

**EN TORNO A LA REFORMA DE CONTRATOS ASOCIATIVOS Y SOCIEDADES****Efraín Hugo RICHARD**

**Resumen:** La reforma generada a las normas sobre contratos asociativos y sociedades en el Código Civil y Comercial y Ley General de Sociedades, nos motivan a presentar el plan metodológico que de ello resulta y algunos de los aspectos más relevantes de las mismas.

**Palabras clave:** contratos asociativos – personalidad de sociedades – inoponibilidad de la personalidad – responsabilidad mancomunada – fraude en propuestas de concurso

**Abstract:** The reform related to rules on Association and Collaboration Contracts in the Civil and Commercial Code and the Law of Corporations inspired us to present the resulting methodological plan, as well as some of the most relevant aspects implied.

**Key words:** collaboration contracts; personality of societies; unenforceability of personality; co-responsibility; fraud in state of insolvency proposals

**INTRODUCCIÓN**

Para este nuevo número de la edición electrónica de ESTUDIOS DE DERECHO EMPRESARIO, hemos considerado útil presentar una versión de los cinco trabajos presentados en las XXI Jornadas Nacionales de Derecho Comercial (Tucumán 19 y 20 de mayo), para generar un efecto expansivo de los trabajos de esa importante reunión académica.<sup>1</sup>

Iniciamos la presentación trabajando sobre el método de reforma en temas de sociedades y contratos asociativos, afrontando un tema polémico que genera la mayor problemática sobre estos últimos: su exorbitación en prácticas muy comunes. Luego apuntamos al nacimiento de la personalidad, la inoponibilidad hoy extendida -a nuestro criterio- a fronteras inesperadas, para apuntar finalmente a la responsabilidad mancomunada de las sociedades simples, finalizando sobre esa y otras responsabilidades de socios frente a la insolvencia de la sociedad y la congruencia con la ley de concursos y quiebras.

**CAPITULO I CONTRATOS ASOCIATIVOS Y EXORBITACIÓN**

**Síntesis:** Los contratos asociativos no otorgan personalidad jurídica, aún en su exorbitación por los representantes de los partícipes, pues no hay representación orgánica sino voluntaria.

**I – PLAN.** Parece conveniente avizorar las cuestiones centrales de las reformas sobre contratos asociativos y sociedades introducidas por el Código Civil y Comercial (CCC) y la ley general de sociedades (LGS), tratando de observar el plan general y la coherencia del sistema:

---

1 Publicadas en El Derecho Comercial a 200 Años de la aDeclaracion de la Independencia, Directores Carlos Roberto Antoni Piossek – Bernardo Pedro Carlino, Ed. Universidad Nacional de Tucumán, Tucumán, mayo 2016: ntos. “Contratos asociativos y exorbitación” pág. 77, “La personalidad jurídica. El patrimonio de las sociedades (Constitucion de las sociedades, efecto entre partes y ante terceros)” pág. 87, “Responsabilidad y el presupuesto objetivo: la propuesta de acuerdo” pág. 345, “Responsabilidad mancomunada en la ley general de sociedades” pág. 95, “Responsabilidad y el presupuesto objetivo: la propuesta de acuerdo” pág. 345, e “Inoponibilidad de la personalidad jurídica: el art. 144 CCC” pág. 109.

Reconocer aunque sea doctrinariamente las llamadas “Relaciones o negocios de organización”<sup>2</sup>: se regulan las relaciones de consumo y los contratos de organización para el consumo, además de las típicas relaciones asociativas no personificadas (contratos asociativos) y personificados (personas jurídicas privadas).

Refuerza el CCC la estructura de las personas jurídicas privadas, conformando una verdadera institución jurídica, que no se alteran por participar el Estado.

Elimina la noción de “acto de comercio” como base de la estructura del Código de Comercio – Ccom- 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 idea de empresa.

Unifica en LGS lo que era la ley de sociedades –LSC- para el CCom, 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.

Fija claramente la noción de sociedad en sentido estricto, distinguiéndola de sociedad anómala o en sentido amplio como era la seudo sociedad accidental, que no constituye persona jurídica pues no genera un patrimonio individualizable por terceros.

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 LSC, los contratos de colaboración empresaria (Agrupamiento de colaboración –AC- y Unión Transitoria de Empresas – UTE-) y agregando el consorcio de cooperación.

Removió la posibilidad de realizar por las 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 removida por la redacción del mismo en LGS: “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”. Incluyó en el art. 1531 CCC una modalidad especial del mutuo, que debería tenerse en cuenta en el endeudamiento soberano.

Reforzó la idea de autonomía de la voluntad bajo responsabilidad, pese al debilitamiento de 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 social, 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).

Eliminó efectos sancionatorios contra 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, incluso introduciendo una sociedad de libre organización, sistema que no ha generado los problemas que los primeros

---

2 Nto. LAS RELACIONES DE ORGANIZACIÓN. El sistema jurídico del derecho privado. 2ª edición corregida, Córdoba 2002, Editorial Advocatus.

comentarios vaticinaban.

Autorizó el fraccionamiento patrimonial a través de la llamada constitución de sociedad por declaración unilateral de voluntad, ya existente en la escisión, conforme al mensaje de la Comisión que serviría para interpretar las normas, pero que en el caso no podrá ser usado por la alteración total 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.

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

Receptó para todas las personas jurídicas el llamado sistema de “la inoponibilidad de la personalidad jurídica” en el art. 144 CCC.

**II - NEGOCIOS SOCIETARIOS Y DE COLABORACIÓN.** El CCC regula nuevas formas de negocios en participación. En primer lugar se regulan todas las sociedades en la que se llamará Ley General de Sociedades (LGS). En segundo lugar se trasladan de la ley de sociedades comerciales al CCC todas las figuras contractuales con finalidad común, al Capítulo 16 como “Contratos asociativos”, señalando el inicial art. 1442 que “no se le aplican las normas sobre la sociedad, no son, ni por medio de ellos se constituyen, personas jurídicas, sociedades ni sujetos de derecho”, y conforme su primer párrafo se aplican a “todo contrato de colaboración, de organización o participación, con comunidad de fin, que no sea sociedad”.

En Francia<sup>3</sup> se plasmó una discusión dogmática sobre si eran o no sociedades<sup>4</sup>, lo que impuso referirse a dos criterios de “sociedad”, lo que alguna doctrina intenta extender a todos los contratos asociativos. El punto es hoy abordado por la Exposición de Motivos del CCC: “Sin embargo, hay una persistencia del modelo societario que hace que, con demasiada frecuencia, se los confunda y se los termina 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. Las actividades en común, informales, transitorias, quedan encorsetadas en la hermeneútica conceptual de este modelo de sociedad-persona jurídica-típica”.

Esa incorrecta concepción genérica es tanto mayor cuanto menos requisitos se exigen para configurar la relación societaria, los que -en esa concepción amplia que engloba a la sociedad anómala o sociedad en participación- podrían concretarse como: a. fin, finalidad u objeto común o autónomo, b. actividad comercial u origen comercial, no legislativo<sup>5</sup>. El nudo funcional, o de fin común, o carácter común de la relación aparece como fundamental<sup>6</sup>. Ese fin común no es sólo el medio o

---

3 Nto. “EL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL Y CONTRATOS ASOCIATIVOS (negocio en participación y agrupamiento de colaboración, arts. 1442 a 1462)” en Código Civil y Comercial de la Nación – CONTRATOS EN PARTICULAR – Suplemento Especial. AAVV director Rubén S. Stiglitz, Ed. Thomson Reuters LA LEY, Buenos Aires abril 2015, págs. 307 a 328.

4 POULLE *Traité théorique et pratique des sociétés en participation*, París 1887. JOBIT *L'association en participation*, Tesis, París 1912; ADOLPH *De l'association en participation*, París 1912, citados por Solá Cañizares.

5 Nto. *Sociedad y contratos asociativos* Ed. Zavalia, Buenos Aires 1989, pág. 124. Se corresponden estos criterios a aquellos que denominan como sociedad a lo que el mismo Vélez Sársfield ya descartaba en su nota referida y transcrita al art. 1648 C.C.A. (Código Civil argentino vigente hasta el 31 de diciembre de 2015).

6 FERNÁNDEZ de la GÁNDARA, Luis *La atipicidad en derecho de sociedades*, Ed. Pórtico, Zaragoza; p. 298 y ss., específicamente p. 304...El tema de la identidad causal del acto constitutivo de sociedad pone en juego, en primer término, el problema de la validez dogmática del fin común como medio de individualización de los fenómenos asociativos en sentido amplio y, dentro de éstos, del contrato de sociedad.

sociedad, sino la actividad funcional y el resultado: “la participación en el beneficio a alcanzar con determinado negocio”. Son los llamados negocios participativos, que se involucran como asociativos sin ser sociedad persona jurídica. En ellos pueden darse modalidades de explotación de derechos de propiedad industrial, formas de edición, subparticipaciones o sociedad con el socio, comunidades de intereses convenidas en relaciones de coordinación de empresas, algunas figuras de explotación agrícola y ganadera, en actividades de gestión, arrendamientos, explotación de empresas ajenas<sup>7</sup>, o especiales financiamientos que no configuran préstamos.

Se dejaba así la advertencia que el uso de la palabra “sociedad” abarca, normativa o doctrinariamente, supuestos no personificados.

Contrasta la concepción de sociedad en sentido lato con el criterio estricto de sociedad, que podría caracterizarse por los siguientes elementos y que campea en la LGS: a. la manifestación externa, b. la constitución de un patrimonio común o autónomo, c. la durabilidad, d. el carácter económico, además de común, del fin, para distinguirla de la asociación. e. actividad u origen negocial. f. organización o forma organizada, g. reconocimiento legal de personalidad, h. que se agregan, obviamente, al fin u objeto común.

Estos son los aspectos centrales para determinar cuando una relación configura sociedad de hecho, sociedad en sentido estricto y no un mero negocio en participación.

Las cuentas en participación o negocios en participación han mostrado la posibilidad de nuevos usos a través de la incorporación en derecho italiano a modalidades de financiamiento de negocios específicos por las sociedades por acciones. Frente a expectativas generadas por esa reforma italiana en torno a ese financiamiento formalizamos un paralelo con similares posibilidades<sup>8</sup>. El CCC introduce una figura de mutuo fácilmente de confundir con un negocio en participación. Hacemos referencia a los préstamos en participación, regulados por el CCC. En efecto el Artículo 1531 reza: “Las reglas de este Capítulo (del préstamo o “Mutuo”) se aplican aunque el contrato de mutuo tenga cláusulas que establezcan que: a) la tasa de interés consiste en una parte o porcentaje de las utilidades de un negocio o actividad, o se calcula a una tasa variable de acuerdo con ellos; b) el mutuante tiene derecho a percibir intereses o a recuperar su capital sólo de las utilidades resultantes de un negocio o actividad, sin derecho a cobrarse de otros bienes del mutuario; c) el mutuario debe dar a los fondos un destino determinado”.

Resulta claro que al distribuir el riesgo, el costo financiero para la sociedad gestora tenderá a disminuir radicalmente. Impositivamente al ser un préstamo, el hecho imponible se generará no al devengarse utilidad sino en el momento de cancelación efectiva de intereses y capital.

La modalidad del inc. b) tiene una identidad –salvo en este aspecto impositivo- con el negocio en participación. Claro que en el concurso y en la quiebra del deudor podría tener inteligencias diversas, por los efectos respecto a todas las acreencias pendientes y no advertir que se haya creado un privilegio.

**III - EXORBITACION FUNCIONAL DEL AGRUPAMIENTO DE COLABORACIÓN<sup>9</sup>.** Se sostiene aún una supuesta personalidad de los contratos asociativos por cierta doctrina que aún insiste que los

---

7 Nto. Organización Asociativa, Ed. Zavalía, Buenos Aires.

8 El tema mereció nuestra atención juntamente a Jorge Fernando FUSHIMI en el VI Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa, [www.acaderc.org.ar](http://www.acaderc.org.ar).

9 Similar análisis cabe para la unión transitoria de empresas y para el consorcio de cooperación.

contratos de colaboración empresaria constituyen en nuestro país sujetos de derecho<sup>10</sup>, queriendo encontrar una base ontológica al reconocimiento de personalidad que, a nuestro entender, es una mera técnica jurídica otorgable a supuestos en que se configura un centro de imputación (otra técnica puede ser la patrimonialización).

No lo altera la existencia de un fondo común operativo, como patrimonio, ni de la denominación y domicilio del contrato de colaboración empresaria, que facilita la individualización y la imputación de los actos de los representantes convencionales, frente a la expresa declaración de la ley: no es sujeto de derecho. No existe una representación orgánica, colegial o social, sino de carácter convencional, aunque la ley exija se otorgue.

