

SOCIEDAD, PERSONALIDAD JURIDICA Y OTRAS APOSTILLAS EN TORNO A LA FUNCIONALIDAD SOCIETARIA Y AL ANTEPROYECTO LEY GENERAL DE SOCIEDADES JUNIO 2019.
EFRAÍN HUGO RICHARD

Resumen: Siempre es positivo poner en análisis normas que llevan casi 50 años de vigencia. La Ley General de Sociedades mantiene un equilibrio en su funcionalidad que impone prudencia en su ajuste. El Anteproyecto de Ley General de Sociedades intenta esa labor con una adecuada estructura. En este ensayo señalamos sus luces y unas pocas sombras que nos preocupan.

Palabras Clave: Sociedad – Personalidad Jurídica – Responsabilidad – Crisis

Abstract: It is always positive to revisit and analyze legal standards that have been in force for almost 50 years. The General Law of Business Corporations keeps a balance in its functionality that imposes prudence in its adjustment. The Preliminary Draft “General Law of Business Corporations” attempts to carry out this task with an adequate structure. In this essay we point out its lights and a few shadows that concern us.

Key Words: Society - Legal Personality - Responsibility - Crisis

Iniciamos el ensamble de varios comentarios que hemos formalizado desde mediados de año, alabando las referencias al fenómeno del control y de los grupos societarios. Un proyecto de reforma general valorable, por lo que nos limitamos a marcar junto con sus luces algunas reformas que nos preocupan.

Lo haremos separando los comentarios en capítulos, en que quizá reiteremos algunas apreciaciones sobre el actual sistema de la funcionalidad societaria y algunos desvíos, por la sistemática que hemos seguido.

I – SOCIEDAD Y PERSONALIDAD JURÍDICA.

En este número de nuestros “ENSAYOS DE DERECHO EMPRESARIO” que hemos dedicado referencias al Anteproyecto presentado en la Cámara de Senadores, pretendemos hacerles llegar, introductoriamente, unas breves consideraciones sobre el tema que me habían asignado “Sociedad y personalidad jurídica”, donde el Anteproyecto, si bien no innova, ahonda interesantemente sobre lo que pergeñamos en 2012 y fue recogido casi integralmente en la reforma de 2015, con alteraciones en la declaración unilateral de constitución de sociedad, que no abordaremos pues será objeto de otra comunicación.

El Anteproyecto con precisión académica aborda la cuestión con criterio didáctico y reforzando los principios. Así en el primer párrafo del art. 1° “Concepto” tipifica “Hay sociedad si una o más personas en forma organizada conforme a uno de los tipos previstos en la ley” completando a continuación, lo que era obvio, pero había sido criticada su falta “o regida por la sección IV de este Capítulo”, conceptualizando “se obligan a realizar aportes para aplicarlos a la producción o

intercambio de bienes o servicios, corriendo un riesgo común y participando en los beneficios y soportando las pérdidas. Si el tipo social prevé dos clases distintas de socios, estos deben ser dos o más”.

Es interesante que el Anteproyecto titula a la Sección IV como “De la sociedad simple” adoptando la nomenclatura que usara desde el primer momento Soledad Richard para comentar la reforma del año 2015. Y siguiendo esa doctrina, con esa destacable función didáctica, los juristas distinguidos que formalizaron el Anteproyecto aclaran tanto la referencia del art. 1 como a las sociedades simples, normando en el art. 21 además de lo ya previsto “Están comprendidas en esta Sección las sociedades de hecho y las constituidas durante la vigencia del Código Civil como sociedades civiles, las que quedan de pleno derecho regidas por esta Sección, por sus contratos sociales y por las normas supletorias aplicadas al tiempo de su constitución. Podrán ellas seguir incluyendo en su denominación la expresión “sociedad civil”, su abreviatura, o la sigla “SC”.

Inmediatamente en un segundo párrafo se refiere a “Sociedades con otra finalidad” autorizando que “El contrato social o estatuto pueden prever cualquier destino para los beneficios de la actividad o la forma de aprovecharlos. Pueden prever también el no reparto de utilidades entre los socios. Para introducir esta clase de disposiciones en el contrato social o estatuto de sociedad existente, se requiere el voto unánime de los socios”. Está marcando los límites de la autonomía de la voluntad frente a normas no imperativas de la ley. Habíamos sostenido similares soluciones al afectarse ciertos derechos individuales de los socios como la exclusión de incorporación de herederos, bajo justa compensación.

La solución es congruente con el art. 3° que mantiene la tradicional aceptación de las “Asociaciones bajo forma de sociedad” disponiendo que “Las asociaciones cualquiera sea su objeto, que adopten la forma de sociedad, quedan sujetas a las disposiciones de esta ley”.

Pero queda de resalto que se mantiene el resguardo de terceros en cuanto no se altera la disposición inicial de la organización “corriendo un riesgo común... soportando las pérdidas”. Ello es congruente con el art. 13 “Estipulaciones nulas. Son nulas las estipulaciones siguientes, estén contenidas en contrato social o estatuto, o en convenciones separadas: 1) Que alguno o algunos de los socios ... sean liberados de contribuir a las pérdidas; 2) Que al socio o socios capitalistas se les restituyan los aportes... haya o no ganancias; 3) Que se aseguren al socio su capital o las ganancias eventuales; 5) Que permitan la determinación de un precio para la adquisición de la parte de un socio por otro, que se aparte notablemente de su valor real al tiempo de hacerla efectiva”.

A su vez esta concepción normativa es congruente con el art. 150 del Código Civil y Comercial que dio prioridad a las normas imperativas de las leyes especiales de cada persona jurídica y en su defecto de las normas imperativas del Código, y a la autonomía en la construcción del Estatuto de la misma.

Sigue en esa congruencia y equilibrio entre normas imperativas y autonomía de la voluntad el tercer párrafo del art. 1° “Principios aplicables a las sociedades”. El contrato social, el estatuto, sus modificaciones y las resoluciones de los órganos sociales, se rigen por el principio de la autonomía de la voluntad en tanto no contradigan normas imperativas de esta ley. Las normas reglamentarias que dictan los Registros Públicos y las autoridades no podrán invalidar, restringir, ampliar o condicionar lo dispuesto en la ley ni las disposiciones válidamente adoptadas por las partes”.

Por último, el cuarto y último párrafo del art. 1° del Anteproyecto, bajo esa tipicidad de correr el riesgo común y soportar las pérdidas, congruente con los principios básicos del Código Civil y Comercial impone “Los socios, administradores y miembros de los órganos de fiscalización deben

ejercer sus derechos, funcionales y facultades con ajuste a la buena fe y al interés de la sociedad. No es admisible el ejercicio abusivo de los derechos, sea por mayorías como por minorías. Rige el principio de igualdad de trato a todos los socios, aunque se trate del Estado y se invoque un interés público.

Un marco de congruencia con el Código Civil y Comercial, no sólo en la sistematización prevista en los arts. 2 y 150, sino en los arts. 9, 10 y 12.

1. Afrontamos ahora una breve referencia a la “Personalidad” conforme lo comprometido.

El art. 2 del Anteproyecto sustituye la expresión “sujeto de derecho”, obsoleta, por la de “persona jurídica con el alcance establecido en la ley”, congruente con los arts. 141 y 142 del Código Civil y Comercial. Atento a que esta norma prevé que la personalidad se genera con la constitución, siguiendo nuestra interpretación el art. 7° del Anteproyecto regula el “Período fundacional” con varias e importantes consecuencias:

1°. “La existencia de la sociedad comienza desde su constitución”.

2°. “A falta de un instrumento constitutivo, comienza desde que se exteriorice su existencia”, reconociendo la sociedad de hecho. La exteriorización puede generarse frente a terceros o por conflictos entre los propios socios.

3°. “Los efectos propios del tipo regirán a partir de su inscripción en el Registro Público”. Obviamente en forma genérica, pues podría sostenerse frente a terceros que conocieron la estructura societaria con la que contrataban conforme prevé el art. 22.

4°. Generaliza un sistema general para el “Período fundacional es el tiempo durante el cual se continua la secuencia de los actos necesarios para la inscripción en el Registro Público”. Y en cuanto a responsabilidad la fija en que administradores y fundadores responderán en la forma prevista en el art. 24 o sea al igual que los de las simples sociedades. Una adecuada igualación, a cuyo alcance hemos ensayado oportunamente.

Así las cosas y ya cerrando esta introducción, apuntamos que el reconocimiento de personalidad a la sociedad es “erga omnes” cuando la misma está inscripta en el Registro Público. Caso contrario su personalidad jurídica debe ser acreditada por quién la invoca. Por los socios entre sí o frente a terceros por la documentación suscripta, o la comunicación prevista en el art. 22. Por los terceros por esa misma prueba, y para todos eventualmente por cualquier medio de prueba conforme dispone –siguiendo la tradición- el art. 25 en la Sección IV. Si hubiera actuado quizá la prueba más sencilla si lo hizo ajustándose a derecho lo sea con la CUIT cédula única de identificación tributaria.

Como un juicio final de estos aspectos, creemos que los juristas que prepararon este Anteproyecto de una nueva Ley General de Sociedades han ajustado con acierto la libertad en la constitución y configuración de sociedades, a las previsiones del Código Civil y Comercial y a la tipología básica de la relación societaria: crear una nueva persona jurídica asumiendo el riesgo y las pérdidas. Las Notas Explicativas de su elevación a la Cámara de Senadores son congruentes con esta visión.

No queremos dejar de lado algún otro aporte sobre el tema que habíamos abordado con anterioridad¹, que hace al sistema general vigente.

2. En Derecho Societario, dentro del sistema de Derecho Privado, es necesario considerar la tipicidad de primer grado (tipología societaria) -de una supuesta relación societaria para determinar ciertos efectos, pues es secundario referirse a los tipos societarios o tipicidad de segundo grado (tipicidad societaria)².

Si bien el Art. 1. de la Ley General de Sociedades –LGS- norma *“Concepto. Habrá sociedad si una o más personas en forma organizada conforme a uno de los tipos previstos por esta ley, se obligan a realizar aportes para aplicarlos a la producción o intercambio de bienes o servicios, participando de los beneficios y soportando las pérdidas”*, el art. 21 LGS ref. Ley 26994 amplía el concepto de sociedad, excluyendo la *“forma organizada conforme a uno de los tipos previstos por esta ley –que podría ser ahora también la SAS –Sociedad por acciones simplificada creada por ley 27349-, reglando “La Sociedad que no se constituya con sujeción a los tipos del Cap. 2, que omite requisitos esenciales o que incumpla con las formalidades exigidas por esta ley, se rige por lo dispuesto por esta Sección”*.

Conforme a ello, también se modificó el art. 17 LGS en relación a la atipicidad de segundo grado, eliminando la nulidad e incluyéndola en la sección 4^a.

La importancia de determinar si estamos frente a una sociedad, es que la misma constituye un sujeto de derecho conforme Art. 2 LGS, y persona jurídica conforme a los arts. 141 y 148 del Código Civil y Comercial –CCC-, que lo son conforme el art. 142 desde su constitución, y no desde su registración.

Este planteo resulta absolutamente necesario ante la pregunta sobre *“si la Sección IV contiene reglas de tipo para el sujeto sociedad o un régimen sustituto para situaciones que no encajan en la normativa de los tipos particulares del Capítulo II. Esta determinación es importante porque de ella depende que la situación contemplada se considere sociedad, atento que el art. 1° condiciona la existencia de la sociedad a la circunstancia de su organización conforme a uno de los tipos previstos”*³. Claro que de inmediato la misma autora señala *“que no se aclara a que los tipos previstos son sólo los del Capítulo II, lo cual podría respaldar a la Sección IV como reguladora de tipología”*, citando en apoyo de esta conclusión las opiniones de *“quienes sostienen la distinción entre la tipología societaria (tipicidad de primer grado), que corresponde la figura sociedad y reviste modalidades diferenciales de otros negocios, y las notas características de cada forma de sociedad (tipicidad de segundo grado)”*, teniendo a bien referir las posiciones de Orlando Manuel Muiño y nosotros.⁴

Pero esa personalidad se exhibirá erga omnes o de pleno derecho si estuviere inscripta, pues en caso contrario estará sujeta a prueba, tanto si la invocan socios o terceros, sea conforme el art. 22

1 Nto. *“CONCEPTO DE SOCIEDAD”* publicada en HACIA UN NUEVO DERECHO SOCIETARIO, Ed. Universidad Nacional de Rosario, Facultad de Derecho, XIV Congreso Argentino de Derecho Societario, X Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa, tomo I pág. 189, Rosario 2019.

2 Utilizamos la terminología que compartimos con Orlando Manuel MUIÑO en Derecho Societario, Ed. Astrea 1^a Edición, Buenos Aires 1997, págs. 49 y ss.

3 MARSILI, María Celia *“Reflexiones sobre tipicidad societaria y las reformas introducidas a la ley 19550 por la ley 26694”*, pág. 125, exp. Pág. 142, en TEMAS DE DERECHO MERCANTIL, publicación de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, diciembre 2018, electrónica.

4 RICHARD, Efraín Hugo – MUIÑO, Orlando Manuel DERECHO SOCIETARIO, Ed. Astrea, Buenos Aires 1997 pág. 49 y también de SPADA, Paolo *La tipicità della società*, Cedam. Padova 1974, p. 9, y de ETCHEVERRI, Raúl SOCIEDADES IRREGULARES Y DE HECHO, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1981, p. 140.

por el conocimiento, aplicación del principio de buena fe negocial, y conforme el art. 23 in fine LGS por cualquier medio de prueba.⁵

La personalidad se otorga en resguardo de terceros, conforme reflexiona la Exposición de Motivos del Anteproyecto –no modificada- generando distinción entre acreedores de los socios y acreedores sociales, pero al mismo tiempo protege inicialmente el patrimonio de los socios de las pretensiones de los acreedores sociales, conforme al 143 CCC y art. 56 LGS.

Caracteriza la naturaleza de la sociedad, persona jurídica, la generación de un patrimonio afectando a una actividad en común para distribuirse las utilidades y soportar las pérdidas, o sea que los socios asumen el riesgo de la funcionalidad de la persona jurídica que libremente generan. Por ello, si hay sociedad es nula toda cláusula que altere esa causa del negocio, conforme el art. 13 LGS, en apartado “1. Que alguno o algunos de los socios ... sean liberados de contribuir a las pérdidas”.

El interés común –que no figura en esas definiciones- no es exclusivo de la relación societaria, y se perfila en los contratos asociativos, particularmente en el negocio en participación, por eso la importancia de la conceptualización, centrándose en la causa del negocio societario, determinando la tipología de primer grado: cuando se configura una relación societaria.

No es esencial en esa configuración la explotación de una empresa, conforme la referencia que genera el art. 31 LGS⁶ -. Y distinguir si el objeto es civil o comercial desapareció en el año 1972, pues el requerimiento del objeto comercial se localizaba en normas del Código de Comercio derogadas en ese entonces.

La sociedad, como persona jurídica o sujeto de derecho, es todo ente susceptible de adquirir derechos y contraer obligaciones, a través de su propia organización, o sea, un centro autogestante de derechos y obligaciones, es decir, con posibilidad –capacidad- para autogenerar derechos y obligaciones, por lo que el derecho le otorga capacidad jurídica y un tratamiento jurídico unitario. El orden jurídico reconoce a ese grupo de socios –o al socio único- que conforman la sociedad, la prerrogativa de constituir un sujeto de derecho, distinto e independiente.

Elementos esenciales son la existencia de un patrimonio atribuible a una sociedad persona jurídica identificable, normalmente el nombre, pero hoy superado por la CUIT, que también determina a falta de tipicidad de segundo grado e inscripción, el domicilio y quiénes son los socios.

El concepto de persona es siempre el mismo, pese a que aparentemente la personalidad se manifiesta con efectos y modalidades diferentes. Ello deviene de la apariencia exteriorizante, pues la personalidad se radica en diversos modelos organizativos (tipos). Éstos son los que tienen diversa modalidad y efectos, pudiendo ser sociedades u otros entes –art. 148 CCC-.

3. La causa final en el negocio constitutivo de sociedad.

El elemento caracterizante, causal, de la libertad para generar personas jurídicas societarias es “realizar aportes para aplicarlos ..., participando de los beneficios y soportando las pérdidas”. Es un elemento esencial

5 Vélez y Acevedo en el art. 401 del derogado Código Civil expresaban “Se presume que existe o ha existido sociedad siempre que alguien ejercite actos propios de sociedad, y que regularmente no hay costumbre de practicar, sin que la sociedad exista”, enumeran una serie de actos que hacen suponer la negociación promiscua o a nombre colectivo.

6 “Ninguna sociedad, excepto aquéllas cuyo objeto sea exclusivamente financiero o de inversión...”.

tipificante, asegurado por normas imperativas de la ley, que motivan otra Comunicación a este Congreso y de lo que derivan efectos específicos⁷.

La causa fin del negocio de constitución de una sociedad lo es el advenimiento de una persona jurídica para desarrollar actividad independiente. Se especifica, sin contradecir ello y conforme el art. 1° LGS, pues “la característica específica del contrato plurilateral de sociedad que lo distingue netamente de los demás esquemas jurídicos, es la participación en las ganancias y en las pérdidas. Esta nota constituye la causal del contrato de sociedad o sea *la función económico-social* del negocio reconocida por el derecho... La participación en las ganancias y en las pérdidas es la función objetiva que tiene el *negocio jurídico sociedad*, y que el derecho estatuye y reconoce como tal”⁸. Subrayamos la contundencia de esos artículos primero: “soportar las pérdidas”, no es siquiera “participar” en las pérdidas”.

Escribimos con Orlando Manuel MUIÑO⁹ “c) Como causa final, que es lo que las partes esperan obtener del acto: el fin esperado es la causa de haberse obligado, causa que, por otra parte, coincide en todos los actos del mismo tipo. Así, todos los compradores persiguen el fin de convertirse en titulares del dominio de las cosas compradas. d) La misma acepción, pero vista desde el ordenamiento jurídico, denota el propósito del legislador de regular los negocios típicos para alcanzar ciertos efectos propios (p.ej., en la compraventa, el dominio de las cosas). Puede decirse que, en tanto el *tipo* se refiere a la *estructura* del negocio, la *causa* contempla el *interés* perseguido por las partes. El sujeto es libre de elegir, entre varios, el tipo de negocio más adecuado para la satisfacción de sus intereses, pero no puede perseguir el logro de finalidades ilícitas o contrarias a las buenas costumbres. La causa del contrato es objetiva y, por lo tanto, independiente de la voluntad de los contratantes. Asimismo, es distinta de los *motivos* individuales que indujeron a cada uno de ellos a celebrar el negocio. Por “motivos” han de entenderse los elementos psíquicos personales que en cada caso concreto determinan la voluntad de las partes al concertar el acuerdo. Estos motivos, en principio, carecen de relevancia jurídica.

De manera que, con Colombres –en el libro referido-, podríamos afirmar que la característica específica del negocio societario, que lo distingue netamente de los demás esquemas jurídicos, es la participación en las ganancias y pérdidas. Esta nota constituye la causa de la sociedad, o sea, “la función práctico-social del negocio reconocida por el derecho”. La participación en las ganancias y las pérdidas es la función objetiva que el “negocio jurídico sociedad” tiene, y que el derecho como tal estatuye y reconoce. El desvío de la causa determina la sanción de nulidad del art. 13,

En el caso típico esas utilidades no se lograrán individualmente, sino en virtud de la actuación preordenada de un ente. Y esa preordenación es a través del objeto del ente.

Nos referimos al objeto social como la actividad o actividades para cuya realización la sociedad se constituye, lo que permite distinguirlo del fin social o fin de los socios, que puede ser la obtención del lucro. Pero, al hablar del objeto social surge inescindible lo “social” como perteneciente a un sujeto distinto al de las personas individuales o jurídicas que conciben la “sociedad”. Como fin inmediato de las partes aparece entonces un fin estructural, esto es, concebir un nuevo sujeto de derecho para el cumplimiento de la finalidad común a nombre común: el objeto social.

7 Nto. “CONFIGURACIÓN DE UN DERECHO SOCIETARIO DE CRISIS” para Estudios de Derecho Concursal Uruguayo Libro V Coordinador Camilo Martínez Blanco, Universidad de Montevideo Facultad de Derecho, Montevideo 2018, págs. 21 a 50
8 COLOMBRES, Gervasio R. Curso de Derecho Societario, Parte General, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires 1972, pág. 56.
9 DERECHO SOCIETARIO, Ed. Astrea, Buenos Aires, la. Edición 1997 pág.133 y ss., donde también pueden verse otras notas.

El objeto social, como elemento causal, delimita (imputa) así los actos y negocios que puede realizar la sociedad, las facultades de sus administradores, el criterio para juzgar sus actos en orden a la inversión de su patrimonio.

Las múltiples "finalidades" de los socios se objetivan así en dos datos causales finalísticos, uno estructural, organizarse en un ente personificado, y otro funcional, el objeto que ciñe la actividad a desarrollar en común por medio del ente constituido, que permitirá obtener la causa mediata y posible participación en las utilidades, bajo el riesgo de soportar las pérdidas. Ninguna de las dos causas (la inmediata y la mediata) puede ser desconocida. Ni la pretensión de la utilidad puede hacer sucumbir la causa de cumplimiento del objeto social, ni el perfeccionamiento del cumplimiento del objeto social puede impedir el goce de utilidades existentes.

La causa en el contrato de sociedad, desde el punto de vista objetivo, es la constitución, por los exteriorizantes de la voluntad negocial, de una nueva persona jurídica por medio de cuya actuación se obtengan utilidades, soportando el riesgo o pérdidas, por lo que el objeto de ese contrato son las prestaciones que, escindiéndose del patrimonio del socio, constituyen el patrimonio del nuevo sujeto de derecho, en virtud de una causa subjetiva exteriorizada, cual es el cumplimiento del objeto social, como dato del negocio constitutivo²²¹.

4. La construcción normativa: tipicidad de primer grado.

Soportar las pérdidas que genere la nueva persona jurídica es parte de la tipicidad de la sociedad. No se configuraría una sociedad si los constituyentes decidieran que no van a soportar las pérdidas. Estaremos frente a un particular negocio participativo, pero no frente a una sociedad.

Congruente con ello el art. 11 ap. 7 LGS dispone "Las reglas para distribuir las utilidades y soportar las pérdidas. En caso de silencio, será en proporción de los aportes. Si se prevé sólo la forma de distribución de utilidades, se aplicará para soportar las pérdidas y viceversa 8. Las cláusulas necesarias para que puedan establecerse con precisión los derechos y obligaciones de los socios entre sí y respecto de terceros; 9 Las cláusulas atinentes al funcionamiento, disolución y liquidación de la sociedad."

Conforme a esa estructuración normativa el art. 13 LGS, ya comentado, regula la estipulación nula de liberación "de contribuir a las pérdidas".

Esa regulación en torno a la soportación de las pérdidas establece como causal de disolución la pérdida del capital social –art. 94.5 LGS-, la forma de recomponer el patrimonio –art. 96 LGS- y en el marco de normas imperativas –que son motivo de otra comunicación-, tendientes a asegurar que no se dañará a terceros con la generación de la sociedad persona jurídica, el art. 99 LGS señala la responsabilidad de los administradores, obvio en caso de déficit patrimonial, "respecto a los terceros y los socios, sin perjuicio de la responsabilidad de éstos".

