

**“LAS NORMAS IMPERATIVAS DEL DERECHO SOCIETARIO Y DEL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL.
PARTICULARIDADES ANTE LA CRISIS”¹⁰⁹**

Efraín Hugo Richard

Después de escuchar a Dasso, con su particular visión, y Palmero con su construcción sistémica, poco queda... Pensé que Dasso iba a referirse a la imperatividad del reintegro, tema que nos separa con Fushimi... no a la pandemia en la que centró su exposición.

No nos habíamos coordinado, y esto me deja ¿Hasta dónde la autonomía de la voluntad para organizar el estatuto de una sociedad? ¿sea uni o pluripersonal? Estamos frente a relaciones de organización, específicamente personalizadas por el art. 145 CCC... y confirmado por el art. 141 CCC.

¿Hay límites a esa libertad? En primer lugar, la tipicidad de primer grado, o sea tiene que haber sociedad y no otra relación... El art. 1 y el 13 LGS perfilan esos límites, pudiendo analizarse ... y lo confirma el art. 141 CCC.

El contenido estricto del acto constitutivo referido en el art. 11 y de su publicidad art. 10 LGS, imponen referirse a si los mismos delimitan esa libertad o imponen necesariamente esa organización y declaraciones. Anticipo mi respuesta negativa en esta rapidísima lluvia de ideas...

El art. 150 CCC da una pista... las normas imperativas constituyen un límite.... Pero ¿constituyen un orden público? Es opinable.

Quizá el tema debe afrontarse desde el año 2015 con nuevos argumentos: la tipicidad de segundo grado...

No busquen en las SAS esa libertad, que sin duda rompe moldes con una sociedad típica, sino con el régimen de las sociedades irregulares, del actual art. 21... la sociedad simple como la catalogaron Rafael Manóvil y Soledad Richard. La nueva regulación de la ahora llamada Ley General de Sociedades corresponde a una instrucción de Aida Kemelmajer, Elena Highton y Ricardo Lorenzetti, y a una construcción académica de Rafael, Horacio Roitman y mía.

Ahora el contrato es siempre oponible entre las partes y también frente a terceros que lo conocieran, sólo una diferencia formal con las sociedades inscriptas, su personalidad está reconocida erga omnes, en las de la sección IV sujeta a prueba, fácil de lograr en cuanto actúen legalmente, la CUIT, la cuenta bancaria. ¿Qué puede quedar incluida además de la sociedad de los tipos previstos no inscripta? Una sociedad de hecho.... Una sociedad civil que siempre pudo tener objeto civil y comercial, la prohibición de tener actividad civil era para las sociedades comerciales y fue derogada en el año 72.... Una sociedad rara... Objeto necesariamente actividad empresarial ... Obviamente las de mera administración de cartera, previstas en el art. 31. LGS.

¹⁰⁹ Intervención en el conversatorio que con el mismo título reunió a Ariel Ángel Dasso, Juan Carlos Palmero y Efraín Hugo Richard, donde intervino protagónicamente Rafael Manóvil, y que Richard en su desgravación introdujo la temática del debate y algunas notas, desarrollado el 17 de noviembre de 2021, bajo el palio de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba y el Departamento de Derecho Comercial de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Córdoba, en el cierre de la labor académica del año y de una serie de 24 conversatorios dirigidos por María Fernanda Cocco, Daniel Truffat y José Fernando Márquez.

Y un punto central: ¿debe expresarse el capital? Recuerdo el fallo de Butty en Vecca Construcciones SRL. Los registradores suelen exigir montos mínimos no exigidos por la norma. Pero ¿quién puede determinar el monto correcto? Sólo el plan de negocios de los constituyentes cuando deciden generar la nueva persona jurídica, como vehículo para un nuevo emprendimiento. Su futilidad será discutida mañana por Vitolo, Araya y algún otro jurista. Futilidad en su rol de garantía y de productividad.

El sistema de las simples sociedades sólo requiere en el art. 23 la individualización de los socios y su “participación” si quiere registrar bienes.... Coherente con el 142 CCC que determina que la personalidad se genera desde su constitución, perfeccionaría desde su actuación, pues si el estatuto constitutivo queda guardado no tendrá exteriorización en el mundo jurídico. Pero sobre todo señalar que no estamos en la época del octroi o del decreto presidencial...que lo viví.

