicable “en su defecto”. Pero, todo lo contrario, esa norma del CCC perfecciona la inteligencia de la norma societaria, en congruencia de como la ha interpretado la doctrina y hemos referido en párrafo precedente. “Defecto” conforme el Diccionario de la Real Academia es “a falta de algo, especialmente de algún requisito”. Y justamente viene a llenar la expresión “en su caso” de la primera norma, dándole alcance y contenido exacto, absolviendo a los socios que no tuvieron tal conducta e imputando la responsabilidad a aquellos de cuya omisión u acción se generó el daño.

Esa estructura fundante del derecho societario, con normas uniformes en el derecho comparado –al igual que en el nacional-, se reafirma en la nueva concepción del art. 100 introducido en LGS⁵⁷ ampliando el original.

A salvo la autonomía de la voluntad de remover la causal reintegrando el capital social en el caso o capitalizando conforme la opción imperativa que otorga a los socios el art. 96 LGS. La función de garantía del capital social es de orden público y las normas que lo tutelan en resguardo de terceros y del mercado son imperativas. Esta norma de remoción, art. 96 LGS, para no liquidar ni asumir responsabilidad. ¿Puede ser desoída?

¿Podrían los constituyentes de una sociedad pactar en el estatuto que si la persona jurídica societaria pierde el capital social esa causal de disolución deberá ser afrontada por los acreedores? ¿Se aceptaría por los órganos de control (administrativos o judiciales) inscribirla con tal cláusula? ¿Y si se la hubiera rechazado, eliminándola del Estatuto, podrían los socios en el momento de aprobarse un balance del que surgiera la constatación de la pérdida del capital social –sin ninguna observación contable- decidir que continuarían el giro sin reintegrar ni capitalizar por si, por terceros y acreedores, disponiendo que la sociedad sea concursada y se requiera una quita a los acreedores? Esas cláusulas generarían su nulidad absoluta al decir de Van Thienen, lo que corroboran los arts. 386/7 CCC.

Esa función de garantía constituye una línea roja, infranqueable sin asumir responsabilidad. Es que su fragilidad ha sido marcada, ampliándola al mantenimiento de la capacidad operativa de la sociedad⁵⁸.

5. Normas imperativas y derecho concursal. La preconcusabilidad.

El punto ha sido subrayado por la doctrina: “Este enfoque debería ser central dentro de una legislación concursal y su apreciación jurisprudencial, es decir poner los esfuerzos y la atención en

⁵⁷ 2.21.- Sustituyese el artículo 100 de la ley 19.550, T.O. 1984, por el siguiente: Artículo 100.- Remoción de causales de disolución. Las causales de disolución podrán ser removidas mediando decisión del órgano de gobierno y eliminación de la causa que le dio origen, si existe viabilidad económica y social de la subsistencia de la actividad de la sociedad. La resolución deberá adoptarse antes de cancelarse la inscripción, sin perjuicio de terceros y de las responsabilidades asumidas. *Norma de interpretación.* En caso de duda sobre la existencia de una causal de disolución, se estará a favor de la subsistencia de la sociedad.

⁵⁸ OLIVERA GARCÍA, Ricardo “El concepto de capital como limite a la potestad de distribución de dividendos”, en Jurisprudencia Argentina, número especial, Buenos Aires, Octubre 15 de 1997, n° 6059 bajo nuestra dirección, pags. 24 y ss. específicamente pág. 27.

las causas que han llevado a la sociedad a una situación de falencia y no limitarse a prever y ordenar los efectos que la misma produce”.⁵⁹