Parece fundamental la reflexión conclusiva que el riesgo de insolvencia es de los acreedores en el caso de crisis de persona humana y es de los socios en el caso de crisis de persona jurídica –informe Winter- Ello tal como lo indica el artículo primero de la ley de sociedades argentina –y de otras legislaciones del derecho comparado: "soportar las pérdidas" es a cargo de los socios, y normas imperativas posteriores y congruentes se enderezan a ello.

A su vez "participando en los beneficios", importa un derecho en expectativa a las utilidades líquidas y realizadas que genere la actividad societaria, determinada en sus estados contables, y que no pueda ser razonablemente retenida para cubrir necesidades de la sociedad, particularmente por la generación de reservas facultativas, conforme explicita e informe el órgano de administración al órgano de gobierno.¹⁰

¹⁰ Sobre ese derecho puede verse FUSHIMI, Jorge Fernando – RICHARD, Efraín Hugo "Resultados no asignados en la Ley de Sociedades" publicado en La Ley 2010-B-pág. 839.

La retención de beneficios o dividendos podrá ser objetada sino se cumplen ciertos requisitos, intentar que la pérdida no sea asumida por socios sería de nulidad absoluta si la intentara la sociedad o los socios, y un fraude a la ley societaria si lo quisiera imponer un juez.¹¹

5. La sociedad simple.

Para esta ocasión no podríamos obviar el análisis de los arts. 21 y ss. en la construcción del Anteproyecto, que asegura y profundiza la reforma introducida en el año 2015.

En realidad, la reforma de 2015 autorizó una libertad total en la configuración de una sociedad, la posterior ley de emprendedor perfeccionó normativamente el concepto. Los abogados y los organismos burocráticos son poco permeables a las interpretaciones de la doctrina que sistematizando normas pregonan libertad, por lo que consideramos un acierto esa ley, que también perfeccionó el alcance de la declaración de voluntad unipersonal constitutiva de sociedad, con los argumentos que sosteníamos desde los 80+. A su vez también recogió o autorizó nuevas formas de financiamiento y capitalización, que en realidad se vinculan a los negocios con o en participación que aconsejábamos desde hace tiempo, contradiciendo a los que sostenían su ilicitud por contrariar al art. 30 LSC. A ello se agregó positivamente el préstamo participativo previsto en el art. 1531 CCC que abre nuevas fronteras al capitalismo emprendedor.

Queremos recordar que la expresión “Sociedad por acciones simplificada” fue usada en nuestro país en los años 1992/3 cuando la Comisión designada por el Ministerio de Justicia, que integramos, presentó su anteproyecto –publicado por Astrea-, donde en ese tipo societario se prohibía la expresión de capital social, basados en la idea de patrimonio suficiente para evitar la crisis de la sociedad –tema que impone su estudio por la doctrina y su enseñanza en las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas-.

Y esos aspectos nos llevan a referirnos al capital social.

II - LA FUNCIÓN DE GARANTÍA DEL CAPITAL SOCIAL (Y UNA APOSTILLA SOBRE EL ANTEPROYECTO).¹²

Lo fundamental en el reconocimiento de la personalidad jurídica de las sociedades es la protección de los terceros. La libertad en la generación de sociedades tiene como límite no dañar en resguardo de terceros, y ello se basa en la existencia de un patrimonio suficiente para satisfacer las obligaciones sociales (arg. Arts. 143, 154, 163 i, 242, 743 Código Civil y Comercial –CCC-, y disposiciones imperativas –art. 150.1 CCC- de la Ley General de Sociedades –LGS- (arts. 94.5, 96, 99 y 100 LGS).

Corresponde a la autonomía de la voluntad la determinación del capital operativo, pero son normas imperativas las que determinan el capital mínimo y resguardan la función de garantía del capital estatutario, constituyendo causal de disolución su pérdida e imponiendo la disolución salvo capitalización, para resguardar el interés de los terceros acreedores y su patrimonio¹³.

11 Art. 52 4 Ley 24522 conforme artículo sustituido por el art. 17 de la ley 25589 B.O. 16.5.2002. “En ningún caso el juez homologará una propuesta abusiva o en fraude a la ley”.

12 Del mismo nombre, nuestro, publicado en HACIA UN NUEVO DERECHO SOCIETARIO, Ed. Universidad Nacional de Rosario, Facultad de Derecho, XIV Congreso Argentino de Derecho Societario, X Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa, tomo III pág. 1965, Rosario 2019.

13 “EL CONTRADERECHO: LAS NORMAS IMPERATIVAS DEL DERECHO SOCIETARIO”, con Juan Carlos VEIGA en El Derecho Societario y la Empresa en el Tercer Milenio, XII CONGRESO ARGENTINO DE DERECHO SOCIETARIO, VIII CONGRESO IBEROAMERICANO DE DERECHO SOCIETARIO Y DE LA EMPRESA, 25 al 27 de septiembre de 2013, Ed. Universidad Argentina de la Empresa y Cámara de Sociedades Anónimas, tomo I pág. 161.

El equilibrio normativo existente parece afectarse en el Anteproyecto de Ley General de Sociedades –ALGS- presentado el 5 de junio de 2019, en un análisis primario.

1. Autonomía de la voluntad y normas imperativas¹⁴

El nuevo Código Civil y Comercial –CCC- ha generado un sistema en torno a las personas jurídicas, sin duda aplicables a todas las sociedades, que ha venido a ratificar la concepción de un régimen de mayor libertad en la configuración de las relaciones de organización, con mayor responsabilidad en cuanto a no generar daños.

Se configura el sistema con una serie de normas de resguardo. Las normas imperativas del derecho societario no pueden ser dejadas de lado (art. 150 CCC cuando en su inc. a expresa que las personas jurídicas se reglan “Por las normas imperativas de la ley especial, o en su defecto, de este Código”¹⁵, priorizándolo incluso de la ley de concursos¹⁶, que deben ser integradas sin alterar aquella primacía, además de las del CCC, congruente con el art. 2° CCC.

1.1. Normas imperativas y supletorias.

Las normas o leyes se clasifican en imperativas o supletorias. Una ley es imperativa cuando no es posible sustraerse a lo que obliga o prohíbe, y es supletoria cuando lo dispuesto por la norma puede ser cambiado o modificado según la voluntad de las personas intervinientes en la situación jurídica por la ley elaborada o regulada. Debe distinguirse de aquellas normas que son imperativas para sus destinatarios, es decir las que se imponen sin posibilidad de pacto o decisión en contra pues sus efectos deben producirse con independencia del querer de las personas, de las que tiene un carácter de decisión particular contraria.

Son imperativas aquellas que ordenan sin facultar una conducta diversa, aludidas en el adagio latino *ius publicum privatorum pactis mutari nequit*, a las que Del Vecchio llama taxativas, en latín *normae cogenti o ius cogens*: mandan o imperan independientemente de la voluntad de las partes de manera que no es lícito derogarlas, ni absoluta, ni relativamente en vistas al fin determinado que las partes se propongan alcanzar; porque la obtención de éste fin está cabalmente disciplinada en

14 Nto. publicado en HACIA UN NUEVO DERECHO SOCIETARIO, Ed. Universidad Nacional de Rosario, Facultad de Derecho, XIV Congreso Argentino de Derecho Societario, X Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa, tomo I pág. 23, Rosario 2019.

15 “NORMAS IMPERATIVAS DEL DERECHO SOCIETARIO PARA PREVENIR DAÑOS”, publicado en Los aspectos empresariales en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, Ed. Fidas, Buenos Aires 2015, página 79. ; “LAS NORMAS IMPERATIVAS DEL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL, DEL DERECHO SOCIETARIO Y EL SISTEMA CONCURSAL” en tomo 1 “Presupuestos y principios de los Concursos” en X Congreso Argentino de Derecho Concursal – VIII Congreso Iberoamericano de la Insolvencia, Santa Fe Octubre 2018, página 621; “ANTE LAS CRISIS SOCIETARIAS CONSULTEMOS LA LEY ESPECIFICA (respondiendo a un par de críticas)” en RDCO, Sociedades – Doctrina pág. 113, número 276, Enero/Febrero 2016; “CRISIS ECONÓMICO-PATRIMONIALES DE LAS PERSONAS JURÍDICAS (especialmente societarias) Y EL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL”, publicado en Derecho Comercial y de las obligaciones (Revista de Doctrina, Jurisprudencia, Legislación y Práctica), n° 272 mayo/junio 2015, Edición especial Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires 2015, pág. 613 y ss.; X CONGRESO NACIONAL DE DERECHO CONCURSAL – VII CONGRESO IBEROAMERICANO DE LA INSOLVENCIA “Crisis y Derecho”: “Normas imperativas del Derecho Societario para prevenir daños (art. 96 LGS)”, tomo I pág. 111.

16 RICHARD, Efraín Hugo Perspectiva del Derecho de la Insolvencia, Ed. Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales, Córdoba Rep. Argentina 2012. Comunicación al VIIIº CONGRESO ARGENTINO DE DERECHO CONCURSAL y VIº CONGRESO IBEROAMERICANO DE LA INSOLVENCIA Tucumán (R.A.) septiembre de 2012, “LA NECESARIA INTEGRACIÓN DEL SISTEMA CONCURSAL CON EL SOCIETARIO ANTE LA CRISIS DE SOCIEDADES”, tomo II pág. 815; “LA ENSEÑANZA Y LA INVESTIGACIÓN DEL DERECHO SOCIETARIO DE CRISIS” en Anuario XV (2013-2014) del Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba, pág. 351, editado en Córdoba diciembre 2015.

la norma misma¹⁷. No es la voluntad de las partes la que constituye el derecho aplicable sino la voluntad de la ley coincidente o no con aquella de las partes. El fin de la norma es de interés público y se identifica con su contenido.

También deben distinguirse las opcionales imperativas, en cuanto permiten decidir entre más de una solución, pero sin apartarse de ellas. Esa decisión podrá ser voluntaria, según su deseo y conveniencia entre dos o más posibilidades reguladas por la misma ley en cuanto a los efectos de las opciones consagradas.

1.2. ¿Cuáles son las normas imperativas del sistema societario?

Pablo Augusto VAN THIENEN, máximo defensor de la autonomía de la voluntad en materia societaria expresó¹⁸ “La ley 19.550 posee normas de tipo imperativas y normas de tipo dispositivas....Ejemplo lo encontramos en algunos institutos societarios: 1) el capital social, 2) la representación del capital en acciones o cuotas, 3) la asamblea como órgano de gobierno, 4) el directorio como órgano de administración, 5) el régimen de limitación de responsabilidad; 6) la liquidación de la sociedad por pérdida total del patrimonio; 7) el régimen de reorganización societaria vía fusión, escisión o transformación; 8) el régimen de disolución y liquidación; entre otros dispositivos. Nadie puede negar que el capital social constituye un elemento esencial del tipo pues hace al patrimonio neto mínimo de retención que el sistema jurídico exige como atributo de la personalidad y del régimen de limitación de responsabilidad. ...”.

Esta línea de doctrina acepta que todo lo referido a ciertas causales de disolución y liquidación, como la falta de capital social, son normas imperativas, de orden público, irrenunciables e inderogables. El art. 1° LGS que tipifica la relación de organización personificante sociedad dispone en forma imperativa que las pérdidas serán soportadas por los socios. A salvo la autonomía de la voluntad de remover la causal reintegrando el capital social en el caso.

Debemos determinar que normas imperativas son las que interesan para la prevención de las crisis y se enrojan en el sistema de asegurar el patrimonio y no pueden ser dejadas de lado. La LGS a través de los arts. 94 inc. 5°, 96, 99 y 100 LGS¹⁹ genera un régimen de prevención de la crisis y de daños a acreedores, respetando el principio tipificante de una sociedad cual es que los socios deban soportar las pérdidas –art. 1° LGS-. Los artículos 55 y 56 de la legislación sobre las sociedades por acciones simplificadas expresamente mantienen la aplicación de dichas previsiones cautelares para no dañar.

Los límites, resguardados por normas imperativas, aparecen como moldeadores de la responsabilidad en las sociedades respecto de terceros, cualquiera sea el régimen de limitación de la misma que surja del tipo adoptado o de las precisiones estatutarias.²⁰ Evitar el daño, soportando las pérdidas los socios (art. 1° LGS), se encuentran insertos “en el principio de integridad del capital y en las funciones que a éste se asignan. En efecto, si la defensa del interés de los acreedores

17 COLOMBRES, Gervasio “Curso de Derecho Societario”, Parte General, ed. Abeledo Perrot, 1972, p. 84, siguiendo a Georg Henrik Von Wright, “Norm and action a logical enquiry”, Londres, 1963.

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

19 “Disolución por pérdida del capital social y concurso”, en Anales de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Año Académico 2010, pág. 37. Ed. Academia, Córdoba 2011.

20 “La responsabilidad de socios en las sociedades simple y en las con responsabilidad limitada” en Derecho Comercial y de las obligaciones, Ed. Abeledo Perrot, n° 280, septiembre/octubre 2016, Bs.As. 2ª quincena de noviembre, en Sección I Congreso Internacional de Derecho Comercial, pág. 539.

descansa en la función de retención patrimonial que tiene asignada la cifra del capital social, parece razonable que en una situación en la que el patrimonio ha descendido”²¹ poniendo en peligro la satisfacción del pasivo se adopte una solución.

La imperatividad y preminencia de normas no genera una divergencia de énfasis, sino de fondo. El art. 96 LGS de no constituir una norma imperativa sería una norma disponible. Y lo que la misma dispone como opción es imperativo, porque su incumplimiento implica una conducta antijurídica que puede generar daño y por consiguiente responsabilidad. Responsabilidad no como sanción sino por el daño, dentro de la teoría general de la responsabilidad de base subjetiva. Incluso administradores y socios podrán disponer que la sociedad se concurse, pero no podrán generar una nueva opción de la fijada en la norma imperativa.²² Deben optar²³ pues de no incurrirán en una antijuridicidad, y de existir daño deberán satisfacerlo. Los órganos de la sociedad tienen facultad para acordar con acreedores, p.ej. la capitalización –repetimos-, e inclusive concursarse, pero no podrán alterar las opciones imperativas de esa norma.²⁴

Si la norma no es imperativa, genera una disponibilidad, o sea la posibilidad de pactar de diferente forma de la norma que actúa sólo a falta de regulación privada... ¿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? ¿O que se

21 GARCIA CRUCES, J.A. Derecho de Sociedades Mercantiles, Ed. Tirant Lo Blanch, , Valencia 2016, pág. 479. En el caso de España por debajo de la mitad del capital social –o de un tercio según el tipo-, en Argentina del 100%, pudiendo verse el estudio de derecho comparado en Estudios de Derecho Empresario, AAVV "Crisis de Sociedades y la legislación societaria", en Volumen Especial N°10: "Revista informática del Instituto Iberoamericano del Derecho Concursal, revista electrónica en el portal de la UNC <https://revistas.unc.edu.ar/index.php/esdeem/issue/view/1407>

22 MUIÑO, Orlando Manuel "EN TORNO A LA INDISPONIBILIDAD DE LA DISOLUCIÓN POR PÉRDIDA DEL CAPITAL SOCIAL", en Crisis y Derecho, Tomo 1 "Las vías de prevención y saneamiento de la crisis empresarial", pág. 124, Ed. Fespresa, Córdoba 2015; "El segundo aspecto (disolución ipso jure), puede fácilmente responderse de manera negativa, toda vez que, atendiendo a la disposición del art. 96 LGS, es posible remediar la situación de pérdida del capital social "si los socios acuerdan su reintegro total o parcial del mismo o su aumento". La causal requiere pronunciamiento de los socios, quienes pueden rechazar la disolución con reintegro total o parcial o aumento del capital (art. 96 in fine LGS). ...Las previsiones imperativas de la LGS, hoy acentuadas por el CCC, implican soluciones preconcursales cuando la crisis se ha agravado e insume la pérdida del capital social." Ricardo OLIVERA GARCÍA en ap. III "El orden público en la ley de sociedades comerciales" de su libro Estudios de Derecho Societario, Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe 2005, enfrenta el tema de la imperatividad de las normas societarias en el derecho argentino, a partir de discernir ¿Cómo se determina cuando una norma es de orden público?

23 Opción conforme el Diccionario de la Real Academia es la "Libertad o facultad de elegir. Derecho de elegir entre dos o más cosas, fundado en precepto legal en negocio jurídico". En el caso no se puede sustituir la decisión por algo no previsto en el propio art. 96 LGS.

24 La Corte constitucional colombiana en sentencia T-597 definió de la siguiente manera estos conceptos "Pero en las leyes debe distinguirse con claridad entre aquellas de sus normas que son imperativas para sus destinatarios, es decir las que se imponen sin posibilidad de pacto o decisión en contra pues sus efectos deben producirse con independencia del querer de las personas, de las que tienen un carácter apenas supletorio de la voluntad de los sujetos a quienes se refieren, las cuales operan solamente a falta de decisión particular contraria, y también de 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".

concurara la sociedad para que los acreedores asuman la pérdida sin recibir ninguna contraprestación?

2. Crisis patrimoniales.

Creemos conveniente deslizar algunos comentarios preliminares sobre esta cuestión, que desarrollaremos en otro capítulo.

Como anticipo de esa situación patrimonial que genera una causal de disolución, aparece otra dentro de las legislaciones societarias, cual es la imposibilidad sobreviniente de cumplir el objeto social, que es convergente con la idea de la conservación de la actividad empresarial, que debe ser viable. Esto importa también una protección de todos los intereses involucrados. El concurso oportuno no es extraño a esto.

El primer principio para evitar generar daño y las consiguientes acciones de responsabilidad a quienes lo hubieren causado, directa o indirectamente es asegurar la viabilidad del negocio²⁵. El art. 99 LGS señala la responsabilidad solidaria de administradores sin perjuicio de la responsabilidad de los socios si constatada la pérdida del capital social no se hubiere enfrentado, por ejemplo, con una de las opciones imperativas introducidas por el art. 96 LGS. Todo lo referente al capital social y causales de disolución, y eventuales responsabilidades por daño ante incumplimiento son indisponibles²⁶.

Los órganos de la sociedad tienen facultad para acordar con acreedores, p.ej. la capitalización, e inclusive concursarse, pero no podrán alterar las opciones imperativas de esa norma.²⁷ El art. 96 preceptúa una opción imperativa: ante la causal de disolución no cabe sino disponer la liquidación o capitalizar la sociedad.

Declarada la pérdida del capital social al aprobar –sin reservas- un balance con patrimonio neto negativo, si bien nace de inmediato esa responsabilidad de administradores y socios “en su caso”, no existe plazo para la adoptar la opción imperativa prevista en el art. 96 LGS, pero con la remediación no se elimina la posibilidad de acciones de responsabilidad si se hubiere generado daño.

Así es congruente con el art. 1° LGS que dispone que las pérdidas deben ser afrontadas por los socios, coherente con la legislación comparada y el informe Winter²⁸, ratificado por el art. 106 LGS.

25 FUSHIMI, Jorge Fernando – RICHARD, Efraín Hugo “EL BALANCE ANUAL DE LAS SOCIEDADES. CONSTATAIONES Y EFECTOS”, en “ASPECTOS CONTABLES, IMPOSITIVOS Y PREVISIONALES EN LAS SOCIEDADES Y LOS CONCURSOS”, Obra colectiva, Director Martín Arecha, Págs. 101 a 123 Publicación del Instituto Argentino de Derecho Comercial. Editorial Legis Argentina SA, Buenos Aires, Abril de 2013.

26 RICHARD, Efraín Hugo “EL LABERINTO DE LA PÉRDIDA DEL CAPITAL SOCIAL Y SU REMEDIACIÓN” en pág. 111 del n° 7 de ESTUDIOS DE DERECHO EMPRESARIO, julio 2016, en portal de la Universidad Nacional de Córdoba. El artículo 1709 CCC es congruente con aquella norma.

27 La Corte constitucional colombiana en sentencia T-597 definió de la siguiente manera estos conceptos “Pero en las leyes debe distinguirse con claridad entre aquellas de sus normas que son imperativas para sus destinatarios, es decir las que se imponen sin posibilidad de pacto o decisión en contra pues su efectos deben producirse con independencia del querer de las personas, de ls que tienen un carácter apenas supletorio de la voluntad de los sujetos a quienes se refieren, las cuales opean solamente a falta de decisión particular contraria, y también de las opcionales, esto es, las que permiten a loa individuos escoger, según su deso y conveniencias, entre dos o más posibilidades reguladas por la misma ley en cuanto a los efectos de las opciones consagradas”.

28 Ese informe es el resultado del trabajo realizado por el “Grupo de Alto Nivel de Expertos en Derecho de Sociedades”, presidido por Jaap Winter, con el doble objetivo de iniciar una discusión sobre la necesidad de la modernización del Derecho de Sociedades y elaborar una serie de recomendaciones destinadas a crear un nuevo marco regulador de las sociedades cotizadas.

Aún en liquidación la sociedad podrá concursarse –art. 5 LCQ-. El ejercicio de la opción esa a su vez condicionado por el art. 100 de la misma ley a la “viabilidad económica” de la sociedad. No son normas disponibles que puedan ser alteradas por el Estatuto social o una resolución de su órgano de gobierno.²⁹ **Los riesgos de la actividad societaria no pueden ser transferidos por los socios a terceros.**³⁰

3. Fundamento de la imperatividad de normas en la ley societaria.

Ante la autonomía de la voluntad para crear personas jurídicas societarias, el carácter imperativo es en beneficio de terceros, y su apartamiento constituye una antijuridicidad, por lo que de generarse daño habrá que pensar en responsables. Un ensayo sistemático impone reflexiones sobre la protección a terceros: “Y dicha protección, cabe decirlo, debe ser amplia, y así ha sido establecida en la ley. Se protege a los terceros a través del establecimiento de una regulación que prescribe cómo se llevan adelante los procesos de creación y extinción de sociedades y qué derechos se conceden a las personas que integran un ente societario. De tal manera, cualquier derecho que desee intervenir en una estructura jurídica societaria ha de saber, de antemano, cuáles son sus derechos. Asimismo, la legislación protege a los terceros que se vinculen (ya sea a través de un contrato o en virtud de un ilícito extracontractual) con socios o miembros de sociedades. Así, un tercero va a tener conocimiento de cuáles son sus derechos en caso de sufrir un daño en tales circunstancias”.³¹ Introduce una cuestión sobre esa coordinación: “La expresión “o en su defecto” utilizada en el art. 150 es, a nuestro juicio, desacertada y constituye un aspecto criticable de la técnica legislativa utilizada. ¿Qué significado cabe darle a la misma? Lo que el legislador, a nuestro humilde juicio, quiso hacer al utilizar la referida alocución es señalar que las normas imperativas del CCyC serían de aplicación, en un caso concreto, cuando no existiere regulación de la ley especial sobre el supuesto en cuestión. Esto implica que, si existiese una norma en la ley especial que regula una determinada hipótesis fáctica, es dicha norma, y no la del CCyC, cuya aplicación corresponde realizar. ¿Y si la norma del CCyC plantea una hipótesis fáctica más abarcativa que la de la ley especial? ¿Y si introduce consecuencias jurídicas de mayor amplitud? ...”.