Se apunta al criterio de la A.F.I.P. y las normas tributarias que consideran sujeto tributario a los contratos de AC ó de UTE. Entendemos que ello es en virtud del principio de la realidad económica: si actúan como sujeto de derecho deben tributar. Además debe distinguirse entre sujeto de la imposición de responsable de la imposición<sup>11</sup>.

Bajo ese parámetro, el representante de un contrato de Agrupamiento de Colaboración que adquieran bienes a nombre del "contrato" y no de los partícipes en condominio funcional, como señala la ley, ó que aplican esos bienes a realizar actos a favor de terceros, están actuando como "sociedad atípica".

Igualmente si a través de la actuación del representante de los partícipes, o por los propios partícipes compra bienes al nombre de fantasía o factura a terceros sin dividir las participaciones de los partícipes de quiénes es representante, y no del contrato de colaboración como sujeto, estará actuando como sociedad, y se correrán los riesgos por ello.

Así aceptada la condición de sujeto de derecho ante la A.F.I.P. se confiesa la desnaturalización del contrato y haber actuado como sociedad atípica o de hecho, con todas las consecuencias que de ello resulta, incluso por la pluralidad de patrimonios de los partícipes y de los derechos de sus acreedores individuales, por la alteración de centros de imputación respecto de terceros.

El negocio representativo de representación orgánica implica que la declaración de voluntad de uno se imputa al patrimonio de otro en virtud de una disposición de la ley o de un negocio jurídico<sup>12</sup>.

En los contratos de colaboración empresaria típicos<sup>13</sup>, los representantes no lo son del "contrato"

---

10 Puede verse en nto. CONTRATOS DE COLABORACION Y SOCIEDADES Ed. Advocatus, Córdoba 1996, Cap. "Representación y relaciones de colaboración exorbitadas" p. 257. Id VERÓN, Alberto Víctor Reformas al régimen de sociedades comerciales. A tenor del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación (Ley 26.994, Buenos Aires 2014, Ed. La Ley, Capítulos LII, LIII, LIV, págs. 673 y ss.. Importantes comunicaciones al VII Congreso Argentino de Derecho Societario y III Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa, Buenos Aires 1998, da cuenta en su tomo III de numerosas comunicaciones que ponen de resalto la existencia del problema, la supuesta personificación fiscal de estos contratos y la apreciación negativa general: Personalidad tributaria de las UTEs de José Daniel Barbato y Amícar Bernardo Areco (p.349), Uniones transitorias de empresas. Particularidades jurídicas, impositivas y contables por Susy Inés bello Knoll, Claudia Golubok y Pablo Sergio Varela (p.359), Utes y Contratos de colaboración: objeto de tributación por María Cristina Mercado de Sala (p.424).

11 Nto. "Representación y relaciones de colaboración exorbitadas" en Contratos de colaboración y Sociedades, libro colectivo de nuestra dirección, Ed. Advocatus, Córdoba 1996, pág. 257.

12 Cfme. FONTANARROSA, Rodolfo Derecho Comercial Argentino tomo 1 pág. 346 y ss. "Teoría general de la representación", donde indica como representación legal la impuesta a las personas jurídicas.

13 Remitimos -brevitatis causa- a otros aspectos sobre responsabilidad e imputabilidad a través de estos contratos a nto. "FRACCIONAMIENTO DE LA RESPONSABILIDAD FRENTE A CONSUMIDORES Y TERCEROS A TRAVES DE LOS CONTRATOS DE COLABORACION" en libro colectivo LOS DERECHOS DEL HOMBRE. Daños y protección a la persona Bs. As. Febrero 1997. Ed. Ediciones Jurídicas Cuyo, págs. 265 a 386.

sino de los "partícipes" en negocios que tengan por "causa" la funcionalidad del contrato. Se trata de una representación voluntaria: "individual o colectiva" en el contrato de colaboración empresaria (art. 1455 ap. H. CCC). Se trata en todos los supuestos de un mandato representativo, voluntario y no de representación orgánica. La cuestión ha sido expresamente resuelta por el CCC en el art. 1442<sup>14</sup> que en forma reiterativa señala que no son ni sociedades ni personas jurídicas.

La zona de riesgo es evidente y sólo la actitud de la jurisprudencia cautelar generada por buenos asesores ha evitado esos riesgos. Los mismos, devienen de configurar un contrato de colaboración empresaria típico, con actividades desbordantes, no han sido todavía suficientemente analizados.

No nos referimos a la exorbitación estructural que implica ponerle el nombre de un contrato asociativo a una organización societaria, lo que no permite dudar en que estamos frente a una sociedad, pues las cosas son lo que son no cambiando su naturaleza el nombre que se les impone privadamente.

**IV – MEDITANDO.** Como se advertirá, las cuestiones desarrolladas implican un cambio tanto en la forma de pensar como en la forma de observar el desarrollo de la actividad organizada. Más que una tesis una preocupación, tratando de unificar principios sin dejar de advertir la irrupción de un método de relaciones de organización que altera el tradicional método de reglar relaciones de cambio.

## **CAPITULO II LA PERSONALIDAD JURÍDICA. EL PATRIMONIO DE LAS SOCIEDADES (Constitución de las sociedades, efectos entre partes y ante terceros).**

**Síntesis:** El Código Civil y Comercial (en adelante CCC), texto aprobado por ley 29.994, impone una visión amplia del sistema jurídico, una nueva perspectiva en la unidad del derecho –arts. 1 y 2 CCC-.

Por ello, en el tema que abordamos, se impone integrar las referencias a las Personas Jurídicas en el CCC, que tiene 4 artículos generales del 141 al 144 –tanto para las privadas como para las públicas (art. 146 CCC). Estas últimas lo son desde su constitución o de su existencia como tales – art. 142-, pero no lo es para las privadas que se perfecciona conforme al tipo cuando cumplen todos los recaudos, pero son oponibles a terceros cuando operan y se hace conocer el instrumento de constitución.<sup>15</sup>

I. La cuestión impone un breve recorrido sobre las nuevas normas de organización de personas jurídicas y su congruencia con la LGS, que aceptan una mayor autonomía de la voluntad en la elección de las técnicas organizativas, pero subrayando que la desaparición del ente generado debe

---

14 Art. 1442.- Normas aplicables. Las disposiciones de este Capítulo se aplican a todo contrato de colaboración, de organización o participativo, con comunidad de fin, que no sea sociedad. - A estos contratos no se les aplican las normas sobre la sociedad, no son, ni por medio de ellos se constituyen, personas jurídicas, sociedades ni sujetos de derecho. - A las comuniones de derechos reales y a la indivisión hereditaria no se les aplican las disposiciones sobre contratos asociativos ni las de la sociedad.

15 "A riesgo de repetir, insistimos que la Memoria que acompañe un Balance del que resulta la pérdida del capital social –causal de disolución uniforme en el derecho comparado- o un pasivo corriente mayor que el activo corriente impone una explicitación sobre las conductas a seguir por socios o previsiones de los administradores. ¿Se puede suponer que no es dolosa la actuación de administradores societarios que continúan el giro, y contratan con terceros a sabiendas de las dificultades de cumplir las obligaciones conforme los están asumiendo? Contraria, además de normas generales de la actuación de buena fe los códigos de conducta impuestos por la teoría de la "Responsabilidad Social Empresaria". (RICHARD, Efraín H., "La enseñanza del derecho societario y del derecho concursal ...", cit., loc. cit.).

serlo a través de procedimientos institucionales que extingan las obligaciones asumidas a través de la persona jurídica.

Se regula la persona jurídica a partir del art. 141 CCC, receptando los criterios tradicionales de la doctrina, y los aportes que a la teoría de la personalidad agregó el estudio y desarrollo de la legislación y jurisprudencia sobre sociedades comerciales.

El CCC distingue entre personas jurídicas públicas y privadas en el art. 145, y sobre estas últimas es donde se ejercita la autonomía de la voluntad para elegir una organización jurídica adecuada a las necesidades de los constituyentes, como causa del negocio. Acotamos para los especialistas en derecho público que para las sociedades en caso de licitaciones donde se requiere acreditar la constitución “regular”, ahora bastará el contrato de constitución para considerarlas “regulares”, pues esta calificación ha sido eliminada en el sistema previsto en arts. 21 y ss. LGS.

La personalidad jurídica conceptualiza un centro de imputación diferenciado de sus miembros (art. 143 CCC), con capacidad para adquirir derechos y contraer obligaciones (art. 141 CCC); generándose un patrimonio, prenda común de los acreedores de esa nueva persona, que no pueden agredir los acreedores individuales de sus miembros.

Se refuerza la tesis que el ordenamiento jurídico es el que impone la personalidad<sup>16</sup>: sólo la tienen los patrimonios separados a los que alguna norma les atribuya la calidad de persona jurídica.

**II.** Tema central de la personalidad jurídica, desde lo práctico, es determinar el momento desde el que se reconoce la imputación diferenciada erga omnes: ¿la elección del medio de constitución, el negocio de constitución suscripto por sus miembros, el tipo de persona jurídica elegida, la inscripción y/o la mera actuación?: “ARTICULO 142. Comienzo de la existencia. La existencia de la persona jurídica privada comienza desde su constitución (...)” Esta norma define una cuestión problemática disponiendo que la existencia de esas personas jurídicas lo es desde su constitución, aspecto que no puede ser llevado al extremo de oposición a terceros cuando el tipo de organización exija recaudos especiales de publicidad. Es decisión del legislador reconocer la existencia de la persona jurídica privada desde su constitución, pero determina desde cuando se generan los efectos de limitar la responsabilidad de los miembros, o subordinar a los acreedores individuales de ellos o del único socio, son otros aspectos. ¿Cuándo ocurriría ello al “constituir” una sociedad anónima unipersonal (SAU)?

Obviamente la norma toma en cuenta particularmente a las personas públicas. Para las personas privadas sin duda será oponible entre los constituyentes, en coherencia con lo normado en la Sección IV del Título I LGS.

**III.** El 143 CCC, aplicable por lo expuesto tanto a personas jurídicas públicas como privadas, determina que los miembros se diferencian: “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”. Y lo que expone el Título sobre este aspecto impone reflexiones.

---

16 RICHARD, Efraín Hugo – MUIÑO, Orlando Manuel. Derecho Societario, Ed. Astrea, Bs.As., 1997, p. 36. “La personificación jurídica es un medio técnico-jurídico de simplificación de relaciones jurídicas, que el legislador dispone conforme la política legislativa que se imponga para autorizar que los particulares conciban el nacimiento de nuevos sujetos de derecho conforme lo autorice la legislación”. En idéntico sentido SUAREZ ANZORENA, Carlos, “Personalidad de las sociedades”, en ZALDÍVAR Enrique y otros. “Cuadernos de Derecho Societario”, T. I, Ed. Macchi, Bs.As., 1973, p. 130. “...la persona societaria constituye un medio jurídico-cultural que el derecho posibilita a los efectos de la mejor organización de los fines humanos que reputa lícitos”.

La situación acaece cuando el tipo elegido de persona jurídica, 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 persona jurídica constituida pero sin cumplir trámites de publicidad, deberá acreditar que contrató con la misma o su existencia en caso de una obligación extracontractual. Será un problema de prueba.

La publicidad de hecho o de derecho, y las formalidades legales dan seguridad a los integrantes de la persona jurídica y, particularmente, a terceros. A éstos por cuanto sus créditos se garantizan con el patrimonio afectado (imputado). A los miembros por cuanto determinan grados de responsabilidad (tipicidad de primer y segundo grado en el tipo elegido para organizarse).

Quizá la cuestión probatoria se resuelva no con la mera constitución, sino con la actuación externa como persona jurídica, vinculando al tercero con un patrimonio —o excluyéndolo—, lo que impondrá su inscripción en la AFIP y la obtención de la CUIT.

Es el efecto de la división patrimonial, de la generación de un nuevo patrimonio. Se plasma el efecto fundamental del reconocimiento de la existencia de una persona jurídica privada: quien reclame a la misma debe intentar satisfacerse del patrimonio de la persona jurídica. Sólo excepcionalmente podrán reclamarse a los miembros que la constituyeron, que pueden tener que responder conforme al tipo de persona jurídica que han constituido, lo que se advierte fácilmente en el caso de sociedades donde la elección va desde tipos con responsabilidad de sus miembros hasta otros que relativizan y condicionan cualquier reclamo de responsabilidad si se ha “usado” legalmente la sociedad. Se generan centros diversos sobre el que los acreedores de la persona jurídica podrán pretender excluir a los acreedores individuales de los miembros. El concurso preventivo o quiebra de esa persona jurídica generará una masa invulnerable, ya que los acreedores personales de los titulares de participaciones en la concursada o fallida no podrán pretender derechos sobre esos bienes.