Lo importante es la viabilidad frente a la libertad de pergeñar la persona jurídica. Negocio en marcha al decir de los colombianos...Y esa viabilidad se señala en todas las Directivas.... ¿Se referirán a la crisis? Sin duda sí, para afrontarla tempranamente.

Lo importante es un patrimonio apto para la gestión. Pienso en la gestación de los préstamos participativos regulados en el art. 1531 CCC, en negocios en participación, crowdfunding, compraventas programadas con pago diferido y entrega diferida... acciones privilegiadas rescatables, obligaciones convertibles...

De mitifique como imperativa la noción del capital social. ¿Pero que normas imperativas existen? En recientes coloquios todos, con diferentes criterios sobre otros temas, coincidían en aquellas que defienden a terceros. Yo agregaría a las que defienden la viabilidad de la actividad empresarial. Así en la SAS, incorporadas dos años después que la sociedad simple, en los arts. 55 a 56 de la ley de emprendedores, señala que las previsiones sobre disolución y liquidación de la Ley General de Sociedades les serán aplicables. Son supuestos de crisis instalada... Graves, que superan una mera cesación de pagos...

Me refiero a causales de disolución, que si bien no imponen plazo alguno para adoptar soluciones, ni imponer la etapa de liquidación, generan alarmas para asegurar la viabilidad y limitar eventuales daños a terceros. Me refiero imposibilidad sobreviniente de cumplimiento del objeto social de carácter patrimonial, económico, financiero o funcional, o la pérdida total del capital social –única en el derecho comparado, que anticipan ante pérdidas parciales.

La pérdida del capital social puede generar una zona gris, pero la constatación de un patrimonio negativo marca una línea roja: la unánimemente preocupante infrapatrimonialización.

Son causales de disolución, no imponen plazos, dan soluciones en forma de opciones imperativas contenidas en el art. 96 LGS y congruente con la libertad de acción, establecen la responsabilidad del art. 99 LGS y su persistencia en los supuestos del art. 100 LGS.

Y aquí se abre una multiplicidad de temas.

Cuando la sociedad esta, e incluso cuando se considere que estará, en cesación de pagos, o sea activo corriente insuficiente para atender el pasivo corriente, puede –subrayo el puede- por actuación del órgano de administración, previsor, ratificado posteriormente por el órgano de gobierno. La administración no está obligada a concursarse ni tiene plazo para ello, hace a la previsibilidad de como afrontará la solución. Un escudo protector como hemos señalado en numerosas presentaciones y lo ha sostenido el IIDC en su Primera Recomendación.

Pero si el tema es más grave, infrapatrimonialización, el camino para resolverlo, concurso mediante o no, está marcado imperativamente por el art. 96 LGS, bajo el riesgo de que asuman responsabilidad solidaria y socios “en su caso”. Como bien señaló Manóvil en el conversatorio no es por la responsabilidad del tipo, sino de aquellos socios que consintieron la situación. Ese “defecto”, terminología que usa el mismo art. 150 CCC -señalando que comparto las interpretaciones específicas y genéricas que ha sistematizado Juan Carlos Palmero en este conversatorio-, está atendido por las normas imperativas del CCC, que en el art. 167 *in fine* CCC aclara la ambigua expresión del art. 99 LGS. expresando, en el párrafo 3 sobre Disolución y Liquidación de las Personas Jurídicas privadas, norma sobre el mismo tema, aclarando el alcance subjetivo: “En caso de infracción, responden ilimitada y solidariamente sus administradores y aquellos miembros que, conociendo o debiendo conocer la situación y contando con el poder de decisión necesario para ponerle fin, omiten adoptar las medidas necesarias al efecto”.

El o los socios que tienen poder para evitar el daño que generará a los acreedores sociales daño por la insuficiencia patrimonial de la sociedad deudora, aparecerán por omisión o acción causantes, y por tanto deberán responder. Son normas expresas, imperativas, de la LGS y CCC que se engarzan en la teoría general de la responsabilidad, con especificidad en las normas sobre personas jurídicas y sociedades (relaciones de organización).

Y el art. 100 LGS admitiendo la conservación de la actividad empresarial aún frente a la liquidación mantiene esa responsabilidad, que evidentemente se mantendría en la liquidación.

Hemos revisado dos situaciones de crisis de sociedades diferentes, la precoz autoriza más no impone el concurso, la grave impone conductas en forma imperativa, bajo el riesgo de generarse responsabilidades si hay daño.