Nosotros consideramos acertada la expresión “en su defecto” del art. 150 CCC para aplicar normas imperativas de este Código existiendo otras en la LGS, la previsión del art. 99 LGS “sin perjuicio de la responsabilidad de los socios”, obliga a pensar ¿en que supuestos y cuales?³², y a nuestro entender resuelve adecuadamente la norma imperativa del 167 CCC. “responden ilimitada y solidariamente sus administradores y aquellos miembros (socios en el caso) que, conociendo o debiendo conocer la situación y contando con el poder de decisión necesaria para ponerle fin,

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

30 STANGHELLINI, Lorenzo “Proprietá e controllo dell’impresa in crisis” en Rivista delle Società anno 49° 2004 settembre-ottobre fascicolo 5º, Editorial Giuffrè Milano, pág. 1079.

31 CIMA, Eduardo “LA LEGISLACIÓN SOCIETARIA Y SU RELACIÓN CON EL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL” en EMPRESA Y SOCIEDAD. ACTUALIDAD Y RELEVANCIA. libro colectivo AAVV, Dirección de María Cristina Mercado de Sala, Ed. Lerner, Córdoba mayo 2018, pág. 61 y ss.

32 “LA PÉRDIDA DEL CAPITAL SOCIAL Y LA RESPONSABILIDAD DE SOCIOS” con Luisa Isabel BORGARELLO, publicado en Doctrina Societaria y Concursal, Ed. Errepar, Buenos Aires setiembre 2016, n° 346, pág. 947. Nota del Editor: La escuela comercialista de Córdoba, a través de dos de sus tradicionales figuras, plantea sistemáticamente una cuestión tratada pero no generalizada como en el caso lo hace: la diferencia entre la responsabilidad de los socios por el tipo de sociedad que integran y la que les puede caber por aplicación de la teoría general de la responsabilidad que, sin duda no son excluyentes; “SOBRE EL ART. 99 DE LA LEY DE SOCIEDADES” Publicado en Estudios de Derecho Empresario, volumen 2 pág. 77, revista electrónica en portal de la Universidad Nacional de Córdoba.

omiten adoptar las medidas necesarias al afecto”, conforme un postulado específico de la teoría general de la responsabilidad –art. 1709 CCC-.³³

Miguel C. Araya³⁴ remarca el carácter imperativo de las normas del derecho societario sobre pérdida del capital social “que es un concepto jurídico/contable y la ley impone que los administradores disuelvan; ... El derecho de sociedades no es ajeno a la crisis económica de la empresa. El régimen de pérdida de capital social... y la exigencia de adoptar medidas alternativas ante esa pérdida... revelan esa preocupación del legislador societario, al imponer deberes a los administradores y accionistas, como prevención a la crisis de insolvencia”.

Los acreedores de una sociedad en crisis deberían tener el mismo tratamiento, derechos y tutelas que los accionistas de una sociedad solvente, pero se encuentran en la misma situación de inversores sin derecho³⁵.

Por eso es fundamental determinar que normas son imperativas y no pueden ser dejadas de lado ni por mayorías ni por un juez en procesos concursales.

4. Subordinación.

De esa integración resulta que cuando la sociedad es insolvente y los socios en vez de capitalizarla le prestan dinero, ese crédito sólo puede ser verificado como obligación subordinada, como se ha sentado en las sentencias que hacen referencia a las obligaciones de los socios de dotar el patrimonio de la sociedad; Sentencia del 3er. Juzgado de Procesos Concursales de la 1ª Circunscripción Judicial de Mendoza, en la causa “KLP Emprendimientos S.A. p/ Megaconcurso”, fechada en Mendoza, 22 de Abril de 2016 del Juez de Mendoza Pablo Gonzalez Masanes, y la sentencia recaída en la causa "Diaz y Quirini SA s/ concurso preventivo s/ incidente de revisión (promovido por Quirini Augusto)" de la CNCOM – SALA C del 31/05/2012. Queda así plasmada una corriente evolutiva, integradora entre la legislación concursal y la societaria frente a la crisis de sociedades.

El Anteproyecto recoge este criterio: “6. Los aportes irrevocables a cuenta de futuras emisiones son una creación un tanto anómala, hija de la necesidad de la historia económica y monetaria argentina, que se convirtió en una suerte de *tertium genus* entre el capital y el pasivo. Su extendido uso determinó que, ante el silencio de la ley, no sólo los organismos de contralor, sino también las entidades profesionales de Ciencias Económicas, dictaran condiciones y reglamentaciones sin sustento legal suficiente. La Comisión ha decidido mantener la ortodoxia y establecer que serán considerados pasivos. Se aparta en ello del Proyecto de 2005. Pero de éste toma, como ya se apuntó al comentar la sociedad de responsabilidad limitada, el razonable criterio de la subordinación de los créditos otorgados por socios y personas allegadas, así como por los dados por una sociedad controlante (Art. 190)”. Nos parece una solución adecuada.

5. Viabilidad de la sociedad.

33 Elucidación que formalizamos en el Prólogo del libro Empresa y Sociedad, cit.

34 “La función preconcursal del régimen de pérdida del capital social” en VI Congreso Argentino de Derecho Concursal IV Congreso Iberoamericano sobre la Insolvencia, Rosario 27/29 de septiembre de 2006, Rosario 2006/8, tomo II págs. 25/32, y luego el debate en tomo IV pág. 286.

35 STANGHELLINI, Lorenzo Proprietá e controllo dell'impresa in crisi Rivista delle Società anno 49º 2004 settembre-ottobre fascicolo 5º, Editorial Giuffrè Milano, pág. 1079.

Otra norma imperativa es la que impone el requisito de viabilidad³⁶. El art. 100 LGS también modificado por la reforma unificadora, concretamente y efectivizando el principio de Conservación de la Empresa, que era 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. Se permite la remoción de la o las causales disolutorias acaecidas, desde luego sujetas a ciertos requisitos previstos por la propia ley. 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 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. La sociedad inviable no contiene una empresa conservable en su seno. En síntesis, la tendencia de la conservación de la empresa que marcó toda una época del Derecho Concursal³⁷ se introduce al Derecho Societario.

Su condición de oportunidad es no haber concluido 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).³⁸

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

No se piense que el Juez debe juzgar sobre el punto. No lo entendemos 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.

Requisito que puede ser anterior, coetáneo o posterior a la resolución de los socios de continuar el giro social³⁹, 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 establece una última condición de admisibilidad: la resolución de

36 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.

37 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.

38 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.

39 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.

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.

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.

El Anteproyecto modifica negativamente esta solución: “Art. 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. Para su validez entre los socios, la resolución deberá estar fundada en la viabilidad económica 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. “

6. Función de garantía del capital social (y una apostilla sobre el anteproyecto).

Los primeros artículos de cualquier ley de sociedades suelen fijar un criterio para caracterizar esta relación jurídica de organización, en interés mutuo, que es para los socios “realizar aportes para aplicarlos a la producción o intercambio de bienes o servicios participando de los beneficios y soportando las pérdidas”⁴⁰. O sea generando un nuevo patrimonio como prenda común de los acreedores, regulan para que no pueden generar daño si se adoptan las soluciones previstas imperativamente⁴¹, que en su caso –como principio- las pérdidas no deben ser trasladadas a terceros.

Evitar el daño, soportando las pérdidas los socios, se encuentra también inserto “en el principio de integridad del capital y en las funciones que a éste se asignan. En efecto, si la defensa del interés de los acreedores descansa en la función de retención patrimonial que tiene asignada la cifra del capital social, parece razonable que en una situación en la que el patrimonio ha descendido”⁴² en forma tal que corre peligro la satisfacción del pasivo.

Sobre la prioridad de las normas imperativas de la LGS hemos presentado otra comunicación (art. 150 CCC).

Construyendo el sistema de prevención o de preconcursalidad. Vivante entiende a la pérdida del capital social como una causal de disolución que opera de pleno derecho⁴³.

40 La transcripción encomillada corresponde al art. 1 de la Ley General de Sociedades de la República Argentina.

41 RICHARD, Efraín Hugo “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.

42 GARCIA CRUCES, José Antonio Derecho de Sociedades Mercantiles, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia 2016, pág. 479. En el caso de España por debajo de la mitad del capital social –o de un tercio según el tipo-, en Argentina del 100%, pudiendo verse el estudio de derecho comparado RDCO N° 277, Marzo/abril 2016, pág. 399 investigación “La Causal de la Disolución de la Sociedad por pérdida del Capital Social y la Convergencia en este aspecto con la Legislación Concursal y Societaria”.

43 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.

Los problemas de déficit patrimoniales de la sociedad son abordados en la causal de disolución de “pérdida del capital social”⁴⁴. La misma debe ser total, apartándose de las posiciones anticipatorias del derecho comparado. A su vez no fija plazo para su remediación (art. 96 LGS), pero si determina responsabilidad (art. 99 LGS) por daños desde su constatación con el balance realizado o que debió realizarse. La solución es congruente pues administradores y socios consideran posible una recuperación patrimonial y la misma se produce no habrá daño a acreedores.

Esa “pérdida” debe ser real, aunque es reconocida por una determinación contable aprobada por el órgano de gobierno de la sociedad. Según la versión más conservadora la misma se produce cuando el patrimonio neto acusa pérdidas de tal envergadura que éstas igualan o superan a todos los importes positivos del patrimonio neto (capital, ajuste de capital, reservas, durante la vida social, de la existencia en la caja de la sociedad). O sea, el activo de la sociedad no está en condiciones de satisfacer el pasivo. En los hechos, el capital social sólo tiene entidad en el momento de la constitución de la sociedad. En ese preciso instante, se verifica una relación que no se repetirá, salvo por azar, y es que el activo será matemáticamente igual al capital social, y el capital social será matemáticamente igual al patrimonio neto. A partir del inicio de las actividades económicas del ente, el capital continuará inalterable, y los cambios que se producen en el activo y el pasivo, no se reflejarán en él, sino en otras cuentas del patrimonio neto. Es decir, a diferencia del capital que es una cifra estática e inalterable, que está blindada jurídicamente para dificultar tanto su aumento, como su reducción, lo dinámico son las otras cuentas del patrimonio neto. En particular, la cuenta donde se reflejan los resultados (pérdidas o ganancias) del ejercicio y las acumuladas. Así, el capital social pierde su densidad ontológica, y se convierte en una cifra que aritméticamente tiene existencia, pero no refleja nada. Lo que verdaderamente refleja la situación de la empresa, es el patrimonio neto en pleno. Es decir, la diferencia resultante entre activo y pasivo.

No obstante, es la más importante referencia del patrimonio neto. Porque en ningún momento el patrimonio neto puede ser inferior al capital, sin que la sociedad deba adoptar alguna decisión al respecto. Si la cuenta de resultados acumulados (única cuenta dentro del patrimonio neto que admite cifras positivas y negativas), es negativa, y de un monto tal que resulte que el patrimonio neto sea menor que el capital, lo correcto es reducir el capital por pérdidas, aunque esta es una decisión social voluntaria. Si las pérdidas insumen la totalidad de las reservas y la mitad del capital estaremos frente a una causal de reducción obligatoria de capital.

En caso en el que el patrimonio neto sea menor que el capital, ya comenzó la pérdida del capital social. La pérdida total se produce cuando las pérdidas o quebrantos acumulados (cifras negativas del patrimonio neto), igualan o superan a la suma de todas las cifras positivas del patrimonio neto (capital social, ajuste del capital, aportes irrevocables y reservas). También ello se refleja, porque al ser el patrimonio neto igual a cero, o negativo, el pasivo será igual o mayor que el activo.

44 “Art. 94 LGS. Disolución: causas. La sociedad se disuelve: 5) Por pérdida del capital social... Art. 96. Pérdida del capital. En el caso de pérdida del capital social, la disolución no se produce si los socios acuerdan su reintegro total o parcial del mismo o su aumento. Art. 99. 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 deberán adoptar las medidas necesarias para iniciar la liquidación. Responsabilidad. Cualquier operación ajena a esos fines los hace responsables ilimitada y solidariamente respecto de los terceros y los socios, sin perjuicio de la responsabilidad de éstos”. Nto. “Las crisis de las sociedades y como abordarlas”, Ed. Fespresa, Córdoba, agosto 2010, págs.183, 185, 393, 427, 461, 465,581.

Cuando el capital está perdido, es decir, las pérdidas acumuladas son iguales o superiores a él (y las cuentas equiparables al capital) y las reservas, la constatación es simple porque en el patrimonio neto, se mostrará una cifra negativa, y el activo será igual o menor que el pasivo.

“En la sociedad anónima, esencialmente capitalista, no parece prudente esperar a que el capital se pierda totalmente para que las pérdidas operen como causa de disolución, pues entonces los acreedores no tendrían ninguna seguridad o garantía para el percibo de sus créditos. De ahí que nuestra ley (art. 260.1. 4ª) declare causa de disolución el hecho de que se produzcan pérdidas que dejen reducido el patrimonio a una cantidad inferior al capital social, a no ser que ése se aumente o se reduca en la medida suficiente. Desde esta perspectiva, esa norma opera como un instrumento preconcursal destinado a evitar la insolvencia de las sociedades anónimas y su eventual declaración de quiebra”.⁴⁵

Congruentemente la constatación de pérdida del capital social determina contablemente que los socios han perdido totalmente su inversión⁴⁶. La ley societaria les otorga la posibilidad de reintegrar o aumentar el capital social, evitando la liquidación. El apartarse de tales conductas importa generar responsabilidad a los administradores y a los socios (art. 99 LGS). Es que la legislación especial dispone ante ello opciones imperativas: reintegrar, capitalizar la sociedad por diversos medios o liquidar, bajo la sanción de generar responsabilidad por el daño que se pudiera generar, tanto a administradores como a socios que actuaran en la continuidad de la gestión sin generar remediación.

Principios básicos de derecho se basan en la buena fe, evitar el daño o la continuidad de las acciones dañosas, en no abusar de derecho ni cometer fraude a la ley.

6.1. El Anteproyecto del 5 de junio de 2015 mantiene la línea de la ley del 72 frente a la causal de disolución de pérdida del capital social, pero la atenúa permitiendo la recomposición dentro del año. O sea que la causal se produciría en el segundo ejercicio. Sin duda se sigue el criterio de la legislación española, pero que es más conservadora pues la causal de produce con sólo la pérdida del 75% del capital social.

La Memoria deberá ser más explícita en el análisis de lo proyectado para ese de ese intermedio: “Art. 66 MEMORIA. Los administradores deberán informar en la memoria sobre el estado de la sociedad en las distintas actividades en que haya operado y u juicio sobre la proyección de las operaciones y otros aspectos que se consideren necesarios para ilustrar de la situación presente y futura de la sociedad. Del informe debe resultar: 6. La política empresarial proyectada y aspectos relevantes de su planificación y financiación, con una estimación prospectiva de las operaciones en curso o a realizar... (original: Estimación y orientación sobe prospectivas de las futuras operaciones)”.

La responsabilidad por el debilitamiento de la garantía de los acreedores, que nosotros agravábamos por la conexión del art. 99 LGS con el 167 in fine CCC, es integrado ese criterio en el propio artículo del ALGS: “Respecto de cualquier operación ajena a esos fines, serán responsables solidariamente frente a los terceros y los socios, sin perjuicio de la responsabilidad de estos últimos cuando la hubieren consentido expresa o tácitamente.” Recordemos que el 167 CCC in fine preceptua “...responden ilimitada y solidariamente sus administradores y aquellos miembros que,

45 URÍA, R.; MENÉNDEZ, A. y GARCÍA de ENTERRÍA, J. –“La sociedad anónima: disolución” Cap. 4, pág. 1001 en CURSO DE DERECHO MERCANTIL citado.

46 Con Juan Carlos VEIGA “NUEVA VISIÓN EN TORNO A LA HOMOLOGACIÓN DE ACUERDOS CON QUITAS EN CONCURSO DE SOCIEDADES. EL ABUSO Y EL FRAUDE”, en VIIIº CONGRESO ARGENTINO DE DERECHO CONCURSAL y VIº CONGRESO IBEROAMERICANO DE LA INSOLVENCIA, Tucumán (R.A.) septiembre de 2012. Tomo 1 pág. 367.

conociendo o debiendo conocer la situación y contando con el poder de decisión necesario para ponerle fin, omiten adoptar las medidas necesarias al efecto”, integrando la ambigua expresión de los socios en su caso del art. 99 LGS, conforme el art. 150 1 CCC, para satisfacer el déficit patrimonial.

Ello debe correlacionarse con la “viabilidad económica y social” requerida por el art. 100 LGS, con otra redacción en el Anteproyecto limitada a la “viabilidad económica”.

“El Derecho Concursal protege a los acreedores imponiendo la obligación de solicitar el concurso cuando la sociedad no puede hacer frente a sus obligaciones definiendo con mucha mayor precisión el riesgo de que continúen actuando en el tráfico empresas insolventes (v., art. 5 LC); subordina los créditos de las personas especialmente relacionadas con el deudor para desincentivar las “resurrecciones” artificiales de empresas insolventes a base de créditos concedidos por los socios (art. 92.5 LC) y declara la responsabilidad de los administradores y socios de control por el déficit concursal en caso de concurso culpable (art. 164 LSC), además de los efectos protectores de las acciones revocatorias. La amenaza de ver relegados los créditos otorgados por los socios de control; la eventualidad de tener que responder del pasivo no satisfecho en el procedimiento concursal si se retrasa la declaración de concurso o se ha distraído el patrimonio social en perjuicio de los acreedores, constituyen mecanismos mucho más ajustados a las circunstancias de cada caso”⁴⁷.

Un punto importante, que acabamos de adelantar, es el que pueda agravarse el daño en el segundo período. Un análisis que deberá enfrentarse es que solución dar para el caso que se hubiera perdido no sólo el capital social sino una parte importante del patrimonio en el segundo ejercicio. Creemos que el punto deberá apuntar a la conducta de administradores y socios, en lo que se informe en la Memoria sobre la prospectiva o en considerar incurso a la sociedad en otra causal de disolución en la nueva redacción del art. 94.4. ALGS “Por la imposibilidad de continuar con las actividades previstas en el objeto...” por el estado patrimonial de la sociedad y no preverse soluciones a ello. Se dispararía de inmediato las responsabilidades previstas en el art. 99 ALGS.

Las soluciones normativas-doctrinarias a la capitalización son múltiples.

La capitalización del pasivo tiene efectos tributarios neutros y libera a fiadores y deudores solidarios, y parece ser el lineamiento que se aconseja en los “acuerdos privados” –*company voluntary arrangement*- con los acreedores financieros, que de ser la empresa viable rápidamente colocarán sus participaciones en el mercado. La quita implica un menoscabo de los acreedores, con tributación por ganancias por la sociedad, aunque se establezcan especiales moratorias.

Las vías de capitalización u obtención de financiamiento contenidas en la Ley de LACE -ley 27349- y traducidas en el Anteproyecto brindan suficientes medios para la operatividad de la sociedad sin perjudicar a terceros o que estos asuman ciertos riesgos como lo previene el préstamo en las versiones que otorga el art. 1531 CCC o en el negocio participativo del CCC. La mención a esa Ley viene al caso para señalar que la función de garantía no está afectada en las S.A.S. que se constituyan con el mínimo capital autorizado por la remisión en el art. 55 a la aplicación de las causales de disolución, como la pérdida total del capital social, que son normas imperativas.

47 ALFARO AGUILA-REAL, Jesús “Concurso culpable y responsabilidad por el déficit concursal”, Jun 1, 2015 | Derecho Mercantil, en Almacén de Derecho: La STS de 21 de mayo de 2015 decide sobre un concurso declarado culpable y la consiguiente responsabilidad de los administradores por el déficit concursal. El Supremo confirma la sentencia de la Audiencia que había considerado el concurso culpable por dos causas: ocultar gravámenes que pesaban sobre el único inmueble propiedad de la sociedad concursada y el retraso en la solicitud de concurso (dos años) *De tal forma que el agravamiento de la insolvencia, como consecuencia del retraso en la solicitud, constituye uno de los elementos objetivos y subjetivos de esta causa de calificación culpable, en realidad el más preponderante, con arreglo al cuál podía articularse la justificación de la responsabilidad por déficit del art. 172.3 LC (en su redacción original, aplicable al caso).*

Es un abuso de derecho y fraude a la ley societaria ante la constatación de la pérdida del capital social, soslayar las previsiones del art. 96 LGS.⁴⁸ Resultan involucradas las normas del art. 12 Título Preliminar CCC.

En el derecho argentino los socios tienen el deber de reintegrar el capital si este se hubiere perdido y se optare por no liquidar la sociedad. Se trata de evitar que la sociedad siga contagiando en el mercado. Obviamente que de no desear reintegrar el capital social, la ley les brinda la posibilidad de recurrir al aumento de ese capital, con la intervención eventual de terceros, incluso a través de la solución normativa del art. 197 LGS de capitalizar el pasivo, ahora perfeccionado por el Anteproyecto⁴⁹. Parece necesario que los socios, ante la primer constatación de la pérdida patrimonial, si no se prevé una solución razonable en la Memoria, asumieran los procedimientos previstos en los arts. 96 y 99 ALGS.

Se postula que el accionista que pudiendo hacerlo, legítimamente decida no recapitalizar la empresa insolvente debe pasar la propiedad de la misma a los acreedores⁵⁰. Cuando el valor patrimonial de la sociedad no permite satisfacer su pasivo, los accionistas pierden interés en la gestión, y los acreedores pasan a tener interés fundamental en la prosecución exitosa de la actividad.

Recordamos que la legislación societaria argentina tiene la misma estructura que tenía la española, antes que se agregara la opción, frente a la obligación de liquidar, reintegrar o capitalizar, de presentar la sociedad en concurso preventivo en término perentorio. Sobre el estado actual escribió Jesús Alfaro⁵¹ “Tras la reforma de 2005 de la Ley de Sociedades de Capital, la responsabilidad de los administradores por las deudas sociales en caso que la sociedad estuviera incurso en causa de disolución y los administradores no procedieran a convocar la Junta para que ésta acordase la disolución o el aumento de capital o a solicitar el concurso, se limita a las deudas sociales contraídas por la sociedad con posterioridad a la aparición de la causa de disolución (art. 367 LSC). – La Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 19 de junio de 2015 es modélica en relación con el análisis de este tipo de casos. Los hechos son típicos: el acreedor –un proveedor de la sociedad–

48 RICHARD, Efraín Hugo “ABUSO AL DERECHO SOCIETARIO: INFRACCIÓN A LA FUNCIÓN DE GARANTÍA DEL CAPITAL SOCIAL”, en EL ABUSO Y EL FRAUDE en el derecho societario, concursal y del consumidor publicación de FIDAS, Ed. Legis, Buenos Aires noviembre 2013, pág. 155.