La responsabilidad subsidiaria de los miembros o socios es siempre subsidiaria, pues el patrimonio de la sociedad es la prenda común de los acreedores. Se dejó de lado el sistema de responsabilidad directa de la sociedad civil<sup>17</sup> y se receptó la reglada originariamente en la Ley de Sociedades Comerciales, que es conforme la estructura de la persona jurídica en el Código Civil y Comercial.

**IV.** Respecto de terceros la mera constitución de la sociedad no les será necesariamente oponible si no se cumplieron los requisitos de publicidad previstos para las sociedades del título II.

Pero si la sociedad actúa, generando así derechos y obligaciones, la cuestión cambia aunque no se hubiera cumplido con la publicidad que genera efectos expansivos “erga omnes” de esa personalidad.

La nueva regulación de la LGS determina: “2.8.- Sustitúyese el artículo 21 de la ley 19.550, T.O. 1984, por el siguiente: Artículo 21.- Sociedades incluidas. La sociedad que no se constituya con sujeción a los tipos del Capítulo II, que omita requisitos esenciales o que incumpla con las formalidades exigidas por esta ley, se rige por lo dispuesto por esta Sección. - 2.9.- Sustitúyese el

---

17 SUAREZ, Sergio Pablo “Las sociedades del Capítulo 1 Sección IV de la ley general de Sociedades (Sociedad General y Sociedad defectuosa) en Revista de las Sociedades y Concursos, Ed. Fidas, año 16, 2015 2-3, Buenos Aires abril 2016, pág. 35 y ss., especialmente p. 49.

artículo 22 de la ley 19.550, T.O. 1984, por el siguiente: Artículo 22.- Régimen aplicable. El contrato social puede ser invocado entre

Los socios. Es oponible a los terceros sólo si se prueba que lo conocieron efectivamente al tiempo de la contratación o del nacimiento de la relación obligatoria y también puede ser invocado por los terceros contra la sociedad, los socios y los administradores. - 2.10.- Sustitúyese el artículo 23 de la ley 19.550, T.O. 1984, por el siguiente: Artículo 23.- Representación: administración y gobierno. Las cláusulas relativas a la representación, la administración y las demás que disponen sobre la organización y gobierno de la sociedad pueden ser invocadas entre los socios. En las relaciones con terceros cualquiera de los socios representa a la sociedad exhibiendo el contrato, pero la disposición del contrato social le puede ser opuesta si se prueba que los terceros la conocieron efectivamente al tiempo del nacimiento de la relación jurídica. - Bienes registrables. Para adquirir bienes registrables la sociedad debe acreditar ante el Registro su existencia y las facultades de su representante por un acto de reconocimiento de todos quienes afirman ser sus socios. Este acto debe ser instrumentado en escritura pública o instrumento privado con firma autenticada por escribano. El bien se inscribirá a nombre de la sociedad, debiéndose indicar la proporción en que participan los socios en tal sociedad. -Prueba. La existencia de la sociedad puede acreditarse por cualquier medio de prueba.”

Partiendo de un principio general el contrato pasa a ser oponible entre las partes, y aquí nos referimos tanto al contrato –probable por cualquier medio- como a la contrata –o sea a la manifestación escrita-.

Pero podría generarse alguna duda respecto a la oponibilidad a terceros. Éstos siempre podrán hacer oponible a la sociedad y a los socios la relación por la contrata –por cualquier medio que la hubieran obtenido- o por cualquier medio de prueba. El centro de la cuestión cuando la sociedad y los socios pueden oponer la contrata a los terceros, incluso respecto a la representación, y la norma ha dispuesto “pero la disposición del contrato social le puede ser opuesta si se prueba que los terceros la conocieron efectivamente al tiempo del nacimiento de la relación jurídica”, se descarta que ese conocimiento pueda ser presunto, por la mera exhibición del contrato en una relación representativa, descartando en buena fe un conocimiento presunto.

La previsión normativa, en resguardo de los terceros y de la propia sociedad por la actuación a través de un socio, impone que su administrador o socios no se limiten a la exhibición del contrato sino a una entrega notificada de la totalidad del mismo, lo que hemos recomendado cuando se inician relaciones estables y será indispensable en las relaciones con bancos. De esta forma se podrá acotar la actuación de los socios, limitándola a los administradores contractuales, incluso fijando los límites de actuación plural.

La segunda parte del art. 23 LGS establece “que en las relaciones con terceros cualquiera de los socios representa a la sociedad exhibiendo el contrato”, pero a renglón seguido, expresa “ pero la disposición del contrato social le puede ser opuesta si se prueba que los terceros la conocieron efectivamente al tiempo del nacimiento de la relación jurídica”. Esta segunda parte parecería innecesaria, pues si cualquier socio representa a la sociedad exhibiendo el contrato, parecería que en toda relación negocial, el tercero conoció o debió conocer las cláusulas referentes a la administración societaria. El tema tiene importancia desde el punto de vista profesional, porque al redactar o asesorar sobre la constitución de un contrato societario incluido en la Sección IV, se debe informar a los constituyentes sobre los específicos alcances de esta norma, y si quedan suficientemente cubiertos con las limitaciones que se podrían incluir en el contrato respecto a la administración y obligaciones frente a terceros, que como hemos dicho debería ser notificado en su

totalidad y no meramente en la exhibición de administradores, cuya inclusión generará la imputabilidad a la sociedad aunque en otra parte del contrato hubiera una condicionante.

Parece una redundancia, pero en la discusión interna quedo claro la conveniencia que en los contratos no inscriptos el tercero debe ser notificado expresamente de la recepción de copia del contrato. Esto esta vinculado al art. 60 LGS, el nuevo Director obliga a la Sociedad, pero si no se cancela la inscripción el anterior la sigue obligando hasta que no se cancele la obligación, o a todos los terceros que contratan con la sociedad se les haga conocer el cambio de Directorio o administrador.

Recuérdese que conforme a la ley y en protección a terceros un socio representa a la sociedad exhibiendo el contrato, que podría ser la escritura pública donde socios de una sociedad sin contrata adquieren un bien registral, reconociéndose como tales y la proporcionalidad de cada uno, sin indicar nada sobre el régimen de administración, que quedaría así a cargo de cualesquiera de ellos.

Justamente en los tres Proyectos antecedentes se estableció que "el contrato social podrá invocarse entre los socios" (Art. 22, segundo párrafo, apenas distinto en el actual). Y es oponible a los terceros "cuando se pruebe que lo conocieron efectivamente al tiempo de la contratación o del nacimiento de la relación obligatoria" (texto idéntico en los tres proyectos). Por supuesto, el contrato puede ser invocado por los terceros contra la sociedad, los socios y los administradores.

Una jurista apunta justamente "en su actual redacción, radica en el 'conocimiento' que los terceros debieron adquirir del contrato social de las sociedades irregulares incluidas en este novedoso régimen para que este instrumento les resulte oponible, y consideramos que, a lo fines de evitar la proliferación de pleitos y procurar la seguridad jurídica en el trámite mercantil, ese conocimiento del contrato social solo puede adquirirse mediante la entrega del respectivo instrumento por la sociedad o su representante al momento de la contratación o del nacimiento de la relación obligatoria –como lo prescribe el texto del artículo 22-, no debiendo administrarse el conocimiento ficto o presumido..."<sup>18</sup>

La autonomía de la voluntad que campea en la LGS para elegir técnicas de organización personificadas impone cautela en orden a las relaciones con terceros para evitar equívocos, fraudes o litigiosidad.

### **CAPÍTULO III INOPONIBILIDAD DE LA PERSONALIDAD JURÍDICA: EL ART. 144 CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL**

**Síntesis:** La ubicación del art. 144 del Código Civil y Comercial (CCC) permite avizorar la posibilidad de imputar responsabilidad al dirigente con poder, "controlante" de personas jurídicas públicas, además de extender el régimen del art. 54 Ley General de Sociedades (LGS) a todas las personas jurídicas privadas.

**I - PERSONAS JURÍDICAS ESTATALES: RESPONSABILIDAD DE SUS CONTROLANTES.** Lo referido es lo que llamamos una travesura de los jusprivatistas a los administrativistas<sup>19</sup>. Parecería que la cuestión de responsabilidad de funcionarios ha sido eliminada del CCC y para tratarse en ley

---

18 GONZALEZ CIERNY, Marcela Alejandra "Las sociedades de la sección IV de la ley 19550 y su oponibilidad a terceros. Algunas dudas que plantean los artículos 22 y 23 en su actual redacción", en Revista de las Sociedades y Concursos, Ed. Fidas año 16 – 2015 2/3, Bs. Aires abril 2016, pág. 81 y ss..

19 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.

especial, congruente como se sancionó el art. 1764 CCC haciendo inaplicables el cap. I o sea de los arts. 1708 a 1788 a la “responsabilidad del Estado de manera directa ni subsidiaria”, complementada por el art. 1765. Y el art. 1766 referida a la responsabilidad de sus funcionarios y empleados públicos “en el ejercicio de sus funciones por no cumplir sino de una manera irregular las obligaciones legales que les están impuestas se rigen por el derecho administrativo”.

Responde el texto sancionado, modificando lo proyectado, a lo dispuesto en la ley 26.994 promulgada de hecho el 7 de agosto de 2014, en la que se dispone en su art. 2 que el Código Civil no se aplicará a la responsabilidad del Estado ni en forma directa ni subsidiaria. Pero nada dispone en torno a la responsabilidad de funcionarios públicos.

Pocos institutos jurídicos resultan tan inestables, inasibles, inseguros y con una irrefrenable tendencia a fugarse de la ley y de las condenas judiciales, como el referido a la responsabilidad patrimonial de los funcionarios públicos derivada ilegítimo ejercicio de su cargo o representación institucional.

Un despliegue – más o menos completo – por los extensos vericuetos de la administración del Estado, desde una perspectiva de los valores constitucionales, nos debería conducir a normas claras y contundentes de fácil aplicación para que los daños materiales que sufran los administrados y el propio estado mandante, como consecuencia del indebido servicios prestado por un servidor público, sean reparados en base a criterios de integralidad.

Tanto el CCC, como la Ley N° 26.944 llamada de Responsabilidad del Estado, incurren en una confusión (deliberada o no) de agrupar de una manera simplista, bajo la denominación de “responsabilidad del estado o de los funcionarios públicos”, cuestiones que exigen un método de análisis de los distintos supuestos posibles, y de los diversos ordenamientos jurídicos que se ven afectados. Sin este necesario análisis y tarea adicional de precisión temática, se viola la Constitución Nacional, los Tratados internacionales suscriptos por la República Argentina, con vigencia operativa en todo su territorio (Art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional, y las leyes, entre las que adquiere significativa relevancia el CCC.

Es que, si la conducta del agente contraria una norma y en consecuencia es una conducta ilícita, y de este obrar u omisión, deriva una daño patrimonial para el estado o un particular, administrado o usuario, nace una responsabilidad indemnizatoria que se rige por el sistema jurídico que tutela el derecho de propiedad de rango convencional internacional y constitucional.

**II – SOBRE ESA INOPONIBILIDAD.** Es tema central para debatir la vision sistémica que impone el art. 2 CCC, conforme una norma aplicable a todas las personas jurídicas para sus controlantes (normalmente funcionarios de alto rango): “ARTICULO 144. Inoponibilidad de la personalidad jurídica. La actuación que esté destinada a la consecución de fines ajenos a la persona jurídica, constituya un recurso para violar la ley, el orden público o la buena fe o para frustrar derechos de cualquier persona, se imputa a quienes a título de socios, asociados, miembros o controlantes directos o indirectos la hicieron posible quienes responderán solidaria e ilimitadamente por los perjuicios causados” (el subrayado nos corresponde).

La doctrina tiende a ver una ampliación de aplicación, a través de esa norma, de las previsiones similares para las sociedades contenida en el art. 54 in fine ley 19550 –ahora Ley General de Sociedades (LGS)-. Pero lo comentan como una mera ampliación a todas las personas jurídicas

privadas<sup>20</sup>. Para esa interpretación la norma debió ser insertada más adelante y no para las personas jurídicas en general si se intentaba excluir a las personas jurídicas públicas de esa norma.

Es aplicable, a nuestro entender por las razones sistémicas propuestas y estar dentro de las únicas 4 normas que regulan también a las personas jurídicas públicas estatales, además de por la expresión “controlantes directos o indirectos” a quienes hayan abusado de las mismas, que involucra a funcionarios de alto rango.

**III – NO SE TRATA DE RESPONSABILIDAD DEL ESTADO.** No se trata de la responsabilidad del Estado sino de funcionarios o todas aquellas personas humanas –o jurídicas- que puedan entenderse como “controlantes directos o indirectos” que “hicieron posible” la “actuación” antijurídica de una persona jurídica pública -agregamos-, “quienes responderán solidaria e ilimitadamente por los perjuicios causados”. Estos serán los legitimados pasivos. Los activos los que acrediten daño e intenten responsabilizarlos. En primer lugar será legitimado activo el propio Estado nacional, provincial o municipal.