E. Daniel Truffat⁶⁰ se ha enrolado en esa posición integradora del sistema jurídico hoy reforzada por el contenido del Título Preliminar del CCC: *“La pérdida de autosuficiencia del Derecho Concursal y su necesaria integración no solo con normas supra legales de base constitucional, sino con el derecho positivo clásico y con los ‘nuevos derechos’ (defensa del consumidor, normas de prevención de origen espurio de los capitales, defensa de la competencia, etc.), impacta radicalmente sobre los criterios y enfoques que deben presidir el “diseño” de cada solución concursal y de los acuerdos que a través del concordato se busquen instrumentar.(...)Mi generación se formó con ciertas teóricas ideas (que eran más “prejuicios” que auténticas expresiones de racionales) sobre la completividad de tales cuerpos normativos.(...) Claramente se integró el derecho concursal con las normas directrices del derecho civil.(...) En el área concursal los jueces nacionales se encargaron de remarcar que el derecho concursal “no es una isla”.(...) Todo ello con el detalle, tantas veces remarcado, de la “constitucionalización” de las relaciones patrimoniales”.*

Antes de la insolvencia –pérdida del capital social-, en grados menores de crisis debería actuar el derecho concursal, incluso los acuerdos privados⁶¹. La preconcursalidad es hoy abordada por especialistas, como forma de paliar la ineficiencia de la legislación concursal, con métodos más inmediatos y de menores costes económicos y sociales⁶². Pero esos especialistas en el derecho concursal suelen no abordar la preconcursalidad prevista en las legislaciones societarias, que tienen soluciones uniformes en el derecho comparado⁶³, basadas en esa función de garantía.

La realidad: se intenta aplicar o encontrar normas concursales para atender situaciones más graves que las previstas en la ley societaria. De esta forma se están desconociendo las normas imperativas del derecho societario, uniformes en el derecho comparado, incluso las que impiden ciertas acciones concursales en caso de pérdida total del capital social⁶⁴.

Aquí comienza el desencuentro. No se aplican las normas societarias. Se intentan quitas como técnica abusiva, se soslaya la posibilidad de una capitalización, y entonces el Derecho Concursal, los procedimientos concursales, llegan tarde y fracasan, y por eso se tiende a modificar constantemente la ley que los regula.

Obviamente que esa capitalización puede lograrse por la capitalización de dividendos, o asegurando el financiamiento por la no distribución de dividendos, con la creación razonable de

⁵⁹ RIPPE, Siegbert “Subcapitalización y responsabilidad de directores y administradores”, pág. 27 en publicación citada en nota anterior, específicamente pág. 34.

⁶⁰ En el VIII CONGRESO DEL INSTITUTO IBEROAMERICANO DE DERECHO CONCURSAL, MEXICO D.F. (MEXICO), 17 a 19 de mayo de 2012, su magistral conferencia con el título “SOBRE LOS CONCURSOS “A MEDIDA”, A LA LUZ DE LA ACTUAL REALIDAD NORMATIVA”

⁶¹ “Las soluciones negociadas como respuesta a la insolvencia empresarial. Visión desde el derecho argentino: la preconcursalidad societaria”, en libro colectivo *LAS SOLUCIONES NEGOCIADAS COMO RESPUESTA A LA INSOLVENCIA EMPRESARIA*, Director José Antonio GARCÍA-CRUCES, Ed. Departamento de Derecho de la Empresa, Universidad de Zaragoza, Thomson Reuters Aranzadi, pág. 33 y ss.

⁶² PULGAR EZQUERRA, Juana *Preconcursalidad y acuerdos de refinanciación. Adaptado a la ley 38/2011 de 10 de octubre, de reforma de la ley concursal*, Ed. La Ley grupo Wolters Kluwer, Madrid julio 2012.

⁶³ “NOTAS EN TORNO A LA PRECONCURSALIDAD SOCIETARIA: UN ESTUDIO COMPARADO”, en *Revista de Derecho concursal y Paraconcursal*, Editorial La Ley, RPC 20/2014, Reseña Legislativa española y comparada. Madrid 2014, págs. 423 a 446.

