

**LAS REFORMAS SOCIETARIAS A LA LUZ DEL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL****Efraín Hugo RICHARD**

**Síntesis:** De las normas del Código Civil y Comercial se despliegan ejes sistemáticos para la interpretación de la ley general de sociedades, generando una integración positiva.

**Palabras claves:** sociedades – personalidad – responsabilidad.

**Abstract:** From the norms of the Civil and Commercial Code it is possible to derive systematic approaches for the interpretation of the General Law of Business Corporations, thus generating a positive integration, especially in regards personality and responsibility

**Key words:** business corporations; personality; responsibility.

**I - INTRODUCCIÓN.**

Las normas sobre personalidad jurídica en el Código Civil y Comercial permiten iluminar la interpretación de la ley general de sociedades, no sólo en sus reformas sino en su integridad, permitiendo una sistematización.

Es muy interesante esta apreciación en cuanto las fuentes personales de cada reforma fueron distintas, perteneciendo a distintas subcomisiones que no se conectaron entre sí, pero permite avizorar que la Comisión tuvo especial acierto en este aspecto.

Tema aparte lo fue la extraña regulación de la sociedad generada por declaración unilateral de voluntad, pues manteniendo la explicación coherente generada por la Comisión en los Fundamentos del Código sobre el tópico, se generaron diversas normas y retoques sucesivos generando un subtipo de Sociedad por acciones sólo útil a grandes emprendimientos, particularmente de sociedades constituídas en el extranjero. Esta reforma asistemática ya ha recibido una importante reforma legislativa que tiende a paliar ese error, si bien entendemos que no son suficientes+.

De todos modos, en materia de sociedades que es una herramienta maravillosa dentro de las relaciones de organización personificadas, parece motivamente que la doctrina colabore en la difícil tarea de la magistratura encontrando el equilibrio de las sociedades en el sistema jurídico, desde su nacimiento como personas jurídicas, hasta sus crisis previstas en las normas del Código Civil y Comercial –CCC- y en la específica Ley General de Sociedades –LGS-, inclusive con reflejos en la legislación concursal<sup>1</sup>, o anticipadamente tratando de minimizar daños. Se trata de rescatar la

---

<sup>1</sup> Nto. "LA FUNCIÓN DE GARANTÍA DEL PATRIMONIO: CONEXIÓN DEL SISTEMA SOCIETARIO CON EL CONCURSAL. CRISIS Y TERMINOLOGÍA" Publicado en *El Derecho Societario y de la Empresa en el Nuevo Sistema del Derecho Privado*. Tomo III "Sociedades cerradas o de familia. Conflictos societarios en particular. La acción como título valor. Títulos atípicos. Acciones cotizadas. Obligaciones negociables. Contratos sobre acciones. Fideicomiso sobre acciones. Documentación y contabilidad. Información societaria. Capital y patrimonio. Financiamiento. Cuestiones Interdisciplinarias." Ed. XIII Congreso Argentino de Derecho Societario, IV Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa, Universidad de Mendoza – Universidad Nacional de Cuyo, Editorial Advocatus, Córdoba, agosto 2016, pág. 2017; y "EL

autonomía de la voluntad ejercida con responsabilidad para no dañar, política legislativa que hemos tratado con anterioridad.<sup>2</sup>

## II – EL TEMA CENTRAL: LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD.

Comenzamos por un tema que metodológicamente podría ser postergado para el análisis, pero que hace a un cambio de paradigma para todas las sociedades.

Desde hace años existía cierta reticencia a la incorporación en el estatuto societario de previsiones sobre las relaciones entre socios, particularmente de lo que se denominaba “acuerdos de sindicación de acciones o de participaciones sociales”. Lentamente se fue aceptando que los mismos pudieran incorporarse como forma de transparentar para socios y terceros las políticas de fidelización fijadas.

Pero donde más de advertía el disfavor a la autonomía de la voluntad lo era en torno a las llamadas “sociedades no constituídas regularmente” que integraban la sección 4ª del capítulo I de la Ley de Sociedades Comerciales, donde el art. 23 en su última parte disponía “La sociedad ni los socios pueden invocar respecto de cualquier tercero ni entre sí, derechos o defensas nacidos del contrato social...”.

No parecía racional que los socios no pudieran invocar entre sí lo pactado libremente ni en relación a terceros que hubieran conocido ese pacto y contratado pese a ello.

La ahora Ley General de Sociedades (LGS) incorporó el paradigma propio de la autonomía de la voluntad en su nuevo art. 22 “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”.

Es reconocer el efecto de la autonomía de la voluntad y el efecto relativo de los contratos frente a terceros.

Iniciamos este ensayo con este comentario por el efecto que le atribuimos respecto a la temática de la “personalidad”.

## III – SOBRE SOCIEDADES Y PERSONALIDAD JURÍDICA.

Todas las sociedades son persona jurídica conforme determina el Código Civil y Comercial. Cuidadosamente se ha eliminado la difusa nomenclatura de “sociedad en participación”, que nos obligara a distinguir entre sociedad en sentido propio o estricto y sociedad en sentido lato.

Adviértase que hay sociedades regularmente constituídas o otras que, justamente no están constituídas regularmente, que se corresponde la mentada Sección 4ª del Capítulo I LGS.

---

EQUILIBRIO DE LAS SOLUCIONES SOCIETARIAS PARA EVITAR SU CRISIS Y DAÑAR. INTERPRETACIÓN CONGRUENTE CON LA LEY CONCURSAL” en la misma publicación y tomo pág. 2025.

<sup>2</sup> Nto. “INTEGRACIÓN DE LA LEY GENERAL DE SOCIEDADES CON EL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL Y RESPONSABILIDAD, INCLUSO DE SOCIOS NO SOLIDARIOS”, en *Revista de las sociedades y Concursos*, Director Ricardo A. Nissen, año 17, 2016-3 pág. 3 a 42, Buenos Aires.

### **1. Del nacimiento de la personalidad jurídica.**

*Frente a ello surge el siguiente interrogante: ¿Cuándo una sociedad nace como sujeto de derecho? Este aspecto se corresponde a la solución normativa en cada sistema positivo.*

Anticipamos una visión sistémica: debe distinguirse entre sociedad que puede oponer –o se le puede oponer- su condición de persona jurídica “erga omnes”, y aquella que debe probar –o le deben probar- su condición de persona jurídica. Y esta es la distinción entre las sociedades típicas que han inscripto registralmente su estatuto y las sociedades no constituídas regularmente de la sección 4ª y la especial previsión del nuevo art. 22 sobre la validez del contrato.

En efecto, según el Código Civil el ente societario nace con su constitución: cuando sus miembros fundacionales prestan su consentimiento para su formación. Simultáneamente, con este acto surge la personalidad jurídica, así lo establece el art. 141 CCC, aunque en el mundo jurídico cobrará virtualidad por la evidencia exteriorizada de una separación patrimonial (que en algunas legislaciones se exige que sea de publicidad formal) y la generación de un débito social, o sea la actuación externa de la sociedad como tal por sus órganos.

La sociedad inscripta en el Registro Público tiene personalidad “erga omnes”, no es necesaria su prueba.

En cambio, en las sociedades no inscriptas, si bien la personalidad es reconocida desde la constitución, ello acaece en la realidad cuando genera relaciones jurídicas en el exterior, obligando al representante orgánico a probar la existencia de la sociedad y de su representación frente a terceros, exhibiendo el contrato por rudimentario que fuere, o a los terceros a usar cualquier medio de prueba –art. 24 LGS- si intenta reclamos sobre el patrimonio social y eventualmente responsabilizar a socios.

¿Cuáles son los efectos que produce la personificación como división patrimonial y autogestión? Obviamente la sociedad para ser considerada persona jurídica deberá tener un patrimonio (arts. 143 y 154 CCC) y como atributos (Sección 3ª Parágrafo 1 CCC) nombre (art. 151) y domicilio (art. 152) y objeto (art. 156). Será el mínimo que le exigirá la Administración y Fiscalización de Ingresos Públicos para otorgar la CUIT o Cédula única de identificación tributaria, para operar legalmente.

Y en estas últimas referencias la integración indubitable del CCC con la LGS.

Obviamente que adquirida la personalidad jurídica, la misma sólo puede desaparecer por la liquidación de las relaciones jurídicas generadas en torno al centro de imputación autogestante.

### **2. Otra cuestión es como se reconoce la personalidad de las sociedades.**

El CCC viene en ratificar el criterio de la legislación argentina sobre el reconocimiento de personalidad sin necesidad de autorización, control o registro. Así se sostenía la opinable personalidad de la sociedad de hecho. El art. 141 CCC lo ha venido a ratificar: La existencia de la persona jurídica privada comienza desde su constitución. No la restringe a la registración, y solo en el caso de necesitar autorización, como un Banco, podrá estar constituida y actuar como persona jurídica, pero no podrá operar como Banco antes de obtenerla.

Todo esto, verificable en esa fecha pero puesto en cuestión, ha sido reforzado por el Código Civil y Comercial y la Ley General de Sociedades, pese a sus poquísimas reformas.

### 3. Relaciones de organización.

Joaquín Garriguez se refería a la Sociedad Anónima como un capital con personalidad? Como un centro de imputación autogestante a partir de un patrimonio afectado.

Centros imputativos. Los sistemas jurídicos disponen de soluciones para sus cuerpos normativos a fin de reglar ciertas relaciones con y entre los terceros. En ese sentido parece indispensable atender a las relaciones de organización<sup>3</sup>.

El principio de división patrimonial, base de la personalidad, se estructura en resguardo no de los socios sino del nuevo sujeto de derecho y de sus acreedores, distintos al de los socios. La limitación de responsabilidad es un privilegio de esos socios, que no altera el principio de división patrimonial.

La "sociedad es una persona jurídica, porque tiene patrimonio propio y un sistema de imputabilidad de derechos y obligaciones al mismo, con medios destinados a conseguir el fin propio..."<sup>4</sup>. Bajo ese criterio, son personas jurídicas las que así sean determinadas por el respectivo ordenamiento positivo.

Se constituye así en una herramienta de la ciencia del derecho otorgada al legislador, conforme al medio y contexto social y doctrinario, para que éste atribuya esas normativas. Lo hará reconociendo la existencia de una persona jurídica como centro de imputación diferenciada, sea por medio de un acto público o de las relaciones contractuales funcionalmente exteriorizadas<sup>5</sup>.

Frente a lo expuesto surge el siguiente interrogante: *¿Cuándo una sociedad nace como sujeto de derecho? Este aspecto se corresponde a la solución normativa en cada sistema positivo.*

El ente societario nace con su constitución: cuando sus miembros fundacionales prestan su consentimiento para su formación. Simultáneamente, con este acto surge la personalidad jurídica. En otros términos, la personalidad nace conjuntamente con el acto de constitución, es decir que como sociedad existe y tiene personalidad desde el acuerdo de voluntades, con prescindencia de cualquier formalidad, no importando la limitación de responsabilidad de los socios un presupuesto típico de la personalidad, ya que existen tipos donde la responsabilidad de sus miembros es ilimitada. Con esto queremos dejar sentado que la calificación de persona jurídica es una categoría que proviene de la ley, sin embargo, el ordenamiento jurídico otorga tal calidad con prescindencia del cumplimiento del proceso formal y de la inscripción registral, la que sólo atañe a la regularidad del ente en cuestión.

La registración del contrato constitutivo de la sociedad no guarda relación con el goce de la personalidad jurídica<sup>6</sup>, sino tan sólo permite a los integrantes de aquélla ampararse en los beneficios que irroga el tipo social de que se trate y, al considerarse regularmente constituida la

---

<sup>3</sup> A las 4as. JORNADAS DE INSTITUTOS DE DERECHO COMERCIAL, CORRIENTES, 5/7 de septiembre de 1996, intitulada: "DERECHO DE LA ORGANIZACION Y ESTABLECIMIENTO EMPRESARIAL" (PROPUESTA PARA UN TRABAJO COLECTIVO).