49 En la nota de elevación se señala: “8. La Comisión ha entendido necesario efectuar algunas innovaciones para robustecer la importancia del derecho de suscripción preferente y precisar las excepciones al mismo. Ante todo, establece que el derecho se otorga también a los titulares de acciones preferidas convertibles en ordinarias. En otro sentido, el derecho se otorga también a los accionistas para la suscripción de debentures, obligaciones negociables y otros títulos, si son convertibles en acciones (Art. 194). En la misma norma se establece una distinción entre el derecho de preferencia y el de acrecer: se permite que este último sea limitado o suspendido cuando sea en interés de la sociedad el ingreso de nuevos accionistas y, en las que hacen oferta pública, para ampliar su circulación. El ejercicio de la acción cancelatoria y resarcitoria por haberse privado a un accionista de la oportunidad de ejercer su derecho, se condiciona a que este último ofrezca integrar los aportes en las condiciones de la emisión. Se modifica, incorporando un parámetro más ajustado al valor del perjuicio sufrido, la sanción por violar el derecho de suscripción preferente: el mínimo se vincula con el valor nominal más la prima de emisión (Art. 195). Por fin, se hacen precisiones respecto de la excepción al ejercicio del derecho de suscripción preferente (Art. 197) en el supuesto de darse en pago por obligaciones preexistentes: los accionistas deben haber tenido oportunidad de ofrecer aportar la totalidad de los montos a capitalizar, o ello debe darse en el marco de una solución concursal o extraconcursal. Además, cuando corresponde por los valores involucrados, la emisión debe hacerse en este caso con prima. Se amplían los supuestos de excepción en los que puede suspenderse el ejercicio de este derecho, siempre con la finalidad de tutelar el interés social.” Responde a alguna crítica que habíamos realizado con Muiño en Derecho Societario.

50 STANGHELLINI, Lonrezo Proprietá e controllo dell'impresa in crisi en “Rivista delle Società” settembre-ottobre 2004 pág.1041, específicamente pág. 1072.

51 ALFARO, Jesús “Responsabilidad de los administradores por las deudas sociales” 29 de julio de 2015, en Almacén de Derecho del 22 de marzo de 2017.

demanda a la sociedad deudora y a su administrador. La sociedad está disuelta en el momento de presentarse la demanda y el acreedor prueba que las deudas que reclama se generaron después de que la sociedad estuviera en causa de disolución por pérdidas y transcurridos los dos meses a los que se refiere el art. 367 LSC. Sorprendentemente, el Juzgado desestima la demanda contra el administrador. La Audiencia revoca la sentencia, sosteniendo “Que dicha situación tuvo que ser conocida o debió serlo por los administradores incluso antes de la formulación de las cuentas anuales dada la grave situación de deterioro económico de la sociedad. La jurisprudencia entiende que el plazo de dos meses para el cumplimiento del deber de convocar junta para acordar la disolución se computa desde que el administrador tiene conocimiento de la concurrencia de la causa de disolución en términos de normalidad económica y contable, según el principio de exigencia de intencionalidad o negligencia que, ceñido a la conducta de omisión” generan responsabilidad.

6.2. Si una sociedad no obtiene capital de sus propios socios o de terceros, es porque no existe un adecuado plan que determine la viabilidad y la rentabilidad de la empresa. En realidad, los administradores societarios deben hacer una evaluación y un plan anualmente. Si el balance anual acusa la pérdida tienen obligación de ponerlo a consideración de los socios, sin duda con algún plan si pretenden continuar la gestión, y a su vez deben presentar junto a ese balance una Memoria sobre la prospectiva del año venidero, que importaría anticipar la asunción de una crisis si existiere un sobreendeudamiento o una situación semejante.

El Balance, la documentación contable, la Memoria es una obligación de resultados –no asegurados- para los administradores societarios.

6.3. Calificando la obligación de capitalizar prevista en el el art. 96 LGS (ALGS), se genera la calificación de subordinación para los aportes, explicando los distinguidos autores “6. Los aportes irrevocables a cuenta de futuras emisiones son una creación un tanto anómala, hija de la necesidad de la historia económica y monetaria argentina, que se convirtió en una suerte de *tertium genus* entre el capital y el pasivo. Su extendido uso determinó que, ante el silencio de la ley, no sólo los organismos de contralor, sino también las entidades profesionales de Ciencias Económicas, dictaran condiciones y reglamentaciones sin sustento legal suficiente. La Comisión ha decidido mantener la ortodoxia y establecer que serán considerados pasivos. Se aparta en ello del Proyecto de 2005. Pero de éste toma, como ya se apuntó al comentar la sociedad de responsabilidad limitada, el razonable criterio de la subordinación de los créditos otorgados por socios y personas allegadas, así como por los dados por una sociedad controlante (Art. 190).”

Se corresponde esta solución a la doctrina judicial que hemos apoyado. ¿Y si los socios no capitalizan, pero dan préstamos para continuar el giro social? Puede que acepten dar préstamos para que la sociedad continúe el giro infrapatrimonializada, y quizá en insolvencia.

Sostenemos que los socios son quienes tienen que mantener capitalizada la sociedad –y obviamente los administradores son los que deben llamarlos a cumplir con ese deber, para mantener la funcionalidad-. Pero suelen hacer préstamos a la sociedad sin capitalizarla, lo que en su caso ha llamado a categorizar esos créditos. Y los mismos no pueden ser quirografarios sino merecer a lo más la calidad de subordinados sin derecho a voto.

Esa referencia a la subordinación de los créditos de los socios al no capitalizar la sociedad ha sido proveída en la jurisprudencia argentina en la Sentencia en Mendoza, en “KLP Emprendimientos S.A. s/ Megaconcurso”, 22/4/2016 del Juez Gonzalez Masanes, y en sentencia recaída en la causa “Diaz y Quirini SA s/ concurso preventivo s/ incidente de revisión (promovido por Quirini Augusto)” de la CNCOM – SALA C del 31/05/2012.

Se advierte una corriente evolutiva, integradora entre la legislación concursal y la societaria frente a la crisis de sociedades, y justamente formulada en juicios de concursos de sociedades. Si la 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 si, como debemos presumir, hay acreedores insatisfechos⁵².

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. El debido contrapeso al control preventivo lo constituyen, decía Mauricio Yadarola, las acciones de responsabilidad contra administradores y socios que arguyeron la viabilidad de mala fe causando daño.⁵³

Si el capital social es la contrapartida de la limitación de la responsabilidad del socio, limitación que es considerada un privilegio que excepciona el principio de derecho común de unidad del patrimonio, dicho privilegio exige que los socios aporten fondos suficientes para su cometido, pues sin un capital social adecuado el excepcional beneficio de la «responsabilidad limitada» carece de fundamento⁵⁴.

Una vez que se generaliza la responsabilidad limitada para todas las sociedades, la cifra de capital sirve, fundamentalmente, a la protección de los acreedores. En contrapartida por la irresponsabilidad por las deudas sociales, los accionistas han de “ofrecer” a los acreedores sociales un patrimonio específico que pueda ser atacado por éstos para cobrar sus créditos (función de garantía del capital social)....⁵⁵

7. La legislación española⁵⁶ regula en su ley societaria a las pérdidas societarias cualificadas, que de no ser atendidas conforme las normas imperativas de la ley –similares a la legislación argentina– imponen un régimen especial de responsabilidad concursal a los administradores de derecho o de hecho, y quienes hubieran tenido esa condición dentro de los dos años anteriores a la fecha de declaración del concurso, condenándolos a pagar a los acreedores concursales total o parcialmente el importe que sus créditos no perciban en la liquidación de la masa activa si el concurso se califica como culpable, siempre que dicha calificación se produzca a consecuencia de la apertura de la fase de liquidación. Ello se agrega a la acción individual de responsabilidad autorizada por la ley societaria. Se equipara el desbalance contable a la insolvencia, que es un “mecanismo de anticipación exclusivamente societario”. Las pérdidas cualificadas acaecen cuando dejen “reducido el patrimonio a una cantidad inferior a la mitad del capital social, a no ser que éste se aumente o se reduzca en la medida suficiente”, imponiendo a los administradores el deber de convocar a junta

52 RICHARD, Efraín Hugo. “Remoción de causales disolutorias y responsabilidad de administradores (y socios) de sociedades: la función de garantía del capital social”, en Cuestiones Mercantiles en el Código Civil y Comercial de la Nación”, Ed. Fundación para la Investigación y Desarrollo de las Ciencias Jurídicas, Buenos Aires abril 2016, pág. 279. En el debate de esta comunicación en el III Congreso sobre los Aspectos Empresarios en el Código Civil y Comercial de la Nación, realizado en ese mes en Mar del Plata, cuando insistimos que la responsabilidad se generaba al día siguiente de constatada la insuficiencia patrimonial, se debatió unánimemente que no, que esa responsabilidad se generaba al minuto siguiente – corrección que aceptamos-. Posteriormente lo hicimos en “La causal disolutoria de pérdida del capital social”, en Doctrina Societaria y Concursal ERREPAR (dsce) tomo/boletín XXVIII, mayo año 2016.

53 RICHARD, Efraín Hugo “Responsabilidad de administradores societarios por insolvencia” pág. 504 en “Jornadas italoargentinas de derecho: perspectivas del derecho entre Latinoamérica e Italia” Córdoba Argentina 2004-2005, Ed. Alveroni, Córdoba agosto 2006.

54 C. Civ. y C. Santa Fe, Sala 2ª. 27/4/06. Bocca S.A. Con comentario de los Dres. Di Chiazza y Van Thiene en “La infracapitalización originaria y una sentencia digna de no ser imitada”, donde sostienen que “En consecuencia, para la Sala II de la Cámara de Apelaciones Santafesina sentenciante en Bocca S.A. el capital debe adecuarse con el objeto social porque: (I) es innegable que el objeto social se cumple con el capital social y (II) al no observarse dicha adecuación el objeto sería de cumplimiento imposible (art. 94, inc. 4), ergo, la sociedad nacería con una pseudo causal de disolución congénita.”

55 ALFARO ÁGUILA-REAL trabajo citado.

56 PULGAR EZQUERRA, Juana “Las pérdidas societarias cualificadas: la responsabilidad de los administradores de sociedades de capital y la solicitud del concurso de acreedores” en Sociedades Comerciales. Los administradores y los socios. Responsabilidad en Sociedades Anónimas AAVV directores José M. Embid Irujo – Daniel Roque Vitolo, Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe 2005, pág. 29 y ss.

general en el plazo de dos meses desde la concurrencia de la causa de disolución, para que sean los socios los que decidan si continúan con la actividad empresarial eliminando la causal o si optan por disolver la sociedad, debiendo en caso contrario los administradores solicitar la disolución judicial o el concurso si hubiere causales para ello. “Se ha asignado a esta disolución por pérdidas, que encuentra su origen en el modelo francés (art. 241 de la Ley de Sociedades Comerciales francesa), una función anticipadora y preventiva de situaciones de insolvencia, pues el déficit patrimonial que se contempla en el art. 260.1.4. -de la ley societaria española- no es en relación al pasivo exigible, sino el relación al capital nominal, en una situación grave... no parece de nuevo que deba ser el concursal un ámbito empleado prioritariamente para la reorganización empresarial”⁵⁷.

Algunas diferencias interpretativas entre la ley de sociedades anónimas y de responsabilidad limitada que comenta agudamente Beltrán han sido ahora superadas en la ley publicada el 3 de julio de 2010⁵⁸, que autoriza el concursamiento ante la pérdida del capital social y la inactividad de la Junta, si se dieran las condiciones previstas en la ley de concursos..

Repetido+La legislación española actual⁵⁹ apunta en su ley societaria a las pérdidas societarias calificadas, que de no ser atendidas conforme las normas imperativas de la ley –similares a la legislación argentina- imponen un régimen especial de responsabilidad concursal a los administradores de derecho o de hecho, y quienes hubieran tenido esa condición dentro de los dos

57 PULGAR EZQUERRA ob. cit. págs. 38 y 41, esto último en forma coincidente con la jurisprudencia de nuestra Corte en el caso Comercial del Plata S.A. – concurso.

58 La nueva ley (texto refundido de la ley de sociedades de capital) que pretende suprimir la pluralidad legislativa existente en el Derecho español de sociedades de capital, regularizando y aclarando, a su vez, algunos términos que resultaban confusos o contradictorios. Todos los nuevos preceptos traen causa de las leyes de anónimas (LSA) y limitadas (LSRL) que ahora se refunden. La correspondencia entre preceptos nuevos y antiguos es la siguiente: Art. 361 TR (texto refundido): art. 260, 2 LSA y art. 104, 2 LSRL Art. 363, 1, d, TR: Art. 260, 1, 4º LSA, y art. 104, 1, e, LSRL; Art. 365 TR: Art. 262, 2 LSA, y art. 105, 1 y 2 LSRL; Art. 366 TR: Art. 262, 3 y 4 LSA y art. 105, 3 y 4 LSRL Art. 367 TR: Art. 262, 5 LSA y art. 105, 5 LSRL. – Texto legal actual: Sección 2. 8 Disolución por constatación de la existencia de causa legal o estatutaria Artículo 363. Causas de disolución. 1. La sociedad de capital deberá disolverse: d) Por pérdidas que dejen reducido el patrimonio neto a una cantidad inferior a la mitad del capital social, a no ser que éste se aumente o se reduzca en la medida suficiente, y siempre que no sea procedente solicitar la declaración de concurso. Artículo 365. Deber de convocatoria. 1. Los administradores deberán convocar la junta general en el plazo de dos meses para que adopte el acuerdo de disolución o si fuera insolvente, inste el concurso. Cualquier socio podrá solicitar de los administradores la convocatoria si, a su juicio, concurriera alguna causa de disolución o la sociedad fuera insolvente. 2. La junta general podrá adoptar el acuerdo de disolución o, si constaren el orden del día, aquél o aquéllos que sean necesarios para la remoción de la causa. Artículo 366. Disolución judicial. 1. Si la junta no fuera convocada, no se celebrara, o no adoptara alguno de los acuerdos previstos en el artículo anterior, cualquier interesado podrá instar la disolución de la sociedad ante el juez de lo mercantil del domicilio social. La solicitud de disolución judicial deberá dirigirse contra la sociedad. 2. Los administradores están obligados a solicitar la disolución judicial de la sociedad cuando el acuerdo social fuese contrario a la disolución o no pudiera ser logrado. La solicitud habrá de formularse en el plazo de dos meses a contar desde la fecha prevista para la celebración de la junta, cuando ésta no se haya constituido, o desde el día de la junta, cuando el acuerdo hubiera sido contrario a la disolución o no se hubiera adoptado. Artículo 367. Responsabilidad solidaria de los administradores. 1. Responderán solidariamente de las obligaciones sociales posteriores al acaecimiento de la causa legal de disolución los administradores que incumplan la obligación de convocar en el plazo de dos meses la junta general para que adopte, en su caso, el acuerdo de disolución, así como los administradores que no soliciten la disolución judicial o, si procediere, el concurso de la sociedad, en el plazo de dos meses a contar desde la fecha prevista para la celebración de la junta, cuando ésta no se haya constituido, o desde el día de la junta, cuando el acuerdo hubiera sido contrario a la disolución. 2. En estos casos las obligaciones sociales reclamadas se presumirán de fecha posterior al acaecimiento de la causa legal de disolución de la sociedad, salvo que los administradores acrediten que son de fecha anterior.

59 PULGAR EZQUERRA, Juana “Las pérdidas societarias calificadas: la responsabilidad de los administradores de sociedades de capital y la solicitud del concurso de acreedores” en Sociedades Comerciales. Los administradores y los socios. Responsabilidad en Sociedades Anónimas AAVV directores José M. Embid Irujo – Daniel Roque Vitolo, Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe 2005, pág. 29 y ss.

años anteriores a la fecha de declaración del concurso, condenándolos a pagar a los acreedores concursales total o parcialmente el importe que sus créditos no perciban en la liquidación de la masa activa si el concurso se califica como culpable, siempre que dicha calificación se produzca a consecuencia de la apertura de la fase de liquidación, que se agrega a la acción individual de responsabilidad autorizada por la ley societaria.

Equipara el desbalance contable a la insolvencia, que es un “mecanismo de anticipación exclusivamente societario”. Las pérdidas cualificadas acaecen cuando dejen “reducido el patrimonio a una cantidad inferior a la mitad del capital social, a no ser que éste se aumente o se reduzca en la medida suficiente”, imponiendo a los administradores el deber de convocar a junta general en el plazo de dos meses desde la concurrencia de la causa de disolución, para que sean los socios los que decida si continúan con la actividad empresarial eliminando la causal o si optan por disolver la sociedad, debiendo en caso contrario los administradores solicitar la disolución judicial o el concurso si hubiere causales para ello.

“Se ha asignado a esta disolución por pérdidas, que encuentra su origen en el modelo francés (art. 241 de la Ley de Sociedades Comerciales francesa), una función anticipadora y preventiva de situaciones de insolvencia, pues el déficit patrimonial que se contempla en el art. 260.1.4. -de la ley societaria española- no es en relación al pasivo exigible, sino el relación al capital nominal, en una situación grave... no parece de nuevo que deba ser el concursal un ámbito empleado prioritariamente para la reorganización empresarial”⁶⁰.

Se comenta⁶¹ que “Constituye un extremo sin precedentes en el derecho comparado” la posibilidad de embargo de bienes de los administradores de personas jurídicas, o sea de sociedades, previsto en el art. 48 ter.”. La ley de sociedades de capital de España en los arts. 225 y 226 determina las funciones y deberes de los esos administradores, y la responsabilidad en el art. 236, previendo acción a terceros y socios contra ellos por daños directos (art. 241), y los indirectos –por daños al patrimonio social- puede promoverlos el tercero acreedor social ante el patrimonio insuficiente de la sociedad si la sociedad y los socios no la promueven. Y a su vez aquel art. 48 ter de la ley concursal autoriza embargo sobre bienes de los administradores. El art. 100 de esta ley condiciona la homologación de un acuerdo a que la quita no supere la mitad de cada crédito y la espera no exceda los 4 años.

Nos permitimos apuntar que, en casos de sociedades, si el activo supera al pasivo una quita – que genera una ganancia para la sociedad y obviamente a los socios- sería abusiva. A su vez el incidente de calificación, en principio, no se promoverá si la quita es inferior a un tercio de importe de los créditos o una espera inferior a tres años, salvo caso de posterior incumplimiento (art. 167 1°). Del incidente de calificación puede resultar la responsabilidad de administradores.

España ha debilitado la respuesta societaria, imponiendo que de no capitalizarse la sociedad, los administradores para no asumir responsabilidad deben presentar en concurso a la sociedad. Ello implica que el esfuerzo por capitalizar a la sociedad se puede trasladar a los acreedores por resoluciones mayoritarias. A nuestro entender –y desde una visión de principios del derecho- ello no descarta que: 1° se pueda atribuir responsabilidad a administradores si contrataron a sabiendas de las dificultades económicas que padecían, el factor de atribución será la culpa y no meramente el incumplimiento de la norma de capitalización, y 2° reconociendo que la quita a los acreedores

60 PULGAR EZQUERRA, Juana “Las pérdidas...” cit. págs. 38 y 41, esto último en forma coincidente con la jurisprudencia de nuestra Corte en el caso Comercial del Plata S.A. – concurso, que tratamos más adelante.

61 DASSO, Ariel A. Derecho Concursal Comparado, tomo III, Ed. Legis, Buenos Aires 2012, pág. 262.

implica un enriquecimiento de los socios, pueden pensarse en que el concurso es una suerte de abuso de derecho, del que nace la posibilidad de acciones por control abusivo. La cuestión se paliaría, en ambos casos, en la capitalización del pasivo, total o parcial, sea en procedimiento preconcursal o concursal.

III - "DERECHO SOCIETARIO DE CRISIS"⁶²

Algo hemos anticipado pocas páginas antes.

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

Enfrentamos un problema metodológico: no podemos exigir eficiencia al sistema concursal si los administradores de la sociedad en crisis no han satisfecho las previsiones de las normas imperativas que resguardan el uso funcional del medio técnico organizativo. Nuestra tesis es que la crisis debe ser asumida por administradores y socios desde la normativa societaria, similar en todos los países.

1. Es parte de la construcción de un sistema societario de crisis la determinación del capital operativo, pero sólo son normas imperativas las que determinan el capital mínimo y resguardan la función de garantía del capital estatutario, constituyendo causal de disolución su pérdida e imponiendo la disolución salvo capitalización, para resguardar el interés de los terceros acreedores y su patrimonio.⁶³

El pensamiento con el que introducimos al tema corresponde a un jurista uruguayo.⁶⁴

La falta de aplicación de las normas imperativas de la ley societaria ante situaciones concursales nos hizo pensar en una suerte de *contraderecho*, con el que nos hemos referido a esta cuestión. Es que principios básicos de derecho se basan en la buena fe, evitar el daño o la continuidad de las acciones dañosas, en no abusar de derecho ni cometer fraude a la ley.

En dos recientes Congresos Internacionales insistimos sobre ello⁶⁵. El primero donde entregó sobre el tema un particular ensayo Alessandro Nigro, Catedrático italiano, sobre *Il «diritto societario della crisi»: una nuova frontiera?*,⁶⁶ aunque nos consta que viene trabajando con esa visión desde

62 Publicado en HACIA UN NUEVO DERECHO SOCIETARIO, Ed. Universidad Nacional de Rosario, Facultad de Derecho, XIV Congreso Argentino de Derecho Societario, X Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa, tomo III pág. 2415, Rosario 2019.

63 Todos los ordenamientos europeos, por efecto de la 2ª Directiva, incluyen una regulación imperativa del capital social orientada a proteger a los acreedores sociales frente a las consecuencias de la responsabilidad limitada de los socios.

64 OLIVERA AMATO, Juan M. "Herramientas societarias para la solución y prevención de las crisis empresariales" en Situaciones de crisis en las sociedades comerciales AAVV, Ed. Ad Hoc, Bs. Aires 2010, pág.31 y ss., esp.35.

65XIII Congreso del Instituto Iberoamericano de Derecho Concursal, Punta del Este, República Oriental del Uruguay, y 3er. Congreso Panamericano de Derecho Societario, Concursal y del Consumo, San José de Costa Rica, en sucesivas fechas de octubre de 2017.

66 Que disponemos como asistentes a ese Congreso.

hace muchos años (nosotros hemos citado trabajos del mismo del año 1996), y en el segundo afrontamos “El abuso en el derecho societario y en el proceso concursal”⁶⁷. En Punta del Este, accedimos al libro del jurista uruguayo Daniel Germán *Insolvencia y cesación de pagos* dedicado a la Persona Jurídica⁶⁸, en cuyo prólogo el jurista español José Antonio SOTILLO expresa “Además, en el caso de personas jurídicas mercantiles deudoras, con las normas concursales se entremezcla la regulación jurídica de las sociedades mercantiles, resultando en ocasiones, difícil de determinar cuál debe ser la norma prevalente. Es necesario, pues el estudio coordinado de ambos conjuntos normativos...”. Concordamos, obviamente, pero en torno a la crisis de sociedades la cuestión es anticipatoria y opera como preconcursal a nuestro criterio.⁶⁹

Ratificando nuestra concepción sobre el presupuesto objetivo que destacamos en el homenaje a Rippe, señala Germán en su Introducción: “...muchos de los problemas y dificultades interpretativas que el Derecho concursal plantea, tanto en Uruguay como en España, encuentran su origen, explicación y, en ocasiones solución, en el estrecho y no siempre armónico relacionamiento de ambos conjuntos normativos...”. Una lúcida presentación del problema que venimos arguyendo y que impone revisar las normas imperativas del derecho societario o de las personas jurídicas.