⁶⁴ “El equilibrio en la legislación societaria y concursal uruguaya: la preconcursalidad extrajudicial” en *25 años de la ley de sociedades comerciales. Necesidad de su reforma. Homenaje al Profesor Dr. Siegbert Rippe*, AAVV dirección Eva Holtz y Rosa Piziomek, edición Facultad de Ciencias Económicas y de Administración Universidad de la República, Montevideo 2014, página 415.

reservas facultativas debidamente explicitadas en la Memoria o en la reunión del órgano de gobierno.

El tema es más complicado cuando no existen esos medios de financiamiento y los socios no desean disponer de fondos propios ni compartir el capital social –arts. 1, 96 y 197 LGS- e intentan imponer quitas a los acreedores, en fraude a la ley societaria y con carga impositiva pues las mismas son consideradas ganancias.

Recordando algo aparentemente olvidado, se ha dicho: “La normativa societaria ha tenido, desde siempre, la preocupación de la defensa y protección del crédito y, por esta vía, de la prevención de las crisis empresariales. Con herramientas y procedimientos diferentes ha ido convergiendo con una legislación concursal cada vez más preocupada por la prevención de las crisis empresariales y en la solución de éstas con el menor daño posible a las estructuras productivas. Esta comunidad de objetivos entre ambas ramas del ordenamiento mercantil hace necesaria una coordinación y armonización normativa –que impone el art. 2 CCC, de modo que su objetivo común pueda ser logrado en forma segura y eficiente, derecho concursal y derecho societario no son dos compartimentos estancos. Ambas disciplinas deben perseguir, desde una concepción integral del sistema jurídico, una armonización de sus sistemas normativos en orden a la tutela del crédito, a la anticipación de las crisis y a evitar su profundización y propagación”⁶⁵.

La Corte Suprema de Justicia argentina avala esta visión sobre la imperatividad de las normas societarias. En fallo del 20 de octubre de 2009 formuló un *obiter dictum* al acoger planteos de arbitrariedad contra la sentencia homologatoria en el concurso de “Sociedad Comercial del Plata S.A.”, expresando: “El proceso concursal, como última ratio preventiva que procura remediar el estado de cesación de pagos, atendiendo coetáneamente la protección de la empresa y la satisfacción del derecho de los acreedores”. Al calificar al concurso como “última ratio preventiva que procura remediar el estado de cesación de pagos”, reconoce que existen otros remedios para la crisis en forma preventiva.

Se confirma así que la legislación societaria tiene normas imperativas, indisponibles, y recursos que permiten reencauzar las crisis patrimoniales. Son fundamentales las previsiones en torno a cómo debe procederse cuando se detecten o produzcan causales de disolución, facilitando la remoción de las vinculadas a aspectos patrimoniales, con el aumento o reintegración del capital social, solución que debería anticiparse a la apertura de cualquier concurso. La capitalización del pasivo es la forma societaria de afrontar la crisis si los socios no desean capitalizar. Ello es congruente con doctrina y legislación mundial, tratando de que las sociedades se recuperen rápidamente acompañados por los acreedores profesionales financieros –que luego colocarán esas acciones en el mercado- y por los proveedores vinculados al éxito de la sociedad en crisis. El art. 43 LCQ acepta las propuestas de “capitalización de créditos, inclusive de acreedores laborales, en acciones o en un programa de propiedad participada...”.

Desde hace mucho sostenemos que la conservación de la empresa se tutela en nuestro país en forma inmediata por la legislación societaria y en forma mediata por la legislación concursal⁶⁶.

⁶⁵ OLIVERA AMATO, Juan M. *Herramientas societarias para la solución y prevención de las crisis empresariales en Situaciones de crisis en las sociedades comerciales* AAVV directores José Miguel Embid Irujo, Daniel Roque Vitolo, Ed. Ad Hoc, Buenos Aires 2010, pág.31 y ss., esp.35.

⁶⁶ “La conservación de la empresa en las leyes de sociedades 19.550 y de concursos 19.551”, con Francisco Quintana Ferreyra, en *SUMMA SOCIETARIA* Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires 2012, tomo II pág. 1947.