<sup>4</sup> VIVANTE, César *Tratado de derecho mercantil*. Versión española de la quinta edición italiana corregida, aumentada y reimpresa- Volumen II, Edit. Reus, Madrid, año 1932, págs. 6 y ss.

<sup>5</sup> Nto. *En torno a la llamada inoponibilidad de la personalidad jurídica* en "Doctrina societaria y concursal" de Errepar t. II p. 541.

<sup>6</sup> Nissen Ricardo A. *Curso de derecho societario* pág. 62 y ss.

compañía, podrán oponer a los acreedores sociales la limitación de la responsabilidad de acuerdo con la estructura social escogida<sup>7</sup>.

La generación o no de un sujeto de derecho estará determinada por la evidencia exteriorizada de una separación patrimonial (que en algunas legislaciones se exige que sea de publicidad formal) y la generación de un débito social, o sea la actuación externa de la sociedad como tal por sus órganos. No todo el derecho comparado es así.<sup>8</sup>

El centro imputativo alcanzaría a generar al sujeto cuando se advirtieran en el mundo externo bienes atribuido a la sociedad, en relación a la cual existan acreedores que puedan ejercitar derechos. De allí la exigencia de registro, publicidad o manifestación notarial en los anteproyectos, superado ahora en el CCC, a la que debe acomodarse la LGS. Si los bienes no trascienden como de la sociedad no se genera el efecto de posibilitar la atribución de propiedad de los mismos a un nuevo ente distinto de las personas que mantienen la actividad en común.

#### 4. Reglamentación de la adquisición de personalidad

La personalidad puede ser atribuida por la Inscripción, sea que a la misma se arribe por un sistema de autorización<sup>9</sup> o regulación legal, o tipicidad. O la personalidad puede adquirirse por la

---

<sup>7</sup> Sin embargo cabe remarcar que la limitación de la responsabilidad no es un atributo de la personalidad jurídica, ya que como bien es sabido existen tipos sociales donde los socios responden ilimitada y solidariamente con la sociedad que integran, por las obligaciones contraídas por ésta, sea, como bien lo destaca Nissen, en forma subsidiaria como lo es en las colectivas o no, como acontece en las irregulares. Ver Nissen Ricardo A. Ob. cit. pág. 62.

<sup>8</sup> "La inscripción de la sociedad en el registro de las empresas...a consecuencia de orden del tribunal, produce el efecto constitutivo de la sociedad como persona jurídica (art.233l C.C.I.)... En las sociedades por acciones, antes del registro, el ente sociedad no existe ni para los socios ni para los terceros (art.233l)". Esa posición extrema va cediendo: cfr.Cass., 28 de noviembre de 1958 n.3808 -publicado en "Società per azioni.Casi e materiali di diritto commerciale" Milán 1974. G.Bonelli y otros, por el cual en el caso Cipolla Pres. De Biasi Est., el Tribunal refiere sobre la posición doctrinaria que sostiene la imposibilidad de obligar a la sociedad anónima antes de la inscripción, con referencia a G. de Ferra "Nullita degli atti compiuti in nome della società per azioni prima dell'iscrizione nel registro delle imprese" -en Rivista del Diritto Commerciali, año 1957 II p.355 y ss.-, señalando que de reciente se afirma una dirección jurisprudencial y doctrinaria que considera que el negocio representativo en examen es un negocio que no es ni inválido ni ineficaz, sino simplemente "in itinere" o sea hecho en suspenso, que a juicio del Tribunal es más convincente y por tanto el acto pasa a ser ratificable por la Sociedad.

<sup>9</sup> Esa autorización podría estar condicionada a la existencia de una razón funcional. Ello normalmente es requerido, pero por razones extrasocietarias, cuando la autoridad de control desea asegurar la existencia de una organización económica, como en el caso de actividades bancarias o asegurativas. Pero la falta de existencia de esa organización, una vez que la sociedad actuó no afecta su existencia sino la responsabilidad de alguno, algunos o todos los socios o terceros controlantes. Palmero (*La persona jurídica en el proyecto de unificación de la legislación civil y comercial de la Nación* en R.D.C.O. año 20 p.817 y ss., especialmente a pag.844.) expresa refiriéndose al nacimiento de la personalidad jurídica, que a su criterio -tomando en cuenta a Ferro Luzzi en su monografía "I contratti associativi"-, debe existir primeramente una base o substrato de organización. Continúa Palmero, que a todo esto hay que agregarle una segunda y principalísima observación: toda esta organización sólo da lugar a una entidad (real o jurídica) si media una "finalidad común"; quizá para ser más exactos, habría que afirmar una "finalidad autónoma" -para incluir el negocio unilateral-. La finalidad común, sostiene, es la brújula que muestra no sólo la visión estática o estructural de la persona, sino también la que facilita una perspectiva dinámica o funcional y permite controlar el grado de acatamiento a la "especialidad", o si en el transcurso de su vida genera o no una desviación o desnaturalización abusiva de sus fines. Esa finalidad común interna, adquiere relevancia en el mundo jurídico -acoto- cuando es exteriorizada. La finalidad autónoma o común, finaliza Palmero, considerada tanto en su manifestación objetiva como subjetiva, constituye una nota esencial en la determinación de las diferencias entre acto jurídico y personalidad.- El criterio preexpuesto impondría un fuerte control estatal para la generación o conservación de la personalidad, congruente a la existencia de esa funcionalidad. Entendemos que el argumento se corresponde más a la problemática de la legitimación o de la imputabilidad de

mera actuación (reconocimiento de personalidad a la sociedad de hecho, aunque sea al sólo efecto de su liquidación). Una tendencia que se mantiene para la sociedad por acciones, es el de la inscripción. Poco importa en este supuesto, si depende de una autorización estatal previa o del cumplimiento de ciertos requisitos. En ambos supuestos o en su mezcla de esta teoría, la personalidad se determina por la inscripción en un Registro Público<sup>10</sup>.

### **5. Adquisición de hecho.**

Otra posición, receptada en nuestro derecho actual, es la de la actuación de la sociedad frente a terceros –aunque la ley en el art. 141 CCC disponga desde su constitución-, reconociéndose así personalidad hasta a la sociedad de hecho. Aunque, es bueno señalarlo, no existe la posibilidad en nuestro derecho de demandar a una "sociedad de hecho" como tal, sino a través de sus integrantes, en cuanto intente imputárseles una actividad en común, factor de atribución de responsabilidad en nuestro derecho vigente. El art. 26 LSA tendería más bien a determinar la existencia de una preferencia en favor de acreedores nacidos de una actividad específica.

En el derecho romano la actividad mercantil generaba un privilegio de los acreedores sobre los bienes afectados al comercio. Es otro recurso técnico distinto al de la personalidad.

La aceptación de la realidad jurídica de la actuación de una sociedad, siempre sujeto de derecho, trae alguna inseguridad jurídica respecto a la existencia o no de sociedades de hecho, muchas veces confundidas con negocios participativos, consorcios u otras figuras similares, caso en que el requeriente debe acreditar la existencia de la sociedad, art. 24 LGS, y en la vida comercial la sociedad debe acreditar su existencia para contratar (la CUIT).

Concluimos que, como recurso técnico, el legislador puede determinar cuándo o como se genera la personalidad, y así lo ha hecho en el art. 141 CCC.

### **6. Un problema de prueba.**

Nuestra visión sistemática apunta que se trata de un problema de prueba. La sociedad inscripta no necesita probar su personalidad. La sociedad no inscripta si deberá hacerlo, por cualquier medio de prueba conforme al nuevo art. 25 LGS. También lo podrán hacer los socios o los terceros que quieran imputar una relación a esa sociedad y responsabilizar a administradores y/o socios.

## **IV - LA PRELACIÓN DE NORMAS.**

La visión integradora que estamos desarrollando impone referirse ahora a la prelación de normas entre el CCC y la ley especial de las sociedades o sea la LGS, como así a otras leyes especiales, como la concursal, y las normas imperativas de cada ordenamiento.

El tema enfoca la prelación e integración de normas en torno a las personas jurídicas y específicamente de la sociedad sujeto de derecho, conforme determinación del art. 150 CCC

---

relaciones jurídicas a la nueva persona jurídica, y a la llamada teoría de la desestimación . La personalidad, como dice ese mismo autor, existe o no existe, y por eso debe simplificarse la constatación de su existencia.

<sup>10</sup> Es el criterio de la Corte Suprema de Justicia en el considerando 8 in fine en el fallo citado por NISSEN, Ricardo A. *Sociedades en formación. Personalidad jurídica. Oponibilidad del contrato y funcionamiento de sus órganos* en Errepar "Doctrina societaria y concursal" cit. tomo I p.253.

dentro del título 2 Persona Jurídica, Sección 2 Clasificación: “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...”.

O sea que para las sociedades la ley especial es la LGS, prevalencido obviamente sus normas imperativas, “o en su defecto” –de aquellas normas- por las normas imperativas del CCC.

Las normas se clasifican en imperativas y supletorias, siendo indispensable reconocerlas para interpretar y aplicarlas. Una norma es imperativa cuando no es posible substraerse a lo que obliga o prohíbe, es supletoria cuando lo dispuesto por la norma se aplica a falta de previsión del contrato o estatuto, o sea cuando puede ser cambiada o modificada según esa voluntad de las personas intervinientes en el negocio jurídico en cuestión. Así son imperativas para sus destinatarios las que se les imponen a quienes están en una situación jurídica determinada sin posibilidad de pacto o decisión en contra pues sus efectos deben producirse con independencia del querer de las personas. Son imperativas también las opcionales, esto es, las que permiten a los individuos escoger, según su deseo y conveniencias, entre dos o más posibilidades reguladas por la misma ley en cuanto a los efectos de las opciones consagradas. La ley imperativa se impone ante la voluntad de las partes. Se cumple aunque las partes en común acuerdo quisieran que no fuera así. La norma imperativa generalmente impone obligaciones o establece prohibiciones. La norma supletoria, en cambio, brinda la posibilidad de que las partes fijen los efectos o consecuencias, o las obligaciones y prohibiciones que gobiernan su relación jurídica, y si las partes nada dicen al respecto la norma entra a suplir esa indefinición, de modo que la ley sólo tendrá efecto si las partes no han expresado su voluntad, por lo que se puede afirmar que una norma supletoria permite que la voluntad de las partes prevalezca.

### 1. ¿Las normas sobre personas jurídicas del CCC se aplican a las sociedades?

Gabriela Boquin ha dado indubitable respuesta afirmativa ante alguna interpretación restrictiva, refiriéndose al art. 144 CCC<sup>11</sup>, lo que permite extenderse a otras normas.

Coincidimos con dicho criterio integrativo. El CCC viene a ratificar el criterio de la legislación argentina sobre el reconocimiento de personalidad sin necesidad de autorización, control o registro, aceptado por la ley 19550 en su art. 2º, mantenido en la LGS y reforzado en las previsiones de los arts. 21 y ss..

El art. 141 CCC lo ha venido a ratificar: La existencia de la persona jurídica privada comienza desde su constitución.

El principio de división patrimonial, base de la personalidad, se estructura en resguardo no de los socios sino del nuevo sujeto de derecho y de sus acreedores, distintos al de los socios, así lo expresan los arts. 143 CCC y 56 LGS, congruentes con los arts. 242 y 743 CCC. La limitación de responsabilidad es un privilegio de algunos socios, que no altera el principio de división patrimonial, y la responsabilidad subsidiaria en su caso.

Reiteramos un concepto de Vivante “La “sociedad es una persona jurídica, porque tiene patrimonio propio y un sistema de imputabilidad de derechos y obligaciones al mismo, con medios destinados a conseguir el fin propio...”<sup>12</sup>, un centro imputativo autogestante.

<sup>11</sup> BOQUIN, Gabriela “Inoponibilidad de la persona jurídica en el Código Civil y Comercial y régimen societario” en tomo I pág. 221, de la publicación de los referidos Congresos citados en nota anterior.

## 2. Normas imperativas y terminología.

Debemos preguntarnos sobre normas imperativas para poder desentrañar las normas que prioritariamente se aplica a las sociedades.