2. Descubrimos en Punta del Este, la tesis de Carlos E. López Rodríguez sobre responsabilidad de administradores por el déficit concursal, que –obviamente- se centra en la Persona jurídica⁷⁰, entresacando “...la responsabilidad por el déficit concursal sirve para obtener la sujeción del patrimonio de los administradores, liquidadores o apoderados generales del deudor que en razón del incumplimiento de las obligaciones inherentes a sus atribuciones, han colocado a los acreedores y a la sociedad deudora en una compleja situación económica de la que en pocas ocasiones resultan indemnes. En general, una vez promovido un proceso concursal los acreedores deben asumir un empeoramiento de sus créditos sea en cuanto a su monto o en cuanto al tiempo de percepción” (pág. 56), apuntando a página siguiente “No nos referiremos en esta parte al Derecho argentino, en razón de que la LCA (Ley 24522 y reformas, aclaramos) carece de regulación alguna respecto a responsabilidad de los administradores por el déficit concursal”.

Esta última apreciación es por no haber conjugado las normas imperativas del derecho societario, que pueden llegar a alcanzar a socios de control. Señala el autor que seguimos “En este punto, el legislador español parece haber seguido las orientaciones del Informe Winter, que señala –aunque sólo en relación a las sociedades cotizadas- que si los administradores están en condiciones de prever que la sociedad no pueden continuar pagando sus deudas, deben decidir o bien sanear la sociedad, garantizando el pago a los acreedores o liquidarla, de lo contrario, los administradores deben ser responsabilizados, total o parcialmente, frente a los acreedores, por los créditos impagos”. Indica en la cita que ese informe es el resultado del trabajo realizado por el “Grupo de Alto Nivel de Expertos en Derecho de Sociedades, presidido por Jaap Winter, con el doble objetivo de iniciar una discusión sobre la necesidad de la modernización del Derecho de Sociedades y elaborar una serie de recomendaciones destinadas a crear un nuevo marco regulador de las sociedades cotizadas. No es sino el marco general societario que brindan las normas imperativas de

67 Publicado en Derecho societario, concursal y del consumo. Panamericano. AAVV, Directores Gabriela Boquin – Alvaro Hernández Aguilar, pág. 430. Editorial Jurídica Continental, San José de Costa Rica, octubre 2017.

68 GERMÁN, Daniel Concurso y Estado de Insolvencia. Efectos sobre los órganos de administración y representación de las Personas Jurídicas. Estudios del Derecho Uruguayo y Español”, Ed. La Ley, Uruguay, Montevideo 2016.

69 Como puede verse en el ensayo citado en nota 2.

70 LÓPEZ RODRÍGUEZ, Carlos E. Responsabilidad concursal de los administradores societarios. Administración de hecho y déficit concursal. Estudio comparado con la legislación española y argentina”, Ed. La Ley Uruguay, Montevideo 2016.

los arts. 94.5, 96 y 99 LGS, unidas a otras normas que generan un sistema protectorio, y a las que nos hemos referido en otra comunicación a este Congreso de Rosario, en un sistema no abandonado por el Anteproyecto. Sigue López Rodríguez “De la tutela de los intereses de los acreedores resulta, indirectamente, una protección de los intereses generales, a través de la aplicación de un régimen agravado de responsabilidad civil a los supuestos de conductas empresariales reprochables (pág. 62) La insolvencia es un riesgo que las legislaciones concursales distribuyen, imputan o hacen soportar por un lado a los acreedores, por otro, si la concursada fuere una persona jurídica, a los socios... La responsabilidad por el déficit concursal constituye otro de los modos de atribuir o distribuir los costes derivados de la insolvencia” (pág. 63).

Parece fundamental la reflexión conclusiva que el riesgo de insolvencia es de los acreedores en el caso de crisis de persona humana y es de los socios en el caso de crisis de persona jurídica. Ello tal como lo indican los artículos primero de las leyes de sociedades argentina y uruguaya: “soportar las pérdidas” es a cargo de los socios.

3. No abogamos porque se dicten nuevas normas, como se pretende para el ámbito de la persona humana –quizá innecesariamente-, sino en abordar sistemáticamente las normas imperativas que atienden a la crisis de sociedades en el ámbito de su ley específica, la ley de sociedades, en cuanto de carácter imperativo e indisponibles, y la compatibilización de las normas concursales con las mismas. Es que frente a una crisis económico patrimonial de sociedades se suelen desenvolver estrategias o planes de insolvencia que infringen las normas específicas, los administradores y socios suelen eludir la funcionalidad societaria, omitiendo la confección de balances, ante resultados que indican que el patrimonio es insuficiente para afrontar la actividad económica o, peor aún, que los activos no satisfarán el pasivo, no capitalizan ni liquidan la sociedad.

Esta actitud omisiva de quiénes crearon a la sociedad o son sus titulares actuales, unida a la de los administradores designados por ellos, termina desembocando en un concurso donde se pretende –y se obtiene-, vaya a saber por que medios que sean los acreedores los que solucionen la cuestión por medio de esperas y quitas.⁷¹

Un hipergarantismo trata de no advertir esas maniobras artificiosas, aquello que Provinciali señaló como “*ció que segna el confine tra fisiología e patologia nella vita del patrimonio*”, lo que es hoy habitual que el estado de cesación de pagos –cuando no la insolvencia- se produjo hace años, o sea que el patrimonio arrastraba una situación terminal dentro de la funcionalidad de la sociedad.

La imperdible presentación del Director en un Tratado⁷² constituye una autopsia de la legislación concursal: “...todos conocemos lo grave que significó para una comunidad con un nivel de moral colectiva tan bajo como el que ya existía en ese momento en nuestro País,...: *El principio de conservación de la empresa no constituye una patente de corso para la gestión empresarial... los APE fueron utilizados para convalidar verdaderos despojos...*”.

En este mismo sentido Karsten Schmidt⁷³ exponía “En la mayoría de los países del mundo muchas de nuestras cuestiones de responsabilidad son tratadas como elementos del Derecho Concursal. En parte eso se basa en la observación correcta, que las cuestiones de responsabilidad entran en

71 Sobre este aspecto vienen a cuento las expresivas y sinceras manifestaciones obiter dictum del camarista Dr. Alfredo A. Kölliker Frers “la realidad cotidiana de nuestros tribunales demuestra que los ‘verdaderos acreedores permanecen ajenos, en general, al trámite de los concursos, ...”, generado por la reforma del art. 21 de la ley concursal, eliminando su universalidad.

72 LEY DE CONCURSOS Y QUIEBRA COMENTADA, AAVV, Ernesto E. MARTORELL Director, Ed. La Ley, Buenos Aires, mayo 2012, 5 tomos (págs. 1016, 936, 846, 1129 y 1463 respectivamente).

73 SCHMIDT, Karsten “Responsabilidad de los socios y administradores” en Derecho Comercial y de los Negocios, Sociedades – Concursos AAVV siendo compiladores Raúl Aníbal Etcheverry, Héctor Osvaldo Chomer y Luis Mariano Genovesi, Ed. Eudeba, Buenos Aires 2007, tomo I pág. 395 y ss., reproduciendo una conferencia del año 2005.

vigencia en los casos de insolvencia. La calificación de Derecho Concursal de las reglas de responsabilidad tiene en tanto razones más fenomenológicas que motivos sistemáticos de Derecho. En Alemania, donde prevalecen los pensamientos sistemáticos en el Derecho, la tendencia hasta ahora era la contraria: la mayoría de nuestras cuestiones actuales de responsabilidad son clasificadas como elementos del Derecho Societario –no del Derecho Concursal-, aun si como parte actora comparece un síndico de concurso. En el año 2000, en el Segundo Congreso Iberoamericano⁷⁴ expuse el motivo por el cual en Alemania hasta el momento lo vemos así... En la actualidad todavía considero correcta esta apreciación sistemática del Derecho. Los derechos y obligaciones de los cuales hablamos, por cierto, no resultan del procedimiento de insolvencia...”. La doctrina italiana reiteraba que la reforma de la legislación concursal omitió una regulación orgánica de la crisis y de la insolvencia de la sociedad, perpetuando una laguna de la legislación concursal hace tiempo criticada por la doctrina⁷⁵.

4. Configurando un sistema anticrisis las normas imperativas de la legislación societaria, que conforme dispone el art. 150 CCC desplazan la prioridad de las normas concursales, cuando en su inc. a expresa que las personas jurídicas se reglan “Por las normas imperativas de la ley especial, o en su defecto, de este Código. El art. 99 LGS señala la responsabilidad solidaria de administradores sin perjuicio de la responsabilidad de los socios. Y todo lo referente al capital social y causales de disolución, y eventuales responsabilidades por daño ante incumplimiento son indisponibles⁷⁶.”

Por eso nos preocupa la modificación que se intenta introducir en el art. 94.5 LGS llevando a dos años la pérdida del capital social para que constituya una causal de disolución, rompiendo así el equilibrio del cambio de responsabilidad que mantiene el art. 99 LGS.

Reproducimos explicación y normas en forma parcial “44. En lo relativo a las causales de disolución, se modificó un tanto la terminología (v.gr., se hace referencia al “agotamiento” del objeto y no a su “consecución”), se incluyó en el inciso 4º del Art. 94 la de la imposibilidad de continuar con las actividades previstas en el objeto o la paralización de los órganos sociales que no pueda revertirse. Se prevé que la causal de disolución por pérdida del capital (inciso 5º) sólo operará si hubiere transcurrido un ejercicio social sin haberse recuperado el patrimonio neto. - 47. Los Arts. 99 y 100 sólo contienen aclaraciones que ya se habían formulado en la doctrina, como que la responsabilidad de los socios en el final de la primera norma, se refiere a los que consintieron la actividad luego de operada la causal de disolución, y que la exigencia de viabilidad económica de la actividad en el supuesto de remoción de una causal de disolución contemplada en el Art. 100, se refiere a la eficacia interna para serle impuesta a los socios. - 48. Las disposiciones sobre liquidación de la sociedad solo contienen una disposición aclaratoria importante, a saber, mediante la introducción de un segundo párrafo en el Art. 101, que permite en ciertas circunstancias prescindir del proceso de liquidación.” Y consecuentemente se proyecta “Artículo 94. Disolución: causas. La sociedad se disuelve: ...4) Por la imposibilidad de continuar con las actividades previstas en el objeto o la paralización de los órganos sociales que no pueda revertirse mediante intervención judicial. 5) Por pérdida del capital social. Esta causal operará si hubiere transcurrido un ejercicio social sin haberse recuperado el patrimonio neto. Artículo 96. Pérdida del capital. En los casos del artículo 94, inciso 5, la disolución no se produce si los socios acuerdan aumentar, reintegrar total o parcialmente

74 SCHMIDT, Karsten “El derecho empresario y el derecho concursal” en De la Insolvencia Segundo Congreso Iberoamericano AAVV, Ed. Advocatus, Córdoba 2000, tomo III pag. 751 y ss.

75 NIGRO, A. “Le società per azioni nelle procedure concursali”, in Trattato delle società per azioni, diretto da G.E. Colombo e G.B. Portale, 9º, Torino 1993, 209 ss.

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

o reducir el capital, o transformar la sociedad. - La resolución de reintegrar el capital obliga a los socios a aportar, total o parcialmente, el valor nominal de su participación social. Puede disponerse que el reintegro sea por un monto superior al valor nominal cuando las pérdidas de la sociedad así lo exijan. - Salvo que medie una resolución unánime de los socios, no es válida la resolución de reducción del capital seguido de un aumento por el mismo u otro importe. - Artículo 99. 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. Respecto de cualquier operación ajena a esos fines, serán responsables solidariamente frente a los terceros y los socios, sin perjuicio de la responsabilidad de estos últimos cuando la hubieren consentido expresa o tácitamente. (167 CCC "...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.

Los límites aparecen como moldeadores de la responsabilidad en las sociedades respecto de terceros, cualquiera sea el régimen de limitación de la misma que surja del tipo adoptado o de las precisiones estatutarias.⁷⁷ Evitar el daño, soportando las pérdidas los socios, se encuentra también inserto "en el principio de integridad del capital y en las funciones que a éste se asignan. En efecto, si la defensa del interés de los acreedores descansa en la función de retención patrimonial que tiene asignada la cifra del capital social, parece razonable que en una situación en la que el patrimonio ha descendido"⁷⁸ poniendo en peligro la satisfacción del pasivo se adopte una solución.

Corresponde la integración del sistema societario con el concursal para afrontar las crisis⁷⁹ porque el concurso genera la posibilidad de un déficit concursal.

Emilio Beltrán⁸⁰ calificó la solución como preconcursal, sosteniendo que para evitar que la sociedad llegue al estado de insolvencia, el legislador ha establecido un mecanismo preventivo consistente en obligar a la sociedad a disolverse o adoptar medidas sustitutorias de saneamiento financiero cuando se produzcan pérdidas graves, amenazando con graves sanciones a los administradores si esto no se produce -ello no ha cambiado pese a las posibilidades de concursarlas-. La solución, con matices, no es muy diferente en nuestro país y en el derecho comparado.

"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

77 Nto. "La responsabilidad de socios en las sociedades simple y en las con responsabilidad limitada" en Derecho Comercial y de las obligaciones, Ed. Abeledo Perrot, n° 280, septiembre/octubre 2016, Bs.As. 2ª quincena de noviembre pág. 539.

78 GARCIA CRUCES, J.A. Derecho de Sociedades Mercantiles, Ed. Tirant Lo Blanch, , Valencia 2016, pág. 479. En el caso de España por debajo de la mitad del capital social –o de un tercio según el tipo-, en Argentina del 100%, pudiendo verse el estudio de derecho comparado en Estudios de Derecho Empresario, AAVV "Crisis de Sociedades y la legislación societaria", en Volumen Especial N°10: "Revista informática del Instituto Iberoamericano del Derecho Concursal, revista electrónica en el portal de la UNC <https://revistas.unc.edu.ar/index.php/esdeem/issue/view/1407>

79 Nto. Perspectiva del Derecho de la Insolvencia, Ed. Academia Nacional de Derecho y Cs. Sociales, Córdoba Rep. Argentina 2012.

80 BELTRÁN SANCHEZ, Emilio "La responsabilidad por las deudas sociales de administradores de sociedades anónimas y limitadas incursas en causa de disolución" en libro colectivo La responsabilidad de los administradores de sociedades de capital director Juan Bolás Alfonso, Consejo General del Notariado, Madrid 2000 pág. 154.

ésta cuenta con mecanismos para obtener la financiación interna⁸¹, y -eventualmente- la capitalización del pasivo⁸².

La capitalización del pasivo tiene efectos tributarios neutros y libera a fiadores y deudores solidarios, y parece ser el lineamiento que se aconseja en los “acuerdos privados” –*company voluntary arrangement*- con los acreedores financieros, que de ser la empresa viable rápidamente colocarán sus participaciones en el mercado. La quita implica un menoscabo de los acreedores, con tributación por ganancias por la sociedad, aunque se establezcan especiales moratorias.

Bastará advertir que no se adoptaron soluciones societarias, que no se afrontó la crisis oportunamente, que sólo se exige un sacrificio a los acreedores, para que la propuesta no pueda sea homologada, por abusiva⁸³ u en fraude a la ley al haberse omitido soluciones societarias.⁸⁴

Esto supone distinguir entre cesación de pagos, que es la falta de patrimonio activo corriente para satisfacer el patrimonio pasivo corriente de la persona jurídica societaria, de la situación en que se ha perdido la totalidad del capital social, y hay insolvencia patrimonial y no meramente financiera.

5. “El Derecho Concursal protege a los acreedores imponiendo la obligación de solicitar el concurso cuando la sociedad no puede hacer frente a sus obligaciones definiendo con mucha mayor precisión el riesgo de que continúen actuando en el tráfico empresas insolventes (v., art. 5 LC); subordina los créditos de las personas especialmente relacionadas con el deudor para desincentivar las “resurrecciones” artificiales de empresas insolventes a base de créditos concedidos por los socios (art. 92.5 LC) y declara la responsabilidad de los administradores y socios de control por el déficit concursal en caso de concurso culpable (art. 164 LSC), además de los efectos protectores de las acciones revocatorias. La amenaza de ver relegados los créditos otorgados por los socios de control; la eventualidad de tener que responder del pasivo no satisfecho en el procedimiento concursal si se retrasa la declaración de concurso o se ha distraído el patrimonio social en perjuicio de los acreedores, constituyen mecanismos mucho más ajustados a las circunstancias de cada caso”⁸⁵

Los socios deben evitar dañar, eventualmente capitalizando la sociedad. ¿Y si los socios no capitalizan, pero dan préstamos para continuar el giro social? Puede que acepten dar préstamos para que la sociedad continúe el giro sin patrimonio activo. La respuesta es la subordinación. Esa referencia al no capitalizar la sociedad ha sido proveída en la jurisprudencia en Sentencia en la causa “KLP Emprendimientos S.A. s/ Megaconcurso”, del 22 de abril de 2016 del Juez de Mendoza Pablo Gonzalez Masanes, y en la sentencia recaída en la causa “Díaz y Quirini SA s/ concurso preventivo s/ incidente de revisión (promovido por Quirini Augusto)” de la CNCOM – SALA C del 31/05/2012.

Se advierte una corriente evolutiva, integradora entre la legislación concursal y la societaria frente a la crisis de sociedades, y justamente formulada en juicios de concursos de sociedades. Si la recomposición no se

81 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/ Forestal El Milagro SRL”, LLNOA 2005-1446

82 FIMMANO, Francesco, “L’ allocazione efficiente dell’ impresa in crisi mediante la trasformazione dei creditori in soci”, en *Revista delle società*, 2010, páginas 57 y siguientes.

83 Nto. “Crisis de sociedades: Acuerdos concursales abusivos vs. Solución privada” en SUMMA CONCURSAL, Ed. Abeledo Perrot, Bs. Aires 2012, tomo II pág. 1945.

84 Así el fallo de la CNCom, Sala F, de fecha 13 de mayo de 2014, en autos “Víctor Carballude SRL sobre quiebra, Incidente de inoponibilidad de la personalidad jurídica”, donde se responsabiliza en la quiebra de una sociedad de responsabilidad limitada a los socios por aplicación del art. 54 ter de la ley de sociedades comerciales.

85 ALFARO AGUILA-REAL, Jesús “Concurso culpable y responsabilidad por el déficit concursal”, Jun 1, 2015 | *Derecho Mercantil*, en Almacén de Derecho: La STS de 21 de mayo de 2015 decide sobre un concurso ...*el agravamiento de la insolvencia, como consecuencia del retraso en la solicitud, constituye uno de los elementos objetivos y subjetivos de esta causa de calificación culpable, en realidad el más preponderante, con arreglo al cuál podía articularse la justificación de la responsabilidad por déficit del art. 172.3 LC (en su redacción original, aplicable al caso).*

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 si, como debemos presumir, hay acreedores insatisfechos⁸⁶.

La subordinación ha sido recogida en el Anteproyecto: “6. Los aportes irrevocables a cuenta de futuras emisiones son una creación un tanto anómala, hija de la necesidad de la historia económica y monetaria argentina, que se convirtió en una suerte de *tertium genus* entre el capital y el pasivo. ...La Comisión ha decidido mantener la ortodoxia y establecer que serán considerados pasivos. Se aparta en ello del Proyecto de 2005. Pero de éste toma, como ya se apuntó al comentar la sociedad de responsabilidad limitada, el razonable criterio de la subordinación de los créditos otorgados por socios y personas allegadas, así como por los dados por una sociedad controlante (Art. 190).”.

6. El análisis doctrinal y jurisprudencial sobre la imposición al juez que en ningún caso homologue un acuerdo con abuso de derecho o fraude a la ley se limita -en caso de quitas y esperas- a sus aspectos cuantitativos omitiendo cualquier consideración en torno al fraude a la ley⁸⁷.

La quita figura en el listado de las soluciones concursales⁸⁸, pero no en forma imperativa sino potestativa, y como varias otras propuestas que corresponden al concurso de personas humanas como la “constitución de sociedad con los acreedores”, varias son potestativas para sociedades. Si no hay déficit patrimonial una quita sería abusiva, pues la sociedad solo necesitaría espera. Pero si hay déficit patrimonial –evidenciado en un balance con patrimonio neto negativo- son los socios los que deben reintegrar o capitalizar la sociedad por sí o acercando a terceros, compartiendo la propiedad. La quita devendría en un enriquecimiento para ellos violando normas imperativas de la ley societaria.

Si la sociedad tiene un patrimonio neto neutro o negativo se ha producido una causal de disolución que impone su liquidación salvo que los socios decidan reintegrar el capital o capitalizar, sea ellos o terceros, incluso capitalizando el pasivo. De no resulta responsabilidad de administradores, y quizá de socios⁸⁹, si el pasivo no resultara satisfecho. Intentar una quita en el concurso, cuya presentación es ratificada por los socios, implica un fraude a las normas imperativas de la ley societaria, intentando que acreedores asuman obligaciones que tienen los socios, y los enriquezcan.

Parte de la doctrina clásica ha intentado morigerar nuestra interpretación interactiva de la legislación societaria sosteniendo la legalidad del “esfuerzo compartido”. Juristas especializados en concursos, como

86 Nto. “Remoción de causales disolutorias y responsabilidad de administradores (y socios) de sociedades: la función de garantía del capital social”, en Cuestiones Mercantiles en el Código Civil y Comercial de la Nación”, Ed. Fundación para la Investigación y Desarrollo de las Ciencias Jurídicas, Buenos Aires abril 2016, pág. 279. En el debate de esta comunicación en el III Congreso sobre los Aspectos Empresarios en el Código Civil y Comercial de la Nación, realizado en ese mes en Mar del Plata, cuando insistimos que la responsabilidad se generaba al día siguiente de constatada la insuficiencia patrimonial, se debatió unánimemente que no, que esa responsabilidad se generaba al minuto siguiente -corrección que aceptamos-

87 Nto. “LA SENTENCIA DEL ART. 52.4 LCQ: ABUSO DE DERECHO Y FRAUDE A LA LEY” en pág. 741 en Cuestiones actuales y controvertidas de derecho societario, concursal y del consumidor, Ed. FIDASBs. As. Abril 2017.

88 En el art. 43 LCQ argentina.

89 Nto. “EL ART. 99 LEY 19.550 Y CAUSALES DE DISOLUCIÓN DE SOCIEDADES (De cómo evitar responsabilidad ante la insolvencia societaria)”, en RDCO 2013-A- pág. 663, año 46, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires 2013.

Truffat⁹⁰, Botteri⁹¹ y Carlino⁹² (Marcelo Barreiro en reciente conferencia), aceptan que para la quita no configure una ilegalidad debe existir “esfuerzo compartido”, acercando ideas.