Así las cosas, en esta lluvia de ideas, cuando intentamos referirnos a las normas imperativas estamos marcando los límites de esa autonomía de la voluntad. Nuestro lema ha sido siempre “libertad bajo responsabilidad”. Y esa libertad debe reconocerse, determinando a su vez sus límites. Es notable el ensayo del español Cándido Paz Ares sobre la libertad contractual en el derecho de sociedades¹¹⁰ donde cuestiona la construcción “institucional”, que nos permitimos calificar más bien como “tipificante”, del nuevo régimen legal de la SRL en España, abogando por la libertad estatutaria y una inteligencia restringida de las normas imperativas cuya alteración generarían una ilicitud. Reflexiona “que la creciente reducción del papel de la libertad contractual en el ámbito de las sociedades de capital obedece sobre todo a nuestro modo tradicional de entender y de hacer el derecho de sociedades”. Hemos visto que en nuestro país se ha superado ese esquema. Si tomamos de ese autor las ideas de que “para reconocer la realidad es preciso deformarla” y que “La sociología del conocimiento nos indique que en la naturaleza del paradigma está el escapar de una definición precisa”, compartimos ese desafío. Subraya los prejuicios paternalistas frente a la libertad, incluso respecto a los derechos individuales de los socios, la normativa societaria es en gran medida subsidiaria de una distinta regulación estatutaria de organización. Paz-Ares señala “La resistencia de la doctrina a admitir cualquier diseño anómalo –el aumento mixto, el capital autorizado, la atribución en los estatutos a terceros de un derecho a capitalizar la deuda...es en efecto notoria”. Son las resistencias a pensar diferente, integrando normas, que incluso se advierte en la jurisprudencia. El CCC ha introducido cambios notables que no podemos soslayar, particularmente

¹¹⁰ Cándido Paz-Ares “¿Como entendemos y como hacemos el derecho de sociedades? (Reflexiones a propósito de la libertad contractual en la nueva LSRL)” en la obra AAVV de su dirección *TRATANDO DE LA SOCIEDAD LIMITADA*, Madrid 1997, Fundación Cultural del Notariado.

integrando el sistema jurídico como requiere el Título Preliminar y la norma fundamental que se introduce en torno a las personas jurídicas en el art. 150.

En lo que coincidimos, es que todo lo referido a ciertas causales de disolución y la liquidación, como la falta de patrimonio necesario, son normas imperativas, opinablemente de orden público, irrenunciables e inderogables. Si fueron de orden público las sucesivas resoluciones que suspendieron como causal de disolución la pérdida del capital social, como señaló Palmero, pero ya ha fenecido el 31 de diciembre de 2020.

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. Esto es coherente con el criterio de la Comisión presidida por Jopp Winter, el riesgo en la crisis patrimonial de la PH es de sus acreedores, en el caso de sociedad es de sus socios.

No hay duda que el límite es que la sociedad no se transforme en una organización dañosa, afectando derechos de terceros.

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 patrimonial -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 concursara la sociedad para que los acreedores asuman la pérdida sin recibir ninguna contraprestación? Recurrimos a Héctor Cámara que apostillaba “El principio de conservación de la empresa no constituye una patente de coro para la gestión empresarial”.

Hoy el art. 2 CCC impone una visión sistemática y constructivista, que muestre la integridad de los efectos que se generan y la forma de evitar dañar.

Es congruente el art. 1° LGS que dispone que las pérdidas deben ser afrontadas por los socios, con la legislación comparada y el informe Winter¹¹¹, ratificado por el art. 106 LGS. Aún en liquidación la sociedad podrá concursarse -art. 5 Ley 24522 CQ-. El ejercicio de la opción esta 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.¹¹² Los riesgos de la actividad societaria no pueden ser transferidos por los socios a terceros.

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

¹¹¹ 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.

¹¹² “EL LABERINTO DE LA PÉRDIDA DEL CAPITAL SOCIAL Y SU REMEDIACIÓN”, citado.

inversores sin derecho¹¹³. Por otra parte, no se trata de proteger a los acreedores, sino a la continuidad de la actividad empresarial viable, protegiendo el empleo, y así también a los acreedores y los socios.

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 Concursal¹¹⁴ se introduce al Derecho Societario. No se piense que el Juez debe juzgar sobre el punto.