También se generan debates en torno al uso de las expresiones “indisponibles” e “imperativas”. La primera expresión no aparece en los Fundamentos del anteproyecto. La segunda sí, particularmente al referirse al fraude a la ley. En el Código aparece en tres oportunidades al referirse a la interpretación de los contratos en los arts. 962, 963 y 964 aparentemente como equivalente a la expresión segunda usada en el art. 150. Luego la palabra indisponible aparece con similar alcance en el art. 1709 y como referencia a derechos indisponibles en el art. 1743.

La referencia a normas imperativas aparece en los arts. 12, 150 y 177, expresamente a normas legales imperativas en el art. 1121, leyes imperativas 1743, y normas internacionales imperativas en los arts. 2599 y 2651 incs. e. y f. del Código.

La impresión es que han sido usadas como expresiones análogas.

Desde un punto de vista doctrinario consideramos que la primera expresión “indisponibles” es abarcativa de las imperativas por disposición legal y las indisponibles por disposición de voluntad, como lo es una norma estatutaria.

Por otro lado no deben descartar las opciones imperativas, o sea que los socios deben elegir alguna de ellas, sin apartarse del catálogo previsto. Un ejemplo lo es el art. 96 LGS.

## 3. Significado de la expresión “o en su defecto” en el inc. a del art. 150 CCC.

Un aspecto es dilucidar el alcance de la expresión “o en su defecto” que contiene el art. 150 CCC referido para dar prioridad a la ley especial o a las normas del Código<sup>13</sup>, con importantes alcances interpretativos como enseguida veremos.

El Diccionario de la Real Academia señala como definición de “ en su defecto”: “A falta de la persona o cosa de que se habla, especialmente de algún requisito”.

Ejemplifiquemos sobre la prelación de normas cuando coexisten dos normas indisponibles: el art. 99 LGS preceptúa imperativamente: “*Administradores: facultades y deberes. Los administradores, con posterioridad al vencimiento del plazo de duración de la sociedad o al acuerdo de disolución o a la declaración de haberse comprobado alguna de las causales de disolución, sólo pueden atender los asuntos urgentes y deben adoptar las medidas necesarias para iniciar la liquidación. - Responsabilidad. Cualquier operación ajena a esos fines los hace responsables ilimitada y solidariamente respecto a los terceros y los socios, sin perjuicio de la responsabilidad de éstos*”. Aunque la expresión final respecto a la responsabilidad de los socios señalando “en su caso”, es imprecisa y ha dado lugar a diversas posiciones que enfrentamos con Luisa Borgarello en ponencia a tratada favorablemente en el reciente Congreso -.

<sup>12</sup> VIVANTE, César *Tratado de derecho mercantil*. Versión española de la quinta edición italiana corregida, aumentada y reimpressa- Volumen II, Edit. Reus, Madrid, año 1932, págs. 6 y ss.

<sup>13</sup> “LA INTERPRETACIÓN DEL SUB SISTEMA SOCIETARIO A LA LUZ DEL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL: PRELACIÓN DE NORMAS IMPERATIVAS”, en *El Derecho Societario y de la Empresa en el Nuevo Sistema del Derecho Privado*. Tomo I cit. en nota 1 anterior pág. 23.

A su vez, en norma similar respecto a todas las personas jurídicas privadas, el art. 167 CCC dispone “Liquidación y responsabilidades” y especifica al final “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”.

La integración de esas previsiones de los arts. 99 LGS y 167 in fine CCC es perfecta y absolutamente autorizada por el art. 150 CCC, cuando en su inc. a expresa “Por las normas imperativas de la ley especial, o **en su defecto**, de este Código”, conforme a la previsión integrativa referida del Diccionario de la lengua castellana.

El art. 99 LGS se refiere a la responsabilidad de los socios “en su caso”. Por otra parte el art. 167 CCC viene no sólo a determinar los requisitos, sino también de la “imperfección” de la norma del art. 99 LGS que es así integrada lógicamente, conforme una antijuridicidad causal de daño. Perez Hualde<sup>14</sup> coincide señalando con precisión que “La aplicación del art. 167 CCC respecto del supuesto tratado en la LGS... surge del claro orden de prelación que establece el art. 150 CCC ordenando la aplicación, después de la norma imperativa especial (léase LGS), de la norma imperativa del Código. Y es así en tanto la norma del art 99 LGS, respecto de la responsabilidad de los socios, no solo no es imperativa, sino que además es oscura...En cambio, el art. 167 CCC además de ser una norma de absoluta claridad en cuanto al supuesto de aplicación, es sin lugar a dudas una norma imperativa. Ello se evidencia no solamente al sostener que la persona jurídica en dicha situación *no puede realizar operaciones*, sino también cuando establece que en caso de infracción responden ilimitada y solidariamente aquellos miembros (socios) 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*”.

## V - PERSONALIDAD Y LIMITACIÓN DE RESPONSABILIDAD.

Ahora parece interesante, y estamos en condiciones, divagar sobre personalidad y responsabilidad.

En 1992 demitificamos la noción de contrato y sociedad, para incursionar en la de sociedad persona jurídica, sin negar la existencia de un negocio jurídico de constitución o de organización, y también apuntamos a la falata de identidad entre personalidad jurídica y limitación de responsabilidad. Avanzamos en la misma dirección determinando que la causa del vínculo era el advenimiento de la organización personificada, que esa personificación era en beneficio de los acreedores para asegurar su prenda común. Se trata de apuntar a la noción de causa en las relaciones de organización. Además enfatizamos que la sociedad no podía ser un instrumento para dañar, de actividad ilícita.

En el negocio constitutivo se expresa la finalidad de crear un nuevo sujeto de derecho, no hay interés contrario sino conjunción de intereses en el advenimiento de la personalidad jurídica para desarrollar su finalidad específica –objeto- en orden a generar utilidades y asumiendo las eventuales pérdidas.

---

<sup>14</sup> PEREZ HUALDE, Fernando “Aplicación del régimen del ar. 167 ccc al supuesto del art. 99 LGS” en *El Derecho Societario*...citado en nota anterior tomo I pág. 433.

Trabajamos sobre las relaciones de organización, con el concepto estricto y amplio de sociedad, el primero que se concentra en la Ley General de Sociedades, y el segundo en el CCC en la perfilación de los contratos asociativos no personificados, que no altera la actividad de los partícipes y que no genera un patrimonio independiente.

El Derecho Societario como parte integrante del Derecho Privado Patrimonial Negocial responde a lo largo de su evolución considerada en sus orígenes normativos como contrato bilateral, en el siglo XXI la tendencia hacia la flexibilización da apertura a una concepción diferente, la cual invita a rediseñar un concepto de sociedad acorde con la realidad planteada por la doctrina e incorporada en algunos ordenamientos jurídicos.<sup>15</sup>

*La sociedad (societas) como figura contractual aparece en el Derecho Civil, como un contrato consensual, bilateral o plurilateral, que no produce efectos frente a terceros, en virtud del cual dos o más personas (socii) se obligan a poner en común bienes y actividades y al reparto de ganancias y pérdidas, según una proporción establecida.<sup>16</sup> Teniendo en cuenta que la sociedad romana no era una persona jurídica, la única eficacia jurídica era la estrictamente obligacional,<sup>17</sup> los terceros únicamente se relacionaban con el socio que celebraba con ellos un negocio, y no se alteran derechos de terceros, a lo más se generaba un privilegio sobre ciertos bienes de la actividad en común en favor de las obligaciones por la misma generadas.*

El principio de división patrimonial no es requisito o atributo exclusivo de la personalidad jurídica, pero existiendo ésta se genera esa división (caso contrario debería incluirse a la sociedad conyugal, la indivisión postcomunitaria y la indivisión herediaria).

En la segunda mitad del siglo XX la doctrina comenzó a debatir en torno a la estructuración jurídica de la sociedad en función del contrato bilateral -presente en la codificación francesa, que unificó a todas las sociedades en una misma definición, destacando la celebración de un contrato en el origen de las relaciones jurídicas entre los socios, en tanto, no se obtuvo un reconocimiento expreso de la personalidad jurídica-,<sup>18</sup> surgiendo teorías que negaron la naturaleza contractual del acto constitutivo de la sociedad.

*Entre ellas, la Teoría del Acto Complejo de Kuntze (1892), la sociedad no sería un contrato sino que tendría el carácter de un acto unilateral constituido por la expresión de las voluntades de los socios dirigidas a la creación de una persona distinta de ellos.<sup>19</sup> Otra de las teorías fue la del Acto Colectivo, sostenida en Alemania por Witte y en Italia por Messineo, partiendo de la distinción que el Derecho germánico efectúa entre sociedad de personas y sociedad de capitales. "Considerando que son personas jurídicas únicamente las segundas, pretenden que las relaciones no se establecen entre los participantes, sino entre el organismo que se crea y cada uno de los fundadores, por*

<sup>15</sup> ESTECHE DE F., Elianne "CONCEPTUALIZACIÓN LEGAL DE LA SOCIEDAD EN EL SIGLO XXI", en *Estudios de Derecho Empresario*, agosto 2016, U.N.C., cuya sintética visión, que seguimos en párrafos subsiguientes, sintetiza nuestro pensamiento.

<sup>16</sup> ARANGIO, Vicente. *La società in diritto romano*, 1950. Reimpresión. Nápoli: 1965, p. 63. Citado por PARICIO, Javier. "El contrato de sociedad en Derecho Romano". AAVV: *Derecho de Sociedades*. Libro Homenaje al profesor Fernando Sánchez Calero. Vol. I. Capítulo 18. Editorial McGraw-Hill. Madrid: 2002, p. 408-409.

<sup>17</sup> GARCÍA-PITA, José. "Reflexiones sobre el concepto de sociedad y el derecho de sociedades". En: *Cuadernos de Derecho y Comercio*. Nº 33. Consejo General de los Colegios Oficiales de Corredores de Comercio. Madrid: Diciembre, 2000, p. 78.

<sup>18</sup> El legislador francés continuaba anclado en la concepción romanista de la sociedad, por una parte; y por otra existía temor y recelo político hacia la unión de personas cualquiera que fuese el fin para el que se hubiera constituido.

<sup>19</sup> MORLES, Alfredo. *Curso de Derecho Mercantil*. ob. cit., p. 768.

medio de un acto conjunto o colectivo”.<sup>20</sup> Asimismo, autores italianos, Soprano y Salandra, llegaron por esta vía a una solución mixta, aplicando la teoría del acto complejo a las relaciones de la sociedad con terceros y sosteniendo el contrato para explicar el vínculo entre los socios.<sup>21</sup> Incorporada en la reforma italiana por el Código Civil de 1942, surge la Teoría del Contrato Plurilateral, formulada por Ascarelli, según la cual la sociedad está incluida en la subcategoría de los contratos plurilaterales.

Resulta relevante que siendo por lo común más de dos las personas que intervienen o participan en la perfección del contrato, sin embargo, no se contraponen en partes enfrentadas -*contra partes*-, sino que, por el contrario, convergen como *co-partes* (realmente como compañeros) en un mismo proyecto y fin económico.<sup>22</sup> Cada parte contratante tiene frente a sí, simultáneamente tantas partes como socios, sin alterar su subsistencia permitiendo la adhesión de nuevos socios y la salida de los existentes. No hay interés contrario sino interés común.

Y es típico en ese negocio plurilateral que sea de organización, cada socio está obligado a la formación de un nuevo patrimonio que pertenece al ente jurídico constituido.<sup>23</sup> La causa del negocio constitutivo es el advenimiento de un centro de imputación personificado para la actuación en común conforme a un objeto y fin. En la evolución de lo que se ha considerado como sociedad (ya sea que en oportunidades se refiera al origen y en otros al efecto) debe incorporarse lo planteado por José Girón Tena, seguida más tarde por Cándido Paz-Ares, afirmando que “la sociedad es la unión de personas fundada mediante negocio jurídico para la promoción de un fin común autónomamente determinado y con una adecuada organización jurídica”.<sup>24</sup> De acuerdo con él, constituyen sus elementos: el origen negocial de fundación, fin común y promoción por los socios (del fin común) valiéndose de una organización jurídica adecuada.<sup>25</sup> Nosotros lo hicimos para compatibilizar el art. 30 LSC con la sociedad accidental o negocio en participación del art. 361 LSC, hoy totalmente e indublemente compatibles.