No se trata de cuestionar la personalidad jurídica de entes estatales –ni otros públicos, como tampoco de los privados-, sino de imputar a sus controlantes en un doble sentido: Imputación (o atribución) material (cuestión que es emplazada en el terreno de la relación causal del incumplimiento obligacional que genera daño), y a una imputación en el plano subjetivo (culpa o dolo, por acción u omisión), que actúa como factor de atribución o sea, el elemento axiológico o valorativo con arreglo al cual el sistema justifica que el sindicado como responsable deba resarcir el daño.

Deviene de esa norma que los efectos de la conducta antijurídica o del uso desviado de la persona jurídica, implica una imputación de los perjuicios: la responsabilidad solidaria e ilimitada.

**IV – ALGO SOBRE EL ART. 54 IN FINE LGS Y LA NORMA EN COMENTARIO.** El régimen especial del art. 54 in fine LGS y art. 144 CCC no difieren fundamentalmente, en alguno de sus aspectos, del régimen general de atribución de responsabilidad por conductas, que impone la obligación de reparar cuando concurren todos los presupuestos de la responsabilidad civil.

De lo dicho se sigue que la imputación directa de la actuación desviada de la persona jurídica a los controlantes que la hicieron posible importa que dichos controlantes de derecho o de hecho (art. 144 CCC) queden obligados personalmente por las obligaciones de la persona jurídica pero ello no implica que se anule la personalidad o que deba disolverse el ente.

En rigor, lo que se pierde –en estos casos- es el aparente escudo que ampara al abusador de la división patrimonial de primer grado entre el sujeto de derecho y sus integrantes, fundada positivamente en el art. 143 CCC –para todas las personas jurídicas- y 56 de la LGS, o sea, que la persona jurídica no desaparece del mundo jurídico y ello no es más que la aplicación de los principios que rigen la inoponibilidad como especie de la ineficacia de los negocios jurídicos<sup>21</sup>.

La norma sanciona a los controlantes, con la consiguiente responsabilidad solidaria e ilimitada por los perjuicios causados, como consecuencia de la actuación de una persona jurídica con fines que constituyan un recurso para violar la ley, el orden público, la buena fe o para frustrar los

---

20 VÍTOLO, Daniel Roque: Reformas a la Ley de General de Sociedades —Ley 26.994 comentada—, Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2015; Comentarios a las modificaciones de la Ley 26.994 a la Ley General de Sociedades, Ed. Ad Hoc, Buenos Aires, 2015, Segunda Edición actualizada y ampliada; Sociedades Comerciales, Ley 19.550 Comentada y anotada con jurisprudencia, Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2015, Tomo VI.

21 OTAEGUI, Julio “Inoponibilidad de la Persona Jurídica” citado en Anomalías Societarias, págs. 110.

derechos de terceros.

Insistimos: lo importante no es el nomen juris del recurso responsabilizatorio, sino los efectos. A su vez que la norma atiende a casos de imputación o de responsabilidad de controlantes no sólo de derecho sino de hecho –como hemos señalado-. Esas causales también pueden fundarse en las diversas formas de control interno (33, inc. 1, LGS), no sólo limitadas a la posibilidad de determinar las resoluciones del órgano de gobierno, sino también las del de administración<sup>22</sup>. Éstas se pueden englobar en las teorías del abuso de control, con connotaciones particulares, según el sistema donde se inserte<sup>23</sup>.

Embid Irujo<sup>24</sup> entiende que la práctica tiende a variar el contenido de esta técnica, desplazando su campo natural de aplicación, al ser utilizada por el juzgador como un expediente genérico al que puede acudir cuando no es fácil buscar por otros caminos la solución justa a un problema de abuso de la persona jurídica. El fundamento jurídico de la doctrina la inoponibilidad, o genéricamente de “levantamiento del velo”, conforme Moeremans<sup>25</sup> y Carmen Boldó Roda<sup>26</sup> se puede asumir en las que la asocian a la naturaleza de la persona jurídica.

La solución que se gesta en torno a la imputación del acto o a la extensión de responsabilidad del controlante que abusó del medio técnico se desvincula totalmente con la personalidad jurídica de la persona jurídica (pública o privada) usada como instrumento. Se trata de supuestos de extensión de responsabilidad o de imputación, según los casos.

**V – DIFERENCIAS CALIFICANTES.** Hay diferencias del art. 144 CCC con la norma del art. 54 ter LGS que reza: “La actuación de la sociedad que encubra la consecución de fines extrasocietarios, constituya un mero recurso para violar la ley, el orden público o la buena fe o para frustrar derechos de terceros, se imputará directamente a los socios o a los controlantes que la hicieron posible, quienes responderán solidaria e ilimitadamente por los perjuicios causados”.

“La actuación destinada” versus “La actuación ... que encubra”. Parece adecuada esta distinción a la interpretación que introducimos. Debe existir por parte de esos “controlantes” una clara actuación “destinada a la consecución de fines ajenos a la persona jurídica, constituya un recurso para violar la ley, el orden público o la buena fe o para frustrar derechos de cualquier persona”.

Otra distinción importantísima: Un mero recurso y un recurso. La primer expresión es correcta para “personas jurídicas privadas” creadas para frustrar derechos. En cambio para aplicar a todas

---

22 Nuestra jurisprudencia ha sostenido en diversos fallos (CNCCom, Sala B, 8/3/84, LL, 1984-C-219; *id.*, *id.*, 6/12/82, LL, 1983-B-363; *id.*, Sala D, 26/1/82, “Atalanta Corporation c/Lanín SA”) que la circunstancia de que una sociedad posea todas o casi todas las acciones de otra, que dos sociedades sean dirigidas por los mismos directores o que constituyan un grupo económico o grupo de sociedades, no deben ser consideradas las dos sociedades como una misma persona y, por lo tanto, no responden una de ellas por las obligaciones de la otra. Que la filial sea sólo una descentralización de la administración de la sociedad madre, no significa que la sociedad hija pierda el carácter de persona jurídica y su independencia patrimonial, a no ser que esa dependencia viole el orden público o derechos de terceros, que pueden ser los mismos socios.

23 DOBSON, Juan M. “Lifting the veil, in four countries: the law of Argentina, England, France and the Unites States”, *The International and Comparative Law Quarterly*, vol. 35, año 1986.

24 EMBID IRUJO, José Miguel “Los grupos de sociedades en el Derecho comunitario y español” en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, julio agosto 1990, págs. 31/54; “Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo del 2 de abril de 1990” en *La Ley* 7 de diciembre de 1990, págs. 6/8.

25 “Extensión de la responsabilidad de los socios en las sociedades de capital en virtud del disregard of the legal entity” en *RDCO* nº 131, 1989, p. 713/723.

26 El levantamiento del velo y la personalidad jurídica de las sociedades mercantiles. Colección jurisprudencia práctica nº 63. Ed. Tecnos, Madrid 1993.

las personas jurídicas debió eliminarse esa expresión para limitar a un recurso dentro de la funcionalidad general de la persona jurídica pública. Las personas jurídicas públicas jamás podría pensarse que constituyen un “mero recurso”, serán simplemente “un recurso” que sus controlantes aprovecharon que generar un daño por empleo antijurídico de una persona jurídica pública.

La eliminación de la expresión “directamente” para imputar aparece como innecesaria –lo hemos comentado<sup>27</sup>-, se imputará a los fines de responsabilizarlos solidaria e ilimitadamente.

Piense en el funcionario público que amparado en su función estatal abusa de ella y perjudica a terceros. Sustituyase la expresión administrador, controlante o socio por la de funcionario con poder, y por tanto controlante directo o indirecto. Las personas jurídicas estatales no tienen socios, ni miembros, si tienen controlantes, que pueden actuar correcta o abusivamente generando daños a terceros o al propio Estado. Un aspecto interesantísimo es la aplicación inmediata de la norma, pues conforme al art. 7 CCC “se aplican a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes”, Avizoramos la posibilidad de su aplicación a actuaciones generadas hace muchos años, como lo sería la reciente condena a un jefe de Estado y a dos de los miembros de su gabinete por distraer fondos reservados para beneficiar a sus colaboradores<sup>28</sup>, o la falta de control de servicios públicos, o el “leveragge buy out” en las privatizaciones...<sup>29</sup>, y todo lo que el abuso de control, o la falta de control por no ejercitar las facultades propias del Estado pueda generar daño a la Nación o a terceros. O sea una herramienta contra la corrupción, los ineptos, los desinteresados...

Es conveniente determinar la limitación de efectos para todas las personas jurídicas en caso de abuso de controlantes. La inoponibilidad es una forma de la invalidez de los actos jurídicos: el acto no es nulo, es válido entre las partes, sino que es inoponible a determinadas personas, como aplicación de la relatividad de los contratos frente a terceros, que resguarda el art. 144 in fine CCC “Lo dispuesto se aplica sin afectar los derechos de los terceros de buena fe y sin perjuicio de las responsabilidades personales de que puedan ser pasibles los participantes en los hechos por los perjuicios causados”. Ello es conforme al principio general que se debatió en el I Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa, en Huerta Grande en 1992, donde nacieron las Jornadas de Institutos de Derecho Comercial que llevó a cabo Tucumán en 1993. La discusión fue motivada por una ponencia de Eduardo Favier Dubois (h) que fue cuidadosamente discutida y apoyada unánimemente.

**VI - ¿CONTROLANTES? PARA PENSAR.** Por último habría que pensar quiénes pueden ser controlantes directos o indirectos. Lo venimos anticipando. Obviamente no se trata de generar responsabilidad a meros empleados públicos, sino a funcionarios de alta categoría, aquellos que pueden usar su cargo para aparentar un acto regular de una persona jurídica pública, cuando en realidad se han omitido requisitos substanciales de legitimidad para perjudicar. Será un aspecto de análisis una vez que se acepte este criterio amplio de aplicación de la norma del art. 144 CCC. La obligación de ciertos funcionarios de formalizar declaración jurada de bienes puede estar vinculada a quiénes pueden ser controlantes. Pues cabría la pregunta si ello es sólo a los efectos éticos y/o penales de enriquecimiento irregular, o es también una forma de arraigar por el ilegal desempeño de sus funciones, en forma similar a los Directores de S.A.

---

27 “INOPONIBILIDAD DE LA PERSONALIDAD JURÍDICA: IMPUTABILIDAD Y RESPONSABILIDAD”, en Revista de Derecho Privado y Comunitario, Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe 2009, nº 2008 – 3 pág. 191 a 246. Reproducido por Microjuris, 2010.

28 Si bien es descartable por razones prácticas, porque la condena ha previsto la ejecución del daño al Estado.

29 Se nos ocurre recordar la jurisprudencia de nuestra Suprema Corte del año 2002 en el caso “Provincia de Chubut c/ Refinerías Carboníferas Patagónicas” y la categórica negativa a la prescripción o ratificación de actos nulos de nulidad absoluta practicados sin duda con intervención de funcionarios del Estado.

Lo que está explícito y lo implícito del art. 144, motivo de nuestro comentario, debe ser desentrañado por el esfuerzo de los operadores de las doctrinas académica y judicial.

No es necesario demasiadas consideraciones o argumentaciones para concluir que el costo indemnizatorio patrimonial al derecho de propiedad vulnerado, lo debe pagar el autor o responsable de ese perjuicio, derivado de su obrar indebido u omisión de los deberes a su cargo, de manera adicional a las otras responsabilidades que derivan de su relación de empleo público o de representación institucional del estado.

Incluso satisfacer al menos al Estado –e indirectamente a la comunidad- el daño causado.

El derecho patrimonial a la integridad de la propiedad pública y privada, no es de competencia provincial, sino del Congreso Nacional, y el derecho local, no puede afectar los derechos y garantías que protegen el derecho de propiedad.

El derecho administrativo puede y debe regular las relaciones que se imputan a un ordenamiento público local y el derecho de fondo regula, las relaciones que se imputan a un ordenamiento sustantivo, expresamente atribuido en forma exclusiva y excluyente al Congreso Nacional. Para eludir esta protección constitucional, debería propiciarse la reforma de la Constitución Nacional.

No se rechaza la posibilidad del reclamo en sede administrativa, sólo sostenemos la existencia de otra vía genérica.

Creemos que esta visión liminar en nuestra tarea de ir descubriendo el alcance de las normas del CCC generará debate, que sin duda es el motor del perfeccionamiento del sistema jurídico desentrañando el verdadero alcance y efectos de las normas. Alentamos por ello el disenso constructivo.