Esta es la base normativa de la atención de la crisis de las sociedades que, en casos, puede tener aplicaciones ambiguas pero que, en ningún caso, pueden llegar al abuso de derecho, o peor aún configura un fraude a la ley.

Si el patrimonio de la sociedad sólo está en cesación de pagos, la quita en la propuesta, o en el acuerdo logrado por mayoría, implica cuando menos un abuso de derecho, y un fraude a la ley si se ha perdido el capital social, pues en tal caso la LGS impone a los socios la liquidación, salvo reintegro de ese capital o la capitalización de la sociedad.

Ante la eventual insuficiencia del capital social, que hace a un tema de infrapatrimonialización, que es una zona gris⁶⁷, se abre una línea roja, las “red flags” que funcionan incluso en la “one dollar corporation”, pues cuando el balance como declaración unilateral de verdad es aprobado por la asamblea indicando que el patrimonio neto es neutro o negativo significa que se ha perdido ese dólar, que era una barrera. Y en muchas legislaciones la línea roja se traza con la pérdida de sólo parte del capital social, en la argentina recién el 100%, pero sería suficiente si se aplicara, pero en derecho concursal de eso no se habla, particularmente al homologar acuerdos. Si llega el expediente a un despacho judicial para homologar en esos supuestos una propuesta de quita, no deberá hacerlo por las norms del CCC y de la propia LCQA en su art. 52 ap. 4. No declarará la quiebra por aplicación del art. 48 o podrá imponer la tercera vía que será la del art. 96 LGS.⁶⁸

O sea que un juez, incluso el que entienda en el concurso de una sociedad, de oficio o ante el planteo del Síndico o de un acreedor, podría cuestionar por abusiva la propuesta de acuerdo y, obviamente no homologar el acuerdo que implicara un fraude a la ley societaria, particularmente en cuanto a las normas de garantía del capital social. Sea por abuso, sino se perdió el capital social, o por fraude si esa pérdida existió y los socios no la atendieron en la forma prevista imperativamente por la norma específica.

Correlativamente, ante la crisis de las sociedades, si la actividad es viable pueden alentar a los acreedores sociales a compartir el riesgo aceptando capitalizar sus obligaciones, frente a la viabilidad de aquellas.

Para ello deberán también asistir a todos estos actores en el desenvolvimiento de la empresa en crisis, en la formulación de planes de factibilidad, reorganización y eventuales resultados.⁶⁹

De no ser la empresa viable, la liquidación es el camino adecuado y si se quiere conservar socialmente puestos de trabajo, la mirada debe ser puesta en los poderes públicos, siempre con un plan para determinar la posibilidad de exenciones, subsidios o incentivos fiscales o crediticios. Obviamente que la LCQA autoriza el concurso de una sociedad en liquidación, constituyendo una forma de proteger los valores de la empresa en marcha, sin perjuicio de la liquidación de la persona jurídica societaria.

⁶⁷ Se usa y hemos usado “infrapatrimonialización material”, tanto en la jurisprudencia como en la doctrina, en forma imprecisa, ver: JUNYENT BAS, Francisco A. “La infracapitalización societaria. Responsabilidad de administradores y socios”, en LA LEY 13/05/2009, 13/05/2009, 1 - LA LEY2009-C, 1045. Se impone precisar que la infrapatrimonialización material no siempre importa la pérdida del capital social, que vinculamos a la inexistencia de patrimonio exteriorizado y no meramente insuficiente. La terminología esta ligada a la “función de productividad” y nosotros nos estamos concentrado en la “función de garantía del capital social”.

⁶⁸ “EL ABUSO EN LA TERCERA VIA EN CONCURSOS DE SOCIEDADES”, en Revista de la Facultad, Vol. I, n° 1, Nueva Serie II (2014), Facultad de Derecho y Ciencias Sociales (UNC), pág. 1.