Dicho concepto de sociedad propuesto por esta corriente doctrinaria, es lo que consideran un concepto amplio o genérico de sociedad aplicable a todas las asociaciones, constituyendo la base del sistema societario, en tanto fundamentan en él la autonomía del Derecho Societario. Al mismo tiempo, reconocen un concepto “restringido” (tipo) de sociedad, que es la sociedad-contrato. Esto lo hemos trabajado con Orlando Muñoz en nuestro *Derecho Societario*.

Debe destacarse que el concepto amplio de sociedad está caracterizado por la supresión del elemento del “ánimo de lucro”, que quedaría sustituido por el criterio -más amplio- de la “promoción colectiva de un fin común”; así como la enfatización del “aspecto organizativo” de la

---

20 Ídem.

21 CAMBIASO, Juan. “Naturaleza jurídica del contrato de sociedad”. ob. cit., p. 107.

22 FONT, Juan - PINO, Manuel. “La relevante causa negocial de la sociedad. Una relectura (sólo) jurídica del concepto de sociedad”. ob. cit., p. 541-607.

23 BARBOZA, Ely. “personalidad jurídica de las sociedades irregulares en el derecho venezolano”. En: Jornadas de derecho mercantil. Universidad Católica Andrés Bello. Caracas: Julio-1978, p. 410.

24 GIRÓN, José. “Sobre los conceptos de Sociedad en nuestro Derecho”. En: Revista de Derecho Privado. Tomo XXXVIII. Madrid: 1954, p. 369-403.

25 ESTECHE, Elianne “Visión actual de la sociedad en el sistema español de derecho societario. Aplicabilidad al sistema venezolano” ob. cit., p. 117.

sociedad; es decir, de la “Sociedad” como “organización”, respetando el lucro para la sociedad tipo o sociedad en sentido restringido.<sup>26</sup>

En palabras de Cándido Paz-Ares, “se trata de prescindir drásticamente del concepto de sociedad sobre bases causales. El concepto de sociedad ha de construirse sobre bases estructurales, como un fenómeno organizativo neutral e independiente de la índole o naturaleza del fin”.<sup>27</sup> La causa es el advenimiento de la persona jurídica, como hemos indicado.

Aparte de esto, la aparición de las Agrupaciones de Interés Económico –nuestros contratos asociativos-, como negocios organizativos “sin ánimo de lucro”, ha llevado a Cándido Paz Ares a afirmar que “el esfuerzo del profesor Girón no ha sido baldío”.<sup>28</sup> En el mismo sentido manifiesta José Embid, “la progresiva pérdida de significado del “ánimo de lucro” o del “fin de lucro” a la hora de integrar, en la actualidad, el concepto de sociedad mercantil, para el que resultaba, aparentemente esencial”.<sup>29</sup> Es una institución jurídica no social, que puede ser creada por la autonomía de la voluntad, pero luego no puede desaparecer por la simple decisión de los socios, debiendo someterse a un trámite imperativo o etapa de liquidación.

“La recepción por parte de numerosísimas legislaciones de la sociedad unipersonal, ha puesto en crisis a la teoría contractualista que ha cedido el paso a estas nuevas formas, dando lugar a la teoría de la institución como técnica de organización, finalidad que se cumple sin la necesidad de concurrencia de dos o más personas a través de un contrato, sino de una voluntad -en este caso unipersonal- que organice una actividad productiva”<sup>30</sup>.

Sin embargo, la tendencia moderna rechaza incluso la relación contractual originaria generando la sociedad (institución) de una declaración unilateral de voluntad, conformando una sociedad de socio único. La Duodécima Directiva del Consejo de las Comunidades en materia de sociedades consagrando la sociedad de responsabilidad limitada de socio único, reconoce “la concreción legislativa de la adaptación del Derecho de Sociedad, a la realidad económica. La consagración de la Sociedad Unipersonal no es sino la consecuencia lógica de los nuevos fundamentos del moderno Derecho de Sociedades”.<sup>31</sup> Ese enfoque también devenía de la escisión de sociedades, donde desde una decisión unilateral del órgano de gobierno se podía dividir, incluso en múltiples sociedades y patrimonios el acervo de la sociedad que tomaba la decisión unilateral.

En pleno siglo XXI, llama la atención la calificación legal de la sociedad como persona jurídica en ciertos ordenamientos jurídicos, evitando su consideración como contrato incluso como contrato

---

26 VICENT, Francisco. Introducción al Derecho Mercantil. Tirant Lo Blanch. Valencia: 1998, p. 181.

27 PAZ-ARES, José. “Ánimo de lucro y concepto de sociedad”. AAVV: Derecho Mercantil de la Comunidad Económica Europea. Estudios Homenaje a José Girón Tena. Editorial Civitas. Madrid: 1991, p. 732.

28 PAZ-ARES, José. “Ánimo de lucro y concepto de sociedad”. ob. cit., p. 732.

29 EMBID, José. “Notas sobre el régimen jurídico de las entidades sin ánimo de lucro, su estructura interna y la responsabilidad de sus órganos gestores (especial referencia a las fundaciones)”. En: Revista Valenciana de Economía y Hacienda. Nº 7. 1/2003. Generalitat Valenciana. Valencia: 2003, p. 82.

30 RASPALL, Miguel. “Las pequeñas empresas frente a las S.A.U. crónica de una frustración”. En: Ensayos de Derecho Empresario. LUISA BORGARELLO-EFRAIN HUGO RICHARD. Fundación para el Estudio de la Empresa (Fespresa). Nº 9. Córdoba: 2015, p. 55-86.

31 GORDON, Ana y LÓPEZ, Ricardo. Análisis de la Duodécima Directiva del Consejo: La sociedad de Responsabilidad limitada de socio único. Noticias/C.E.E. Graduados en Derecho Comunitario Europeo. Universidad de París. CiSS. p. 65.

plurilateral de organización, mencionando “la sociedad es una persona jurídica...”. Que es lo que hace nuestro Código Civil y Comercial.

La nueva orientación, confiriendo énfasis al aspecto funcional de la personalidad jurídica, concibe que la cualidad de persona jurídica no tenga otro interés que proteger a los terceros, siendo sus funciones generales dotar de domicilio, nacionalidad, capacidad y autonomía al ente jurídico societario.

*Anteriormente se creía que gozar de personalidad jurídica implicaba en esencia la limitación de la responsabilidad patrimonial de los socios, y casi a modo de sanción impuesta por el legislador, la falta de personalidad jurídica era considerada como una irregularidad en algunos ordenamientos jurídicos, sin embargo, resulta fundamental distinguir claramente que “personalidad” no implica limitar responsabilidad sino dividir patrimonios<sup>32</sup> quedando afecto a las resultas de la actividad social. Incluso, es una decisión propia del socio o los socios, su exteriorización, en tanto, configura una necesidad “dar autonomía jurídica al ejercicio de la actividad de una o varias personas”.<sup>33</sup>*

Es importante las reflexiones sobre la personalidad que se dan para justificar la voluntad de una persona para crear una sociedad, en los Fundamentos del Anteproyecto. La Comisión de Reformas -Kemelmajer, Highton y Lorenzetti- receptó la posición de la subcomisión, expresándose así: “2). Sociedad unipersonal. Se recepta la sociedad de un solo socio. La idea central no es la limitación de responsabilidad, sino permitir la organización de patrimonios con empresa -objeto-, en beneficio de los acreedores de la empresa individual de un sujeto con actividad empresarial múltiple. En esto se han seguido, con alguna innovación, los lineamientos de anteriores Proyectos de Unificación, y la línea general propiciada por la doctrina. La Comisión consideró conveniente dejar esta norma en el ámbito societario y no incluirla como norma general en materia de personas jurídicas, como también se propuso. La razón fundamental es que se trata de un fenómeno fundamentalmente societario y no se da en las asociaciones, fundaciones u otras personas jurídicas privadas que no son sociedades comerciales. También se ha considerado conveniente limitar la cuestión a una norma permisiva, dejando librado a la iniciativa privada el resto de los desarrollos. Por ello, se ha omitido una regulación más detallada, que podría obstaculizar la utilización del instituto. Además, cabe tener en cuenta que la mayoría de los problemas que se pueden presentar tienen solución con las reglas generales”.

El acto jurídico por el cual se crea una sociedad puede ser un acto unilateral o plurilateral, en todo caso en ambos el efecto buscado es constituir un ente distinto al socio o los socios. Y siendo que la consecuencia es una persona jurídica, ésta no se va a ver afectada ni cambia su condición, en tanto va permitir que el ente creado sea capaz de adquirir derechos y contraer obligaciones, independientemente de la pluralidad o no de sus miembros. No se está modificando la naturaleza del acto jurídico por el cual se crea la sociedad-persona jurídica, sino que el acto podrá ser efectuado mediante declaración unilateral o plurilateral. A la postre “...separado el mito dogmático entre el contrato de sociedad y la sociedad sujeto de derecho, no existe obstáculo para reconocer el negocio unilateral en la generación de una sociedad-sujeto”.<sup>34</sup> La consecuencia de celebrar un contrato de sociedad y la consecuencia de la declaración unilateral es la misma el

---

32 RICHARD, Efraín Hugo “Las relaciones de organización y el sistema del derecho privado patrimonial negocial”. Tomado de: <http://www.eumed.net/eve/1dclf-pon.html>

33 MORLES, Alfredo. ob. cit., p. 791, 792.

34 RICHARD, Efraín. “En torno a las sociedades unipersonales”. V Congreso de Derecho Societario. Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa. Tomo I. Córdoba: 1992. Editorial Advocatus.

nacimiento de un ente societario, llamado sociedad (institución jurídica que para desaparecer debe liquidarse).

Justamente por ello el concepto asociativo amplio se tipo contractual organizativo no personificante se ha incorporado al CCC como “contratos asociativos”, concentrando en la LGS la sociedad persona en sentido estricto, generando un patrimonio como prenda común de los acreedores, afrontando una finalidad propia.

### **1. Bien jurídico tutelado por la escisión patrimonial personificante.**

¿Para que el derecho reconoce la personalidad? ¿Cuál es el objetivo o bien jurídico tutelado por la ley de sociedades? Lo venimos anticipando: seguridad jurídica, unificando las relaciones jurídicas, sin afectar derechos de terceros, o sea un fin eminentemente jurídico, un medio para el funcionalismo. Aparece claramente en los Fundamentos del Código Civil y Comercial que acabamos de transcribir.

Esta apreciación no es adecuada para el derecho argentino, pues todas las sociedades –incluso las de hecho- son reputadas personas jurídicas, cuando en otros países al eliminarse la personalidad jurídica se mantiene el sujeto de derecho, pues aquella sólo se otorga a sociedades con tabicación patrimonial perfecta o sea cuando los socios no responden de las deudas sociales.

Esa separación patrimonial, que importa constituir un centro imputativo de derechos y obligaciones, con posibilidad de autogestión, o personalidad, no sólo tiene una razón funcional permitiendo el negocio pensado conforme la causa del mismo -objeto social-, resguardando así la separación patrimonial la gestión funcional, sino que la misma persiste a cualquier evento en beneficio de los terceros que contrataron en razón de o con ese nuevo centro, imponiendo la disolución del mismo o trámites de reorganización similares, que resguardan también a esos terceros.

Por este medio se está tutelando no la limitación de responsabilidad de los socios, sino los intereses de quienes se vinculan con el mismo en razón de la funcionalidad o finalidad del negocio, actividad o empresa que explota. Así se permite la segmentación en varias empresas conforme los establecimientos y organizaciones que tengan, pero no puede dividirse la empresa que debe identificarse con la finalidad organizativa.