Vinculado a ello, y al tema que nos reclama decíamos hace diez años: “En la Argentina no debe haber sólo responsabilidad social empresaria, es decir que se limite a lo privado, sino que debe extenderse hacia los empresarios del sector público, desde donde emana el plan social y que se constituyen en los conductores de la comunidad”. Desarrollamos también la idea de “que la sociedad debe exigirle a la clase dirigente que, por lo menos, intente cumplir ese contrato social, formulándolo en políticas legislativas. El derecho y la economía deberían subsumirse a esa política. El derecho no tiene fines en sí mismo; no es una abstracción es para el hombre, como también lo es la economía”.

Obviamente esa exigencia debe dirigirse centralmente a quiénes administran y gestionan al Estado, sin perjuicio de hacerlo también con el sector privado. Estas serían expresiones vanas, y quizá hoy así suenan, ante la pérdida de sentido de la responsabilidad social que implica que, tanto los privados pero particularmente funcionarios y empleados públicos, cumplan el rol preciso de la actividad que deben desempeñar. No advertimos vivir con un contrato social compromisorio, conforme al cual todos actúen con diligencia y lealtad. El Estado todo aparece comprometido por la acción de propios y extraños, o sea empleados públicos (todos los que perciben remuneración de la Nación, las Provincias o los municipios, sean o no funcionarios), y enfrente el público en general, particularmente los asalariados privados que son los más comprometidos en la estabilidad de su empleo y de su remuneración.

Esta responsabilidad social va más allá de las normas y de la ley –que a veces tampoco se cumplen afectando nuestra idea del rol del derecho-, implica un compromiso en contribuir activa y voluntariamente en el mejoramiento social, económico y ambiental, en la convivencia. Quizá se lo pueda ver como un nuevo concepto en la administración y gestión de bienes públicos y privados,

pero en realidad no es sino resaltar la base de las conductas humanas viviendo en comunidad.

Así: responsabilidad social empresaria de todos los que se desempeñen en la toma de decisiones o en la realización de trabajos y servicios para la comunidad. Casi suena como un grito desgarrador –pero al mismo tiempo de esperanza- en los momentos de violencia de todo tipo –delictual o pseudo jurídica- que vivimos. Quizá esta interpretación del art. 144 CCC actué disuasivamente.

Finalizamos dubitando: ¿hay realmente una teoría de la inoponibilidad de la personalidad jurídica o sólo hay una visión más integral de la teoría general de responsabilidad vinculada a las múltiples expresiones de las relaciones de organización?

#### **CAPITULO IV RESPONSABILIDAD MANCOMUNADA EN LA LEY GENERAL DE SOCIEDADES**

**Síntesis:** 1. 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.

Un tema criticado en la reforma a la Ley General de Sociedades (LGS) es la previsión de responsabilidad subsidiaria, mancomunada y no solidaria que se plasma en el art. 24 LGS para todas las sociedades incluídas en la sección IV, para recibir en ese sistema de “sociedad simple” a la sociedad civil.

2. Se trata de una supuesta limitación de responsabilidad frente a los acreedores, pues en caso de insolvencia –falta o desconocimiento de bienes del patrimonio de la sociedad-, nace responsabilidad solidaria de administradores y socios que han favorecido el incumplimiento de normas imperativas, incluso en aquellas sociedades con limitación de responsabilidad del socio, pues ello no desluce la mancomunación prevista para los socios de las sociedades reguladas por los arts. 21 a 26 LGS, con efecto limitado a su regular funcionamiento.

**I – LA RESPONSABILIDAD EN LAS PERSONAS JURÍDICAS PRIVADAS EN EL CODIGO CIVIL Y COMERCIAL.** El Título II “Persona Jurídica”, en capítulo 1 luce la Sección 1ª CCC, al margen de definición y comienzo de la existencia, prescribe en 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.” A su vez en 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 expresa “Patrimonio. La persona jurídica debe tener un patrimonio. La persona jurídica en formación puede inscribir preventivamente a su nombre los bienes registrables”.

Queda así en claro que el patrimonio de la persona jurídica es el que debe responder de las obligaciones contraídas (art. 141 CCC) “para el cumplimiento de su objeto y los fines de su creación”.

Resulta así lógico que la responsabilidad eventual de los socios sea siempre subsidiaria, o sea cuando el patrimonio social no satisface las obligaciones sociales, como prenda común de los acreedores.

La división patrimonial, aún sin estanqueidad, y la autogestión imputativa a través de representación orgánica y no contractual, son elementos reveladores de la existencia de una persona jurídica autónoma de un ente determinado, a lo que debe sumarse el necesario reconocimiento legislativo como tal. 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. El principio de división significa que el patrimonio de la persona jurídica y el de sus miembros se halla separado.

Por otra parte, en relación a que una sociedad civil (originariamente definida por el art. 1648 del derogado Código Civil) podría no quedar incluida como tal en el concepto del art. 1º LGS, creemos que se trata de una apariencia conforme al léxico empleado 100 años después. De todas formas lo que es persona jurídica no puede transformarse en contrato, seguirá siendo persona jurídica. Por otra parte el art. 31 LGS autoriza a la sociedad de mera administración de carteras, lo cual es un servicio en sentido lato. Por último, lo que era o es persona jurídica no puede transformarse en contrato sin pasar por una etapa de liquidación de su patrimonio en beneficio de terceros y satisfacción de los derechos de los socios.

**II – LA RESPONSABILIDAD MANCOMUNADA.** Los efectos de las obligaciones mancomunadas han sufrido modificaciones en el CCC, debilitándola en relación a terceros en sus reclamos a los así obligados. Norma el art. 628 CCC “La obligación simplemente mancomunada es aquella en la que el crédito o la deuda se fracciona en tantas relaciones particulares independientes entre si como acreedores o deudores haya. Las cuotas respectivas se consideran deudas o créditos distintos los uno de los otros”. Y el art. 826 establece que “Los efectos de la obligación simplemente mancomunada se rigen, por lo dispuesto en la sección 6ª de este Capítulo, según que su objeto sea divisible o indivisible”.

Sin duda las obligaciones de dar sumas de dinero son divisibles, en deudas proporcionales (art. 808 CCC y 24 LGS) “y los deudores no responden por la insolvencia de los demás”, lo que debilita la posición del acreedor de obligaciones simplemente mancomunadas.

¿Un acreedor social deberá demandar a cada uno de los socios, en los casos de estas simples sociedades, por su parte viril y perder acción si alguno es insolvente? La respuesta afirmativa parecería la correcta frente a la claridad de la norma, pero dejamos pendiente nuestra respuesta.

**III – EXTENSIÓN DE LA QUIEBRA A SOCIOS OBLIGADOS MANCOMUNADAMENTE.** No corresponderá, ante la quiebra de la sociedad “simple”, la declaración automática de quiebra de los socios, pues su responsabilidad si bien ilimitada –mancomunda es subsidiaria y no son solidarios, y por tanto no son alcanzados por la norma del art. 160 Ley 24522 (LCQ), pero el tema de la responsabilidad no termina allí... Acabamos de referirnos a la insolvencia de un socio en la simple mancomunación, pero deberemos referirnos a la insolvencia de la sociedad. La cobertura de los acreedores debe resultar de aplicar sus activos y eventualmente lo que se integre por acciones de responsabilidad.

La quiebra extendida genera la liquidación de otras masas, de otros patrimonios que pueden o no estar en cesación de pagos, y que sólo agregarán a la quiebra de la sociedad dudosos remanentes, pues de haber quiebra deben satisfacerse primero las deudas con los acreedores individuales o de esa masa en particular, cuando de existir responsabilidad podrán concurrir *pari passu*.

El requerimiento de responsabilidad a socios y administradores acaecerá cuando el patrimonio de la sociedad sea insuficiente para satisfacer sus pasivos. Y en ese momento se deberá determinar el grado del requerimiento –y la fuente- por la que puede reclamarse a socios y administradore. Por eso hemos fustigado la acción de extensión de la quiebra del art. 161 LCQ por ineficiente, frente a acciones de responsabilidad común e incluso las de los arts. 54 ter LGS y 144 CCC llamadas de inoponibilidad de la personalidad jurídica, que son continuamente aplicadas por la jurisprudencia

en estos casos<sup>30</sup>.

Sin embargo la cuestión ha suscitado polémica.

**IV – LA CLAVE DEL PROBLEMA: LA FUNCIÓN DE GARANTÍA DEL PATRIMONIO Y DEL CAPITAL SOCIAL.** La mancomunación prevista en el art. 24 LGS, tiene específicas excepciones en el mismo artículo, pero que no hacen a la cuestión que sometemos a consideración: la pérdida del capital social.

Conforme el art. 143 CCC existe una separación patrimonial de la persona jurídica privada, que es lo que la justifica, y no se puede agredir el patrimonio de sus miembros, ni de sus administradores por las deudas de la persona jurídica, que desde ahora la especificaremos como “sociales” por corresponder a una persona jurídica privada societaria.

Así como nombre, domicilio y órganos corresponden a una estructura específica, la limitación de responsabilidad también corresponde a ella. Tipificadas las personas jurídicas privadas, las estructuras específicas a que 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.

1. El derecho societario protege imperativamente la dotación patrimonial a través de la causal de disolución por pérdida del capital social de todas las sociedades –incluso las de la sección IV del Título I sin duda-, cuya normativa opera en el derecho comparado “como un instrumento preconcursal”, y debería serlo en nuestro país conforme la función de garantía del capital social. Así el punto central es la función de garantía del capital social en todas las sociedades.

Anticipamos que la existencia de normas imperativas para las personas jurídicas privadas esta reconocida en el art. 150 inc. a) CCC “Leyes aplicables. Las personas jurídicas privadas que se constituyen en la República, se rigen: a) por las normas imperativas de la ley especial o, en su defecto, de este Código; b) por las normas del acto constitutivo con sus modificaciones y de los reglamentos, prevaleciendo ls primeras en caso de divergencia; c) por las normas supletorias de leyes especiales, o en su defecto, por las de este Título. – Las personas jurídicas privadas que se constituyen en el extranjero se rigen por lo dispuesto en la ley general de sociedades”. Adviértase la preeminencia de la ley societaria sobre las normas de leyes especiales como la de concursos. Justamente el referido art. 143 CCC en su segunda parte señala “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”.

Se remarca la existencia de preceptos imperativos en las leyes especiales que regulan cada persona jurídica privada y en el propio Código, no disponibles por la autonomía de la voluntad. Estas consideraciones son dirimentes para entender el obiter dictum de nuestra Corte en el concurso preventivo de “Comercial del Plata S.A. sobre que el recurso concursal es el último para solucionar la crisis societaria<sup>31</sup>.

---

30 Puede verse última jurisprudencia en nto. “LA PÉRDIDA DEL CAPITAL SOCIAL, EL DAÑO A LOS ACREEDORES Y LA RESPONSABILIDAD DE ADMINISTRADORES Y SOCIOS A LA LUZ DEL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL Y LA LEY GENERAL DE SOCIEDADES”, 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. 565 (Parte 2. Análisis crítico de jurisprudencia).

31 Nto. DESJUDICIALIZACIÓN DE LOS CONCURSOS: UN “OBITER DICTUM” DE LA CORTE, en Zeus Córdoba nº 376, año VIII, 23 de febrero de 2010, tomo 16, pág. 85/90, y en Editorial Zeus Revista nº 11, tomo 113, Rosario 13 de julio de 2010, pág. 561.

La base de la constitución y reconocimiento de una persona jurídica privada es el patrimonio separado para el cumplimiento de su finalidad, apuntalado por el art. 154 CCC (“La persona jurídica debe tener un patrimonio”), y a la determinación del capital social en LGS. No nos estamos refiriendo ahora a la apreciación sobre infracapitalización material, que hace más a la función de productividad del capital social, que tantas discusiones ha traído sobre si el juez puede apreciar al tiempo del registro la existencia de una dotación suficiente de ese capital social, sino a la función de garantía del capital social específicamente en cuanto se constituye en una causal de disolución de la persona jurídica o de la sociedad.

Debe convenirse que las normas de LGS sobre la función de garantía del capital social son imperativas. Ello es congruente con la idea que la sociedad debe ser viable y no puede convertirse en un instrumento para dañar a terceros y al mercado en general<sup>32</sup>. La autonomía de la voluntad para generar personas jurídicas, particularmente las societarias, esta acotada por normas propias que hacen a la consistencia y subsistencia del patrimonio base de esa personalidad, y su reconocimiento permitirá prevenciones ante la posibilidad de que se generen daños, que se acentúa conforme las nuevas normas. En esa integración, resulta un aspecto liminar determinar si las normas que organizan ese sistema –especialmente las societarias- son imperativas y/o de orden público. En tal sentido los art. 154 CCC sobre el patrimonio de las personas jurídicas privadas, 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 art. 11 inc. 4° LGS sobre la constitución del capital social o patrimonio fundacional, el art. 94.5 LGS que impone la disolución de la sociedad ante su pérdida.

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.

Es 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”<sup>33</sup>. 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 mundial<sup>34</sup>.