⁶⁹ PALAZZO, Carlota “El art. 100 de la ley 19.550 como herramienta preconcursal”, pag. 173 y ss. Estudios de Derecho Empresario n° 14.

Como destaca Baracat⁷⁰, apuntamos a la preconcursalidad del sistema societario para atender a las crisis y evitar la dispersión del daño. Y ese punto es bien atendido por el régimen societario mundialmente.

Los administradores societarios no son responsables en ninguna de las sociedades, ni en las colectivas si no son socios. Tranquilizamos hace mucho a Héctor Alegría y lo volvimos a reeditar en el libro en su homenaje: *Sobre la conservación de la empresa (en torno a aspectos patrimoniales)*⁷¹. Allí sosteníamos nuevamente que la base de la responsabilidad es siempre subjetiva e imponía el daño, razón por la cual los riesgos se desatan ante la incapacidad de la sociedad de atender sus obligaciones.

La homologación de un acuerdo abusivo o en fraude a la ley no borra esa responsabilidad.

Nos resultó muy interesante el voto de la Dra. Porta en el caso “ARANCIBIA, Nora c/RODRIGUEZ, Ricardo Marcos y otro – ej. de créditos laborales” de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, Sala III del 22 de septiembre de 2008⁷² por cuanto a las clásicas referencias a los arts. 54, 59, 157, 274 LGS ante transferencia de cuotas e inexistencia de bienes en el patrimonio de la sociedad, apuntadas por el Dr. Guibourg, agrega “...la pérdida del capital social (art. 94 incs. 4 y 5) ...sino también por lo que establece el art. 99 párrafos 1 y 2...” para evitar responsabilidad, enrolándose en nuestra posición.

La doctrina⁷³ 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. Y este criterio doctrinal es el que ahora ha recogido el art. 167 in fine CCC, aclarando el art. 99 LGS –ante su imprecisión o defecto-, conforme el precepto del art. 150 a. CCC, como venimos repitiendo.

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.

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, anticiparse a la crisis y actuar como prevención del daño.

⁷⁰ BARACAT, Edgar J. “EL DESVANECIMIENTO DE LOS PROCEDIMIENTOS ORTODOXOS PARA ABORDAR LA INSOLVENCIA DE LAS PERSONAS FÍSICAS Y EMPRESAS. - ¿UN GIRO DEFINITIVO HACIA EL PRIVATISMO?”, en Revista de Derecho Comercial y de la Empresa, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2ª quincena diciembre 2011. El Prof. Baracat es Ministro de la Cámara Comercial de Rosario e inveteradamente preside o es ponente general en la Comisión de Derecho Procesal Concursal de los Congresos de Derecho Procesal.

⁷¹ En libro colectivo *Derecho económico empresarial Estudios en Homenaje al Dr. Héctor Alegría*, Coordinadores Diana Farhi y Marcelo Gebhardt, Editorial La Ley, Buenos Aires, 2011, tomo II pág. 1397.

⁷² MJ-JU-M-39249-AR | MJJ39249

⁷³ QUINTANA FERREIRA, F.y otros, “Carácter de la sociedad...”, cit. p. 512

No resulta posible promover acciones de responsabilidad contra un socio con responsabilidad limitada per se⁷⁴, o sea por su “responsabilidad societaria conforme al tipo”. 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 LGS, o sea por una conducta antijurídica de la cual resulte daño.

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 concurso⁷⁵ conociendo la causal disolutoria de pérdida del capital social, por haber intervenido en la reunión del órgano de gobierno donde se aprobó un balance con patrimonio neto negativo, sin justificación alguna que indicara que esa pieza contable –tan revalorizada por el art. 320 CCC-, no representa adecuadamente valores del activo por imposición legal de no actualización, por ejemplo.