Pero, ¿que tutela el legislador a través de ese reconocimiento de la facultad jurígena de crear personas jurídicas a través de esa declaración unilateral: la posibilidad de limitar la responsabilidad o los derechos de los terceros que contratan en relación a esa actividad o el interés de la funcionalidad económica individualizada? Este es el centro de la cuestión.

Esa necesidad de afectar determinados bienes al desenvolvimiento de una actividad determinada (finalidad u objeto), por constituir una unidad económica-funcional para su cumplimiento, y -al mismo tiempo- afectar esos bienes y los derechos que se adquieran con la actividad, a la garantía de los acreedores nacidos de las relaciones generadas por esa actividad contractual o extracontractualmente, se justifica en el "interés" en cumplir ese objeto y en garantizar a los terceros que se vincularon por tal actividad, generando un centro de imputación (persona o preferencias). Este es el bien jurídico que fundamenta la personalidad jurídica.

### **2. Efectos de la personalidad jurídica.**

¿Cuáles son los efectos que produce la personificación como división patrimonial y autogestión?

### 2.1. Patrimonio constitutivo.

Si bien se pone el énfasis en la separación de los patrimonios entre la persona jurídica y de las otras personas físicas o jurídicas que la generan, donde se hace prolija la regulación normativa -en todas las legislaciones- es para asegurar el ingreso de los aportes al patrimonio de la sociedad y en resguardar los derechos de los terceros que se han vinculado a la realidad funcional empresaria, o sea al nuevo centro de imputación diferenciada, incluso en referencia a la sociedad en formación<sup>35</sup>, o aún a la irregular. No es otra cosa que el principio de la división patrimonial, que resguarda a su vez la posibilidad de que la persona jurídica así creada pueda generar nuevas personas jurídicas. Es el fenómeno de las asociaciones de segundo grado, que impone al legislador ciertas regulaciones (arts. 31 y ss. LGS).

Congruente con la generación del centro de imputación como autogestante, resulta lógico atribuir capacidad al nuevo sujeto. Ambos generan la atribución de la personalidad al haz de derechos y obligaciones que se le imputan.

### 2.2. Atributos.

La gestación de la división patrimonial impone ciertos atributos como la individualización con denominación y domicilio, para determinar la ley aplicable y la jurisdicción donde puede reclamar o ser reclamada en derecho<sup>36</sup>.

Se ha tratado de determinar como característica del nacimiento de un sujeto de derecho la pertenencia de un nombre o de un domicilio. El domicilio es atribuido también por la ley a un haz de relaciones en torno a un mismo sujeto. Esa definición existencial o funcional<sup>37</sup> está recogida por el art.90 C.C..

En cuanto al nombre, ha dicho Colombres que el nombre social no es un atributo de la personalidad jurídica, sino otro dato normativo que, junto a la imputación diferenciada, integra la idea más amplia de negocio societario, excediendo la denominación social el marco pretendidamente exclusivo de la personalidad jurídica, si bien la actuación a nombre colectivo es un dato fundamental de la determinación de la existencia de una sociedad en una relación

---

<sup>35</sup> El tema se encuentra superado dentro del derecho argentino, particularmente después de la reforma del año 1983. Cfr. nto. *Patrimonio y capital social* pág. 103 y ss. -especialmente a pág.106- en el libro "Derecho y principios societarios", publicación de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba, año 1982. Cfme.RAY, José Domingo Ray *Empresa Jurídica y realidad económica* en V Reunión Conjunta de Academias Nacionales de Derecho, Anales de la Academia Nacional de Derecho de Córdoba t.XXV p.65 y ss., a pág.67 en torno al "buque". cfr. ANAYA, Jaime L. *Sociedad en formación y personalidad jurídica* comentario al fallo de la Corte Suprema del 26 de abril de 1988 en *Telecor S.A. c/Provincia de Catamarca*, en Rev.El Derecho diario del 30 de agosto de 1988, y NISSEN, Ricardo A. *Sociedades en formación. Personalidad jurídica. Oponibilidad del contrato y funcionamiento de sus órganos* en Errepar "Doctrina societaria y concursal" actualización del 17.3.89 tomo I p.253. No obstante que aparecería con una posición negativista de la personalidad de las sociedades en formación, anticipamos que -a nuestro entender- la Corte afirma el recurso técnico de la personalidad en beneficio de terceros (Considerando 8 del fallo indicado).

<sup>36</sup> URÍA, Rodrigo *Derecho Mercantil* Madrid 1958 p. 99.

<sup>37</sup> Nto. *Notas en torno al concepto clásico de domicilio en "Boletín de Seminario"* Tomo III diciembre 1952 Santa Fe Facultad de Cs. Jurídicas y Sociales Universidad Nacional del Litoral Pág. 293 y ss..

participativa. Dentro del sistema argentino, ratificado por ley 22363 (Capítulo II De las designaciones art.27 y ss.), el nombre constituye una propiedad y se adquiere con su uso por el ente mismo, no por la técnica jurídica personificación, pudiendo oponerse a la pretensión de otro sujeto de identificarse con similar designación.

Es el ente en concreto el que para individualizarse adquiere específicamente el derecho al nombre y la sede, la legitimación procesal activa y pasiva o autonomía procesal<sup>38</sup>.

Es oportuno recordar nuevamente a Girón Tena, cuando afirma al referirse a los antecedentes del derecho comparado "Creemos que tiene un interés escaso fuera de su país, el gran esfuerzo, en el que participan muchos mercantilistas italianos, acerca de si los textos concretos del Codice Civile permiten generalizar la personalidad para todos los tipos de sociedad -tendencia que continuaría la posición de la doctrina precedente a aquel cuerpo legal -o si, por el contrario, obligan a distinguir principalmente entre sociedades de personas y de capitales -con lo que se coincidiría con la orientación alemana...". Se trata de un problema normológico o del derecho positivo de cada país.

La responsabilidad limitada de los socios no debe ser confundida con el principio de la división patrimonial entre el patrimonio de la sociedad y el de los socios, a pesar de que en algunos sistemas, como en el alemán, ambas características, en la regla, se presentan en forma simultánea, lo que no ocurre en la legislación argentina. El principio de división significa que el patrimonio de la persona jurídica y el de sus miembros se halla separado. Sin embargo, ello no es óbice -como en nuestro país- para que el derecho positivo establezca que los socios responden por las deudas sociales.

La división patrimonial es el rasgo característico y primordial de la atribución de personalidad, no así la impermeabilidad absoluta del patrimonio de los socios frente a las deudas sociales imputables al patrimonio de la sociedad. Esta es una característica de cierto tipo o forma de sociedades, como las sociedades por acciones y de responsabilidad limitada cuando se cumplen ciertas cargas impuestas por el orden jurídico, diferentes para cada caso en particular.

La impermeabilidad patrimonial no es un rasgo sólo de la personificación sino de las relaciones contractuales participativas, las que aunque tengan fondo común no tienen un sistema de organización legal para su actuación imputativa externa ajeno al sistema de representación general.

En nuestro derecho el diferente grado de responsabilidad deviene no del recurso técnico de la personificación, sino de la figura legal o tipo elegido para la personificación.

La personificación genera un efecto masivo sobre todas las relaciones. La responsabilidad resulta en cada relación, aun cuando pueda ser general por la apariencia indubitable generada.

Siempre hemos pensando que la personalidad societaria debería atribuirse únicamente a las sociedades que públicamente gozaran de esa imputabilidad patrimonial, pero la tendencia general en nuestro país es en aceptar esa personalidad desde su constitución -art. 141 CCC-, y por eso puede acreditarse su existencia por cualquier medio de prueba -art. 24 LGS-. O sea que cuando la sociedad no esté inscripta, generando efectos erga omnes, quién la demande deberá acreditar su

---

<sup>38</sup> Lo que el legislador alemán otorga para la sociedad colectiva (cfr. trabajo citado en nota anterior).

existencia, quizá simplemente por la misma documentación entregada al contratar, o por la CUIT, o por cualquier medio de prueba, pero será el Juez el que determine su existencia.

### **2.3. Unicidad de la personalidad jurídica.**

La personificación como recurso técnico es único, sin perjuicio que tenga exteriorizaciones variadas<sup>39</sup> que se corresponden a la relación jurídica personificada elegida (tipo) o mejor aún clase de sociedad –art. 1010 CCC). La personalidad es un concepto unívoco, se tiene o no se tiene. Las figuras personalizadas remiten a ese concepto único con la indicación de ser persona jurídica o sujeto de derecho. Esta unidad fue sostenida unánimemente por las ponencias presentadas en el Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa<sup>40</sup>. Siendo un recurso técnico, el legislador por razones políticas en ciertos casos descarta ciertas figuras o tipos como configurantes de un sujeto de derecho, o sea que excluye de los mismos los efectos de la personalidad. Tal el supuesto de los contratos de participación.

Obviamente que adquirida la personalidad jurídica, la misma sólo puede desaparecer por la liquidación de las relaciones jurídicas generadas en torno al centro de imputación autogestante.

### **2.4. Capital social y responsabilidad limitada.**

Rescatamos como función básica del capital la operativa, o sea la de asegurar la funcionalidad de la sociedad, generando responsabilidad a administradores y socios la insuficiencia del mismo en cuanto afecte a terceros.

El derecho comparado presenta diversas soluciones a la problemática del capital social, mínimo, suficiente para el cumplimiento del objeto social<sup>41</sup>, discutiéndose sobre la autonomía de la voluntad de los constituyentes y socios para determinarlo.

Se mezcla así el problema de la escisión patrimonial que formalizan los constituyentes para generar el patrimonio fundacional de la sociedad persona jurídica, con la disponibilidad financiera para el cumplimiento del objeto, que puede resultar de la modalidad operativa y surgir del mismo flujo de caja, de préstamos de terceros o de los socios, o de otras modalidades operativas tales como las obligaciones negociables subordinadas que se autoriza a las entidades financieras disponer como fondo operativo empresario y autorizar su funcionamiento.

Aparece necesario encontrar el punto de contacto doctrinario frente a las diversas normas del derecho comparado, para fijar algún criterio. El mismo es, a nuestro entender, la suficiencia patrimonial para el cumplimiento del objeto y no perjudicar a sabiendas a terceros.

---

<sup>39</sup> La personalidad jurídica es un recurso técnico único. De la personalidad jurídica deviene el principio de separación patrimonial como efecto unívoco. Las diversas manifestaciones de ese efecto corresponden a la figura específica elegida para exteriorizar la división patrimonial efecto de la personificación. La locución precaria y limitada señalada para la sociedad irregular y de hecho, aparece como una expresión destinada a apreciar los derechos de los socios de no estar sujetos a un plazo para provocar la disolución. Pero en todos los casos la personalidad como división patrimonial subsistirá plena mientras no se efectivice la liquidación.

<sup>40</sup> Actas. Tomo I, Huerta Grande, Octubre 1992.

<sup>41</sup> En igual sentido FAVIER DUBOIS p. Eduardo M. *El capital social como parámetro y el patrimonio como variable en Doctrina Societaria y Concursal Errepar*, marzo 2007 tomo XIX pág. 209 y ss..

El tema ha sido preocupación del jurista uruguayo Ricardo Olivera García<sup>42</sup>, comentando la ley uruguaya “de sociedades comerciales, grupos de interés económico y consorcios” nº 19060, promulgada en el año 1989, que comporta una versión perfeccionada de la ley argentina 19.550 del año 1972, conforme un proyecto de José A. Ferro Astray, Nuri Rodríguez Olivera y Luis A. Delfino Cazet del año 1981, que llegó a tener en cuenta la ley brasilera de sociedades por acciones del año 1976, para luego la Comisión Parlamentaria incorporar alguna solución de la ley chilena de sociedades anónimas de 1981, de la reforma argentina del 83 y del Código de Sociedades Comerciales de Portugal del 1986, centrándose en “La crisis del concepto de capital social” (ap. XI), sosteniendo la necesidad de su replanteo –entre su vinculación con la aportación o su función de retención- e incorporando la necesidad del “insolvency test” (equity insolvency test) en el análisis de los resultados, vinculado a su “función de productividad”, abordando la infracapitalización y otra visión del concepto de “distribution”. Concreta su visión en una análisis normativo “El capital social de las sociedades anónimas en la ley de sociedades comerciales y en su reglamentación” (ap. XII), con un “Análisis y perspectivas del concepto de capital social en la ley de sociedades comerciales” con su apreciación sobre la desconceptualización de la auténtica función del capital social (ap. XIII). Ello nos alienta a formalizar este ensayo generalizador.