2. Correlativo con ello individualizamos la 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

---

32 Nto. “NORMAS IMPERATIVAS DEL DERECHO SOCIETARIO PARA PREVENIR DAÑOS”, en Los aspectos empresariales en el nuevo/Código Civil y Comercial de la Nación, Ed. Fidas, Buenos Aires 2015, página 79.

33 Que en muchos casos se confunde con la pérdida del capital social, mereciendo otra solución: la prevista en el art. 54 in fine LGS como veremos en alguna jurisprudencia más adelante.

34 Nto. “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.

remediación autorizada taxativamente por el art. 96 LGS.

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 LGS<sup>35</sup> ampliando el vigente, en un todo congruente con los arts. 2 y 150 a) CCC sobre la necesaria viabilidad económica de la persona jurídica, que implica la necesidad de un “plan de factibilidad o de negocios”, formalizado por los administradores de la persona jurídica y viabilizado por su órgano de gobierno.

Queda a salvo la autonomía de la voluntad de remover la causal reintegrando el capital social en el caso o capitalizando (art. 96 LGS). Pues si 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) inscribir tal cláusula? ¿O un juez, incluso el concursal, podría aceptarla?. ¿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? ¿Es posible que la judicatura aceptara la transferencia del riesgo de socios a acreedores?

**V – ACCESO A RESPONSABILIZAR A ADMINISTRADORES Y SOCIOS CON LIMITACIÓN DE RESPONSABILIDAD: LA INSOLVENCIA.** La ley de sociedades tiene el sistema imperativo que hemos referido para asumir la insolvencia de esas personas jurídicas, esto es la pérdida del capital social, y ello es complementario de la previsión del art. 24 LGS, cuyos incisos no prevén la solución del caso, pues ella esta en otra parte de la ley, en norma que abarca a todas las sociedades.

Se impone referirse a la insuficiencia del patrimonio de la persona jurídica para responder a las obligaciones generadas por relaciones contractuales o extracontractuales.

¿Para que hablar de responsabilidad, resarcimiento de daños, reparación del incumplimiento de las personas jurídicas si el tercero puede satisfacer su derecho reclamando a la persona jurídica?

Sólo debemos referir otras vías cuando ese patrimonio fuere insuficiente y entonces los terceros advierten que han sufrido un daño patrimonial. Vías innecesarias si la persona jurídica tiene capacidad patrimonial para satisfacer el justo reclamo.

La personalidad jurídica es una institución jurídica, pues si bien nace de la autonomía de la voluntad requiere procedimientos estrictos para desaparecer, particularmente la satisfacción de todas las obligaciones (art. 167 CCC), y para ello su funcionalidad esta reglada por normas imperativas (art. 150 inc. a. CCC), sin perjuicio de la maleabilidad autónoma para su organización y funcionalidad.

Dentro de esas normas imperativas están las que aseguran la existencia y consistencia del

---

35 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.

patrimonio –capital social-, y así en el CCC son causales de disolución, conforme lo dispone el art. 163 inc. c... “la imposibilidad sobreviniente de cumplirlo... al objeto social, una de las cuales es la insuficiencia patrimonial, e inc. i) “el agotamiento de los bienes destinados a sostenerla”, causales de disolución que imponen la liquidación salvo la reconducción en cualquier momento (art. 166) “siempre que la causa de su disolución pueda quedar removida por decisión de los miembros o en virtud de la ley”. Y la liquidación, como hemos anticipado “consiste en el cumplimiento de las obligaciones pendientes con los bienes del activo del patrimonio de la persona jurídica o su producido en dinero”.

La pérdida del capital social implica la pérdida de la garantía para terceros e impone la liquidación<sup>36</sup>, salvo capitalización. La pérdida de la prenda común de los acreedores sociales.

Ponemos acento en la causal de disolución de pérdida del capital social que –pese a que la particular legislación no contenga plazos para iniciar la liquidación- genera responsabilidad de administradores –y quizá de socios- de continuar el giro y no poder luego satisfacer el pasivo. La libertad para decidir la continuación del giro, sin capitalizar la sociedad, en la esperanza de un plan de negocios exitoso, no los libera en caso negativo de asumir el pasivo insoluto o la satisfacción de las obligaciones contraídas. La responsabilidad por los daños surge inmediata, aunque no se efectivizará si las obligaciones con terceros son satisfechas por la sociedad, eventualmente capitalizándolas. La responsabilidad de socios, que surge ahora de la integración de las normas del art. 167 CCC y 99 LGS nacerá cuando aquellos soslayando la previsión del art. 96 LGS ratifiquen la presentación en concurso prevista por el art. 6 de la ley 24522 (LCQ). Y esto es aplicable a las sociedades de la sección IV LGS.

El inicio de la liquidación no importa el cese de la actividad, que podría llevar a consecuencias funestas para acreedores y socios, no satisfaciendo a todos pese a un aparente activo superior al pasivo, al generarse un incremento exponencial de este último por indemnizaciones por despido, rupturas de contratos, etc.. Muchas veces la liquidación esta sujeta a un “plan de negocios” de larga realización, a decir de Bernardo Carllino.

La constatación de la pérdida del capital social constituye una causal de disolución (art. 94.5 LGS) impone iniciar un proceso de capitalización o, en su defecto, de liquidación, pues constituye una causal de disolución al constatarse en el balance esa situación, o antes<sup>37</sup>. Ello para evitar daños a los acreedores y responsabilidad de administradores y quizá de socios.

Se trata de las causales de inmediato conocimiento -que suelen referirse como que actúan de pleno derecho, ipso jure u ope legis, generando la responsabilidad prevista por el art. 99 LGS para administradores y socios de no optarse por las soluciones que la misma ley ofrece en el art. 96 para no iniciar la liquidación de la sociedad: “En 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” (art. 96 LGS/LGS).

Vivante entiende a la pérdida del capital social como una causal de disolución que opera de pleno derecho<sup>38</sup>. Aún en la causal de vencimiento del término la sociedad podría seguir operando– pero

---

36 NISSEN, Ricardo Augusto: “LA PÉRDIDA DEL CAPITAL SOCIAL COMO CAUSAL DE DISOLUCIÓN DE LAS SOCIEDADES COMERCIALES”. Ed. Ad-Hoc, Bs.As. 2002 pág. 47 y 48.

37 FUSHIMI, Jorge Fernando – RICHARD, Efraín Hugo “EL BALANCE ANUAL DE LAS SOCIEDADES. CONSTATAIONES Y EFECTOS” en prensa.

38 VIVANTE, César Tratado de Derecho Mercantil, versión española de la quinta edición italiana corregida, aumentada y reimpresa, Ed. Reus, Madrid 1932. Volumen II “Las sociedades mercantiles”, pág. 483/5.

otro tema es la responsabilidad si la continuidad del giro social generara daño-. Es valiosa la clasificación entre causales imperativas y voluntarias, y en relación a las primeras las de inmediata constatación o que deben ser declaradas. Todo en vista a la sanción: la responsabilidad.

No existe plazo para remover la causal (art. 96 LGS), por reintegro o capitalización, o iniciar la liquidación, pero la responsabilidad nace en forma inmediata (art. 99 LGS), pues la obligación de resarcir está ligada a la existencia de daño. Y la referencia que hace ese art. 99 a la responsabilidad de los socios “en su caso”, interpretada por la doctrina en el sentido de imputársele a quienes hayan intervenido en la violación de la norma imperativa, encuentra claro sustento en el art. 167 CCC<sup>39</sup>, incluso aplicable a los socios de las sociedades de la Sección IV LGS conforme su conducta. Piénsese en la mayoría de socios que aprobó la presentación en concurso de una sociedad que hubiera perdido el capital social, en el que luego se presenta una propuesta de quita, sin adopar las decisiones previstas en el art. 96 LGS. La relevancia interpretativa del art. 99 LGS que genera el texto del nuevo art. 167 in fine CCC es definitiva, pero absolutamente lógica y congruente. No pueden aprovechar los socios de su decisión de no capitalizar la sociedad, evitando responsabilizarse si generan daño a acreedores o intentan que estos recompongan la situación patrimonial a través de quitas, que implicarían una transferencia de riqueza, un enriquecimiento sin causa de los socios.

Si hay “recomposición” del capital social o su reintegración o aumento desaparece todo problema, aunque hubiere demora, pues ningún daño se ha generado manteniéndose la garantía de los acreedores, satisfaciendo las obligaciones sociales.

Si esa recomposición no se decide, y continúa operando la sociedad, la cuestión de la responsabilidad se retrotrae a la fecha en que se acredite que administradores y socios conocieron o debieron conocer la situación o si aprobaron un balance donde se registró –o debió registrar- la pérdida del capital social.

Como señala la jurisprudencia<sup>40</sup> “la suficiente capitalización de la sociedad al momento de su constitución y posteriormente, durante todo el desarrollo de la actividad empresarial es la mejor manera de evitar la insolvencia de la sociedad, atento que ésta cuenta con mecanismos para obtener la financiación interna”, y –eventualmente- la capitalización del pasivo.

Aun cuando desistan de seguir aportando porque no quieren o porque han perdido interés en el proyecto económico de la sociedad-empresa, o no tienen capacidad económica para hacerlo. La solución está prevista en LGS: pueden invitar a terceros a suscribir el aumento de capital necesario para la continuación del giro o la capitalización de las deudas, o sea que los acreedores acompañen a los accionistas no sólo en el riesgo sino en el éxito futuro del negocio (art. 197 LGS).

**VI – MEDITANDO.** Confiamos que las nuevas normas del CCC que se unen a las tradicionales de las legislaciones societaria y concursal –que deben integrarse en la crisis de personas jurídicas societarias- servirán para prevenir el daño, salvar sociedades de sus propios administradores de ser necesario y puestos de trabajo. A su vez, el adecuado consejo de profesionales de las ciencias económicas y jurídicas a administradores y socios de sociedades en dificultades les prevendrán de

---

39 Art. 167 CCC “LIQUIDACION Y RESPONSABILIDAD...resuelta la liquidación u ocurrida otra causa y declarada en su caso por los miembros, la persona jurídica no puede realizar operaciones, debiendo en su liquidación concluir las pendientes... 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.”

40 Cám. Trabajo y Minas 4ª Nominación de Santiago del Estero, República Argentina, con fecha 15 de junio de 2005, en la causa “Salazar, Oscar E. c/ Florestal El Milagro SRL”, LLNOA 2005-1446.

asumir responsabilidades, y con adecuadas técnicas equilibrarán las relaciones de ciertos acreedores y de la sociedad para la recuperación con menores costos de transacción de ésta.

No hay daño si la sociedad cumple con las obligaciones dinerarias, incluso dispuestas por una sentencia. El reclamo a socios (incluso a administradores) debe fundarse en la existencia de daño, o sea el impago de las obligaciones o de las sentencias, y a la existencia de un obrar antijurídico y de un factor de atribución causal.

Por eso la mancomunación es casi un mero enunciado con poca significación práctica y gran desvelo de los académicos, pues si el patrimonio desaparece podremos encontrar responsables solidarios que valdrá la pena demandar si son solventes, lo que implica otro tema. Así tratamos de cumplir el fin didáctico y la obligación profesional de advertir a los socios de los riesgos de desinteresarse de la marcha de una sociedad, posibilitando se generen daños a terceros.

### **CAPITULO V Responsabilidad y el presupuesto objetivo: la propuesta de acuerdo en concurso preventivo de sociedades**

**Síntesis:** Los administradores deben actuar tempranamente ante la crisis de sociedades, eventualmente poniendo la cuestión a consideración de los socios, quienes no pueden pretender que sus obligaciones sean asumidas por los acreedores sociales a través de quitas, que son abusivas o en fraude a la ley.

I - Se afirma “Las empresas, antes de estar en crisis, pasan por dificultades económicas de muy diversa índole (...) La literatura comparada suele reconocer este tipo de situaciones que se diferencian de –y preceden a- la crisis empresarial o ‘insolvencia’ en un sentido estricto del término” (...) una vez resulten notorias las dificultades por las que pasa la empresa (...) en ponen en marcha una serie de fuertes estímulos perversos sobre socios y administradores. Tales estímulos les empujarán a desarrollar ciertas estrategias no ‘cooperativas’ en perjuicio de los acreedores (...). La difusión pública de información (mandatory disclosure) permite abaratar los costes de transacción inherentes a la asimetría informativa y, sin embargo, ha sido criticada por quienes sostienen que la publicidad de las señales de alarma produce como efecto indeseable la aceleración del proceso de degradación de la empresa en dificultades. Es la ‘profecía autocumplida’ (self-fulfilling prophecy) (...). Todas estas cuestiones son analizadas a partir del examen del rudimentario sistema de alarmas que encuentra su insuficiente acomodo en el art. 209.1.b) LSA nómicas –en España aclaramos- y en una legislación de desarrollo de ínfimo rango normativo. Ése es el hilo conductor del trabajo, porque proporciona una excelente atalaya desde la que examinar la insuficiencia de nuestro Derecho de sociedades actual en punto al tratamiento societario adecuado del problema de la prevención y de la empresa que soporta un riesgo de insolvencia o de peligro para la continuidad (lo que se conoce por going concern).”<sup>41</sup>

Venimos sosteniendo que la quita en concurso de sociedades es por lo menos abusiva, sino en fraude a la ley si se ha acreditado la pérdida del capital social<sup>42</sup>.