La situación se cualifica si el órgano de gobierno formaliza una propuesta de acuerdo en un concurso o de cualquier forma se logra un acuerdo con quita, pues si hay pérdida del capital social de tal abuso y de fraude a la ley societaria resultaría responsabilidad⁷⁶.

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.

En torno a la función de garantía del capital social y la responsabilidad de los socios –incluso accionistas⁷⁷- señala un fallo: “la grosera ausencia patrimonial de Birlen SA para hacer frente a responsabilidades patrimoniales, no hace más que trasladar estos actos en forma directa a los partícipes en la misma, pues han sido ellos que han llevado a esta situación en la cual se ha generado una carencia total de patrimonio a fin de salvaguardar, primero a la sociedad misma y luego hacia los terceros que pudieran verse afectado por los actos de ella. Ante la descapitalización o infracapitalización, comparto lo indicado por la Cámara Comercial, Sala F, en cuanto a que estos casos resultan inoponibles la persona jurídica”.

La “grosera ausencia patrimonial” implica –a nuestra entender- la existencia de una causal de disolución cual es la llamada “pérdida del capital social” o sea la inexistencia de patrimonio de la sociedad –prenda común de los acreedores- que configura una causal de disolución. En el caso no se había manifestado con anterioridad al accionar del acreedor por una actitud omisiva de los responsables: la no confección de balances, la inexistencia de libros, etc.. La incapacidad patrimonial

⁷⁴ Puede verse la posición similar en RICHARD, E.H. y MUIÑO, Orlando M. *Derecho Societario*, cit 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.

⁷⁵ 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

⁷⁶ 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. La evolución de este pensamiento, particularmente con las previsiones de los arts. 2, 12, 150 y 167 CCC puede verse en www.acaderc.org.ar

⁷⁷ “APOSTILLAS SOBRE LA MANCOMUNACIÓN EN LAS SOCIEDADES DE LA SECCIÓN 4 DE LA LEY GENERAL DE SOCIEDADES” en *Doctrinaria Societaria y Concursal*, Ed. Errepar, n° 355 Junio 2017, Buenos Aires, pág. 535, donde también hacemos una referencia a la responsabilidad de socios y accionistas con responsabilidad aparentemente limitada.

para atender a todas las obligaciones de la sociedad podría no generar responsabilidad a administradores y socios si la “pérdida” no les fuera imputable, como podría ser la variación sorpresiva del valor de stock o de inmuebles, sin que hubieran contraído nuevas obligaciones desde que conocieran o “debieran conocer”.

Ante esa causal de disolución que implica la inexistencia de patrimonio suficiente, un estado de insolvencia que suele denominarse como “insolvencia patrimonial”, recordamos que la ley societaria contiene una opción imperativa en su art. 96 LGS: “Pérdida del capital. En el caso de pérdida del capital social, la disolución no se produce si los socios acuerdan su reintegro total o parcial del mismo o su aumento”. Esta causal como esta previsión debe ser entendida falta de patrimonio para atender las obligaciones de la sociedad, ante lo cual los socios imperativamente deben optar por liquidar o de no desearlo reintegrar el capital, o bien aumentarlo ellos mismos o invitando a terceros. Es una clara norma para evitar que la actuación de la sociedad genere daños.

Se colige que se esta configurando una suerte de orden público frente a la autonomía de la voluntad para constituir sociedades y dotarlas patrimonialmente conforme a una decisión personal. Nuevo orden adecuado para poner ciertos límites a esa autonomía si se generan daños, conforme referencias a normas imperativas -art. 150 CCC- o indisponibles –art. 962 CCC-, y la liquidación de las sociedades voluntaria o ante causales de disolución importa ese orden para asegurar la satisfacción de las obligaciones contraídas o de las responsabilidades asumidas.

Si la sociedad que ha perdido su capital, es declarada en quiebra, ¿Sería viable también la acción de responsabilidad que prescribe el art.173 LCQA, 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? Los argumentos precedentes generan la respuesta.