La solución es la capitalización de pasivos que hoy se aconseja en las reformas en la legislación de crisis, y aparece en el Anteproyecto en el reformado art. 197. Creemos atinadas las reflexiones de su Exposición de Motivos que reproducimos: “8. La Comisión ha entendido necesario efectuar algunas innovaciones para robustecer la importancia del derecho de suscripción preferente y precisar las excepciones al mismo. Ante todo, establece que el derecho se otorga también a los titulares de acciones preferidas convertibles en ordinarias. En otro sentido, el derecho se otorga también a los accionistas para la suscripción de debentures, obligaciones negociables y otros títulos, si son convertibles en acciones (Art. 194). En la misma norma se establece una distinción entre el derecho de preferencia y el de acrecer: se permite que este último sea limitado o suspendido cuando sea en interés de la sociedad el ingreso de nuevos accionistas y, en las que hacen oferta pública, para ampliar su circulación. El ejercicio de la acción cancelatoria y resarcitoria por haberse privado a un accionista de la oportunidad de ejercer su derecho, se condiciona a que este último ofrezca integrar los aportes en las condiciones de la emisión. Se modifica, incorporando un parámetro más ajustado al valor del perjuicio sufrido, la sanción por violar el derecho de suscripción preferente: el mínimo se vincula con el valor nominal más la prima de emisión (Art. 195). Por fin, se hacen precisiones respecto de la excepción al ejercicio del derecho de suscripción preferente (Art. 197) en el supuesto de darse en pago por obligaciones preexistentes: los accionistas deben haber tenido oportunidad de ofrecer aportar la totalidad de los montos a capitalizar, o ello debe darse en el marco de una solución concursal o extraconcursal. Además, cuando corresponde por los valores involucrados, la emisión debe hacerse en este caso con prima. Se amplían los supuestos de excepción en los que puede suspenderse el ejercicio de este derecho, siempre con la finalidad de tutelar el interés social.”

Hemos criticado la suspensión del derecho de suscripción preferente para quién deseara pagar en efectivo el pasivo equivalente.

Franco Bonelli⁹³ afronta el supuesto de la continuación de la gestión social después de la pérdida del capital social, con la responsabilidad de los administradores. Si no existen normas claras que impidan la continuación de la actividad social en crisis –en nuestro país la imposibilidad sobreviniente de cumplimiento del objeto social- aumentando la posibilidad de fracaso ante una perspectiva incierta, la tutela de acreedores impone responsabilidad de los administradores⁹⁴.

Resaltando la cuestión y transfiriendo decididamente el sistema de preconcursalidad a la legislación societaria, se ha sostenido que “Después de todo lo que se ha indicado, parece razonable

90 TRUFFAT, Daniel “La abusividad de la propuesta y la moralización de los concursos en lo atinente –preisamente- a la oferta del deudor”, en Segundo Congreso Iberoamericano de Derecho Concursal, Mérida, Estado de Yucatán, México.

91 BOTTERI, José David “Notas sobre las quitas concursales, acuerdos abusivos y la integración entre el nuevo Código Civil y la Ley de Concursos y Quiebras 24.522”, en Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones Nro. 278, (Mayo/Junio de 2016).

92 CARLINO, Bernardo “Las quitas a los pasivos deben ser proporcionales o menores a la inyección de fondos de los socios (art. 96 LGS)”, en CRISIS Y DERECHO IV Congreso Argentino de Derecho Concursal – VII Congreso Iberoamericano de Derecho de la Insolvencia, Córdoba, septiembre 2015, Ed. Fespresa, tomo III El sistema concursal, pág. 48.

93 La responsabilità degli amministratori di società per azioni, Ed. Giuffré, nº 135 de los Quaderni di Giurisprudenza Commerciali,

94 MIOLA, Massimo Il sistema del capitale sociale e le prospettive di riforma nel diritto europeo delle società di capitali en Rivista delle Società, anno 50, 2005, Editor A. Giuffré – Milano, novembredicembre 2005, fascicolo 6º p. 1199, especialmente pág. 1310.

pensar que la quiebra de una sociedad anónima –o limitada o comanditaria por acciones- debería convertirse en una institución residual, ya que el sistema preconcursal previsto legalmente debería ser suficiente para impedir que la sociedad llegase a ser insolvente.”⁹⁵. “En la sociedad anónima, esencialmente capitalista, no parece prudente esperar a que el capital se pierda totalmente para que las pérdidas operen como causa de disolución, pues entonces los acreedores no tendrían ninguna seguridad o garantía para el percibo de sus créditos. De ahí que nuestra ley declare causa de disolución el hecho de que se produzcan pérdidas *que dejen reducido el patrimonio a una cantidad inferior al capital social, a no ser que ése se aumenta o se reduzca en la medida suficiente..* Desde esta perspectiva, esta norma opera como un instrumento preconcursal destinado a evitar la insolvencia de las sociedades anónimas y su eventual declaración de quiebra”⁹⁶.

No dudamos de la posibilidad de una sociedad de concursarse o convertir un pedido de quiebra, ello es posible aún en liquidación. Lo que no es posible en el sistema argentino es intentar que las pérdidas las soporten los acreedores desnaturalizando la tipicidad de la relación societaria, donde las pérdidas deben soportarlas los socios.

IV - NUEVAS FORMAS DE FINANCIACIÓN. ⁹⁷

Con el distinguido jurista Prof. Cr. Jorge Fernando FUSHIMI presentamos en el X Congreso Argentino de Derecho Societario y VI Congreso Iberoamericano de un trabajo en conjunto sobre negocios en participación gestados por la sociedad anónima como forma de financiamiento de negocios específicos⁹⁸. En aquel trabajo, nos interesaba especialmente la cuestión de la limitada participación que tenían los socios “externos” de la sociedad, respecto de estas actividades o negocios en participación, y no indagamos sobre la titulización de este negocio.

Posteriormente, en el XII Congreso Argentino de Derecho Societario, y VIII Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa⁹⁹, trabajamos nuevamente, pero en los aspectos vinculados a la titulización de tales negocios, a través de otro trabajo que giraba en torno

95 BELTRAN SANCHEZ, Emilio “La responsabilidad por las deudas sociales de administradores de sociedades anónimas y limitadas incursas en causa de disolución”, en BOLAS ALFONSO, Juan (dir.) La responsabilidad de los administradores de sociedades de capital, Consejo General del Poder Judicial, Consejo General del Notariado, Madrid, 2000, p. 133, especialmente a pág. 154 párrafo “5. Responsabilidad de los administradores por las deudas sociales e insolvencia de la sociedad”.

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

97 FUSHIMI, Jorge Fernando - RICHARD, Efraín Hugo “ACCIONES SECTORIALES EN EL PROYECTO DE REFORMAS A LA LEY GENERAL DE SOCIEDADES”, Ponencia al XIV Congreso Argentino de Derecho Societario y X Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa, organizado por la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario, Rosario (provincia de Santa Fe), 4, 5 y 6 de septiembre de 2019. Publicada en el Libro de Ponencias del Congreso (“Hacia Un Nuevo Derecho Societario”), editado por Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario y editorial Advocatus, Córdoba, 2019- I.S.B.N. 978-987-551-391-4. Tomo I, Pags. 725-734.

98 RICHARD, Efraín Hugo; FUSHIMI, Jorge Fernando: “Negocios en participación gestados por sociedad anónima como forma de financiación de negocios específicos” ponencia al X Congreso Argentino de Derecho Societario y VI Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa, organizado por el Departamento de Derecho Comercial de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba; el Instituto de la Empresa de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba y la Fundación para el Estudio de la Empresa (FESPRESA). La Falda (Pcia. de Córdoba), 03 al 06 de octubre de 2007. Publicación del Congreso, Tomo II, pág. 481.

99 RICHARD, Efraín Hugo; FUSHIMI, Jorge Fernando: “Algunas aportaciones a la problemática de la financiación; acciones relacionadas, acciones vinculadas o tracking stocks”, ponencia al XII Congreso Argentino de Derecho Societario y VIII Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa, Buenos Aires, 25, 26 y 27 de septiembre de 2013. Publicado en el Libro de Ponencias del Congreso, Tomo III, pág. 359, Ediciones UADE, Bs. As. 2013.

a las tracking options o acciones relacionadas, hoy aceptadas en el Anteproyecto de Reforma a la Ley General de Sociedades.

Las sociedades anónimas pueden en nuestro país financiar ciertos negocios a través de negocios en participación, en los que el partícipe arriesga su aporte a las resultas del negocio específico en la expectativa de obtener una buena ganancia conforme el proyecto de inversión, y la sociedad gestora mejora sus posibilidades de ganancias, incluso de las que obtendría de la gestión de un fideicomiso. Estos negocios parciarios o sectoriales, pueden ser objeto de titulación a través de acciones que permitan a inversores (y a los propios accionistas), participar de los mismos, limitándose su participación sólo a esas actividades.

El Proyecto de Reforma a la Ley General de Sociedades, en su artículo 216 bis, contempla la inclusión de las acciones sectoriales, como una nueva modalidad de financiación y de asociación de personas, para una finalidad específica. La inclusión de este artículo nos parece relevante, y por ello, nuevamente, nos reunimos para tratar sobre la cuestión.

1. Los negocios parciarios o negocios en participación de determinadas actividades o negocios.

Las sociedades anónimas pueden en nuestro país financiar ciertos negocios a través de negocios en participación, en los que el partícipe arriesga su aporte a las resultas del negocio específico en la expectativa de obtener una buena ganancia conforme el proyecto de inversión, y la sociedad gestora mejora sus posibilidades de ganancias, incluso de las que obtendría de la gestión de un fideicomiso. Esa modalidad no genera especiales problemas impositivos o contables, en cuanto se realicen en forma transparente, lo que no implica que sea ostensible para evitar responsabilidad del partícipe, y no es afectada por el concurso del gestor.

Ninguna de las leyes tributarias, ni sus decretos reglamentarios, contienen cuestiones vinculadas a los aspectos tributarios del negocio parciario. Si bien existen interpretaciones referentes a negocios participativos específicos que -por extensión- podrían aplicarse, resulta necesario que la legislación contemple de manera expresa regulaciones al respecto, o bien que la propia AFIP emita dictámenes de carácter vinculante para despejar todas las dudas que pudieran suscitarse y unificar criterios. Quizá bueno sería adherir a las recomendaciones de las Terceras Jornadas Nacionales Tributarias, Previsionales y Laborales de Rosario del año 2005 del Colegio de Graduados en Ciencias Económicas de Rosario (área Agropecuaria, Tema: Operaciones específicas de la actividad frente al cumplimiento de las normas tributarias y de respaldo documental) quienes, si bien para un área específica de la economía, recomendaron “Promover el dictado de una norma de carácter legal respecto de la actividad del Contratista rural en los casos que su operatoria encuadre dentro del negocio parciario...”. Lo contrario sume en un estado de inseguridad jurídica a los operadores económicos que pueden ver afectada la evaluación del negocio por una interpretación diferente a la sostenida por nosotros en este trabajo.

Como forma de financiación para la sociedad gestora, el negocio ofrece evidentes ventajas, en relación, por ejemplo, al préstamo participativo. En efecto, mientras en el préstamo parciario el deudor está obligado a restituir el capital, lo que necesariamente implica que -de resultar perdido el negocio- la sociedad deberá recurrir a otros fondos sociales para restituir el capital prestado, lo que agrava la pérdida. Mientras, en el negocio en participación, el aportante padece los quebrantos conjuntamente con la asociante.

Evidentemente, al distribuir el riesgo, el costo financiero para la sociedad gestora tenderá a disminuir radicalmente. Para el aportante, la inversión es de alto riesgo, toda vez que arriesga íntegramente el capital. Evidentemente, para éste, el análisis de rentabilidad del proyecto de

inversión debe compensar con creces no sólo el costo de oportunidad de inversión, sino también cubrir la prima de riesgo al que se ve sometido. Aunque, justo es reconocer también, la rentabilidad que ofrezca el negocio es prácticamente pura, toda vez que su simpleza evita o disminuye notoriamente los costos ocultos del proyecto (entiéndase: gastos de administración, de envíos de resúmenes, etc.).

La alternativa puede llegar a ser una opción óptima para que pequeños inversores, de tendencia no excesivamente conservadora, o con escasa aversión al riesgo, que puedan llegar a tener participación en negocios de alta rentabilidad y altos requerimientos de capital, a los que, de no existir este negocio, no tendrían ninguna posibilidad de acceso.

Lo dicho en los dos párrafos anteriores implica el reconocimiento de la existencia de una asimetría informativa entre la sociedad gestora que organiza y conoce el negocio parciario y el partícipe. El concepto que subyace en esta ponencia es que uno de los factores esenciales para el éxito del negocio parciario está en evitar esa asimetría a partir de una necesaria transparencia informativa que se traduce en información contable. La idea es que el negocio sea un negocio no sólo fundado en la buena fe o la confianza, sino que el partícipe del negocio conozca de antemano los riesgos que corre y la tasa de rentabilidad esperada. En caso contrario, la insuficiente o poco transparente información contable previa obligará a la sociedad gestora a prometer una tasa de rentabilidad elevada que compense la asimetría referida y justifique la asunción del riesgo.

Para la sociedad gestora, el negocio parciario es uno de varios más que debe realizar y por lo tanto forma parte de sus estados contables ordinarios (sin perjuicio de otros parciales que podría practicar para la debida rendición de cuentas a los partícipes) y no aumentan los costos externos por la tributación.

Siguiendo el hilo de lo expresado en relación a la necesaria transparencia informativa, ésta cobra especial importancia si tenemos en cuenta que la correcta explicitación y delimitación del negocio evita posibles doble imposiciones. Advertimos un eventual problema que podría plantearse: dependiendo de la forma en que se plantee y explicita el negocio jurídico, bien puede ocurrir que se produzca un problema de doble imposición. En efecto, si el receptor del aporte en participación oficia de socio gestor y es él quien tributa, al rendir cuentas por la ganancia obtenida, el aportante también deberá considerar a ésta como ganancia gravada, razón por la cual la misma ganancia tributará en dos ocasiones: al obtenerse y al distribuirse. Por lo tanto, existe una segunda razón por la que el negocio debería estar debidamente documentado y explicitado, de manera que resulte claro que una vez concluido, se procederá a la rendición de cuentas y, recién una vez acaecida ésta y atribuidos los resultados a cada uno de los partícipes, cada uno podrá declarar la ganancia por sí. Se refuerza la idea de la necesaria documentación y explicitación de la naturaleza participativa del negocio, por cuanto el resultado de éste es independiente del resto de los demás negocios del asociante, de modo tal que, al producirse la rendición de cuentas, si hubiera ganancias, éstas serán gravadas para el asociado (a priori), mientras que para el asociante el resultado puntual será absorbido por el resultado general de la actividad empresarial.

El negocio en participación no genera dificultades frente a la quiebra y el concurso preventivo de la sociedad gestora o sea de la cooperativa de trabajo en el caso. La quiebra de la sociedad gestora no afecta a los socios partícipes conforme resulta de la expresa previsión del art. 151 LCQ, aunque obviamente posterga los derechos de los partícipes que “no tienen derecho sobre los bienes sujetos a desapoderamiento, sino después que se haya pagado totalmente a los acreedores y los gastos del concurso”. Si el negocio hubiere concluido y se les hubiere liquidado su participación y utilidad conforme a rendición de cuentas en forma anterior a la quiebra no se verán afectados, pues el

negocio habría concluido (disuelto), y la declaración de quiebra del socio gestor, si el negocio no estuviera concluido, “produce la disolución de la sociedad accidental o en participación” con los efectos indicados. Conforme a esa conclusión deberá formalizarse la rendición de cuentas y si resulta acreedor el partícipe tendrá derecho a verificar su crédito como quirografario. Si el partícipe hubiere entregado un bien de su propiedad para el cumplimiento del negocio en participación, y el mismo no fuere fungible –salvo que se tratara de un contrato conexo de maquila –art. 138 LCQ-, tendrá derecho a la restitución del mismo, como indirectamente resulta del texto de la norma.

El Concurso preventivo no afectaría a este contrato, que recién quedaría disuelto con la declaración de quiebra como hemos visto. O sea que se mantiene el negocio, la obligación de mantener la gestión por la concursada y de rendir cuentas, debiendo sin duda ser informado en la presentación-

En el X Congreso Argentino de Derecho Societario y VI Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa, con fundamento en el mismo Decreto Legislativo 6/2003 de Italia, Raúl Javier Romero¹⁰⁰ se inclina por sostener que la figura no es admisible en nuestro sistema legal societario vigente, y manifiesta que a tenor¹⁰¹ de las disposiciones de los artículos 68 y 71 de la ley de sociedades comerciales que ponen límites a la distribución de dividendos, le quitan todo atractivo. Con otra óptica radicalmente diferente Farhi de Montalbán, luego de analizar derecho comparado, llegaba a una conclusión similar a la nuestra en el sentido que no existen restricciones para la admisión de este instituto jurídico. Diego Duprat¹⁰² realiza también un cuidadoso análisis de ventajas y desventajas, hallándolas no sólo admisibles, sino también, considera *que la implementación de las tracking stocks merece el apoyo en tanto instrumento financiero destinado a facilitar la inversión en las sociedades de capital nacionales, al posibilitar el acceso a nuevas fuentes de financiación.*

Dejábamos así, expuestos brevemente, viejas y nuevas modalidades operativas que facilitan la autonomía de la voluntad en la constitución y funcionalidad de sociedades para asegurar su actuación lícita en el mercado, sin afectar derechos de acreedores, que puede también proyectarse para las cooperativas que tratan de asumir la continuidad de sociedades quebradas.

Desde otro punto de vista, conocidas las limitaciones de los mercados financieros y capitales locales en cuanto a capacidad para brindar a las empresas de herramientas financieras adecuadas que le permitan superar la autofinanciación a través de retención de ganancias o de aportes de los socios, el negocio en participación ofrece la posibilidad de titular las participaciones y con ello la posibilidad de que los inversores o partícipes puedan adquirir los valores representativos de los

100 ROMERO, Raúl Javier: “Inadmisibilidad de las llamadas acciones relacionadas en nuestro derecho societario vigente”, Libro de Ponencias del X Congreso Argentino de Derecho Societario y VI Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa”, Tomo II, pág. 494. Ed. Advocatus, Córdoba 2007.

101 FARHI DE MONTALBÁN, Diana V.: “Acciones con derecho a las utilidades provenientes de una explotación específica de la sociedad”, Libro de Ponencias del X Congreso Argentino de Derecho Societario y VI Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa”, Tomo II, pág. 439. Ed. Advocatus, Córdoba 2007.

102 DUPRAT, Diego A. “Tracking stocks (acciones vinculadas)” Doctrina Societaria y Concursal ERREPAR (DSCE) T-XXIII Pág. 207. Febrero 2011

negocios concretos en mercados transparentes^{103 104}. Por su parte la comercialización en masa de estos títulos podría generar un mercado de interesantes perspectivas que, sin perder de vista la posibilidad de crear “burbujas” financieras, consideramos que la debida transparencia informativa y los controles a los que se debería someter en caso de que los títulos se ofrecieran al público en un mercado abierto, bien podrían servir de contrapeso a los negocios especulativos espurios, aun cuando esto implicaría una posterior evolución de los negocios participativos. Sin embargo, la titulación y oferta en mercados abiertos podría permitir que pequeños inversores pudieran colocar sus excedentes financieros en negocios a los que usualmente no tendrían acceso y superar los costos de oportunidad que usualmente dispone un pequeño inversor no profesional, es decir, ofrecer tasas de rentabilidad superiores a las inversiones estándar que ofrece el mercado

Además, consideramos que nada obsta a que aún las sociedades unipersonales (léase S.A.S. de único socio o S.A.U.), puedan emitir las acciones relacionadas, acciones vinculadas o tracking stocks, lo cual no está en pugna con la reforma propuesta¹⁰⁵.

2. Acciones sectoriales en el Proyecto de Reformas a la LGS.

El proyecto de reformas a la Ley General de Sociedades, introduce el artículo 216 bis y propone regular sobre las Acciones Sectoriales. Según el texto propuesto, el estatuto puede contemplar la emisión de acciones sectoriales que darán a sus tenedores el derecho a recibir dividendos resultantes de las utilidades realizadas y líquidas producidas por uno o más sectores de actividad o uno o más proyectos específicos. Las acciones sectoriales afectadas a cada sector o proyecto específico o, en su caso, a cada conjunto de ellos, constituirá una clase especial de acciones¹⁰⁶.

103 Similar a nuestra opinión: FARGOSI, Horacio P.: En relación a la legislación italiana: “Algunas noticias sobre un “nuevo régimen societario”, en LL-2004-C, 1294: Se ha sostenido, también que otra norma, la del art. 2350 # II, crea una nueva categoría de acciones que deviene en una novedad en la reforma. Ello así porque establece que excluido el caso del art. 2447 bis -respecto del cual haremos alguna consideración más adelante- se prevé que la sociedad puede emitir acciones con derechos patrimoniales vinculados a los resultados de la actividad social en un determinado sector. // La referencia a un determinado o específico sector de la actividad continúa, como se ha señalado, siendo actividad de la empresa, pero, a los fines de procurar un criterio relativamente uniforme, se acepta que estas acciones representan una fracción del capital asumido como integridad, a diferencia de lo que acontece con la previsión del art. 2447 bis citado

104 No compartimos tanto el concepto que sobre el tema da Molina Sandoval) MOLINA SANDOVAL, Carlos A.: “Tracking stocks (acciones “sectoriales”) en sociedades anónimas” en Diario La Ley 30/05/2011, 1; LL-2011-C, 952), ya que éste plantea que las acciones relacionadas, sectoriales o tracking stocks, se limitan a a uno o varios activos, cuando lo importante -creemos- no es tanto financiar esos activos, como la actividad que genera o tiene la potencialidad de generar rentas para los inversores. En tal sentido expresa el autor referido: “son una clase de acciones cuya valuación o rendimiento está relacionado con un activo (o grupo de activos) específicos de una determinada sociedad comercial”.

105 En similar sentido a nuestra posición, MANÓVIL, Rafael M.: “Las sociedades devenidas unipersonales” en: RCCyC 2015 (octubre), 37, quien en la nota 8, introduce una acotación esclarecedora y que aborda en pocas líneas innumerables ventajas que importaría la unipersonalidad en relación a estas acciones.: “(8) En mi opinión, esta es la otra cara de la aceptación en algunas legislaciones de las llamadas Trucking shares, o Spartenaktien. A este respecto, véase PATRONI GRIFFI, Ugo, Le azioni correlate, Nápoles, Ed. Scientifche Italiane, 2005, que trata sobre el modificado Art. 2350 del Cód. Civil italiano según decreto legislativo N° 6 del año 2003. En la doctrina argentina, FARGOSI, Horacio P., Acciones “Relacionadas”, LA LEY, 2007-B, 1298/1301, comenta la misma novedad legislativa italiana y propone una interpretación dinámica de la LSC, con cita de Ferri y otros autores italianos, así como de Halperin, Zaldívar, Roitman y Rouillon en cuanto no se oponían a la emisión de clases de acciones diversas. No obstante, la unipersonalidad, incluso dentro de un grupo de sociedades, supera objeciones que caben a las acciones relacionadas a una actividad empresaria determinada, como los conflictos de intereses, el modo de cálculo de la utilidad de la actividad separada dentro de la empresa social, el derecho de voto de los titulares de esas acciones (¿alcance limitado, con voto como clase, Art. 250, o voto en toda la sociedad?), el derecho a los dividendos de la actividad cuando el resto de la empresa da pérdidas, etc”.