Sin duda convergeremos en la aceptación que las crisis de sociedades no están reguladas sólo por el derecho concursal sino que debe formalizarse en cada legislación la integración interpretativa

---

41 FERNANDEZ DEL POZO, Luis Posibilidad y contenido de un derecho preconcursal (Auditoría y prevención de la crisis empresarial [art. 209.1.b) LSA], Ed. Marcial Pons, Madrid 2001.

42 RICHARD, Efraín Hugo “CONCURSOS DE SOCIEDADES. PROPUESTAS DE ACUERDO CON ABUSO O FRAUDE A LA LEY” en LA LEY, tomo 2014-D- diario del miércoles 6 de agosto de 2014, págs. 1 a 6.

referida. A su vez que el proceso concursal no puede constituirse en un fraude a la ley societaria. Algunos entienden que ello se logra existiendo un “esfuerzo compartido”.

Una apreciación inicial impone señalar que el “esfuerzo compartido” implica cuanto menos un cuestionamiento frontal a la propuesta de quita –y ulterior acuerdo-, unido a esperas que hacen que los acreedores sean los únicos a los que se les impone soportar la crisis de las sociedades, sin esfuerzo alguno de los socios y en su exclusivo beneficio al patrimonializar la sociedad. Así lo ha sostenido Daniel Truffat en reciente ensayo<sup>43</sup>. Bernardo Carlino también formula su opinión en similar sentido<sup>44</sup>. Y posteriormente, sin citarse entre esos autores, lo hace José Botteri<sup>45</sup>.

Claro que es un aparente “esfuerzo compartido”, porque la capitalización que hacen los socios en su beneficio por la propiedad que tienen del patrimonio social, y la quita de los acreedores también pues disminuye el pasivo social y genera una utilidad para la misma y correlativamente del valor de las participaciones de esos socios.

Es un gran avance entre los que no objetan las propuestas de quitas en concursos de sociedades, y los que las rechazamos. Un puente de encuentro.

**II – LA ZONA GRIS.** Ese acercamiento y particularmente una interpretación integrada de la ley societaria, específica en cuanto a la vida y muerte de sociedades (art. 150 y concordantes CCC) y la ley concursal, es la prelación de normas que configuran el “timing problem” para la actuación de administradores y socios, o sea a la tempestividad para asumir la crisis.

Se trata de una apreciación sistémica en la integración de esas normas.

Toda la doctrina mundial es concorde en que la crisis debe ser tratada apenas se avizore, a fin de minimizar el daño, evitar que se instale definitivamente. Se coincide que ante una crisis, o avizoramiento de la crisis, el órgano de administración debe poner la cuestión a decisión de los socios –órgano de gobierno-. Un agravamiento ya puede advertirse cuando el activo corriente es inferior al pasivo corriente. Las obligaciones exigibles no pueden satisfacerse con los medios normales disponibles.

Cuando la crisis llega a constituir un problema patrimonial, o sea se constata la existencia de patrimonio neto neutro o negativo existen normas imperativas del derecho societario al aprobarse el balance que así lo declare: la existencia de una causal de disolución (art. 94.5 LGS) que no impone de por sí generar la liquidación, porque puede revertirse a través de las soluciones imperativas del art. 96: la capitalización por los socios, terceros o de pasivos (art. 197 LGS).

De no seguir los caminos de la ley se genera responsabilidad de administradores y socios –en su caso- por los daños que generen –arts. 99 LGS ahora calificada la de socios por el art. 167 tercer párrafo CCC-. Si se pagan las deudas no hay daño, pues no haber procedido a la liquidación ni a la capitalización no genera una sanción, sino la posibilidad de responsabilizar para satisfacer a los

---

43 TRUFFAT, Daniel E. “El derecho concursal no es una isla, pero si es un derecho especial” en Revista de las Sociedades y Concursos” Ed. Fidas, Buenos Aires abril 2016, año 16 – 2015 – 2/3, pág. 85, que al invitar a nuestra respuesta, la generó en la misma Revista a pág. 99 en “Amanece, que no es poco... (sobre crisis societarias)”.

44 CARLINO, Bernardo “El sistema de preconcursalidad societario ante la pérdida del capital social (arts. 96 y 99) y si ello es incompatible con la pretensión de los socios de no capitalizar y que los acreedores hagan quitas a sus créditos para encubrir esa pérdida” en CRISIS Y DERECHO, publicación del IX Congreso Argentino de Derecho Concursal y VII Congreso Iberoamericano de la Insolvencia, t. I pág. 121.

45 BOTTERI, José David (h) “Notas sobre las quitas concursales, acuerdos abusivos y la integración entre el nuevo Código Civil y la Ley de Concursos y Quiebras 24.522”, en diario LA LEY, en prensa cuando escribimos esta ponencia.

dañados.

Aceptar la continuidad del giro de una sociedad con patrimonio neto negativo, permitiendo que esta dañe a terceros –acreedores anteriores y posteriores a la crisis patrimonial- sin responsabilizar a alguien, sería dar por el suelo con la teoría de la inoponibilidad de la personalidad jurídica, pues la sociedad en tal estado y desde ese momento sería un ente que constituye un recurso para violar la ley o para frustrar derechos de terceros (arts. 54 ter LGS y 144 CCC). Para sintetizar la posición remitimos a reciente trabajo<sup>46</sup>.

**III – LA POLÉMICA.** Daniel Truffat, en el artículo mencionado, pone la cuestión en un orden inverso: “Así uno de los temas dogmáticos más delicados de estos tiempos es determinar si, tal como propone el distinguido Profesor cordobés, Efraín Hugo Richard, la presentación en concurso preventivo sin haber intentado las soluciones societarias típicas de reintegración o aumento y suscripción de capital u oferta de capitalización de pasivos comporta un fraude a las normas societarias imperativas sobre disolución por pérdida de capital social. Es obvio que los concursualistas pensamos que nuestra ley «especial» estatuye una solución de análoga vigencia e intensidad a aquella que trae la ley de facto 19.550 y que, en consecuencia, resulta perfectamente válido (sin incurrir en fraude a la ley) optar por el remedio concursal. De estas reflexiones y análisis es que se nutre este trabajo”.

Presentimos que esta apreciación de Truffat sobre nuestra posición es errónea. Pretendemos que se actúe ante la mera avizoración de la crisis, preferentemente en forma privada y eventualmente en forma concursal ante la intolerancia de acreedores.

1. Por ello entendemos que la integración de la legislación societaria y concursal es inversa a la que nos atribuye Truffat. La crisis debe intentar ser asumida privadamente, internamente por la sociedad para evitar la pérdida de confianza en sus relaciones financieras y comerciales con terceros, tempranamente<sup>47</sup>. Fracasado el intento, quizá por actitud de acreedores profesionales, debe asumirse la vía concursal, como sostiene hoy unánimemente la doctrina: actuando temprano evitando profundizar la crisis.

Antes de la insolvencia –pérdida del capital social-, en grados menores de crisis debería actuar el derecho concursal, incluso los acuerdos privados<sup>48</sup>. 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 sociales<sup>49</sup>. Pero esos especialistas en el derecho

---

46 RICHARD, Efraín Hugo “CRISIS ECONÓMICO-PATRIMONIALES DE LAS PERSONAS JURÍDICAS (especialmente societarias) Y EL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL”, en Derecho Comercial y de las obligaciones (Revista de Doctrina, Jurisprudencia, Legislación y Práctica), n° 212 mayo/junio 2015, Edición especial Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires 2015, pág. 613 y ss.. Antecedentes publicados pueden verse en [www.acaderc.org.ar](http://www.acaderc.org.ar)

47 “...la conveniencia de la presentación temprana, calificando como ‘oportuna’ aquella que se realiza cuando el estado de cesación de pagos todavía no se encuentra consolidado” (prólogo de Ariel Ángel Dasso), “...Desde nuestra óptica, el derecho concursal argentino se muestra como ‘ingenuo e ineficiente’ frente a la actitud de los deudores que prolonga (mediante la presentación en concurso preventivo) el funcionamiento de empresas absolutamente ineficientes, inviables, irrecuperables y, por ende, incapaces de pagar los pasivos concursales, los ve luego de haber obtenido un acuerdo con propuestas irrisorias que ni aun así pueden cumplir...” Palabras Preliminares de Miguel Ángel RASPALL en coautoría con su hija María Laura RASPALL Derecho concursal de la Empresa, 2 tomos, Ed. Astrea, Bs. Aires 2014.

48 Nto. “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 EMPRESARIAL, Director José Antonio GARCÍA-CRUCES, Ed. Departamento de Derecho de la Empresa, Univ. de Zaragoza, Thomson Reuters Aranzadi, pág. 33 y ss..

49 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.

concursal suelen no abordar la preconcursalidad prevista en las legislaciones societarias, que tienen soluciones uniformes en el derecho comparado<sup>50</sup>, basadas en esa función de garantía.

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.

La ley de concursos atiende la cesación de pagos de las sociedades, o sea la situación en que el activo corriente es insuficiente para satisfacer el pasivo corriente<sup>51</sup>, a través de los medios preventivos –concurso preventivo, quiebra convertida en concurso o acuerdo preventivo extrajudicial- que frenan las acciones individuales y permiten la reorganización de la sociedad, en este caso. Incluso se trata de atender la crisis en sus momentos iniciales. 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.

Debe tenerse en cuenta que la pérdida del capital social no necesariamente implica la incapacidad de funcionar del ente, ya que si se lleva a cabo una adecuada administración financiera, es posible mantener su capacidad operativa sin que se vean afectadas las posibilidades de cumplir con el objeto social. Es decir que no necesariamente se ve afectada la función de productividad del capital social, pero la continuidad de la actividad como si nada ocurriera encubriría la pérdida del capital social y la posibilidad concreta de dañar.

2. Si la crisis es más grave, que alcanza a la pérdida del capital social, o sea a la existencia de un patrimonio neto negativo, las soluciones deben ser asumidas por los socios en la previsión de las normas indicadas. Y con la responsabilidad consiguiente, dentro de la teoría general de la responsabilidad de base subjetiva, eventualmente conforme normas específicas, como la del art. 99 LGS, ahora generalizada para todas las personas jurídicas privadas, y aclarado el vínculo causal, por el art. 167 CCC “En caso de infracción responden ilimitada y soloidariamente 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”.

Obviamente que posteriormente a esa situación patrimonial extrema la sociedad podrá concursarse, también en estado de liquidación –que merecería un análisis especial, no distinto sistemáticamente-, pero de ese incumplimiento de socios y administradores no puede resultar una transmisión del daño o del esfuerzo a los acreedores. La conservación de la empresa es prioridad, pero no para beneficiar a administradores y socios, que no podrán escapar a eventuales acciones de responsabilidad extraconcursoales, si el acuerdo fuere homologado. Abogamos para que privada o concursalmente se intente capitalizar el pasivo si los socios no quieren hacerlo, y la actividad es

---

50 Nto. “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.

51 Sobre la diferencia entre cesación de pagos e insolvencia, cuestión terminológica difusa, solemos recordar las enseñanzas de la profesora tucumana, que nos acompañaron en esas Jornadas, Celina Mena, a quién dedicamos estas líneas.

viable.

**IV. EL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL.** La idea es que más vale prevenir que curar, actuando preventivamente, dentro de lo posible en el marco de la negociación privada y ante la intolerancia o imposibilidad en sede judicial. Y por sobre todo con buena fe (art. 9 CCC). El Código remarca esta visión, al determinar el orden de aplicación de normas a las personas jurídicas privadas, en su art. 150 CCC que da prioridad a las imperativas de la ley de sociedades y recién en su apartado c. se refiere a las “normas supletorias de las leyes especiales” –que sin duda no pueden alterar a aquellas imperativas-, y la unanimidad de la doctrina que ha trabajado sobre ello acoge que son imperativas las normas sobre causales de disolución y particularmente las que delinear la función de garantía del capital social<sup>52</sup>. Ese artículo en entronca con arts. 143 y 1709 CCC.

Frente a la pérdida del capital social administradores y socios deben capitalizar o liquidar la sociedad. Es una obligación. En cambio no hay ninguna norma imperativa en la ley 24.522 (LCQ) que les imponga concursarse preventivamente o recurrir a un acuerdo preventivo extrajudicial.