Ante la división patrimonial se impondría referirse a la llamada “inoponibilidad de la personalidad jurídica, frente al abuso del control de la funcionalidad societaria, perjudicando a la sociedad, a otros socios o a terceros. Respecto a éstos últimos particularmente por la insuficiencia del patrimonio de la persona jurídica para responder a las obligaciones generadas por relaciones contractuales o extracontractuales. Nos remitimos a trabajos anteriores para aligerar este ensayo⁷⁸, donde ya hemos agregado a las previsiones del art. 54 in fine LGS el omnicompreensivo art. 144 CCC.

VI – ACTIVIDAD ILÍCITA.

El tema de responsabilidad de administradores y socios adquiere especiales características si la sociedad desarrolla actividad ilícita, aunque ello no configure delito penal.

El art. 19 LGS sanciona con la disposición de oficio de liquidar a la sociedad que realiza actividad ilícita. La jurisprudencia ha determinado que ella puede ser total o parcial. Genera la responsabilidad solidaria de administradores y socios, con pérdida de la cuota de liquidación –“extinción de dominio” apuntamos-.⁷⁹

⁷⁸ “PERSONALIDAD JURIDICA Y RESPONSABILIDAD DE SUS MIEMBROS”, ya citado.

⁷⁹ “PROYECTOS DE RESPONSABILIDAD PENAL DE SOCIEDADES Y DE EXTINCIÓN DE DOMINIO: ¿Y EL ART. 19 DE LA LEY DE SOCIEDADES VIGENTE DESDE 1972?” “... la realidad no es así, la realidad está así. Y está así no porque ella quiera. Ninguna realidad es dueña de sí misma... nuestra lucha es por cambiarla y no acomodarnos a ella...” de Paulo FREIRE en *El grito manso*. Publicado en Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones N° 285, Julio-Agosto 2017 pág. 1035 (Sociedades - Sección Doctrina); “ACTIVIDAD ILICITA Y EL CASO OIL COMBUSTIBLES S.A.” Publicado en Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires número 290, Mayo/junio 2018, pág. 459 a 492.

La responsabilidad solidaria de administradores y socios determinada por esta norma desaparecería en el caso de sobrante de liquidación, pues no habría daño a terceros, salvo que les reclamaran por daño a la sociedad, la sociedad mima y los socios que acrediten buena fe.

El supuesto de sobrante de liquidación entraña una forma de “extinción de dominio” de los socios –derecho a la cuota de liquidación- en favor del estado, por el uso ilícito de la sociedad.

Obviamente que los socios que acrediten buena fe no se verán afectados. Ello es congruente al principio posteriormente recogido por el art. 167 in fine CCC para determinar la responsabilidad solidaria e ilimitada ante el déficit patrimonial.

VII – ¡SIGAMOS PENSANDO!

La sociedad, beneficiada con el reconocimiento de personería jurídica, es –a su vez- una institución jurídica pues nacida de la autonomía de la voluntad sólo puede desaparecer mediante un procedimiento expresamente previsto que es el de su liquidación, para asegurar la extinción de las relaciones jurídicas generadas durante su funcionalidad y que ningún tercero ha resultado insatisfecho.

Un tema ínsito en el análisis de las relaciones de organización personificadas, es ¿Para qué o por qué el derecho reconoce la personalidad? Sin duda seguridad jurídica, unificando las relaciones jurídicas, sin afectar derechos de terceros, o sea un fin eminentemente jurídico, un medio para el funcionalismo.

La teoría del descorrimiento del velo o de la desestimación de la personalidad se planteó ante el beneficio del privilegio que conlleva la personalidad en ciertas legislaciones, al instituir la limitación de responsabilidad de los socios o sea acotar el riesgo empresario. Una lección sencilla y brillante, aplicando esa previsión que ha sido generalizada con aún mayor simplicidad para todas las personas jurídicas en el art. 144 CCC –como hemos adelantado-, incluso las públicas⁸⁰.