Uno de los elementos de la personalidad de las sociedades es su patrimonio que se genera por una escisión del patrimonio del o de los constituyentes. Ese patrimonio social se formaliza por las prestaciones que los socios comprometen de sus propios patrimonios –incluso los inmateriales, con gran creatividad y opinabilidad-. Esas prestaciones suelen denominarse aportes en relación a los que son mensurables para la determinación del llamado específicamente capital social. se genera el patrimonio de la sociedad.

El concepto lato o económico de capital se confunde con el concepto jurídico de patrimonio: conjunto de derechos y obligaciones de la sociedad, que se modifica continuamente en más o en menos conforme a las alternativas de la actividad societaria.

Alegría<sup>43</sup> expresa “El concurso preventivo se demora, porque nuestros medios comerciales y financieros conceden crédito, muchas a veces a ciegas, mientras el deudor sigue aparentando una posición dinámica y solvente, aunque en realidad resulte después que era solamente un espejismo”. Para más, el acreedor conociendo a veces el desastre económico pretende cooperar en miras de “salvar su crédito”, conducta que lejos de ser sancionada es hoy aceptada en la limitación de casos de revocatoria concursal. Pero cuando el deudor se presenta –señala Alegría- la conducta de los acreedores es otra: cierre del crédito, provisión sólo contra pago al contado, no renovación del crédito que venía siendo renovado. Los acreedores no se dan cuenta que es mejor tratar con un concursado que exterioriza su crisis, que con quién la mantiene larvada mediante argucias que sin duda los perjudicarán a la postre, al haber aumentado el crédito y el riesgo.

---

<sup>42</sup> OLIVERA GARACÍA, Ricardo *ESTUDIOS DE DERECHO SOCIETARIO*, Rubinzal – Culzoni Editores, Santa Fe, Noviembre de 2005, 751 páginas, con prólogo de Héctor Alegría, cuya reseña hemos incorporado a [www.acader.unc.edu.ar](http://www.acader.unc.edu.ar)

<sup>43</sup> en *Estructura y principios de la reforma concursal* p. 59 (“Algunas cuestiones de derecho concursal” Bs. As. Abaco 1975).

¿Contraer obligaciones a sabiendas de no poder cumplirlas íntegramente, dejando al acreedor insatisfecho, implica generar un daño directo a ese acreedor? Gaudencio Esteban Velasco<sup>44</sup> da pautas determinando la “incidencia directa del daño sobre el patrimonio del socio o del tercero, que no sea un mero reflejo del eventual daño en el patrimonio social...”, que “... también parece producirse para los nuevos acreedores de la sociedad<sup>45</sup> surgidos a partir de la situación de crisis irreversible (cesación general de pagos o insolvencia), que se ha prolongado sin que los administradores hayan adoptado las medidas exigidas por concretos deberes legales o por la observancia del deber de diligencia en las circunstancias del caso....”. La jurisprudencia es profusa: Responsabilidad de los administradores frente a los acreedores sociales en casos de falta de liquidación adecuada de la sociedad, en caso de disolución<sup>46</sup> o cuando los administradores contraen crédito sabiendo la impotencia patrimonial para cumplir con el posterior pago. “La negligencia grave, el descuido imperdonable generador de efectivos daños a terceros, está presente en la conducta de los demandados, pues, a pesar de conocer la mala situación económica de la sociedad, siguieron comprando diversos productos”<sup>47</sup> “...El acto u omisión del administrador estará marcado en el ámbito de las atribuciones propias de su cargo, y acaso de halle exento de toda intencionalidad dañosa, pero si es contrario a la ley o a los estatutos, o si está realizado sin la diligencia con la que debe desempeñar el cargo, genera responsabilidad que es exigible por este conducto”. Entre supuestos de esta clase de responsabilidad pueden apuntarse dos modalidades frecuentes: una de ellas consiste en la actuación de los administradores de sociedades que en situaciones de agobio económico, que ha visto menguado considerablemente su patrimonio y se encuentra imposibilitada o con grandes dificultades para hacer frente a sus deudas, opta temerariamente, por incrementar los pedidos a sus proveedores sin tener en cuenta las posibilidades reales para atender los pagos, lo que conduce normalmente a acelerar el descalabro económico, con el consiguiente daño directo a esos proveedores, que tantas veces ven defraudadas sus legítimas expectativas de cobrar el género servido”<sup>48</sup>, a su vez “Constituye una de las más típicas manifestaciones del administrador de una sociedad en contra de la ley de la diligencia con que debe desempeñar su cargo, que no es otra que la de un ordenado comerciante (art. 79 Ley Sociedades Anónimas española), la de inducir a terceros a contratar con la entidad representada y a concederle crédito cuando la deudora se halla ya en una situación real de insolvencia”<sup>49</sup>.

## 2.5. Personalidad jurídica y limitación de responsabilidad.

---

<sup>44</sup> En Estudios jurídicos en homenaje a Aurelio Menéndez Menéndez, tomo II Derecho de Sociedades, Madrid, Civitas 1996 pág. 1679, *ALGUNAS REFLEXIONES SOBRE LA RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES FRENTE A LOS SOCIOS Y TERCEROS: ACCION INDIVIDUAL Y ACCION POR NO PROMOCION O REMOCION DE LA DISOLUCION* por Gaudencio Esteban Velasco, especialmente Pág. 1683 *Responsabilidad de los administradores por daño directo. La acción individual*, pág. 1698 DAÑO DIRECTO. También puede verse MOYA JIMÉNEZ, Antonio *La responsabilidad de los administradores de empresas insolventes*, 2ª edición Bosch, España, y GÓMEZ CALERO, Juan *Responsabilidad de socios y administradores frente a acreedores sociales* Ed. Dykinson Madrid 1998.

<sup>45</sup> Sigue el trabajo citado en nota anterior a pág. 1699.

<sup>46</sup> GARRETA SUCH, ob. cit. p. 202 y ss..

<sup>47</sup> Sentencia de la Apelación de Valencia sec. 6ª del 30.12.92 en Revista del Derecho de Sociedades p. 306.

<sup>48</sup> Sentencia de la Apelación de Valencia Sec. 6ª del 8.4.93 en Revista del Derecho de las Sociedades p. 301, y también puede verse a GARRETA SUCH, José María *La responsabilidad civil, fiscal y penal de los administradores de las sociedades* 4ª edición Marcial Pons cit. pág. 191 nota 89.

<sup>49</sup> Sentencia del TS del 14.11.88 en Revista General de Derecho nº 534, marzo 1989, cit por GARRETA p. 200 nota 103.

Es del derecho positivo de cada país la determinación de que es “persona jurídica”, concepto que en algunas legislaciones no es similar a sujeto de derecho y los atributos que otorga al substrato que personifica.

De la ideología, axiología y sociología jurídica surgen las tendencias a que substratos materiales, presupuestos, realidades, formas o tipos que resultan de la naturaleza o de la autonomía de la voluntad, se debe personificar o reconocer normativamente<sup>50</sup>.

Conforme a ello no deben confundirse los atributos y efectos que resultan de la genérica personificación y los que resultan específicamente del substrato, forma o tipo personificado.

Dentro del Derecho Argentino no es atributo de la personalidad jurídica la limitación de responsabilidad de los partícipes o socios del substrato personificado, efecto que corresponde a ese substrato, en su caso al tipo de sociedad elegido.

La personalidad jurídica genera el efecto de imputación directa de relaciones al nuevo substrato, lo que puede modificarse en caso de abuso. Las exigencias de tipicidad, formalidad y publicidad genética de la personalidad (en las sociedades) permiten generar un centro imputativo autogestante con responsabilidad limitada de integrantes y administradores, con causa a un negocio en común, con aportes, gestión, resultados y utilidades. Pero si en su funcionalidad hay un desvío de esa causa, se limitan o alteran los efectos imputativos, y la limitación de responsabilidad.

La imputabilidad hace al sujeto, la responsabilidad no altera aspectos de personalidad sino reconoce la existencia de un factor de atribución de la reparación del daño.

La sociedad es un medio técnico jurídico de organización, personalizado por decisión de política jurídica en nuestro sistema, elegible por la voluntad estatal o privada por un acto constitutivo (unilateral o plurilateral).

Elegida plurilateralmente implica una relación objetiva o sea una finalidad común objetiva de medio empleado para la organización destinada para satisfacer la relación subjetiva de objeto social-empresa.

Los administradores no tienen responsabilidad en ningún tipo societario.

Los socios sólo son responsables en las sociedades sin tabicación patrimonial.

La sociedad es una herramienta maravillosa para la organización empresarial, y sólo su uso desviado puede generar responsabilidad, en forma similar a los casos previstos en el sistema de responsabilidad general del Código Civil.

Lo que es propio de la personalidad jurídica de las sociedades es la responsabilidad subsidiaria de los socios frente a terceros, cualquiera sea el tipo de sociedad, aun dentro de las reguladas por los arts. 21 a 26 LGS.

## **VI – CAUSAL DE DISOLUCION Y ETAPA DE LIQUIDACIÓN.**

---

<sup>50</sup> FERRARA *Teoría de las personas jurídicas*, Madrid 1929, cap. II n1 63, utiliza explícitamente el término “substrato”, para distinguir los dos aspectos en todo sujeto de derecho: el substrato material, presupuesto de hecho, elemento o realidad enmascarada por la regulación jurídica, y el otro el aspecto formal o funcional, que constituye la máscara sobrepuesta por esa regulación.

Hace falta distinguir entre disolución, como causal, de liquidación como etapa conclusiva de las relaciones jurídicas de la persona sociedad.

Colombres anota que “la disolución es un “prius”, un presupuesto de relaciones jurídicas que consiste en el verificarse o acaecer de uno de los determinados supuestos que la ley o el contrato social prevén.”<sup>51</sup>

Esta idea de disolución -es decir: como presupuesto de apertura de la etapa liquidativa- se opone a aquellas que ven en el instituto un estado jurídico o la extinción de la persona jurídica. Desde otro enfoque puede decirse que la disolución -o más precisamente: la constatación de la causal de disolución, como atinadamente advierten Richard y Muiño<sup>52</sup> configura la primera de las cuatro etapas que componen el proceso de extinción de la sociedad.

La causal de disolución de pérdida del capital social es en realidad la determinación de patrimonio insuficiente para satisfacer el pasivo social, o lo que es lo mismo la constatación de la inexistencia de valor de la eventual cuota de liquidación para los socios.

No hay duda que las normas sobre responsabilidad no son imperativas, pero si lo es la obligación de obrar que tienen administradores y socios, por lo que la responsabilidad derivará de esa violación de normas imperativas de resultar daño.

La responsabilidad se genera ante concreto daño a terceros, incluso a la sociedad y a socios minoritarios, por el actuar de administradores y de ciertos socios, aún en las personas jurídicas con limitación de responsabilidad por no actuar conforme a normas imperativas de la ley y generar ese daño. De todos modos la responsabilidad frente a terceros es siempre subsidiaria, o sea a falta de patrimonio social para satisfacer la obligación, conforme prevén los arts. 143, 242 y 743 CCC.

## **VII - LA CONSERVACIÓN DE LA SOCIEDAD Y DE SU ACTIVIDAD (EMPRESA). LA VIABILIDAD ECONÓMICA Y SOCIAL.**

Como hicimos referencia a la necesaria liquidación para extinguir los efectos de la personalidad jurídica, queremos hacer una breve referencia a la conservación de la relación societaria, aún iniciada esa etapa de liquidación.