A su vez conservarla viable –que esta es la única empresa tutelable, absolviendo el estado de crisis, evitando que se instale al avizorarla o instalada, conforme las conclusiones de la 45ª Sesión de Trabajo de UNICITRAL de 2.014¹¹⁵, en la que se acordó (1) *“El objetivo de la presente Recomendación es garantizar que las empresas viables con dificultades financieras, cualquiera que sea su ubicación en la Unión, tengan acceso a unos marcos nacionales de insolvencia que les permitan reestructurarse en una fase temprana con el fin de prevenir la insolvencia... Estos son los objetivos que señalan unánimemente el Banco Mundial, las Directivas Europeas y toda posición sensata como lo previmos en 2012 con Manóvil y Roitman, para que se resguarde la viabilidad y no en el negocio de los socios. Recientes trabajos recibidos de juristas españoles, colombianos y uno de Stefania Pacchi muestran la identidad del derecho comparado sobre esta estrella polar que debe guiar...*

Se trata simplemente de adelantarse a la cesación de pagos, evitar la insolvencia y la infrapatrimonialización y que los socios transfieran el riesgo a los acreedores, con soluciones abusivas, al decir de la Fiscal General y de varios casos de jurisprudencia....

Voy a agregar algo. Leo textual se incentiva “la puesta en marcha de mecanismos encaminados tanto a prevenir o superar la situación de insolvencia, eludiendo, en la medida de lo posible, la declaración de concurso (los conocidos como institutos concursales...) Precisamente... la expresa previsión en nuestra LC de la capitalización de créditos o, en su terminología anglosajona, *debt equity swap*, como posible integrante de los acuerdos concursales.... Ahora bien, este expreso reconocimiento en la normativa, en los términos previstos actualmente... alguna *atención debe darse* a los requisitos que, desde un punto de vista societario, ha de revestir el acuerdo de aumento de capital necesario para la capitalización de créditos prevista. Pero yendo más allá, ... también se introdujo el controvertido régimen de responsabilidad de los socios del deudor, que puede resultar en su condena a la cobertura, total o parcial, del déficit concursal resultante de la liquidación”.

Esto podría creerse de mi pluma, pero corresponde a la española Ascensión Gallegos Córcoles en su libro de 2019 referido a la reforma a la ley concursal española de concursos y refinanciación.

La capitalización la imponía la ley argentina de sociedades en el año 72 y la concordancia se mantuvo en las leyes 19551 –contemporánea a la de sociedades- y 24522 de hace 26 años.

Sigue en su apología la colega española “...pone de manifiesto cómo la intención de nuestro legislador es impulsar, casi a toda costa, la capitalización tanto en sede concursal como preconcursal, ya que la misma se ha mostrado particularmente idónea como medida de saneamiento financiero... especialmente idónea para la superación de crisis empresariales. ... En

¹¹³ STANGHELLINI, Lorenzo *Proprietà e controllo dell'impresa in crisi* Rivista delle Società anno 49º 2004 settembre-ottobre fascicolo 5º, Editorial Giuffrè Milano, pág. 1079.

¹¹⁴ 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.

¹¹⁵ United Nations Commission on International Trade Law, Grupo 5, Derecho de la Insolvencia, celebrada en Nueva York los días 21 a 25 de Abril.

efecto, además de producirse un incremento del patrimonio neto que lo acerca al capital social, evitando caer en una situación de disolución por pérdidas..., la misma genera un incremento de liquidez, reduce los costos financieros derivados de la satisfacción de los créditos y mejora la *ratio* de endeudamiento de la sociedad, por cuanto permite a ésta, aplicar para otros fines los fondos que habría de destinar al pago de las deudas que se extinguen como consecuencia de la capitalización. Cuando quizás es prácticamente imposible obtener financiación ajena, de ello se derivan *nuevas disponibilidades financieras* para las sociedades que le permiten la continuación del ejercicio de la actividad empresarial. La continuación del desarrollo de la actividad empresarial que de esta forma se posibilita puede generar los ingresos necesarios para la satisfacción de sus créditos. A su vez ello se sitúa en la base de las expectativas de beneficios para los socios...”

¿Hay alguna duda de identidad con nuestro sistema jurídico-económico? Sigo leyendo “... Mencionable, es también, la eventual responsabilidad del socio a cubrir total o parcialmente el déficit concursal en caso de rechazar a la capitalización a la que acabamos de referirnos. Sin prejuizar, por el momento, la medida, su previsión pone claramente de manifiesto cómo el legislador busca fomentar las capitalizaciones de créditos por la vía en este caso de *disuadir* al socio de votar en contra ante la *amenaza* de verse sujeto a responsabilidad.”