Esa separación patrimonial, que importa constituir un centro imputativo de derechos y obligaciones, con posibilidad de autogestión, o personalidad, no sólo tiene una razón funcional permitiendo el negocio pensado conforme la causa del mismo -objeto social-, resguardando así esa separación, que persiste a cualquier evento en beneficio de los terceros.

Por este medio se está tutelando más que la limitación de responsabilidad de los socios, los intereses de quienes se vinculan con el nuevo centro imputativo en razón de la funcionalidad o finalidad del negocio, actividad o empresa que explota⁸¹.

La “sociedad es una persona jurídica, porque tiene patrimonio propio y un sistema de imputabilidad de derechos y obligaciones al mismo, con medios destinados a conseguir el fin

⁸⁰ PALAZZO, José Luis – RICHARD, Efraín Hugo “EL ART. 144 CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL (inoponibilidad de la personalidad jurídica)” en LA LEY año LXXX N° 54, TOMO LA LEY 2016-B-diario del lunes 21 de marzo de 2016. En la publicación se omitió lo que los Autores habían incluido en el título “: ¿una travesura o una concepción integral sobre responsabilidad de funcionarios públicos por daños patrimoniales ocasionados en el ejercicio irregular de su cargo?”; “INOPONIBILIDAD DE LA PERSONALIDAD JURÍDICA: IMPUTABILIDAD Y RESPONSABILIDAD” Publicado en Revista de Derecho Privado y Comunitario, Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe 2009, nº 2008 – 3 pág. 191 a 246. Reproducido por Microjuris, 2010.

⁸¹ La exposición de motivos que eleva el Proyecto de Ley General de Sociedades, respecto a la sociedad unipersonal, redactado por los Dres. Highton, Kamelmajer y Lorenzetti es representativo de la tendencia doctrinaria que exponemos sobre personalidad y responsabilidad.

propio...⁸². Bajo ese criterio, son personas jurídicas las que así sean determinadas por el respectivo ordenamiento positivo.

Es fundamental distinguir que "personificar" no implica limitar responsabilidad sino dividir patrimonios, particularmente en defensa de los terceros, y que quienes abusan del control o de los recursos técnicos societarios o contractuales deben asumir responsabilidad solidaria.

El plan de negocios que hoy no se requiere ni en la presentación en concurso de una sociedad ni en su obligatoria integración de la propuesta, exigiéndoselo en cambio al Síndico o a la cooperativa de trabajo que intenta continuar el giro, será ahora indispensable conforme la previsión del art. 100 LGS.

Sin duda la capitalización de deudas, incluso laborales, en el caso que se asegure la continuidad de la empresa, su viabilidad, el mantenimiento del empleo, podrá entregar experiencias interesantes sobre el "accionariado obrero" y una visión del "capitalismo emprendedor". A su vez, esta visión sobre la función de garantía del capital social y la responsabilidad de administradores, sindicatos y algunos socios –que han desconocido las normas imperativas o han sido mal asesorados– entreabre nuevas perspectivas para los trabajadores en caso de concurso o quiebra de una sociedad.

Este ensayo, a treinta años del funcionamiento del Instituto de la Empresa de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, deja abierta la conveniencia de converger sobre una axiología de la personalidad jurídica, incluso de la empresa, o mejor aún de las relaciones de organización, para atender desde la genética (concepción) hasta la liquidación (muerte), y a través de su funcionalidad (vida) colaborando con la interpretación constructivista en el perfeccionamiento y simplificación del sistema normativo, y en la predictibilidad de las conductas (de jueces y de administradores y partícipes de esas relaciones), para utilizar correctamente la institución jurídica sociedad, no afectando a terceros deliberadamente o por falta de adopción de las prácticas previstas en la legislación para la sociedad-persona jurídica, más allá del riesgo empresario.

⁸² VIVANTE, César *Tratado de derecho mercantil....* cit. págs. 6 y ss.