La empresa viable debe ser conservada como generadora de riqueza y puestos de trabajo. La sociedad es el vehículo jurídico de la actividad empresaria. Esta previsión normativa es aplicable a todos los supuestos, previstos específicamente o se trate de causales a las que la ley no les otorga tratamiento, incluso a las particulares previstas en los estatutos sociales, si los socios acreditan el cumplimiento de los extremos legales para continuar con la actividad de la empresa.

De allí el requisito de viabilidad.<sup>53</sup> Analizamos<sup>54</sup> el art. 100 LGS también modificado por la reforma unificadora, concretamente y efectivizando el principio de Conservación de la Empresa,

<sup>51</sup> COLOMBRES, Gervasio R. *Curso de Derecho Societario*, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, p. 197.

<sup>52</sup> RICHARD, Efraín Hugo – MUIÑO, Orlando Manuel *Derecho Societario*, Ed. Astrea 2ª. Edición, Buenos Aires 2007.

<sup>53</sup> 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.

que era una sólo una pauta interpretativa en la vieja ley, pero que ahora se lo ha receptado con carácter firme posibilitando la remoción de la causal disolutoria una vez que esta se ha producido. La reforma ha introducido un cambio significativo al texto del artículo 100, de manera tal de promover la conservación de la empresa y de su actividad cuando existe viabilidad económica y social en la sociedad disuelta, permitiendo la remoción de la o las causales disolutorias acaecidas, desde luego sujetas a ciertos requisitos previstos por la propia ley. Sostenemos que la entrada triunfal específica del principio de conservación de la empresa a la ley, que permite la *subsistencia de la actividad de la sociedad cuando hay viabilidad económica y social* es acertada, por cuanto posibilita subsanar causales de disolución cuando ocurren, dejándolas de lado, priorizando a las sociedades comerciales como fuente de trabajo, instrumentos de concentración de capitales y de concertación de negocios y actividades económicas y comerciales con la importancia que esto trae aparejado para la economía de su zona de actuación. En síntesis, la tendencia de la conservación de la empresa que marcó toda una época del Derecho Concursal<sup>55</sup> se expande al Derecho Societario.<sup>56</sup>

Su condición de oportunidad es no haber concluído la liquidación y ser decidido por el órgano de gobierno de la sociedad en todo momento, esto es a partir del acaecimiento o la declaración del hecho disolutorio y hasta el momento mismo en que no hubiere operado la inscripción cancelatoria en el registro público, con dos requisitos “*eliminación de la causa que le dio origen*” y además “*si existe viabilidad económica y social de la subsistencia de la actividad de la sociedad*”.

Corresponde la decisión de sus miembros adoptada por unanimidad o la mayoría requerida por la ley o el estatuto (solución que resulta del silencio que guarda el art. 100 LGS).<sup>57</sup>

No deben necesariamente coincidir temporalmente la remoción de la causal disolutoria y la reactivación o retorno a la actividad social.

---

*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.

<sup>54</sup> El art. 100 LGS. BALDUZZI, Leonardo David “La disolución de la persona jurídica como causal de extinción del contrato de agencia” en *El Derecho Societario y de la Empresa en el Nuevo Sistema del Derecho Privado*. Tomo I Ed. XIII Congreso Argentino de Derecho Societario, IV Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa, Universidad de Mendoza – Universidad Nacional de Cuyo, Editorial Advocatus, Córdoba, agosto 2016, pág. 317.

<sup>55</sup> ROJO, Ángel en Prólogo de “El INREC en devenir pretérito y actual del Derecho Concursal Comparado”, de BARO, Alejandro y otros. Ed. Inca, Mendoza, República Argentina, p. 17.

<sup>56</sup> COCCO, María Fernanda “LA VIABILIDAD ECONÓMICA Y SOCIAL. EL PLAN DE NEGOCIOS, EL INFORME DE GESTIÓN Y LA MEMORIA”, en tomo I “XIII CONGRESO ARGENTINO Y IX IBEROAMERICANO DE DERECHO SOCIETARIO Y DE LA EMPRESA” *EL DERECHO SOCIETARIO Y DE LA EMPRESA EN EL NUEVO SISTEMA DEL DERECHO PRIVADO*, Mendoza, 14, 15 y 16 de Septiembre de 2016, Ed. Advocatus Córdoba 2016, pág. 423: “Partiendo de la concepción de la sociedad como empresario, lo que implica la profesionalidad de la actividad, la viabilidad económica y social de dicha actividad societaria-empresaria, prevista en el artículo 100 de la Ley General de Sociedades, debe mantenerse durante toda la vigencia de la sociedad”.

<sup>57</sup> Artículo 100.- Remoción de causales de disolución. Las causales de disolución podrán ser removidas mediante 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.

No se piense que el Juez debe juzgar sobre el punto. No lo hemos pensado así, como no pensamos que el Juez de Registro tenga que analizar si el capital constitutivo de una sociedad es suficiente o no, como piensa alguna doctrina.

Lo pensamos como Héctor Alegría construyó en el 83 los acuerdos parajudiciales de los arts. 125-1 y 125-2 de la ley de concursos. Una forma de imponer el análisis de la viabilidad económica (la social esta vinculada a cuando es necesario el dictamen sobre impacto ambiental) a administradores para los socios, para que la sociedad inviable no vuelva al mercado a generar problemas. Así como en la Memoria los administradores tienen que prever el normal desenvolvimiento el año siguiente. Como opina Ricardo Olivera García una suerte de “insolvency test” (equity insolvency test). En realidad, es un problema interno de la sociedad, que el registrador debe recibir y asegurar su conocimiento y resguardo, bajo la responsabilidad de socios y administradores en caso de perjuicio a terceros.

Requisito que puede ser anterior, coetáneo o posterior a la resolución de los socios de continuar el giro social<sup>58</sup>, y frente a lo cual el Juez sólo debe asegurarse del cumplimiento del requisito, que quedará como elemento de convicción si luego se generaran daños en el obrar social. Justamente el art. 100, en su último párrafo<sup>59</sup> establece una última condición de admisibilidad: la resolución de reactivación societaria por vía de remoción del hecho disolutorio que hubiera determinado el estado de disolución “*deberá adoptarse sin perjuicio de terceros y de las responsabilidades asumidas*”.

Si la sociedad es viable económicamente deberá satisfacer todas las obligaciones, pero si ello no acaeciere las responsabilidades generadas se mantienen, y de ello hemos hecho referencia en el inicio de este ensayo.

La responsabilidad contraída por administradores y socios subsiste, como regla de buena fe, pues si la sociedad es económicamente viable no hay duda que su patrimonio generará los medios voluntarios o compulsivos para satisfacer las obligaciones contraídas, sin necesidad de ejercitar la responsabilidad subsidiaria de socios o administradores. Si no es viable no es empresa, no hace falta que genere dividendo, pero si debe tener sustentabilidad para no dañar.

Sobre la responsabilidad volvemos a la referencia que hicimos sobre la posición en la ponencia citada de Perez Hualde en cuanto a la compatibilidad de los arts. 99 LGS y 167 in fine CCC.

No hay duda que el poder de decisión acerca de la viabilidad constituye una decisión empresarial, similar a la que sin duda tomarán en cuenta los socios cuando adopten la opción imperativa que les impone el art. 96 LGS si han aprobado un balance con patrimonio neto negativo- que debe asignarse o reconocerse en quien se encuentre interesado en adoptar correctas decisiones.

---

<sup>58</sup> MILLER, Alejandro “La reactivación societaria y la exigencia de viabilidad económica y social” en *El Derecho Societario* Publicado en *El Derecho Societario y de la Empresa en el Nuevo Sistema del Derecho Privado*. Tomo I Ed. XIII Congreso Argentino de Derecho Societario, IV Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa, Universidad de Mendoza – Universidad Nacional de Cuyo, Editorial Advocatus, Córdoba, agosto 2016, pág. 371.

<sup>59</sup> 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.

Los jueces y organismos de control carecen de conocimientos y experiencias para tomar una decisión relativa a esa viabilidad. Ese pronóstico compete exclusivamente a la esfera interna de la sociedad sobre cuyo mérito no deben inmiscuirse ni la autoridad de control ni los jueces, salvo para constatar la existencia del plan como de su resguardo por posibles responsabilidades.

Se coincide que el debido contrapeso lo constituyen, al decir de Yadarola, las acciones de responsabilidad contra administradores y socios de corroborarse que arguyeron la viabilidad de la sociedad de mala fe, causando daño.

Seguimos citando a Miller: “En la doctrina argentina también el tema ha sido considerado. Quintana Ferreyra y Richard en un trabajo señero en la temática se cuestionan si el principio de la conservación de la empresa representa *“una suerte de dogma en el ánimo del hombre de leyes”*. La contestación es clara: *“No. La tutela de la empresa no es una idea orientadora en materia societaria porque se afirma más en la idea de tutela de la conservación del contrato de sociedad y respeto de la autonomía de la voluntad de las partes en cuanto recurren a un medio técnico para la realización de la actividad empresarial”*<sup>60</sup>. La cita hace foco en que la reactivación está vinculada con el contrato de sociedad y el respeto de la voluntad de los contratantes y su autonomía. En tal sentido hay coincidencia con las tesis de la doctrina uruguaya. Con ciertos matices también Zunino acepta la vinculación primaria de este instituto con la libertad contractual de los socios y lo hace señalando *“la reconducción es una figura que favorece primeramente el interés particular de los socios, sin perjuicio de la inmediata relación entre éste y el interés colectivo en la preservación de la empresa”*<sup>61</sup>. ... La viabilidad, por tanto, no es una condición previa ni tampoco sería una condición suspensiva. Identificamos la misma con la calidad de ser una condición resolutoria de la reactivación y de exigencia atemporal. Esto supone que la sociedad reactivada deberá tener presente, en caso de cuestionamiento, la necesidad de acreditar tal viabilidad, pero no se nos plantea como un requerimiento que deba obtenerse necesariamente y guardarse en carpeta. De todas maneras juzgamos que esta será una práctica muy conveniente ante cualquier cuestionamiento....**Contenido de la viabilidad económica.** ¿Qué significa esta exigencia? Y en función de lo anterior: ¿cómo se acredita la misma? Para Barreiro se debe integrar este vacío que plantea el artículo 100 LGS acudiendo a la LCQ. Siguiendo esta pauta integradora en la ley concursal nos encontramos con que *“el juez puede poner fin a la continuidad de la explotación antes del vencimiento del plazo si ella resultara deficitaria o de cualquier otro modo resultare perjuicio para los acreedores”* (art. 192, in fine, LCQ). Sobre esta premisa el autor completa su pensamiento expresando que tal viabilidad económica *“consiste en la posibilidad cierta de sustentación de la actividad del patrimonio cesante, que deberá producir ingresos suficientes para poder atender las erogaciones propias del giro social”*. Esto quiere decir, continúa afirmando, que la ley societaria asume un propósito preventivo, impidiendo que la actividad económica inviable agrave las consecuencias y desemboque en un incumplimiento generalizado<sup>62</sup>.

Coincidimos en estas apreciaciones, como anticipamos se trata de acreditar la existencia de un plan de negocios que permita visualizar prima facie que la sociedad puede seguir operando sin dañar y satisfaciendo todas sus obligaciones. El instituto de la remoción de las causales resulta

<sup>60</sup> QUINTANA FERREYRA, Francisco y RICHARD, Efraín hugo “La conservación de la empresa en las leyes de sociedades 19.550 y de concursos 19.551”, R.D.C.O., t. 11, año 1978; ps. 1371-1388.

<sup>61</sup> ZUNINO, Jorge. *Disolución y liquidación*, t. 2, 1ª ed. (1987), p. 325.