Los he sorprendido con esta transcripción, que apuntala nuestra posición minoritaria doctrinal. Y ahora a su engarce normativo, sin mirar el pasado sino a partir de la reforma del CCC y de la LGS, cuya integración nos permite afrontar la cuestión de las dificultades económico financieras, la cesación de pagos y la infrapatrimonialización con un claro sistema normativo.

Sigue la española “Al margen... también es posible que surja un auténtico mercado de créditos que lleve a la adquisición derivativa de éstos por parte de quien persigue a través de ello rentabilizar dicha adquisición una vez restablecida la viabilidad económica de la sociedad deudora...”

No hay duda que los acreedores podrían obtener algo más que sus menguados créditos por quitas y esperas, en ese mercado, sobre todo por la viabilidad lograda, y el despeje financiero.

Las soluciones societarias permiten integrar socios interesados en el plan de negocios, en reflotar la actividad afectada, compartiendo con los originales socios –que son los que tratan de impedir esa integración con las quitas, contrarias al sistema societario-. Bajo el principio de buena fe del art. 9 CCC, Daniel Truffat escribió¹¹⁶ “Con respeto a la propuesta concordataria propiamente dicha, extraigo ...tres consecuencias básicas, en tanto y en cuanto se pretenda preservar la moralidad de tal medio de superación de la cesación de pagos: La necesidad de que la solución preventiva a obtener importe aquella que la doctrina argentina –tomando una frase feliz de la ley 25.561- denomina: “*el esfuerzo compartido*”. Es literalmente inmoral que la solución concordataria devuelva al empresario (en general en sociedades de capital, a los accionistas de la concursada) una empresa revitalizada y que todo el daño emergente de la cesación de pagos recaiga “en exclusiva” en los acreedores del sujeto así salvado. Esa posibilidad importaría consagrar el enriquecimiento incausado en favor de los antedichos”.

Rescatemos la función del sistema concursal como escudo protector ante la cesación de pagos, de actuar preventivamente ante esa invocación, incluso sin probarla, implica el advenimiento de un escudo de protección, lamentablemente usado tardíamente, ante la infrapatrimonialización, y con el claro objetivo de transferir el riesgo y el daño a los acreedores, enriqueciendo a los socios con

¹¹⁶ TRUFFAT, Daniel “La abusividad de la propuesta y la moralización de los concursos en lo atinente –precisamente- a la oferta del deudor”, en Segundo Congreso Iberoamericano de Derecho Concursal, Mérida, Estado de Yucatán, México.

quitas expresas y otras encubiertas por el plazo de tramitación y la espera desmesurada que se pretende, aún con intereses que no cubren la inflación.

Como Karsten Schmidt, Gallego Corcóles y tantos otros apostamos al análisis de la problemática en un derecho societario de crisis poco enseñado ¿O se pretende preparar la legislación para generar concursos de sociedades para que los acreedores asuman la pérdida sin recibir ninguna contraprestación? La obstaculización de administradores y socios a la capitalización de créditos para evitar la crisis les genera responsabilidad.¹¹⁷

Ante la eventual insuficiencia del capital social, que hace a un tema de infrapatrimonialización, que es una zona gris, se abre una línea roja, las “red flags”, pues cuando el balance como declaración unilateral de verdad es aprobado por la asamblea indicando que el patrimonio neto es neutro o negativo significa que el patrimonio es negativo, que se ha perdido el capital social.

En tal orden Karten Schmidt 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 vigencia en los casos de insolvencia. ...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 Iberoamericano¹¹⁸ 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 doctrina¹¹⁹.

Cierro recordando los trabajos en común con el presente Juan Carlos Veiga, donde señalamos estas normas imperativas antes de la existencia del art. 150 CCC, catalogando como EL CONTRADERECHO a las costumbres contra legem que se suscitan en los concursos de sociedades... Los esperamos en Córdoba, octubre 2022 al nuevo Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa que se desarrollará, como anunciamos en Rosario en 2019 bajo el lema “Libertad bajo responsabilidad”.

¹¹⁷ GALLEGO CÓRCOLES, ob. cit. pág. 381.

¹¹⁸ SCHMIDT, Karten “El derecho empresario y el derecho concursal” en *De la Insolvencia Segundo Congreso Iberoamericano* AAVV directores Junyent Bas-Rodríguez Pardina-Richard, Ed. Advocatus, Córdoba 2000, tomo III pag. 751 y ss..

¹¹⁹ 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.