106 Similar definición en FARGOSI, Horacio P. “Acciones “Relacionadas”, en Diario La Ley 17/04/2007, 1 y LL-2007-B, 1298: Las acciones a las que en esta oportunidad nos referimos, tienen por característica fundamental, por un lado, ser tales (valga la redundancia), tener el carácter de acciones ordinarias con pleno ejercicio del derecho de voto, pero con la

Dentro de cada clase, otorgarán iguales derechos. A esto nos referíamos precisamente en nuestra presentación. La norma prevé que al tiempo de su emisión el o los sectores de actividad o el o los proyectos específicos deberán estar precisamente descriptos y delimitados.

En la exposición de motivos, la comisión reformadora expresó (en relación al tema): *De todos modos, la innovación más importante es la de permitir en el Art. 216 bis las que en la doctrina comparada se han llamado tracking shares. Se trata de acciones destinadas a que sus titulares participen solo de los resultados provenientes de una o más actividades o proyectos de la sociedad. Conforme lo propuso un autor español, la Comisión las bautizó como "acciones sectoriales". La regulación propuesta, aunque inspirada en la reforma de 2003 al Código Civil italiano, es esencialmente original.*

Continuando con el marco normativo, además de lo dicho, deberán cumplirse los siguientes requisitos:

1) Deberá establecerse en qué proporción el sector de actividad o el proyecto participará de la atención de los gastos generales, de los indirectos, de la remuneración de los integrantes de los órganos sociales y de la formación de las reservas legales y estatutarias, en su caso. Es decir, que el negocio en sí mismo, requiere de una detallada contabilidad, separada de la contabilidad general de la sociedad gestora.

2) Deberá establecerse si el derecho a participar en la distribución de las utilidades producidas por el o los sectores o proyectos afectados a su clase especial sólo corresponderá a las acciones sectoriales o si el resto de las acciones participa en esas utilidades y, en caso afirmativo, en qué proporción. Esta es una cuestión de transparencia, ya que los inversores accionarios de la actividad parciaria deben conocer de antemano, los resultados que pueden aguardar si la actividad produce la rentabilidad esperada.

3) Deberá establecerse si, además de participar en la distribución de las utilidades producidas por el o los sectores o proyectos afectados a su clase, las acciones sectoriales tendrán derecho a participar en la distribución de utilidades generales de la sociedad y, en su caso, en qué proporción

4) Salvo disposición contraria en el estatuto o de las condiciones de emisión, no tendrán voto en las asambleas generales de la sociedad, aunque tendrán derecho de voz. Tienen derecho de voto para resolver toda cuestión vinculada al sector al que se hallan vinculadas. Tienen legitimación para impugnar los estados contables y para impugnar resoluciones de los órganos sociales. Se aplicará el artículo 250 cuando la asamblea general deba adoptar resoluciones que afecten sus derechos.

5) En el estatuto o en las condiciones de su emisión se podrán establecer materias que el directorio no puede resolver sin el consentimiento de la respectiva asamblea especial de clase. Si bien la actividad social de los tenedores de acciones sectoriales está acotada, se puede pactar que haya determinadas cuestiones que el directorio no pueda tratar o resolver, sin el consentimiento de la asamblea especial de clase, y –se entiende- en tanto tales cuestiones guarden relación con la actividad sectorial.

6) Los accionistas tendrán derecho preferente y de acrecer para la suscripción de las acciones sectoriales, en los términos de los artículos 194 y siguientes. Pero los accionistas titulares de acciones sectoriales tendrán primera preferencia para la suscripción de nuevas acciones de la misma clase especial y para acrecer.

particularidad que los derechos patrimoniales están relacionados con los resultados de un determinado sector de la actividad de la empresa.

7) Las acciones sectoriales pueden ser rescatables según las condiciones de su emisión. Si no son rescatadas participan del producido de la liquidación en paridad de condiciones que las acciones ordinarias, salvo que las condiciones de emisión dispongan de otro modo.

Estados Contables Especiales por Sector, proyecto o conjunto de ellos. En caso de emitirse acciones sectoriales, además de los estados contables generales, la sociedad deberá estados contables especiales segmentados por sector, proyecto o conjuntos de ellos como existan afectados a clases de acciones sectoriales. De ellos debe resultar la precisa segmentación de los rubros activos y pasivos afectados a cada clase en forma diferenciada de los demás. La regla prescribe, de manera acertada, que cada actividad parciaria o sectorial, debe elaborar sus propios estados contables, diferentes y diferenciados del ente general que –no obstante, en tanto tal- debe luego consolidar todos los estados contables parciarios o sectoriales y debe subsumirlos (o consolidarlos) en el balance general del ente. Precisamente preferimos no emplear la palabra consolidación, que da a entender la confección de un único estado contable para diferentes entes relacionados entre sí, y decir que los estados de los negocios parciarios, son subsumidos por el general de la sociedad emisora. Desde otro punto de vista, la norma no hace más que valorar lo que consideramos esencial para el éxito en la colocación, a los fines de la transparencia, que son los estados contables y la información económica y financiera que de ellos emerge.

V. ACTIVIDAD ILÍCITA DE SOCIEDADES Y ANTIJURIDICIDAD¹⁰⁷

Generada la ley sobre responsabilidad penal 24701 de sociedades y en carpeta la ley de extinción de dominio, estaremos sentados muchos años antes de su eventual aplicación, por la irretroactividad de la ley penal, la conexidad de esa responsabilidad penal con condenas a funcionarios públicos y la laxitud del sistema procesal.

Esa laxitud impone referirse al art. 19 de la Ley General de Sociedades argentina –LGS- vigente sin cambio en este aspecto desde al año 1972 que dispone la actuación de oficio ante la advertencia de actividad ilícita en el país de una sociedad, aquí constituida o en el extranjero.

Sin ingresar en si una persona jurídica puede delinquir, de lo que no tenemos dudas es que puede utilizarse por personas humanas para realizar o encubrir ilicitudes –lo advertimos en numerosos casos-, pero existen normas disuasorias-sancionatorias más eficientes que parecen ser ignoradas por leyes recientemente dictadas sobre “responsabilidad penal de las personas jurídicas” o proyectos estancados de “extinción de dominio”.

Si se concreta la reforma a dicho art. 19 LGS se generarán los mismos efectos que criticamos de la ley 24.701.

Como aparece planteado en la ley 24701 y en el Anteproyecto, los ilícitos corresponderían a temas del Código Penal y del Código de Procedimientos Penales, imputables por jurisdicción penal, pero los “delitos” podrían descubrirse en un conflicto societario o en un concurso o en una quiebra... ¿A que maraña formal de competencias judiciales nos someteremos? El tema central debe ser la eficiencia para sancionar a los que violen ciertas normas, con un garantismo o derecho de defensa

107 RICHARD, Efraín Hugo con el mismo título, Publicado en HACIA UN NUEVO DERECHO SOCIETARIO, Ed. Universidad Nacional de Rosario, Facultad de Derecho, XIV Congreso Argentino de Derecho Societario, X Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa, tomo III pág. 2329189, Rosario 2019.

adecuado, pero no el hipergarantismo que se generaría por la imprecisión o el cuestionamiento de jurisdicción, o en el análisis de la planificación empresarial del programa de prevención (complain) por un juez penal.¹⁰⁸

1. El sistema sancionatorio societario a la actividad ilícita.

Centremos nuestra atención en el art. 19 LGS, vigente desde el año 1972. La norma determina “*Sociedad de objeto lícito, con actividad ilícita. Cuando la sociedad de objeto lícito realizare actividades ilícitas, se procederá a su disolución y liquidación a pedido de parte o de oficio, aplicándose las normas dispuestas en el art. 18 –acoto: el saldo del patrimonio para fomento de educación y responsabilidad solidaria por pasivo social y daños causados-. Los socios que acrediten buena fe quedarán excluidos...*” de esas sanciones. Ante “actividades” ilícitas, entre las que se encuentran las referidas en la ley de responsabilidad penal, el juez penal de oficio, pero también otros jueces, podrían disponer la liquidación y la extinción de dominio en favor del Estado, tema de un proyecto de ley aún no tratado. Y ello podría ser dispuesto actualmente en el caso de sociedades. Se aplicó la norma en la causa “Ballester Rolando Alberto y otros c/ Vigarita S.A. s/ sumario”, en la cual la Cámara Comercial de la Capital, con fecha 23 de junio de 2004, confirmó el sólido fallo de primera instancia (de fecha 3 de abril de 2001, Juzgado nº 11 a cargo del Dr. Bargallo, sec. Nº 21), que dispuso aplicar las previsiones del art. 19 de la entonces ley de sociedades por actividad ilícita.¹⁰⁹ Ese fallo sobre actividad financiera ilícita y las circunstancias tienen varias connotaciones que califican lo que venimos expresando en torno a cómo calificar una actividad de ilícita, hoy aplicable a varias causas de exposición pública en los medios judiciales:

a. Determinar que se trata de un tema de interés público, cuando no de orden público, por lo que el Tribunal puede actuar de oficio, lo que indirectamente señala en torno a la legitimación activa.

b. Respecto al tema de la actividad ilícita en sí mismo, distingue entre acto y actividad; que no necesita ser genética, sino que la sociedad puede asumir posteriormente una actividad ilícita, no necesariamente total sino de importancia en la genérica que desarrolla.

c. La ponderación de actividad ilícita que debe cumplir una sociedad para que sea aplicable el art. 19 LS ¿El *indirect doing business* cumplido por la actividad financiera en el año 2001, y que se sigue desarrollando, tipifica la actividad ilícita? Es una clara actividad off shore practicada por o a favor de sociedades constituidas en el extranjero.

La antijuridicidad se objetiva y la responsabilidad sancionada es automática, con el alcance que veremos hacia el final.

La actividad ilícita es sancionada¹¹⁰, y es importante determinar que un acto lícito individualmente puede considerarse en su reiteración, como actividad ilícita: p.ej. la actividad de

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

109 Nto. “SOCIEDADES CONSTITUIDAS EN EL EXTRANJERO (En torno al efecto del incumplimiento del orden público interno: ¿actividad ilícita?)”, en libro colectivo “La estructura societaria y sus conflictos” Director Daniel R. Vitolo, Editorial Ad Hoc, Bs. Aires 2006, pág. 101.

110 nto. “La conservación de la empresa” al recibir el Premio Academia, Anales de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales.

intermediación financiera no autorizada¹¹¹. En muchos casos, como en el caso Romeo¹¹², el Tribunal imputó la responsabilidad del Directorio, como accionistas controlantes de la Institución Bancaria que creó una mesa de dinero, como banca de hecho.

El art. 19 LS es técnica y doctrinariamente correcto. No procede la nulidad absoluta como sanción. El vicio aparece en la funcionalidad del contrato. Es una forma de desestimación de la personalidad por nulidad. Pero la remisión al art.18 LS y las consecuencias llevan a la misma conclusión: efecto disolutorio -e iniciación del proceso de liquidación-, responsabilidad solidaria de todos los que no demuestren buena fe, alterando parcialmente las relaciones tipológicas, que -al referirse a la actividad- afectan a los que la cumplieron o aceptaron, y el idéntico efecto de pérdida de los derechos sobre el remanente de liquidación. En cuanto a la responsabilidad nos permitiríamos identificar el efecto sobre los socios que no demuestren mala fe con las previsiones del art. 54.3 LS¹¹³.

O sea que el socio de buena fe se vería arrastrado a tener responsabilidad solidaria en el caso que se catalogara la actividad, debiendo cargar con la prueba de exoneración por esa causal.

Es un problema doctrinario determinar cuando se genera la actividad ilícita. La doctrina es terminante en que un acto aislado no es suficiente, salvo que ese acto aislado sea de magnitud (o complejo, al implicar una serie de actos).

Dentro de una actividad catalogable como ilícita puede tipificarse dentro del sistema argentino aquella dirigida a violar las leyes de resguardo de la competencia, anti monopolio o anti trust, como también la destinada a violar leyes impositivas o previsionales. Estas reflexiones lo son sin perjuicio de que esa actividad pudiera tipificar un ilícito penal del régimen general o especial, pero cuya vinculación llevaría a eternizar el proceso.

Fargosi¹¹⁴ señaló: "... el limitar la consideración al objeto ilícito... significa, por la pasiva, dificultar el perseguiamiento y sanción de aquellas sociedades que, cumpliendo formalmente con el requisito del art. 1655 C.C., sustancialmente frustran la finalidad de licitud que se consustancia con la noción genérica del acto jurídico, a tenor de los arts. 944, 953 y concordantes del C.C.- Esa es la razón de ser del art. 19, aun cuando en una lectura ligera, superficial y prescindente del contexto general del orden jurídico, pueda aparecer como no conjugado con axiomas preestablecidos". Enfatizó: "Corresponde a Ascarelli el haber introducido una noción de actividad enderezada a integrar la teoría general de los negocios jurídicos.- Señaló este autor que "actividad no significa acto, sino una serie de actos coordinados entre sí para una finalidad común" y cuya valoración debe ser hecha autónomamente, o sea, independientemente de la que corresponda a cada uno de los actos individuales, singularmente considerados... Obviamente la actividad se presenta como un

111 Nto. "Banca de hecho. Actividad ilícita Comentario a jurisprudencia "Romeo Anunciada M.E. c/ Peña, Jaime y otras s/ Oredinario", pág. 29 Revista de las Sociedades y Concursos nº 7 Noviembre Diciembre 2000, Buenos Aires febrero de 2001.

112 Revista de las Sociedades y Concursos, Ed. Ad Hoc, nº 7 nov.-diciembre 2000, pág. 23 con nuestra nota.

113 Ntos. "Banca de hecho. Actividad ilícita", Revista de las Sociedades y Concursos, Buenos Aires, 2000; "Nulidad absoluta de sociedades", RDPC, 1997-274; "Actividad ilícita de sociedad extranjera (indirect doing business) y su quiebra en el país (en torno a importantísimo fallo de la Corte)", el Dial. Express, Lunes, 16 de Marzo de 2009 - Año XI - Nº 2739, www.eldial.com. SOCIEDADES CONSTITUÍDAS EN EL EXTRANJERO (En torno al efecto del incumplimiento del orden público interno: ¿actividad ilícita?) en libro colectivo "La estructura societaria y sus conflictos" Director Daniel R. Vitolo, Editorial Ad Hoc, Buenos Aires 2006, pág. 101 y siguientes.

114 FARGOSI, Horacio P. en "Estudios de Derecho Societario", Editorial Ábaco Buenos Aires 1978, el artículo Sociedad y actividad ilícita pág. 49 y ss, particularmente p. 59 en adelante.

comportamiento que debe ser continuado y orientado... La valoración de la actividad, entonces, debe responder a criterios axiológico-jurídicos, sea para reprimirla o para permitirla..." De este modo¹¹⁵ cuando en un supuesto concreto se trate de establecer si se configuran actividades ilícitas subsumibles en el dispositivo a que nos referimos, la valoración debe ser hecha objetivamente y teniendo en vista sí, por con conjunto de actos teleológicamente vinculados y coordinables entre sí, se persigue una finalidad antijurídica. Los actos integrantes de la actividad pueden ser lícitos y no serlo la actividad vista en su conjunto¹¹⁶.

La antijuridicidad, que es presupuesto de la sanción prevista por el art. 19 LGS, debe ser referida respecto del derecho objetivo en su totalidad, cualquiera de sus áreas o sectores sea el lesionado. ... En el ámbito civil¹¹⁷, y como siempre se ha señalado, cuando la conducta no se ajusta a la previsión normativa (en el caso no ya el objeto formalmente lícito sino la licitud de las actividades), se impone una sanción, que nada obsta a que sea de naturaleza represiva. ...lo que se trata de impedir es que las sociedades mercantiles sean utilizadas en detrimento del orden jurídico, aprehendido en su completividad..."

Betti¹¹⁸ remarca esa concepción de la ilicitud. Sostiene que frente a la autonomía de la voluntad, la legislación puede reaccionar de dos maneras: con indiferencia o con una actitud normativa; en este último supuesto, la misma puede ser positiva o negativa; en el supuesto de atribución de eficacia positiva, se confiere a los particulares una competencia dispositiva que puede estar condicionada por el derecho al cumplimiento de ciertas cargas y a la actuación dentro de ciertos límites, fuera de los cuales se configura el negocio ilegal; si la norma atribuye trascendencia negativa al negocio se genera la ilicitud. Petrocelli¹¹⁹ distingue entre actos que no van contra el derecho, sino que no van por el camino por donde obtiene la protección del derecho. Y en tal categoría encuadramos a las sociedades constituidas en el extranjero que no cumplen con la obligación de inscribirse, o a las que actuando en el país violan el sistema normativo argentino simulando haber realizado las operaciones en el exterior. La doctrina es terminante en que un acto aislado no es suficiente, salvo que ese acto aislado sea de magnitud (o complejo, al implicar una serie de actos). Se requiere habitualidad en la operatoria o una serie repetida de actos, con cierta frecuencia¹²⁰, como se señala. A modo reiterativo de nuestra posición¹²¹, traemos a Horacio ROITMAN y

115 FARGOSI ob. cit. p. 66.

116 OTAEGUI, Julio César Invalidez de los actos societarios p.365; ESCUTI, Ignacio Sociedad e invalidez: algunos aspectos RDCO VI n.53.

117 Sigue FARGOSI ob. cit. p. 67.

118 BETTI, Emilio Teoría General del Negocio Jurídico, p.93.

119 L'antigiuridicità parte 1 p.7 entendiendo que "un acto puede ser ilegal, por no responder en todo o en parte a las condiciones fijadas por la ley para su validez, sin que por ello pueda decirse que es antijurídico...; el autor del acto ilegal no va contra el derecho sino que va por un camino por donde no obtiene la protección del derecho; no se dirige contra otro interés jurídicamente tutelado sino que omite la realización de las condiciones indispensables para conseguir la tutela jurídica del interés propio...". Esto se compadece con el criterio que hemos sostenido en cuanto a la validez de los actos individuales, sin perjuicio de rescatar la sancionabilidad de la actividad.

120 ZUNINO, Jorge Disolución y liquidación de sociedades t. II p. 208 y ss., Buenos Aires De. Astrea. Ver nota anterior. Rubén R. Pardo "Acerca del Banquero de Hecho" Doctrina Societaria y concursal, t. III p. 15 y ss. Carlos R. Freschi La sanción por actividad ilícita de las sociedades comerciales en RDCO año 1978 página 1531, en particular p. 1542. VERON, Alberto Víctor Sociedades Comerciales, Ed. Astrea, Bs. Aires 1987, tomo I p. 128 y ss. VITOLO, Daniel R. La ley Sarbanes-Oxley de los Estados Unidos, la realidad de la República Argentina y la prevención de los fraudes societarios Errepar diciembre 2002 p. 854 tomo XIV.

121 Originariamente nto. "Sociedad con actividad no autorizada y actividad ilícita" en Anomalías Societarias, Ed. Advocatus, Córdoba 1992 pág. 163 y ss.

coautores¹²²: “La ilicitud en este caso no se refiere al objeto social, sino a la actividad desplegada para su cumplimiento¹²³. Se ha definido¹²⁴ “actividad” como una serie de actos coordinables entre sí para una finalidad común. La actividad ilícita a la que se refiere el artículo que comentamos, es la realización frecuente¹²⁵ (sin que sea necesaria la habitualidad.), de actos ilícitos dolosos por los socios en calidad de tales, los administradores, y quienes actúen en la gestión como si lo fueran¹²⁶. ...Dado el tenor amplio de su redacción, resulta indiferente a los fines del artículo el hecho de que la actividad ilícita haya sido planeada originariamente o la ilicitud sea sobreviniente¹²⁷....Normalmente no es suficiente un solo acto ilícito, pero podría llegar a serlo atento su magnitud o significado jurídico¹²⁸. A decir de RICHARD, un acto lícito individualmente puede considerarse en su reiteración, como actividad ilícita¹²⁹: v.gr. la actividad de intermediación financiera no autorizada¹³⁰. Agrega FARGOSI, que la actividad no requiere estar dirigida a sujeto o sujetos determinados...se trata de precisar los alcances de un comportamiento y no de una declaración de voluntad¹³¹.al tratarse de un caso de desviación del objeto social¹³², no se declara

122 Ley de Sociedades Comerciales, Ed. La Ley 2ª. ed. Buenos Aires, tomo I.

123 ZALDIVAR, Enrique, MANOVIL, Rafael, RAGAZZI, Guillermo, ROVIRA, Alfredo, SAN MILLAN, Carlos, “Cuadernos de derecho societario”, Ed. Macchi, Buenos Aires, 1973, t. 1, p. 259.

124 ASCARELLI, Tullio, “Iniciación al estudio del derecho mercantil”, Ed. Bosch, Barcelona, 1962, p. 139.

125 ZALDIVAR, Enrique, MANOVIL, Rafael, RAGAZZI, Guillermo, ROVIRA, Alfredo, SAN MILLAN, Carlos, “Cuadernos...”, op. cit. p. 259.

126 HALPERIN, Isaac, “El régimen de nulidad de las sociedades”, RDCO, 1970, Año 3, p. 560.

127 HALPERIN, Isaac, “Curso de derecho comercial”, Ed. Depalma, Buenos Aires, 197, p. 343. En sentido contrario: CNCom., 23/06/2004, Ballester, Rolando Alberto y otros c. Viparita S.A. s/ sumario, www.microuis.com: Tratándose de una sociedad que, al intermediar con habitualidad en la oferta y demanda de recursos financieros desarrolló una actividad ilícita, no puede disponerse la nulidad como en el caso del objeto ilícito, porque el vicio no es contemporáneo a la constitución, sino que resulta del funcionamiento del ente; no se trata de un vicio del contrato, sino de una desviación del objeto social.

128 HALPERIN, Isaac, “El régimen...”, op. cit., p. 560.

129 Resol. IGJ 201, 01/03/2006, en el expte Máximo Battisti y otros - Gindi Corporation N.V. s/ denuncia, RSyC, Nº 37, Nov/Dic 2005, p. 322 en igual sentido Resol. IGJ 226, 8/3/2006, en el expte. Viviana Mercedes Lizabe y otros c/ Ticafin SA y otras s/ denuncia, RSyC, Nº 37, Nov/Dic 2005, p. 323. La reiterada utilización en el tráfico local de una entidad ficticia cuya constitución fue nula de nulidad absoluta y/o que operó con fines extrasocietarios o en violación de la legislación local que como sujeto de derecho debía aplicársele en plenitud, no se conforma a la finalidad de licitud que se consustancia con la noción genérica del acto jurídico, a tenor de los arts. 944, 953 y concordantes del Cód. Civil y que constituye la razón de ser del art. 19 de la ley 19.550 y ello con prescindencia de la licitud genérica o en abstracto y formalmente que pudieran aparentar tener actos de dicha sociedad en el ejercicio de derechos, ya que la actividad ilícita a que se refiere el citado art. 19 está constituida por múltiples actos que pueden ser lícitos pero que, concatenados en virtud de la intencionalidad que los origina, entramados unos con otros, conforman una realidad diferenciada que denota ilicitud.