<sup>62</sup> BARREIRO, Rafael, Viabilidad económica y social de la continuación de la actividad de la sociedad disuelta. *El Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, efectos en materia Societaria y Concursal*. Dir. Arecha, 1ª ed., Buenos Aires, D&D, 2015, ps. 172-174.

aplicable a todos los supuestos, ya sea que tengan previsto específicamente un caso de remoción ordinario, para los cuales resultaría superflua, o se trate de aquellas causales a las que la ley no les otorga un tratamiento particular. Incluso a las causales convencionales previstas en el contrato y el estatuto, no habría obstáculos que impidan aplicarle el instituto de la remoción y hacerlo operativo, manteniendo la vigencia del principio de conservación de la empresa.

Sigue Miller “E. Contenido de la viabilidad social. Más desafíos plantean al intérprete desentrañar el alcance de esta viabilidad social exigida. Y ni qué decir, cuando otro organismo (juez, registrador, etcétera) debe valorar esta viabilidad social. Su naturaleza de apreciación muy subjetiva puede ser un verdadero problema y ello puede traer el riesgo, del que nos advierte Barreiro “*que se amplía el ámbito de actuación discrecional de la administración pública sin que sea sencillo advertir qué ventajas se derivarían de ello*”<sup>63</sup>. Entendemos que esta viabilidad social de la actividad está vinculada con las concepciones de la sociedad comercial como un agente de la comunidad, un factor que desarrolla su peso y su influencia en toda una comunidad, como lo resalta Drucker, extralimitando la frontera natural de los socios y llegando a los trabajadores, proveedores, clientes actuales o futuros, el medio ambiente, las autoridades nacionales y municipales y en suma, a la comunidad toda. En este esquema tal viabilidad social se relaciona con el concepto del interés social concebido desde los “*stakeholders*” por oposición a la tesis que ubica al interés social solamente en la satisfacción de los intereses de los socios o accionistas (“*shareholders*”). Dicho de otra manera la viabilidad económica y social –alienada con el moderno concepto del interés social– supone que la actividad de la sociedad reactivada deberá estar centrada y acreditando la creación de valor para la sociedad, maximizando la rentabilidad y los beneficios sociales, tanto para los socios actuales, futuros y eventuales como para los terceros (“*stakeholders*”). Por último digamos que la ausencia de parámetros entendemos que ha de permitir una valoración genérica sin atarse a un cumplimiento puntual de ciertos ítems que en definitiva serán arbitrarios”. Así concluimos con las expresiones de Miller en su ponencia a ese Congreso, cuya lectura integral aconsejamos.

Coincidimos en la preocupación de Barreiro y ratificamos nuestra visión contraria a un control estatal o jurisdiccional tanto sobre el dictamen de viabilidad económica como en el de viabilidad social, pues implicaría una traba y poner al órgano gubernamental o jurisdiccional en una tarea imposible, cuando no obstaculizante del desarrollo. Aparece adecuado que “en eterna memoria” se disponga su resguardo protocolizándolo. No ya para el ejercicio de las acciones de responsabilidad que prevé el mismo artículo, que lo son en relación a obligaciones contraídas con anterioridad, sino para los daños generados en el futuro no por riesgo empresario sino por acciones u omisiones culposas, como lo será la actuación con patrimonio neto negativo. Concordamos con *María de los Ángeles Luján y Carlota Palazzo*<sup>64</sup>: “El poder de decisión acerca de la viabilidad constituye una decisión empresarial que debe asignarse o reconocerse en quien se encuentre más interesado o incentivado en tomar buenas decisiones. Los jueces y organismos de control son sustitutos imperfectos para los actores del mercado, quienes al tener su propio dinero en juego se encuentran intensamente interesados en tomar buenas decisiones. Más aun siendo que existe un proceso de selección natural en función del cual solo sobreviven aquellos actores del mercado que toman buenas decisiones. No existe un proceso competitivo similar para los jueces y

<sup>63</sup> BARREIRO, Rafael, *Viabilidad económica y social*, ob. cit. en nota anterior.

<sup>64</sup> En “Del nuevo artículo 100 ley 19.550 y los presupuestos para su aplicación”, publicado en *El Derecho Societario y de la Empresa en el Nuevo Sistema del Derecho Privado*. Tomo I Ed. XIII Congreso Argentino de Derecho Societario, IV Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa, Universidad de Mendoza – Universidad Nacional de Cuyo, Editorial Advocatus, Córdoba, agosto 2016, pág. 365.

organismos de control que carecen tanto de los conocimientos, como de la experiencia e incentivos para tomar una decisión relativa a la viabilidad. Luego, la decisión relativa a la remoción de la causal de disolución por considerarse que existe viabilidad compete exclusivamente a la esfera interna de la sociedad sobre cuyo mérito no deben inmiscuirse ni la autoridad de control ni los magistrados. Ello sin perjuicio de que la autoridad de control pueda controlar “formalmente” que existió un pronunciamiento expreso acerca de la viabilidad. Entiéndase bien, sobre lo que no podrá avanzar será sobre si dicho pronunciamiento fue debidamente fundado; ni sobre si está de acuerdo con la valoración acerca de la viabilidad. El debido contrapeso lo constituirán las acciones de responsabilidad de las que serían pasibles administradores y socios de corroborarse que arguyeron la viabilidad cuando la misma no era tal. De allí que resulte recomendable como buena práctica, más no compulsivo por no haber sido expresamente regulado en la ley, que la decisión del órgano de gobierno se sustente en documentos objetivos de análisis económico y financiero prospectivo del negocio social producidos especialmente para la oportunidad en que el órgano de gobierno deba resolver y relacionados con precisión en la decisión”.

En cuanto a la viabilidad social la vinculamos casi exclusivamente con los supuestos en que otras normas legales requieren dictámenes de viabilidad ambiental o excluyen ciertas actividades en zonas urbanas. O sea al cumplimiento de otras normas preexistentes.

La viabilidad social, particularmente, es obligatorio considerarla cuando se ha producido una causal de disolución de la sociedad y se intenta removerla, no durante la vida de la sociedad. Este último aspecto deberá ser considerado por los socios y administradores solo como producto de la responsabilidad social empresaria o para evitar eventuales acciones de responsabilidad si de esa falta de viabilidad social se generara daño.

## **VIII - RESPONSABILIDAD MANCOMUNADA EN LA LEY GENERAL DE SOCIEDADES**

Insistimos en punto a la responsabilidad.

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 –como era antes- 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.

Se trata de una supuesta limitación de responsabilidad frente a los acreedores, pues en como 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.

### **1. Responsabilidad de los miembros de las personas jurídicas privadas en el CCC.**

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.

## **2. 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 sí 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.

## **3. Extensión de quiebra a socios mancomunados.**

Obviamente que no corresponderá, ante la quiebra de la sociedad, la declaración automática de quiebra de los socios, pues su responsabilidad 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 no estar en cesación de pagos, y que sólo agregarán a la quiebra de la sociedad dudosos remanentes. Por eso hemos fustigado la acción de extensión de la quiebra del art. 161 LCQ por ineficiente, frente a acciones como de responsabilidad e incluso las de los arts. 54 ter LGS y 144 CCC llamadas de inoponibilidad de la personalidad jurídica.

Sin embargo la cuestión ha suscitado polémica.

#### 4. Personalidad y separación patrimonial. Clave de la cuestión: la función de garantía del patrimonio y del capital social.

Ya lo hemos adelantado. Conforme el art. 123 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. Hemos tipificado 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.

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.

El derecho societario protege imperativamente la dotación patrimonial a través de la causal de disolución por pérdida del capital social, cuya normativa opera en el derecho comparado “como un instrumento pre concursal”, y debería serlo en nuestro país conforme la función de garantía del capital social estatutario. 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<sup>65</sup>, remarcando 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. Un fallo de la Corte que luego acercaremos había señalado este criterio.

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, 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

---

<sup>65</sup> Art. 150 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.

en un instrumento para dañar a terceros y al mercado en general<sup>66</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, lo que siempre existió pero 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>67</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>68</sup>.

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 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>69</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.

---

<sup>66</sup> 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.

<sup>67</sup> 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.

<sup>68</sup> 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.

<sup>69</sup> 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

A salvo la autonomía de la voluntad de remover la causal reintegrando el capital social en el caso o capitalizando (art. 96 LSC/LGS). La función de garantía del capital social es de orden público y las normas que lo tutelan en resguardo de terceros y del mercado son imperativas. Esta norma de remoción, art. 96 LSC/LGS, para no liquidar ni asumir responsabilidad: ¿puede ser desoída?

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

#### **5. Responsabilidad de administradores y socios con limitación de responsabilidad: la insolvencia.**

Y el enfoque de la responsabilidad de socios en todas las sociedades puede generar algunas sorpresas. Sorpresas que deseamos no generen acciones u omisiones de los socios que los puedan hacer incurrir en legitimados pasivos de acciones de responsabilidad por daños.

Este es nuestro propósito: un asesoramiento preventivo adecuado.

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.

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. 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 autonómica para su organización y funcionalidad.

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

---

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.

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>70</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..

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>71</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 LCS/LGS).

Vivante entiende a la pérdida del capital social como una causal de disolución que opera de pleno derecho<sup>72</sup>. Aún en la causal de vencimiento del término la sociedad podría seguir operando- pero 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

<sup>70</sup> 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.

<sup>71</sup> FUSHIMI, Jorge Fernando – RICHARD, Efraín Hugo “EL BALANCE ANUAL DE LAS SOCIEDADES. CONSTATAIONES Y EFECTOS” en prensa.

<sup>72</sup> 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.

de los socios “en su caso”, interpretada por la doctrina en el sentido de imputársele a quiénes hayan intervenido en la violación de la norma imperativa, encuentra claro sustento en el art. 167 CCC<sup>73</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 definitoria, 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>74</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).

## **IX – CONCLUYENDO y 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 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.

---

<sup>73</sup> 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.”

<sup>74</sup> 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.

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.

En suma una integración basada en el principio de que la sociedad puede crearse y generar personalidad sin intervención alguna, que su estatuto se integra entre la ley societaria y el nuevo Código, sin perjuicio del alto respeto a la autonomía de la voluntad, en cuanto se asegure que esta persona jurídica no debería dañar, y que ello podrá engendrar responsabilidad en administradores y socios.

Este es el equilibrio que nos permitimos presentar en ese desafío que es la integración de normas de diverso origen, con interpretaciones incipientes e incluso disidentes, a través de las cuales se irá construyendo el sistema integral de la regulación de las relaciones de organización personificadas como sociedades, respecto a lo cual la visión judicial dará enfoques definitivos, a cuyo fin debemos debatir para facilitar la ardua tarea de la judicatura, pero al mismo tiempo cumpliendo nuestro rol de asesores para evitar daños y responsabilidades en la funcionalidad de esta maravillosa herramienta de organización que constituyen las sociedades.

La doctrina debe colaborar para facilitar la labor de los jueces en la integración que no debe constituirse en una carrera de obstáculos sino en un inteligente diálogo de fuentes. Este es nuestro compromiso.

La responsabilidad contraída por administradores y socios, si se generó, subsiste, como regla de buena fe, pues si la sociedad es económicamente viable no hay duda que su patrimonio generará los medios voluntarios o compulsivos para satisfacer las obligaciones contraídas, sin necesidad de ejercitar la responsabilidad subsidiaria de socios o administradores.

Los docentes y ensayistas tenemos la obligación de advertir sobre estos enfoques, y los profesionales de las ciencias económicas y jurídicas de prevenir a administradores y socios de las sociedades que asesoran de traspasar ciertos límites donde se puedan generar daños. En definitiva no es sino recordar –además de las normas específicas que hemos apuntado del CCC y LGS, el principio rector de su art. 1° “Habrà sociedad si una o más personas en forma organizada... se obligan a realizar aportes..., participando de los beneficios y soportando las pérdidas”, seguido ello del art. 2° del CCC y particularmente de su art. 9° “Principio de buena fe”.

Con gusto escucharemos las críticas y sugerencias que se formalicen ante la posición apuntada, rogando nos las hagan saber<sup>75</sup>, pues en la disidencia o en los aportes argumentativos se construye el derecho, conforme la vocación que compartimos.

---

<sup>75</sup> richardefrainhugo@gmail.com