Si administradores y socios eludieron asumir la crisis con las previsiones imperativas de la ley de sociedades, no liquidando ni capitalizando ellos o a través de terceros, sin duda porque el negocio es viable conforme al plan de negocios que a su vez responde al requerimiento de la nueva norma del art. 100 LGS<sup>53</sup>, no puede intentarse perjudicar a los acreedores a través de la tradicional fórmula de quita y espera –quita que implica un costo impositivo para la sociedad y un traslado de riqueza de acreedores en favor de los socios<sup>54</sup>. Ante la pérdida del capital social, causal de disolución, la exigencia del plan de negocios u hoja de ruta ha sido instalada normativamente en ese art. 100 LGS al exigir que se acredita la “viabilidad económica” de la sociedad –obviamente por administradores y socios-, y consecuentemente la norma del art. 167 in fine CCC, permite interpretar el art. 99 LGS sobre el alcance de la responsabilidad solidaria de los socios, al normar “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”. Hemos sostenido que el plan de negocios integra la propuesta de acuerdo –imperativamente- en el concurso de sociedades en la República Argentina, y hasta en el escrito de presentación en concurso junto al deber de informar las causas de la cesación de pagos, no podrían sus administradores dejar de anticipar las medidas que han adoptado –una el

---

52 RICHARD, Efraín Hugo “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.

53 RICHARD, Efraín Hugo “El plan de empresa. Ética y responsabilidad del empresario” en Libro de Homenaje a Pedro J. Frías, tomo II p. 1188 a 1211; ALBERTI, Marcelo Edgardo “Una contribución de Efraín Hugo Richard al derecho concursal: el plan de empresa como recaudo del concurso preventivo” en DERECHOS PATRIMONIALES Estudios en Homenaje al Profesor Emérito Dr. Efraín Hugo Richard, Ed. Ad Hoc, Buenos Aires 2001, tomo II pág. 949. CARLINO, Bernardo P. “GENÉTICA DEL PLAN DE NEGOCIOS (MÁS SOBRE LA CONTRIBUCION DE E. H. RICHARD)”, en Jurisprudencia Argentina, Newsletter del 20 de marzo de 2009.

54 En artículos con VEIGA, Juan Carlos VIIIº CONGRESO ARGENTINO DE DERECHO CONCURSAL - VIº CONGRESO IBEROAMERICANO DE LA INSOLVENCIA (Tucumán (R.A.) septiembre de 2012 “NUEVA VISIÓN EN TORNO A LA HOMOLOGACIÓN DE ACUERDOS CON QUITAS EN CONCURSO DE SOCIEDADES. EL ABUSO Y EL FRAUDE” tomo I pág. 367, y “EL CONTRADERECHO (EL ABUSO Y EL FRAUDE EN LA HOMOLOGACION DE ACUERDOS CONCURSALES PROPUESTOS POR SOCIEDADES COMERCIALES CON QUITAS), en Pensar en Derecho, Nro. 5 Año 3, pág. 257, Buenos Aires, Febrero 2015. Ed. Eudeba, Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires, y con FUSHIMI, Jorge Fernando “EL BALANCE Y LA QUITA EN CONCURSOS DE SOCIEDADES Y SU TRATAMIENTO CONTABLE Y FISCAL (con algunos aspectos periféricos)” en ASPECTOS CONTABLES, IMPOSITIVOS Y PREVISIONALES EN LAS SOCIEDADES Y LOS CONCURSOS, Obra colectiva, Director Martín Arecha, Págs. 153 a 162. Publicación del Instituto Argentino de Derecho Comercial. Editorial Legis Argentina SA, Bs. Aires, 2013.

concurso- y las que aplicarán para salir de la crisis.

Si es una obligación por norma imperativa de administradores y socios ante la pérdida del capital social capitalizar o liquidar, recurrir al concurso preventivo –que no es una obligación legal- para incumplir aquella prevención de ley especial, imponiendo la patrimonialización por quita a los acreedores, estamos frente a un fraude a la ley (art. 12 CCC).

En este punto se abre una luz, pues Truffat a través de su enfática defensa del “esfuerzo compartido”, descarta lógicamente la fórmula tradicional de “quita y espera”. ¿Cuál será la fórmula que pasará el sedazo de la homologación conforme art. 52.4 LCQ de “en ningún caso el juez homologará una propuesta abusiva o en fraude a la ley”, obviamente sea a la Constitución Nacional, el Código Civil y Comercial y menos a normas imperativas de la ley societaria.

**V – PARA LA JUDICATURA.** El enriquecimiento por quitas es claro en el beneficio de los socios, el pasivo se contrae, el activo insuficiente pasa a ser mayor lo que podría llegar hasta para permitir distribuir utilidades. Por ello la quita es imponible como ganancia, difiriendo su pago hasta 4 años o antes si se reparten utilidades.

Es una colaboración con el esforzado trabajo de la judicatura, imponiéndose recordar que ante la insolvencia o sea la pérdida del capital social de las sociedades previenen los arts. 94 inc. 5°, 96, 991 y 100 LGS, que aseguran la capitalización o la liquidación de la sociedad. Esas previsiones imperativas no podrán ser soslayadas por la homologación de un acuerdo o la imposición de condiciones como “tercera via” que supongan quitas, enriqueciendo así a los socios y perjudicando a los acreedores, cuando el equilibrio se logra como hemos señalado.

1. Un juez, ante un concurso de sociedad, debería prevenir el daño. En primer lugar determinar si existe pérdida del capital social, en cuyo caso debería aplicar los dispositivos preventivos del daño, Conforme lo dispuesto en “Responsabilidad civil y la función preventiva disuasiva”, prevista en los arts. 1710 CCC y subsiguientes: “Deber de prevención del daño. Toda persona tiene el deber, en cuanto de ella dependa, de: a) evitar causar un daño no justificado; b) Adoptar, de buena fe y conforme a las circunstancias, las medidas razonables para evitar que se produzca un daño....c) no agravar el daño si ya se produjo”. Concordemos esta norma con las previsiones de los arts. 94.5, 96, 99 y 100 LGS y 167 in fine CCC. Si se advirtiera que los administradores sociales desoyen el art. 96 LGS, cabrá la previsión del nuevo art. 1711 CCC y ss..

2. Pero el tema se perfila de otra manera si alcanza a formalizarse propuesta de quita, sea que no se haya producido la pérdida del capital social, caso en que habría abuso de derecho pues sólo sería necesaria una espera<sup>55</sup>, o que se hubiera producido la pérdida del mismo y se intentara violar las normas de la función de garantía del capital social, lo que implicaría un fraude a la ley. Si hay abuso el juez debería aplicar la norma del art. 10 del Título Preliminar: “... El juez debe ordenar lo necesario para evitar los efectos del ejercicio abusivo o de la situación jurídica abusiva y, si correspondiere, procurar la reposición al estado de hecho anterior y fijar una indemnización”. En el caso una sociedad continúa su operatoria en el mercado contrariando normas imperativas de la ley y transfiriendo el riesgo, cuando no generando daño, o intentando obtener quitas en un concurso preventivo no habiendo perdido el capital social. Si hay fraude, la norma será la del artículo 12 del Título Preliminar del Código Civil y Comercial se refiere al “Orden público” y al “Fraude a la ley”: “Las convenciones particulares no pueden dejar sin efecto las leyes en cuya observancia esté interesado el orden público. El acto respecto del cual se invoque el amparo de un texto legal, que persiga un

---

55 Eventualmente sin intereses o con un ajuste de intereses.

resultado sustancialmente análogo al prohibido por una norma imperativa, se considera otorgado en fraude a la ley. En ese caso, el acto debe someterse a la norma imperativa que se trata de eludir". La disposición del art. 52.4 LCQ le impondrá la indubitable resolución. Aceptando esta cuestión se ha señalado que el abuso y el fraude quedarían cubiertos si hay "esfuerzo compartido" por parte de los socios de la sociedad concursada. Es alentadora esa posición, pues implica un cambio en la práctica y doctrina sobre el punto, pues la quita ha sido la "estrella polar" que guía la presentación en concurso de sociedades. Ya no podrá limitarse esa apreciación a un criterio subjetivo de que no se advierte en el proceso concursal evidencia de abuso de derecho o fraude a la ley. Ahora deberá también analizarse objetivamente si la funcionalidad societaria no ha sido usada para perjudicar a los acreedores a través del proceso concursal, eventualmente sin "esfuerzo compartido" como piso que rompe las actuales tradiciones, que alienta nuestra mirada, que es más profunda. La norma reformada del art. 52. 4 LCQ impone analizar si no hay abuso de derecho y fraude a la ley, y en caso de crisis de sociedades de las normas imperativas de la ley general de sociedades que imponen la patrimonialización de la sociedad a los socios –por sí o invitando a terceros a compartir los derechos sobre el patrimonio social-. El Título Preliminar CCC es esclarecedor no sólo por la integración del sistema jurídico (art. 2), sino por las precisas referencias a la buena fe, el abuso de derecho y el fraude a la ley (arts. 9, 10 y 12), y a valores, temas apuntados en los Fundamentos de elevación del Anteproyecto.

Si la judicatura se encuentra en un concurso en un dilema entre homologar una propuesta aceptada con quitas, en indudable fraude a la ley societaria, siempre tendrá la posibilidad de abrir a una segunda oportunidad en interpretación amplia del art. 48 LCQ o imponer a través de la llamada "tercera vía"<sup>56</sup> la solución del art. 96 LGS.

**VI – CONCLUYENDO Y MEDITANDO.** En las nuevas visiones, advertimos cierto encuentro: 1. Que en el concurso de sociedades hay que tener en cuenta las normas de la ley específica que las regula. 2. Que no puede trasladarse todo el daño que genera la crisis a los acreedores, imponiendo el esfuerzo compartido de socios junto a los acreedores. 3. Que siempre es posible el concurso de una sociedad.

El camino a recorrer y que debatimos en esas Jornadas: 1. ¿La crisis debe ser atendida, privada o concursalmente, en forma temprana o debe esperarse a que la sociedad haya perdido el capital social y los socios hayan decidido expresa o tácitamente no capitalizar? 2. ¿Las normas societarias sobre causales de disolución y particularmente sobre la función de garantía del capital social son imperativas? 3. ¿El esfuerzo compartido en sede concursal disipa el incumplimiento de esas normas imperativas? 4. ¿Si se ha generado daño, pese a la homologación de un acuerdo, se mantiene responsabilidad de administradores y socios?

Quizá el disenso, en los aspectos que se mantiene es en considerar la "cesación de pagos" como algo más grave que la "pérdida del capital social". Así señala Truffat "No hay dudas que, al menos mientras no esté claramente instalada la cesación de pagos, las soluciones societarias se imponen (reintegro de capital, aumento y suscripción de capital, liquidación); pero que –una vez producida la imposibilidad de cumplir regularmente con las obligaciones y sin perjuicio del obvio deber de los administradores de "poner la cuestión" en manos de los socios reunidos en asamblea [como hace

---

56 RICHARD, Efraín Hugo "LA LLAMADA TERCERA VIA EN CONCURSO DE SOCIEDADES: ¿SALVAVIDAS O COBERTURA DE ABUSO DE DERECHO?", en Revista de Las Sociedades y Concursos", Director Ricardo A. Nissen, Ed. Legis Buenos Aires 2014, Año 15 – 2014 – 1 pág. 3.

ya bastantes años sostuviéramos Barreiro y yo <sup>57]</sup>- la solución concursal, sea esta sanadora o liquidativa, aparece como un remedio tan válido y de igual jerarquía que aquellos que prevé la ley de facto 19.550.”

La liquidación de una sociedad nadie la quiere, particularmente si ha generado puestos de trabajo, pero es insoslayable de no ser viable. Ello quedó patentizado también en el penúltimo panel moderado por Marcelo Barreiro en el Congreso Iberoamericano de Derecho Concursal realizado en septiembre de 2015 en Villa Giardino. También quedó en claro en ese panel la necesidad de actuar tempranamente. Nunca hemos descartado el concurso de la sociedad en la legislación argentina cuando ha perdido el capital social –que muchas legislaciones vedan<sup>58</sup>-, pero si hemos sostenido que se ha generado responsabilidad para administradores y algunos socios por el daño generado.

---

57 Postura que motivó un trabajo de Richard titulado “Está lloviendo ¿Se acabó la sequía! (En torno a la insolvencia societaria”, DSC,

Errepar, Bs.As., diciembre 2005, Nro. 217, pág. 1532

58 RICHARD, Efraín Hugo “NOTAS EN TORNO A LA PRECONCURSALIDAD SOCIETARIA: UN ESTUDIO COMPARADO” en Revista de Derecho concursal y Paraconcursal, Ed.La Ley,. RPC 20/2014, Reseña Legislativa española y comparada. Madrid 2014, pág. 423.