130 Nto. “Actividad ilícita de sociedad extranjera (indirect doing business) y su quiebra en el país (en torno a importantísimo fallo de la Corte)”, El Dial. Express, Lunes, 16 de Marzo de 2009 —Año XI— Nº 2739, www.eldial.com. CNCom., 23/06/2004, Ballester, Rolando Alberto y otros c. Viparita S.A. s/ sumario, www.microuis.com: La actividad de intermediación en la oferta y demanda de recursos financieros desarrollada por la demandada sin que mediare autorización de la autoridad de aplicación, en tanto prohibida por la ley, ha devenido ilícita y, por tanto, subsumible en la normativa del art. 19 de la LS.

131 FARGOSI, Horacio, “Nota sobre Sociedades Comerciales y Personalidad Jurídica”, LL, 1988-E, p. 66.

132 COLOMBRES, Gervasio, “Curso de derecho societario”, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1972, p. 167; FARGOSI, Horacio, “Sociedad...”. Juzgado 6º en lo Comercial de la Capital, Firme, 20/07/1978. - Nieto Rivera, Eduardo c/ Termofer SCA, Manual de Jurisprudencia LL, Ley de Sociedades Comerciales, 1984, p. 47: Cuando el art. 19 LS sanciona con la disolución a aquellas sociedades que teniendo un objeto lícito ejerzan actividad ilícita, además de proceder en consecuencia con los principios que informan la normativa del art. 953 del CC, está sancionando un proceder no computable como actividad societaria a tenor de lo dispuesto por su objeto lícito, pues esa serie de actos no estarían contribuyendo al fin propuesto por los socios al crear el ente.

la nulidad de la sociedad, sino que la misma se disuelve y se procede a su liquidación¹³³....A decir de RICHARD, los efectos respecto de ellos pueden ser identificados con las previsiones del art. 54, tercer párrafo, LGS¹³⁴. Es decir que la responsabilidad dispuesta en el artículo en comentario corresponderá a los socios, a los administradores y a quienes actúen como tales en la gestión social¹³⁵ en la medida en que no acrediten su buena fe. Respecto a las sociedades extranjeras cabe agregar que constatada la ilicitud de su actividad, corresponde la aplicación del art. 19 LGS, no sólo por el negocio ilícito en sí mismo sino también por la actuación irregular de la sociedad extranjera violando las disposiciones del art. 124 LGS¹³⁶.

Si como indica el mensaje de elevación del proyecto de Ley de Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas, el objetivo perseguido es la generación de incentivos para que las personas jurídicas prevengan la comisión de ciertos delitos mediante la implementación de programas de integridad y cooperen con las autoridades, de manera de coadyuvar a una mayor eficacia de aplicación de la ley penal, nada mejor que recomendar la adecuada funcionalidad societaria y las conductas, bajo el principio de autonomía de la voluntad sin dañar, y en tal caso la asunción de responsabilidad, sea por acción u omisión dentro de lo que se señala como “defecto de organización”, busquemos la solución, por lo menos para las sociedades en la ley específica, conforme a la prelación de normas que impone el art. 150 CCC, y éstas serían entre otras las imperativas del referido art. 19 LGS.¹³⁷

Un tema interesante son los alcances de las sanciones contenidas en el art. 19 LGS: liquidación con destino del remanente al Estado y responsabilidad solidaria de administradores y socios que no acrediten buena fe. Si hay remanente de liquidación no podrá, en principio, pensarse en responsabilidad de administradores y socios por deudas o daño. Y si se ejercita la responsabilidad será, también en principio por cuanto no hay remanente en la liquidación, sino pasivo insatisfecho.

133 HALPERIN, Isaac, “El régimen...”, cit., p. 560. Richard, Efraín, 21/05/2010, “La sociedad civil y el objeto comercial”, www.micrjurs.com: el supuesto penal del art. 19 LSC, sobre actividad ilícita que autoriza declarar de oficio la disolución y la responsabilidad de socios y administradores. En contra: NISSEN, Ricardo A., “Ley de sociedades comerciales 19.550 y modificatorias, Comentada, anotada y concordada”, 3º ed., Ed. Astrea, Buenos Aires, 2010, t. 1, p. 358. Resol. IGJ 51, 09/01/2006, en el expte. Biasider SA s/ denuncia, RSyC, Nº 37, Nov./Dic. 2005, p. 335. Si tanto la sociedad local participada, como las sociedades del exterior han compartido conductas que han importado una desnaturalización funcional que ha tenido la virtualidad del completo desbaratamiento del régimen de publicidad comercial querido por el art. 123 de la ley 19.550, ello importa una actuación que, por su coherencia en la constante inobservancia de ese régimen de orden público, cabe sean asimiladas a una actividad ilícita en los alcances del art. 19 de la ley 19.550, tanto más por haberse tratado de la permanente infracción de un régimen de orden público, lo que autoriza la disolución y liquidación de las entidades, de oficio o a instancia de parte. CNCom., 23/06/2004, Ballester, Rolando Alberto y otros c. Viparita S.A. s/ sumario, www.microuris.com: A la sociedad que, al intermediar con habitualidad en la oferta y demanda de recursos financieros desarrolló una actividad ilícita, cabe aplicar como sanción el efecto disolutivo y liquidatorio; debiendo descartarse que se trate de un supuesto de nulidad. Juzg. Nº 2 de Concursos y Sociedades, Córdoba, 26/05/1986 cit.: La fuerza coactiva de la sanción prevista por el art. 19 de la ley 19.550, radica en la misma disolubilidad, que implica la desaparición de la sociedad y la consecuente privación, a todos los socios, del medio jurídico instrumentalmente apto para desarrollar su actividad económica, lo cual lleva después a un régimen específico de liquidación que se aplicará a todos los socios que no logren acreditar su buena fe.

134 Nto. “Actividad...”, op. cit.

135 GRISPO, Jorge D., “Tratado...”, op. cit., p. 240: el legislador, con buen criterio ha incluido en esta regla a quienes actúen como administradores sociales, sin que, en lo formal lo sean”.

136 Nto. “Actividad...”, op. cit.

137 Nto. “LA RESPONSABILIDAD MANCOMUNADA EN LA LEY GENERAL DE SOCIEDADES”, en *Institutos del Derecho Comercial a la luz del Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación*, publicación del Instituto Argentino de Derecho Comercial, Ediciones D&D, Buenos Aires septiembre de 2016, páginas 69 a 94.

Ello no empece a que el patrimonio de la sociedad con actividad ilícita se integre con acciones de responsabilidad por daños ejercida por el liquidador contra administradores y socios.

Centremos nuestra atención en la oficiosidad. El art. 19 LGS no descarta el pedido de parte.¹³⁸

Lo novedoso es la oficiosidad, que también se autoriza al determinarse la existencia de nulidades absolutas. Claro que en el caso implica la decisión de liquidación de la sociedad, como una forma de extinción de su vida jurídica, con dos efectos centrales como hemos visto: si no puede satisfacerse el pasivo la responsabilidad de todos los socios que no acrediten buena fe, y si hay exceso patrimonial el mismo no se distribuye entre los socios, sino que pasa al acervo estatal.

¿Por qué las largas –interminables– actividades procesales para llegar a finales frustrantes, cuando la herramienta está a disposición? La brinda el art. 19 LGS.

Procesalmente podría sostenerse, en el caso de disponerse de oficio la liquidación, que se ha afectado el derecho de defensa. Es la clásica defensa procesal. No creemos admisible esa defensa formal. No hay duda que si alguna autoridad judicial actúa de oficio es porque en el expediente respectivo o en otra actuación fehaciente se ha acreditado la ilicitud. En tal caso el recurso de reposición o el de apelación, según el proceso, servirá para ejercer la defensa a la representación orgánica de la sociedad, basada en la inexactitud de los hechos y de la configuración de la actividad ilícita imputada a la sociedad.

La sanción sólo acaece ante los propios actos de la sociedad, sus administradores y representantes, de marginar el sistema jurídico de nuestro país. No se trata de responsabilizar injustificada o exageradamente a administradores y fiscalizadores, sino en acotar actividades claramente ilegales, que con excesiva permisividad se suelen realizar desde hace mucho tiempo como si fueran legales o justificándolas en “requerimientos del mercado”.

Lo importante es la potestad al órgano jurisdiccional, la manda legal del art. 19 LGS para aplicar de oficio las sanciones, suerte de penas patrimoniales ante la ilicitud acreditada.

2. El anteproyecto.

Se intenta ahora, en un ordenado Anteproyecto, modificar la previsión del art. 19 LGS, incluyendo al art. 18. Se expresa en la Nota de Elevación del 5 de junio de 2019 “16. Lo antedicho se vincula con las disposiciones sobre objeto y actividad ilícitos, que generan nulidades absolutas, pero tampoco tienen efecto retroactivo porque, en rigor jurídico, funcionan como causales de disolución y liquidación. A su respecto, la gravedad de la sanción que establece la ley (el producto de la liquidación pasa al Estado para la educación común), que no tiene fuentes conocidas en el derecho comparado, obligan a precisar razonablemente las condiciones de su aplicación. Por una parte, no es admisible equiparar “ilicitud” con simple “antijuridicidad” y, por ello, se aclara que la ilicitud debe ser de carácter penal. En segundo término, se define la actividad del Art. 19 sobre la base de criterios de continuidad, sistematicidad y principalidad para diferenciarla nítidamente de actos ilícitos aislados, incluso cuando sean reiterados.

Y conforme se norma: “ART. 18. *Objeto ilícito*. Las sociedades que tengan objeto ilícito son de nulidad absoluta. A los efectos de este artículo y del siguiente, se considera ilícito el objeto de una sociedad cuando prevé actividades sancionadas por las normas penales. Los terceros de buena fe pueden alegar contra los socios la existencia de la sociedad, sin que éstos puedan oponer la nulidad.

138 Nto. “Aspectos procesales en sociedades y concursos: oficiosidad”, en Aspectos Procesales en las Sociedades y los Concursos, libro colectivo del INSTITUTO ARGENTINO DE DERECHO COMERCIAL, Ed. Legis, Buenos Aires 5/5/2014, dirección de Martín Arecha.

Los socios no pueden alegar la existencia, ni aun para demandar a terceros o para reclamar la restitución de los aportes, la división de ganancias o la contribución a las pérdidas. *Liquidación*. Declarada la nulidad, se procederá a la liquidación por quien designe el Juez. Para satisfacer los derechos de los terceros de buena fe, el liquidador podrá demandar a terceros por lo que adeuden a la sociedad. Realizado el activo y cancelado el pasivo social, el remanente ingresará al patrimonio estatal para el fomento de la educación común de la jurisdicción respectiva. *Responsabilidad de los administradores y socios*. Los socios, los administradores y quienes actúen como tales en la gestión social responderán solidariamente por el pasivo social y los perjuicios causados.” “ART.19. *Sociedad de objeto lícito con actividad ilícita*. Si la sociedad de objeto lícito realizare actividades ilícitas, se procederá a su disolución y liquidación a pedido de parte o de oficio, aplicándose las normas dispuestas en el artículo 18. A los efectos de este artículo se considera actividad ilícita la realización continuada, sistemática y principal de negocios y actos ilícitos calificados como tales de conformidad con el artículo 18. Los socios que acrediten su buena fe quedarán excluidos de lo dispuesto en los párrafos tercero y cuarto del artículo anterior.”

Para disponer las sanciones se requiere para calificar como ilícita la actividad “la realización continuada, sistemática y principal de negocios” y además que esas actividades sean “sancionadas por las normas penales”. Una norma que se volverá inaplicable. La actividad delictual deberá haber sido sancionada, la condena deberá estar firme, y deberá corresponder a la actividad principal de la sociedad, determinarse en el proceso civil posterior que ha sido continuada y sistemática. Un imposible dentro de nuestro sistema judicial hipergarantista. Quizá borrarla sea mejor.

Por supuesto los numerosos casos que hoy podrían quedar enmarcados en el actual art. 19 LGS, pasarán por el tiempo de su ejecución y por la falta de tipificación, quedarán liberados del riesgo asumido por las indubitables actividades ilícitas de su funcionalidad.

VI - “LIBERTAD BAJO RESPONSABILIDAD EN EL DERECHO SOCIETARIO”¹³⁹

Hemos rendido homenaje a las cinco colegas que, posteriormente al anterior Congreso, se han alejado de nuestro lado para iluminar desde la inmortalidad del mundo de las ideas. Hemos enhebrado con la Dra. Gabriela Calcaterra y los apuntes de muchos de ustedes, anécdotas y referencias que hacen al desarrollo de la vocación que trianualmente nos congrega masivamente.

Este cierre que se me ha encomendado de ninguna forma se transformará en lo que fue la conferencia de apertura de nuestro homenajeado y fraterno amigo el Prof. Dr. Miguel C.C. Araya, que iluminó muchas facetas del posterior desarrollo. No podría intentar desde esta privilegiada situación, con lo se me ha honrado, fijar apreciaciones doctrinarias personales, que todos conocen (www.acaderc.org.ar) eludiendo el debate que representa el sistema vital justificante de estas justas académicas. Tampoco será un conversatorio, aunque hemos ocupado con Gabriela algunos de los sillones dentro de los que se desarrollaron las magistrales exposiciones de los convocados.

Gracias al aliento de Gabriela y su acompañamiento, he pensado que sólo, como cierre, puedo ofrecer una oferta metodológica para las Jornadas Preparatorias, reuniones de Institutos, Departamentos o grupos de investigaciones de los profesionales de ciencias económicas y jurídicas en vista al encuentro trianual, particularmente como tareas del año próximo, para luego incentivas

139 CIERRE DEL XIV CONGRESO DE DERECHO SOCIETARIO Y X CONGRESO IBEROMERICANO DE DERECHO SOCIETARIO Y DE LA EMPRESA, ROSARIO 4, 5 Y 6 DE SEPTIEMBRE DE 2019. A CARGO de Efraín Hugo RICHARD, 6 DE SEPTIEMBRE DE 2019, 13,30 HS.

las comunicaciones individuales. Lo hago mientras se proyectan las imágenes de la Manzana Jesuítica de Córdoba, lugar donde se desarrollará el próximo Congreso, conforme autorizó ayer la Comisión Organizadora Permanente de estos Congresos, permitiendo que así seamos los anfitriones cada quince años: 1977 en La Cumbre donde iniciamos estos encuentros en forma monacal, 1992 en Huerta Grande, 2007 en La Falda y 2022 ocasión en que la Escuela Comercialista de Córdoba recibirá a sus amigos, bajo el palio de su Universidad y de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba. Ello fue posible porque el Profesor Emérito Dr. Juan Carlos Veiga aceptó que se cumpliera ese ciclo, asegurando a su vez la programación hasta el año 2025 en que nos recibirá la Universidad Nacional de Tucumán.

Es casi una misión imposible pedirle al legislador, incluso al doctrinario, que prevea todos los casos que la realidad, y particularmente la imaginación de los emprendedores generen, sería una labor casi divina, impensable para mortales, que ha merecido que algún autor calificara que si se intentara esa tarea imposible se caería en una prolija oscuridad. Por eso en el campo sólo de lo metodológico y como modesta propuesta de trabajo para el año 2020, para fomentar posteriormente las comunicaciones pienso en un camino crítico.

Vale la pena apuntar que en el 77 comenzamos como Congresos de Derecho Societario, pero en 1992 convocamos al Congreso Iberoamericano del Derecho Societario y de la Empresa, rescatando a la empresa como actividad organizada, viabilizando un sujeto persona jurídica que es la sociedad, reconociendo la necesidad que la empresa sea viable o recuperable, pues caso contrario no es empresa.

Frente a la crisis económica y financiera que afronta nuestro país, que es la única empresa que viable o no, debemos asegurar, generando una realidad y no sólo el mito de la empresa inmortal, pensemos cual puede ser nuestro aporte: tratar de brindar al mundo instrumentos elegibles para atraer el capitalismo emprendedor, frente a la especulación destructiva del capitalismo financiero.

Como iniciación de esa visión, les informo e invito a las III Jornadas de Institutos de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, con sus 10 institutos locales y 4 del interior del país, donde desde el 13 al 15 de noviembre del corriente año, debatiremos en su sede de Artigas 74 sobre “La Empresa: visión jurídica y social. Sus contribuciones al crecimiento global”, donde sin duda estarán presentes sus Miembros Correspondientes Juan Carlos Veiga y Miguel C. Araya, como Ricardo Olivera García –uno de los 4 conferencistas extranjeros invitados-.

Intentamos iniciar así una mirada sistemática-constructivista sobre las relaciones de organización personificadas, que es lo que propongo concentre la labor de nuestros centros de investigación. Quizá para ello debemos partir centralmente del Código Civil y Comercial, apuntando a normativas próximas del año 2015, de las leyes especiales actuales que son muchas y han activado las respuestas y nuestra imaginación, iluminados por el Anteproyecto de Ley General de Sociedades de junio de 2029, se convierta en ley o no a esa fecha. Su cuidada estructura lo aconseja al margen de los ajustes que se consideren para asegurar la mayor coherencia. La legislación extranjera la podemos mirar con cautela, recuerdo que la “sociedad por acciones simplificada”, a la que se ha hecho referencia como nacida en el extranjero en el año 1996, la introducimos en la Comisión del Ministerio de Justicia del año 91/92 mencionada al homenajear a Sergio Le Pera, que integráramos entre otros con Miguel Araya –cuanto hemos recorrido juntos Miguel- y la intervención de María Celia Marsili, entre los aquí presentes.

A su vez parecería que un clamor del momento: he escuchado repetir en muchísimas presentaciones e intervenciones el requerimiento de “LIBERTAD BAJO RESPONSABILIDAD”. Libertad para crear y gestionar, y responsabilidad para evitar dañar.

En homenaje a vos Gabriela, que profesas en la Cátedra “Personas jurídicas” en esta prestigiosa Universidad Nacional del Rosario, en ese camino metodológico se me ocurre que debemos atender al régimen de éstas en el Código Civil y Comercial y los particulares efectos que se generan para las relaciones de organización personificadas por el legislador, como lo son las sociedades. Puntualizar esos efectos nos ayudarán a construir un cimiento sólido en la teoría general, inclusive para criticarlos si fuere menester, para configurar la tipología de primer grado, que podemos reconocer como sociedad persona jurídica, analizando las normas imperativas de ambas normativas, sus congruencias, integración y particularmente sus efectos, delimitando el campo creativo de los emprendedores. Los principios y las construcciones generales sobre las relaciones de cambio deben ser revisados sobre su aplicación a las relaciones de organización: abuso de derecho, fraude a la ley, nulidades, capacidad, simulación constituyen una pobre muestra de mi imaginación...

En ese campo creativo revisar el rol de la planificación y el encastre de las nuevas (o de siempre) técnicas de financiamiento, las acciones vinculadas -que me está acotando Gabriela-, los préstamos participativos, negocios en participación, crowdfunding, prestaciones accesorias, aportes de los socios y tantas otras herramientas, a muchas de las cuales hemos hecho referencia con Jorge Fernando Fushimi a quién distingo en las primeras filas.

Reparar las ideas y conexiones entre capital y patrimonio operativo, dentro de los lineamientos que marcó Miguel Araya en su magistral conferencia de apertura. Ello impone estudios con la integración de los especialistas de las ciencias económicas y jurídicas para mejorar aspectos normativos de la contabilidad y efectos impositivos disvaliosos, generando a su vez transparencia, diagnósticos tempranos de dificultades operativas.

Esos trabajos deberían resguardar y aconsejar remedios tempranos, tempestivos, a las crisis patrimoniales, financieras o económicas de las sociedades, delimitando obrar de órganos conforme el marco de normas imperativas registradas.

Las crisis se vinculan a obrares que no siempre evitan dañar o actividades antifuncionales de la persona jurídica sociedad libremente creada y patrimonializada. Deberíamos atender a una teoría general de la responsabilidad en aspectos penales, administrativos y civil, precisando las eventuales acciones reparatorias, distinguiendo aquellas donde se legitima activamente a la sociedad o a los socios, de aquellas que se otorgan a terceros perjudicados, integrándolas con la llamada inoponibilidad de la personalidad jurídica.

Avizorada la teoría general de la tipicidad de primer grado, porque no incursionar en la tipología de segundo grado, y trabajar sobre la sociedad cooperativa como instrumental para ciertas problemáticas de nuestra sociedad. Pienso en las enseñanzas de tu maestro Gabriela, el Profesor Althaus atento en primera fila. Quizá así se podrían canalizar jurídicamente problemas sociales, brindando alternativas para ciertos emprendimientos. Obviamente se receptorán todas las inquietudes sobre la funcionalidad interna, negocios de los socios entre sí, con terceros y la sociedad, aspectos que introducen innumerables preocupaciones.

Por último, propongo un estudio sistemático de las crisis societarias y de la interacción del derecho societario y del derecho concursal, asegurando el “esfuerzo compartido”, con lo que confluyen parcialmente en la visión extrema de la asunción del riesgo y de las pérdidas de los socios

—que compartimos con Veiga y Fushimi—, los queridos colegas aquí presentes Marcelo Barreiro y José Botteri.

No puedo cerrar este diálogo público al que te he sometido Gabriela, para ponderar el magnífico Congreso que con tu equipo nos has brindado, con una referencia a las facultades no delegadas constitucionalmente por las Provincias. Las sociedades tienen un pulso anual exteriorizado en su balance y en el informe o memoria del órgano de administración: aunque superemos tiempos de constitución enfrentamos una dilucidación tardía, excesiva e injustificadamente lenta de los conflictos internos o con acreedores en prácticamente todas las jurisdicciones.

Este es un mensaje y una propuesta sobre los que podríamos trabajar académicamente durante los próximos tres años, para que ustedes y las instituciones de investigación que integran lleven a Córdoba un pensamiento sólido, no necesariamente uniforme pues en la disidencia respetuosa se avanza en la creación del orden del orden social, que es el sistema jurídico, particularmente con nuestra atención dirigida a hacer sustentables los emprendimientos y el capitalismo emprendedor.

Los esperamos en Córdoba en octubre de 2022, siempre estará un grupo humano consolidado para recibirlos. Sigo teniendo fe en la capacidad jurídica para cambiar el orden social y en la madurez de asesores para evitar o solucionar los conflictos.

Colegas, mantengamos la sinergia vocacional que generan estos Congresos, acompañados por distinguidos juristas extranjeros que enriquecen nuestros conocimientos.

Gracias Rosario, mi Ciudad natal, gracias Miguel Araya por los años que hemos caminado juntos, gracias Gabriela a vos y al grupo que has dirigido.

Gracias a todos los asistentes, que justifican estos encuentros, que han tolerado este conversatorio, y que con su energía y expansión introducen nuevos vocacionados a estos encuentros. Hasta cada momento de este período que abrimos, donde nos reencontraremos en diálogos personales o electrónicas, y dentro de tres años en Córdoba...